



PREHISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EL LARGO CAMINO DE SU PROCESO DE POSITIVIZACIÓN Y GENERALIZACIÓN

Omar Sar Suárez

Doctor y Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Abogado por la Universidad de Buenos Aires y por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, la Universidad de Lima, la Academia de la Magistratura y el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Recibido: 22 de diciembre de 2012

Aceptado: 26 de diciembre de 2012

Sumario

I. El camino de los derechos. II. La incorporación de los Derechos como concesión estamental. III. Primeros pasos hacia la generalización de los derechos. IV. Las “declaraciones” de derechos V. El Constitucionalismo

Resumen

Los que hoy conocemos como Derechos Humanos y que se reivindican como unos derechos inherentes a la condición de persona humana no fueron siempre concebidos de la misma forma, han seguido un largo proceso evolutivo. En el presente trabajo examinamos la evolución histórica desde las concesiones reales, pasando por las declaraciones (locales o nacionales) hasta llegar a su inclusión en los textos constitucionales.

Palabras clave

Derechos Humanos, declaraciones, constitucionalismo, positivización.

Abstract

The is now known as Human Rights and which are claimed as a right inherent in the human condition were not always designed in the same way, have followed a long evolutionary process. In this paper we examine the historical evolution from real concessions, through declarations (local or national) until its inclusion in the constitutional texts.

Keywords

Human Rights, declarations, constitutionalism, positivation.

Introducción

Los que hoy conocemos como Derechos Humanos y que se reivindican como unos derechos inherentes a la condición de persona humana no fueron siempre concebidos de la misma forma, han seguido un largo proceso evolutivo. En el presente trabajo examinamos la evolución histórica desde las concesiones reales, pasando por las declaraciones (locales o nacionales) hasta llegar a su inclusión en los textos constitucionales.

Los ordenamientos jurídicos en todo el mundo incorporan a sus normas los logros de la dura lucha de los hombres por su libertad. Pero este panorama halagüeño que nos es dado contemplar en nuestra época no puede entenderse bien más que considerándolo como punto de arribo - no terminal - de un proceso histórico en que la positivización ha ido extendiéndose paulatinamente cubriendo áreas humanas cada vez más amplias.

Fernández-Galiano, Antonio y de Castro Cid, Benito, Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural, Ed. Universitas, 3° Edición, Madrid 1999, P. 582.

I. El camino de los derechos

Hoy, en los albores del siglo XXI, puede afirmarse que los Derechos Humanos están plenamente asentados en la conciencia de la humanidad y esta universal convicción ejerce una presión constante sobre los Estados que favorece la decisión de estos de reconocer y positivizar unos derechos y libertades de los que ya los hombres no sabrían prescindir.

Como señala Ollero Tassara “Desde diversos planteamientos de teoría del conocimiento, y partiendo de las ideologías más contrapuestas, todos parecen por una vez de acuerdo. Existen unos derechos ‘humanos’, un conjunto de exigencias sin las que el hombre no podría disfrutar de una convivencia propiamente ‘humana’ y la lucha por garantizarla se convierte en factor decisivo para la legitimación del ordenamiento jurídico”¹.

En el curso diacrónico de los Derechos Humanos suele hablarse de una “historia” y una “prehistoria”. Esta última comprende aquella

¹ Ollero Tassara, Andrés, ¿Tiene razón el derecho? - Entre método científico y voluntad política, Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1996, p. 368. Y además cita a Jhürgen Habermas en cuanto sostiene que “La necesidad de justificar y la posibilidad de criticar las normas jurídicas no representan sino el reverso de su positividad: El principio de positivación y el principio de fundamentación se exigen mutuamente”.

etapa en la que lo que hoy llamamos Derechos Humanos no han aparecido todavía con la configuración que en la actualidad tienen, pero lo cierto es que, en este caso como en los demás, la historia no puede explicarse sin sus precedentes.

Desde nuestro punto de vista conviene diferenciar los planos sociológico (el de las conductas de los individuos) y normológico o normativo (el de las normas jurídicas) de modo que quede claro que lo constitucional va mucho más lejos de lo que está escrito en la constitución codificada porque la Constitución material siempre la excede, aún en el caso de que la Constitución escrita tenga vigencia sociológica².

Por lo expuesto los Derechos Humanos no son derecho positivo por el mero hecho de estar, acaso, consignados en las normas de la Constitución formal, lo son cuando, con o sin esa consignación escrita, tienen vigencia sociológica.

La recepción de los Derechos Humanos en la positividad se produce con aquella vigencia y no meramente con la normativa escrita, porque si esta no alcanza la eficacia y aplicación que definen a la misma vigencia sociológica es “letra muerta” cuya pura vigencia normológica no alcanza para aseverar que hay Derechos Humanos en la positividad³.

Al decir que la normación escrita (que es característica del constitucionalismo moderno o clásico) implica la positivización de los derechos es porque se piensa que aquella normación coincide con la vigencia sociológica, cosa que puede suceder o no. Y si tal identidad no se verifica no hay positividad porque falta la eficacia, o sea, la normativa constitucional escrita sobre derechos del hombre no funciona.

² Sobre el trialismo en el derecho constitucional puede verse Bidart Campos, Germán, Lecciones elementales de política, Ed. Ediar, 5ª Edición, Buenos Aires 1991.

³ La clasificación de las constituciones en Normativas, Nominales y Semánticas obedece justamente al grado de ajuste que existe entre la realidad política del estado y el contenido de su texto constitucional formal. Al respecto se ha sostenido que “El carácter normativo de una Constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobrentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una Constitución podrá ser jurídicamente válida pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la Constitución carece de realidad existencial. En este caso cabe calificar a dicha constitución de nominal... en cambio si la conformación del poder está congelada en beneficio de sus detentadores fácticos, independientemente de que estos sean una persona individual (dictador), una Junta, un Comité, una Asamblea o un Partido. Este tipo se puede designar como Constitución semántica”. Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Ed. Ariel, 2ª Edición, 4ª Reimpresión, Barcelona 1986, p. 218. También puede consultarse García Toma, Víctor, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Ed. Universidad de Lima, Lima 1999, p. 257.

II. La incorporación de los derechos como concesión estamental

Durante la edad media el antecedente de los actuales derechos fundamentales está constituido por los privilegios o concesiones que los monarcas realizan con la particularidad de que se establecen a favor de los habitantes de ciudades o villas concretas o bien de los miembros de estamentos sociales determinados.

Los documentos medievales sobre la materia no contienen auténticas declaraciones, sino más bien privilegios (relacionados normalmente con libertades naturales) que el monarca concede a un grupo de súbditos, a un estamento social, a los habitantes de una región, etc. Tienen, por consiguiente, un claro matiz esporádico y fragmentario por un doble motivo: por referirse solo a determinados derechos o libertades y por afectar únicamente a determinado grupo de súbditos.

Por otra parte es de destacar también que estos precedentes medievales ostentan un carácter contractual pues ante los excesos o intromisiones en que pudiera incurrir el monarca surge la queja de los vasallos y este, constreñido por ella, acuerda con sus súbditos que en lo sucesivo el poder real respetará este o aquel derecho. Esto equivale a conceder al grupo beneficiado una situación de privilegio en relación con el resto de los súbditos.

Sintetizando podemos decir que estos precedentes medievales tienen dos características centrales: primero son restricciones del poder real, que vienen a reconocer, por lo general, privilegios o derechos ya existentes u observados con anterioridad; y segundo se manifiestan a través de documentos diversos sin enlace orgánico ni sistemático que resultan propios del estado estamental de la época.

Un ejemplo clásico de este tipo de instrumentos es la Carta Magna de Juan Sin Tierra del 15 de julio del año 1215 que contiene un preámbulo y 63 artículos que abarcan materias tan distintas como derecho penal, civil, municipal y hasta pesos y medidas. En la misma puede leerse “Primero: Que Nos hemos otorgado ante Dios, y por la presente carta lo hemos sancionado para nosotros y nuestros sucesores a perpetuidad: Que la Iglesia de Inglaterra será libre y conservará íntegros sus derechos... por el hecho de que por nuestra propia libre voluntad, y antes de que se provocase la actual discusión entre nosotros y nuestros barones, otorgamos y sancionamos por carta la libertad de las elecciones de la iglesia. Nos mismos respetaremos esta libertad y deseamos que sea respetada de buena fe por nuestros sucesores a perpetuidad”⁴

⁴ La cuestión religiosa, como se ve, es de la más alta importancia y generará sangrientas guerras en los siglos siguientes.

Este es un documento al que suele designarse como modelo y origen de las modernas constituciones liberales⁵ pero, a pesar de la gran trascendencia que posee para el desarrollo del sistema político inglés⁶, consideramos que no es más que uno de los numerosos ejemplos de estipulaciones medievales entre el Príncipe y los Señores feudales⁷.

Entre los derechos que incorpora se encuentran los siguientes: "...9) Ni Nos ni nuestros funcionarios incautaremos ninguna tierra ni renta para pago de una deuda mientras el deudor tenga bienes muebles suficientes para pagar su deuda; 20) Por un delito leve un hombre libre solo será castigado en proporción al grado del delito y por un delito grave también en la proporción correspondiente, pero no hasta el punto de privarle de su subsistencia; 21) Los Condes y los Barones solo serán castigados por sus iguales...", entre otros.

Los "Pactos" de sujeción medievales como el descrito y otros muchos de la época⁸ así como las concesiones de los Señores que de ellos emanan resultan el primer paso en el camino hacia el reconocimiento y la positivización de los Derechos Humanos.

⁵ En tal sentido se ha dicho que "El origen del constitucionalismo moderno puede situarse a comienzos del siglo XIII y comprende las Cartas y Fueros medievales, los 'convenant' americanos, las 'leyes fundamentales' y las teorías iusnaturalistas" Fayt, Carlos, Derecho Político, Ed. Depalma, 7º Edición, Buenos Aires 1988, Tomo II, p. 10. En contrario se ha dicho que "Debemos distinguir dos aspectos: a) Una cosa es el origen o la fuente ideológicos que han dado contenido a la declaración de derechos; b) otra cosa distinta es la fuente u origen formales de su constitucionalización escrita... En orden a lo segundo (que es lo que aquí nos interesa) la aparición histórica de textos escritos donde se declaran los derechos parece derivar de las colonias inglesas de Norteamérica y de los Estados Unidos precediendo en varios años a la famosa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la revolución de 1789" Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ed. Ediar, Buenos Aires 1989, p. 211.

⁶ El desarrollo del derecho político inglés tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la edad media (alta nobleza, caballeros y burguesía local) y su representación a través de la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes (cuyo desarrollo comenzó a gestarse en el siglo XI) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del estado moderno. El parlamento inglés apareció en la lucha contra el Rey como el sujeto de la unidad nacional mientras que en otros países europeos era el Príncipe absoluto quien realizaba la unidad política en lucha contra los estamentos medievales. En Inglaterra podían transferirse sin que medie una aguda distinción las ideas e instituciones medievales a las modernas instituciones del estado.

⁷ Este es el punto de vista recogido por Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Ed. Alianza Editorial, 1º Edición (AE), Primera edición en español 1934, Madrid 1984, p. 67.

⁸ En la España medieval son frecuentes los pactos entre el Rey y sus súbditos, generalmente acordados en Cortes y que suelen referirse al ejercicio de ciertas libertades y al establecimiento de garantías penales y procesales que ponían a los ciudadanos a cubierto de posibles excesos del poder del monarca. Entre estos sobresalen el pacto acordado en las Cortes de León de 1188 entre Alfonso IX y su reino; los acuerdos de las Cortes de Burgos de 1301 y de Valladolid de 1322 así como el Privilegio General de Aragón otorgado por Pedro III a este reino en las Cortes de Zaragoza de 1283, entre otros. Al respecto puede consultarse Loewenstein, Karl, Op. Cit., p. 157.

III. Primeros pasos hacia la generalización de los derechos

A partir del siglo XVI ya no encontraremos, como hasta ahora, privilegios o concesiones a favor de grupos o estamentos determinados sino que las garantías y seguridades ofrecidas por el poder real se dirigen a todos los súbditos, con lo que se instaura un principio de generalidad que ya no será abandonado.

La edad moderna se ve convulsionada, desde sus mismos comienzos, por las guerras religiosas⁹ - de una ferocidad que solo el fundamentalismo puede conferir tanto por uno como por otro lado - fruto de las dos actitudes enfrentadas en la Reforma y la Contrarreforma. No son solo contiendas internacionales, sino también luchas internas en las que se persigue implacablemente a los “herejes”¹⁰, que son los cristianos fieles a Roma para los reformados y estos para los católicos romanos.

La lucha, en el terreno internacional, concluye con la paz de Augsburgo (1555), en la que se consagra el principio *cuius regio, eius religio*, en virtud del cual los súbditos habrán de profesar la religión “oficial”, es decir, la del príncipe que gobierne el territorio donde aquellos residan. Tan peregrina solución constituía un palmario ataque a la libertad de conciencia, por lo que se le atribuye haber resultado la chispa que hizo nacer el movimiento en pro de la conquista de los primeros derechos fundamentales¹¹; y así la aspiración más apremiante en

⁹ Con este panorama ante los ojos Dante Alighieri escribe “De la Monarquía” donde repudia el estado de guerra permanente que vive Europa, asolada por facciones, y reclama vigorosamente la paz, que solo una autoridad laica y universal podría lograr. Dante descarta, uno por uno, los argumentos más corrientes a favor del papado comenzando por el símbolo sol - luna y afirma que la última no debe al primero ni su existencia ni su poderío, solo el reflejo de su luz. Así el emperador admitirá la guía del Papa hacia la luz eterna pero no le deberá respeto en los asuntos temporales. Citado en Sanguinetti, Horacio, Curso de Derecho Político - Historia del pensamiento político universal y argentino; Ciencia Política y Teoría del Estado, Ed. Astrea, 4^o Edición, Buenos Aires 2000, p. 53.

¹⁰ Uno de los principales intereses de los jesuitas de mitad del siglo XVI que dieron lugar al resurgimiento del Tomismo fue precisamente “refutar a todos los herejes de esta época actual. Los herejes de quienes básicamente se ocupan son, desde luego, los luteranos, y unos de sus objetivos básicos es repudiar no solo el concepto luterano de la Iglesia, sino toda la visión de la vida política asociada a la Reforma evangélica”. Un desarrollo completo de la cuestión puede verse en Skinner, Quentin, Los fundamentos del pensamiento político moderno, Tomo II, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1993, p. 144.

¹¹ Se engendra por esta vía también la idea de tolerancia que será la única forma posible para poner punto final al conflicto religioso. Más tarde John Locke desarrollará extensamente el tema sosteniendo que “aunque algunos blasonan de la antigüedad de lugares y nombres o del esplendor de sus ritos, otros de la reforma de sus enseñanzas, y todos de la ortodoxia de su fe (ya que cada uno se considera ortodoxo) estas y todas las demás pretensiones de esa clase puede que solo sean señales, no de la Iglesia de Cristo, sino de la lucha de los hombres con sus semejantes para adquirir poder y mando sobre ellos. Si alguien posee todas estas cosas pero le falta caridad, humildad y buena voluntad en general hacia toda la humanidad, incluso hacia aquellos que no son cristianos, estará muy lejos de ser un verdadero cristiano. Los reyes de los gentiles imperan sobre ellos, pero no así vosotros, dijo nuestro Salvador a sus discípulos (Lucas 22:25)”. Locke, John, Carta sobre la tolerancia, Ed. Alianza Editorial, 4^o Edición, Madrid 1999, p. 62.

este terreno fue la de conseguir de los reyes -ya fueran católicos o cristianos reformados- el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento y del derecho a profesar libremente una religión¹².

En este orden de cosas fueron importantes logros el Edicto de Nantes, otorgado por Enrique IV de Francia (1598), el Acta de Tolerancia de Maryland (1649) y la Carta del Rey inglés Carlos II concedida también a la colonia americana de Rhode Island, por la que se autorizaba en aquel territorio la libre práctica de cualquier religión (1663).

Aquietada la cuestión religiosa, los esfuerzos se orientaron hacia la conquista de los derechos civiles y algunos derechos políticos. Fue en Inglaterra, cuna del liberalismo "lockeano", donde más pronto se cumplieron estas aspiraciones plasmadas en tres célebres documentos: la Petition of Rights (1628), la ley de Hábeas Corpus (1679) y el Bill of Rights (1689).

En realidad los tres documentos fueron fruto de las constantes tensiones ente la Corona y el Parlamento y de las luchas internas que padeció Inglaterra durante el agitado siglo XVII. La Petition of Rights procede de la polémica sostenida por Carlos I con el Parlamento, al que solicitó recursos para financiar su política exterior; Los parlamentarios no solo le denegaron los subsidios pedidos, sino que además presentaron una protesta contra los abusos del poder real y recordaron al monarca los derechos de que tradicionalmente habían disfrutado los ingleses.

La ley sobre el Hábeas Corpus, impuesta por un parlamento hostil a Carlos II, venía a concretar una vieja institución inglesa disponiendo que ningún ciudadano podía ser detenido sin orden expresa y escrita, debiendo ser conducido ante los tribunales en el plazo máximo de tres días.

Por último el Bill of Rights, que fue redactado por el parlamento tras la huida del país de Jacobo II y ofrecido para su aceptación a Guillermo de Orange y su esposa María como condición tácita para que ocuparan el trono vacante, contiene una extensa gama de derechos y libertades que le da su status de "declaración" pero subsiste todavía el carácter nacional pues los parlamentarios afirman en el Preámbulo que "estando ahora reunidos en representación libre y completa de la nación, tomando en su más seria consideración los mejores medios para alcanzar los fines antes dichos, y como sus antecesores hicieron normalmente en casos semejantes para reivindicar y afirmar sus antiguos derechos y libertades declaran...". No se ha alcanzado todavía la meta de afirmar que los derechos y libertades competen a todo hombre sino que se circunscribe a concederlos solamente a los nacionales.

¹² Tal punto de vista se sostiene en Fernández-Galiano, Antonio y De Castro Cid, Benito, Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural, Ed. Universitas, 3ª Edición, Madrid 1999, p. 545.

En general los documentos ingleses están aún lejos del espíritu de las declaraciones posteriores, pero no cabe duda que evidencian un paso adelante en la evolución de los derechos humanos y, sobre todo, significan la plena entrada en la escena política del parlamento como representación del pueblo, institución que será desde entonces una pieza clave en la construcción del estado de derecho.

Este documento, como los anteriores de la época, presentan dos características resaltantes: a) Son textos normativos y, por tanto, susceptibles de ser invocados por los ciudadanos ante los tribunales y b) Presentan una gran perdurabilidad frente a los documentos de otros países que tuvieron una vida efímera¹³.

IV. Las “declaraciones” de derechos

Un paso más en el proceso evolutivo de los derechos humanos va a producirse cuando en las declaraciones se borre la referencia exclusiva a un pueblo determinado y no se hable ya de los “derechos de los ingleses” sino de los “derechos de los hombres”. Esta universalización de los Derechos Humanos reconoce como una de sus causas el influjo del espíritu iusnaturalista¹⁴, del derecho natural que tan sistemáticamente había construido la escuela racionalista durante los siglos XVII y XVIII y que pregonaba como uno de sus dogmas centrales la existencia de un ordenamiento jurídico anterior y superior al positivo y aplicable a todos los hombres del que se desprendían unos derechos igualmente atribuibles a todo ser humano.

El derecho natural no es algo impuesto al hombre, desde una instancia superior, trascendente, sino algo inmanente a este, fruto de su propia razón, conocimiento y, de su naturaleza. Si asumimos, por lo tanto, que el Derecho Natural pertenece a la esencia misma del hombre, los llamados “derechos humanos” serían la final consecuencia de aquel.

Sin embargo frente a la precedente afirmación se ha dicho que “nuestro sentido común nos dice que si los derechos naturales (hoy conocidos como derechos humanos) fuesen realmente naturales, no habría ninguna necesidad de demostrarlos. Asumirlos como tales, llevaría consecuentemente a invalidar la razón de ser de innumerables documentos que han intentado dilucidar sus fundamentos desde diversas ópticas. Consideramos, por lo tanto, que esta asunción es

¹³ Esta circunstancia puede imputarse al peculiar carácter de la Constitución británica que fue obra de una lenta y constante evolución. Como apunta Jellinek no deja de ser una paradoja que el proceso de positivización y constitucionalización de los derechos se inicie y desarrolle en un país que hasta la fecha carece de una constitución formal codificada. Jellinek, Georg, Teoría General del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1º Edición en español (FCE), México 2000.

¹⁴ La influencia del iusnaturalismo se mantendrá hasta el presente y encuentra expresión en muchos de los preámbulos de los textos constitucionales actuales.

medianamente cierta y que en ella radican gran parte de las debilidades teóricas de las tesis sobre los derechos naturales”¹⁵.

El primer paso, con el que se inician las auténticas “Declaraciones de derechos” modernas, lo dan también los ingleses, pero no en las islas británicas, sino en las colonias americanas, desde el momento mismo de acceder a su independencia. Aunque fueron varios los Estados de la Unión que formularon Declaraciones, la que mayor fama ha alcanzado es la de Virginia: Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776; que fue seguida, pocos días después (el 4 de julio del mismo año) por la Declaración de independencia de los Estados Unidos¹⁶.

Los mismos vientos inspiradores que habían soplado en América llegaron a Francia, dando lugar, en los momentos iniciales de la Revolución, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789 y sancionada por Luis XVI el 5 de octubre¹⁷.

Su carácter “moderno” se apreció ya en el título, tan preciso que distingue el hombre en cuanto tal y en cuanto ciudadano, es decir miembro de una comunidad política. Desde esta perspectiva podrían distinguirse los derechos del hombre definidos como propios del ámbito de su vida individual frente a la actividad del Estado de aquellos derechos del ciudadano que contienen las facultades de quien es miembro de una sociedad política como partícipe del poder. Esta modernidad aludida se confirma en todo su contenido. De hecho el artículo 1º señala que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”. La universalidad del documento permitió que en él se inspiraran no pocas de las constituciones que se fueron redactando en otros países europeos desde comienzos del siglo XIX, en las que encontraron sitio las Declaraciones de derechos¹⁸.

¹⁵ Hernando Nieto, Eduardo, *Deconstruyendo la legalidad - Ensayos de teoría legal y teoría política*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2001, p. 17. Quedan así planteados los términos generales de un debate sumamente interesante pero en el que no nos adentraremos por exceder el marco del presente trabajo.

¹⁶ El carácter claramente universalista de ambos documentos es patente. En la Declaración de Virginia se lee, por ejemplo: “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos...” ; “ningún pueblo puede tener una forma de gobierno libre, ni los beneficios de la libertad, sin la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y sin retorno constante a los principios fundamentales” ; “todos los hombres tienen derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia...”. En cuanto a la Declaración de independencia, afirma con solemnidad: “Sostenemos por evidentes por sí mismas, 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 felicidad...”.

¹⁷ Más tarde sería incorporada, a modo de preámbulo, a la Constitución de 1791.

¹⁸ La proximidad en el tiempo de las Declaraciones americanas y de la francesa ha planteado la cuestión del posible influjo de aquellas en esta, pues en efecto, el tono general del texto galo e incluso expresiones y giros concretos recuerdan mucho

La Declaración francesa tiene un claro signo burgués, heredero, sin duda, del pensamiento de Locke destacando los derechos individuales y, de modo singular, la libertad y la propiedad, de la que dice que es, nada menos, “un derecho inviolable y sagrado”. Atribuye unas garantías que podían considerarse suficientes para la burguesía, pero en modo alguno para la clase trabajadora, que quedaba investida, desde luego, del derecho de libertad, pero que difícilmente podría actuar libremente en sus relaciones con el capital frente al que se encontraba inerte y aislado dado que la propia Asamblea Nacional había abolido, el 4 de agosto, los gremios, que a fin de cuentas proporcionaban a la clase trabajadora una cierta posibilidad de acción concertada que le permitiera hacer frente a las exigencias, con frecuencia desmedidas, del capitalismo¹⁹.

Por ello, durante el siglo XIX, la lucha por los derechos humanos se orienta hacia la conquista de los derechos sociales, de contenido laboral y económico, que garanticen la dignidad del trabajador, la percepción de un salario justo, la existencia de seguridad personal en la prestación laboral, la libertad de sindicación, la extensión a los trabajadores del derecho de sufragio con supresión de los sistemas que lo otorgaban proporcionalmente a sus rentas, etc. Las reivindicaciones del proletariado, con sus concomitantes convulsiones sociales, llenan la inquieta historia del siglo XIX, si bien en el aspecto que nos interesa aquellas no se materializan en realizaciones concretas hasta entrado ya el siglo XX, con alguna excepción, como la Constitución francesa de 1848, que hace ya referencia a determinados derechos de los trabajadores.

V. El Constitucionalismo

Cuando irrumpe el constitucionalismo moderno a fines del siglo XVIII con la primera codificación constitucional en Estados Unidos no puede dejar de llamar la atención que su texto originario no contenía una declaración de derechos.

La Constitución americana original, como es sabido, contiene tan solo siete artículos, los tres primeros dedicados a la organización y

la redacción de los documentos anteriores en unos años. La tesis contraria, en cambio, hace ver que las Declaraciones americanas evidencian un claro influjo de las ideas enciclopedistas, sin olvidar el papel relevante que tuvo el general Lafayette -imbuido de esas ideas- en el proceso emancipador de las colonias inglesas. La discusión -promovida en el fondo por actitudes chovinistas- parece ociosa, pues en realidad los textos de uno y de otro lado del Atlántico respondieron a ideas comunes, singularmente las proporcionadas por el iusnaturalismo racionalista, aunque matizadas y concretadas por las necesidades históricas del momento en cada uno de los países.

¹⁹ Las primeras consecuencias de la revolución industrial bajo el signo de la libertad completa de los actores económicos arrojó como resultado condiciones de trabajo durísimas y muchas veces inhumanas, que ponían de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía en democracia social. Una descripción del proceso puede verse en Marx, Karl, *El Capital*, Ed. Aguilar, Madrid 1931, Libro I, Capítulo XXIV, p. 412.

funciones de los poderes del estado (legislativo, ejecutivo y judicial, en ese orden), el cuarto a las relaciones de los estados locales y el estado federal, el quinto al proceso de introducción de enmiendas, el sexto a la deuda nacional y el último a la ratificación de la Carta.

La tradición de las colonias inglesas no contempló, como se ha visto, un catálogo expreso de derechos pero ello no implica que los hubiese obviado, desconocido o menospreciado sino más bien que se los daba por presupuestos e implícitos.

Poco más tarde esa tradición implícita se consagrará positivamente en el texto de las 10 primeras enmiendas, conocidas como “Declaración de derechos” que fueron propuestas el 25 de septiembre de 1789 y ratificadas el 15 de diciembre de 1791. De este modo se incorporan la libertad de culto, los derechos de expresión, prensa, reunión y petición, una serie de garantías del individuo en materia penal incluyendo el principio de reserva y el de que la enumeración llevada a cabo no implica la negación de otros derechos que también corresponden al pueblo (principio equivalente al del artículo 3° de nuestra Constitución).

Cabe resaltar que originalmente estas enmiendas solo se aplicaban al gobierno federal pero desde la incorporación de la Decimocuarta enmienda, propuesta el 13 de junio de 1866 y ratificada el 9 de julio de 1868, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado que la “Declaración de Derechos”, casi en su totalidad, se aplica también a los estados locales²⁰.

A partir de entonces lo medular de las constituciones escritas tuvo expresión en la declaración de derechos, la que en esa hora primitiva tradujo los derechos o libertades civiles que ahora se dan en llamar derechos de primera generación²¹.

En ese momento fueron vistos como derechos del hombre frente al estado, o sea en una relación de Derecho Público en la que el Estado se situó como sujeto pasivo, gravado con una obligación de omisión o abstención que consistía en dejar libre al titular en el ejercicio de su derecho, en no crearle impedimentos, en no turbarlo.

En esa época cundía la imagen liberal del estado abstencionista, mínimo o guardián, limitado por esencia y retraído a su función de asegurar al hombre la expansión de su libertad en una esfera exenta de injerencias estatales.

²⁰ Peltason, James W., La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas, Ed. Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, Washington 1986, p. 44.

²¹ Tal designación tiene que ver con que fueron los primeros en merecer tratamiento constitucional e incorporación al texto.

Tiende a abandonarse el procedimiento de formular los derechos humanos en solemnes declaraciones para dar cabida a los mismos en las Constituciones de los Estados, con lo que ya no son simples enunciaciones programáticas, sino que quedan incorporados a la norma jurídica fundamental de cada país. De modo paralelo, desaparece el tono normalmente enfático de las Declaraciones clásicas, que es sustituido por un estilo más recortado y técnico, propio del lenguaje jurídico. El cambio no es solo estilístico, porque ahora no se trata de afirmaciones trascendentales, pero a menudo sin efectividad práctica, sino de reconocer a los individuos la posesión de unos derechos perfectamente determinados y rodeados de las garantías y seguridades que la propia Constitución establece; no se pretende formular una libertad abstracta e imprecisa, sino declarar un repertorio de libertades concretas.

Es en este contexto que la positivización constitucional de los derechos adquiere la máxima importancia pues más allá de los fundamentos suprapositivos que cada quien reconozca a los derechos, su formulación escrita en el texto de la Carta Magna los sustrae de toda discusión. El hecho de quedar contenidos en una declaración dentro de la constitución les confiere la máxima jerarquía en el orden normativo porque esa constitución es suprema y encabeza el sistema, dejando en relación obligatoria de subordinación al resto de la normativa infraconstitucional.

Al respecto se ha observado que al constitucionalizarse los derechos estos ganan en concreción pero pierden en universalidad toda vez que pasan a ser derechos de los ciudadanos.

El argumento de la supremacía y rigidez de la Constitución escrita, teóricamente expresado, será puesto en funcionamiento muy pronto cuando el Chief Justice Marshall en 1803 emita su fallo en el célebre caso *William Marbury y Otros contra James Madison* (Secretario de Estado de los Estados Unidos) en el que se da curso a la “judicial review” o control de constitucionalidad²².

²² En la sentencia se resuelve que “...Cuando el Legislativo impone a ese empleado (Secretario de Estado) otras obligaciones; cuando se le encomienda llevar a cabo ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen del cumplimiento de tales actos, ese funcionario deja de ser funcionario del Presidente para convertirse en funcionario de la ley; es responsable ante las leyes de su conducta y no puede desconocer a su discreción los derechos adquiridos de otros. La conclusión de este razonamiento es que cuando los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del presidente o, más bien, en aquellos casos en que este posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de tales actos solo puede ser político. Pero cuando se les asigna por Ley una obligación determinada de cuyo cumplimiento depende la vigencia de derechos individuales, parece igualmente claro que todo aquel que se considere perjudicado por el incumplimiento de tal clase de obligaciones tiene derecho a recurrir a las leyes de su estado para obtener una reparación... La competencia del tribunal consiste únicamente en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar como desarrolla el Ejecutivo o los funcionarios sus poderes discrecionales...”. El texto completo del fallo puede consultarse en Varela Suanzes, Joaquín (Editor), *Textos*

La declaración de inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales violatorias de la Constitución escrita servirá, desde entonces, para descalificar toda lesión a uno o más derechos contenidos en la carta fundamental, o dicho de otro modo, para decidir que es contraria a la Constitución cualquier norma inferior que se oponga a la norma constitucional que reconoce un derecho.

Cuando más tarde la doctrina alemana elabore la figura de los derechos públicos subjetivos²³, tales derechos serán los derechos del hombre una vez que hayan tenido recepción en las normas de la Constitución escrita, de forma que la declaración de aquellos en estas los convierte en derechos del hombre como sujeto políticamente situado en un sistema de relaciones jurídicas de carácter público, tan público que es el derecho constitucional el que las regula. La fuerza de los Derechos Humanos como derechos públicos subjetivos proviene del reconocimiento que les depara el sistema normativo estatal en su máxima formulación, que es la constitucional.

Conviene en este punto apuntar una precisión terminológica ya que existen autores que sostienen que se puede decir "...a la vez, y sin cambio de sentido, pese a la diferencia de denominación, que los derechos del hombre una vez trasvasados a la normativa constitucional, se convierten en derechos fundamentales"²⁴. Frente a los anteriores existen quienes no asimilan "derechos públicos subjetivos" con "derechos fundamentales" prefiriendo este último concepto ya que "En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo el término 'Derechos Humanos' aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de 'derechos fundamentales'... Los primeros aúnan a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas y que debiendo ser objeto de positivización no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan solo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos, delimitados espacial y temporalmente cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de derecho"²⁵.

básicos de la historia constitucional comparada, Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid 1998, pp. 69 y siguientes.

²³ Al respecto se sostuvo que "La forma bajo la cual el derecho objetivo protege estos dos intereses (la vida y el patrimonio) es, como se sabe, la del derecho subjetivo. Tener un derecho quiere decir que existe alguna cosa para nosotros que el poder del Estado nos reconoce y por la cual nos otorga su protección. Von Ihering, Rudolph, El fin del derecho, Ed. Heliasta, Buenos Aires 1978, p. 214.

²⁴ Bidart Campos, Germán, Teoría general de los Derechos Humanos, Ed. Astrea, Buenos Aires 1991, p. 316.

²⁵ Pérez Luño, Antonio, Los Derechos Fundamentales, Ed. Tecnos, 3º Edición, Madrid 1998, p. 46.

Cuando los franceses hablen, con otro léxico jurídico, de libertades públicas, la idea subsistirá porque tales libertades definirán el sector de los derechos civiles constitucionalmente declarados, por oposición a los derechos civiles privados; las libertades públicas habrán de ser derechos civiles públicos, con lo que reenviamos a la noción de derechos públicos subjetivos ya anotada.

Dentro del clasicismo normativo habrá entonces un “derecho objetivo” de nivel constitucional que será la dimensión normativa objetivada en la Constitución escrita, que reconoce o declara los derechos, y un “Derecho subjetivo” que, a raíz del primero, y por supuesto con idéntico nivel constitucional, será atributo o facultad que titulariza el hombre de acuerdo con la Constitución.

Puede quedar fuera de duda que en ninguna de ambas dimensiones el constitucionalismo clásico pudo ser originariamente interpretado como otorgando o concediendo derechos a los hombres, sino únicamente como reconociéndolos o constatándolos. La inscripción constitucional es una constancia jurídica solemnizada en la Constitución a favor de Derechos Humanos que no son un regalo que ella hace, no obstante lo cual no se pierde el sentido de que, en el sistema normativo estatal, son derechos públicos subjetivos porque el Estado los reconoce en su constitución.

De lo destacado en el párrafo precedente se desprende la existencia de una dualidad imposible de confundir o identificar: por un lado las normas formuladas en la Constitución escrita que reconocen los derechos, y por el otro, los derechos que constatan esas normas. Norma declarativa y derecho declarado no son lo mismo, los primeros son derechos “en” las normas de la Constitución y las normas declarativas son normas “de” la Constitución que se refieren a derechos.

La misma locución clásica “declaración de derechos” (que bien puede convertirse en “normas declarativas de derechos”) hace bien patente que la declaración, o por mejor decir el reconocimiento declarativo, se formula por escrito en la Constitución para definir a los derechos como derechos del hombre en el estado²⁶.

Con otro lenguaje que no modifica la perspectiva, resulta acertado afirmar que este fenómeno merece el rótulo de constitucionalización de los derechos del hombre²⁷. Los derechos gozan o se impregnan

²⁶ Toda vez que las declaraciones de derechos llegan a plasmarse en las constituciones, con lo cual ganan en concreción lo que pierden en universalidad, quedan los Derechos Humanos protegidos como verdaderos derechos subjetivos, pero solo en el ámbito del Estado que los reconoce de forma efectiva. No serían en consecuencia derechos del hombre sino del ciudadano, es decir, derechos del hombre en cuanto que derechos del ciudadano en un Estado concreto.

²⁷ Para encontrar un amplio desarrollo de las tesis que niegan el valor positivo de las declaraciones de derechos y de los preámbulos de las constituciones, así como para las que los reconocen y afirman puede verse Pérez Luño, Antonio, Op. Cit, p. 71.

de constitucionalidad porque están reconocidos en una declaración normativa que forma parte de la Constitución formal o escrita.

La situación jurídica subjetiva del hombre consiste en la libertad dentro de, y frente a un Estado limitado en virtud de esa misma situación, y de la Constitución que la proclama, la consagra y garantiza.

Ese Estado que queda así rodeado de un perímetro limitado es el Estado que se dio en llamar después Estado “de Derecho”. Al tiempo de surgir el constitucionalismo clásico, cuando todavía tal locución no había cobrado curso, ese “derecho” no podía tener cualquier contenido, tenía que ser un derecho “objetivo” que contuviera los derechos “subjetivos” (léase públicos) del hombre.

BIBLIOGRAFÍA

Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ed. Ediar, 1º Edición, Buenos Aires 1989.

Bidart Campos, Germán, Lecciones elementales de política, Ed. Ediar, 5º Edición, Buenos Aires 1991.

Bidart Campos, Germán, Teoría general de los Derechos Humanos, Ed. Astrea, Buenos Aires 1991.

Fayt, Carlos, Derecho Político, Ed. Depalma, 7º Edición, Buenos Aires 1988, Tomo II.

Fernández-Galiano, Antonio y De Castro Cid, Benito, Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural, Ed. Universitas, 3º Edición, Madrid 1999.

García Toma, Víctor, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Ed. Universidad de Lima, Lima 1999.

Hernando Nieto, Eduardo, Deconstruyendo la legalidad - Ensayos de teoría legal y teoría política, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2001.

Jellinek, Georg, Teoría General del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1º Edición en español (FCE), México 2000.

Locke, John, Carta sobre la tolerancia, Ed. Alianza Editorial, 4º Edición, Madrid 1999.

Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Ed. Ariel, 2º Edición, 4º Reimpresión, Barcelona 1986.

Ollero Tassara, Andrés, ¿Tiene razón el derecho? - Entre método científico y voluntad política, Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1996.

Marx, Karl, El Capital, Ed. Aguilar, Madrid 1931, Libro I, Capítulo XXIV.

Peltason, James W., La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas, Ed. Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, Washington 1986.

Pérez Luño, Antonio, Los Derechos Fundamentales, Ed. Tecnos, 3ª Edición, Madrid 1998.

Sanguinetti, Horacio, Curso de Derecho Político - Historia del pensamiento político universal y argentino; Ciencia Política y Teoría del Estado, Ed. Astrea, 4ª Edición, Buenos Aires 2000.

Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Ed. Alianza Editorial, 1ª Edición (AE), 1ª edición en español 1934, Madrid 1984

Skinner, Quentin, Los fundamentos del pensamiento político moderno, Tomo II, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1993.

Varela Suanzes, Joaquín (Editor), Textos básicos de la historia constitucional comparada, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998.

Von Ihering, Rudolph, El fin del derecho, Ed. Heliasta, Buenos Aires 1978.