

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI

# INTRODUCCION AL DERECHO

© AGUSTIN SQUELLA NARDUCCI  
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE  
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 113.049, año 2000  
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición  
de 1.000 ejemplares en el mes de marzo de 2000

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.  
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1288-X

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE



01-0304915

(6)  
340.  
573  
2000  
c.m

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

### 1. DENOMINACION, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

**El problema del nombre. El problema del concepto. El problema del fundamento.**

**El problema del nombre.**— El problema del *nombre* o denominación de los llamados derechos humanos está ligado con el de su *concepto*, y éste, a su vez, con el de su *fundamentación*. En efecto, y establecido que existen distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre, una determinada de esas maneras puede conducir a un determinado concepto de éstos y, asimismo, a una denominación que esté de acuerdo con dicho concepto y fundamentación. Por lo mismo, la fundamentación que se prefiera para esta clase de derechos va a determinar en cierto modo el concepto que se tenga de éstos, mientras que la idea o concepto que se tenga de los derechos humanos va a influir también en la denominación que se elija para esta clase de derechos. Sin embargo, en lo que sigue, cediendo a conveniencias pedagógicas antes que a exigencias de tipo metodológico, vamos a seguir el camino inverso, esto es, vamos a tratar en primer término la cuestión del nombre o denominación de los derechos humanos, luego la de su concepto y, por último, la de los distintos modos de fundamentarlos.

La denominación más frecuente para esta clase de derechos es "derechos humanos", o "derechos del hombre", con la cual se quiere enfatizar el carácter universal de estos derechos, o sea, la circunstancia de que adscriban a todos los hombres sin ex-

cepción. La filósofa española Adela Cortina prefiere la denominación "derechos humanos" sobre las que veremos a continuación por tres razones: tal denominación muestra el fundamento de estos derechos —el hecho de ser hombre— y su extensión —todo hombre, en cuanto tal, tiene estos derechos—, a la vez que evita que los fervorosos defensores de los derechos de los animales y plantas propongan —llevados de su entusiasmo por la dignidad de estos seres— redactar una única declaración de derechos de los seres vivos.

También se les llama "derechos fundamentales" de la persona humana, con lo cual se quiere destacar, por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y, por la otra, que sólo algunos de los derechos de las personas, precisamente aquellos que tienen la propiedad de ser fundamentales, forman parte de esta clase de derechos.

En ocasiones se les llama también "derechos naturales", o bien "derechos morales". Estas denominaciones son menos frecuentes y pueden ser entendidas en la medida en que la primera de ellas se apoya en una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos y la segunda en una fundamentación ética de los mismos. Estas dos denominaciones, por lo mismo, reflejan bien lo que afirmamos hace un instante, a saber, que una determinada fundamentación de los derechos humanos conduce a un determinado concepto de los mismos y a una cierta denominación que se acuerda a esta clase de derechos. En todo caso, estas dos nuevas denominaciones —"derechos naturales" y "derechos morales"—, sobre todo en el caso de la primera de ellas, pone de manifiesto otra de las propiedades que suele atribuirse a los derechos del hombre, a saber, la de ser previos a la formación del Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica que los consagran y garantizan.

Se ha empleado también la expresión "derechos del ciudadano", como hizo en Francia la Declaración de 1789, denominación que sugiere que los redactores de ese texto, como dice Simone Goyar-fabre, "pensaban menos en el fundamento ontológico de los derechos del hombre en tanto que *persona* que en el estatuto del hombre en cuanto *ciudadano* en el Estado".

En ocasiones se alude a los derechos humanos con las expresiones "derechos constitucionales", o bien "garantías constitucionales", con lo cual se quiere poner de manifiesto que se

trata de derechos que tienen consagración en los ordenamientos jurídicos nacionales a nivel de la Constitución, esto es, a nivel de la ley de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. Sin embargo, otros cuerpos legales, distintos de la Constitución, consagran y desarrollan también determinados derechos humanos, de modo que estas dos denominaciones resultan en cierto modo restrictivas.

Por último, "libertades públicas" es también una denominación que se utiliza para referirse a los derechos humanos, con lo cual se destaca que algunos de esos derechos se basan en el valor de la libertad. Sin embargo, en tanto otros de los derechos humanos se basan en valores distintos, por ejemplo, la igualdad y la solidaridad, se trata también de una denominación restrictiva.

Detengámonos ahora en las denominaciones más frecuentes, a saber, "derechos humanos" y "derechos fundamentales".

Se trata de dos expresiones que a menudo son utilizadas como sinónimos. Sin embargo, se trata también de dos denominaciones que podrían tener distintos alcances. Así, por ejemplo, no faltan quienes sugieren reservar la expresión "derechos fundamentales" para designar a los derechos que en tal carácter se encuentran reconocidos y positivados a nivel interno de cada Estado, dejando la denominación "derechos humanos" para aquellos derechos que han sido positivados en declaraciones y acuerdos de carácter internacional o que provienen de determinadas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas y que aun no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

De acuerdo a un criterio como ese, la expresión "derechos humanos" sería más amplia que "derechos fundamentales", puesto que la primera abarcaría al "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales *deben ser* reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e internacional". Por su parte, la expresión "derechos fundamentales" aludiría nada más que a "aquellos derechos humanos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los estados, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada". Como continúa diciendo a este respecto Pérez-Luño,

"los derechos humanos aunan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que, *debiendo* ser objeto de positivación, no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamental* del sistema jurídico político del Estado de Derecho".

Ahora bien, la importancia de la distinción entre "derechos humanos" y "derechos fundamentales" puede ser apreciada si se repara en que si los primeros se confundieran con los segundos, bastaría con no consagrar uno o más derechos humanos en el derecho interno de un Estado para que los atropellos a tales derechos no pudieran ser considerados en ese Estado como atropellos a los derechos humanos. Por la inversa, si los derechos humanos no se confunden con los derechos fundamentales, constituirían violaciones a los primeros aquellas que se perpetraran por las autoridades de un Estado, aun en el caso de que el ordenamiento jurídico interno de éste no reconociera o limitara fuertemente uno o más derechos humanos.

Por lo mismo, si las dos denominaciones antes expuestas se proyectan a la experiencia práctica, es posible advertir, en palabras de Pérez-Luño, que "mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el *apartheid* de Sudafrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet y la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos".

Detrás del problema de la denominación de los derechos humanos, y en especial detrás del dualismo "derechos humanos" - "derechos fundamentales", se esconde una cuestión de la mayor importancia, a saber, la que concierne a la base de sustentación que el derecho positivo, tanto nacional como internacional,

presta a esta clase de derechos. Nadie niega la importancia de que los derechos humanos estén efectivamente reconocidos por cada ordenamiento jurídico estatal y que sus titulares cuenten con un efectivo respaldo institucional al momento de hacerlos efectivos. Sin embargo, mientras hay quienes consideran que el hecho de estar reconocidos y protegidos por el derecho interno, o al menos por el derecho internacional, resultaría indispensable para la existencia de los derechos del hombre, otros, sabiendo que el reconocimiento y protección de estos derechos no siempre se producen a nivel del derecho interno o nacional de todos los Estados, sostienen que los derechos humanos existirían al margen de ese hecho si es que se encuentran reconocidos a nivel del derecho internacional, y que podría incluso invocárselos cuando no estuvieran positivados ni siquiera en el propio derecho internacional.

**El problema del concepto.**— Hay *dos* dificultades principales para concordar en un concepto de derechos humanos. *Una* proviene de las distintas maneras que han sido propuestas para fundamentarlos, puesto que cada una de ellas conduce a un concepto no exactamente coincidente de esta clase de derechos. La *otra* dificultad surge a partir del proceso de expansión experimentado por los derechos del hombre en el curso de los últimos dos siglos.

Como resultado de esa expansión, cuyos alcances explicaremos más adelante, el catálogo de los derechos humanos ha ido incrementándose gradual y progresivamente, lo cual quiere decir que los derechos humanos son hoy más que los que hace 200 años eran reconocidos como tales. Pues bien: al incrementarse el número de los derechos humanos, ha aumentado también la diversidad de los mismos, configurándose distintas *generaciones* de derechos humanos, todo lo cual dificulta la tarea de ofrecer un concepto de derechos humanos capaz de cubrir toda la diversidad que éstos muestran. Determinados bienes que se consideran indispensables; auténticos derechos en sentido subjetivo; limitaciones a la acción de la autoridad; libertades; modalidades de participación en la generación y en el ejercicio del poder político; aspiraciones hacia una igualdad no sólo jurídica y política, sino también en las condiciones materiales de vida de las personas; deseos de vivir en paz y en un medio ambiente no

contaminado, tanto a nivel local como planetario: todo ello suele ser cubierto por los llamados "derechos humanos", a raíz de lo cual resulta difícil ponerse de acuerdo en el uso y alcance que deberíamos dar a esa expresión. Por lo mismo, tiene razón Luis Prieto Sanchís cuando advierte que la noción de derechos humanos se utiliza con "excesiva frecuencia y en los más variados contextos, lo que perjudica su precisión y claridad conceptual", hasta el punto de que podría decirse que "los derechos humanos son un concepto tan difundido como difuso".

Por otra parte, hay autores, como es el caso de Francisco Laporta, que muestran preocupación ante "la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los derechos humanos". Me parece razonable suponer —escribe este autor— "que cuanto más se multiplique la nómima de los derechos humanos, menos fuerza tendrán como exigencias, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente". En cambio, otros autores, como Prieto Sanchís, por ejemplo, sostienen que por incorrectas que puedan parecer algunas apelaciones a los derechos humanos, muchas veces responden "a una saludable preocupación hacia nuevas necesidades o exigencias humanas".

Así, atendida la posición del segundo de tales autores, la expansión de los derechos del hombre, y la consiguiente ampliación del campo lingüístico de la expresión "derechos humanos", produce evidentes dificultades de precisión a la hora de ofrecer un concepto unitario y completo para esta clase de derechos y puede favorecer un uso liviano y demagógico de la expresión. Por otra parte, un cuadro semejante ha creado condiciones favorables para que nuevas necesidades o exigencias humanas puedan abrirse paso con mayor facilidad en lo que a sus posibilidades de reconocimiento y protección se refiere.

Es la idea de dignidad de la persona humana, en todo caso, la que se encuentra a la base de los derechos humanos, puesto que estos derechos tendrían por objetivo primario concretar ciertas exigencias que derivan incondicionalmente de esa idea, esto es, exigencias que no pueden ser omitidas ni soslayadas, sin perjuicio de que el desarrollo histórico experimentado por los derechos humanos, así como una posible ampliación de los alcances y efectos que se atribuyen a la misma noción de digni-

dad de la persona humana, hayan traído como consecuencia el hecho de que no pocas necesidades humanas básicas estén siendo asumidas en nombre de estos mismos derechos, confiriéndoles de ese modo mayores posibilidades de ser satisfechas con eficacia.

A raíz de lo anterior, y valiéndose de expresiones que Herbert Hart utiliza a propósito de las normas, Luis Prieto admite que los derechos humanos presentarían también un *núcleo de certeza* y una *zona de incertidumbre*, porque, en efecto, somos capaces de delimitar un concepto de derechos humanos "susceptible de ser reconocido en nuestra comunidad lingüística y que permitiría desacreditar buena parte de los usos arbitrarios o demagógicos de la expresión"; pero, a la vez, tenemos que reconocer que existe "un área bastante extensa de indeterminación para albergar distintas concepciones que entienden los derechos humanos desde perspectivas ideológicas diferentes".

En cuanto a lo que el autor antes citado llama "núcleo de certeza" de los derechos humanos, constaría él de dos elementos, a saber, que los derechos del hombre son la expresión normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, o sea, el vehículo empleado en los últimos siglos para conducir determinadas aspiraciones humanas importantes, y que, además, tales derechos asumen una función legitimadora del poder, esto es, se presentan como reglas para medir el grado de justificación y aceptabilidad de las distintas formas de organización política. Esto último quiere decir que los derechos humanos constituyen un modelo de convivencia y que, por tanto —como escribe Eusebio Fernández— "el respeto a los derechos humanos es una de las pruebas ineludibles por las que debe pasar una sociedad, un sistema político y un derecho que intenten ser aceptados desde el punto de vista moral".

En cuanto a la primera de las dificultades apuntadas para concordar en un concepto de derechos humanos, recordemos que distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre conducen a conceptos no del todo similares de éstos. Sin embargo, no es conveniente exagerar al respecto, puesto que, tal como se dijo antes, siempre subsiste algún núcleo de certeza acerca de qué son estos derechos. Por otra parte, las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, si bien constituyen una dificultad para ajustar un concepto de éstos, presen-

tan, por otro lado, la ventaja de presentarse como distintos modos de argumentar en favor de estos derechos. Esto último quiere decir que las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos podrían ser vistas como distintos modos de argumentar a favor de los mismos.

La fundamentación *iusnaturalista* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *naturales*, esto es, como prerrogativas inherentes a la persona humana que tienen una existencia independiente de la que puedan conferirse o no los distintos ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica, conduce a un concepto de los derechos humanos como el que se expresa, por ejemplo, en la Encíclica católica "Pacem in terris", de Juan XXIII, fechada el 11 de abril de 1963. Allí se lee que "en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables". Una idea semejante expresa entre nosotros Jorge Iván Hübner, quien define los derechos humanos como el "conjunto de atributos inherentes al hombre por su condición de tal, concernientes al resguardo y perfeccionamiento de su vida y al ejercicio de ciertas prerrogativas y libertades básicas que la autoridad pública debe respetar y amparar". Estos atributos —añade el autor— "se fundan en la naturaleza misma de la persona humana, entendida en un sentido universal, sin distinción de raza, nacionalidad, sexo, estado civil y situación económica o social".

Por su parte, una fundación *ética* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *morales*, esto es, como expresiones de ciertas exigencias morales básicas y comunes a toda la humanidad, conduce a una definición como la que propone Carlos S. Nino. Dice este autor que los derechos humanos son "los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres".

Una fundamentación *historicista* de los derechos del hombre, que ve a éstos como derechos *históricos*, esto es, como unos derechos que en nombre de su dignidad y de valores como la libertad y la igualdad los hombres han conseguido que sean reconocidos y protegidos gradualmente por los ordenamientos jurídicos en el curso de los dos últimos siglos, conduce a un concepto como el que nos ofrece Dino Pasini. Dice Pasini que esos derechos implican "el progresivo reconocimiento, el respeto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad como individuo y persona irrepetible, como ciudadano y como trabajador", y comprenden, por tanto, "no sólo los derechos personales, civiles y políticos, sino también los derechos económicos sociales y culturales".

Por último, una fundamentación *racional* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *pragmáticos*, esto es, como derechos que poseería todo ser dotado de competencia comunicativa para participar en todos aquellos discursos prácticos que conduzcan a la adopción de decisiones que puedan afectar a los sujetos, lleva a una noción de derechos del hombre como la que propone Adela Cortina. Afirma ella que "cualquier discurso práctico, para reclamar sentido y validez, presupone ya lo que yo llamaría unos *derechos pragmáticos* de cuantos se encuentran afectados por las decisiones que en ellas puedan tomarse. Serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia afirmación, de-seos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndosele el ejercicio de alguno de los derechos anteriores".

**El problema del fundamento.**— Fundamentar los derechos humanos equivale a ofrecer algún tipo de razón en favor no sólo de la existencia de esta clase de derechos, sino también de su condición de ser derechos *universales, absolutos e inalienables*. *Universales* en cuanto adscriben a todos los seres humanos sin excepción, de modo que ninguna consideración de raza, edad, sexo, condición, creencias, puede justificar que se les desconozca respecto de una o más personas; *absolutos* en cuanto no se admite su violación en caso alguno; e *inalienables* en cuanto se

trata de derechos inseparables de la condición de persona y que nadie podría renunciar.

La *fundamentación iusnaturalista* de los derechos humanos, para la cual, según vimos, tales derechos son derechos naturales, considera que esta clase de derechos se basan en la naturaleza de la persona humana y que, por lo mismo, son anteriores al Estado y al derecho positivo, los cuales, sin embargo, tienen el deber de reconocerlos y garantizarlos para todos los individuos sin excepción. Por lo mismo, se trataría de derechos de los que cada hombre es titular no por una concesión del Estado o del respectivo ordenamiento jurídico, sino por el simple hecho de ser hombre, de modo que la existencia de los derechos humanos sería *anterior* y a la vez *independiente* de las normas jurídicas positivas que los puedan o no consagrar en un lugar y tiempo determinados.

Esta fundamentación de los derechos humanos supone la existencia de un ordenamiento jurídico natural, anterior y superior a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad y vigencia históricas, y que ese ordenamiento natural —como dice Peces-Barba— sería la “sede de los derechos naturales”. En consecuencia, esta manera de fundamentar los derechos humanos acepta el dualismo *derecho natural-derecho positivo* y entiende que los derechos humanos pertenecen al primero de esos derechos y que no son propiamente una creación del segundo de ellos.

Esta manera de fundamentar los derechos del hombre tiene cuando menos a su favor que estos derechos, en el momento que empieza a hablarse de ellos bajo tal denominación hace poco más de dos siglos, fueron efectivamente considerados como derechos naturales, esto es, como derechos previos al Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos, ya sea que se los considerara como derechos directamente otorgados por Dios o se los entendiera como prerrogativas que se encontrarían inscritas en la naturaleza racional del hombre. Esto es lo que explica las palabras iniciales de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en la que se afirma que los hombres “son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”, o que la Declaración francesa de 1789 hablara de “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, o que

un autor contemporáneo —Antonio Fernández Galiano— sostenga que los “derechos fundamentales son aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.

Es efectivo, en consecuencia, como anota Angel Latorre, que “la idea de los derechos humanos, es decir, la idea de que todo ser humano, por su condición de tal y con independencia de su posición en una determinada comunidad política, es titular de un conjunto de derechos que puede hacer valer frente a los poderes públicos, es fruto del iusnaturalismo racionalista imperante en Europa en los siglos XVII y XVIII. En el mundo antiguo y medieval la situación jurídica del individuo y los derechos que se le atribuyen dependían de su posición en los diferentes grupos jurídicamente diferenciados que formaban las sociedades de esas épocas”.

Con todo, la circunstancia de que los derechos humanos hayan surgido históricamente como derechos naturales, esto es, que se los haya considerados en tal carácter cuando empieza tanto a hablarse de ellos como a invocárselos en la cultura jurídica y política europea, no valida por sí sola la fundamentación iusnaturalista de los mismos, porque ésta, como toda fundamentación, tiene una pretensión antes filosófica que puramente histórica.

La *fundamentación historicista* de los derechos humanos, para la cual tales derechos son derechos históricos, nos recuerda que los derechos del hombre aparecen bajo ese nombre recién a inicios del mundo moderno y que son consecuencia de un proceso de evolución activado por luchas y movimientos sociales que han traído consigo la consagración de sucesivas generaciones de derechos del hombre, desde los primitivos derechos de autonomía hasta los más recientes derechos de promoción, pasando por los llamados derechos de participación.

La evolución tenida por los derechos humanos quedará de manifiesto cuando poco más adelante analicemos la historia de estos derechos y el proceso de expansión que han experimentado a lo largo de los dos últimos siglos, aunque el núcleo de la fundamentación historicista se encuentra en la afirmación de

que el concepto y la expresión lingüística "derechos del hombre" o "derechos humanos", por una parte, así como las primeras declaraciones efectivas de estos derechos, por la otra, se producen en un momento histórico determinado —el tránsito de la edad media a la edad moderna—, momento a partir del cual estos derechos han experimentado procesos no sólo de expansión, sino también de generalización, positivación, internacionalización y especificación que los muestran como una realidad dinámica y evolutiva muy distinta a un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza humana y de las cuales pueda realmente decirse que los hombres han sido titulares en todo tiempo y lugar.

Para esta manera de ver las cosas, el concepto de derechos humanos es *histórico*, como también lo son las declaraciones que les han ido confiriendo una base de sustentación cada vez más objetiva, porque la idea de dignidad de la persona humana, así como los valores de la libertad y la igualdad, sólo se plantean desde la perspectiva de los derechos a partir de un momento histórico dado, a saber, el advenimiento de la modernidad. Como advierte a este respecto Gregorio Pecces-Barba, no es que antes se careciera de una idea de la dignidad, de la libertad o de la igualdad, porque ideas semejantes se encuentran ya en el pensamiento de filósofos como Aristóteles, Platón y Santo Tomás, aunque estas ideas "no se unificaban en un concepto como el de derechos humanos".

En consecuencia, si tanto el concepto, el nombre, las declaraciones que los expresan y la reflexión teórica sobre los mismos tienen una data que se remonta a los siglos XVI y XVII, quiere decir que estamos frente a unos derechos históricos que no se tienen desde siempre ni se descubren de pronto, sino que se conquistan. Esta circunstancia va a quedar suficientemente acreditada cuando más adelante presentemos una breve historia de los derechos humanos, aunque dicha historia mostrará también que antes del tránsito del medioevo a la modernidad es posible identificar algunos antecedentes de lo que a partir de ese instante empezó a configurarse como los derechos fundamentales de la persona humana.

Es por eso que Bobbio ha podido decir de los derechos humanos que éstos "nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que

sigue inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre para dominar la naturaleza y a los demás hombres, crea nuevas amenazas a la libertad del hombre o consiente nuevos remedios a su indigencia; amenazas que se contrarrestan con demandas de límites al poder y remedios que se utilizan con la demanda al mismo poder de intervenciones protectoras. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a un abstenerse del Estado, a las segundas los derechos sociales o a un comportamiento positivo del Estado". En consecuencia, dice todavía Bobbio, las demandas que en relación a los poderes constituidos dirigen los derechos humanos son dos: "impedir maleficios del poder" (derechos de libertad o de la primera generación) u "obtener beneficios del poder" (derechos de igualdad o de la tercera generación), aunque habría que agregar que las demandas son también de participación en el poder, lo cual explica la aparición en un momento histórico dado de los derechos políticos o de la segunda generación.

Sin perjuicio de que más adelante explicaremos cómo se conformaron, sucesivamente, esas tres generaciones de derechos, lo cierto es que, según nos parece, una concepción historicista de los derechos humanos, como la que acabamos de presentar, constituye antes una *explicación* que una *fundamentación* de esta clase de derechos. Si fundamentar los derechos humanos es dar razones no sólo de su existencia, sino también de su valor, la llamada fundamentación historicista sólo explica la aparición y el posterior desarrollo de estos derechos en la cultura política y jurídica del mundo occidental, aunque no da propiamente razones en favor de por qué estos derechos deben estar siempre declarados y suficientemente protegidos.

En cuanto a la *fundamentación ética*, que considera a estos derechos como derechos morales, estima que se trata de derechos vinculados a exigencias de carácter específicamente moral que se consideran inexcusables de una vida digna y para cuyo goce la pertenencia a la especie humana es condición necesaria y también suficiente.

Según esta manera de entender y justificar los derechos humanos, éstos serían previos al Estado y al ordenamiento jurídico que éste produce, aunque no se trataría por ello de derechos naturales, sino, como dice Dworkin, de una especie de "carta de



triumfo" que los hombres tienen frente al Estado, de modo que tales derechos, si bien deben ser reconocidos, protegidos y garantizados por parte del poder político y del derecho, existen sin necesidad de que el Estado y el ordenamiento jurídico los reconozca y ampare efectivamente.

Ello explica que Dworkin afirme que "los hombres tienen derechos morales en contra del Estado", y que Carlos S. Nino diga por su parte que los derechos humanos son aquellos derechos morales que "versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares" y se tienen por todos los hombres. Por su parte, Eusebio Fernández considera que "ni la fundamentación iusnaturalista (para la cual el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducible de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable), ni la fundamentación historicista (para la cual el fundamento estaría en la historia, cambiante y variable) responden, coherentemente a esa pregunta por el fundamento". Cree Fernández, en cambio, que la fundamentación ética contesta a esa misma pregunta en forma más satisfactoria, puesto que hace "hincapié en la presencia de los derechos humanos como la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones que la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo".

Para una fundamentación ética de los derechos humanos, el centro de la cuestión, en palabras de Francisco Laporta, es la siguiente: "si aceptamos que tenemos el orden jurídico empírico (nacional o internacional) por un lado, y la moralidad por otro, y que tenemos en el primero derechos *legales* y en la segunda derechos *morales*, ¿dónde situamos los 'derechos humanos'? Y responde enseguida el autor: "si los situamos en el orden jurídico positivo como derechos legales nos vemos en la tesitura de tener que afirmar que sólo tienen 'derechos humanos' aquellos seres humanos que son destinatarios de las normas y demás elementos de ciertos sistemas jurídicos empíricos", de donde se sigue —en ejemplos que coloca el propio Laporta— que ni el régimen de Pinochet ni el régimen de Franco violaron los derechos humanos, puesto que, bajo uno y otro gobernante, chilenos y españoles no tuvieron derechos humanos o no tuvieron ciertos derechos humanos". Es cierto, agrega, que en ambos casos podríamos apelar a la Declaración "Universal" de las Nacio-

nes Unidas, aunque en tal caso tendríamos que admitir que "el nazismo, que es anterior a esa declaración, no violó los derechos humanos". Por eso, concluye Laporta, es que tenemos que mantener que los derechos humanos "son derechos morales, de forma tal que los sistemas jurídicos que no los reconocen traicionan exigencias morales de gran importancia y *violan derechos*".

Así las cosas, en la fundamentación ética hay un evidente propósito de superar una visión puramente histórica de los derechos del hombre y, a la vez, un intento por no confundirse con la fundamentación iusnaturalista. Sin embargo, la distinción entre "derechos naturales" y "derechos morales", como observa Peces-Barba, no es del todo clara, de modo que la primera de tales fundamentaciones "cumpliría las mismas funciones ideológicas" que la segunda. Esta interpretación del autor español se ve favorecida si se repara en que el propio Dworkin declara que él prefiere evitar la expresión "derechos naturales" sólo "porque para muchas personas tiene asociaciones metafísicas que la descalifican". Esta declaración de Dworkin refuerza la idea de que la introducción de la expresión "derechos morales" se asentaría más bien en consideraciones prácticas de conveniencia que conciernen más al poder de penetración e influencia de esa denominación que a su auténtica claridad y consistencia.

La *fundamentación racional* de los derechos humanos, que considero a éstos como derechos pragmáticos, procura conjugar dos polos, a saber, el de la *transcendentalidad*, que aparece muy nítido en la fundamentación iusnaturalista, y el de la *historia*, que es por su parte muy visible en la fundamentación historicista.

De este modo, se trata de un esfuerzo por fundamentar los derechos humanos, o sea, de dar razón de ellos de una manera que no acoja sólo uno de esos dos polos, que es lo que ocurriría si se opta por la visión de los derechos del hombre como unos derechos atemporales determinados (fundamentación iusnaturalista) o sólo por aquellos que han recibido una expresión positiva en un contexto histórico dado (fundamentación historicista).

Por lo mismo, "una fundamentación racional adecuada debe conjugar los dos polos que la componen: *transcendentalidad e historia*" —escribe Adela Cortina—, y ello "porque las exigencias de

satisfacción de los derechos humanos, aunque sólo en contextos concretos son reconocidos como tales, rebasan en su pretensión cualquier contexto y se presentan como exigencias que cualquier contexto debe satisfacer; mientras que, por otra parte, es claro que sólo en sociedades con un desarrollo moral determinado y con unas peculiaridades jurídicas y políticas son de hecho reconocidas".

La autora recién citada, basándose en la ética discursiva de Habermas, según la cual "la ética discursiva no proporciona orientaciones de contenido, sino solamente un *procedimiento* lleno de presupuestos que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio", sostiene que la fundamentación racional que propone "posibilita una mediación entre *transcendentalidad e historicidad*". Aclara, asimismo, que la noción de racionalidad que ella utiliza es la *racionalidad discursiva*, tal como ésta se muestra en el pensamiento de Habermas y Apel, y concluye diciendo lo siguiente: "serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndole el ejercicio de alguno de los derechos anteriores".

Para concluir ya con esta parte relativa a las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos, quisiéramos precisar lo siguiente:

1. Fundamentar es una acción que puede significar dos cosas distintas: dar razón de algo u ofrecer para algo una base de sustentación cierta y absoluta.

Por lo mismo, la fundamentación historicista de los derechos humanos no sería propiamente una *fundamentación*, sino una *explicitación* acerca de cómo surgen y se desarrolla esta clase de derechos, o, en el mejor de los casos, constituiría una fundamentación *débil* en el sentido de dar alguna razón acerca de ellos. Por su parte, la fundamentación ética y la racional serían auténticas fundamentaciones en cuanto procuran dar razones *fuertes* acerca de esta clase de derechos. Por último, la fundamentación iusnaturalista sería también un modo de fundamentar los derechos humanos, mas no ya en el sentido de dar razón de éstos, sino en el sentido de ofrecer una base de sustentación absoluta, cierta e irresistible

para esta clase de derechos. Sería, por lo mismo, una fundamentación *fortísima*.

Por lo mismo, tiene razón Rober Alexi cuando nos dice que "sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente". Así, "las teorías históricas explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas se ocupan de su fundamentación y las teorías sociales de la función de los derechos fundamentales en el sistema social".

Sin embargo, profundizando en las dificultades de ofrecer un fundamento absoluto para los derechos humanos, Bobbio advierte que "no se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Por otro lado, no es necesario tener miedo al relativismo. La constatada pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un dato histórico, también sujeto a cambio. El relativismo, que de esta pluralidad deriva, es también relativo". Y, no obstante, "este pluralismo es el argumento más fuerte en favor de algunos derechos humanos, más exaltados, como la libertad religiosa y, en general, la libertad de pensamiento. Si no estuviésemos convencidos de la irreductible pluralidad de las concepciones últimas, y estuviésemos convencidos, al contrario, de que asertos religiosos, éticos y políticos son demostrables como teoremas (era la ilusión de los iusnaturalistas, de un Hobbes, por ejemplo, que llamaba "teoremas" a las leyes naturales), los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político perderían su misma razón de ser, o por lo menos adquirirían otro significado".

2. Las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, no obstante las diferencias que reconocen entre sí y las adhesiones que cada una de ellas suscita en los diversos autores, podrían ser todas valoradas si se las observa como distintos modos de argumentar en favor de esta clase de derechos.

3. Tal vez sea difícil ofrecer un fundamento único y común para un conjunto de así llamados "derechos" humanos a cuyo interior coexisten auténticos derechos en sentido subjetivo, junto a bienes, principios generales, y a simples aspiraciones de carácter colectivo.

4. Otra dificultad en orden a ofrecer un fundamento único y común para los derechos humanos se produce por el hecho

de que el proceso de expansión experimentado por esta clase de derechos ha ido introduciendo nuevas y distintas generaciones de derechos. Tampoco puede decirse que ese proceso de expansión esté ya agotado, de modo que nuevas generaciones de derechos podrían pasar a engrosar mañana el actual catálogo de derechos fundamentales. Como dice Bobbio, "el elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc."

5. Habría que rescatar el punto de vista de Dworkin cuando el autor norteamericano declara que sus argumentaciones en apoyo de los derechos humanos constituyen sólo "uno de los fundamentos posibles para los derechos", de donde se sigue que la diversidad de derechos individuales "deja margen para que haya diferentes clases de discursos". Por lo mismo, ni los derechos que Dworkin califica como derechos humanos, esto es, como derechos morales, ni tampoco el método que él utiliza al respecto, según propias palabras del autor norteamericano, "tienen la intención de excluir otros derechos ni otros métodos de argumentación".

Así las cosas, uno podría tomarse los derechos en serio, como propone el mismo Dworkin, tanto si adopta una u otra de las distintas maneras que hay para fundamentarlos. La seriedad en punto a los derechos humanos sería algo que tiene que ver antes con las demandas que seamos capaces de dirigir para la debida consagración, garantía y promoción de estos derechos que con la adscripción a una u otra de las determinadas doctrinas o puntos de vista acerca de la fundamentación de estos derechos.

6. Establecidas las dificultades que existen para ofrecer una fundamentación compartida de los derechos humanos, lo más importante "no es basarlos, sino protegerlos", como dice Bobbio, puesto que "una demostración suficiente de su importancia en la sociedad actual se basa en el hecho de que no ya tal o cual Estado, sino que todos los Estados existentes, han declarado de común acuerdo, empezando por la Declaración Universal de 1948 y paulatinamente por numerosas declaraciones que vinieron posteriormente y que siguen produciéndose, que hay

derechos fundamentales y que hemos además propuesto una extensa relación de los mismos".

## 2. HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

**La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución. Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre. Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos.**

**La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución.**— El surgimiento de la idea de los derechos humanos, la reflexión teórica sobre los mismos y las primeras manifestaciones de esta clase de derechos en documentos y declaraciones de diversa naturaleza jurídica y política, son hechos históricos que acaecieron a partir de un momento dado y que han ido luego sucediéndose de algún modo hasta nuestros días. Ese momento puede ser situado en el tránsito de la edad media a la modernidad.

Lo anterior no significa que las ideas de dignidad del hombre, de libertad y de igualdad no existieran antes, aunque es a partir del momento antes indicado que tales ideas se expresan en la noción de unos derechos de que los hombres estarían dotados universalmente. Si lo nuevo se teje en lo viejo, lo cierto es también que lo nuevo se forma muchas veces gracias a la "ruptura y contraposición con lo viejo". Por lo mismo, como señala Gregorio Peces-Barba, "la idea de dignidad humana, de libertad y de igualdad se encuentran ya en la cultura precedente, pero serán necesarias situaciones nuevas para que los hombres a partir del renacimiento las empiecen a pensar desde un nuevo concepto: los derechos fundamentales".

Como advierte el propio autor español, tres son los puntos de vista históricos para entender la aparición y el posterior desarrollo de esta clase de derechos: el *contexto económico, social y cultural de su aparición*, los *ámbitos de su génesis histórica*; y los *rasgos generales de su evolución política* desde el momento en que se incorporan por primera vez al derecho positivo, con la revolución liberal en el siglo XVII, en Gran Bretaña, y en el siglo

XVIII en las colonias inglesas de Norteamérica y en la Francia de 1789.

En cuanto al *primer* de esos puntos de vista, lo que el mencionado autor denomina "tránsito a la modernidad" es un "período profundamente transformador, donde muchas estructuras económicas, sociales, culturales y políticas del mundo medieval desaparecen y otras se adaptan y sobreviven".

En lo económico, surge un nuevo sistema, que en su evolución posterior "será el sistema capitalista". En lo social se configura la burguesía como una clase "individualista y en ascenso", que contrasta con "el enmarcamiento de los hombres en gremios y corporaciones, propio de la edad media". En lo político, "las estructuras plurales del poder político medieval son sustituidas por el Estado como forma del poder, racional, centralizado y burocrático que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza".

Dadas esas tres nuevas condiciones, los derechos humanos aparecen inicialmente como una manera tanto de limitar el poder del Estado como de expandir el protagonismo social y la actividad económica de la burguesía, confiriéndole a tales derechos el carácter de naturales, con lo cual se reforzaban, las propiedades de absolutos, perentorios e irrenunciables que desde entonces se postulan para esta clase de derechos.

En cuanto al *segundo* de los puntos de vista antes señalado, los ámbitos en que surgen los derechos humanos son tres: el debate sobre la tolerancia, el debate sobre los límites del poder y el debate sobre la humanización del derecho en el campo procesal penal.

El debate sobre la tolerancia se produce como resultado de la ruptura de la unidad religiosa que existió en Europa hasta la aparición del protestantismo. Como esa ruptura perjudicaba el proyecto de estados nacionales fuertes y centralizados, se ensayaron distintos caminos con el propósito de reponer la unidad religiosa perdida: los llamados "coloquios", que reunían a expertos en los distintos credos religiosos en pugna; la aplicación del principio de que cada nación debía seguir la religión de su gobernante; y las guerras de religión, o sea, el enfrentamiento armado entre quienes tenían creencias religiosas dispares.

Ninguno de tales caminos resultó adecuado para el fin que se perseguía, aunque el primero de ellos —los coloquios— abrieron una senda que pudo ser retomada una vez que las guerras

de religión fracasaron en el intento de imponer la hegemonía de un credo religioso sobre otro. En efecto, agotado el camino del enfrentamiento armado por motivos de índole religiosa, "empiezan a aparecer doctrinas que defienden el respeto a la conciencia y el derecho individual a adorar a Dios de acuerdo con los criterios de cada uno, sin intervención del poder en tales materias". En palabras nuevamente de Gregorio Peces-Barba, "la defensa de la tolerancia se produce al negar al poder competencia para decidir y para intervenir en materia de fe. En ese ámbito, la iniciativa corresponde al individuo: el poder está limitado y no puede ejercer la fuerza para orientar la conciencia de cada uno". Este "será el primer paso para la protección de un ámbito de autonomía para la conciencia, para el pensamiento y después para la opinión y para sus formas de expresión".

La *idea de tolerancia religiosa*, como simple aceptación de la existencia de credos distintos que proponen diferentes maneras de reconocer y adorar a Dios, abrió así paso a la *idea de libertad religiosa*, esto es, a la aceptación de que corresponde a cada individuo decidir cuál religión profesar o si acaso debe profesar alguna, mientras que la idea de libertad religiosa abrió curso a la más amplia *libertad de conciencia*, o sea, al reconocimiento de la autonomía de cada sujeto para formarse sus propias creencias en materia no sólo religiosa, sino también morales y de cualquier otro orden. Esta secuencia, si bien correcta desde un punto de vista *histórico*, se invierte si se la mira desde un punto de vista *conceptual*, puesto que, en este último terreno, es la aceptación de la libertad de conciencia la que conduce a la aceptación, entre otras, de la libertad religiosa, en tanto que la libertad religiosa es la que exige de todos una tolerancia en este tipo de materias.

La idea de tolerancia penetraría también en el campo de las ideas y convicciones políticas, o sea, se admitirá también que las personas son libres para formarse sus propias ideas acerca de cómo organizar y ejercer el gobierno de la sociedad.

La tolerancia, en un sentido *pasivo* del término, esto es, como mera aceptación de creencias distintas que reprobamos en cualquiera de esos campos (religioso, moral y político) es una virtud, o sea, una práctica efectiva que casi nadie se atreve ya a impugnar abiertamente. Sin embargo, se abre paso ahora, difusamente, una tolerancia *activa*, que consiste no sólo en la

resignación a aceptar la existencia de creencias distintas que resolvamos, sino en aproximarnos a quienes sustentan tales creencias, en entrar en diálogo con ellos, en aprender eventualmente de quienes las profesan, y en manifestarnos dispuestos a corregir nuestros propios puntos de vista como resultado de un diálogo semejante.

En cuanto al debate sobre los límites del poder, éste se produjo como consecuencia de la secularización tanto de las teorías justificatorias del poder como de las concretas relaciones de poder entre gobernantes y gobernados. Se abandona la justificación teológica del poder y se adoptan otras de carácter consensual, esto es, se desplaza a Dios como el origen del poder político de los gobernantes y se coloca en su lugar la idea de un pacto o convención en virtud de la cual los ciudadanos delegan en sus autoridades el ejercicio de la soberanía y limitan a la vez el poder de los gobernantes. Todo esto, como se comprende, sólo pudo ser hecho en nombre de "unos derechos naturales, previos al poder y que éste debe respetar".

Por último, se produce también un movimiento por la humanización del derecho penal, de los procedimientos judiciales y de los tipos y modos de ejecución de las penas. Este movimiento, como afirma Peces-Barba, es "propiamente una dimensión particular de la lucha por la limitación del poder, como lo es también el problema de la tolerancia, aunque se trató de un movimiento que tuvo su dinámica propia, con independencia de sus conexiones últimas con lo que hemos denominado lucha por los límites del poder".

Como parte de este movimiento, se empiezan a abrir paso ideas como la de la independencia de los tribunales; las garantías de los procesados; la distinción entre infracción a deberes religiosos y morales y la infracción a deberes propiamente jurídicos; la impugnación de la tortura como medio para obtener pruebas en un juicio; la impugnación, asimismo, de castigos físicos innecesarios a quienes hayan sido condenados en un proceso penal; la certidumbre de las penas que deban aplicarse a los responsables de los delitos y la proporción que aquéllas deben guardar con la gravedad de éstos. Por otra parte, este movimiento encarnó en autores como Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, y Voltaire, y aparece reflejado nitidamente en el Acta de Habeas Corpus, de 1679, en la Declaración de los Derechos

del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y en las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, de 1791.

**Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre.**— Sobre las bases que hemos explicado precedentemente, se pueden entender mejor los cinco procesos de carácter histórico por los que han pasado los derechos humanos, a saber: *positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación*, aunque antes de pasar a explicar cada uno de esos procesos conviene detenerse en la presentación de los principales antecedentes, documentos, declaraciones y pactos que han ido dando expresión y sustentación a los derechos humanos, primero en el derecho interno de los Estados y luego en el derecho internacional.

Un buen texto de recopilación de tales antecedentes, documentos, declaraciones y pactos es *Derecho positivo de los derechos humanos*, de Gregorio Peces-Barba, Liborio Hierro, Santiago Iñiguez de Onzoño y Angel Llamas. En esta obra, como dicen sus autores, se presentan, ordenan y reproducen los "instrumentos que, a lo largo de la historia de la cultura jurídica y política, han configurado una conquista de la moralidad humana en el plano de la convivencia civil, núcleo esencial de la sociedad democrática." Por lo demás, el libro incluye textos que van desde la "prehistoria de los derechos humanos hasta su regulación internacional en nuestros días".

En cuanto a dicha *prehistoria*, ella está constituida por documentos anteriores al tránsito a la modernidad y, por lo mismo, no se trata propiamente de textos de derechos humanos, aunque sí de antecedentes remotos o próximos de éstos, según los casos.

Entre tales documentos, cabe mencionar desde un libro del Antiguo Testamento, como el Deuteronomio, hasta la Pragmática de los Reyes Católicos, en España, que declaró la libertad de residencia (1480), pasando por el VI y VIII Concilio de Toledo (años 638 y 653), la Carta del Convenio entre el Rey Alfonso I de Aragón y los Moros de Tudela (1119), los Decretos de la Curia de León (1188), la Carta Magna inglesa (1215), las Disposiciones de Oxford (1258) y la Constitución Neminem Captivabimus (1430).

Así, en el Deuteronomio, por ejemplo, se lee "No entregarás a su amo un esclavo que se haya refugiado en tu casa"; y "Nunca dejará de haber pobres sobre la tierra; por eso te doy este mandato: abrirás tu mano a tu hermano, al necesitado y al pobre de tu tierra".

En cuanto al VI Concilio de Toledo (638), declaró que "es justo que la vida de los inocentes no sea manchada por la malicia de los acusadores, y, por tanto, nadie que esté acusado por otro será entregado al suplicio hasta que el acusador se presente y se examinen las normas de las leyes y de los cánones". Por su parte, el VIII Concilio (563), llamó a "que ninguno de los reyes, por propio impulso o por cualesquiera coacciones o fuerzas, altere o haga que se alteren en su favor las escrituras de cualesquiera cosas que se deban a otro, de manera que pueda ser privado injustamente, contra su voluntad, del dominio de las cosas".

La Carta del Rey Alfonso I de Aragón (1119) buscó proteger a los moros de Tudela y dijo que "el que quisiere salir o ir de Tudela a tierra de moros, o a otra tierra de moros o a otra tierra, que sea libre y vaya con seguridad con las mujeres y los hijos y con todo su haber, por agua o por tierra, a la hora que quisiere, de día o de noche".

Por medio de los Decretos de la Curia de León (1188), el Rey Alfonso de León y Galicia, declarando que lo hacía ante "todos los de mi reino", se comprometió a "cumplir las leyes que están establecidas por mis predecesores", juró "que ni yo ni nadie entrará en la casa de otro por la fuerza, ni hará ningún daño en ella o en su heredad", y confirmó que si se "denegare justicia al demandante o se la rechazare maliciosamente, podrá éste tomar testigos por cuyo testimonio conste la verdad y obligar al que denegó justicia a indemnizar al demandante".

Un texto de gran importancia entre los antecedentes de las modernas declaraciones de derechos del hombre lo constituyó la Carta Magna inglesa, que el Rey Juan Sin Tierra otorgó en 1215 luego de que la nobleza, unida con el clero y los comerciantes, formare un ejército de mil hombres montados a caballo para oponerse a la corona, circunstancia esta última que muestra cómo los derechos humanos no siempre han sido propiamente reconocidos u otorgados, sino conquistados, y en cierto modo arrancados, a quienes tenían en un momento dado el poder dentro de la sociedad.

En la Carta Magna se declaró la libertad de la Iglesia de Inglaterra y se otorgó, asimismo, un conjunto de libertades "a todos los hombres libres de nuestro reino, para que las posean y las guarden para ellos y sus sucesores". A la vez, se dijo que el monarca ni ninguno de sus funcionarios incautará "ninguna tierra ni renta para el pago de una deuda mientras el deudor tenga bienes suficientes para pagarla"; que "por un delito leve un hombre libre sólo será castigado en proporción al grado del delito, y por un delito grave también en la proporción correspondiente"; y que "ningun hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país".

Por su lado, las Disposiciones de Oxford (1258) fijaron condiciones precisas para servir el cargo de *sheriff* (administrador ejecutivo de un condado), y establecieron un Tribunal del Condado "para recibir todas las demandas a los daños y perjuicios que hubieran sido causados por los *sheriffs*".

Por medio de la Constitución *Neminem Captivabimus* (1430), el Rey Wladislaw Jagiello, de Polonia, juró "no castigar nunca a un noble de ninguna forma cualquiera que sea el crimen o la falta que haya cometido, a no ser que haya sido primero justamente condenado por los tribunales de justicia y haya sido puesto en nuestras manos por los jueces de su propia provincia".

Finalmente, la Pragmática de los Reyes Católicos (1480), ordenó a todas las autoridades que permitieran vivir a las personas en las ciudades y villas que éstas quisieran, que les permitieran desplazarse a otras villas y ciudades, y que no les perturbaren en sus acciones destinadas a vender o a arrendar los bienes raíces de que fueran propietarios.

Llama la atención que los textos que hemos mencionado reconozcan derechos con miras únicamente a limitar el poder de los monarcas y, además, que el reconocimiento de los derechos se circunscriba a determinados segmentos o estamentos de la sociedad.

Si pasamos ahora a la *historia* propiamente tal de los derechos humanos, los textos respectivos proliferan a partir del si-

glo XVI en adelante. Por lo mismo, nos limitaremos a mencionar los que nos parecen más importantes.

El Edicto de Nantes, dado por Enrique IV en 1598 y que fue registrado por el Parlamento de París un año más tarde, puso término a casi medio siglo de guerras religiosas, reguló las condiciones y límites del culto protestante, y declaró que "todos los que hacen o hagan profesión de la dicha Religión Reformada son capaces de obtener todos los estados, dignidades, oficios y cargos públicos de cualquier tipo".

La Petición de Derechos, de 1628, emanada del Parlamento inglés, declaró que "de aquí en adelante nadie será obligado a entregar préstamos al Rey contra su voluntad; que nadie será gravado con ninguna carga o exacción a título de donación, ni por ningún otro tipo de cargas", de modo que nadie puede ser obligado "a contribuir con ningún impuesto, crédito u otra carga no aprobada por el Parlamento; y que "ningún hombre libre será arrestado o encarcelado, o será obstaculizado en el ejercicio de sus libertades o de sus costumbres, o será proscrito o desterrado, ni sancionado de ninguna forma, sino conforme a un juicio legal formado por sus pares o según el derecho de su tierra".

El Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts, otorgado por el Rey Carlos II en 1629 a los primeros colonos de Norteamérica, concedió a éstos un conjunto de poderes y es considerado como el primer catálogo norteamericano de derechos humanos. Se trata de un texto bastante completo, dotado de un preámbulo y de un conjunto de normas sobre derechos y libertades relativas a procedimientos judiciales, sobre libertades generales y sobre libertades particulares de mujeres, niños, siervos y forasteros, parte esta última donde el texto anticipa lo que hoy conocemos como proceso de *especificación* de los derechos humanos.

En cuanto a la célebre Acta de Habeas Corpus, de 1679, fue acordada también en Inglaterra y tuvo su origen en el encarcelamiento arbitrario de que había sido objeto un grupo de opositores políticos al Rey Carlos II. Precisamente, el habeas corpus es un procedimiento que se lleva a cabo ante un juez para poner término a la detención o prisión arbitraria de una persona.

El Acta de Habeas Corpus, de especial importancia en la historia de los derechos humanos, vuelve a ser un documento que no es fruto de la sola inspiración de sus autores, sino que lo es,

ante todo, de determinadas circunstancias de hecho lesivas para la libertad, a las que en un momento dado se decide enfrentar y poner término.

En efecto, el Acta en referencia se inicia con la denuncia de que alguaciles y carceleros, a quienes se ha confiado la custodia de algún detenido por asuntos criminales, suelen eludir los mandamientos de habeas corpus que se les dirigen, o sea, acostumbra desoír o retardar las órdenes que se les dan para no retener por más tiempo a una persona y presentarla ante el juez encargado de verificar la legalidad de su detención. Por lo mismo, el Acta establece la obligación de tales funcionarios en orden a que, en el mismo momento en que sean requeridos para ello, "lleven o manden llevar la persona detenida o encarcelada ante el Lord Canciller o el Lord Depositario del Gran Sello de Inglaterra", o "ante los jueces o barones del referido tribunal que haya emitido el habeas corpus", debiendo además "certificar las verdaderas causas de la detención o prisión".

Por lo tanto, en sus orígenes el Habeas Corpus no tuvo por finalidad obtener la inmediata libertad de un detenido, sino asegurar la presencia física del detenido ante el tribunal correspondiente, esto es, tuvo por finalidad asegurar un juicio pronto a las personas que sea veían privadas de libertad.

El Bill of Rights, o Declaración de Derechos, de 1688, se originó también en un hecho político concreto, en este caso la proclamación como reyes de Inglaterra de Guillermo de Orange y de su esposa María, quienes habían destronado al rey Jacobo II. La Declaración, preparada en el Parlamento, fue presentada a los nuevos monarcas en la misma fecha en que iban a ser proclamados reyes, de modo que la aceptación de la Declaración por parte de éstos constituyó una auténtica condición para hacerse de la corona.

La Declaración, invocando en su comienzo las arbitrariedades de Jacobo II, y como una manera de precaverse de que éstas pudieran repetirse en el futuro, reivindicó "antiguos derechos y libertades", y declaró, entre otras cosas, que "el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de leyes sin el consentimiento del Parlamento es ilegal"; que "la exacción de tributos en dinero por o para el uso de la Corona, sin permiso del Parlamento, es ilegal"; que "es derecho de los súbditos dirigir peticiones al Rey y que todo encarcelamiento

basado en tal petición es ilegal"; y que "la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre".

Trasladándonos ahora a Norteamérica, en 1776, un mes antes de la Declaración de Independencia, encontramos la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que afirmó la existencia de "ciertos derechos innatos" que tienen "todos los hombres", de los cuales, una vez que los hombres "entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto". Además, este documento afirmó que "todo poder es inherente al pueblo y procede de él"; que "los magistrados son mandatarios del pueblo y sus servidores, y, en cualquier momento, responsables ante él"; que "los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben estar separados"; y que "la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despoticos".

En cuanto a la propia Declaración de Independencia de los Estados Unidos, cabe destacar sus expresiones iniciales: "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios".

Cabe señalar que esta Declaración de Independencia no incluyó una declaración explícita de derechos, como tampoco lo hizo la Constitución de 1787, lo cual explica que algunos años después, en 1791, se aprobaran diez enmiendas a la Constitución, las cuales jugaron precisamente ese papel. Quizás si la principal de esas enmiendas sea la primera de ellas, que declaró lo siguiente: "El Congreso no hará ley alguna por la que se establezca una religión, o se prohíba ejercerla, o se limite la libertad de palabra, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de sus agravios".

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es posterior en trece años a la Declaración de Independencia

de los Estados Unidos. La Asamblea Nacional la aprobó el 26 de agosto de 1789 y el Rey Luis XVI la aceptó en octubre del mismo año. Sin perjuicio de la influencia que tuvo en ella la obra de autores como Rousseau y Montesquieu, es un hecho cierto que en sus redactores influyeron también los textos norteamericanos señalados previamente.

En la Declaración de 1789 se reitera que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos", que "la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre", y que "el origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación", de modo que "ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella". Añadió, asimismo, que "la ley es la expresión de la voluntad general" y que "todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ha ejercido hasta hoy una poderosa influencia, aunque no consagró el derecho de asociación y restringió el derecho de sufragio a los propietarios. Sin embargo, sus redactores avizoraron la importancia de que los derechos humanos tuvieran una consagración efectiva en el derecho positivo, especialmente a nivel constitucional, no obstante considerarlos derechos naturales. Así, en el Art. 16 de la Declaración se estableció que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".

En lo que concierne ahora al siglo XIX, otros textos de importancia para la historia de los derechos humanos fueron la Constitución Política de la Monarquía española, de 1812; la Constitución belga de 1831; la Constitución francesa de 1848; tres nuevas enmiendas a la Constitución norteamericana, que fueron aprobadas entre 1865 y 1870; y la Constitución española de 1876.

En el siglo XX, antes de las decisivas Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá en 1948, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de fines del mismo año, cabe mencionar la Constitución mexicana de 1917; la Constitución alemana de 1919; nuevas enmiendas a la Constitución norteamericana, entre las que se cuenta el reconocimiento del derecho de sufragio a las mujeres, en



1920; la Constitución de la República española de 1931; y la Constitución italiana de 1947.

Se trata de textos cada vez más completos, en los que se van reflejando gradualmente no sólo el proceso de *positivación* de los derechos a nivel del ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino también los procesos de *generalización* y de *expansión* que analizaremos más adelante.

En cuanto a la *internacionalización* de los mismos derechos, se trata de un proceso, como también analizaremos más adelante, que tiene lugar sólo a partir de la mitad del siglo XX, y cuyas primeras manifestaciones fueron, en ese mismo orden, la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948.

La primera de esas dos declaraciones fue producto de la IX Conferencia Panamericana que se celebró en Bogotá a inicios de 1948, ocasión en la que se aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos. En esta misma Declaración, su preámbulo, tal como lo habían insinuado algunos documentos anteriores de carácter interno o estatal en la historia de los derechos humanos, propugna una articulación entre derechos y deberes, lo cual se ve reflejado luego en que su capítulo primero trata precisamente de los derechos, en tanto que el segundo y último desarrolla lo concerniente a los deberes.

En el mencionado capítulo primero, junto a la consagración de la igualdad ante la ley y de las libertades de conciencia y de expresión, se mencionan un conjunto de derechos de carácter social, por ejemplo, a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, a la seguridad social, a la participación en la vida cultural, todos los cuales no importan límites al poder político sino compromisos que deben asumir quienes ejercen el poder para mejorar las condiciones materiales de vida de las personas.

En el capítulo relativo a los deberes, la Declaración menciona, entre otros, el de "obedecer a la ley", el de "adquirir a lo menos la instrucción primaria", el de "votar en las elecciones populares", y el de "cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales, de acuerdo con las posibilidades y las circunstancias de cada cual".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no estableció órganos ni mecanismos destinados a controlar el cumplimiento de la misma en el ámbito propiamente

internacional, aunque reconoció en su Art. 18 que "toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos", debiendo "disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Esta Declaración constituyó la primera pieza de lo que puede considerarse el sistema internacional de derechos humanos en el ámbito regional americano, y a ella siguieron luego otros documentos de importancia, a saber, la Carta Interamericana de Garantías Sociales y la Convención Interamericana de Derechos Civiles de la Mujer. En 1965 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en 1970 se suscribió la Convención Americana que retoma la distinción entre derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, y que establece dos órganos competentes para conocer de "los asuntos relacionados con los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención", a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, tuvo también un carácter declarativo y no propiamente el de un pacto internacional vinculante. Pero si bien no creó obligaciones legales a los Estados que la suscribieron, lo cierto es que constituye un hito fundamental en la historia de los derechos humanos, puesto que junto con marcar en cierto modo el inicio del proceso de internacionalización de los mismos, influyó en numerosas constituciones, posteriormente a ella, a nivel del derecho interno de los Estados. Con todo, es preciso aclarar que la opinión prácticamente unánime de los actuales tratadistas sobre el tema, es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha pasado a ser vinculante tanto por vía consuetudinaria como porque recoge o consagra normas llamadas de *ius cogens*, esto es, normas imperativas del derecho internacional.

Su Preámbulo, en una manifiesta alusión a los horrores de la segunda guerra mundial, advierte acerca de que "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la

humanidad". Por otra parte, en otro de sus razonamientos consideró "esencial que los derechos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión". Por lo mismo, tiene razón Bobbio cuando apunta que "la Declaración Universal representa la conciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre".

En cuanto a su contenido, la Declaración consta de 30 artículos y un estudio particularizado de ella permite advertir como los derechos individuales, que se asientan en el valor de la *libertad*, ocupan la mayor parte del texto (Arts. 3 al 20), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales, que se fundan en la idea de *igualdad*, son tratados apenas en tres artículos (22 al 25). Por su parte, y en lo que concierne a los derechos políticos o de participación, aparecen tratados en el Art. 21.

Por su lado, el Art. 28 da un claro impulso a la internacionalización de los derechos, al declarar que "toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos", en tanto que el Art. 30 y final dice que "nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, o a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración".

Dos años más tarde, en 1950, en el ámbito regional europeo se da otro paso importante para la internacionalización de los derechos, al firmarse en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Se trata ya de un auténtico tratado internacional que establece obligaciones para los Estados en orden a introducir en sus respectivos derechos internos las modificaciones que permitan adoptar las normas e instituciones de éstos a lo dispuesto por el Convenio. Como escriben los autores del libro "Derecho positivo de los derechos humanos", no se trata de "un texto que sustituya a la protección de los derechos en los sistemas jurídicos nacionales, sino una garantía internacional de los mismos en el ámbito euro-

peo". Tocante a los destinatarios del Convenio, "no son sólo los ciudadanos de los Estados que lo han ratificado, sino que se extiende a cualquier persona que resida o que, simplemente, se encuentre en el país". Por otra parte, "es importante señalar que el Convenio establece, por primera vez, a la persona como sujeto del Derecho Internacional, al permitir las demandas individuales, siempre que un Estado del que depende el litigante haya declarado aceptar el procedimiento de ese recurso por las denuncias de personas que se consideren víctimas de una violación de sus derechos fundamentales". Todo ello explica, en fin, que este Convenio haya creado la Comisión Europea de Derechos Humanos, y, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como inicio del proceso de especificación de los derechos fundamentales, cabe mencionar ahora distintas convenciones y declaraciones que adoptó la Organización de las Naciones Unidas respecto de la mujer, en 1952 y 1967, así como respecto del niño, en 1959. Respecto de la mujer, las convenciones se refirieron, en ese orden, a sus derechos políticos, a la nacionalidad de la mujer casada y a la eliminación de la discriminación contra la mujer. Tratándose del niño, la Declaración correspondiente parte de la base de que, sin perjuicio de los derechos que se reconocen a toda la especie humana sin distinción, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Respecto siempre de la mujer y del niño, la especificación de sus derechos se consolida en la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, y en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

Siempre en el ámbito de las decisiones de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, permitieron superar el carácter meramente declarativo que tuvo la Declaración Universal de 1948. Su misma denominación ("pactos") indica su finalidad de convenios presentados a la firma y ratificación de los Estados que entrarían en vigor cuando hayan sido firmados por 35 países miembros de la Organización.

Ambos pactos, como sus respectivas denominaciones lo indican, tratan de las libertades civiles y políticas, y de los dere-

chos económicos, sociales y culturales, reconociendo que tanto aquéllas como éstos son indispensables para realizar "el ideal de ser humano libre", por lo cual es necesario "que se creen las condiciones que permitan a cada persona" gozar tanto de unas como de otras. En el fondo, según nos parece, una declaración como esa refuerza no sólo la idea de que hay distintas clases o generaciones de derechos del hombre, todas indispensables, sino que el valor de la libertad, que está a la base de las dos primeras generaciones, precisa para su efectiva realización de una cierta igualdad en las condiciones materiales de vida de las personas, igualdad a la que apuntan los derechos económicos, sociales y culturales, o de tercera generación, puesto que para personas que desde el punto de vista material padecen condiciones de vida miserables se torna completamente ilusorio y vacío el disfrute y ejercicio de las libertades.

Con posterioridad a 1966, concretamente en mayo de 1985, el Consejo Económico Social de la ONU emitió la resolución que establece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de vigilar la aplicación del pacto del mismo nombre. Por su parte, en 1989 la Asamblea General de la ONU aprobó el segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En 1990, la misma Asamblea General aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias.

En 1992 se aprueban dos declaraciones de importancia, una sobre Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y otra sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.

Un paso muy importante en materia de jurisdicción internacional de los derechos humanos lo constituye el Estatuto de Roma de la Corte Internacional, de julio de 1998, que asume que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto o deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia", y que, además, recuerda en su preámbulo que "es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales".

Sobre bases como las antes indicadas, el Estatuto de Roma establece una Corte Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas "que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", aunque, a la vez, se establece que "la Corte Penal Internacional será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

En cuanto a la competencia de la Corte, ella se limita a los crímenes más graves de trascendencia internacional, como es el caso del crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cabe señalar, asimismo, que el Estatuto de Roma establece cuáles son los actos constitutivos de genocidio, qué se entenderá por crímenes de lesa humanidad, y qué por crímenes de guerra.

Respecto de lo primero, se establece que se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos siguientes, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Por "crimen de lesa humanidad" se entiende cualquiera de los siguientes actos cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación; tortura; desaparición forzada de personas; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia; y el crimen de *apartheid*.

En cuanto a los "crímenes de guerra", se entiende un conjunto importante de actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra, de 1949, tratados como matar intencionalmente; someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; obligar a un prisionero de guerra a prestar servicios en las fuerzas

de una potencia enemiga; privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; y tomar rehenes.

Por último, el propio Estatuto de Roma declara que entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se desposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

**Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos.**— El desarrollo histórico tenido por los derechos humanos permite identificar distintos procesos por los que estos derechos han pasado desde que fueron declarados e introducidos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el derecho internacional.

El primero de esos procesos, llamado de *positivación*, es aquél en virtud del cual los derechos del hombre, al margen de la discusión filosófica acerca de si son derechos naturales, derechos morales, derechos históricos o derechos de carácter pragmático, se han ido de hecho incorporando progresivamente al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de las Constituciones de éstos. Este proceso, como es evidente, ha venido a suministrar a los derechos humanos una base jurídica de sustentación objetiva que, junto con hacerlos más ciertos, ha favorecido también su mayor efectividad.

Tal como mostramos en el apartado anterior, este proceso comienza propiamente en el siglo XVII y se desarrolla fuertemente en los siglos siguientes, hasta el punto de que hoy todos los Estados democráticos consagran los derechos fundamentales en un capítulo destacado de su ley constitucional, como también en otras clases de leyes, de inferior jerarquía a la Constitución, que desarrollan luego los preceptos constitucionales sobre la materia.

Anteriores o no al derecho positivo, superiores o no a ese mismo derecho, configurados o no antes que en el derecho positivo en algún posible derecho natural o en exigencias éticas que se consideran insoslayables, lo cierto es que los derechos humanos, como resultado del proceso que estamos analizando, se han incorporado al derecho interno de los Estados, lo cual, junto al proceso de internacionalización del que trataremos más

adelante, permite que podamos hablar con propiedad de un auténtico *derecho positivo de los derechos humanos*.

La base que presta hoy el derecho positivo a los derechos humanos no nos responde a la cuestión de *qué son* estos derechos, pero sí a la de *cuáles son*. No resuelve tampoco la discusión acerca de la fundamentación de esta clase de derechos, pero permite argumentar en su favor desde una cierta realidad objetiva —el propio derecho positivo— que todos pueden reconocer y admitir. Dicha base, por último, tampoco disuelve la paradoja de que los derechos humanos hayan aparecido históricamente como derechos naturales, pero, a la vez, resulta evidente que ella produce mejores resultados en cuanto a la eficacia de las reclamaciones en favor de la protección y garantía de los derechos.

“Recién con su ‘positivación’ por la legislación o la cons titución los derechos humanos se convierten en algo tangible —expresa Eugenio Bulygin—, en una especie de realidad, aun cuando esa ‘realidad’ sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente morales”.

No es poco, en consecuencia, lo que los derechos humanos han ganado con su incorporación progresiva al derecho positivo, sin perjuicio de que se mantengan en pie muchas interrogantes acerca de tales derechos y que este proceso de positivación no puede ni pretende responder por sí solo.

El mismo autor antes citado, como parte de su crítica a la doctrina de los derechos humanos como “derechos morales”, y como expresión también de la importancia que atribuye al proceso de positivación de los derechos, escribe lo siguiente: “Se me podría reprochar que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa. Sin embargo, no veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Y para defenderme del ataque, podría retrucar que es políticamente peligroso crear la ilusión de seguridad cuando la realidad es muy otra. Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles,

sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución".

Por *generalización* de los derechos humanos se entiende el proceso en virtud del cual estos derechos han llegado a pertenecer a todos los hombres, por el solo hecho de ser tales, esto es, sin distinción de raza, color, sexo, posición social o económica, ideas políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otro orden.

Como dijimos en su momento, lo nuevo se teje en lo viejo y, en cierto modo también, en contra de lo viejo. Los derechos humanos son un producto de la modernidad, aunque es posible hallar, antes de ese momento, antecedentes de importancia en textos y documentos como los que analizamos al presentar la historia de los derechos del hombre, en especial textos y documentos medievales como los Decretos de la Curia de León y la Carta Magna inglesa. Pero esos textos y documentos tenían la característica de ser estamentales, como lo era también la propia sociedad del momento, y, en consecuencia, reconocieron ciertos derechos y prerrogativas únicamente a determinados segmentos de la población, quedando al margen de ellos los restantes. Ni siquiera la revolución francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano reconocieron a todos los hombres el derecho de sufragio, sino que con su distinción entre ciudadanos activos y pasivos —una distinción basada únicamente en el patrimonio de las personas— radicó sólo en los primeros la titularidad de este derecho político fundamental. "Frente a los privilegios medievales, con destinatarios específicos, como los nobles, los miembros de un gremio o corporación, o los vecinos de una ciudad —escribe Peces-Barba—, los derechos humanos en su modelo clásico aparecen como expresión de la racionalidad, con destinatarios *genéricos*, los *hombres* y los *ciudadanos*", todo lo cual es expresivo de una deseada igualdad ante la ley.

La generalización de los derechos humanos ha sido posible gracias a la idea de que se trata de derechos universales, con lo cual queremos decir que la generación o extensión de esta clase de derechos se ha visto favorecida en los hechos porque tan-

to en el plano conceptual como en el deontológico, esto es, tanto a la hora de ofrecer un concepto de derechos humanos como a la de señalar una dirección deseada para los mismos, se ha insistido siempre en la universalidad de los mismos. Por consiguiente, la universalidad de los derechos del hombre es antes "un postulado de la razón que un dato de la experiencia", como dice Benito de Castro Cid; "una nota de la definición de los derechos", aunque no plenamente "una cuestión de hecho", como señala por su parte Javier de Lucas.

En cuanto al proceso de *expansión*, ha consistido en el gradual y progresivo incremento del catálogo de los derechos humanos, lo cual ha ocurrido por medio de la incorporación a ese catálogo de nuevos derechos, o de nuevas generaciones de derechos del hombre, que pasan a ser reconocidos y protegidos en el carácter de tales.

Este proceso puede ser apreciado con toda nitidez si se examinan los distintos momentos por los que han ido pasando los derechos humanos en su devenir histórico hasta nuestros días.

Así, en un primer momento, los derechos humanos aparecen como simples limitaciones al poder de la autoridad pública, y se traducen, por lo mismo, en el compromiso de ésta en orden a no interferir en ciertos y determinados ámbitos de la vida y actividad de cada individuo, o a hacerlo sólo bajo determinadas condiciones. Se trata de la *primera generación* de derechos humanos, la de los llamados *derechos civiles*, o derechos de autonomía, entre los que se cuentan, por ejemplo, el de la inviolabilidad del domicilio, el de no ser detenido y preso en forma arbitraria, el de no ser gravado con impuestos sólo por decisión del monarca y sin la aprobación del parlamento, etc.

Si tuviera razón Bobbio cuando afirma que "toda la historia de la filosofía política es una larga, continua y atormentada reflexión acerca de la pregunta ¿cómo es posible limitar el poder?", se comprenderá entonces la importancia de esta primera generación de derechos humanos, llamada también de *derechos personales*, en virtud de la cual, sin embargo, el Estado asume únicamente obligaciones de carácter pasivo, esto es, de no interferencia ilegítima en la vida y propiedad de las personas.

En un segundo momento de su historia, los derechos humanos se configuran no ya como meros límites al poder, sino como participación de los ciudadanos en el poder político, esto es, en

la discusión y adopción de las decisiones colectivas o de gobierno. Como se ve, con esta *segunda generación* de derechos, la de los llamados *derechos políticos*, como derechos de participación, no se trata ya sólo de *limitar* el poder, sino de *participar* en la gestación y ejercicio del poder político dentro de la sociedad. Surgen así los derechos políticos, en particular el de sufragio y el de elegir y ser elegido para cargos de representación popular.

En un tercer momento del proceso de expansión de los derechos humanos surge luego una nueva categoría o generación de derechos, la de los *derechos económicos, sociales y culturales*, o derechos de promoción, que son unos derechos que no aspiran a limitar el poder ni a participar en éste, sino a demandar de quienes ejercen el poder un compromiso activo en favor de aceptables condiciones materiales de vida para todas las personas. En el caso de esta *tercera generación*, se trata, por lo mismo, de derechos que se fundan en el valor de la *igualdad*, y no en el de la *libertad*, como acontece con las dos primeras generaciones. En consecuencia, los derechos económicos, sociales y culturales no representan límites a la acción del Estado —como ocurre con los derechos de la primera generación—, ni encarnan tampoco la aspiración a participar en el poder —como acontece con los de la segunda—, sino que representan la adopción de unos fines orientadores de la acción del Estado y suponen una cierta intervención de éste en la vida social y económica de la sociedad. El derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a una previsión oportuna y justa, constituyen ejemplos de derechos de esta tercera generación.

De este modo, si el Estado de Derecho liberal se asentaba en las dos primeras generaciones de derechos, el Estado social de Derecho se funda además en la tercera generación que acabamos de identificar.

A los derechos económicos, sociales y culturales se les considera a la vez como *prestaciones* y *créditos*, según se les observe desde la perspectiva del Estado y otro tipo de organizaciones que deben procurar satisfacerlos o desde la de los sujetos que pueden reclamarlos. Por lo mismo, como se ha dicho muchas veces, son derechos que cuestan dinero, mucho dinero, y eso explica que algunas de sus debilidades consistan en la inevitable gradualidad de su realización y en su dependencia de los recursos financieros de que disponga efectivamente el Estado. El problema radica aquí,

como se advierte, en que la expansión acelerada que han tenido los derechos económicos, sociales y culturales, así como las demandas consiguientes que ellos plantean, no se corresponden con el volumen limitado de recursos destinados a satisfacerlos. Para agudizar esa dificultad, los derechos económicos, sociales y culturales, basados en el valor de la igualdad, tienen que bregar hoy con "el progresivo descenso del principio de *igualdad* en el nivel de aprecio de las sociedades, como apunta Benito de Castro, y la creciente tendencia a su sustitución por los principios y valores de la autonomía individual, la eficiencia económica y la competitividad". Por otra parte, semejante manera dominante de pensar, unida a la efectiva escasez de recursos para satisfacerlos, ha traído consigo que los derechos económicos, sociales y culturales aparezcan en la actualidad casi como "derechos contra la corriente" —por utilizar la expresión de Luis Prieto—, esto es, de derechos que no las tienen todas consigo y en cuyo nombre es preciso reivindicar a cada instante la punzante pregunta que Elías Díaz se hace sobre la materia: "¿podemos tener Estado de Derecho sin derechos económicos, sociales y culturales?" Este último autor va todavía más lejos: sostiene que si los derechos fundamentales constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, entre tales derechos no pueden entrar únicamente aquellos de la primera y segunda generaciones, basados en la libertad, sino también los de tercera generación, basados por su parte en la igualdad, puesto que un Estado de Derecho que no integre todos esos derechos se parecería más a un "Estado de Derechas".

Es evidente que la incorporación al catálogo de los derechos humanos de los derechos económicos, sociales y culturales, basados en el valor de la *igualdad*, introduce una cierta tensión con los derechos de la primera generación, basados en el valor de la *libertad*, una tensión que no es sino el reflejo de la que existe entre esos dos mismos valores. Ello porque el compromiso del Estado con un tipo de sociedad más igualitaria desde el punto de vista de las condiciones materiales de vida de las personas, asumido en nombre de los derechos económicos, sociales y culturales, puede llegar a transformarse en una amenaza para las libertades individuales que garantizan los derechos de la primera generación. Por otra parte, el compromiso del Estado con las libertades, asumido en nombre de los derechos humanos de primera generación, puede llegar a transformarse en una renun-

cia a la realización más efectiva de los derechos de la tercera generación.

El liberalismo, como enseña reiteradamente Bobbio en varios de sus trabajos, se inspiró sobre todo en el ideal de la libertad. Pero es inútil ocultar que la libertad de iniciativa económica puede llegar a producir grandes e injustas desigualdades no sólo entre hombre y hombre, sino también entre un Estado y otros Estados. Por su lado, el socialismo, que se inspiró en el ideal de la igualdad, produjo inaceptables limitaciones al ejercicio de la libertad de las personas. En consecuencia, si se acepta que libertad e igualdad son dos valores que están en la raíz de los derechos humanos, es preciso cuidar que la primera no se inmole en nombre de la segunda y que ésta no se sacrifique con el pretexto de la primera, con lo cual quiere decirse que así como la libertad no puede perecer en el altar de la igualdad, ésta tampoco debe hacerlo en el altar de la libertad. Por lo mismo, y aun reconociendo que llegado un cierto punto ambos valores pueden colisionar entre sí, es preciso levantar un ideal que nazca de la exigencia de que los hombres, además de libres, sean iguales. Iguales, valga decir, no sólo en el sentido *jurídico* y *político* del término (iguales ante la ley e iguales en cuanto a que todos pueden participar en las elecciones y el voto de cada cual cuenta por uno), sino iguales también en las *condiciones materiales de vida*, con lo cual, sin embargo, no se quiere propiciar que *todos deban ser iguales en todo* respecto de sus condiciones de vida, sino que *todos sean a lo menos iguales en algo*, a saber, la satisfacción de sus necesidades básicas de educación, salud, trabajo, vivienda, descanso y asistencia social.

Si en nombre de que en una sociedad cualquiera unos pocos comen torta mientras muchos se quedan sin poder comer pan alguien llama a que nadie coma torta para que todos puedan comer pan, entonces estaríamos ante una propuesta de *igualdad de todos en todo*. Por la inversa, si ante una situación semejante se llama a que todos puedan comer a lo menos pan, sin perjuicio de que algunos, o muchos, gracias a su capacidad, esfuerzo o a su suerte, puedan acceder también a las tortas, estaríamos ante una propuesta de *igualdad de todos en algo*.

Por lo demás, es preciso advertir no sólo la posibilidad de que libertad e igualdad colisionen a partir de un cierto punto, sino también que se trata de valores que se imbrican de algún

modo. Tal como señalamos antes a este mismo respecto, el goce y ejercicio de las libertades presupone que los titulares de éstas vivan en condiciones materiales mínimas que no tornen completamente ilusorio y vacío ese goce y ejercicio de las libertades, lo cual quiere decir que una igualdad básica en las condiciones materiales de vida es condición para el goce y ejercicio real de las libertades, de donde se sigue que buscar esa igualdad básica no es ya una amenaza para la libertad, sino, todo lo contrario, un favor que se hace a la propia expansión de la libertad, de modo que ésta no sea en los hechos privilegio de unos cuantos, sino prerrogativa de todos.

Eusebio Fernández, en un artículo de título sugerente —“No toméis los derechos económicos, sociales y culturales en vano” — ha escrito sobre el particular, con toda razón, que “ni el desarrollo de la autonomía ni el de la libertad pueden ser reales si no existe una suficiente igualdad de oportunidades sociales y económicas y un marco minimamente igualitario”. Los derechos económicos, sociales y culturales, como dice ahora Peces-Barba, pretenden resolver carencias “en relación con necesidades que impiden el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida”, puesto que la no satisfacción de las necesidades básicas por un número importante de individuos “puede dificultarles seriamente alcanzar el nivel de humanidad mínimo para considerarse como personas, y, consiguientemente, para usar y disfrutar plenamente de los derechos individuales, civiles y políticos”. Por tanto, como añade José Joaquín Gomes Canotilho, puede decirse que los “derechos y libertades individuales son indisociables de los referentes económicos, sociales y culturales”. Con lo cual quiere decir que si tenemos derecho a la vida, también debemos tener derecho a cuidados y prestaciones que aseguren un cuerpo y espíritu sanos; que si tenemos derechos a la inviolabilidad del domicilio, también debemos tener derecho a poseer una vivienda; y, por colocar otro ejemplo, si tenemos derecho a elegir una profesión libremente, también debemos tener derecho a un puesto de trabajo, o a un seguro en caso de perderlo.

Pero el proceso de expansión de los derechos humano no se ha detenido en el momento que acabamos de señalar, estos, en la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que se prolonga todavía en una *cuarta generación de*

*derechos*, basados en el valor de la *solidaridad* a nivel planetario, y que tienen que ver, por ejemplo, con las expectativas de paz para el mundo, de vida en un medio ambiente sano y libre de contaminación, y de un desarrollo económico que sea sustentable, esto es, que el mayor desarrollo de que puedan disfrutar las actuales generaciones que habitan la tierra no sea conseguido al precio de aquél al que tienen también derecho las generaciones que la poblarán mañana. Cabe señalar, sin embargo, que los llamados "derecho a la paz", "derecho al desarrollo", "derecho a un medio ambiente sano", y otros semejantes que se entienden pertenecer a esta cuarta generación de derechos, no constan en normas vinculantes de derecho positivo, sino en resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas o de otros organismos, y tiene, por tanto, el valor de recomendaciones.

Del modo que ha sido antes indicado, las distintas generaciones de derechos humanos, como dice Pérez-Luño, "no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados".

En cuanto al proceso de *internacionalización* de los derechos del hombre, que se inicia recién en el siglo actual, es aquél en virtud del cual estos derechos, en cuanto a su reconocimiento y protección efectivas, superan ya el ámbito de los derechos internos o nacionales y pasan a incorporarse, primero a través de declaraciones y luego a través de pactos y tratados, a lo que podríamos llamar el *derecho positivo internacional de los derechos humanos*.

Por lo mismo, este proceso de internacionalización podría ser visto como una fase o expresión del proceso de positivación de los derechos humanos, puesto que mientras este último proceso daría cuenta de la incorporación de los derechos al ordenamiento jurídico interno de los Estados, aquél manifestaría el modo como los derechos se incorporan a la legislación de tipo internacional, afianzándose de este modo la base de sustentación objetiva que esta clase de derechos ha encontrado en el derecho positivo, tanto nacional como internacional. Sin embargo, cabe advertir que la internacionalización de los derechos huma-

nos discurre no sólo a través de la legislación internacional, sino también de la doctrina y de las decisiones de órganos jurisdiccionales que empiezan a formar toda una jurisprudencia internacional sobre la materia. Por otra parte, este proceso no debe ser visto como algo que viene simplemente a superponerse, un piso más arriba, al proceso de positivación que los derechos tuvieron previamente a nivel interno de los Estados, puesto que la internacionalización revierte sobre la positivación en cuanto los Estados, en su propio derecho interno, se comprometen a dar primacía a los pactos y tratados sobre derechos humanos y ajustan así sus ordenamientos jurídicos internos a los compases que experimenta la evolución de los derechos humanos en el plano internacional.

Ahora bien, este proceso de internacionalización tiene en verdad *dos* caras: por una parte, según se dijo, los derechos humanos pasan a ser reconocidos por números importantes de Estados, valiéndose para ello primero de simples declaraciones y, más tarde, de pactos y de tratados sobre la materia; por otra, se incorpora a la conciencia común de la humanidad de nuestro tiempo que la situación de los derechos humanos al interior de los Estados no es ya una cuestión interna o doméstica de éstos, sino un asunto de relevancia internacional. En consecuencia, ni la invocación a la soberanía ni a los principios de autodeterminación de los pueblos y de no intervención de un Estado en los asuntos internos de otro pueden ser respuestas aceptables para la comunidad internacional cada vez que en el territorio de un determinado Estado se producen violaciones sistemáticas y masivas de los derechos del hombre.

Por lo mismo, uno de los problemas más relevantes para los derechos humanos consiste en el progresivo establecimiento de órganos internacionales que sean capaces de vincular a los poderes nacionales en la protección de los derechos humanos, aun que también constituye un problema relevante de los derechos, como advierte Rafael de Asís, "el de la compatibilidad entre su protección en el plano internacional y el respeto a las distintas tradiciones culturales". Es decir, agrega el autor, "hay que ser conscientes de que los derechos tienen que ser también límites al poder internacional, y que un excesivo aumento de la relevancia de éste, sin la contemplación de la diversidad de su proyección, puede aminorar el valor de los derechos".



Por último, el proceso de *especificación* de los derechos humanos, de data también reciente, es aquél que, sobre la base de una mejor y más particularizada identificación de los sujetos titulares de los derechos, atribuye determinadas prerrogativas a quienes puedan encontrarse en la sociedad en una situación de desventaja respecto de sus semejantes. Tal como dice Bobbio, si la expresión "ciudadano" introdujo una primera especificación respecto de la más general de "hombre", de modo que sin perjuicio de los "derechos del hombre" puede también hablarse de unos "derechos del ciudadano" en particular (por ejemplo, los derechos políticos), otras especificaciones han sido introducidas luego sobre la base del género, las distintas fases del desarrollo del individuo o ciertos estados excepcionales en la existencia humana, todo lo cual explica que pueda hablarse hoy, por ejemplo, de "derechos de la mujer", "derechos del niño", "derechos de los ancianos", "derechos de los enfermos", "derechos de los minusválidos".

Como advierte Gregorio Peces-Barba, sin perjuicio del proceso de *generalización* que han experimentado los derechos humanos, se ha producido también "una ampliación y una *especificación* de los destinatarios de los derechos a través de la consideración de derechos atribuibles sólo a categorías o grupos de ciudadanos por razones vinculadas a su situación social o cultural discriminada —mujeres, emigrantes, etc.—, por la especial debilidad, derivada de razones de edad —niños—, o de razones físicas o psíquicas temporales o permanentes —minusválidos—, o del puesto de inferioridad que ocupan en una determinada relación social —consumidores, usuarios o administrados."

Este proceso de especificación ha abierto paso a lo que se llama "derechos de grupo", es decir, en palabras de Benito de Castro, "derechos atribuidos a conjuntos determinados de sujetos en función de las peculiares circunstancias en que se realiza su existencia", lo cual ha traído consigo una sectorialización de los derechos humanos a partir del reconocimiento de diferentes categorías de personas y, por lo mismo, un cierto quiebre del principio de universalidad que informa a estos derechos y un giro, asimismo, en el proceso histórico de generalización de los derechos que ha tenido lugar a partir de ese mismo principio.