

Pasado, presente y futuro de los derechos humanos

Yolanda Gómez Sánchez
(Coordinadora)

Presentación

José Luis Soberanes Fernández

Introducción y reflexiones

José Antonio Escudero

Regina María Pérez Marcos • Javier Alvarado Planas • José Luis Muñoz de Baena • Gaspar Escalona Martínez • Consuelo Maqueda Abreu • Remedio Sánchez Ferriz • Yolanda Gómez Sánchez • Teresa Freixes Sanjuán • José Carlos Remotti Carbonell • Pedro-Pablo Miralles Sangro



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M E X I C O



UNIVERSIDAD NACIONAL
DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Yolanda Gómez Sánchez
(Coordinadora)

Presentación

José Luis Soberanes Fernández

Introducción y reflexiones

José Antonio Escudero

Regina María Pérez Marcos • Javier Alvarado Planas • José Luis Muñoz de Baena • Gaspar Escalona Martínez • Consuelo Maqueda Abreu • Remedio Sánchez Ferriz • Yolanda Gómez Sánchez • Teresa Freixes Sanjuán • José Carlos Remotti Carbonell • Pedro-Pablo Miralles Sangro



MÉXICO, 2004

Primera edición: marzo, 2004
ISBN: 970-644-343-6



© **Comisión Nacional
de los Derechos Humanos**
Periférico Sur 3469,
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, México, D. F.



© **Universidad Nacional
de Educación a Distancia**
José Antonio Escudero
Regina María Pérez Marcos
Javier Alvarado Planas
José Luis Muñoz de Baena
Gaspar Escalona Martínez
Consuelo Maqueda Abreu
Remedio Sánchez Ferriz
Yolanda Gómez Sánchez
Teresa Freixes Sanjuán
José Carlos Remotti Carbonell
Pedro-Pablo Miralles Sangro

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	
<i>José Luis Soberanes Fernández</i>	7
INTRODUCCIÓN Y REFLEXIONES	
<i>José Antonio Escudero</i>	9
PRIMERA PARTE	
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS	
LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LA EDAD MODERNA	
<i>Regina María Pérez Marcos</i>	29
FUNDAMENTACIÓN HISTORICISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS	
<i>Javier Alvarado Planas</i>	61
FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS	
<i>José Luis Muñoz de Baena</i>	93
LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS	
<i>Gaspar Escalona Martínez</i>	127
LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORÍGENES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	
<i>Consuelo Maqueda Abreu</i>	159

GENERACIONES DE DERECHOS Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO (LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-IDEOLÓGICA DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS: ALGÚN APUNTE DISCREPANTE SOBRE LA TEORÍA DE LAS DIVERSAS “GENERACIONES” DE DERECHOS) <i>Remedio Sánchez Ferriz</i>	207
---	-----

SEGUNDA PARTE
LA PROTECCIÓN REGIONAL O SECTORIAL
DE LOS DERECHOS

ESTADO CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL <i>Yolanda Gómez Sánchez</i>	231
--	-----

INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES <i>Teresa Freixes Sanjuán</i>	281
---	-----

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS <i>José Carlos Remotti Carbonell</i>	309
---	-----

LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONVENCIONAL: <i>REGIONALISMO, UNIVERSALISMO Y GLOBALIZACIÓN</i> <i>Pedro-Pablo Miralles Sangro</i>	353
---	-----

PRESENTACIÓN

Entre las principales funciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se encuentra la de promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de los derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional. Por tal motivo, este Organismo Nacional suscribió en el año 2000 un convenio de colaboración interinstitucional con la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España, para realizar en nuestro país un Doctorado en Derechos Humanos.

Este libro, titulado *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, se inserta dentro de los trabajos de dicho Doctorado y es, además, un esfuerzo conjunto de ambas instituciones para contar con un texto que contenga los principales temas relativos a los derechos humanos, partiendo desde su perspectiva histórica, abordando los temas de actualidad hasta las recientes tendencias de tales derechos.

La obra pretende ser, en principio, una guía útil para los estudiantes que estén cursando el Doctorado en Derechos Humanos, para así acercarse a la problemática de los mismos, desde sus distintas vertientes, como son la histórica, la filosófica, la constitucional y la internacional. Asimismo, también pretende ser un material de consulta obligada para todas aquellas personas interesadas en los derechos humanos.

Indudablemente, el libro que el lector tiene en sus manos reviste un considerable interés al reunir significativos artículos relacionados con la evolución de los derechos humanos hasta la Edad Moderna; su naturaleza y sus distintas formas de fundamentación; sus orígenes en el Estado constitucional; la teoría de las generaciones de estos derechos; la protección regional o sectorial de los mismos; la relación entre la integración europea y los derechos fundamentales, y la importancia de los derechos humanos en la protección del menor para el derecho internacional privado convencional.

Las colaboraciones en él contenidas fueron elaboradas por distinguidos profesores, tanto de la Universidad Nacional de Educación a Distancia como de otras universidades españolas, ya que agrupa una buena parte de la problemática planteada en el desarrollo del Doctorado en Derechos Humanos, desde el enfoque de la especialidad jurídica de cada uno de los autores. Desde luego, en estas líneas queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento a todos ellos.

Igualmente, agradecemos al doctor José Antonio Escudero por su “Introducción y reflexiones”, que condensan de una manera ágil e inteligente todo lo planteado en la obra y nos deja interesantes consideraciones sobre la importancia del respeto y reconocimiento de los derechos humanos en nuestros días.

Esperamos muy sinceramente que este libro sea un importante material de apoyo para académicos, estudiantes, servidores públicos, miembros de la sociedad civil y en general para todas las personas interesadas en el tema de los derechos humanos. Seguramente el esfuerzo de quienes lo elaboraron, así como el de las instituciones parte del convenio de colaboración, quedará recompensado al verlo convertido en una obra de consulta primordial de los interesados en el tema.

José Luis Soberanes Fernández,
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN Y REFLEXIONES

José Antonio Escudero
Catedrático y académico

El presente libro contiene la reflexión colectiva de un grupo de especialistas acerca de uno de los temas predilectos de nuestro tiempo: los derechos humanos. Pues acontece en verdad, pese a la identidad esencial del hombre en el desfilar de los siglos, que en el horizonte histórico priman en cada época valores e ideales bien distintos, y que el ser humano adecua su sentir y vivir a principios diferentes que en cada momento parecen gravitar como únicos en el cenit del hogar universal. Hay así épocas de inquietud y desasosiego, y otras de autocomplacencia; épocas de lucha y belicosidad, y otras de pacifismo bonancible; épocas en que la humanidad se acerca más a Dios y otras en que se aleja; épocas, en fin, en que el hombre siente el apremio de la solidaridad y defiende los valores colectivos, y otras en que se enroca en sí mismo, reniega de lo que cree gregario y proclama a diestro y siniestro su individualidad y autonomía.

Semejante diagnóstico resulta aplicable también a la evolución del sistema jurídico, trenzado en la dialéctica entre los derechos de la colectividad como tal, de la sociedad y el Estado, y los derechos del individuo. O, quizás más precisamente, entre los derechos del hombre en cuanto miembro de una familia, clan, tribu o Estado, y aquellos otros que le son debidos en estricta soledad, en función de su genuina condición y naturaleza, y que, según creemos, preceden y condicionan a los anteriores. En suma, que bien sea por la primacía adjudicada en algunas épocas a las que se tenían por verdades religiosas o políticas, lo que conllevó la supeditación a ellas de los derechos del individuo, o bien porque éstos fueran precariamente expresados en el seno de sociedades estamentales u organizaciones políticas de corte absoluto, el caso es que el

panorama de la gestación y alumbramiento de los derechos humanos resulta para el observador de hoy un panorama azorante y confuso.

Dos cosas, con todo, parecen claras. En primer lugar, según dijimos, el interés universal de nuestro tiempo por esos derechos humanos, alegados sobre la entera faz de la tierra tanto por los que lo defienden como por los que los conculcan. Resulta así que estos tan traídos y llevados *derechos humanos*, como también la tan traída y llevada *democracia*, se han convertido en bienes mostrencos que todo el mundo se adjudica y todo el mundo proclama defender, tanto sus egregios y efectivos defensores como aquellos *outsiders* que parlotean sobre una libertad a la que instrumentalizan. Los derechos humanos constituyen así hoy un lugar común en el vocabulario de declaraciones religiosas o políticas, o en cualquier manifestación de la vida social. Y parece claro también, en segundo lugar, que ese universo de los derechos humanos es, como el mismo universo físico, un mundo en permanente expansión, con un pasado que hay que desentrañar y un futuro en el que se reconocen y reconocerán nuevos derechos que algunos se atreven ya a predecir. Dicho lo cual queda más que justificado el ambicioso título de este libro, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, que ahora resumimos y comentamos aquí, y en el que prestigiosos profesores dialogan sobre un haz de cuestiones cuyo denominador común no es otro que la dignidad humana.

La importancia y el reconocimiento de los derechos humanos, perceptibles en tantas manifestaciones de la vida social, ha alcanzado también en nuestro tiempo, según cabía esperar, al mundo académico, proyectándose en institutos, estudios y publicaciones diversas de carácter interdisciplinar. Congruentemente con ello, concurren en este libro historiadores y filósofos del derecho, constitucionalistas e internacionalistas, en consonancia con la propia naturaleza de un tema poliédrico que en la Europa del siglo XXI vierte fundamentalmente a media docena de campos: la historia del derecho, que debe explicar su génesis; la filosofía del derecho, su naturaleza; el derecho constitucional, su reconocimiento en las constituciones y, en consecuencia, su supremo rango; y los derechos internacional y comunitario que dan cuenta de su tutela en los organismos internacionales y en los de la Unión Europea. La capilaridad de muchas cuestiones, que asoman por diferentes campos científicos, explica en fin su tratamiento aquí en varios de los artículos recogidos. ¿Qué son exactamente esos derechos humanos y cuál su naturaleza? ¿Cuáles son ellos en concreto y cómo pueden y deben ser catalogados? ¿Existen grupos homogéneos de dere-

chos humanos producto de distintos modelos cronológicos o políticos del Estado? ¿Cuándo nacen esos derechos humanos? ¿Existieron ya de alguna forma en el antiguo régimen? ¿Se puede hablar de ellos, al menos como precedentes, en el mundo estamental de la Edad Media o en el absolutismo monárquico del Estado moderno? ¿Son esos derechos humanos los mismos derechos fundamentales recogidos en las constituciones, con lo que habrá que negar su existencia antes de aparecer las constituciones mismas? ¿Es necesario que los derechos humanos, para ser tales, puedan ser invocados ante tribunales? He aquí una gavilla de preguntas cuyas respuestas, de uno u otro signo, encontrará el lector entrecruzadas en los meandros de las páginas que siguen. Y he aquí, con ellas, una reseña introductoria, con un magro resumen de las colaboraciones recogidas, que quizás pueda servir a quienes anden más azacanados por el tiempo.

El primer artículo, de Regina Pérez Marcos, profesora titular de Historia del derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), trata de “Los derechos humanos hasta la edad moderna”. Para la autora, los derechos humanos constituyen un fenómeno articulable en tres fases —la medieval, la moderna hasta mediados del siglo XX, y una tercera desde esa fecha—, de las cuales ella se aplica a la primera o medieval. El trabajo comienza con unas precisiones para equiparar la diferenciación entre *derechos* y *libertades* a la actual de *derechos civiles y políticos* y *derechos sociales*, distinguiendo además los *derechos individuales* de los *colectivos* y los *derechos humanos* de las *declaraciones de derechos*. Asimismo, Pérez Marcos recuerda la ordenación estamental de la Edad Media, con una dualidad de centros de poder, *rex-regnum*, y una organización que llevó consigo la discriminación impuesta por los estamentos privilegiados. En esa dualidad *rex-regnum* cada parte tiene sus derechos y obligaciones. Los súbditos intervienen en las Cortes o asambleas políticas, organizando además ligas y hermandades, con lo que participan de alguna forma con el rey en el gobierno del reino. De otra parte, “las cartas pueblas, los fueros y los privilegios adquirieron forma de pacto”, con lo que se acentuó ese clima pactista que en buena lógica hubo de favorecer los derechos de los súbditos. El ordenamiento medieval, en suma, impuso al monarca unas *limitaciones* que para Pérez Marcos fueron de tres tipos: genéricas, específicas y técnicas, propias estas últimas de la reacción de los súbditos ante sus derechos vulnerados.

Tras el recorrido por el derecho castellano, se dedica especial atención al mundo aragonés, subrayándose el reconocimiento de los derechos en los su-

cesivos privilegios o en la institución del Justicia. Finalmente se procede a la elaboración de un repertorio de derechos individuales, tanto personales como colectivos. Entre aquéllos, más significativos para lo que aquí interesa, figuran el derecho a la libertad, los derechos políticos, los económicos (y en concreto el derecho de propiedad) y los derechos de carácter penal y procesal.

La autora concluye reconociendo la precariedad del mundo antiguo en la formulación y reconocimiento de estos derechos. No obstante, “si bien en el derecho medieval no se dan con plenitud ninguno de los requisitos que señalan en la actualidad la existencia de derechos humanos [...] puede apreciarse la existencia de elementos en la toma de conciencia de la dignidad humana”. En suma, que los derechos humanos en la Edad Media “fueron, como ahora, figuras insuficientes, limitadas y a veces contradictorias, pues aparecen a caballo entre el derecho de resistencia de los súbditos y el poder estatal y la defensa del deber incondicional de obediencia al monarca”.

El segundo artículo, de Gaspar Escalona Martínez, profesor titular de Filosofía del derecho en la UNED, trata de la naturaleza de los *derechos humanos*. Destacando la ambigüedad terminológica consiguiente a esa expresión, lo que conlleva su aplicación a realidades distintas, el autor afirma que los derechos humanos son un fenómeno histórico unido al Estado constitucional, cambiante en su denominación y contenido, con una naturaleza inextricablemente ligada a sus propios fundamentos filosóficos, y que constituyen además el banco de pruebas de la teoría de la justicia.

Aquella indeterminación terminológica —que llevó a un autor como Pérez Luño a hablar de *paradigma de equivocidad*— da pie a distinguir tres tipos de definiciones: las *tautológicas*, que propiamente no definen pues dicen lo mismo que lo que pretenden definir; las *formales*, carentes de referencias al contenido, y las *teleológicas* en función de determinados fines o valores. Escalona hace referencia a la historicidad de los *derechos humanos* y analiza el contexto en el que aparecen otras expresiones equivalentes: *derechos naturales*, *derechos públicos subjetivos*, *libertades públicas*, *derechos morales* y *derechos fundamentales*. En cuanto a la primera, *derechos naturales*, se hace notar su engarce con la concepción iusnaturalista clásica. La segunda, *derechos públicos subjetivos*, es fruto de la ideología del Estado liberal y denota el repudio de su raíz iusnaturalista o de su carácter de derechos preestatales, para presentarlos como derechos creados por el Estado mismo. A su vez, la expresión *libertades públicas* se asemeja a la anterior y constituye una categoría

jurídica constitucional de estirpe francesa. Los *derechos morales*, por otra parte, son una creación doctrinal reciente, de signo anglosajón, que no ha tenido aplicación normativa y que algunos autores (G. Peces-Barba) consideran inadecuada. La expresión *derechos fundamentales*, en fin, derivada de los *Grundrechte* del derecho público alemán, son por principio los reconocidos por las *leyes fundamentales*, alcanzando también, en una interpretación extensiva, a otros de especial relevancia.

Tras estas precisiones, el autor analiza las doctrinas sobre la naturaleza de los derechos humanos en base a las distintas concepciones: la iusnaturalista (que los ve como la versión subjetiva del derecho natural); la positivista o legalista (en función de la ley), y una tercera mixta que defiende tanto los valores como la positividad jurídica. Se examinan así las tesis de la naturaleza *supra-jurídica*, *jurídica* y *ambivalente*, que, como Escalona señala, revierten a la gran cuestión de fondo: si hay o no derechos anteriores al Estado, o si son creación suya. Los caracteres de los derechos humanos, en fin, dependerán de la concepción que se tenga de ellos.

Del tercer artículo, “Fundamentación historicista de los derechos humanos”, es autor Javier Alvarado Planas, catedrático de Historia del derecho de la UNED. Cronológicamente sigue al de Pérez Marcos, pues arranca en la Edad Moderna, y se aplica a tres sectores principales: humanismo e Ilustración; el iusnaturalismo racionalista y los orígenes de las Declaraciones de Derechos Humanos, tanto en el mundo hispánico como en el anglosajón y francés.

Las caracterización del humanismo y la Ilustración hace referencia al rechazo del escolasticismo y a la confianza ilimitada en la razón, así como al fervor por las ciencias experimentales y a la creación de sociedades que las cultivan y fomentan. Tras ello, el autor se centra en la clase social emergente, la burguesía, cuyo despegue es contemplado en cinco *momentos* coincidentes con manifestaciones de su supremacía: la promoción del *derecho común*; su entrada en las asambleas representativas del reino; el impacto de la ética protestante en la promoción del capitalismo; la reivindicación de la libertad de conciencia, y el impacto del liberalismo económico que hará posible la Revolución industrial.

Alvarado describe al iusnaturalismo racionalista como “la idea según la cual el hombre, individualmente considerado, es portador de unos derechos naturales, es decir, preexistentes al estado de sociedad”, y a partir de ahí procede a un análisis sumario del *racionalismo jurídico* (que precipita la ilimitada confianza en la razón tratada antes); del *iusnaturalismo* (manifestación de la

secularización del derecho); del *contrato social* (explicable por la existencia de unos derechos preexistentes); del *individualismo* (que considera inmanentes a cada hombre aquellos derechos anteriores al pacto social), y de la llamada *positivación de los derechos naturales*, que se hará realidad en las primeras Declaraciones de Derechos.

Los orígenes de las Declaraciones de Derechos Humanos son rastreados en la Escuela española del siglo XVI, cuyas raíces no son otras que la problemática americana y la polémica de los justos títulos. En base a Vitoria y Las Casas, el autor se hace eco de los ensayos de sistematización de esos derechos, ofreciendo un completo elenco de ellos y de su plasmación en textos legales (Leyes de Burgos, Leyes Nuevas y Recopilación de 1680). A continuación pasa a los textos norteamericanos y a la Declaración francesa de 1789. Alvarado concluye con un llamamiento al carácter *fundamentalmente histórico* de estos derechos, si bien no aprecia en el Antiguo Régimen, con ordenaciones jurídicas empapadas de localismo, los requisitos que él estima exigibles para hablar de auténticos *derechos humanos* (pretensión moral, universalidad o generalidad, y existencia de garantías procesales para su custodia).

De los “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos” se ocupa José Luis Muñoz de Baena, profesor titular de Filosofía del derecho de la UNED, en un trabajo articulado en tres sectores: el iusnaturalismo clásico, el iusnaturalismo racionalista y el positivismo jurídico. En la introducción al primero se subrayan los esfuerzos del iusnaturalismo medieval por conciliar el orden natural y el sobrenatural, así como las dificultades de que el pensamiento del Medievo, inmerso en categorías religiosas, pudiera dar cabida a unos derechos subjetivos más propios de un orden social individualista y autónomo.

En el pensamiento de san Agustín, la sociedad política debe asemejarse a la *Civitas Dei* y sus fines deben ser fines también trascendentes. En santo Tomás la ley se ordena al bien común, con lo que la sociedad política también deberá ordenarse a unos fines que la trascienden. Ahora bien, ¿puede esa estructura iusnaturalista servir de fundamento a lo que luego serán los derechos humanos? Muñoz de Baena estima que en santo Tomás no hay base suficiente para ello, habida cuenta de que el Aquinate plantea en sus cuestiones la licitud o ilicitud de determinadas conductas, pero sin construir los propios derechos subjetivos. Ockam, en cambio, desata los lazos de lo natural y sobrenatural, con lo que la *ordinatio ad unum*, de estirpe medieval, va a ser sustituida por el moderno *principium individuationis*.

El iusnaturalismo racionalista comporta el paso del razonamiento religioso al laico, donde afloran unos derechos inalienables que Rousseau considera más propios del Estado, o de la *volonté générale* que lo hace posible, que del propio individuo. El Estado, en fin, para Fichte se convierte en el estado natural del hombre y sus leyes significarán la realización del mismo derecho natural. El positivismo jurídico, a su vez, con su unívoca percepción del derecho legislado, modificará la concepción de los derechos, perdiendo éstos su condición de naturales en favor de los atribuidos a la acción del Estado. O, como diría Jellinek, “la base del derecho público subjetivo es una ordenación objetiva del derecho público”.

En la conclusión, Muñoz de Baena afirma la historicidad de los derechos humanos pero duda de que sea posible su categorización abstracta y universalista, habida cuenta de que esos derechos protegen valores desigualmente estimados y tenidos como tales en cada época. En suma, *los derechos humanos no tienen naturaleza sino historia*.

En esta alternancia historiadores-filósofos del derecho, otra historiadora del derecho, Consuelo Maqueda Abreu, profesora titular de la UNED, viene más acá en el tiempo y presenta un estudio sobre “Los derechos humanos en los orígenes del Estado constitucional”. La ruptura del absolutismo político, nos advierte en la Introducción, se habría producido en el siglo XVIII con dos procesos revolucionarios: el de la propia Revolución francesa y el que instaura en Inglaterra un régimen parlamentario que repercutirá en la génesis de los Estados Unidos de América. Maqueda se refiere a los textos y documentos ingleses, desde los medievales a los del siglo XVII, en especial la *Petition of rights* de 1628 y el *Bill of rights* de 1689, para pasar luego a los del siglo XVIII en los que advierte un deslinde de los derechos individuales respecto a los estamentales y entre los que cabe mencionar la *Episcopal Church Act* de 1711 y la Declaración de Derechos de 1783.

Norteamérica será un polo de atracción tanto desde un punto de vista económico como por haber servido de asilo y refugio a grupos religiosos disidentes. Allí la autora analiza la Declaración de Independencia de 1776 y la Constitución de 1787, afirmando que todos los documentos americanos tienen un fondo iusnaturalista “en el que las libertades positivas se van transformando en derechos humanos”. A continuación, en otro capítulo vuelve Maqueda a Europa y a la Revolución francesa para centrarse en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la que se advierten dos partes

básicas en los derechos naturales y en los derechos políticos, y que informará el panorama constitucional francés comenzando por la Constitución de 1791.

La conclusión es un discurso analítico sobre los derechos individuales y los orígenes del constitucionalismo. La convulsión ideológica y jurídica de fines del siglo XVIII abocará a dos frentes principales: en lo privado a la codificación y en lo público al constitucionalismo, en el cual a su vez se advierten otras dos concepciones diferentes en Inglaterra, de un lado, y en Francia y América, de otro. Tras el rastreo de los orígenes del Estado constitucional, la cuestión que se plantea es determinar el nacimiento de los derechos humanos como derecho natural y el de los derechos fundamentales como derecho positivo, actuando sobre un marco cronológico que será el del *constitucionalismo clásico* a partir de 1787. En cuanto a España, la trama espiritual de la Ilustración estará impregnada del derecho natural y de unas *leyes naturales* que repercutirán en el derecho positivo. En el plano constitucional, en fin, Maqueda concluye considerando como texto principal en el desarrollo de los derechos fundamentales a la Constitución de 1869, si bien suscribe la valoración precaria que a Tomás y Valiente mereció la trayectoria constitucional española: una *trayectoria de frustraciones interrumpida por momentos de esperanza*.

Las colaboraciones de los constitucionalistas se inician con la de la profesora Remedios Sánchez Ferriz, catedrática de la Universidad de Valencia, sobre “Generaciones de derechos y evolución del Estado”. Arrancando de unas consideraciones sobre la vinculación de los derechos fundamentales al régimen constitucional, y más precisamente al hecho mismo de que el supremo texto sea alegable ante los tribunales, la autora presenta esos grupos normativos que se conforman progresivamente en el desarrollo histórico y que algunos autores vienen conociendo como *generaciones de derechos*.

Si ordinariamente se ha hablado de tres generaciones, la de los derechos civiles y políticos, la de los sociales y la actual reflejo del mundo tecnológico, Sánchez Ferriz ofrece una propuesta alternativa basada en considerar que el catálogo de la primera generación, desde el punto de vista constitucionalista, hace referencia en realidad a dos grupos bien diferenciados: el de las libertades individuales, propias de la filosofía individualista del liberalismo, y el de las *libertades de ejercicio colectivo* o participativas. Y ya tratando del propio constitucionalismo español intenta matizar, mediante un par de consideraciones, la afirmación de que ambos tipos de libertades se encuentran reconocidos en nuestros antiguos textos.

La primera consideración tiene que ver con la más temprana libertad de imprenta y la más tardía libertad religiosa. La libertad de imprenta precedió a la Constitución de Cádiz, y no solamente a ella —añadimos nosotros— sino al primer gran debate que se dio entonces sobre el pasado y futuro de España, el de la abolición de la Inquisición, con su pródigo cortejo de artículos y sátiras políticas, posible precisamente por la desaparición de la censura impuesta hasta entonces, como diría Argüelles, por la “estupidez de nuestros mayores y la tiranía de nuestros reyes”. Ahora bien, la autora cree —lo cual parece tan interesante como discutible— que esa libertad no es asimilable a la actual libertad de expresión por haber sido lograda por la burguesía, o por significar “la libre utilización de los instrumentos políticos de la burguesía frente a los privilegios del Antiguo Régimen”.

La segunda consideración incide en el carácter universal de las libertades constitucionales. Llega así a reivindicar una *generación democrática* de los derechos, juzgando que esos derechos que la autora considera de segunda generación se consolidan con el advenimiento de las izquierdas al Estado democrático. Con la aparición del Estado social, en fin, podrá hablarse de la *constitucionalización* de la tercera generación de derechos sociales. En resumidas cuentas, Sánchez Ferriz defiende que la integración de esas generaciones de derechos en un sistema no debe producirse de forma simplemente acumulativa sino complementaria, en tanto ellos se apoyan y apuntalan unos a otros.

Yolanda Gómez Sánchez, catedrática de Derecho constitucional y docente en la UNED, colabora con el trabajo “La protección regional o sectorial de los derechos: Estado-constitucional y protección internacional”, el cual pretende tanto mostrar la correspondencia de los diversos modelos de Estado con la protección de los derechos, como exponer el marco internacional y, sobre todo, europeo de esa protección y salvaguardia.

En cuanto al primer aspecto, y a propósito de la protección de los derechos en el Estado liberal y en el Estado social, volvemos al tema de las generaciones de derechos expuesto por Sánchez Ferriz, con cuyas tesis la profesora Yolanda Gómez se identifica. De esta suerte, con cuatro generaciones de derechos, las dos últimas se corresponden con el llamado Estado social de Derecho, y la cuarta específicamente es considerada como la de los *derechos del tercer milenio*. Ahora bien, en esta dialéctica entre modelos de Estado y grupos o generaciones de derechos, esa cuarta generación, consecuencia de nue-

vas reivindicaciones de los ciudadanos y del progreso tecnológico, no corresponderá a un modelo sustancialmente distinto de Estado y dará cabida en concreto a los derechos relativos al ecosistema y al patrimonio de la humanidad, a los que tienen que ver con el nuevo estatuto jurídico de la vida, y a los derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación social.

Ahora bien, el Estado figura inmerso en un ámbito transnacional, en el cual, según se dice, la tutela de los derechos surge “como un elemento de cohesión entre Estados nacionales en búsqueda de estabilizar las relaciones entre los mismos e impedir brotes de conflictos bélicos”. A partir de ahí la autora se refiere a la ONU y, más específicamente, a la Carta Internacional de Derechos Humanos, así como al modelo, en cierto sentido paralelo, que aparece en Europa: otro organismo internacional, el Consejo de Europa, y otro texto tuitivo, la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con sus protocolos correspondientes.

Según se indica, y es notorio, lo más significativo de la Convención no es tanto su catálogo de derechos cuanto el sistema creado para garantizarlos y, en especial, el Tribunal que ha de sancionar las infracciones que se cometan. De todas formas, otra realidad institucional surgirá más pujante en el viejo continente, la Unión Europea, de cuyos orígenes y diversos tratados se ofrece un preciso resumen. El problema ahora es el reconocimiento y la protección de los derechos humanos en este nuevo marco político en un futuro que es visto por la profesora Gómez Sánchez con esperanzador optimismo: “la Unión Europea camina, lenta pero inexorablemente, hacia una situación en la que los derechos serán cada vez mayores y más importantes protagonistas de la vida de la Unión”.

Del tema de los derechos humanos en la Unión Europea se ocupa también, con otra perspectiva todavía más próxima, la catedrática de Derecho constitucional Teresa Freixes. Su aportación, “Integración europea y derechos fundamentales”, se centra en rastrear la presencia de esos derechos en los tratados comunitarios y estudiar luego la Carta de los Derechos fundamentales proclamada en la Cumbre Europea de Niza del año 2002.

En cuanto a los Tratados, la autora realiza un catálogo pormenorizado de la presencia en ellos de los diversos derechos. Como viene siendo común, Freixes admite que esos derechos, con mayor o menor intensidad y de forma más o menos explícita, se encuentran desde un principio en los supremos textos comunitarios. “Con timidez en un primer momento —escribe— y con todos los

efectos de su inclusión en los Tratados después, los derechos fundamentales constituyen un elemento identificador de la Europa que se está construyendo”.

La Carta es estudiada con atención y detenimiento. Primero en sus orígenes, a partir del reconocimiento de su necesidad y urgencia en la cumbre de Colonia de 1999. Luego, en el proceso de elaboración llevado a cabo por la Convención, un órgano de 62 personas procedentes de organismos comunitarios, Consejo de Europa y parlamentos nacionales. Ahora bien, la notable presencia de esos representantes de los parlamentos nacionales (casi la mitad del total y casi el doble que los miembros del Parlamento Europeo) parece poner en entredicho la representatividad europeísta del órgano en cuestión, compuesto además por una muy desigual presencia de hombres y mujeres.

Presentada la Carta ante el Parlamento Europeo, se planteó la oportunidad de integrarla en los Tratados, lo que no llegaría a hacerse por las reticencias y reservas de algunos países. Quedó, pues, simplemente proclamada en Niza. Tan precario reconocimiento se ha visto no obstante fortalecido por la actitud ante ella del Parlamento europeo, la Comisión y, sobre todo, el Tribunal de Justicia, en el cual ha sido invocada por los Abogados Generales y el Tribunal de Primera Instancia. En su examen final, la autora insiste en la conveniencia de que logre en todo caso fuerza vinculante con esa inclusión en los Tratados, pues sin ello sólo cabría la posibilidad de darle un valor interpretativo. Al referirse, en fin, a los últimos pasos de cara a la elaboración de una Constitución, Freixes ve a la Carta de Derechos Fundamentales como un primer paso en ese actualísimo proceso de constitucionalización de Europa.

El único trabajo consagrado en exclusiva al mundo americano es el del profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, José Carlos Remotti Carbone, sobre “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional de protección de los derechos”. En el marco de la Organización de Estados Americanos, la Corte es el órgano jurisdiccional encargado de salvaguardar la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, dimanante del Pacto de San José. Se da así un fenómeno institucional reflejo del europeo: una organización internacional (Consejo de Europa/OEA), con un texto programático de derechos —aquí la Convención— y un Tribunal.

Entre la introducción y la conclusión, el trabajo se centra en el epígrafe II relativo a la estructura y funcionamiento de la Corte, con unas indicaciones preliminares sobre su naturaleza y alcance. Según observa Remotti, la Corte se desenvuelve con un cierto grado de precariedad por verse obligada a actuar

de forma muy moderada, sin extremar los rigores de una jurisdicción que pudiera provocar el rechazo de cualquiera de los Estados. Pero además la misma Corte es poco conocida o tal vez no genera la suficiente confianza para que se acuda a ella, habida cuenta de que en dos décadas sólo ha dictado una treintena de sentencias. Tan exiguo balance podría explicarse además por el riesgo que tal vez conlleva en determinados países y momentos presentar una demanda de la que, por la extremosidad del clima social, puedan derivarse represalias o amenazas. A este respecto, el autor aporta algunos ejemplos.

Tras la referencia a la composición —siete jueces de los Estados miembros de la OEA— y dinámica de las sesiones, Remotti entra en la problemática de la demanda, de muy especial significado en un tribunal que no actúa de oficio. Su ámbito de aplicación son los derechos recogidos en la Convención Interamericana y en los protocolos adicionales. Y la legitimación procesal activa —quién puede interponer la demanda— recae en vía contenciosa en los Estados firmantes de la Convención y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual a su vez acoge denuncias formuladas por cualquier persona.

El contenido de la demanda —se señala— debe ser jurídico y no político (lo que es tan obvio en teoría como problemático en la práctica). Tras las posibles excepciones preliminares presentadas por los Estados, y las también posibles medidas cautelares dictadas por la Corte, se desarrolla la fase probatoria que concluye con una sentencia dictada por mayoría de los jueces presentes. Hasta ahora todas las sentencias han sido cumplidas. El autor concluye valorando como *bastante positiva* la actuación de la Corte, si bien reclama algunos reajustes para consolidar esa función de protección de los derechos humanos en el continente americano.

El último de los trabajos recogidos, sobre los derechos del menor, tiene como autor a Pedro-Pablo Miralles Sangro, profesor titular de Derecho internacional privado y, hasta hace poco, Decano de la Facultad de Derecho de la UNED. Su título completo reza así: “La importancia de los derechos humanos y la protección del menor para el derecho internacional privado convencional: regionalismo, universalismo y globalización”. Tras unas consideraciones sobre la *globalización*, el autor examina los principales antecedentes de la acción tuitiva sobre el niño: las Declaraciones de la Sociedad de Naciones y de la ONU de 1924 y 1959, así como determinadas referencias de los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, complementos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Ello con

una proyección universal. Y en un ámbito más restringido, la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que nos ocupábamos en el artículo anterior. Todo ello precederá al gran texto de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, gestado a raíz de una iniciativa de Polonia 10 años antes. Estructurada en tres partes, esa Convención, según afirma Miralles, supondrá “un soporte jurídico fundamental [...] en todos los ámbitos del derecho público y privado, contribuyendo así a la consolidación de un derecho autónomo de menores”.

Con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se abre, desde sus inicios en 1893, una interesante actividad promotora de defensa del menor, especialmente significativa en la que el autor considera la tercera etapa de su desarrollo, a partir de 1951, con una serie de convenios sobre protección de menores a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. De todas formas, la labor de esa Conferencia y la virtualidad de los convenios se han encontrado, según se explica, con no pocas dificultades y con contradicciones de diversa índole.

La última parte es dedicada a examinar la protección de los menores en el derecho convencional y en la normativa de los procesos de integración americano y europeo. En lo que respecta a América, se vuelve a la Convención de San José de 1969, a la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, con una serie de convenciones aprobadas sobre estas cuestiones, y al Instituto Interamericano del Niño, organismo de la OEA con sede en Montevideo. En Europa, a su vez, el Consejo de Europa ha sacado adelante seis convenios de protección de menores, mientras la Unión Europea dedica un artículo muy explícito, el 24, de su Carta de los Derechos Fundamentales, a los derechos del menor. Entre las conclusiones de Miralles, en fin, quizás quepa destacar la más académica y que atañe a su propia disciplina: su afirmación de que “el actual derecho internacional privado convencional [...] es base suficiente para limitar en su acción los efectos contrarios al *interés del menor* intrínsecos a la *globalización*”.

* * *

Concluida la reseña de los distintos trabajos, hagamos un par de acotaciones personales sobre los derechos humanos en la parte más antigua del arco cronológico que aquí hemos visto, el mundo medieval, y en la más moderna, el de la Unión Europea.

A) EDAD MEDIA Y DERECHOS HUMANOS

No ando yo muy de acuerdo con algunos admirados colegas politólogos, y también con sus epígonos no politólogos, en circunscribir en demasía los derechos humanos al mundo constitucional y hacer fu, como el gato, a los siglos que pasaron antes. Pues sabido es que cualquier gran manifestación cultural o concerniente al ser del hombre se da en todo tiempo de una forma u otra, más precaria o acabada, y eso que es válido para la pintura, literatura, arquitectura o música, lo es también para el derecho. Y si los *derechos humanos* son los inherentes a la persona, y el hombre de la gleba o el remero de galeras era portador en su tribulación de tan egregio depósito moral, no parece razonable la ligereza de echar al desván los 17 siglos anteriores al XVIII (con sus Declaraciones) o los 18 anteriores al XIX (con sus Constituciones). Los *derechos humanos* han sido reconocidos o negados históricamente de muchas maneras y no sólo *sub specie* de Declaraciones y Constituciones. Por ello reclamo, yo que no soy medievalista, una mayor atención a lo medieval y al mundo antiguo, tal como lo hizo un sector bastante poco conocido u olvidado de la historiografía alemana de los años treinta.

Recuerdo así que un autor como von Keller apuntó a los derechos personales y de la propiedad, reconocidos en la Europa medieval, como auténticos precedentes de las posteriores Declaraciones de Derechos, señalando que “el principio (de los derechos de libertad) lo constituyen [...] los privilegios de los colonos españoles” (*Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrundrechte*, Heidelberg, 1933). A su vez, Eugen Wohlhaupter, Privatdozent de la Universidad de Munich, glosando el trabajo de Keller antes de que éste fuera publicado, manifiesta su creencia de que los derechos fundamentales “constituyen especialmente una parte de aquella valiosa herencia que dejaron en España las culturas jurídicas germánica y visigótica” (*La importancia de España en la historia de los Derechos fundamentales*, Madrid, 1930). Por lo demás, y como el propio Wohlhaupter recuerda, Otto von Gierke, a mediados del siglo XIX, y Fritz Kern, a principios del XX, habían insistido en ese sistema de garantías jurídicas propias del ordenamiento medieval. Gierke, en su obra fundamental *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (Berlín, 1868), en la que analiza el régimen político de aquellos siglos, basado en los principios de soberanía y asociación. Kern, en otro libro famoso sobre el legitimismo y el derecho de resistencia (*Gottesgna-*

dentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter, Leipzig, 1914), en el que glosa la primacía del Derecho en la alta Edad Media. A partir de ahí se han rastreado incontables manifestaciones de derechos básicos reconocidos; de garantías penales y procesales; de libertades como la de domicilio o de asociación, o de una especie de régimen contractual entre el rey y el pueblo que, entre otras cosas, haría ver a las cartas pueblas como contratos agrarios colectivos. “No puede negarse que nuestra investigación —afirmó Wohlhaupter— ha despojado a la *Magna Charta* inglesa que se había considerado hasta ahora, con su continuación casi directa en el acta de *Habeas Corpus* y en el *Bill of Rights* como aparición más o menos única en la historia de las constituciones europeas, algo de su singularidad. Hemos visto que la *Magna Charta* ha nacido en un ambiente que estaba lleno de ideas semejantes...” (p. 27).

B) PARLAMENTO EUROPEO

Llamada de atención, pues, en favor de la muy lejana Edad Media, en una hora en que se la desconoce y margina, y recuerdo de esos trabajos fundamentales que no han tenido prosecución adecuada en nuestro tiempo. Y otra llamada de atención, ésta, referida a la muy próxima Unión Europea a propósito de las indagaciones sobre su tutela de los derechos humanos. Y ello para llamar la atención sobre el tratamiento de los derechos humanos en el Parlamento Europeo y el examen de conciencia que el propio Parlamento ha venido haciendo cada año sobre el respeto de los derechos humanos en el seno de la misma comunidad. Es decir, que si las ayudas y promoción de países terceros, debatidos en el Parlamento Europeo principalmente en el seno de la Asamblea ACP, se condicionan teóricamente a la existencia de regímenes democráticos y al respeto de los derechos humanos en los países en cuestión, este mismo respeto debía exigírselo la Unión Europea a sí misma.

La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo constituye, a efectos de su tutela de los derechos humanos, el principal texto de referencia de la asamblea. La Declaración consta de 24 artículos y unas disposiciones finales. Aquéllos se refieren a la dignidad humana (artículo 1), derecho a la vida (artículo 2), igualdad ante la ley (artículo 3), libertad de pensamiento (artículo 4), libertad de información y opinión (artículo 5), tutela de la vida privada (artículo 6), protección de la familia (artículo 7), li-

bertad de circulación (artículo 8), derecho de propiedad (artículo 9), libertad de reunión (artículo 10), libertad de asociación (artículo 11), libre elección de trabajo (artículo 12), condiciones laborales adecuadas (artículo 13), derechos sociales colectivos (artículo 14), protección social (artículo 15), derecho a la educación y libertad de enseñanza (artículo 16), democracia política (artículo 17), derecho de acceso a la información (artículo 18), derecho a la administración de justicia (artículo 19), excepción de cosa juzgada (artículo 20), irretroactividad de las leyes penales (artículo 21), abolición de la pena de muerte (artículo 22), derecho de petición al PE (artículo 23) y derecho de protección del medio ambiente (artículo 24).

Ahora bien, el problema no consiste en enumerar y declarar ciertos derechos, sino en hacerlos políticamente vinculantes y establecer el oportuno mecanismo de control. Resulta así que para que esa tutela sea efectiva se plantea a la Unión Europea una disyuntiva: o bien adherirse a la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, con el consiguiente reajuste institucional de los dos Tribunales (el TJCE, de Justicia de las Comunidades Europeas, y el TEDH, Europeo de los Derechos Humanos), o bien la creación de un instrumento propio de protección, con el reconocimiento político de la Declaración del Parlamento Europeo y la posibilidad de recurso en estas materias al TJCE, lo que requeriría una modificación de los tratados.

Respecto a la protección de los derechos humanos fuera del ámbito comunitario, el Parlamento Europeo ha venido pronunciándose a través de peticiones y preguntas, teniendo en cuenta de hecho el Informe anual de la Comisión de Asuntos Exteriores, los informes presentados por los Estados a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, los informes de esa Comisión sobre los derechos fundamentales en el mundo, e incluso otros informes de organismos supranacionales como Amnistía Internacional.

Procede, pues, al estudiar la tutela de los derechos humanos en la Unión Europea, que los estudiosos tomen en consideración lo que el Parlamento Europeo hace y ha hecho, bien sea respecto de países extracomunitarios como también, según advertí, respecto de los de la propia Unión. En este sentido es básico el *Informe anual sobre el respeto de los derechos del hombre en el seno de la Comunidad Europea*, que habitualmente prepara la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, con los correspondientes Informes de opinión de otras Comisiones. Y hay que decir que ese *Informe anual* ha veni-

do resultando sumamente espinoso y conflictivo, tanto por la dificultad de toda autocrítica, y de que los países de la vieja Europa reconozcan la transgresión de los derechos humanos en su propia casa, como por el problema, ya mencionado, de la inexistencia de un texto vinculante que explicita cuáles son en concreto los derechos humanos que el Parlamento ha de proteger.

En tal sentido, quien esto escribe actuó repetidas veces como *rapporteur* de la Comisión de Cultura y Educación en el Parlamento Europeo, preparando el Informe de opinión al *Informe anual* de la Comisión de Libertades Públicas. Concluiré así con unas referencias a lo que allí dije por ejemplo en 1992, con ocasión del *Informe anual* del que fue ponente el eurodiputado De Gucht, y en 1993 cuando el ponente del *Informe anual* fue el eurodiputado Newman. En una y otra intervención subyace la crítica a la discrecionalidad de elegir tales o cuales derechos para denunciar su incumplimiento, sin atenerse a un texto comprensivo y uniforme.

De esta suerte, respecto al *Informe Newman*, manifesté lo siguiente:

No puede quedar al arbitrio del *rapporteur* evaluar el cumplimiento de unos determinados derechos, con olvido de otros... En su invocación a los textos declarativos de los derechos humanos se mezclan las referencias a la CEDH con otras relativas a la Declaración del PE. Creemos hubiera sido preferible adoptar un único texto base, el cual, en un Informe hecho en el seno del Parlamento, debiera ser lógicamente la Declaración.

Resulta loable la atención particularizada a los problemas de antisemitismo, racismo, xenofobia y discriminación de minorías étnicas...

Resulta confuso, por abigarrado y heterogéneo, incluir en mismo epígrafe cuestiones tan distintas como la *pobreza, esclavitud, derechos económicos, sociales y culturales*. Es confuso, además, utilizar el término *esclavitud*, que tiene unos perfiles jurídicos muy precisos, para denunciar posibles formas de explotación de las personas en el ámbito laboral, u otras situaciones de desprotección social...

Los derechos educativos y culturales, que prioritariamente preocupan a esta Comisión, resultan muy insuficientemente tratados... (doc. PE 206.662 def.).

Y con ocasión del *Informe De Gucht*, en términos más generales dije:

Señor Presidente, el cumplimiento y respeto de los derechos humanos constituye la mejor prueba de salud democrática, y es muy plausible que este Parla-

mento, a menudo ocupado por los excesos que se cometen fuera de las fronteras de la Comunidad, vuelva los ojos hacia adentro y examine el respeto a esos derechos en el seno de los Estados miembros.

Una tarea de tamaña dignidad e importancia no puede realizarse, sin embargo, de forma anecdótica y asistemática. Si el ponente ha de elaborar un informe anual sobre el respeto de los derechos humanos en el seno de la Comunidad, lo primero que procede es tener delante un catálogo de esos derechos y contrastar todos sus postulados teóricos con el cumplimiento efectivo de los mismos. De no hacerse así —y no se ha hecho así— el riesgo que se corre es el de denunciar unos abusos parciales, o los más llamativos en determinados aspectos, olvidando por completo otros.

No puede quedar al arbitrio del ponente la apreciación de ocuparse del cumplimiento de unos derechos y no de otros. El ponente debiera haberse acogido a un catálogo —el Convenio Europeo de Derechos Humanos— o quizás —y es lo que parece más lógico— a la propia Declaración del Parlamento Europeo, que en sus 24 artículos recoge todo el espectro de esos derechos, desde aquellos que se refieren a la base misma de la dignidad humana hasta los relativos a la protección del medio ambiente.

En resumen, hay que decir que sería deseable que los estudios sobre el respeto y tutela de los derechos humanos en la Europa comunitaria no se acotaran a lo que dicen o no dicen los tratados, sino que se prolonguen a las manifestaciones y diatribas de su órgano más genuinamente democrático, el Parlamento, tanto respecto de los países de fuera como de los propios de la Unión. Sólo así se logrará una visión comprehensiva y profunda de tan fundamental problema en la Unión Europea.

PRIMERA PARTE
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO
DE LOS DERECHOS HUMANOS

LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LA EDAD MODERNA

Regina María Pérez Marcos,
Profesora titular de Historia del derecho,
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL TEMA, OBJETIVO Y CRONOLOGÍA. 2. EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS CATEGORÍAS AFINES. 3. ESPACIOS Y PRESUPUESTOS PARA EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EDAD MEDIEVA. 4. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ESPAÑA MEDIEVA. 5. REPERTORIO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES RECOGIDOS EN NUESTRAS REDACCIONES JURÍDICAS. 6. CONCLUSIÓN. 7. GLOSARIO DE TÉRMINOS. 8. BIBLIOGRAFÍA COMENTADA.

1. INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL TEMA, OBJETIVO Y CRONOLOGÍA

El tema de los derechos humanos constituye un campo de estudio en sí mismo indeterminado y tradicionalmente atendido por juristas, filósofos y antropólogos, pero sólo puntualmente englobado en la órbita de los historiadores del derecho y de las instituciones, pese a la importancia que tiene la perspectiva histórica en el análisis de este tipo de derechos.

Son numerosos los autores que afirman sin matices que la idea de los derechos humanos es propia del racionalismo abstracto de la Ilustración y, aunque el nacimiento de la idea de los derechos del hombre corresponde sin duda al desarrollo filosófico del pensamiento moderno y sea, en efecto, un producto de nuestro tiempo, no carece de rigor científico tratar de reproducirla en coordenadas históricas distintas. Aunque, ciertamente la conciencia clara y universal de tales derechos es propia de épocas históricamente recientes al ser en el constitucionalismo donde únicamente son identificables ordenamientos jurídicos capaces de alojar los elementos esenciales para la realización y protección de

cualesquiera derechos sociales y políticos¹ y, pese a las diferencias observables entre el pasado y el presente de los derechos humanos, tanto su teoría como su práctica hunden sus raíces en la historia.

Partiendo de esta consideración, en el mundo contemporáneo los derechos humanos se presentan como resultado de un proceso de evolución rastreable en etapas anteriores,² pudiendo constatar que en cada momento histórico ha habido una explicación y una justificación de tales derechos que, pese a la modificación de contenidos, constituye un precedente insoslayable para la formulación, la incorporación y la teorización de los derechos humanos a los ordenamientos jurídicos vigentes.

En la estructura abstracta de los derechos humanos se puede descubrir una estructura histórica real. Haciendo eso se producirá un trabajo de funcionalización entre la estructura abstracta de las categorías jurídicas y su concreto mundo genético que nos permita la interpretación de aquello que sea la teoría y de aquello que sea la tradición jurídica que se articula en torno al derecho derivado de una presunta naturaleza. Pues si bien desde el punto de vista de la doctrina jurídica la denominación derechos humanos presenta un carácter decididamente vinculado con el Estado moderno, con la corriente filosófica del iusnaturalismo, y con el constitucionalismo, desde el punto de vista de la técnica jurídica e institucional ya desde etapas anteriores en el derecho histórico español se observa su reconocimiento, tanto en el derecho consuetudinario como en algunos textos clásicos.

Concretamente, será el Estado estamental (como primera formulación de Estado) la forma institucional que acoge las primeras manifestaciones de los derechos humanos. Posteriormente, el Estado absoluto provocará la aparición

¹ Que son: su formulación en una ley orgánica; que aparezcan acompañados por la existencia de un sistema de tribunales que aseguren independencia e imparcialidad, así como la reparación de tales derechos en caso de que sean conculcados; que exista un mecanismo complementario de tribunales de justicia; un sistema de control del ejercicio de poderes extraordinarios; una colectividad de ciudadanos consciente de sus derechos civiles y políticos y resuelta en su apoyo a las instituciones/disposiciones cuyo fin sea la salvaguarda de esos derechos; un sistema de elecciones periódicas, por sufragio universal, mediante el cual la voluntad del pueblo tenga la posibilidad de frenar la base de autoridad del gobierno. *Seminario de las Naciones Unidas sobre la realización de los derechos sociales y políticos en el plano nacional*. Kingston, 1967, p. 59.

² Al analizar la génesis de estos derechos es conveniente tener en cuenta la historia de los pueblos, que permite entender la relación que existe entre sus culturas y la percepción que éstas

focos de reflexión (los límites del poder, la tolerancia, y la humanización del derecho penal y procesal) que constituyen el germen de la filosofía de los derechos fundamentales, llamada a configurar aquellas exigencias de los individuos que pueden ser realizadas frente al poder al Estado soberano y absoluto, al que se le considera como un obstáculo para la espontánea actividad del hombre, dando lugar a la aparición de las primeras declaraciones positivas de los derechos fundamentales.

De esta manera, como objeto de estudio, la evolución general de los derechos humanos constituye un fenómeno histórico que puede ajustarse a tres espacios temporales o fases. Una primera, medieval, reducida al ámbito de los derechos estamentales de personas, o de instituciones, siendo esta fase la que enmarca el ámbito temporal de estas líneas y donde hay que situar, en orden de los precedentes de los derechos humanos, la significación de la escolástica tardía como corriente renacentista renovadora en la forma y en el contenido del pensamiento medieval. En una segunda fase se ubicarían aquellas Declaraciones de derechos que marcan la frontera del Antiguo Régimen, abarcando a las de los Estados Unidos: Bill of Right de Virginia (1776), y a la francesa Declaration des Droits de l'Homme et du Citoiyen (1789), que a su vez presentan entre sí notables diferencias, siendo las anglosajonas de inspiración religiosa y ámbito nacional, mientras que la francesa se gestó en un campo abonado por la Enciclopedia y con la aspiración de ser universal. Por último, una tercera fase que refunde a las dos anteriores, en la que tiene lugar, desde 1948, la formulación de las modernas Declaraciones de derechos humanos que contienen, como variable diferenciadora respecto de las manifestaciones anteriores, un sistema de garantías que las perfecciona, aunque sus orígenes ideológicos sean comunes.

El objetivo que el presente trabajo se propone abordar es la significación jurídico-política de los derechos humanos en la primera de sus fases, antes de

tienen de los derechos humanos. Pero la trayectoria hacia la cultura de los derechos humanos no es la misma en las sociedades que han tenido una experiencia colonizadora, en las que para indagar las acusas remotas y recientes de la concepción que en la actualidad tienen de los derechos humanos es necesario tener en cuenta el desarrollo histórico de los pueblos, pues con frecuencia accedieron a esa cultura por asimilación, por incorporación o por asimilación de ese legado.

la Edad Moderna, mostrando el profundo arraigo que presentan algunas de las ideas maestras de este sistema de derechos en el pasado histórico-jurídico español,³ entre los siglos VIII y XV, periodo que desde el punto de vista histórico-jurídico comprende las etapas visigótica, de la reconquista, y de la recepción del derecho romano-canónico, en el que se analiza un aspecto concreto del orden social y jurídico-público partiendo de la consideración de la persona como entidad jurídica (dotada de alma y merecedora de cuidados singulares) que conforma otras entidades jurídicas asimismo respetadas por el derecho, a través de la vía de lo orgánico, de lo corporativo o de lo estamental.

La aproximación al estudio de los derechos humanos en la Edad Media encuentra algunas dificultades debidas, principalmente, a la considerable separación que se da a lo largo del todo el Antiguo Régimen entre el mundo normativo y el mundo real y a que, tanto de las fuentes como de la práctica y de la técnica jurídica, se decanta una concepción diferente a la actual de tales derechos. Ambos tipos de problemas se han tratado de solventar recurriendo a la extrapolación de conceptos y términos (que deben ser utilizados con especial cautela) y a la simplificación que, en aras a una más clara exposición, ha reducido el análisis al ámbito concreto del poder real aislándolo de los poderes señorial, municipal y eclesiástico, aunque en sí mismo carezca de sentido.

2. EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS CATEGORÍAS AFINES

Se entiende por derechos humanos o derechos del hombre, en el contexto histórico de las ideas, aquellos derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad. Constituyen una dotación jurídica básica idéntica para todos que, por su naturaleza, corresponde a cualquier hombre para desarrollar la personalidad, la dignidad y el valor del ser humano en cuanto tal. Pese a que su origen no radica en la concesión de la sociedad política, únicamente adquieren categoría jurídica de derechos subjetivos des-

³ Con un interés primordialmente didáctico se trata de presentar en estas páginas un modelo y una metodología de análisis aplicable a la indagación de la génesis de los derechos humanos en otros ámbitos. Este sesgo queda subrayado al intercalar como apoyo una serie de textos procedentes de las fuentes iushistóricas españolas. Asimismo, se ha incluido una bibliografía comentada para enumerar las obras de que este trabajo es subsidiario responde al mismo criterio.

pués de haber sido reconocidos como derechos objetivos, siendo, asimismo, esa sociedad política la que ha de consagrarlos y garantizarlos.

Pero el concepto derechos humanos es una abstracción intelectual de un contenido cultural muy concreto, cuya aplicación está condicionada al contexto histórico que la ha producido, en parte debido a que constituye una de las categorías jurídico-políticas más confusas y ambiguas con las que se enfrenta la ciencia del derecho, dada su relativa proximidad respecto a otras categorías similares, y a la dificultad de aislarlo de otros conceptos afines. La propia realidad documental ofrece, indistintamente, denominaciones que deben ser utilizadas con la precisión que exige el deslinde de conceptos próximos, aunque diversos, como *derechos naturales* (de carácter filosófico-religioso y vinculados al iusnaturalismo), *derechos fundamentales* (generalmente de índole constitucional), *derechos del hombre* o *derechos del ciudadano* (de naturaleza política), *derechos y libertades fundamentales* o, simplemente, *derechos* (con un carácter cuasi estamental).

Reviste un especial interés para el presente análisis aclarar, por una parte, la diferencia entre *derechos y libertades* (que es la misma que se puede hacer entre los actuales derechos civiles y políticos y lo que consideramos derechos sociales) y, por la otra, la que cabe entre *derechos individuales* y *derechos colectivos* (entre los que se cuentan los derechos estamentales y los de grupo). Finalmente, habría que establecer una nítida diferencia entre los *derechos humanos* y las Declaraciones de derechos, reservando para éstas la función de plasmación formal de aquéllos y, con frecuencia, la de materialización de una conciencia que quiere contradecir la realidad tratando de salvar el desnivel entre la realidad y lo que la conciencia de la sociedad dicta. Como diferencia entre derechos y libertades hay que mencionar que las libertades aparecen vinculadas a ordenamientos consuetudinarios o forales, suelen ser de naturaleza estamental y están conectadas a los privilegios (a los que, ya sean de persona o de entidad, siempre debe asignarse un matiz jurídico de situación diferente o ley privada y dotada de estabilidad duradera). Según esto, la libertad de que gozaban los hombres en la Edad Media no era una cualidad reconocida a todos como inherente a su condición de hombre, sino, más bien, una gradación de libertades particulares concedidas por título especial a ciertos individuos que integraban determinados grupos sociales. En cambio, los derechos aparecen más vinculados al *ius commune*, tienen naturaleza individual y están enraizados con la naturaleza humana.

3. ESPACIOS Y PRESUPUESTOS PARA EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EDAD MEDIA

Todas las sociedades medievales de Occidente se estructuraron con arreglo al esquema tripartito que respondía a una distribución funcional básica entre *oratores, bellatores, laboratores*, que se materializó desde finales del siglo XII en la ordenación por estamentos. Los estamentos fueron, en principio, colectivos de personas afectadas a funciones sociales determinadas y provistas, por ello, de estatutos jurídicos apropiados. Cada uno de ellos encerraba una pluralidad de grupos, de estatus, de grados articulados entre sí mediante una organización jerárquica, y pronto pasaron a ser agrupaciones políticas permanentes, formadas por individuos y entidades corporativas dotadas de representación, que constituyeron en el orden medieval el rango superior y la vía por donde la mera funcionalidad social se convirtió en el eje de la ordenación política. La pertenencia a un estamento traía consigo el disfrute de determinados privilegios, derivados, unas veces, de la costumbre, otras reconocidos u otorgados por los reyes, los señores, o las autoridades de la Iglesia, mediante cartas, pactos o fueros, como consecuencia de prestaciones realizadas, o bien como resultado de complejas luchas reivindicativas.

La organización política de la sociedad mediante estamentos, llamada constitución estamental o Estado estamental⁴ se caracterizó, frente a la multiplicidad feudal (de la que procede) y frente a la posterior unidad que representó el Estado moderno (con la que enlaza), por la existencia de una dualidad de centros de poder según la cual los estratos privilegiados de la población, corporativamente organizados, representaban el conjunto del país frente al príncipe e intervenían con él en las tareas de gobierno, de manera que puede entenderse que se trataba de un sistema con dos unidades: el *rex* y el *regnum*, mediatizadas por la existencia del *ordo* o estamento.

Aunque sólo eran portadores de los derechos del reino aquellos que disponían o de poder suficiente para enfrentarse con el rey, o de los bastantes recursos militares o económicos para que el rey necesitase de su cooperación y

⁴ La idea de Estado en sentido moderno cobró forma en el periodo comprendido entre los siglos XIII y XVIII, según puso de relieve en su día J. A. Maravall, *Estado moderno y mentalidad social I y II*. Madrid, 1972.

consentimiento, a medida que se desarrolló el sistema estamental los estamentos privilegiados tendieron a considerarse representantes del conjunto del *regnum*, es decir, del conjunto de la comunidad. Por ello, desde el punto de vista jurídico, el *regnum* se manifestó en una doble dimensión, como titular de una serie de derechos personales privilegiados⁵ (expresados en modos variables dentro de los cuales la costumbre no escrita tuvo una considerable importancia), y como titular de los derechos inherentes al conjunto, en virtud del derecho del país.

De acuerdo con este esquema, la estamentalización supuso, por una parte, la ordenación de la sociedad basada en la discriminación que ejercieron los estamentos privilegiados, a través del linaje o de la estirpe, como compensación al desempeño de la función social que se asignaba al estamento nobiliario y eclesiástico. Pero, por otra parte, supuso que el reino se formaría sobre una dualidad en la que cada una de sus partes constitutivas (*rex* y *regnum*) tenía derechos y obligaciones recíprocas, siendo el fundamento normativo de este sistema la tradición contractual feudal de lealtad y obligaciones mutuas, contrapuesta a la relación de mando y obediencia que el derecho romano vertió en el absolutismo, según la cual a los diversos poderes políticos sólo les cabía cooperar y adecuar sus respectivos derechos y obligaciones bajo el reconocimiento de una unidad superior.

Como consecuencia de la constitución estamental el *rex* ostentaba una esfera jurídica, concebida como un haz de derechos subjetivos, que había de ser respetada por el *regnum*, pero, a su vez, él había de respetar los derechos (también subjetivos) de los estamentos y de sus componentes, ya tuvieran personalidad colectiva o individual. Además del deber de respetarse que ambas esferas jurídicas tenían y de concebir el orden jurídico como un gran complejo de derechos subjetivos, la consecuencia de este sistema era que el rey sólo podía cambiar el orden establecido mediante el *consensus*. Así, frente a la justificación teológica del poder, la doctrina defenderá la necesidad del consenso a través de la enunciación de teorías pactistas, de la conveniencia de fragmentar el poder, y del reconocimiento de unos derechos naturales, previos al poder, que éste debe respetar.

⁵ Técnicamente la acepción derecho privilegiado expresa la idea de derecho de aplicación preferente.

En este contexto, las asambleas del reino, Cortes, Curia, Corts, etcétera, fueron los cauces, más o menos activos, en que se manifestaron las formas de consentimiento para la atención del derecho del país. Intervenían en los negocios fundamentales de todo tipo y ejercieron una función de fiscalización del poder real, tanto en su vertiente económica como legislativa. También las ligas y hermandades que se formaron por parte del reino (más efímeras y débiles en Castilla que en Aragón) constituyeron un exponente de la capacidad de participación de los súbditos en el gobierno junto con el rey.

En línea con lo anterior, el poder del rey en la monarquía medieval no fue absoluto, sino que estuvo sujeto, para el cumplimiento de los fines de la monarquía, a limitaciones impuestas por el deber de ejercer el poder con rectitud en bien de la comunidad, por las normas morales y religiosas y, sobre todo, por el derecho y la costumbre del país, que protegían los intereses generales del reino y los estatutos jurídicos de los súbditos, derivados de su estatus o condición social, así como de sus privilegios personales y locales. La convicción de que eran deberes del monarca regir el reino conforme a Derecho y respetar el ordenamiento jurídico de los súbditos fue evolucionando hasta concretarse en la interpretación de que el poder del rey se fundamentaba en el compromiso que aceptaba, al ser investido con la potestad real, de cumplir las leyes y costumbres del reino mientras que el pueblo, por su parte, se comprometía a guardar al monarca fidelidad y acatamiento al entenderse que el poder real encontraba su fundamento en dicho compromiso o pacto entre el rey y el pueblo. Así, en la Baja Edad Media se extendió la idea de que el poder del príncipe encontraba su fundamento en un compromiso entre el monarca y el pueblo, siendo el respeto al derecho de los súbditos la condición misma de la sujeción de los súbditos.

De acuerdo con esta idea de monarquía pactista, la sujeción de los súbditos al poder real supeditaba al monarca al acatamiento de las leyes del reino y daba la posibilidad al pueblo de resistirse a los mandatos de un rey que los incumpliera. Asimismo, las decisiones del rey contrarias a tal ordenamiento constituían una violación del mismo en tanto que la función que justificaba su poder real en última instancia era la conservación y respeto a ese derecho. De igual manera, los derechos individuales de los súbditos llegaban a vincular al príncipe, cuya actuación se veía limitada de hecho a ellos, tanto en la esfera legislativa, como en la judicial o en la gubernativa. En virtud de lo anterior, los súbditos gozaban de un patrimonio jurídico en España y en Europa, al no es-

tar el soberano sometido a persona alguna, aunque sí lo estaba, por definición, al derecho (fuera escrito o no lo fuera), a las leyes y a los derechos individuales o colectivos de aquellos que en cualquier manera estuvieran reconocidos. Así, las cartas pueblas, los fueros y los privilegios adquirieron forma de pacto, ya que aunque el rey puede legislar, ha de hacerlo dentro de límites muy precisos, derivados del viejo derecho que venía acompañado de una constelación de derechos subjetivos que constituyen un precedente de los derechos humanos.

En términos generales, el derecho medieval constituye un orden jurídico complejo y heterogéneo de base consuetudinaria, concebido primordialmente no como norma jurídica general, sino como facultad o privilegio personal (que se otorga), y reducido a un conjunto de derechos subjetivos (en el que se mezclan lo jurídico-público y lo jurídico-privado). Basado en la desigualdad jurídica de los sujetos y en la pluralidad de jurisdicciones (junto a la jurisdicción real existieron las jurisdicciones nobiliaria, eclesiástica, concejil, mercantil, universitaria, etcétera), fue el resultante de la concurrencia de una diversidad de situaciones singulares en la que los derechos no se ostentaban a título individual, por el hecho de ser hombre o por ser súbdito, sino a título de clérigo, noble, mercader, etcétera, es decir, a título personal y concreto, por pertenecer a una familia, a un estamento, a una profesión, o a un reino.

Finalmente, conviene resaltar, en orden a nuestro objetivo, que el derecho en todas las épocas se presenta como un instrumento regulador de las conductas de los hombres, destinado a organizar las relaciones sociales y, es por tanto, un sistema de límites, siendo esta característica compartida por el derecho medieval, cuando se hace referencia a los derechos fundamentales y se plantea su relación con el poder y particularmente con el poder público, y este planteamiento viene a ser clásico, pues los derechos humanos a veces han sido definidos como *triunfos de la mayoría o derechos contra el Estado*. Esta perspectiva no debe resultar extraña si observamos el origen histórico de los derechos fundamentales, pues su historia comienza con la lucha por limitar la actuación del poder político y religioso que afecta a determinados ámbitos de libertad del ser humano.

De hecho, la conservación de los derechos de los súbditos (como límites del poder) es la función que justifica en última instancia el poder del rey medieval, pues el derecho en realidad estaba ya dado y no era establecido por el rey.

Y para que no cayera en el olvido lo mandaron poner los reyes por escrito en sus privilegios, para que los otros que reinasen después de ellos y estuviesen en su lugar quedasen obligados a guardar aquello y a llevarlo adelante, confir-mándolo por sus privilegios.⁶

Aunque no se dio en la Edad Media una separación neta entre derechos subjetivos, derechos objetivos y normas, puesto que las relaciones jurídicas se articulan en torno a los individuos, a los estamentos o a las corporaciones, y no en torno a normas generales, los súbditos tenían una esfera muy amplia de derechos que operaban en sus relaciones con el poder público como uno de sus límites jurídicos.

4. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ESPAÑA MEDIEVAL

La sociedad medieval hispánica fue una abstracción histórica formada por múltiples realidades diferentes entre sí y caracterizada por la heterogeneidad política de sus reinos, según la cual a tenor de la reconquista se diferenciaron tres grandes ámbitos geopolíticos que alojaron tres comunidades distintas constituidas a partir de la invasión musulmana. En el noroeste y el centro peninsular se ubicó el reino Astur-leonés, luego reino de León y Castilla y, finalmente, reino de Castilla que, tras el surgimiento de Portugal, se configuraría como ente dominante. En el nordeste se formó Aragón, primero y transitoriamente con Navarra y después con Cataluña, dando base a la formación en el siglo XII, de la Corona de Aragón, formada por la anexión a los territorios anteriores de los reinos de Valencia, Mallorca, ciertas tierras del sur de Francia y, posteriormente, Cerdeña, Sicilia y Nápoles. Al sur quedó Andalucía, ocupada por los musulmanes, que a lo largo de la Edad Media fue reduciéndose progresivamente por la incorporación al ámbito cristiano, en el siglo XIII, de Sevilla, Jaén y Córdoba. En estas zonas se dio una diversa y contrapuesta constitución política y social, en tanto que Castilla asumió una estructura geocrática y dominadora, y Aragón se configuró como estructura federal.

⁶ Fuero de Nájera, 1332.

Tal pluralidad de reinos no empezó a reconocer en ellos la existencia de un modelo similar de Estado⁷ ni una institución monárquica con elementos comunes aún con ordenaciones específicas en base a la identificación de los derechos de los súbditos frente al poder público como origen de los derechos humanos. No obstante, al estar dicho análisis circunscrito al poder real⁸ y centrado en las fuentes histórico-jurídicas, debe realizarse diferenciando los reinos, o al menos los hegemónicos de Castilla y Aragón.

Con carácter general, las limitaciones que el derecho medieval en Castilla, Navarra y Aragón impuso sobre el poder del rey expresan una concepción muy particular del derecho y constituyen el marco de referencia de los derechos de los súbditos y, por tanto, del origen de los derechos humanos. Pueden ser clasificadas con arreglo al siguiente esquema:

Limitaciones genéricas. Contenidas en el ordenamiento jurídico vigente, que en la Edad Media cobraron expresión en la costumbre, en las leyes fundamentales⁹ y en los privilegios generales, locales o de clase, continuamente confirmados, se manifestaron en instituciones como el juramento del soberano de respetar los derechos e inmunidades personales o la propia resistencia al monarca de los súbditos, y en la confirmación de privilegios realizadas por los reyes al acceder al trono. Con mayor o menor presencia, estas limitaciones se dieron en la Edad Media en todos los reinos y se desglosan y concretan en una serie de derechos personales, que se tratan aparte.

Limitaciones específicas. Contenidas en la propia constitución política medieval por repercusión jurídica inmediata del juego de derechos y deberes recíprocos característico de la relación del *rex* con el *regnum*, cobraron expresión principalmente en la concepción pactista del Estado y en el contrapoder de las Cortes. Dado que el poder del rey en la Edad Media no era absoluto y que su potestad legislativa se abrió camino progresivamente (pues gobernaba con su Curia, Cort,

⁷ Utilizamos el término Estado con todas las reservas, objeciones y matices que cabe adoptar para su empleo antes de la Edad Moderna.

⁸ Dejando al margen otros poderes como el señorial y el de la Iglesia, que en la Edad Media discurren paralelos al poder real.

⁹ Con carácter general, todos los reinos contaban en su ordenamiento jurídico con unas leyes consideradas *fundamentales* que el rey no podía quebrantar. Entre éstas se consideraba incluido el respeto a la propiedad privada, las leyes de sucesión al trono, la individualidad del reino, las facultades privativas del rey a las que nunca podía renunciar ni ceder, el respeto a la religión, no imponer nuevos tributos sin autorización de las Cortes, etcétera.

Corte o Consejo) se obligaba a aceptar su colaboración en reconocimiento de que no podía sin esas instituciones tomar ninguna decisión importante, como la promulgación de leyes o decretos generales, o la concesión de un fuero, ni tampoco modificar unilateralmente los ordenamientos jurídicos anteriores.

Esta ordenación constituyó una realidad más palpable que en Castilla y en Aragón, donde se articuló en instituciones como los *Actos de Corts*, las *Constituciones*, etcétera, y donde, asimismo, estaba establecido el control jurisdiccional efectivo de los actos del rey expresado en la interposición de ciertas jurisdicciones especiales, como la que ejercía el Justicia Mayor de Aragón.

Limitaciones técnicas. Contenidas en la posibilidad de los súbditos de imponer jurídicamente al monarca el reconocimiento de los derechos que él se comprometía a respetar. Se manifiestan ante cualquier actuación del monarca que vulnerase aquel derecho, bien en forma de declaración de *forcia* (fuerza o violencia), *tortum* (entuerto), *greuge* (agravio) o declaración de *contrafuero*; bien a través de procedimientos específicos, como la inclusión de la fórmula *obedézcase, pero no se cumpla* para paliar la lesividad de determinadas normas,¹⁰ o bien en la fijación de otros procedimientos específicos contra las acciones abusivas de los oficiales que actuaban por delegación real exigiendo responsabilidades y que existieron en todos los reinos funcionando como instituciones de garantía de los derechos de los súbditos, siendo los principales la *pesquisa*, el *juicio de residencia*, la *purga de taula* y la *visita*.¹¹

¹⁰ En las Cortes de Briviesca de 1371 se estableció que cuando el rey (o sus oficiales) dictaran una norma lesiva a los derechos del individuo o del reino en general, dicha norma se acataba pero no se cumplía, siendo dejada en suspenso. Aunque la interpretación de este principio fuera diferente en los distintos reinos, en todos fue aplicado como una cláusula de garantía genérica de los derechos de los súbditos y como una limitación del poder legislativo del monarca.

¹¹ La *pesquisa* era un procedimiento extraordinario utilizado en Castilla en la Edad Media, consistente en la designación de oficio de uno o varios investigadores con el encargo de investigar la conducta de un determinado funcionario. Cuando un oficial real abusaba de su cargo, el perjudicado se podía quejar al rey para que ordenara una pesquisa sobre el funcionario causante del perjuicio. En la segunda mitad del siglo XIII, incluso sin necesidad de solicitud previa, el rey enviaba a sus territorios jueces reales para que se informaran mediante pesquisas, o simples indagaciones sobre la manera en que los oficiales desempeñaban sus cargos respectivos. Este procedimiento coexistió con los de la *residencia* y la *visita*. En las Cortes de Toro de 1371 se prescribió que el rey designara *hombres buenos* para que fiscalizaran la actuación de los Adelantados, los Merinos y los Alcaldes. Estaban obligados a dar cuenta anualmente al rey del resultado de sus averiguaciones y tenían la facultad de sancionar a los oficiales que encontraran culpables.

En Aragón en el Privilegio General de 1283 se admitió que cualquier individuo pudiera tener una acción contra el rey, recurriendo para ello a la justicia, de manera que el sistema jurídico medieval se preocupó de garantizar los derechos subjetivos y de proteger las normas generales que podían ser violadas por el monarca. Aunque hay que observar las diferencias de unas Cortes y otras, las aragonesas operaron como un mecanismo de defensa jurídica de los derechos de los vasallos frente al rey. En ellas los estamentos presentaban primeramente los agravios y de su reparo dependía la concesión de servicios al rey.

El *juicio de residencia* se introdujo en Castilla, Navarra y Sicilia como consecuencia de la recepción de derecho común sobre el precedente establecido en el Bajo Imperio de la obligación impuesta a los gobernadores provinciales, y a otros oficiales de la Administración, de permanecer al terminar su mandato en el lugar en que habían desempeñado el cargo para responder de las reclamaciones que podían presentar los administrados por su actuación durante el cargo. Las Partidas recogen algunas disposiciones (3.4.6; 3.5.12; 3.16.1) que determinan que los jueces y los Adelantados de un territorio, al cesar en sus cargos, debían permanecer durante 50 días en el lugar, para responder de las reclamaciones que eventualmente pudieran presentar los administrados contra su actuación. Para reforzar la eficacia de estas disposiciones en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 (32.44) se prescribió que dichos oficiales, al entrar en el cargo, tenían que dar caución y fiadores para garantizar su residencia. A partir de las Cortes de Madrid de 1419 este procedimiento se denominó simplemente *residencia*, siendo objeto de una regulación adecuada a su importancia en el reinado de los Reyes Católicos, cuando en las Cortes de Toledo de 1480 se estableciera que todos los funcionarios fueran residenciados por un procedimiento no escrito mediante la permanencia forzosa en un plazo de 30 días y el embargo de la tercera parte de sus bienes. Posteriormente, en la Edad Moderna, continuó depurándose este mecanismo de control, extendiéndose su obligatoriedad a la Corona de Aragón en el siglo XVIII con la aplicación los Decretos de Nueva Planta.

La *purga de taula* es un procedimiento medieval ordinario, practicado en Aragón a partir del siglo XIII, principalmente en la esfera municipal, donde se mantuvo hasta el siglo XVIII, en que por efecto de los Decretos de Nueva Planta fue sustituido por el juicio de residencia, con cuyo contenido y significación guardaba un estrecho paralelismo.

La *visita* es un procedimiento derivado del ámbito del derecho canónico que se aplicaba ya en la Edad Media (aunque llegara a desarrollarse en plenitud en la Edad Moderna) fundamentalmente para la investigación de organismos colectivos. Consistía en nombrar comisionarios reales (llamados visitadores) para que comprobasen el funcionamiento de determinados organismos como universidades, consejos, audiencias, etcétera; informasen al rey, una vez cumplida su misión; dictasen las disposiciones oportunas (reformas disciplinares, nuevas ordenanzas y estatutos) para el buen gobierno de la institución, e impusiesen castigos a los funcionarios que encontraran culpables en la gestión de sus responsabilidades.

En Navarra existieron, a tal efecto, una serie de medidas preventivas, como la *sobrecata* (desde 1512), consistente en la exigencia, por parte del Consejo Real de Navarra, de una declaración para que se pueda dar cumplimiento a las disposiciones reales, o el *contrafuero*, que se declara cuando se ha producido un agravio, dando lugar al consiguiente procedimiento de *reparo de agravios*, cuya iniciación corresponde a las Cortes para la reparación de la lesión de los derechos subjetivos.

En Vizcaya y en Guipúzcoa se practicó el *pase foral*.¹² La *reparación de agravios* en las Cortes (es una garantía política). El *derecho de resistencia* (otra garantía política), muy importante pero no articulado en procedimiento jurídico-formal alguno.

Derechos individuales o personales, articulados en torno a la idea de libertad de los súbditos, entendida ésta jurídicamente como facultad de obrar al libre arbitrio, y que tendrán aquí un tratamiento específico por constituir el germen de los actuales derechos humanos.

Las vías a través de las que alcanzaron concreción determinados derechos reconocidos a determinados grupos que hoy figuran en todas las declaraciones de derechos modernas, desde el punto de vista de la técnica jurídica, fueron: los *fueros*, en los que a partir del siglo XI a los súbditos se les reconocieron determinados derechos personales, incluidos sus mecanismos de garantías; las *declaraciones ocasionales*, como los Decretos de la Curia de León de 1188; las *cartas de libertades*, como las *Recogoverunt próceres* de Cataluña,¹³ y los

¹² En las provincias vascongadas (también en Navarra) se exigía que para que una disposición real tuviera vigencia en estos territorios debía recibir el *pase foral* o visto bueno por parte de la respectiva Diputación. Este mecanismo, al igual que la cláusula *obedézcase, pero no se cumpla*, tenía efectos suspensivos, ya que los vizcaínos tenían por fuero que cualquiera carta o provisión real que se mandase dar contra las leyes fundamentales del reino, directa o indirectamente, sería obedecida y no cumplida.

¹³ El significado de este texto es la confirmación, en 1284, de Pedro III de las costumbres que desde antiguo eran usadas en Barcelona. Al núcleo originario se añaden nuevas concesiones relativas a la libertad económica y fiscal que se reconoce a los habitantes de la ciudad de Barcelona, para que pudieran desempeñar una actividad mercantil libre de las trabas feudales. Aunque originariamente estas costumbres que se reconocieron a los prohombres de Barcelona, su vigencia no se limitó a la ciudad condal, sino que se extendió a otras localidades.

pactos, como el *Privilegio del Contrato de Álava*¹⁴ o el *Privilegio o Contrato de Ayala*.¹⁵

El espíritu limitador del poder del rey en el reino Leonés-Castellano hundía sus raíces en la tradición visigótica.¹⁶ Ya en el siglo XI comenzaron a reconocérsele determinados derechos a la población entera, que irán ampliándose cada vez más aunque las concesiones de carácter general sólo son realizadas por los reyes o señores en las *cartas de población*, en fueros o en privilegios especiales para cada lugar (aunque luego se extendieran a otros lugares al concedérseles el mismo fuero). La reconquista y la repoblación constituyeron importantes acicates para la concesión de libertades, precisamente en tiempos de peligro, pero cuando la línea de combate se alejaba o la ordenación del territorio respondía a los intereses adecuados, las nuevas relaciones jurídicas limitaban la importancia de aquellas declaraciones, las mutilaban considerablemente o las presentaban como simples fórmulas penales o de procedimiento. En este sentido, son particularmente interesantes los modelos jurídicos incluidos en el fuero de León de 1017,¹⁷ en el fuero de Logroño de 1095¹⁸ y en el fuero de Toledo de 1101.¹⁹

A finales del siglo XII, hacia el año 1188, en las Cortes de León, formadas por los tres estamentos (obispos, magnates y súbditos) el rey Alfonso IX esta-

¹⁴ En virtud de este privilegio, en 1332 las tierras que poseía la Cofradía de Arriaga (agrupación de hidalgos del Señorío de Álava) pasaron a ser tierras realengas de la Corona de Castilla, en las que se aplicaría el derecho y la organización judicial castellana (el Fuero Real) a cambio de que se les respetasen sus derechos y de una serie de exenciones de impuestos.

¹⁵ Texto elaborado en 1373 a instancia de Fernán Pérez de Ayala (señor de la tierra de Ayala), en el que se recoge el derecho consuetudinario de los habitantes de la comarca alavesa de Ayala.

¹⁶ Así lo reflejan los cánones de los Concilios toledanos y San Isidoro de Sevilla (en sus Etimologías), completó e incorporó a su constitución el principio jurídico-moral contenido en el viejo proverbio de Horacio: “rey serás si obras rectamente. Si no obras rectamente no lo serás”.

¹⁷ Véase A. García-Gallo, “El Fuero de León. Su historia, textos y redacciones”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* —en adelante AHDE—, núm. 39, 1969, pp. 5-172; L. Vázquez de Parga, “El Fuero de León”, en AHDE, núm. 15, 1944, pp. 464-498.

¹⁸ Colección de Fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra, coordinada y anotada por T. Muñoz y Romero. Madrid, 1947, pp. 334 y ss.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 360 y ss.

bleció una serie de medidas que constituían una evidente autolimitación de su poder, en favor de los súbditos, concretada en la concesión de una serie de “libertades” y “foros bonos” en el primer texto medieval con relevancia dentro del reconocimiento de los derechos humanos. En dicha asamblea, en forma de declaración ocasional, se aprobaron disposiciones pactadas por los asistentes y el rey, que recibieron el nombre de Decretos de la Curia de León y que en la doctrina ha adquirido la denominación de Carta Magna Leonesa (por analogía con el texto denominado Carta Magna inglesa de 1215).²⁰ En dichas disposiciones el rey se comprometió a conservar las costumbres establecidas por sus antecesores y concedió una serie de garantías judiciales frente a la delación y a la prenda extrajudicial.

Posteriormente, en el siglo XIII, con la promulgación de Las Partidas, se perfila una cierta preocupación por el hombre y todo aquello a lo que tiene derecho por serlo. Allí quedó reconocido al individuo un estatus específico recogido en una serie de derechos que hoy se denominan humanos, tales como los de libertad;²¹ de seguridad personal;²² de libertad de asociación;²³ de libertad religiosa (basado en el respeto que debe tenerse a los creyentes no cristianos); de inviolabilidad de domicilio, etcétera, protegiéndose igualmente la propiedad y la familia. Pero no sólo se conceptuaban y regulaban las distintas libertades y derechos que disfrutaban los súbditos de Castilla, sino que además se preceptuaban una serie de garantías para que fuese realidad esa seguridad jurídica proclamada. Eran estas normas las que debían ser respetadas y cumplidas por el rey, por sus oficiales y por la comunidad. En este sentido, las Partidas articulan mecanismos de control de la actuación de los oficiales, como el juicio de residencia ya mencionado, y también un sistema de garantías y protección para los detenidos.

Aún habría que reseñar otros textos jurídicos posteriores, como el Ordenamiento de Cortes de Burgos de 1301, donde se reiteraba el precepto de que los

²⁰ Aunque en realidad los acuerdos de León son anteriores y contienen una batería más completa de derechos civiles y políticos, no alcanzaron continuidad y permanencia en el ordenamiento jurídico castellano, mientras que los derechos conferidos por la Carta Magna inglesa fueron confirmados por normas posteriores, adquiriendo una consistencia institucional.

²¹ Partidas III, 22; IV, 22; IV, 28, y VII, 31, 1.

²² Partidas I, 6, 51.

²³ Partidas II, 31, 2; V, 10.

hombres no sean apresados sin ser demandados y oídos según sus fueros. Y el de las Cortes de Valladolid de 1322, que reconocía y proclamaba el respeto a la vida, a la libertad y a la propiedad de los hombres, reconociendo que éstos sólo podían ser juzgados según derecho y por jueces competentes.

La limitación del poder real que imponía el pactismo se manifestó especialmente en la Corona de Aragón (y también en el reino de Navarra) donde, lejos de constituir un trasfondo o manifestaciones puntuales, fue una de las bases de la constitución política de estos reinos, ya desde el legendario fuero de Sobrarbe. La concepción contractual de la monarquía estuvo allí más presente y el poder de los reyes estuvo limitado no sólo por las normas morales impuestas por la Iglesia, sino también por el derecho y la costumbre del país que protegían los intereses generales del pueblo. De ello resultó que desde sus orígenes la monarquía aragonesa fuera más limitada que la castellana, pues el poder de cada rey se fundamentó en la circunstancia de que al ser investido de la potestad real se comprometía a cumplir las leyes del reino, y, como contrapartida, el pueblo se obligaba a guardarle fidelidad. Se trataba de un pacto *rex-regnum* (representado éste por la aristocracia) cada uno con independencia de fueros. En Aragón el derecho implicaba el reconocimiento de los derechos de los nobles, pero esta morfología permitió que las libertades se extendieran de la alta nobleza a la baja nobleza (muy numerosa en dicho reino) y de ahí al pueblo llano.

Una vez terminada la reconquista, las instituciones políticas se consolidaron sobre los principios originarios de la libertad.²⁴ Esta idea está plasmada en los fueros de Jaca (1064) y Zaragoza (1115):

²⁴ Aún en tiempos de Fernando “El Católico” el peso de las libertades aragonesas era tan claro que Navarra fue anexionada a Castilla y no a Aragón, para evitar que los nuevos súbditos se beneficiasen de aquella situación. No obstante, algunos derechos personales tuvieron dificultad en Aragón, dado el más marcado feudalismo. Concretamente, el de libertad de movimientos estuvo sometido a fuertes restricciones, debido al proceso de adscripción a la tierra (servidumbre real) que los colonos experimentaron durante el siglo XII y que se tradujo en un control mucho más completo sobre la movilidad campesina. El campesino no podía abandonar el predio sin permiso del señor titular del dominio eminente. Esta situación duró hasta la Sentencia Arbitral de Guadalupe de 1486, que modificó el estatuto de libertad personal de los campesinos al abolir los seis “malos usos” principales: intestia, exorquía, cugucia, arsina, ferma de espoli y remensa. También se eliminaron el derecho a maltratar y otros diversos abusos.

Me place de buen grado y no sólo por propia voluntad, sino también por amor, que Zaragoza sea bien poblada y os doy y confirmo los buenos fueros que me habéis pedido. Además os ordeno que si algún hombre os hiciere algún entuerto en cualquier lugar de mis posesiones, vosotros mismos le toméis prendas y lo castiguéis en Zaragoza y donde mejor podáis, hasta que os reintegréis en vuestro derecho, y que no esperéis en ello ninguna otra justicia. Y más aún, os mando que juréis todos estos fueros mediante los veinte mejores hombres que vosotros mismos eligierais entre vosotros, y que los mismos veinte de entre vosotros que primero hubierais jurado, los hagáis jurar a todos los demás.²⁵

Tudela (año 1119), Calatayud (1120), así como en los propios Usatges de Barcelona (1086), texto considerado por algunos autores como el primer texto europeo que establece limitaciones y combate la arbitrariedad de los gobernantes, al mismo tiempo que da garantías de los derechos.

También las Cortes en la Corona de Aragón (al igual que en Navarra) fueron más efectivas y eficaces que en Castilla. Cada uno de los reinos que la componían tenía su propia asamblea de Cortes, que representaba al reino, y su ámbito de acción se proyectó en lo fundamental a tres puntos: la concesión al rey del subsidio económico extraordinario o servicio, al reparo de los agravios cometidos por el monarca y sus funcionarios y a la intervención en la actividad legislativa. Limitándonos al caso de Cataluña, la idea del pactismo jurídico alcanzó la máxima expresión, siendo las Cortes de Barcelona, en representación del *regnum* (junto con el rey, cuya actuación quedaba fuertemente limitada en este aspecto) el órgano encargado de la producción legislativa. Desde 1283 se dio allí el nombre de *Constitucions* a cualquier disposición resultante de las propuestas del monarca aprobadas por las Cortes; *Capitols de Cort* a las peticiones de los estamentos sancionadas por el monarca (que iban precedidas de la fórmula protocolaria *plau al senyor rey*), y *Actes de Cort* a las disposiciones del monarca dadas fuera de las Cortes. En general, se denominaba *Procés de Cort* al conjunto de resoluciones aprobadas en las Cortes.

²⁵ Privilegio *tortum per tortum* o privilegio de los veinte (puesto que eran los que tenían que jurar y hacer jurar este privilegio) otorgado por Alfonso I “El Batallador” en 1119 a los pobladores de Zaragoza. Por él se reconocía a los infanzones zaragozanos el derecho a un régimen de defensa privada.

Aparte, en todos los reinos de la Corona de Aragón, debido a un esquema organizativo feudal mucho más marcado que en Castilla, las fuerzas sociales organizadas en ligas y hermandades lograron en ocasiones constreñir al rey en defensa de sus fueros, siendo ésta una de las principales vías de concreción del reconocimiento y el respeto de los derechos de los súbditos. Así, en el reino de Aragón el derecho quedó articulado sobre estos principios desde que en los Fueros de Egea de 1265 la aristocracia arrancara al rey Jaime I importantes privilegios (como el carácter hereditario de los dominios señoriales y la conversión del Justicia Mayor de Aragón en un juez intermedio entre el rey y la nobleza). Posteriormente, en 1283 el rey Pedro III otorgó, en las Cortes de Zaragoza de ese mismo año, el Privilegio General de Aragón, por el que concedió a todos los súbditos una serie de derechos, libertades y garantías penales, al tiempo que reconoció en favor de las Cortes una jurisdicción determinada que constituyó la base de las libertades aragonesas.²⁶ En él se establecían nuevos derechos y, sobre todo, se garantizaba el respeto a ellos, y se reforzaban especialmente las garantías procesales de contrafuero a todos los ciudadanos, frente al rey y sus funcionarios. Asimismo, el rey adquirió el compromiso de hacer Cortes generales de aragoneses una vez al año y, aunque esta promesa fue incumplida, constituyó el acta de nacimiento de las Cortes de Aragón. Unos años más tarde, en 1287, el rey Alfonso III, en el llamado Privilegio de la Unión Aragonesa, garantizó a la hermandad de la Unión el cumplimiento del Privilegio General y sancionó, entre otras cosas, el derecho a la inviolabilidad de las personas y de su propiedad. Aún a mediados del siglo XIV el Privilegio de la Unión habría de ser confirmado por Pedro IV tras una encarnizada lucha con los nobles de la Unión inspirada en las tradiciones aragonesas que el rey saldó mandando insertarlo como ley en el cuerpo de los Fueros de Aragón.

Pero sin duda será, dentro de la constitución aragonesa, la institución del Justicia Mayor de Aragón la que con más profusión ha señalado la doctrina como antecedente inmediato de los derechos humanos. Los orígenes de esta figura, no bien conocidos, son de carácter consuetudinario, que se va afianzando y perfilando lentamente hacia su configuración definitiva. A mediados del siglo XIII era un simple funcionario que servía a la Curia del rey examinando

²⁶ Por ello, este texto es llamado la Carta Magna de Aragón.

las causas en presencia y por orden de éste y que promulgaba las sentencias que dicta la Curia, siendo entonces más un justicia del rey que un justicia del reino. Fue a partir de las Cortes de Egea de 1265 cuando el Justicia Mayor se convirtió en un juez intermedio entre la jurisdicción real y los nobles, en un juez de *greuges* (del recurso de agravios, que se planteaba ante las Cortes, pero que éstas poco a poco fueron delegando en el Justicia; a partir del fuero de 1265 puede encontrarse cuándo se interponía contra actos del rey o de sus oficiales un antecedente del recurso de amparo) y en una institución de extraordinaria importancia en el régimen político de Aragón y en su sistema de garantía de los derechos individuales. Pero el gran impulso del Justicia Mayor se produjo a principios del siglo XV, en las Cortes de Maella de 1404, cuando se le reconocerá la jurisdicción para proceder en causas particulares de todo el reino, aunque sus sentencias podían ser apeladas ante el rey. En el reinado de Alfonso V el Justicia quedó reconocido como una instancia superior de todos los jueces ordinarios del reino y ante la que debían inhibirse incluso el vicescanciller y el gobernador general. No obstante, existieron algunos mecanismos para controlar la actuación del Justicia, como la responsabilidad que se le exigía por los contrafueros que pudiera cometer, que podían acarrearle graves sanciones si el hecho era de índole criminal, o satisfacción pecuniaria si el exceso era de índole civil, más la pérdida del oficio.

Las funciones atribuidas al Justicia Mayor dan contenido a los llamados cinco “procesos” forales aragoneses, que son: 1) el *proceso de firmas de derecho* (consistente en la facultad del Justicia de tomar prendas en calidad de fianzas, pero sin llevar implícita la decisión sobre el fondo del asunto. Suponía, por su finalidad, un sistema de garantías jurisdiccionales de los derechos individuales); 2) el *proceso de manifestación* (acción encaminada a garantizar la integridad de los sujetos y de los bienes inmuebles involucrados en un proceso. Al producirse en el ámbito penal, equivalía a un verdadero hábeas corpus); 3) el *proceso de aprehensión* (custodia de bienes inmuebles encaminada a mantener un orden determinado, en tanto se resolvía el tema principal); 4) el *proceso de inventario* (acto por el cual el Justicia se ocupaba de los bienes muebles involucrados en un proceso), y 5) el *proceso de emparamiento* (embargo de aquellos bienes que pudieran resultar afectados con alguna responsabilidad, y que el eventual deudor pudiera tratar de separar dolosamente de su patrimonio para mantenerlos alejados del ámbito del acreedor). Todos ellos estuvieron dirigidos a configurar sentencias interlocutorias (únicamente

resolutorias de las fases previas de un proceso), siendo su papel preparar, ayudar y facilitar el cumplimiento de la justicia, pero no emitir una sentencia. A través de estos procesos el Justicia Mayor intervenía en la administración de justicia de los demás jueces y tribunales, en su papel de proteger la propia legislación foral y a los acogidos en ella. Al interpretar los fueros ejercía funciones equivalentes a los tribunales constitucionales actuales.

En el reino de Navarra fueron característicos los juramentos de los reyes en los que, por escrito, se comprometían a observar los fueros navarros haciendo mención expresa de detalles y compromisos para garantizar su cumplimiento. Por otra parte, existieron los *jueces de emparanzas*, que se nombraban para responder de los agravios cometidos por el rey difunto, a modo de juicio de residencia.

5. REPERTORIO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES RECOGIDOS EN NUESTRAS REDACCIONES JURÍDICAS²⁷

A) *Derechos personales*, dentro de los que pueden clasificarse:

1. El derecho a la libertad, reconocido a lo largo de toda la Edad Media, en el sentido primario de derecho a la vida y a la integridad física:

Libertad es poderío que tiene todo hombre naturalmente de hacer lo que quisiere, en tanto que fuerza o derecho de ley o de fuero no se lo impide. Y puede dar esta libertad el señor a su siervo en iglesia o fuera de ella, y delante del juez, o en otra parte, o en testamento o sin testamento, o por carta.²⁸

Desglosado principalmente en el derecho a disfrutar de seguridad personal, a no ser perseguido o muerto:

A todos los pobladores de Cuenca les concedo el privilegio de que cualquiera que viniere a poblar, de cualquier condición que sea, cristiano, moro o judío,

²⁷ Más que la exposición de un repertorio exhaustivo, se pretende mostrar una guía metodológica aplicable a otros contextos.

²⁸ Partidas, IV, 22.

libre o siervo, venga seguro y no responda por enemistad, deuda, fiaduría, herencia, mayordomía, merindazgo ni por otra cualquier razón que hubiese tenido lugar antes.²⁹

En la libertad de residencia, de circulación y de movimientos, y en la inviolabilidad de domicilio:

Y mandamos que ni el merino, ni el sayón, ni el dueño de la tierra, ni otro señor alguno entre en la casa de algún habitante de León por ninguna caloña, ni arrastre las puertas de la casa.³⁰

Ningún señor que bajo la autoridad del rey mandare en esta villa haga fuerza o violencia a los habitantes de ella, ni por su merino o por su sayón reciba de ellos cosa alguna sin voluntad de éstos, quienes no estarán sujetos a fuero malo de sayonia ni de fonsadera ni de anubda ni de mañería, ni hagan camino alguno, sino que permanezcan siempre libres e ingenuos. Y si contrariando esta carta, un merino o sayón quisiere entrar en casa de algún poblador, sea matado y por ello no se pague homicidio.³¹

Y en la libertad de asociación para el cumplimiento de fines religiosos, benéficos, económicos o políticos, para formar hermandades, juntas, uniones, etcétera.

2. Determinados derechos políticos, expresados principalmente en el derecho al propio derecho que los súbditos tienen reconocido: “También mando que nadie vaya a juicio a mi Curia, ni al juicio de León, a no ser por aquellas causas por las que debe irse según su fuero”.³²

Y centrado en el derecho a la igualdad jurídica: “Hec est carta quem facit concilium de Madrid... unde diues et pauperes vivant in pace et in salute”.³³

Y en el derecho a la organización local autónoma, con la consiguiente capacidad para imponer cargas fiscales y militares.

²⁹ Fuero de Cuenca, cap. 22. También Fuero de León, caps. 14 y 21.

³⁰ Fuero de León, 1020.

³¹ Fuero de Logroño de 1095. La misma idea queda reproducida en Fuero de Laguardia de 1164, cap. 25, 5.

³² Decretos de la Curia de León de 1188.

³³ Fueros de Madrid. La igualdad jurídica de los vecinos es un principio al que se tiende en todos los estatutos locales y que triunfa sobre todo en los fueros municipales extensos, llegan-

3. Derechos económicos. La propiedad privada está muy vinculada a los derechos humanos y es reconocida desde muy temprano, incluso en los casos de conflicto con el interés público:

Y donde quiera que puedan dentro del término, encontrar tierras yermas no cultivadas, cultívenlas; y dondequiera que encuentren hierbas para pastar, pástelas; del mismo modo siéguenlas para hacer heno o para que pasten cualesquiera animales; y donde encuentren aguas para regar tierras y viñas o para mover molino o para huerto, donde las encuentren, cójanlas. Y donde encuentren leña de monte para quemar o construir casa u otras necesidades, cójanla sin inconveniente.

Y estos pobladores de Logroño tengan absoluta licencia para comprar heredades dondequiera que quisieren. Nadie les pida mortura, ni sayonía, ni vereda; antes bien posean la tierra salva, libre e ingenua, y si tuvieren que venderla, véndanla donde quisieren.³⁴

En este sentido, los derechos adquiridos constituyen la espina dorsal de todas las instituciones que representan el límite del poder. Entre los derechos econó-

do algunos a formulaciones claras y precisas. También en los Fueros de Salamanca y Nájera. Véase Muñoz y Romero, *Colección de fueros municipales y cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, t. I. Madrid, 1847, p. 287. En sentido análogo se expresan los fueros navarros y aragoneses, o el Fuero de Béjar: “Todos pobladores aian un fuero. Si algunos ricos omnes, condes o potestades caualleros o infançones de mio regno ode otros uinieren poblar abejar, tales calonnas aian quales otros pobladores”. E. Hinojosa, “Origen del régimen municipal en León y Castilla”, en *Estudios sobre la historia del derecho español*. Madrid, 1908, p. 27.

³⁴ En el Fuero de Logroño de 1095, los *Decretos de la Curia de León* de 1188 impedían la destrucción o allanamiento de morada, de casa ajena con sus árboles, así como la ocupación por la fuerza de los bienes muebles e inmuebles y los daños a la casa o heredad.

El reconocimiento del derecho a la propiedad privada de los súbditos tiene un carácter más marcado en la Corona de Aragón. Ya en las Cortes de Barcelona de 1200 se establece “que cada uno pueda ir y volver por mar y por tierra adonde quiera, y por los caminos que quiera, a puestos, lugares, ciudades, con o sin mercaderías, sin contradicción ni impedimento nuestro ni de nuestros oficiales, cuidando de pagar los vectigales, leudes, peajes y regalías acostumbrados a pagar desde antiguo, a mi y a los demás”. También en el *Llibre de las Costums de Tortosa*, de 1279: “Todo ciudadano o poblador de Tortosa o de sus términos puede ir franca y libremente adonde quiera con sus cosas y sus mercaderías”.

micos que se reconocen a los súbditos está el derecho a la libre propiedad, a la libre adquisición, a la exención de cargas señoriales y al disfrute de bienes comunes.

4. Derechos penales y procesales desglosados principalmente en el derecho a fallos legales:

“Todo acusado tiene derecho a disponer de un proceso legal frente al rey”,³⁵ así como el derecho a no ser encausado por denuncia falsa.

También establezco y juro que si alguien me hiciere o me dijere mal de alguien, inmediatamente denunciaré al denunciado el denunciante; y si la denuncia no pudiera ser probada en mi curia, pagaré la pena que al denunciado corresponda.³⁶

El derecho a no ser sometido a ordalías, el derecho a ser juzgado sólo por un tribunal competente o el derecho a no ser encarcelado.

B) *Derechos colectivos*. Otro grupo de derechos de la misma índole lo constituyen aquellos que pueden ejercer genéricamente los súbditos a través de las instituciones que los representan colectivamente frente a las acciones abusivas del rey y de los oficiales que actúan por delegación suya. Son básicamente el derecho que tienen los estamentos³⁷ a ser consultados antes de decidir sobre la

³⁵ Decretos de la Curia de León de 1188.

³⁶ Los Decretos de la Curia de León de 1188. Ya el *VI Concilio de Toledo* del año 638 proporcionó un primer texto referido a las garantías procesales: “XI. Que no se condene a ninguno sin acusador legal. Es justo que la vida de los inocentes no sea manchada por la malicia de los acusadores y, por lo 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, y si se prueba que es persona incapaz para acusar, no se admita la acusación, a no ser que se trate de crimen de lesa majestad”. En el *VIII Concilio de Toledo* del año 653 quedaría ya establecido que nadie podía ser detenido, torturado, condenado a muerte o infamado si su culpabilidad no había quedado claramente probada.

³⁷ La intervención en el gobierno del reino se reserva sólo a los naturales, aunque de hecho no tengan intervención en la vida pública más que los pertenecientes al estatus nobiliario, y de ellos (salvo en Aragón), únicamente los pertenecientes a la alta nobleza y al alto clero, de manera que la mayor parte de la población quedaba al margen, salvo la intervención de los vecinos en el régimen municipal.

guerra y la paz; la declaración de *contrafuero* y la consiguiente incoación del procedimiento de *reparo de agravio*; la exigencia de determinadas técnicas, una de las cuales tiene un significado que viene a acentuar el reconocimiento de unos derechos que el rey había de respetar,³⁸ y el derecho a ejercer cierto control sobre la actuación de los oficiales:

Asimismo, Señor, como poco valdría constituir y hacer ordenamientos y leyes si aquéllas no fuesen inviolablemente observadas, y porque de la inobservancia se siguen daños y muchos inconvenientes irreparables, plegaos, Señor, ordenar y establecer, con aprobación y consentimiento de dicha Corte, que el canciller, el vicescanciller y los regentes de la cancellería, el lugarteniente del Gobernador y todos aquellos otros oficiales, comisarios, secretarios, jueces, relatores, escribanos y otros cualesquier ministros que, según la información conseguida, hayan aparecido como infractores de constituciones o capítulos de corte o de alguno de los hechos, firmados y jurados por vos [...] que sean prescritos, publicados y ejecutados inmediatamente según el procedimiento allí señalado, y como, Señor, la ejecución real de cada hecho es la parte principal, plegaos, Señor, encomendar a algunas personas suficientes y fiables la información que ha de hacer contra todos aquellos oficiales y ministros que violen o hayan violado dichas constituciones y capítulos y las garantías dadas por ellos.³⁹

No serán, por otra parte, estos derechos estamentales los únicos encuadrables en una tipología “prehistórica” de los llamados derechos humanos. Habría que alinear en el mismo plano a los llamados derechos y privilegios concedidos a los francos, así como los privilegios reconocidos a entidades jurídicas no individuales, tales como ciudades, gremios, universidades, personas, etcétera, que pudieron constituir reductos de privilegios en un momento histórico determinado, en contradicción con los principios del Estado moderno. En todos los casos se trata de concesiones hechas a consecuencia de peticiones y están, a menudo, ligadas al interés de los nobles y de los mercaderes, pero, a veces, desde este planteamiento inicial acaban siendo favorables al conjunto del pueblo.

³⁸ Son fundamentalmente la sobrecarta y el pase foral.

³⁹ Cortes de San Cucufate de 1419. En Cortes de Cataluña, XIII.

Pese a la indudable existencia en los textos jurídicos medievales de derechos de origen contractual y consuetudinario, declarados y reconocidos en favor de los súbditos, tanto a título particular como a título colectivo, no es posible pergeñar una imagen global de los mismos, dada la variedad de situaciones establecidas en los diferentes reinos existentes en la península, ni tampoco precisar hasta qué punto fueron aplicados. Por otra parte, con carácter general y común a todos los reinos, los derechos proclamados no beneficiaron de modo igualitario al conjunto, ni las personas encontraban una protección genérica sino en razón al propio estado o rango social al que pertenecían, siendo factor diferenciador junto a la pertenencia a un estatus determinado el hecho de que se tratase de habitantes de las ciudades o de habitantes del medio rural.

6. CONCLUSIÓN

Ciertamente, en el derecho medieval no se dan con plenitud ninguno de los requisitos que señalan en la actualidad la existencia de derechos humanos. Los fueros y cartas pueblas recogen privilegios locales de contenido fundamentalmente fiscal o económico, apartándose con ello de las modernas declaraciones de derechos que contienen una pretensión moral. La consideración medieval del derecho como privilegio personal o local convertía a los concejos amparados por un fuero en zonas inmunes frente al poder del monarca, pero dentro de esas islas jurisdiccionales se proyectaban las desigualdades jurídicas del exterior. Pese a la existencia de garantías y mecanismos para la defensa de los derechos de los súbditos no existía una garantía procesal efectiva para el cumplimiento de estos derechos.

No obstante, en la Edad Media en el derecho español, tanto desde el punto de vista de las normas como de la técnica jurídica, puede apreciarse la existencia de elementos importantes en la toma de conciencia de la dignidad humana, y en el inicio del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, aunque no como derechos subjetivos universales pertenecientes a todos los hombres, sino como privilegios inherentes a determinados grupos sociales. Se trata de un complejo variable y asistemático de derechos, nacido de las necesidades sociales que se iban adscribiendo a los estamentos, en el que se percibe de una forma inequívoca la raíz común de determinadas instituciones sociales y también la racionalidad de su evolución histórica, la inmutabilidad de lo

abstracto y la solidez de determinados factores que se mantienen constantes desde que el hombre conoce su propio pasado.

Durante la Edad Media los derechos humanos fueron, como ahora, figuras insuficientes, limitadas y, a veces, contradictorias, pues aparecen a caballo entre el derecho de resistencia de los súbditos y el poder estatal y la defensa del deber incondicional de obediencia al monarca. Se trata, en definitiva, de la lucha del individuo contra las extralimitaciones del poder que da forma a la estructura subjetiva del patrimonio jurídico de los súbditos que permanece inalterada, aunque los derechos de naturaleza pública se van robusteciendo al hilo de una lucha multiseccular, en la que cada momento de debilidad de la monarquía es aprovechado para ensanchar el ámbito de los derechos individuales y colectivos de los súbditos, cuya existencia es indiscutible. Se trata de normas jurídicas particularizadas, de carácter contractual o paccionado que contenían acuerdos o privilegios circunstanciales en cuanto al tiempo, al lugar y al contenido, pero es frecuente que lo que hoy son considerados derechos universales fueran concebidos como privilegios singulares o estamentales que tendieron a uniformizarse o a extenderse hasta evolucionar hacia la generalización.

La historia de los derechos humanos constituye un proceso de dos perfiles y un producto fundamentalmente histórico que ha venido elaborándose con la acumulación de decisivas aportaciones, tales como la consideración del derecho como un sistema de protección de libertades subjetivas o esferas de inmunidad frente a la acción del Estado. En el caso español ha de localizarse sus precedentes en el espacio temporal de la Edad Media establecido sobre un sistema de relaciones jurídicas del que resultan asombrosos paralelos con el sistema actual, a pesar de que sean sistemas aparentemente distintos.

7. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Actos de Corte. En Cataluña, disposiciones del monarca dadas fuera de las Cortes que, a instancia de los estamentos o del propio rey, eran elevadas al rango de acuerdos de Corte.

Agravio. Lesión de los derechos subjetivos hecha por el rey o por alguno de sus oficiales.

Aprehensión. Custodia de los bienes inmuebles, por parte del Justicia Mayor de Aragón, encaminada a mantener un orden determinado en tanto el tema principal se resolvía.

Brazos. Estamentos que componían las asambleas de Cortes.

Burgos. Núcleos urbanos.

Burgueses. Habitantes de los burgos que no pertenecen a los estamentos privilegiados, pero a los que frecuentemente se les conceden privilegios y se les reconocen una serie de derechos.

Capitols de Cort. En las Cortes de Cataluña, leyes propuestas por los brazos y aceptadas por el rey mediante la fórmula “plau al senyor Rei”.

Carta de naturaleza. Adquisición de la condición de súbdito por la residencia prolongada de una persona en un territorio.

Carta otorgada. Documento por el que el rey se desprende de ciertas prerrogativas.

Carta puebla. Conjunto de normas otorgadas por el rey, el señor jurisdiccional o el propietario de un lugar, en las que se regulan las condiciones económicas, las prestaciones personales, las concesiones de tierras, etcétera, de quienes decidan acudir a poblar un determinado lugar.

Cartas desafortadas. Actos de poder público que producen fuerza o agravio. No deben producir efectos, deben ser obedecidas pero no cumplidas.

Constitucions. Propuestas del monarca aprobadas por las Cortes catalanas.

Contrafuero. Situación que se producía cuando una disposición del rey dada para un territorio vulneraba las costumbres, fueros y privilegios contenidos en su ordenamiento jurídico, por ser contrario a él en algún extremo. Constituía un agravio para los súbditos, que debía ser reparado en justicia por el monarca mediante un procedimiento formal denominado *reparo de agravio*.

Corona de Aragón. Confederación de Estados formada por la unión, en el siglo XII, del Condado de Barcelona y el Reino de Aragón, a la que posteriormente, en el siglo XIII, se unió el Reino de Valencia. Cada reino conservaba su independencia, sus instituciones y su organización, aunque estaban representados por un único rey.

Emparamiento. Embargo de aquellos bienes que pudieran resultar afectados con alguna responsabilidad y que el eventual deudor pudiera tratar de separar dolosamente de su patrimonio para mantenerlos alejados del ámbito del acreedor.

Francos. Individuos que por dedicarse preferentemente a actividades mercantiles o artesanales gozaron de un régimen jurídico especial.

Fuero. Documento que recoge un estatuto jurídico breve y privilegiado de los pobladores de una localidad frente a la población rural de las tierras yermas.

En ellos suelen fijarse, además de los términos de la localidad, la concesión de determinada autonomía organizativa y judicial y el reconocimiento de ciertas exenciones y privilegios para los pobladores de esa localidad.

Firma de derecho. Facultad del Justicia Mayor de Aragón de tomar prendas en calidad de fianzas.

Hermandades. Asociaciones de municipios creadas para garantizar la seguridad de sus territorios.

Honores. Circunscripciones administrativas aragonesas, similares a los señorios y a los prestimonios castellanos.

Inventario. Acto por el que el Justicia Mayor de Aragón se ocupa de los bienes muebles involucrados en un proceso.

Juicio de albedrío. Juicio realizado por individuos a no expertos en derecho a quienes se concedía la facultad de juzgar creando *fazañas* según la costumbre del lugar y su propio entendimiento.

Juicio de residencia. Procedimiento de control de la actividad de un funcionario al término del desempeño de su mandato.

Justicia. Oficial que interviene en algún aspecto de la administración de justicia.

Libertad. Entendida jurídicamente, es la facultad de obrar de acuerdo con el propio arbitrio.

Manifestación. Acción del Justicia Mayor de Aragón encaminada a garantizar la integridad de los sujetos y de los bienes inmuebles involucrados en un proceso.

Minorías. Con relación a los derechos humanos en la Edad Media, las minorías constituyen un tema complejo que puede ser planteado con mucha cautela, ya que en general hasta el siglo XIII todas las minorías fueron asimiladas, excepto los gitanos, que aparecen en la escena social posteriormente (al final de la Edad Media).

Pactismo. Ficción jurídica con la que se trata de poner límite al poder del monarca en la Edad Media.

Pase foral. Autorización de la Diputación foral de Navarra para que las disposiciones reales se apliquen en Navarra.

Pesquisa. Mecanismo de control del oficio público.

Privilegio de la Unión. Peticiones concedidas por el rey de Aragón en 1283 a los nobles.

Privilegios. Disposiciones dadas por el monarca, normalmente a instancia de particulares, en reconocimiento de un derecho. Vienen a particularizar una

situación general en beneficio de ciertas personas, derogando en ese caso concreto una norma general.

Reparo de agravios. Reparación de contrafuero.

Sayón. Subalterno de la administración de justicia encargado de la toma de prendas al demandado en la fase de iniciación del proceso medieval.

Tercer estamento. Pueblo, estado llano formado por los no privilegiados.

Visita. Mecanismo de control del oficio público.

8. BIBLIOGRAFÍA COMENTADA

Los primeros en señalar la importancia de la perspectiva histórica en el análisis de los derechos humanos fueron G. Oestreich y K. Sommermann, *Pasado y presente de los derechos humanos*, obra editada por primera vez en 1951 y posteriormente en Madrid en 1990, a cargo de E. Mikunda y E. Doumergue, “Los orígenes históricos de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 2. Madrid, 1983. También, entre nosotros, han incidido en la necesidad de abundar en la perspectiva histórica de los derechos humanos: A. Truyol Serra, *Los derechos humanos*. Madrid, 1992; G. Peces-Barba Martínez, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 4. Madrid, 1986-1987, y G. Peces-Barba Martínez, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid, 1982. Todos son trabajos de carácter introductorio en relación con éste.

Desde el ámbito de la historia del derecho y de las instituciones resulta esencial la aportación de J. Lalinde Abadía, “La perspectiva histórica de los derechos humanos”, en *Estudios dedicados a la memoria del profesor L. M. Díez de Salazar Fernández*, vol. 1: *Estudios históricos y jurídicos*, ed. coordinada por M. R. Ayerbe Iríbar. Bilbao, 1992. Además, R. M. Pérez Marcos, “Notas para la formulación institucional de los derechos humanos”, en *Homenaje al profesor Fernández Galiano*. Madrid, 1995.

Algunos historiadores del derecho han negado la existencia de éstos y cualquier derecho antes de la etapa constitucional: B. Clavero, “Los dudosos orígenes de los derechos humanos”, en *Quaderni Fiorentini*, núm. 17. Florencia, 1988; A. Mora, “Acerca de la evolución histórica de los derechos humanos”,

en J. M. Sauca, ed., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid, 1994.

Por otra parte, cualquier indagación sobre los orígenes de los derechos humanos en España desde el mismo ámbito debe seguir el camino iniciado por E. Wohlaupter, “La importancia de España en la historia de los derechos fundamentales”, Conferencia XXVIII, pronunciada en Madrid el día 26 de marzo de 1930 en el Centro de Intercambio Intelectual Germano-Español; R. Riaza, “Los orígenes españoles de las declaraciones de derechos”, en *Anales de la Universidad de Madrid, Letras*, t. V, fascículo 1. Madrid, 1936, pp. 1-17; R. Riaza, “Nota bibliográfica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. VIII. Madrid, 1931, pp. 548-551; A. García-Gallo, *El origen y la evolución del derecho*. Madrid, 1964; J. Beneyto Pérez, “Los derechos fundamentales en la España medieval”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 26, Nueva Época. Madrid, marzo-abril, 1982, pp. 99-117; J. Beneyto Pérez, *Ideas políticas de la Edad Media*. Madrid, 1942; J. Beneyto Pérez, *Los orígenes de la ciencia política en España*. Madrid, 1976.

Para el análisis de la evolución de los derechos humanos desde el contexto del derecho medieval y la sociedad estamental, véanse L. García de Valdeavellano, *Curso de historia de las instituciones españolas*. 5a. ed. Madrid, 1977, pp. 424 y ss.; M. García Pelayo, “La constitución estamental”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXIV, año IX, núm. 44. Madrid, 1949; M. García Pelayo, “La idea medieval del derecho”, en *Del mito y de la razón de Estado en el pensamiento político*. Madrid, 1968; J. Gautier Dalché, *Historia urbana de León y Castilla en la Edad Media (siglos IX-XIII)*. 2a. ed. Madrid, 1989; J. Lalinde Abadía, “Los derechos individuales en el Privilegio General de Aragón”, en *AHDE* 50, 1980, pp. 55-80; J. Cerdá Ruiz-Funes, “Consideración sobre el hombre y sus derechos en las Partidas de Alfonso X El Sabio” (discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1963-1964), Universidad de Murcia, 1967; A. Nieto, “El derecho como límite del poder en la Edad Media”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 91. Madrid, enero-abril, 1980; G. Ariño Ortiz, “Derechos del rey, derechos del pueblo (apuntes para la configuración histórica del principio de materias reservadas)”, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*. Madrid, 1971, pp. 37-93; A. Montoro Ballesteros, “Raíces medievales de la protección de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 6. Madrid, 1990.

Diversas antologías de textos histórico-jurídicos que ilustran y refuerzan el origen de los derechos humanos. Aquí se ha utilizado principalmente J. Beneyto Pérez, *Textos políticos españoles de la Baja Edad Media* (selección, edición y prólogo). Madrid, 1944; A. García-Gallo, *Antología de fuentes del antiguo derecho*. Madrid, 1964.

Sobre el pactismo aragonés y el Justicia Mayor de Aragón existe una amplia bibliografía, de la que se han seleccionado las siguientes obras: J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona, 1970; V. Fairen Guillén, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971; V. Fairen Guillén, “El proceso aragonés de manifestación y el británico de hábeas corpus”, en *Temas de ordenamiento procesal*, t. I. Madrid, 1969, pp. 130-170; V. Fairen Guillén, “Los procesos medievales aragoneses”, en *Anuario de Derecho Aragonés*. Zaragoza, 1968-1969, pp. 343 y ss.; V. Fairen Guillén, “La defensa del derecho de libertad personal en la historia y en la actualidad española”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 69. Madrid, 1972; J. M. Pérez-Prendes, *Los procesos forales aragoneses*. Granada, 1977; J. M. Pérez-Prendes, “Sobre la naturaleza feudal de la Unión Aragonesa”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. IX, núm. 24. Madrid, 1965; J. Lalinde Abadía, “Los derechos individuales en el Privilegio General de Aragón”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid, 1980, pp. 55-80; L. González Antón, *Las Uniones aragonesas y las Cortes del reino (1283-1301)*. Zaragoza, 1975.

Al margen de aspectos concretos, existen algunas monografías de gran interés para el tema. Entre ellas, J. Lalinde Abadía, *Las culturas represivas de la humanidad*. Zaragoza, 1992.

FUNDAMENTACIÓN HISTORICISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Javier Alvarado Planas,
Catedrático de Historia del derecho,
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HUMANISMO E ILUSTRACIÓN. 3. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA; 3.1. RACIONALISMO JURÍDICO; 3.2. IUSNATURALISMO; 3.3. LA PREEXISTENCIA DE LOS DERECHOS Y EL CONTRATO SOCIAL; 3.4. INDIVIDUALISMO; 3.5. POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS NATURALES. 4. ORÍGENES DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS; 4.1. LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE LOS DERECHOS NATURALES; 4.2. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA PROTESTANTE; 4.3. EL PACTISMO INGLÉS; 4.4. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS NORTEAMERICANA; 4.5. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. 5. CONCLUSIÓN: LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA HISTÓRICA.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien los derechos humanos, como categoría jurídica, son producto del pensamiento moderno, hay que tener presente que los fundamentos de éste, en gran parte, arrancan de la cultura clásica greco-latina y del universo religioso judeocristiano. Esto no autoriza a proponer los *versos áureos* de Pitágoras o las *Tablas mosaicas* como antecedentes de declaraciones de derechos naturales,¹ pero sí a concebir la historia como un torrente vital animado por sucesiones encadenadas de causas-efectos. Teóricamente no haría falta remontarse, por

¹ Cf. Michel Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*. París, 1989, p. 131. También John Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*. Londres, 1989, pp. 49-65.

ejemplo, a la filosofía de Platón para entender la Revolución francesa, el desarrollo del derecho internacional o el iusnaturalismo racionalista, pero también es cierto que éstos se inscriben dentro del horizonte cultural del Humanismo, la Ilustración y el Iluminismo europeos (representados en pensadores como Vitoria, Suárez, Grocio, Hobbes, Locke, Descartes, Wolff, Rousseau, etcétera) en cuyo nacimiento y desarrollo el platonismo tuvo un papel esencial. Sin embargo, no es ésta la sede para discutir si la historia de la filosofía, hasta el presente, han sido notas a pie de página a las obras de Platón.

Igualmente, hay que considerar que las síntesis ideológicas que desembarcarán en las Declaraciones de Derechos son, en ocasiones, fruto de la confluencia de hechos, ideas y mentalidades opuestas, paradójicas, contradictorias, incompatibles y siempre complejas. Olvidémosnos de aspirar a una ordenada y apacible visión lógica y consecuente de la historia de los derechos humanos. Ello no significa que no pueda intentarse una exposición sintética y pedagógica de las ideas que contribuyeron a su creación.²

Una de estas paradojas se encuentra en la circunstancia de que las primeras Declaraciones de Derechos no sean obra de filósofos sino de políticos (aunque se inspirasen en ideas de aquéllos).³

La evolución de la categoría jurídica *derechos humanos* se desarrolla no sólo al calor del pensamiento moderno, sino también en el contexto histórico de la crisis política, económica y social del Antiguo Régimen. Es cierto que las estructuras ideológicas y administrativas del Antiguo Régimen podían haberse transformado y adaptado al pensamiento liberal sin necesidad de la vía revolucionaria, pero la cada vez mayor oposición entre una aristocracia intransigente y una burguesía en ascenso que demandaba la abolición de privilegios nobiliarios, el rescate o desamortización de tierras del clero y nobleza, etcétera, y el decidido partido de la monarquía en favor de los sectores más reaccionarios del país, hicieron inevitable la crisis.

² Sobre el carácter y naturaleza histórica de los derechos humanos sin que, por ello, quede afectada su fundamentación ética en cuanto nivel de exigencias consideradas en cada momento como imprescindibles para la vida humana, *vid.* Gregorio Peces-Barba, “Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-1987, pp. 219-158.

³ Para ésta y otras observaciones sobre la historia de los derechos humanos *vid.* Simone Goyard-Fabre, “Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, ed. de José María Sauca. Madrid, 1994, p. 24.

En definitiva, la categoría jurídica *derechos humanos* es una creación moderna y, por tanto, difícilmente reproducible o reconocible en coordenadas históricas distintas. Podrá, eso sí, encontrarse y analizarse la trayectoria mental y filosófica que le sirvió de fundamento.⁴

2. HUMANISMO E ILUSTRACIÓN

Aunque son fenómenos culturales distintos, tuvieron elementos comunes y conexos que contribuyeron a la conceptualización de los derechos humanos. Asistimos a una revalorización de la dignidad del hombre, a una exaltación del individuo y de su libertad y capacidad para crear en el campo del arte, la literatura, la ciencia y el pensamiento, frente al sentimiento gregario y pasivo medieval (estamentos, gremios, concejos, hermandades, etcétera).

a) En el terreno *filosófico-teológico* se caracteriza por el rechazo a la escolástica medieval y su mundo angosto de silogismos y dogmas religiosos. La ilimitada confianza en la capacidad de la razón para resolver enigmas y disipar las tinieblas de la superstición llevará a dudar todo dogma religioso que no pueda ser comprendido por las luces de la razón. Con independencia de otras connotaciones, la Reforma protestante tuvo una decisiva influencia en la secularización del pensamiento filosófico a través del principio del *libre examen* sin supeditación a ninguna autoridad religiosa o política y de su consecuencia más inmediata: el rechazo a la autoridad y jerarquía papal.

b) A ello contribuyó, en no poca medida, el optimismo generado por los “descubrimientos” *científicos* de Servet, Galileo, Copérnico, Kepler, Newton, etcétera, que permitían suponer que cualquier hecho natural (el movimiento de los astros, la caída de los cuerpos, etcétera) o social (la convivencia social, el orden o la autoridad) podía ser concebido o resuelto de acuerdo a leyes físicas y matemáticas. Recordemos el intento de Newton en el descriptivo título de su obra *Principios matemáticos de filosofía natural*. Los conocimientos heredados del pasado, ahora ya no podían ser admitidos sin discusión: la física sucedía a la metafísica, la ciencia abstracta y especulativa era superada por la ciencia

⁴ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*. Madrid, 1991, pp. 14 y ss. También Adela Mora Cañada, “Acerca de la evolución histórica de los derechos humanos”, en *Problemas actuales...*, *op. cit.*, p. 53.

práctica y experimental.⁵ Mientras la ciencia tradicional se atrincheraba en la universidad, los científicos ilustrados divulgaban sus ideas creando foros paralelos como *academias* y *sociedades* y demás ambientes ilustrados en donde coincidían con los intelectuales del momento.

En tanto que en el Renacimiento el Humanismo apenas trascendió a la clase burguesa, la Ilustración penetró no sólo en la clase aristócrata, sino también en amplias capas de la clase media. Al no estar permitida la libertad de expresión o asociación, se recurría a la creación de Sociedades de Agricultura, Económicas, Patrióticas, Amigos del País, salones, cenáculos, logias masónicas, etcétera.

c) En el campo del *derecho*, la conclusión de que el universo entero está regido por leyes sugerirá la feliz idea del *principio de legalidad* en virtud del cual la sociedad y el Estado han de estar también sometidos, en todos sus actos, a las leyes,⁶ dándose cobertura científica a otra idea más revolucionaria aún: que hay leyes o principios jurídicos de validez universal con independencia de que sean o no reconocidos por el monarca.

d) Desde el punto de vista sociopolítico, el gran protagonista y único beneficiario fue la *burguesía*, entendiendo por tal los sectores sociales medios y altos (parte del clero y de la nobleza) comprometidos con el capital. Conviene recordar que la burguesía ha monopolizado ya desde las Cortes o Asambleas medievales la representación del tercer Estado. Sin embargo, ni en ese estamento estaban todos (agricultores y campesinos eran marginados y explotados por la burguesía tanto como por la nobleza y el clero) ni todos los que estaban lo hacían en representación de un estamento. Únicamente defendían sus propios intereses frente a la nobleza feudal, el clero y los campesinos.

Podemos señalar cinco momentos en el ascenso de la burguesía:

1o. Contribuyendo al fortalecimiento del Estado nacional o moderno y a la centralización y unificación jurídica y administrativa (frente a la diversidad de fueros, legislaciones privilegios y jurisdicciones) como medio para alcanzar seguridad jurídica en el tráfico mercantil, paz en los mercados y rutas comer-

⁵ Vid. John Bernal, *Science in History*. Londres, 1954 (trad. al español *Historia social de la ciencia*. Barcelona, 1967); Georges Gusdorf, *Les origines des sciences humaines*. París, 1967.

⁶ Vid. Ernst Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*. México, FCE, 1950, p. 53. También W. Dilthey, "El sistema natural de las Ciencias del Espíritu en el siglo XVII", en *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*. México, 1947, pp. 101 y ss.

ciales. Fueron los juristas burgueses los que proporcionaron al monarca el *derecho común* como armazón jurídico en el que descansa el Estado, y quienes, actuando como consejeros e ideólogos del monarca, le dotaron de argumentos con los que basar su independencia respecto a la preeminencia del Emperador, a la vez que afianzar su poder frente a la díscola nobleza: “*rex in regno suo est imperator*”.⁷

2o. En su lucha por ocupar las más altas instituciones del Estado, intentará legitimar sus pretensiones bajo la forma de “derechos”. Así, reivindicará facultades legislativas en las Asambleas o Cortes mediante el argumento de que lo que atañe a todos debe ser aprobado por todos —“*quod omnes tangit ab omnibus aprobetur*”, “*nihil novum sine nobis*”—, o de que la representación del reino frente al rey la componen exclusivamente los tres estamentos. No hay que olvidar que esta ideología pseudodemocrática aducida por los tres estamentos para arrogarse la representación de todo el reino frente al rey sirvió de encubrimiento ideológico para justificar los intereses de una mínima parte de la población del reino (los tres estamentos) frente a la inmensa mayoría de campesinos, agricultores y artesanos cuyos intereses no sólo no estaban representados por el tercer estamento, sino que eran opuestos.⁸

3o. La burguesía centroeuropea, tras la reforma protestante y las luchas de religión que quebraron el monopolio ideológico de la Iglesia católica (prohibición del préstamo usurario y de determinadas prácticas económicas) aprovechó las posibilidades de acceso al poder político que ofrecía la secularización del Estado. Sería ocioso insistir aquí en la estrecha relación entre ética protestante y capitalismo. Baste recordar la tesis de Max Weber en su *Protestantische Ethic*, según la cual en algunas sectas protestantes el deber cristiano de alcanzar éxito profesional y la consideración de éste como prueba de predestinación y de gozar de la gracia de Dios contribuyó (que no originó) a estimular el espíritu capitalista. Como el uso de la riqueza con fines de ostentación y lujo

⁷ Vid. la excelente exposición del tema en Paul Koschaker, *Europa y el derecho romano*. Madrid, 1955, pp. 143-190 y 263-265.

⁸ Vid. sobre este discurso ideológico en la historia española J. M. Pérez-Prendes, “Felipe II, hombre de Estado”, en *Anuario Jurídico Escorialense*, 1985-1986, pp. 11 y ss. Javier Alvarado Planas, *De la ideología trifuncional a la separación de poderes*. Madrid, 1993. También A. Montoro Ballesteros, “Raíces medievales de la protección de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990, pp. 85-147.

era pecaminosa en esas sectas, todo el beneficio mercantil era reinvertido en la producción con el consiguiente desarrollo de la economía.⁹

4o. El principio político de la *plena potestas*, en su versión moderna de la *soberanía*, que había servido al Emperador para combatir la preeminencia del Papa, o a los monarcas europeos para resistirse a las aspiraciones del Emperador, servirá también a los protestantes para reivindicar la libertad de conciencia frente al monopolio religioso de la Iglesia católica y, más tarde, frente al mismo poder civil. El principio de la soberanía trasladado al terreno de la conciencia y libertad humanas suponía el nacimiento del individualismo y del liberalismo. Así, a finales del siglo XVI se dirá: “Dios nos quiere libres... los cristianos en las cosas exteriores son soberanos, aquí abajo no están sometidos a ningún mandamiento, ni a ninguna ley, pues han sido liberados por la sangre de Cristo”.¹⁰

5o. La última etapa se concreta en el *liberalismo económico*, ideología en íntima relación con la abolición de las pervivencias gremiales que supuso la libertad para ejercer cualquier arte, oficio o profesión. La libertad de circulación de bienes y mercancías (supresión de aduanas interiores), la protección total y absoluta, tanto política como jurídica, de la propiedad y de los beneficios derivados de las actividades comerciales, etcétera. En definitiva, la pacífica y segura traslación del individualismo al terreno de la economía. Y será en este clima de *laissez faire*, de reconocimiento y estímulo a la actividad comercial privada al margen de la intervención y el proteccionismo estatal donde se explica el nacimiento de la Revolución industrial.

e) En el terreno filosófico-jurídico, los antecedentes ilustrados de la doctrina de los derechos humanos arrancan del *iusnaturalismo racionalista*.

⁹ Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona, 1969. A. Fanfani, *Catolicismo y protestantismo en la génesis del capitalismo*. Madrid, 1953. La tesis ha tenido su controversia; P. Besnard, *Protestantisme et capitalisme. La controverse post-weberiana*. París, 1970. Muy sugestiva la lectura de Bartolomé Clavero, *Usura, del uso económico de la religión en la historia*. Madrid, 1984.

¹⁰ Sebastián Frank, *Chronica. Zeubuch und Geschichtesbibel*. Estrasburgo, 1585, p. 471.

3. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Es el horizonte ideológico en el que nacen las primeras declaraciones de derechos. Puede ser definido como la idea según la cual el hombre, individualmente considerado, es portador de unos derechos naturales, es decir, preexistentes al estado de sociedad, reconocibles mediante la razón, y que la comunidad debe respetar.

Analicemos los elementos de la anterior definición:

3.1. *Racionalismo jurídico*

Los derechos naturales del hombre podían ser accesibles a través de la razón. La plena confianza en la *razón humana* para alcanzar cualquier conocimiento era consecuencia de los espectaculares avances de la ciencia en el siglo XVII. Los descubrimientos de Kepler, Galileo, Copérnico, Pascal, Newton, etcétera, parecían demostrar que todo fenómeno natural se producía de acuerdo a una ley o razón previas. Por tanto, el hombre, el científico y el filósofo podían, a través de la razón, descubrir tales leyes de la naturaleza. Es más, pensaban que a través de la razón también podrían descubrirse leyes químicamente puras, un derecho natural no contaminado por el derecho histórico o impuesto por el Estado. La ingenuidad de creer que todo conocimiento social era susceptible de reducirse a leyes físicas o matemáticas llevó a varios pensadores a exposiciones sistemáticas de tales principios; así Leibnitz, Newton, etcétera. Spinoza escribiría una "*Ethica ordine geometrico demonstrata*".

La reacción humanista contra la escolástica medieval, basada en la rígida y formalista lógica aristotélica, había supuesto la revalorización de la filosofía de Platón y, concretamente, de su doctrina de las ideas: los derechos naturales son conceptos abstractos, ideales y permanentes que se reflejan en el derecho positivo. Especialmente sensible a esta recepción del platonismo fue el iusnaturalismo racionalista protestante (por ejemplo Grocio, Pufendorf o Wolff). En este sentido dirá G. Peces-Barba:

¿Es muy arriesgado decir que el platonismo, reintroducido por el humanismo en la cultura moderna, al influir en el racionalismo iusnaturalista moderno, ha marcado la primera formulación histórica de los derechos fundamentales con

ese carácter ideal y ahistórico? Parece que no, y la influencia que este hecho ha tenido en la historia de los derechos fundamentales no ha sido secundaria.¹¹

3.2. *Iusnaturalismo*

Mientras que para la escolástica medieval la ley natural era manifestación o reflejo de Dios en la conciencia humana, ahora es en la razón humana en donde habrán de buscarse esos derechos o leyes. La secularización del derecho, característica esencial del mundo moderno, se inicia tímidamente con Francisco de Vitoria (1492-1546) al sustituir, en la titularidad del *ius gentium*, la categoría *cristiandad* por la de *orbe*. O por Gabriel Vázquez (1549-1604), cuyo objetivismo ético radical lo llevó a afirmar en sus *Commentariorum* que hay actos intrínsecamente malos cuya maldad no depende de que sean prohibidos por Dios, sino que por su misma maldad Dios los prohíbe. Sin embargo, será a partir de Grocio (1583-1645) cuando se inicie definitivamente la separación entre teología y derecho. Para Grocio el derecho natural está por encima de cuestiones religiosas. En sus *Prolegomena* al *De iure belli ac pacis* afirmará que el derecho natural existiría aun en el supuesto de que Dios no existiera o no se ocupara de los asuntos humanos —“*Deum non esse aut non curari ab eo negotia humana*”.

Este salto cualitativo era consecuencia de la libertad de conciencia y la tolerancia religiosa que algunas sectas protestantes defendían contra calvinistas, luteranos y católicos. Es a causa de ello por lo que desde mediados del siglo XVII, y durante casi un siglo, el protagonismo intelectual se desplaza hacia los países protestantes (Alemania, Inglaterra y Holanda).¹²

¹¹ Gregorio Peces-Barba, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid, 1992, p. 69.

¹² Para M. Villey los derechos humanos, más que una consecuencia de la secularización del pensamiento son, en buena medida, producto de la teología cristiana, pero no de la oficial, sino de sus desviaciones, *op. cit.*, p. 131. Sobre la contribución del protestantismo al mundo moderno *vid.* E. Troeltsch, *El protestantismo y el mundo moderno*. México, 1951. Joseph Lortz, *Historia de la reforma*. Madrid, 1963. 2 vols. Ruggiero Romano y Alberto Tenenti, *Los fundamentos del mundo moderno*. Madrid, 1983, pp. 226 y ss.

3.3. *La preexistencia de los derechos y el contrato social*

Para el racionalismo iusnaturalista, la sociedad es resultado de un pacto entre los hombres, en virtud del cual renuncian al estado de naturaleza (*status naturalis*) para vivir en sociedad (*status civilis*). Tras ese pacto social (*pactum unionis*) deciden someterse a una autoridad (*pactum subjectionis*). La sociedad o el Estado eran concebidos como instituciones no naturales sino producto artificial de la voluntad del individuo.

El antecedente inmediato de este concepto político se encuentra en el pactismo medieval que supuestamente realizan rey y reino (representado éste por los tres estamentos), ideología que fue constantemente aducida, en especial por el estamento burgués frente al rey, y los otros dos estamentos para legitimar su participación en tareas legislativas o gubernativas.

Ciertamente, la idea no era nueva, pero mientras que en la escolástica medieval en el *pactum subjectionis* no se plantea el problema de la titularidad de la soberanía (o no se concibe la cesión como delegación o los posibles derechos de cada individuo son cedidos al poder político de manera total y absoluta), ahora los gobernados no negocian las condiciones de su sumisión, sino que, en virtud del principio de soberanía, son el poder mismo. En caso de injusticia del monarca cabe la resistencia al poder, e incluso el tiranicidio (Mariana). El contrato social es ahora concebido no como una relación entre una parte superior y otra inferior, sino entre iguales.¹³

La carga ideológica de la teoría del contrato social era evidente: además de reforzar el individualismo y señalar el carácter artificial y consensuado del Estado, implicaba la existencia de un *status naturalis* previo al estado de sociedad, en el que el hombre vivía con plena *libertad e igualdad* respecto a sus semejantes. Como tales derechos naturales el Estado debía asegurar su disfrute.

De esta manera, la teoría del contrato social se convertiría en un principio de legitimación nuevo, aducido por la burguesía frente a la nobleza y la monarquía en la lucha por el control del poder político y la protección del individuo frente a los abusos. Por supuesto que esta teoría también fue hábilmente esgrimida por ideólogos del absolutismo político. Así, para éstos, el contrato social

¹³ Vid. G. Burdeau, *Traité de Science Politique*. París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, t. IV, 1969, p. 51.

era fuente de obligaciones y no de derechos, en virtud de la cesión total de prerrogativas efectuada por el pueblo en manos del monarca en aras del fortalecimiento del Estado (Grocio,¹⁴ Hobbes, etcétera). Pero esta visión absolutista del contrato social no haría fortuna. Más feliz resultado tendría la versión liberal del Locke (en contrato social había de explicitar la separación de poderes y el respeto a los derechos individuales) o la democrática de Rousseau (soberanía de la asamblea popular).

3.4. *Individualismo*

Desde el punto de vista iusnaturalista el individualismo suponía que esos derechos naturales preexistentes al *status civitatis* son inmanentes a cada hombre, individualmente considerado, con independencia de que viva o no en sociedad e, incluso, de que el Estado quiera o no reconocerlos: los derechos naturales se tienen por el mero hecho de ser hombre. El individualismo, como ideología, es el fruto del Humanismo y de la Ilustración. Aunque nacido al calor del absolutismo político, justificó el nacimiento del pensamiento liberal y del principio de la soberanía popular. En lo religioso, inició su andadura moderna a raíz de la idea protestante, ya mencionada, del libre examen. Su reflejo científico más destacado se encuentra en el *darwinismo social*: la lucha de las especies y la supervivencia del más apto. En lo económico es la esencia del capitalismo; libre concurrencia del mercado y beneficio del más competente. Jurídicamente se tradujo en la consagración de los intereses de la burguesía: la libertad total de contratar, es decir, sin sujeción a monopolios y normas de gremios, corporaciones o trabas administrativas.¹⁵

¹⁴ Al considerar el poder como derecho privado del gobernante, Grocio dio un paso atrás respecto a Bodino y Suárez, especialmente respecto a este último “el contraste le es, en conjunto, desfavorable... porque posponiendo el carácter institucional del Estado, llega al punto de aniquilar” la naturaleza jurídico-pública de su función (P. Merêa, *Suárez, Grocio, Hobbes*. Coimbra, 1941, p. 38. *Vid.* sobre el particular R. Labrousse, “Il problema de la originalità di Grozio”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Serie II. Roma, 1952, pp. 1-20.

¹⁵ *Vid.* al respecto Giuseppe Salvioli, *El derecho civil y el proletariado*, ed. de B. Clavero. Sevilla, 1979, p. 52. También Michael E. Tigar y Madelaine R. Levy, *El derecho y el ascenso del capitalismo*. México, 1978, pp. 215-236.

3.5. Positivación de los derechos naturales

Dado que el derecho natural está privado de coactividad mientras no sea respaldado por el Estado y que no hay más derecho que el emanado de la voluntad del legislador, autores como Thomasio, Hobbes o Kant se plantean la positivación de los derechos naturales. Pero entiéndase bien, siguen siendo derechos preexistentes, cuya validez deviene de su racionalidad, que sólo pretenden alcanzar el reconocimiento del Estado. No se llega a la consecuencia última de la idea, esto es, a la afirmación de que no existen otros fundamentos del derecho natural más que el de su positivación.

El desarrollo de la idea es consecuencia de la secularización del derecho: la validez de los derechos naturales no depende (únicamente) de su sintonía con la ley de Dios o la razón, sino de su reconocimiento por parte del Estado. Ahora bien, ¿qué derechos han de ser positivados? El problema que plantea la pregunta versa sobre la distinción o separación entre derecho y moral.¹⁶ Como no todas las normas morales o religiosas pueden alcanzar la juridicidad (hay que respetar la tolerancia religiosa y el libre examen) y hay que distinguir lo *iustum* de lo *honestum*.

Máximos exponentes de este proceso son las primeras declaraciones de derechos: Bill of Rights de Virginia (12 de junio de 1776), la Declaration of Independence norteamericana (4 de julio de 1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789) y luego recogida en la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791.

4. ORÍGENES DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS

En la lenta y cruenta lucha en defensa de los derechos del hombre destacan varias corrientes o movimientos especialmente decisivos y trascendentes por su influencia y repercusión posterior. Tales son la *doctrina iusnaturalista de la Escuela de Salamanca*, la *Reforma protestante*, el *constitucionalismo anglosajón* y la *Independencia de las Colonias norteamericanas*.

¹⁶ Excelente desarrollo del problema en G. Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 199-214.

4.1. *La doctrina española de los derechos naturales*

Como consecuencia de los excesos inicialmente cometidos por los conquistadores y colonos, en España se originó una importante polémica sobre los *justos títulos* de los españoles en América y del trato debido a los indios. En este debate en defensa de los derechos de los indios destacaron Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria.¹⁷

En los últimos años se han publicado valiosas aportaciones sobre la *Escuela española de derechos humanos*, o *Escuela de Salamanca*, y en general sobre la lucha jurídica en defensa de los derechos naturales de los indios,¹⁸ entre los que hay que destacar algunos intentos por sistematizar las principales aportaciones iusnaturalistas de ambos sacerdotes.¹⁹ Seguidamente resumimos algu-

¹⁷ Además de otros autores cuyo pensamiento se ha dado en denominar tardoescolástico o segunda escolástica. Sobre ello *vid.* Hans Thieme, “La significación de la escolástica tardía española para la historia del derecho natural y del derecho privado”, en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 17 (1969-1970). E. Reibstein, *Hohannes Althusius als Fartsetzer der Schule von Salamanca*. Karlsruhe, 1955. P. Walter, *Recht und Gerechtigkeit in der spanischen Spätscholastik*. Colonia, 1953. J. Soder, *Francisco Suárez und das Völkerrechts*. Francfort del Meno, 1973. En los Quaderni Fiorentini el monográfico “La seconda scolastica nella formazione del diritto provato moderno”, Incontro di Studio. Florencia, 16-19 octubre, 1972; Atti a cura di Paolo Grossi, Milán, 1973.

¹⁸ De las diferentes obras contenidas en el *Corpus Hispanorum* de Pace, además de las citadas en la nota siguiente, cabe reseñar la selección de documentos de autores de la Escuela de Salamanca contenidos en el vol. 27, *Carta Magna de los Indios*. Madrid, 1988. Alfonso Ma. Mora, *La conquista española juzgada jurídica y sociológicamente*. Buenos Aires, 1944. Lewis Hanke, *La lucha española por la justicia en la conquista de América*. Madrid, Aguilar, 1959. Silvio Zavala, *Por la senda hispana de la libertad*. México, FCE, 1991. José Manuel Pérez-Prendes, *La monarquía indiana y el Estado de Derecho*. Valencia, Asociación Francisco López de Gómara, 1989. Mauricio Beuchot, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Barcelona, Anthropos, 1994. Quintín Aldea Vaquero, *El indio peruano y la defensa de sus derechos*. Madrid/Lima, CSIC/Universidad Católica del Perú, 1993. Luciano Pereña, *La idea de justicia en la conquista de América*. Madrid, Mapfre, 1992.

¹⁹ Especialmente de Luciano Pereña, *Derechos y deberes entre indios y españoles en el Nuevo Mundo*. Salamanca, Cátedra V Centenario, 1992. Es una sistematización de derechos, con traducción al inglés, sobre la base de las obras de Vitoria, *De Iustitia*, ed. de Beltrán de Heredia. Madrid, 1934, y las *Relecciones*, en ed. bilingüe latín-castellano, contenidas en el *Corpus Hispanorum* de Pace, vols. 5 y 6 (en adelante *CHP*). Madrid, 1967 y 1981, respectivamente. La obra *De Regia Potestate* de Bartolomé de Las Casas ha sido sistematizada por el citado Pereña en un apéndice a dicha edición, *CHP*, vol. 8. Madrid, 1984, pp. 325-335. Otra sistematización,

nos de los derechos o principios jurídicos y políticos enunciados por Vitoria o Las Casas:²⁰

- Por derecho natural todos los hombres nacen igualmente libres (*De iustitia I*, 77, CHP 8, 50 a 52).
- En uso de esa libertad los hombres se constituyen en comunidades y libremente eligen a sus propios gobernantes (CHP 5, 59 y CHP 8, 50 a 52 y 141).
- El poder de los gobernantes se dirige exclusivamente al interés del pueblo sin perjudicar en nada a su libertad (CHP 8, 49).
- Todo hombre tiene derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (*De iustitia I*, 109-110, 125-127).
- Todo hombre, sin distinción de raza, religión o cultura, tiene derecho a la propiedad (CHP 8, 20 a 22).
- Nadie puede ser condenado sin haber sido oído y siempre por la autoridad pública y de acuerdo a la ley (*De iustitia I*, 284).
- Todo hombre tiene derecho a la fama, al honor y a su dignidad personal (*De iustitia I* 110).
- Nadie puede ser coaccionado a abrazar otra religión ni ser castigado por no hacerlo (CHP 5, 118-129).
- Los pueblos indios son repúblicas soberanas y no están propiamente subordinadas a España ni forman parte de ella (CHP 5, 113-140).
- Por derecho de gentes todos los hombres, indios o españoles, tienen igual derecho a la comunicación o al intercambio de bienes y servicios sin más limitación que el derecho natural (CHP 5, 77-78).
- Todo hombre tiene derecho a la libertad de movimientos y domiciliación en tierra extranjera con tal de que respete a los naturales del país (CHP 5, 77).

más estrictamente jurídica, de las aportaciones del padre Vitoria a la *Doctrina española de los derechos humanos*, la realiza José Manuel Pérez-Prendes, “La doctrina española de los derechos humanos. Primer borrador”, en *Mar Océana*, núm. 1. Madrid, 1994, pp. 19-37.

²⁰ Se han tomado de la sistematización efectuada por Pereña. Se citan con indicación de la obra y la página. A. Pagden ha advertido sobre el exceso metodológico de sacar de contexto histórico el pensamiento de Vitoria y la Escuela de Salamanca; eran teólogos tomistas formados en rígidas estructuras mentales y no modernos filósofos del derecho. Eso no disminuye el mérito de ser verdaderos adelantados o precursores de su época; *vid. La caída del hombre natural*. Madrid, 1988, p. 17.

La influencia de sacerdotes y teólogos en la defensa de los derechos del indio fue decisiva para que importantes leyes vieran la luz. Las Leyes de Burgos del 27 de diciembre de 1512 fueron consecuencia de las denuncias del dominico Montesinos, y las Leyes Nuevas del 20 de noviembre de 1542 estuvieron inspiradas por Bartolomé de Las Casas. Gracias a ello la monarquía española tomó conciencia de la necesidad de proteger a los indios, mediante leyes, de los abusos de los encomenderos y demás colonos. Sirva como ejemplo de tal positivación la mención de algunas de ellas:²¹

a) Derechos personales:

- Los indios son “personas libres y vasallos” de la corona igual que los españoles (LN 7).
- Por “causa de guerra ni otra alguna (ni guerra justa o para evangelizarles), aunque sea so titulo de rrevelion ni por rescate ni de otra manera, no se pueda hazer esclavo yndios alguno, y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la corona de Castilla, pues lo son” (RLI 6, 3, 1 del año 1526; LN 20).
- Se prohíbe “*dar palo ni azote*” ni insultar al indio (LB 24).
- “Que los yndios e yndias tengan entera libertad para se casar con quien quisieren asi con yndios como con naturales destas partes” (RLI 6, 9, 18).
- “Que los indios tengan libertad de testar en sus disposiciones” (RLI 6, 1, 32).
- Que ninguna autoridad eclesiástica o secular “se atreva a abrir ni detener pliegos y despachos ni impida a ningún género de personas la recíproca y secreta correspondencia” (RLI 3, 16, 6²²).
- Respeto al derecho de propiedad de los indios (RLI 4, 12, 6-17 y 18).
- Libertad de comercio y contratación; “que los indios puedan libremente comerciar sus frutos y mantenimientos” (RLI 6, 1, 12).

²¹ Para las Leyes de Burgos (en adelante LB) y Leyes Nuevas (en adelante LN) sigo la edición de Francisco Morales Padrón, *Teoría y leyes de la Conquista*. Madrid, 1979. La *Recopilación de Leyes de Indias* (en adelante RLI) de 1680, por el facsímil ed. por Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid, 1973, 4 vols.

²² Carlos I pretendía con ello que sus vasallos americanos pudieran denunciar con libertad y sin temor a represalias los excesos de las autoridades.

b) Derechos laborales:

- “Todos los obreros trabajarán ocho horas al día, cuatro por la mañana y cuatro por la tarde [...] que los sábados por la tarde se alce de obra una hora antes para que se paguen los jornales” (RLI 6, 6, 2).
- “Que los indios no puedan ser condenados a servicio personal de particulares” (RLI 6, 12, 5).
- “Que los indios no puedan ser cargados contra su voluntad” (RLI 6, 12, 6).
- “Ninguna mujer preñada despues que pasare de cuatro meses, no la envien a las minas ni hacer montones y se sirvan dellas en las cosas de por casa que son de poco trabajo, asi como hacer pan y guisar” hasta que el niño tenga tres años para que “la criatura no reciba perjuicio” (LB 18).
- Que ningún indio libre sea llevado a las pesquerías de perlas “contra su voluntad, so pena de muerte” y si hay riesgo para la vida “cesse la pesqueria de las dichas perlas, porque estimamos en mucho mas la conservación de sus vidas, que el ynteresse que nos puede venir de las perlas” (LN 24).
- Exención tributaria de las indias y los menores. Exención de los hombres mientras estuvieran enfermos. En todo caso tributarán menos que antes de venir los españoles (RLI 6, 16, 17 y 6, 5, 21).

c) Garantías administrativas y procesales:

- En los pleitos entre o con indios no “se hagan proçessos ordinarios ni aya alargas, como suele acontesçer por la malicia de algunos abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados” (LN 19= RLI 2, 15, 83).
- Que dichos pleitos de indios se realicen “guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos” (LN 19= RLI 2, 1, 4).
- Derecho a recurrir los actos administrativos; “que las personas agraviadas de cualesquier autos o determinaciones que proveyeran o ordenasen los Virreyes o Presidentes, por vía de gobierno, puedan apelar a nuestras Audiencias” (RLI 2, 15, 35) y lo mismo para el resto de autoridades indianas (RLI 2, 15, 68).
- Separación de funciones; se prohíbe a las Audiencias interferir en asuntos de gobierno (RLI 3, 3, 34) y a las autoridades gubernativas entrometerse en asuntos judiciales (RLI 5, 9, 1).

—Se ordena a las autoridades “que se ynformen siempre de los excesos y malos tratamientos que les son o fuesen fechos” a los indios (LN 19).

Se ha discutido mucho sobre el grado de cumplimiento de la legislación indiana, más efectiva en las áreas cercanas a los núcleos urbanos y más laxa en los espacios alejados a la constante inspección de las autoridades coloniales sobre los encomenderos.²³

En cualquier caso, la legislación indiana fue, en gran medida, inspirada por juristas, sacerdotes y teólogos sinceramente comprometidos en la defensa de los derechos naturales de los indios. Especial papel tuvo en esto Vitoria, como creador de la Escuela de Salamanca, cuya filosofía circularía rápidamente por toda Europa.²⁴

4.2. *El iusnaturalismo racionalista protestante*

Hay que destacar que la mayor parte de los iusnaturalistas racionalistas pertenecieron al protestantismo, aunque también es cierto que estaban vinculados no a las Iglesias mayoritarias luteranas o calvinistas, sino a las diversas sectas que habían ido más allá del discurso intolerante y formalista inicial. “Lo que hay de moderno en la Reforma —dirá Norberto Bobbio— no es la reforma considerada en sí misma, sino todos los movimientos menores de libres pensadores, de humanistas cristianos, de racionalistas, de defensores de una religión natural, que se originan en las grandes corrientes de la Reforma”.²⁵

²³ Aun así, el trabajo de Woodrow Borah, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España* (México, FCE, 1985), pone de manifiesto la enorme actividad litigiosa de los indios contra los españoles.

²⁴ Desde la Universidad de Salamanca se difundirán las ideas de Vitoria y sus discípulos, como Luis de Molina o Pedro Simões, en la Universidad de Evora; los jesuitas Francisco de Toledo, Francisco Suárez y Juan de Salas, en el Colegio de Roma (después Universidad Gregoriana); Juan Maldonado en La Sorbona de París; Gregorio de Valencia, en Alemania (Dilinga e Ingolstadt); Leonardo Lessio, en la Universidad de Lovaina, etcétera. *Vid.* José Barrientos, “Cauces de influencia en Europa”, en *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La ética en la Conquista de América*, CHP 25. Madrid, CSIC, 1984, pp. 457-495.

²⁵ Norberto Bobbio, *Il Diritto Naturale del secolo XVIII*, G. Giappichelli. Turín, 1947, p. 4.

Aunque Lutero (1483-1546) rechazara la supremacía del Papa sobre el Concilio, las distinción entre clérigos y laicos, el monopolio del clero en el estudio de la Biblia (pues todo cristiano, tras el bautismo, es un sacerdote) y defendiera que la religión es una experiencia íntima, mística e incommunicable no mediatizable por intermediarios, lo cierto es que, al defender la libertad de conciencia y la autonomía de los fieles respecto del Papa, paradójicamente favorecía el absolutismo político al propiciar la tutela del poder civil sobre los fieles. De hecho, Lutero apoyaba el derecho de resistencia al Papa, pero no lo autorizaba frente a los príncipes alemanes, es más, defendía la obediencia pasiva al poder secular.

Respecto al calvinismo, en su forma inicial, dirá G. Sabine:

[...] no sólo incluía en su doctrina una condena de la resistencia, sino que carecía de toda inclinación al liberalismo, el constitucionalismo o los principios representativos. Donde tuvo el campo libre se convirtió en una teocracia, una especie de oligarquía mantenida por una alianza del clero y la nobleza de segundo orden, de la que estaba excluida la masa del pueblo y que, en general, fue antiliberal, opresora y reaccionaria.²⁶

La forma de gobierno de las comunidades calvinistas mediante decanos (*elders*) era “un medio eficaz de aplicar la censura, pero no tenía la intención de introducir la democracia en la Iglesia”.²⁷

Hay que distinguir, por tanto, entre un protestantismo inicial del surgido posteriormente por evolución de sus mismas ideas al calor del principio de la libertad de conciencia y la tolerancia religiosa.²⁸ Ello será especialmente rele-

²⁶ George Sabine, *Historia de la teoría política*. Madrid, 1983, p. 271 (trad. del original *A History of Political Theory*. Nueva York, 1937).

²⁷ G. Sabine, *op. cit.*, p. 273.

²⁸ Vid. E. Doumergue, “Los orígenes históricos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1983, pp. 147-201 (trad. de la *Revue du Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger*, t. XXI. París, 1944, pp. 673-733), sobre las corrientes calvinistas francesa (Theodore de Bèze, Hotman, Duplessis-Mornay y especialmente Jurieu), el calvinismo inglés (Buchanan) y americano (Roger Williams). Sobre una posible influencia de los sermones de Jurieu —“los hombres son naturalmente libres e independientes los unos de los otros”— y la Declaración de Derechos francesa de 1789, *vid.* p. 167.

vante entre los puritanos de las colonias norteamericanas. El rechazo a la obediencia ciega de la autoridad del rey, de toda ley que se opusiera a los mandatos bíblicos y su enfrentamiento a la religión anglicana, les moverán a abandonar Inglaterra.

4.3. *El pactismo inglés*

Es significativo el prestigio casi mítico que, entre los revolucionarios norteamericanos, inspiraban la Carta Magna del rey Juan sin Tierra (1215), la *Petition of Rights* (1628), el Acta de Hábeas Corpus (1679) o el *Bill of Rights* (1688). Y este sentimiento era del todo infundado, dado que tales pactos o declaraciones más o menos negociadas entre la Corona y el Parlamento no pueden ser imbricadas en la filosofía de los derechos humanos: carecen del requisito de la *generalidad*. La existencia de estamentos, órdenes o clases con diferente trato jurídico conlleva que en tales textos jurídicos se consagrasen desigualdades ante la ley.

Esta misma incompatibilidad entre sociedad estamental (los derechos de la persona están en función de su pertenencia a un estamento) y derechos humanos es lo que nos lleva a dudar su existencia en textos legales similares, como la llamada Carta Magna Leonesa (Acta de la Cortes de León de 1188²⁹) o en los demás Fueros locales españoles.

En cualquier caso, resulta innegable la influencia de los citados textos anglosajones en el espíritu reivindicativo de las colonias norteamericanas.

²⁹ Al ser llamados los burgueses por primera vez a la Curia Regia, estas Cortes de 1188 pueden ser consideradas las primeras de Europa. También este texto ha sido objeto de mitificación, incluso en el siglo pasado; Wentworth Webster, "Influencia de los fueros pirenaicos en la Constitución inglesa", en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, tt. VII (1883), pp. 357-360, y VIII (1931), pp. 548-551 (traducido de *Les Loisirs d'un étranger au Pays Basque*, Chalons, 1901). Seguido por E. Dopsch, "Motive der Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter", en *Archiv für Kulturgeschichte*, t. XXVI, 1935, pp. 11-18. Compara la Magna Carta Inglesa y Leonesa Román Riaza, "Los orígenes españoles de las Declaraciones de derechos", en *Anales de la Universidad de Madrid*, Sección de Letras, 1936, pp. 1-17. También Rafael Altamira, "La Magna Carta y las libertades medievales en España", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 2, 1918, pp. 151-163.

4.4. *La Declaración de Derechos norteamericana*³⁰

Ciertamente que la llegada de los primeros puritanos a las costas de Nueva Inglaterra se debió a la intransigencia religiosa practicada en Europa y que en las colonias inglesas se desarrolló y positivizó definitivamente la libertad de cultos. Las comunidades puritanas de las colonias reclamaban esa libertad para defender su supervivencia frente a otras confesiones o autoridades políticas. Pero conviene tener presente que esa libertad de cultos o de conciencia no existía dentro de la propia secta. Dentro de ella se mantiene una fuerte ortodoxia más severa, si cabe, que la mantenida por el propio catolicismo. Y es que el principio de la libertad de conciencia se refería a la defensa de las creencias respecto de las demás sectas, pero dentro de cada una de ellas era necesario mantener unidad, cohesión y disciplina. Toda disidencia equivalía a la censura o expulsión. Las primeras comunidades de puritanos instaladas en las costas americanas se caracterizaban por su severa intransigencia y autoritarismo. Iluminados por un espíritu pionero y mesiánico, pretendían construir en la Tierra el reino de Dios. La constitución de esas primeras comunidades se basaba en el pacto de la Gracia mencionado en la Biblia³¹ (*Covenant*) entre Dios y el pueblo elegido. Sin embargo, esa misma libertad de conciencia que predicaban originó otras comunidades, como la de Rhode Island, en la que su pastor, Roger Williams (1604-1683), prolongaba las ideas democráticas de los “niveladores” ingleses, la tolerancia religiosa, el contrato social realizado entre hombres libres.

Al respeto por la tolerancia religiosa, los colonos norteamericanos unían la tradición anglosajona del *common law* y del *self government* en la vida municipal (las asambleas municipales elegidas directamente por los propietarios).

Las causas de la revolución de Nueva Inglaterra fueron diversas: la conservación, a toda costa, del monopolio comercial de Inglaterra en Las Antillas, la

³⁰ Bibliografía básica al respecto: Gilman Ostrander, *The Rights of Man in America 1606-1861*. Columbia, Universidad de Missouri, 1969. Bernard Baylyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge-Massachusetts, Universidad de Harvard, 1969. B. F. Wright, *American Interpretations of Natural Law*. Cambridge-Massachusetts, Universidad de Harvard, 1931. Giulio Bruni Rocchia, *La Dottrina del Diritto Naturale in America*. Milán, Giuffrè, 1950.

³¹ Génesis 17. Vid. J. A. Ortega y Medina, *La evangelización puritana en Norteamérica*. México, FCE, 1976.

mayor presión fiscal exigida por la metrópoli a las colonias para paliar los gastos de sus guerras, la reivindicación de cierto grado de autonomía administrativa por parte de las colonias, el reconocimiento de derechos que las leyes inglesas concedían a todos sus súbditos aunque no estuvieran representados en el Parlamento, etcétera. Lo cierto es que la revolución tuvo unos caracteres peculiares; no fue el fruto de una elaboración ideológica teórica y sistematizada en obras de políticos y filósofos revolucionarios. Se discute todavía la efectiva influencia del iusnaturalismo europeo en los hombres que llevaron a la práctica los textos constitucionales norteamericanos. Conocemos que uno de los pocos filósofos americanos cuyas obras influyeron en ese sentido, J. Wise (1625-1725), era seguidor de las ideas de Puffendorf. También resulta patente la influencia de Locke en la Declaración de Independencia redactada fundamentalmente por Jefferson (1743-1826); existencia de una libertad natural originaria, unos derechos innatos —*inherent rights*—, derecho a la propiedad, a la felicidad y a la seguridad, separación de poderes, función del Estado en la garantía de esos derechos, derecho a la rebelión en caso de abuso del poder, etcétera.

Las primeras declaraciones de derechos en Norteamérica fueron precedidas de una serie de textos legales en los que se evidencia la tradición reivindicatoria de principios jurídicos de las colonias americanas frente a la metrópoli. Las más importantes fueron las siguientes:

Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts (1641): contiene disposiciones limitativas del poder del gobernador y de los magistrados representantes de los intereses metropolitanos frente a la colonia. Por supuesto que las reivindicaciones se plantean sin objetar la autoridad de Inglaterra, es más, su contenido iusnaturalista prolonga los principios de la *Carta Magna* y del Common Law, aunque insuflados de puritanismo. Se recoge de manera inequívoca la reivindicación de positivizar los derechos naturales: “proclamamos que deben ser considerados como leyes y no podrán imponerse penas que los inflijan o incumplan”.

Acta de tolerancia de Maryland (1669-1670): se positiviza el principio de tolerancia religiosa. No obstante, hay que tener en cuenta que ello afecta sólo a las sectas cristianas y no a otras confesiones religiosas.

Normas fundamentales de Carolina (1669-1670): de su texto se colige la recepción de las filosofías de Locke. Se concibe a la colonia como una comunidad que ya ha establecido un pacto por cuya virtud se han de respetar unos

derechos preexistentes, como la libertad, la vida o la propiedad. No obstante, hay que matizar que tales conceptos no eran unívocos ni extrapolables a épocas históricas posteriores. Por ejemplo, no sólo no se dubitaba, sino que se amparaba la esclavitud: “todo hombre de Carolina tendrá poder y autoridad absolutas sobre sus esclavos negros, cualesquiera que sean su religión y opiniones”.

Concesiones y Acuerdos de West New Jersey (1677): se establece el importante principio de que los acuerdos contenidos en esa carta no podrán ser conculcados por la autoridad o asamblea legislativa de la colonia. Hay que destacar el alejamiento que en este punto existe respecto a la tradicional autoridad y competencias del Parlamento inglés.

Como características comunes de estas cartas podemos señalar las siguientes:³²

1o. Se insertan y prolongan la tradición jurídica inglesa del *Common Law*. Las libertades y derechos invocados por los colonos norteamericanos son los contemplados en el derecho inglés.

2o. Están en la órbita del iusnaturalismo racionalista; los derechos naturales corresponden al hombre no por concesión de la autoridad política, sino por su condición de persona humana.

3o. Concepción pactista de la sociedad (Pacto de la Gracia, contrato social).

4o. El contenido filosófico-jurídico de dichos textos gira en torno a tres cuestiones vitales: los límites del poder, la tolerancia y la humanización del derecho penal y procesal.

5o. Las reivindicaciones se plantean *dentro* del sistema político inglés sin poner en duda su legitimidad.

A raíz de la aprobación del Bill of Rights (1688) por el rey Guillermo de Orange, los textos americanos recibirán más intensa y claramente la doctrina iusnaturalista, especialmente de Puffendorf y Locke (ya hemos mencionado el caso de John Wise). En esta línea situamos:

Carta de Privilegios de Pennsylvania (1701), cuya redacción se basa en las ideas de Locke sobre la defensa de la libertad, igualdad y propiedad como derechos naturales y la necesidad de un pacto para proteger tales derechos.

³² Vid. R. Asís Roig, “El modelo americano de derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6. Madrid, Universidad Complutense, 1990, p. 52.

Declaración de Derechos y Agravios (7 de octubre de 1765), firmada en Nueva York por representantes de nueve colonias en respuesta a la Ley del Timbre metropolitana.

Declaración de Deberes Norteamericanos (1774), acordada en un Congreso de Filadelfia para oponerse a la presión fiscal británica. Allí se creó una *Asociación* encargada de organizar un sistema de comités en cada colonia para controlar el cumplimiento de los acuerdos comerciales frente a Inglaterra.

La *Declaración de Levantamiento de Armas* (6 de julio de 1775), que sigue a los primeros enfrentamientos bélicos será acompañada de los primeros escritos ideológicos y revolucionarios; es el caso del *Common Sense* (enero de 1776) escrito por Thomas Paine vulgarizando la filosofía de los derechos naturales. El 7 de junio de 1776 Richard Henry Lee proponía la declaración de independencia y un plan de confederación de las colonias. A tal efecto se nombró una comisión integrada por John Adams, Benjamin Franklin, Thomas Jefferson, Robert R. Livingston y Roger Sherman.

Paralelamente, el 12 de junio de 1776 era aprobada la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, cuyo articulado fue seguido casi literalmente por dicha Comisión a la hora de redactar el proyecto de Declaración de Independencia. Fue aprobada por el Congreso el 4 de julio de 1776.

La Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, así como la Declaración de Independencia de Estados Unidos del 4 de julio de 1776 suponen la meritoria novedad de positivizar de manera sistemática, concisa y clara principios típicos del iusnaturalismo racionalista:

- 1o. Soberanía popular.
- 2o. Todos los hombres son creados iguales en dignidad.
- 3o. Existen unos “derechos inalienables”: la vida, la libertad, la propiedad, la seguridad, la búsqueda de la felicidad.
- 4o. Racionalismo de esos derechos: “sostenemos por evidentes, por sí mismos, estas verdades...”
- 5o. Tras el contrato social, la única finalidad del gobierno es la protección de esos derechos: “que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos”.
- 6o. Derecho a la rebelión si ese pacto no se cumple: “que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno”.

Esto fue complementado mediante el Bill of Rights a modo de enmiendas a la Constitución propuestas en 1789 por el Congreso y adoptadas en 1791:

1o. Libertad de cultos, expresión, prensa, asociación, reunión y petición al gobierno.

[...]

4o. Inviolabilidad del domicilio.

5o. Garantías procesales de defensa y jurado.

6o. Derecho a un juicio rápido y justo.

Al rechazar los vínculos políticos con la metrópoli, los colonos ingleses encontraron en el iusnaturalismo racionalista el substrato ideológico con el que dotar a su revolución de la necesaria legitimidad frente “al juicio de un mundo imparcial”. Las consecuencias del éxito fueron inmediatas. En Europa se vio que era posible llevar a la práctica las teorías políticas de filósofos y librepensadores. En definitiva, que la soberanía y las prerrogativas del poder monárquico no eran intocables.

4.5. *La Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano*

Los movimientos revolucionarios no son un fenómeno exclusivamente norteamericano o francés. Existieron en Irlanda (1780-1783), en Holanda (1783-1787), Países Bajos austriacos (1787-1790), Suiza (1781), Suecia (1772-1789), Polonia (1792-1795), Alemania renana (1792-1801), Estados italianos (1796-1799), etcétera; van unidos al imparable ascenso de la burguesía.³³ Aunque se discuten todavía las verdaderas causas de la Revolución francesa,³⁴ hay una-

³³ Vid. J. Godechot, *La Grande Nation*. París, 1957, 2 vols., sobre la expansión de la Revolución francesa a Europa entre 1789 y 1799.

³⁴ Para Taylor fue una revolución más política y jurídica que social, dado que los recursos económicos estaban muy repartidos entre la aristocracia y la burguesía; vid. “Non-capitalist Wealth and the Origins of the French Revolution”, en *American Historical Review*, 62 (1967), pp. 469-496. William Doyle opina que predominaron los elementos intelectuales e ideológicos sobre los económicos, *The Oxford History of the French Revolution*. Oxford, 1989. Para Simon Schama no había una incapacidad estructural del Antiguo Régimen para asumir las reformas

nimidad en el negativo papel desempeñado por la monarquía apoyada en una nobleza intransigente en la defensa de sus privilegios, o en la crisis económica, agudizada en 1789 por la escasez de cereal. Ciertamente que los beneficiarios de la revolución fueron las clases burguesas,³⁵ pero el fenómeno hay que situarlo dentro de la crisis ideológica del Antiguo Régimen y la decadencia de sus estructuras políticas, económicas y administrativas, incapaces de su transformación y adaptación.

La Revolución francesa no es tampoco obra de filósofos, sino de burgueses preocupados por combatir la corrupción gubernamental, los privilegios estamentales y, en definitiva, decididos a participar directamente en los asuntos públicos. Pero al contrario que en la revolución norteamericana, el papel desempeñado por la ideas fue decisivo en Francia. Los revolucionarios recogieron en su declaración de derechos diversas corrientes del iusnaturalismo racionalista y del pensamiento de destacados autores franceses. De la obra de Montesquieu se elabora el principio político de la separación de poderes. A la influencia de los fisiócratas se debe el culto al derecho de propiedad y al liberalismo económico. La tolerancia religiosa y la concepción genérica de la divinidad reflejada en la *declaración* es obra de Voltaire.

También se incorpora la novedosa idea rousseauiana de la ley como voluntad de la mayoría y la concepción del contrato social de Locke. Esto último requiere una explicación. Mientras que en la teoría del contrato social de Locke los hombres acuerdan reservarse unos derechos y ceden otros a la comunidad, para Rousseau el pacto social supuso la cesión de todos los derechos a la comunidad. La manera de compatibilizar la igualdad individual anterior con la obligada subordinación hacia la autoridad se efectúa mediante el sistema de mayorías, es decir, a través de la voluntad general. Esta visión es, por tanto, incompatible con la idea de una Declaración de derechos humanos naturales,

políticas, por lo que la negativa de la nobleza y del monarca demuestra que más que revolución hubo un suicidio del sistema político, *Citizens: A Chronicle of the French Revolution*. Londres, 1989.

³⁵ Nobleza e Iglesia poseían 25% de las tierras cultivables. Ante la insolvencia de la nobleza, endeudada con financieros privados e imposibilitada para disponer de sus tierras, varios Decretos desde 1789 a 1880 ofrecieron a los colonos arrendatarios el rescate o redención de la propiedad del suelo. Ante la incapacidad de hacerlo, los terrenos fueron adquiridos en subasta pública por la burguesía, que ya poseía 30%; M. E. Tigar y M. R. Levy, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, *op. cit.*, pp. 226-227.

dado que no existen otros derechos que los reconocidos por la ley.³⁶ El iusnaturalismo de la Declaración está, por tanto, más cerca de Locke o de Wolff que de Rousseau. Ello se refleja en su mismo enunciado, que distingue entre derechos del hombre (en el estado de naturaleza) y derechos del ciudadano (derechos reconocidos tras el contrato social).³⁷

La Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional, proclamaba, entre otros derechos o principios, los siguientes:

- El fin de toda asociación política es la conservación “des droits naturels et imprescriptibles de l’homme” (artículo 2).
- Que tales derechos naturales son “la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression” (artículo 2).
- La libertad e igualdad en derechos de todos los hombres (artículo 1).
- Consecuencia de la igualdad es el derecho a participar en la elaboración de las leyes o a acceder a los cargos públicos (artículo 6).
- Separación de poderes para garantizar los derechos frente a los abusos del poder (artículo 16).

³⁶ En este sentido, *vid.* Jean Rivero, *Les libertés publique. I: Les Droits de l’homme*. París, 1974, p. 52.

³⁷ Suelen situarse en la *Ecole du droit de la nature et de gens*, iniciada por Grocio y seguida por Pufendorf, los antecedentes del iusnaturalismo revolucionario francés. Goyard-Fabre opina que los redactores franceses no se fijaron en Grocio, para quien el concepto *droit* posee un valor más ético que jurídico (*op. cit.*, p. 29). Pero Locke tampoco es la fuente de la declaración francesa de derechos y deberes, pues para este autor la libertad y la igualdad no son los mismos conceptos que en los constitucionalistas franceses. Ciertamente, para Locke los hombres son, por derecho natural, igualmente capaces de ser libres, pero cada uno ejerce esa capacidad de manera distinta, lo que viene a justificar la desigualdad social y jurídica. Su liberalismo no es igualitario, sino aristocrático, puesto que, en definitiva, supone que sólo los ilustrados son más libres. Para Goyard-Fabre la fuente filosófica del texto francés es Wolff (1679-1754) a través de Diderot, Grimm, Voltaire y demás enciclopedistas. A la obsesión de Wolff por reducir el iusnaturalismo a categorías conceptuales sencillas, sistemáticas y populares debemos la enorme difusión e interés por la filosofía en la segunda mitad del siglo XVIII. *Vid.* M. Thomann, “Influence du philosophe-juriste allemand Christian Wolff sur l’Encyclopédie et le pensée politique et juridique du XVIII siècle français”, en *Archives de Philosophie du Droit*, IX. París, 1964, pp. 153-174.

- Libertad de opinión y prensa (artículo 10), así como de conciencia y cultos (artículo 10).
- Presunción de inocencia (artículo 8) y garantías procesales para los detenidos (artículo 7).
- Irretroactividad de las leyes penales (artículo 8).
- Derecho de propiedad “*inviolable et sacré*” (artículo 17).

Los caracteres deducidos de esta declaración de derechos son:³⁸

- Abstracción: en el uso de un vocabulario conceptual no predefinido: “Hombre”, “Asociación”, “Ciudadano”, “Voluntad general”, etcétera. Incluso se le ha censurado un excesivo formalismo al enunciar libertades y derechos formales sin establecer mecanismos para su garantía efectiva.
- Individualismo: los derechos se conceden al individuo. No se reconocen en ningún momento a entidades colectivas como la familia, la sociedad o colectividades locales o profesionales. Incluso, no aparece reconocido el derecho de asociación (el de reunión lo está muy tímidamente ya en la Constitución de 1791).
- Trascendencia: el texto se presenta como “*déclaration solennelle*”, redactada bajo los “auspices de l’Etre Suprême”.
- Universalismo: los derechos proclamados en la declaración no se reconocen sólo a los ciudadanos franceses, sino que se enuncian otorgándoles una validez universal.

Dicho esto, conviene ahora efectuar algunas precisiones. La declaración de derechos no se presenta como texto revolucionario ni con pretensiones de derrocar la monarquía. Por otra parte, el concepto de igualdad aparece tan matizado, que Godechot³⁹ tachó la declaración de incompleta y tendenciosa al amparar los derechos y aspiraciones de la burguesía frente al rey y la nobleza sin hacerlos extensivos a las clases humildes. No sólo no se reconoce la igualdad civil de mulatos y esclavos, sino que se creaba espacio suficiente como para que en la Constitución de 1791 se distinguiera entre ciudadanos *actifs* y *pas-*

³⁸ Vid. Jean Morange, *Droits de l’homme et libertés publiques*. París, Presse U. de France, 1989, pp. 29-30.

³⁹ J. Godechot, *op. cit.*, p. 36.

sifs.⁴⁰ La propia declaración de derechos de 1789 no consignaba la igualdad como uno de los derechos imprescriptibles (se añadirá como tal en el texto de 13 de junio de 1793), sino que se limita a enunciarlo tendenciosamente: los hombres nacen y permaneces iguales en derechos (lo que no es lo mismo que igualdad ante la ley). Sólo la admite expresamente en el artículo 6o., pero en referencia al acceso a los cargos públicos y a elegir a los representantes políticos.

Las consecuencias de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano fueron significativas, pues contribuyeron a la lenta desintegración del orden feudal; dieron inicio a la consideración de la libertad y los derechos como facultades inherentes al hombre pero protegidas por la ley. Como tal Código Político, estimuló la codificación de leyes políticas e incluso de otras materias comunes (códigos penales, procesales, mercantiles, civiles, etcétera). Consagró la libertad de pensamiento y la tolerancia religiosa, en definitiva, la secularización del Estado. Al proporcionar cobertura legal al acceso al poder de la burguesía (censitaria), favoreció el capitalismo y la industrialización.⁴¹

No vamos a entrar en la famosa, aunque ya devaluada, polémica entre Jellinek y Boutmy sobre el origen anglosajón o francés de las declaraciones de derechos.⁴² Pero sí interesa resaltar las diferencias que existen entre las prime-

⁴⁰ Vid. Jacques Robert, *Libertés publique et droits de l'homme*. París, 1988, p. 35. También G. del Vecchio, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dans la Revolution française*, ed. Nagard-Rome, 1979, p. 14.

⁴¹ Sobre el tema, *vid.* en *Annales historiques de la Révolution française*, 231 (1978), el trabajo de J. Godechot, "L'expansion de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dans le monde", pp. 201-213. En la misma revista, 262 (1985), de J-P. Allinne, "La Déclaration des Droits de l'homme et les aspirations libérales en Europe: le témoignage de la presse", pp. 426-446.

⁴² Jellinek publicó en 1895 su *Die Erklärung der menchen und Bürgerrechte*, que fue traducida al inglés en 1901, al francés en 1902 y al español en 1908 por Adolfo Posada, *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Madrid, Victoriano Suárez, 1908. E. Boutmy, director de l'Ecole Libre des Sciences Politiques, replicó con "La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et M. Jellinek", en *Annales de Science Politique*, julio, 1902, pp. 415-443. La dúplica de Jellinek fue inmediata (trad. por Posada, *op. cit.*, pp. 201-228). E. Doumergue, profesor de la Facultad de Teología Protestante de Montauban, se unió a la polémica para probar las influencias protestantes de dichas declaraciones de derechos; "Les origines historiques de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, t. XXI. París, 1904, pp. 673-733. En el *Anuario*

ras declaraciones de derechos norteamericanas y las francesas. En las primeras destaca el hombre defendiéndose frente a las injusticias del poder. En las segundas destaca la figura ideal del ciudadano que recurre a un discurso más filosófico para justificar la toma y ejercicio del poder. Efectivamente, los textos norteamericanos son más políticos que filosóficos; de hecho carecen de la vocación universalista de los textos franceses conscientes de que su revolución podía ser exportada a las demás monarquías europeas. Uno de los decretos adoptados por la Convención en 1792 decía así:

La Convención Nacional declara en nombre de la nación francesa que prestará fraternidad y ayuda a cuantos pueblos quieran recobrar su libertad y encar- ga al poder ejecutivo dar a los generales las órdenes necesarias para socorrer a esos pueblos y defender a los ciudadanos que hayan sido vejados o que puedan serlo por causa de la libertad.

Por el contrario, los textos norteamericanos tienen más presente la idea de Dios, mientras que al otro lado del Atlántico la mención al Ser Supremo resulta casi una cláusula de estilo.

5. CONCLUSIÓN: LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA HISTÓRICA

Es precisamente la categoría jurídica de los “derechos humanos” la que explica la evolución del derecho medieval y del Antiguo Régimen hacia el derecho moderno y plenamente democrático.

Hemos visto cómo alguno de los perfiles del concepto derechos humanos fue concebido en la antigüedad, pero, como categoría jurídica resultante de la experiencia histórica, no alcanzó su formulación más depurada hasta hace escasos años. En vano encontraremos una concepción de los *iura innata* que

de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 2, Madrid, 1983, pp. 147-201, se publicó la traducción castellana. En el mismo *Anuario* puede verse, con provecho, Jesús González Amuchástegui, “Acerca del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, pp. 117-145. A esta polémica han seguido otras, por ejemplo, acerca de la influencia de la teología en la doctrina de los derechos humanos y la polémica entre Michel Villey y Richard TUC, *vid.* Bartolomé Clavero, “Los dudosos orígenes de los derechos humanos”, en *Quaderni Fiorentini*, núm. 17. Florencia, 1988, pp. 499-505.

no prolongue las características del derecho medieval: *personalismo jurídico* (el derecho es facultad, no norma, un privilegio personal que se otorga y que no puede exigirse); *derechos derivados, no naturales* (el individuo no tiene derechos por ser hombre o súbdito, sino en cuanto pertenece a una familia, un estamento, un reino); *derechos estamentales* (es decir, con un trato jurídico desigual, más ventajoso para la nobleza, menor para los burgueses, ínfimo en los campesinos); *Pluralidad de jurisdicciones* (no sólo la pertenencia a un estamento determina un diferente trato jurídico, sino que junto a una jurisdicción nobiliaria existe otra eclesiástica, concejil, mercantil, universitaria, etcétera).

No se da plenamente ninguno de los requisitos que señalan la existencia de “derechos humanos”, a saber:

1o. Que contengan una *pretensión moral*, o consagren un derecho básico; los fueros o cartas pueblas recogen privilegios locales cuyo contenido fundamentalmente fiscal o económico se aparta de las modernas declaraciones de derechos.

2o. Han de aspirar a un cierto grado de *universalidad o generalidad*. La consideración medieval del derecho como privilegio personal o local convertía a las aldeas o concejos, amparados por un fuero, en zonas inmunes frente al poder de la nobleza y del monarca, pero dentro de esas islas jurisdiccionales se prolongaban las desigualdades jurídicas del exterior (enfrentamiento entre la caballería o nobleza villana y el aldeano, etcétera). En cualquier caso, la existencia de tales zonas con inmunidad jurisdiccional no fueron la nota dominante.

3o. Por otra parte, es necesario que exista una *garantía procesal efectiva o suficiente* para el cumplimiento o exigibilidad de esos derechos. Y ello pasa por la existencia de un cuerpo de jueces independientes frente a las presiones políticas o sociales, circunstancias por completo distintas a las que caracterizaron al juez del Antiguo Régimen. También pasa por la existencia de un debido contrapeso de poderes o funciones a fin de que el poder ejecutivo no interfiera o mediatice al judicial. Pero esto son principios del moderno constitucionalismo.

4o. Finalmente, para hablar de “derechos humanos” en la antigüedad es importante establecer el *grado de conciencia* que, en cada momento histórico, se tenga de estar defendiendo auténticos derechos o libertades. No toda revuelta contra los señores feudales, no toda queja dirigida al poder señorial o estatal,

no todo discurso más o menos elaborado en un programa coherente (lo que ya es un logro) supone una reivindicación expresa y deliberada de derechos humanos.

Sin embargo, hay que concluir que la doctrina de los derechos humanos es un producto fundamentalmente histórico que ha venido elaborándose con la acumulación de decisivas aportaciones de la teoría filosófica y la práctica política. Entre ellas señalamos las siguientes:⁴³

1. La consideración del derecho como un sistema de protección de libertades *subjetivas* (idea que arranca del *Common Law* y de los *rights* del mundo anglosajón) o esferas de inmunidad frente al poder del Estado. En definitiva, la existencia de *derechos subjetivos* como límite a la acción estatal.
2. La emancipación del derecho natural respecto a la teología y el *mos* para tomar como nuevo punto de origen la razón humana, es decir, la concepción de los *iura innata* como *ius gentium*, entendiendo como humanidad no sólo el orbe cristiano.
3. La separación y autonomía del derecho natural respecto al derecho emanado del monarca, o, dicho de otra manera, el principio de la *soberanía popular* en virtud del cual la ley es la voluntad popular (de una minoría ilustrada de acuerdo a la recta razón) y no (¿sólo?) la voluntad del rey.
4. Derivada de la anterior, la novedosa y afortunada distinción entre *poder constituyente* (depositario de *todo* poder y, por tanto, único legitimado para organizar la sociedad y redactar una norma constitucional) y *poder constituido*.
5. Por último, también derivado del anterior, la existencia de una carta constitucional que, por definición, está por encima de cualquier otra ley, conlleva los principios de *jerarquía normativa* y de *legalidad*, a cuya sombra se desarrollaron los mecanismos de control del Estado.⁴⁴

⁴³ Vid., al respecto, Goyard-Fabre, *op. cit.*, y Bartolomé Clavero, *Institución histórica del derecho*. Madrid, 1992, pp. 74-98.

⁴⁴ Sobre el desarrollo del poder judicial (y del derecho administrativo) receloso de las inercias feudales de las cámaras legislativas francesas *vid.* Eduardo García de Enterría, *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid, 1972.

Finalmente, no hay que olvidar que desde la perspectiva de los derechos humanos, la modernidad se divide en dos etapas claramente diferenciadas: el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo democrático. El liberalismo, como es sabido, fue la ideología que sirvió a la burguesía para limitar el poder y prerrogativas de la monarquía y la nobleza, pero “trató de limitar el poder político, no de repartirlo entre todos ni, muchos menos aún, entre todos por igual”.⁴⁵ Aunque se admitiera una libertad o una igualdad natural, en el terreno de la *praxis* tales principios eran corregidos o moderados de modo que sólo una minoría ilustrada y con capacidad económica (es decir, con intereses patrimoniales que defender) tenía plenos derechos políticos. Así, encontramos que en esta clase de textos constitucionales perviven situaciones anómalas o instituciones arcaicas como la servidumbre personal, el sufragio censitario masculino, derecho de veto del ejecutivo a los proyectos del legislativo, desigualdad jurídica de la mujer, etcétera.

Si el liberalismo trata de responder acerca de los límites del poder en el sentido de que, bien lo ejerza un autócrata o el pueblo, éste no puede ser absoluto, sino que ha de respetar determinados derechos del individuo; contrariamente, la democracia, el constitucionalismo democrático, responde a la cuestión de quién debe ejercer el poder público; no inquiere sobre la extensión de ese poder, sino sobre el sujeto competente para ello: el pueblo.⁴⁶ Son cuestiones tan distintas que, como decía Ortega y Gasset, “se puede ser muy liberal y nada demócrata, o viceversa, muy demócrata y nada liberal”. Desde este punto de vista, el paso de un constitucionalismo liberal a otro de corte democrático se inicia con el reconocimiento del derecho de sufragio a la mujer.

⁴⁵ Francisco Tomás y Valiente, *Códigos y Constituciones. 1808-1978*. Madrid, 1989, p. 154.

⁴⁶ Esta distinción reaccionaria entre liberalismo y democracia ya fue desarrollada por Benjamín Constant en un discurso pronunciado en el Ateneo Real de París en 1818, “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes”, en *Collection complète des ouvrages*, vol. IV, parte 7. París, Béchét Libraire, 1820, p. 253. *Vid.* sobre la cuestión, Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*. Milán, 1985.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS*

José Luis Muñoz de Baena,
Profesor titular de Filosofía del derecho,
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: EL IUSNATURALISMO CLÁSICO. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA.
EL POSITIVISMO Y SU CRISIS.

El problema, debatido hasta la saciedad, de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos no puede ser abordado sin la aclaración previa de una serie de presupuestos metodológicos, que intentaremos exponer lo más sintéticamente posible. Para ello, habremos de aclarar algunas cuestiones previas:

1. Ante todo, este tema no está dedicado específicamente a los derechos humanos, sino a las estructuras de pensamiento que los fundamentan y hacen posibles. Estructuras que manifiestan, analizadas conjuntamente, curiosas recurrencias a lo largo de épocas muy distintas, puesto que la estructura lógica del discurso varía menos de lo que pudiera parecer, si bien sus desarrollos concretos son diametralmente distintos de una época a otra.

2. No es posible tratar el tema desde una perspectiva desencarnada, que se centre, por ejemplo, exclusivamente en las opiniones de los grandes pensadores filosóficos “recortando” las que tienen que ver con lo jurídico y dejando aparte las de los juristas “no filósofos”. Aunque ese procedimiento es el habitual en las épocas más lejanas, durante el siglo XIX, por ejemplo, una buena

* Agradezco a mi amigo y compañero el profesor D. Juan Carlos Utrera García la imprescindible ayuda que me ha prestado para reunir la bibliografía relativa a Guillermo de Ockham.

parte de la reflexión filosófico-jurídica está hecha por juristas sin apenas formación filosófica (Ihering es el mejor ejemplo) y filósofos y juristas se dan la espalda porque los segundos desprecian, o pretenden despreciar, a los primeros, a pesar de lo cual, las grandes líneas de pensamiento se aprecian a través, incluso, de sus aplicaciones más erradas.

3. Tampoco es conveniente aislar las cuestiones filosófico-jurídicas de los grandes debates y los movimientos sociales y políticos de cada época, pues unos y otros están profundamente conectados. Ninguna cuestión realmente importante (es decir, situada por encima de esa obsesión clasificatoria que afecta a buena parte de nuestra academia) surge al margen de la realidad social; incluso, las elaboraciones más fútiles y autorreferentes del conceptualismo del XIX pueden ser explicadas en función de un contexto social.

4. Las explicaciones de tipo “técnico-jurídico” no se oponen a las “ideológicas”. La ciencia y la técnica, recordemos a Habermas, tienen mucho de ideología.¹ Por lo general, un modelo que se pretende exclusivamente jurídico, no filosófico o ideológico, posee, además de su función explicativa y sistemática, otra de tipo legitimador, dada en un plano más allá de lo técnico. En ciencias humanas la objetividad es poco más que un deseo, lo que no significa que no exista diferencia alguna entre las ideologías que los distintos modelos encierran.

EL IUSNATURALISMO CLÁSICO

Toda la evolución del iusnaturalismo medieval puede resumirse en un enorme y sostenido esfuerzo (que quiebra parcialmente en el siglo XIV) por cohesionar el plano natural y el sobrenatural, algo que sólo se logró en su plenitud durante la síntesis tomista. Siendo el cristianismo una religión, y no propiamente una doctrina filosófica, por fuerza los intentos de abrir paso a la naturaleza racional del ser humano habrían de verse como una peligrosa infiltración de ideas griegas, esto es, paganas.

Ceñiré, por motivos de economía de espacio, la exposición a un límite temporal: el pensamiento cristiano. Retroceder más perjudicaría, banalizándolo, el tratamiento que se dé a los temas. Por otra parte, sólo a partir de esos autores

¹ Vid. J. Habermas, *Ciencia y técnica como “ideología”*. Trad. de M. Jiménez y M. Garrido. Madrid, Tecnos, 1984.

comienzan a tratarse las cuestiones que nos ocuparán de un modo más o menos cercano al actual, como después veremos.

A la vista de este planteamiento, es fácil imaginar que no existió, durante la Edad Media, una estructura de pensamiento favorable a la aparición de las categorías que denominamos derechos, dado que el derecho subjetivo, que es ante todo pretensión, entraña un planteamiento individualista de la sociedad y el orden jurídico.² De hecho, los textos que encontramos en ese largo periodo, en el ámbito de las relaciones entre el rey y los estamentos, jamás declaran o conceden derechos, sino privilegios, y ésta es una figura que repugna a la esencia universalista del derecho contemporáneo, que es el que ha dado lugar a las declaraciones de derechos humanos.

Ni siquiera es habitual (ya en el ámbito de la reflexión teórica, la que aquí nos interesa) hablar de *derecho natural*, sino más bien de *ley natural*. El motivo no es casual: el término *ley* trasluce de una forma más clara la figura del legislador que el de *derecho*. La reflexión filosófica de la Edad Media posee una referencia inexorable del orden del universo, y en particular del de la naturaleza, al Dios creador que es propio del cristianismo. Precisamente las especulaciones sobre la omnipotencia de dicho creador, su relación con sus criaturas y consigo mismo, son determinantes para configurar el panorama filosófico de los siglos posteriores.

Lo importante del pensamiento medieval no está en el objeto de su discurso, que es teológico, sino en la poderosa metafísica que acuñó a partir del pensamiento griego, y que, en el ámbito que nos ocupa, más allá de sus planteamientos concretos (forzosamente limitados al horizonte del discurso sobre Dios), fue capaz de plantear cuestiones que la modernidad no haría sino retomar con planteamientos laicos: el sentido de los imperativos; sus posibles contenidos mínimos; su relación con la naturaleza racional y la voluntad de quien los emite; los límites de esta última, y la posibilidad de que el receptor pueda negarse a obedecerlas sin quebrar el orden que los engloba, tanto a él como al emisor, son cuestiones que, lejos de constreñirse al pensamiento medieval, continúan siendo actuales en la filosofía jurídica y política contemporánea.

Los problemas no son, en absoluto, los mismos entonces y ahora, porque cambian con cada época en función de la forma en que son percibidos y nombrados; los términos, incluso los similares, designan conceptos distintos; mas

² Vid. M. Villey, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", en *Archives de Philosophie du Droit*, 5, 9, 1964.

las estructuras elementales de pensamiento son, en lo esencial, las mismas, aunque las relaciones a las que se refieren, así como las herramientas para plantearlas y abordarlas, se hayan transformado de forma radical. Cuando un contemporáneo invoca la juridicidad de un principio no reconocido en una constitución en la medida en que afecta a ciertas personas, o denuncia la injusticia de la conducta de un funcionario pese a su corrección legal, invariablemente invocará categorías de nuestra época como un derecho humano, en el primer caso, o un derecho fundamental, en el segundo; pero no dejará de sentir esa quiebra de la justa expectativa de un sujeto, o de varios, como parte de una quiebra de un cierto *orden justo de las cosas* que sentirá como deseable. Un orden que es lo único que les preocupaba a los medievales.

Ese orden es configurado, en el pensamiento de Agustín de Hipona, por la ley eterna, “razón o voluntad divina, que manda conservar el orden natural y prohíbe alterarlo”.³ Prescindiendo de la polémica, repetida hasta la saciedad, sobre si Agustín de Hipona fue intelectualista o voluntarista⁴ (polémica centrada en esta frase y en su evolución posterior al enfrentamiento con Pelagio), lo interesante es constatar que el orden de la sociedad política no es autónomo, sino que se limita a reproducir de forma imperfecta el orden del universo a través de la transcripción que de él hace la criatura racional.

La primera conclusión es evidente: el juicio sobre una sociedad política empírica sólo puede fundarse en su mayor o menor similitud con los merecedores del Reino de los Cielos, con la *Civitas Dei*. El fin de dicha sociedad es trascendente a ella misma, y, aunque todos los integrantes estuvieran de acuerdo en que su comunidad política transgrediera los mandatos de la ley natural, la entera comunidad sería condenable, porque entonces su actuación estaría sobrepasando sus límites naturales, que le vienen dados por la propia condición de sociedad humana: “Si de los gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala?”⁵

³ San Agustín, *Escritos antimaniqu coastos*, 2. *Contra Fausto*. Introd., notas e índices de P. de Luis. XXII, 27, en *Obras completas de san Agustín*. Madrid, BAC, 1993, p. 540.

⁴ La más conocida de las exposiciones de tal polémica puede encontrarse en Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*. Trad. de F. González Vicén. Madrid, Aguilar, 1979, pp. 49-54.

⁵ San Agustín, *La ciudad de Dios*, IV, 4, en *Obras completas de san Agustín*. 5a. ed. Trad. de S. Santamaría del Río y M. Fuertes. Introd. y notas de V. Capanaga. Madrid, BAC, 2000, XVI, p. 228.

Esto significa que una comunidad política no es libre de diseñar, de manera autónoma y soberana, sus fines. Tampoco su origen es producto de la libre voluntad de los hombres, sino que proviene de la *sociabilidad natural* que forma parte de las tendencias inexorables del ser humano.

Esas tendencias ocupan parte esencial del pensamiento de Tomás de Aquino, que da forma acabada al mayor intento de sintetizar la filosofía escolástica, uniendo las ideas cristianas con el pensamiento aristotélico. El resultado es una construcción grandiosa, de la que aquí nos interesa únicamente lo relativo a los aspectos jurídicos.

La ley se presenta, en Tomás de Aquino, íntimamente ligada a la razón, tanto en lo referente a Dios como en lo relativo al hombre: la ley eterna, por ello, es la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos.⁶ La participación de dicha ley en la criatura humana es la ley natural, captada por la razón práctica a través de la potencia llamada *sindéresis*: “Se dice que la *sindéresis* es la ley de nuestro entendimiento, por cuanto es un hábito que contiene los primeros principios de la ley natural, que son los primeros principios del orden moral”.⁷

La conexión entre el orden del universo y la razón humana configura, como es fácil imaginar, un mundo ontológicamente estable, en el cual coexisten lo natural y lo sobrenatural sin fisuras ni escisiones, pues “el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales”⁸ y “todos conocen de alguna manera la verdad, al menos por lo que se refiere a los principios generales de la ley natural”.⁹ Lo que lleva a aceptar que existe una comunicación permanente entre el ámbito de las esencias inmutables y el de las reglas, morales y jurídicas, que rigen la actuación humana. No puede ser de otra manera, dado que la ley natural se percibe por la *sindéresis* en lo atinente a sus primeros principios, derivados de las tendencias naturales: 1o. obrar y proteger el bien y evitar el mal; 2o. conservar la vida del hombre y evitar sus obstáculos; 3o. comunicación sexual y educación de la prole, y 4o. conocer las verdades divinas y vivir en sociedad.¹⁰

⁶ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. Trad. y anotaciones de F. Barbado *et al.* Introd. gen. de S. Ramírez. Salamanca, BAC, 1956, libro VI, 1-2, c. 93, a, 1, p. 90.

⁷ *Ibid.*, libro VI, 1-2, c. 94, a, 1, pp. 126-127.

⁸ *Ibid.*, libro VI, 1-2, c. 94, a, 2, pp. 129-130.

⁹ *Ibid.*, libro VI, 1-2, c. 93, a, 2, p. 93.

¹⁰ *Ibid.*, libro VI, 1-2, c. 94, a, 2, pp. 129-130.

Como puede verse, los mandatos que componen la ley natural son mínimos en su número, aunque de ellos puede deducirse un gran número de reglas, tanto morales como jurídicas (si bien esta distinción no aparece en el aquinatense, al menos en su sentido moderno). Reglas que serán tanto más problemáticas en su evidencia cuanto mayor sea su grado de concreción.

La relación entre la razón, que es esencial a la ley (a toda ley), y la voluntad del gobernante están en una relación de subordinación de la segunda a la primera:

La razón puede, ciertamente, ser movida por la voluntad, como queda dicho; pues, por lo mismo que la voluntad apetece el fin, la razón impera acerca de los medios que a él conducen. Sin embargo, para que la voluntad, al apeteecer esos medios, tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse el que la voluntad del príncipe se constituya en ley. De otro modo, no sería ley, sino iniquidad.¹¹

La ley, además, se ordena al *bien común*,¹² de forma que el ámbito de lo político se plantea, en Tomás de Aquino como en Agustín de Hipona, referido a fines que lo trascienden y que no quedan al albur de la voluntad de los gobernantes, ni siquiera de un acuerdo entre éstos y los gobernados.

Resta lo más importante: saber en qué medida esta estructura de pensamiento, que fue decisiva para configurar el iusnaturalismo en su versión medieval más importante, podía servir de fundamento a lo que más adelante se conocería como derechos naturales.

Pese a la opinión de algunos de sus exégetas y hagiógrafos, en Tomás de Aquino no existe un planteamiento de ese orden de esencias (de indudable valor intelectual para combatir la iniquidad del príncipe e incluso para justificar el tiranicidio) en términos de derechos subjetivos. En la cuestión 64 no habla del *derecho a la vida*, como el comentarista de la *Suma Teológica* pretende, sino del *homicidio*, y lo expone, no como reverso de derecho alguno, sino como quiebra de un orden que es a la vez natural y jurídico. En la cuestión 65 no se refiere a *derecho a la integridad física* alguno, sino a las *injurias* y otros pecados de injusticia; en la 66 no habla del *derecho de propiedad*, sino del *hurto* y

¹¹ *Ibid.*, libro VI, 1-2 c. 90 a, 2, p. 37.

¹² *Ibid.*, libro VI, 1-2 c. 90 a, 3, p. 39.

la *rapiña*; en la 73, lejos de tratar del *derecho a la fama*, explica la *detracción*. El planteamiento tomista tiene que ver con la licitud o ilicitud de las conductas que infringen tendencias naturales del ser humano, y al hacerlo proporciona, sin duda, la base material, el contenido de lo natural y sobrenaturalmente condenable, pero sin proporcionar una estructura jurídica como el derecho subjetivo, que es producto de una mentalidad racionalista y laica, irreductiblemente moderna.

No tenemos, pues, sino la ley natural como freno contra el poder injusto. La sujeción de la voluntad del príncipe a su razón (que, al menos en lo referente a sus primeros principios, no puede errar sino culpablemente) no ofrece dudas; pero ¿y en el caso de Dios, de quien se predica la omnipotencia?

La ley natural es, afirma el aquinatense, inmutable en sus primeros principios; en los segundos, si bien no deja de ser recto lo prescrito por ella, puede mudar en algún caso particular. Cuando Abraham obedece el mandato divino de dar muerte a su hijo, no sigue la voluntad de un Dios que esté transgrediendo sus propios preceptos, pues el Señor da la muerte y la vida, y, por tanto, quien mata obedeciendo el mandato divino es inocente; el mandamiento “no matarás”, así como la inclinación natural a preservar la vida ajena, no se ven afectados por esta determinación. Asimismo, la mujer ajena que es atribuida por Dios a Osés deja de ser tal desde ese momento, luego quien se allega a ella no peca; igualmente, si Dios ordena a los israelitas que se apropien de los bienes de los egipcios, al prescribir Él esa apropiación dichos bienes ya no son ajenos (pues la distribución de las posesiones no es impuesta por la naturaleza), lo que tampoco constituye una desobediencia al mandamiento que prohíbe robar.

Como vemos, el intento de Tomás de Aquino es preservar la concepción de un Dios que sujeta su voluntad a su razón, evitando aceptar así una suerte de “positivismo teonómico” (es decir, que Dios no está sujeto en modo alguno a sus mandatos). En la argumentación precedente, “no matarás”, “no robarás”, “no cometerás adulterio”, son mandatos divinos estables impresos en nuestra razón natural y la voluntad de Dios se limita a, digámoslo así, redefinir en una ínfima porción su ámbito de aplicación, sin modificar dichos preceptos, sino sólo las situaciones concretas sobre las que recaen.

En Ockham todo este planteamiento cambia radicalmente; la Escolástica quiebra, al quebrar su capacidad para seguir dando una explicación integrada e integradora de la realidad. Su doctrina constituye una radicalización de los

aspectos teológicos que, integrados en la visión tomista, habían encontrado acomodo bajo la fórmula de que la razón de Dios precede y guía a su voluntad. Ockham desató, por decirlo así, los lazos que integraban lo natural y lo sobrenatural dejando el primero de los ámbitos librado al segundo, el cual tiene como única referencia la voluntad de Dios.

Un mundo como el tomista, hecho de esencias inmutables y percibibles por la vía de la razón, resultaba tranquilizador desde el punto de vista filosófico, pero menoscababa la radical omnipotencia divina, sujetando a Dios a todas las determinaciones de su inicial voluntad creadora, a ese orden de las cosas producido en la Creación. Al conceder a la voluntad divina (*potentia absoluta*) el primer lugar, sacrificando todo orden de esencias en aras de su omnipotencia y estableciendo, por ejemplo, que los conceptos universales *bueno* y *malo* no designan cualidades inmutables, sino meras determinaciones contingentes de dicha voluntad, Ockham hace que todas las supuestas esencias se conviertan en meros conceptos (*conceptus*),¹³ sin referentes objetivos en las cosas y en sus relaciones.

El resultado es un mundo de entes concretos, que apenas da margen al pensamiento especulativo (“los entes no deben multiplicarse sin necesidad”, afirma el propio Ockham), donde cualquier postulación de un orden que podamos imaginar, ya sea *moral* (“este acto es bueno o malo por su propia esencia”), *jurídico* (“este acto es, por su naturaleza buena o mala, conforme o disconforme, respectivamente, con la ley natural”), *lógico* (“dos y dos no pueden sumar sino cuatro”) o, incluso, *cósmico* (“el sol sólo puede salir por el este”) puede corresponder a la realidad, pero sólo aquí y ahora. *No son esencias eternas, sino esencialmente mudables*. Por lo tanto, y a los efectos que nos importan, bondad o justicia son consecuencias concretas, no necesarias, del orden de la creación tal y como ésta, entre otras infinitas posibilidades, ha sido querida por Dios; luego, lo bueno y lo justo no pueden ser conocidos por la vía de las esencias. No es difícil imaginar que esta concepción filosófico-teológica nos sitúa, al menos aparentemente, ante un mundo donde no existe criterio ético objetivo alguno.

¹³ “*Sic intentio animae dicitur universalis, quia est signum praedicabile de pluribus; dicitur autem singularis, quia est una res et non plures res. Veruntamen sciendum quod universale duplex est: Quoddam est universale naturaliter, quos scilicet naturaliter est signum praedicabile de pluribus*”. G. de Ockham, *Summa logicae*, p. I, c. 14 (primer tomo de la *Opera philosophica*, I, p. 49).

Pero esto no es exactamente así. Para Ockham sólo es posible una determinación necesaria (una atadura, diríamos coloquialmente) de la voluntad de Dios: la que le imponen el *principio de no contradicción* y su *bondad esencial*. Dios puede hacer todo lo que, al ser hecho, no incluye contradicción.¹⁴ Este “minimum idealista en el derecho natural voluntarista”, como lo denomina Welzel,¹⁵ es de gran interés, pues prefigura muchas de las especulaciones sobre la naturaleza y límites de los mandatos del gobernante que tuvieron lugar en siglos posteriores. No en vano el nominalismo ockhamista está considerado como la base gnoseológica más lejana del positivismo jurídico.

La quiebra que la doctrina ockhamista comporta suele resumirse afirmando que la *ordinatio ad unum*, categoría esencialmente medieval, es sustituida por el *principium individuationis*, claramente moderno. El mundo de estructuras y jerarquías del ser (en lo físico y en lo social) es sustituido progresivamente por un mundo de individualidades, de entes concretos. Las viejas conceptualizaciones de la metafísica escolástica quedan privadas de sentido, puesto que los entes de razón no son reales; carecen, por utilizar la terminología escolástica, de fundamento *in re*.¹⁶

De forma aparentemente paradójica, esta radicalización religiosa a la que inicialmente me referí tuvo un efecto contrario en el pensamiento occidental: la laicización del discurso. Cortados los puentes entre el mundo natural y el sobrenatural, y abandonado este último a la impredecibilidad angustiosa que posteriormente caracterizaría a muchas doctrinas protestantes (el célebre *Deus absconditus*, cuya decisión sobre nuestra salvación o condenación sólo cabe conjeturar, sin que nuestras obras puedan influir sobre ella), el discurso filosófico se fue volviendo autónomo con respecto al religioso. Ayudaron, indudablemente, a ello las pugnas constantes entre el poder civil y el religioso, que culminarían a finales del siglo XV con la Reforma (el mismo Ockham fue un activo protagonista del enfrentamiento entre Juan XXII y Luis de Baviera).

¹⁴ “*Posse pro posse facere omne illud quod non includit contradictionem fieri, sive Deus ordinaverit se hoc facturum sive non, quia Deus multa potest facere quae non vult facere [...] et illa dicitur Deus posse de potentia absoluta*”. Quodl. VI, 1 (*Opera theologica*, IX, p. 586).

¹⁵ H. Welzel, *op. cit.*, p. 83.

¹⁶ “[...] *aliae autem partes aliarum propositionum stant por ipsis conceptibus mentis, ideo scientia illarum potest dici ratonalis vel logicalis... omnes termini illarum propositionum sunt tantum conceptus et non sunt ipsae substantiae extra [...] Termini autem aliarum propositionum supponunt simpliciter, scilicet pro ipsis conceptibus*”. G. Ockham, *ibid.*, II, sent. I, 2, 4, pp. 136-137.

En el siglo XVI, los teóricos ya abordaban abiertamente cuestiones como el poder y la soberanía, que pensadores como Bodin tratan como un ámbito autónomo, sujeto sólo a sus propias reglas; mas el discurso, habiendo mudado su objeto, conservaba (lo veremos enseguida) buena parte de sus estructuras. Generalmente se acepta que es aquí donde se encuentra el germen de ese cambio radical en el pensamiento que generó, con el paso del tiempo, la categoría del derecho subjetivo y, con ella, la de los derechos naturales.

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Una concepción centrada en torno a Dios (o a la actuación de éste, como legislador, sobre la naturaleza) fue generando, como hemos visto, formas de pensamiento que buscaban el sentido último de lo normativo como producto de las relaciones entre la razón y la voluntad humanas. Pero, aunque la sutileza escolástica se esforzó constantemente por explorar los límites del pensamiento político-jurídico (y, como hemos visto, a partir de Ockham se topó dolorosamente con ellos), la omnipresencia del discurso teológico impidió que durante la Edad Media se operara la transformación fundamental que ya se intuía: el paso de un razonamiento religioso a otro de tipo laico. Este paso fue dado con los pensadores racionalistas que, desde mediados del siglo XVI hasta finales del XVIII, construyeron un iusnaturalismo fundamentado autónomamente en la razón humana.

Hemos visto sucintamente algunos de los mecanismos, generados durante la propia Edad Media, que explican dicha transición. Tampoco podemos extendernos en la descripción de los fenómenos sociales que la explican, y que tienen que ver con el crecimiento de las ciudades, la aparición de nuevos ámbitos de libertad frente a las formas de vasallaje y servidumbre propias de la Edad Media y el paso de una estructura económica basada en los rendimientos del capital agrario y en los bienes inmuebles a otra urbana, más dinámica y fundada en la movilidad del capital dinerario. Lo realmente importante para nuestro tema es el fenómeno, lento pero inexorable, de creciente gestación de una sociedad *clasista*, esto es, estructurada en grupos sociales móviles y relativamente permeables, a partir de una *estamental*: es decir, constituida sobre grupos sociales rígidos y apenas permeables. Pues esta paulatina remoción de la visión escolástica del universo fue, inevitablemente, mudando las claves del discurso sobre lo jurídico.

F. Olgiati¹⁷ resume la historia del derecho natural en tres etapas:

1a. La de la *unión en la distinción*, propia del iusnaturalismo clásico, durante la cual el derecho natural y el positivo son distintos, pero inseparables, como (la parábola es de G. Graneris) dos pisos del mismo edificio o la planta respecto de su germen.

2a. La de la *disociación*, en la cual el *ius non scriptum* es sinónimo de libertad innata, inmutabilidad, racionalidad y justicia; frente a él, el *ius in civitate positum* equivale al Estado, a la mutabilidad, la autoridad y fuerza.

3a. La de la *supresión del derecho natural*.

Según Olgiati, la separación radical de los dos ámbitos no podía sino desembocar en dicha fractura (que se produce, como veremos, durante el XIX), pues equivalía a separar artificialmente lo que, siendo distinto, está necesariamente junto, como lo están el pensamiento y las letras (“si separo el pensamiento de las letras y pretendo disponerlos en dos paralelas, las letras se disgregan y se convierten en algo superfluo”).¹⁸

La simpatía de Olgiati por las unidades evidentes parte, a su vez, de una separación no confesada: la que implícitamente establece entre las teorizaciones y la realidad política del tiempo que las genera. Y ya dijimos al comienzo de este capítulo que unas y otras no pueden ser entendidas por separado. Durante gran parte de la historia, *pensar* ha equivalido a *pensar contra*, sin que esta condición esencialmente polémica del trabajo intelectual obvie en medida alguna la honradez del resultado. En el marco de una creciente lucha por los derechos naturales, el viejo derecho natural podía resultar intelectualmente muy seductor, pero fundamentalmente para los devotos de la sociedad estamental y su derecho consagrador de privilegios de sangre (los principales beneficiarios, dicho sea de paso, de la ideología iusnaturalista clásica).

El viejo iusnaturalismo, en efecto, se centraba en una cierta e inexorable conexión entre la ley eterna y la mente humana, que adoptaba las formas vicarias, subordinadas que ya hemos visto (la *transcriptio* agustiniana, la *participatio* tomista), y en el cual la razón apenas tenía otro papel que el de dar al hombre su lugar en el orden necesario del universo. El nuevo, por el contrario, vuelve su atención hacia los derechos naturales, entendiéndolos como algo

¹⁷ F. Olgiati, *El concepto de juridicidad en santo Tomás de Aquino*. Trad. de Diorki. Revisión de la trad.: J. A. Sardina. Pamplona, EUNSA, 1977, pp. 250-252.

¹⁸ *Ibid.*, p. 252.

más que el trasunto del derecho natural (y del orden cósmico que éste refleja a su vez): como una posibilidad de que la razón humana, entendida de modo autónomo (como algo que tiene su último origen en Dios, pero que se entiende sin él) ordene el mundo partiendo de una igualdad entre todos los miembros del grupo social. Ése es el sentido de la célebre “eliminación hipotética de Dios”, característica del iusnaturalismo racionalista y laico de Grocio, y que tiene un precedente en el escolástico español Vázquez, o de la fundamentación racional de la ética y del derecho natural que aborda Wolf.¹⁹

El mundo, lo vimos al hablar del nominalismo, se había convertido en un ámbito de individualidades. Individualidades de las que ha de arrancar el conocimiento de la realidad, que importan por sí mismas y no, como antes, en función del orden que las trasciende y engloba, pues ese orden social es considerado, a su vez, una creación artificial de la razón y la voluntad humanas. En este nuevo orden de ideas, lo que hace iguales a los seres humanos no es su común filiación divina, ni su naturaleza racional, con ser ambas evidentes para los pensadores de esta época, sino un plus sobre ambas: la evidencia de que todos tienen, por su común naturaleza, los mismos derechos. Derechos que, por ser dimanantes de dicha naturaleza, serán llamados naturales.

Apenas hace falta aclarar que la mutación sufrida por el discurso es radical: los derechos naturales, lejos de ser simples *conceptualizaciones* que nos permitan *entender o justificar* el orden de las cosas, como en la época escolástica, son, además, auténticos *instrumentos* para *cambiarlo*. Un derecho puede explicarse o justificarse, pero, por encima de todo, puede y debe ser exigido por quien dice ostentarlo, y no frente a cualquiera, sino frente a aquél que siempre suele negarlo o menoscabarlo: el *poder*.

La construcción conjetural, pero eficaz, que permite materializar esta idea y hacerla operativa es la idea del *pacto*. El mero *appetitus societatis* (que, por lo demás, no todos los autores de esta época admiten) no es ya suficiente para constituir la sociedad política por el transcurso del tiempo. En sus diferentes formulaciones, el pacto social actúa, no a modo de una *explicación de hechos* que supuestamente sucedieron (el improbable acuerdo de los hombres para generar una sociedad política), sino más bien como una *hipótesis*, cuya corres-

¹⁹ Sobre Grocio, y en particular sobre la ausencia de una solución de continuidad entre su doctrina y la de la segunda escolástica, *vid.* A. Passerin d’Entreves, *Derecho natural*. Trad. de M. Hurtado. Madrid, Aguilar, 1972, pp. 59-79.

pondencia con los hechos es irrelevante porque no pretende hacer historia, sino incitarnos a ajustar nuestra conducta a las consecuencias que comporta: *actuar, en fin, como si el poder político fuese resultado de un acuerdo de voluntades, y no el depositario de una autoridad conferida directamente por Dios*. Así se desprende del *Leviatán* de Hobbes:

Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así única en una persona se denomina Estado, en latín *Civitas* [...] Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y la defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que lo rodean es súbdito suyo.²⁰

Evidentemente, se ha operado un cambio fundamental con respecto a las concepciones medievales. Lejos de la idea del origen directamente divino del poder, e incluso de la de un pacto de derecho público sujeto a fines que lo trascienden, la génesis del poder es conferida a la voluntad concordante de los hombres.

El origen de la sociedad política, pues, se concibe aquí en términos iusprivatistas; como muy acertadamente resumió Llinarès, en esta concepción desaparecen tanto la idea de un cuerpo social constituido de forma natural como la de un fin político objetivo, independiente de la voluntad de los que pactan.²¹ Antes de esa reunión no hay sino pendencia, o, en el mejor de los casos, ignorancia mutua, entre seres que tienen sólo un derecho natural: la propia conservación. El problema es que un derecho cuya realización queda librada al criterio del sujeto que lo ostenta no puede ser proporcionado, ni convenientemente

²⁰ Thomas Hobbes, *Del ciudadano y Leviatán*. Est. preliminar y antología de E. Tierno. Trad. de E. Tierno y M. Sánchez Sarto. Madrid, Tecnos, 1987, p. 146.

²¹ V. Llinarès, *Pacto y Estado*. Madrid, Publicaciones de la Institución Aquinas, 1963.

compadecido con los derechos de los demás. De ahí la necesidad de que se haga depositario de los derechos al Estado, que los protege mediante la ley civil.

¿Cuál es el límite de esa cesión de derechos? Evidentemente, su protección eficaz:

La obligación de los súbditos con respecto al soberano se comprende que no ha de durar ni más ni menos que lo que dure el poder mediante el cual tiene capacidad para protegerlos. En efecto, el derecho que los hombres tienen, por naturaleza, a protegerse a sí mismos, cuando ninguno puede protegerlos, no puede ser renunciado por ningún pacto.²²

Cuanto dijimos anteriormente sobre las similares estructuras del discurso teológico y del laico admite ahora una profundización: en efecto, la “válvula de seguridad”, de factura meramente lógica, que proporciona el principio de no contradicción permite referirse en similares términos a los límites de la conducta de Dios como legislador, que tanto preocupaban a Ockham, y los de la actuación del soberano, que mueven la reflexión de Hobbes o Locke. La doctrina del pacto social no pretende sino introducir un orden en lo social, como la doctrina escolástica buscaba un orden en el mundo, y la condición *sine qua non* para ambas es que el representante de ese orden conozca frenos a su omnipotencia, frenos cuya necesidad sólo será convenientemente calibrada si recordamos que el soberano es un auténtico dios mortal (Hobbes *dixit*), cuya concordancia de razón y voluntad es tan importante como lo era en el discurso teológico, pero cuya “bondad esencial” resulta mucho más problemática que la de dios alguno. Quien ostenta el poder soberano, sea un sujeto o una asamblea, ha de ser obedecido incluso, dice inquietantemente Spinoza, aunque sus mandatos sean absurdos, “pues la razón nos manda seguirlos para que de los maleselijamos el más pequeño [...] Añádase a esto que en los Estados democráticos son menos de temer los absurdos, porque es casi imposible que la mayor parte de una asamblea, especialmente si es numerosa, convenga en un absurdo”.²³

²² Th. Hobbes, *op. cit.*, p. 168.

²³ Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político. Tratado político*. Trad. y est. prelim. de E. Tierno. Madrid, Tecnos, 1985, cap. XVI, p. 62.

Como puede verse, la legitimidad de origen es en este planteamiento lo esencial; la legitimidad de ejercicio, diríase, queda librada al previsible criterio racional del soberano. Los frenos al ejercicio del poder (no otra cosa son los derechos humanos) parecen dejarse, pues, confiados más a aspectos prudenciales, psicológicos (en una palabra, empíricos), que a controles jurídicos relacionados con la estructura esencial de la sociedad civil. Mas incluso en esta visión tan aparentemente restrictiva, tan celosa de la preservación de la soberanía, hay límites (como los había en Hobbes, el menos liberal de los racionalistas): “Debe concederse que cada uno reserve para sí buena parte de su derecho, el cual, por tanto, no depende de decreto alguno, sino de él mismo”.²⁴

La cita de Spinoza muestra con claridad el núcleo común de estas doctrinas: los frenos al poder del soberano, incluso de aquél que tiene su poder por delegación del pueblo, y la imposibilidad de asociar el término *derecho a derecho positivo*. Pero la existencia de ciertos derechos tras el pacto, o como consecuencia del pacto mismo, es una cuestión que no debe ni puede separarse de la relativa a la extensión de tales derechos. Aquí coexisten dos concepciones: una amplia, otra restrictiva. De la primera son ejemplos Grocio, Spinoza, Locke o Pufendorf; adalid de la segunda es Hobbes.

El poder absoluto arbitrario o el gobernar sin leyes fijas establecidas, no pueden ser compatibles con las finalidades de la sociedad y el gobierno. Los hombres no renunciarían a la libertad del estado de naturaleza para entrar en sociedad ni se obligarían a un gobierno, no siendo para salvaguardar sus vidas, libertades y bienes, y para asegurarse la paz y la tranquilidad mediante normas establecidas de derechos y de propiedad —nos dice Locke.²⁵

Esta frase resume el contenido de los derechos naturales en la versión liberal, la que finalmente prevaleció: los derechos llamados de primera generación, tanto civiles (vida, integridad física, libertad, propiedad) como políticos (que son los relativos a la facultad de los ciudadanos de participar en la vida política y elegir a sus representantes en el poder legislativo, en aquellas sociedades políticas que hayan optado por diseñarlo como electivo). Aunque su ejercicio

²⁴ *Ibid.*, cap. XVII, p. 72.

²⁵ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. de A. Lázaro. Introd. de L. Rodríguez. Madrid, Aguilar, 1976, p. 104.

se materializa en los términos que establezca la comunidad política, la existencia de tales derechos es anterior al Estado y prevalece sobre éste cuando el comportamiento del poder es contrario a los límites expresos con los cuales nació (esto es, a los impuestos por el principio de no contradicción),²⁶ lo cual supone situar, junto a las garantías que el propio poder nacido del pacto establece para los derechos, una última garantía: la posibilidad de reversión, por la fuerza, de dicho poder a sus legítimos propietarios. No puede ser de otra manera cuando el fundamento de los derechos naturales se sitúa más allá del Estado.

Volvamos a las tres fases de Olgiati: en esta época, convendrá recordarlo, aparece la segunda, la de la disociación, que opone la racionalidad del *ius non scriptum* a la autoridad del *ius in civitate positum* o, dicho más claramente, la razón del derecho natural a la voluntad expresada en el derecho positivo. Esta separación tiene el efecto de convertir el primero en objeto de una ciencia, la *iuris naturalis scientia*, operando una transformación ciertamente radical en los estudios. La prudencia característica de Tomás de Aquino en punto a la deducción de preceptos concretos de derecho natural a partir de los *principia practica communissima*, al admitir que sólo aquellos son plenamente evidentes y accesibles a todos, nos situaba ante un derecho natural, por así decirlo, modesto en sus certezas. Por el contrario, autores como Pufendorf aplicaron el método racionalista al objeto denominado derecho natural, desarrollando sistemas de preceptos “naturales” sumamente amplios y prolijos allí donde los escolásticos no habían mencionado sino genéricas inclinaciones de la naturaleza racional humana.

Pero la *iuris naturalis scientia* no nos interesa sino para mostrar hasta qué punto su cultivo y desarrollo generó conceptos cualitativamente distintos a los de siglos anteriores; por ejemplo, el principio *pacta sunt servanda* de Grocio o el concepto de dignidad humana de Pufendorf. En concreto, aunque este

²⁶ “[...] habiendo dado al poder legislativo facultad para subsistir indefinidamente, el pueblo ha renunciado al poder político a favor del cuerpo legislativo y no puede volver a recobrarlo. Pero si puso límites a la duración del poder legislativo, y colocó este poder sólo temporalmente en una persona o en una asamblea, o si quienes ejercen tal poder lo pierden por las faltas que cometen, o porque se cumple el plazo señalado, el poder legislativo revierte a la sociedad, y el pueblo tiene el derecho de actuar como soberano, de conservar para sí mismo el poder legislativo, darle otra forma, o de colocarlo, conservando la antigua, en otras manos, según lo juzgue más conveniente” (*ibid.*, p. 185).

último (de tanta importancia sobre la primera declaración de derechos, la norteamericana, y plenamente inseparable de la especulación posterior sobre el fundamento de los derechos humanos) puede asemejarse al cristiano, de hecho es completamente distinto, pues su sustento es una libertad ética absolutamente ajena a los pensadores cristianos medievales y modernos. Recordemos: los problemas no son siempre los mismos, tampoco lo son los conceptos que los designan. Welzel lo expresa de forma magistral:

Es errónea por ello la opinión, hoy muy extendida, de que la idea de la humanidad propia del derecho natural moderno, así como la noción de los derechos y de las libertades del hombre, constituyen sólo una secularización de la idea cristiana del hombre [...] la idea de la libertad ética había experimentado justamente en el ámbito “cristiano”, por la justificación de la persecución y castigo de los herejes, una grave limitación [...] Los portavoces “racionalistas” de la humanidad hicieron más por el reconocimiento de la tolerancia y de la dignidad humana que sus adversarios teológicos ortodoxos.²⁷

Pero el proceso fue largo y en modo alguno unilateral. En Rousseau, el contrato de todos con todos, la sujeción a la voluntad general que comporta, excluyen en adelante cualquier asomo de un orden de cosas pre y suprajurídico, cuyo olvido por el poder soberano pudiera dar lugar a la rebelión; el principio de no contradicción vuelve a hacerse patente.

El individuo que no se enfrenta ya al mero poder físico, sino a la idea pura del Estado de Derecho, no necesita ninguna protección, pues, desde ahora, la verdadera protección se halla en el Estado y se verifica por él, de suerte que una protección frente a él sería un contrasentido. No por esto renuncia Rousseau al principio de los derechos inalienables, pero nunca los hace valer frente al Estado, sino que más bien los encarna y los ancla firmemente en él [...] No es el individuo, sino la totalidad, la volenté générale, la que tiene determinados derechos fundamentales, que no pueden cancelarse ni ser transmitidos a otros, porque en ese caso se destruye a sí misma como sujeto de voluntad y líquida su propio ser.²⁸

²⁷ Immanuel Kant, “En torno al tópico: ‘tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica’”, en *Teoría y práctica*. Est. prelim. de R. Rodríguez. Trad. de J. M. Palacios, M. F. Pérez y R. Rodríguez. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 36-37.

²⁸ Ernst Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*. Trad. de E. Ímaz. México, FCE, pp. 292-294.

La reducción del derecho natural a la razón culmina, en Kant y en los kantianos, con la construcción de un entero aparato conceptual *a priori* (es decir, haciendo abstracción de todos los componentes empíricos a los que nos hemos referido al tratar la doctrina pacticia de la soberanía), de forma que el contrato social se muestra, en su forma más hipotética, como una pura idea regulativa (como lo era también en Rousseau) que hace posible la concepción de una sociedad civil formada por sujetos libres e iguales, culminando en un Estado sujeto a leyes (el que denominamos Estado liberal y que tomará, durante el XIX, la forma de Estado legislativo de Derecho), el cual debe posibilitar la existencia de una amplia esfera de libertad para los particulares, sin fijarles los fines a los que deben tender; lo que sería, para Kant, el peor de los despotismos. El contrato social pasa de tener un carácter conjetural a ser abiertamente hipotético, como claramente lo expresa Kant:

Pero respecto de este contrato (llamado *contractus originarius* o *pactum sociale*), en tanto que coalición de cada voluntad particular y privada, dentro de un pueblo, para constituir una voluntad comunitaria y pública (con el fin de establecer una legislación, sin más, legítima), en modo alguno es preciso suponer que se trata de un hecho (incluso no es posible suponer tal cosa); poco más o menos como si, para considerarnos ligados a una constitución civil ya existente, ante todo hubiera que probar primero, partiendo de la historia, que un pueblo, en cuyos derechos y obligaciones hemos ingresado como descendientes, tuvo que verificar realmente alguna vez un acto semejante [...] Por el contrario, se trata de una mera idea de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo y a que considere a cada súbdito, en la medida en que éste quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal.²⁹

Este replanteamiento del contrato social en términos racionales apriorísticos, con abstracción de cualquier referencia empírica, tiene el efecto de reducir al mínimo el contenido necesario de los derechos originarios: “Libertad —independencia del arbitrio compulsivo de otra persona—, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general, es este único derecho originario, el cual corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad”.³⁰

²⁹ H. Welzel, *op. cit.*, p. 149.

³⁰ Immanuel Kant, *Introducción a la teoría del derecho*. 1a. reimpr. Introd. y trad. de F. González. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 98.

No cabe reducir más el contenido material mínimo del derecho natural; lo que no quiere decir, en modo alguno, dejar al súbdito en manos del poder (puesto que el desarrollo de esa máxima configura una amplia gama de derechos de libertad), sino fijar un instrumento, un procedimiento racional para que la conducta del legislador (como la del sujeto ético que le antecede y justifica) respete los límites esenciales a su condición. En suma, *una forma racional pura* llamada a ser desarrollada en contenidos, y *no una materia dada*, necesaria, supuestamente ínsita en la naturaleza de las cosas, como en el caso de los *principia practica comunissima* tomistas.

En el kantiano Fichte, esta construcción de los derechos humanos conforme a la razón alcanza una forma sumamente explícita:

No hay un estado de derechos originarios, ni derechos originarios del hombre. Él tiene realmente derechos sólo en comunidad con otros, así como, según los principios superiores enunciados arriba, puede ser en general pensado sólo en comunidad con otros. *Un derecho originario es, por consiguiente, una mera ficción, pero una ficción que debe ser forjada necesariamente en aras de la ciencia.*³¹

Este grado extremo de (valga la expresión) estilización de la doctrina del contrato como fundamento de los derechos humanos (que nos recuerda, desde una óptica muy diferente, a la que veíamos antes en Rousseau) muestra ya las huellas de su próxima decadencia: una suerte de extenuación del contractualismo como doctrina política de los derechos primigenios frente al poder, en favor de una doctrina de los derechos entendidos sólo desde el poder juridificado.

No existe, por consiguiente [continúa Fichte], ningún derecho natural, en el sentido en que a menudo se ha tomado el término, es decir, no es posible ninguna relación jurídica entre hombres, salvo en una *res publica* y bajo leyes positivas [...] Por eso, el derecho natural es suprimido.

Pero lo que perdemos de un lado, lo recuperamos del otro incluso con ganancias; pues *el Estado mismo se convierte en el estado natural del hombre, y sus leyes no deben ser ninguna otra cosa salvo el derecho natural realizado.*³²

³¹ Johann Gottlieb Fichte, *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Trad. de J. L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina. Est. int. de J. L. Villacañas. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, 3a. sec., cap. 3o., p. 192. El subrayado es mío.

³² *Ibid.*, 3a. sec., cap. 3o., p. 222. Los subrayados son míos.

No se puede expresar con mayor claridad. Nuevamente nos vienen a la cabeza las tres fases de que hablaba Olgiati: unión en la distinción, disociación, supresión del derecho natural. Decir que el Estado es el estado natural es poco más que una metáfora y equivale a negar cualquier orden de las cosas trascendente a nuestra propia voluntad (racional) de ordenarlas. Privado enteramente de sustrato ontológico, el derecho natural naufraga y se hace innecesario. El derecho natural “científico” de Fichte no debe, pues, confundirnos: tiene más que ver con la supresión que con la unión en la distinción. No hay iusnaturalismo sin dualismo;³³ cuando el derecho natural no puede ya distinguirse del positivo, deviene inútil. Su testigo lo tomará el Estado de Derecho.

En este punto, están ya dados todos los pasos en ese proceso que lleva desde el sujeto (Dios, Leviatán, el sujeto trascendental kantiano) hasta el Estado: el vaciamiento de contenido sufrido por la doctrina iusnaturalista, privada de referentes propios, convertida en una metáfora del legislador racional, está a punto de acabar con ella. Díaz-Otero y Olivas lo resumen así:

Cuando Hegel critica a Kant que su formalismo acaba por justificarlo todo, no repara en el impulso total a la generalidad de la ley que, precisamente, se hace posible desde la ruptura antes apuntada [se refieren los autores a la que introdujo el escotismo]. Este impulso deviene completamente necesario en el Estado contemporáneo. La razón kantiana que era voluntad legisladora, hoy se ha objetivado como ordenamiento, en el que el sujeto no es causal sino referencia de una imputación. La referencia es totalmente lingüística; en nuestro mundo ya no tenemos como referente a Dios, ni al sujeto, sino exclusivamente los sentidos que proporciona el propio sistema autorreferente.³⁴

EL POSITIVISMO Y SU CRISIS

El término positivismo puede ser entendido en dos sentidos: *positivismo filosófico* y *positivismo jurídico*. El primero es aquella doctrina filosófica sobre el sentido y la función de la ciencia y de la filosofía que entiende que las es-

³³ Vid. al respecto, Gregorio Robles, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Debate, 1988, pp. 50 y ss.

³⁴ E. Díaz-Otero y E. Olivas, *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*. Madrid, Dykinson, 1977, p. 101.

peculaciones metafísicas han de ser desterradas y que sólo las constataciones relativas a entidades y hechos físicos pueden ser objeto de conocimiento fiable. Aunque definir el positivismo filosófico como algo unitario resulta sumamente problemático, a los efectos que aquí nos interesan bastará caracterizarlo como el intento por desterrar el discurso metafísico, idealista, del conocimiento sobre las cosas (intento que, por cierto, el primer positivismo, el de Comte, llevó a cabo de forma muy cuestionable).

Nos resulta de mayor interés referirnos al llamado positivismo jurídico, que podríamos definir, con inevitable simplificación, como aquella doctrina jurídica que estima que sólo el derecho positivo, entendiendo por tal el puesto por el legislador, puede ser objeto de conocimiento, y que no es posible la especulación sobre ningún otro tipo de derecho (llamémoslo derecho natural, principios metajurídicos, referentes éticos o religiosos de lo jurídico) que el establecido en el sistema de fuentes de cada ordenamiento jurídico.

Aunque se trata de fenómenos culturales distintos (y pese a que no existió, salvo raros casos, una aplicación estricta y coherente de los postulados del positivismo filosófico al ámbito jurídico), podemos establecer la siguiente analogía elemental: *al igual que el positivismo filosófico intenta expulsar el discurso metafísico del ámbito del conocimiento en general, el positivismo jurídico intenta la expulsión del discurso metafísico del ámbito del conocimiento jurídico.*

El positivismo jurídico fue enraizándose en el pensamiento occidental durante el siglo XIX, época que asistió, tras el triunfo del pensamiento ilustrado de raíz iusnaturalista, a la gestación de las grandes codificaciones en el ámbito continental. Fue aquél un periodo de decadencia del iusnaturalismo, en el sentido en que lo hemos visto en epígrafes anteriores, pues se asistió a una transformación radical en la concepción sobre la esencia de lo jurídico y sobre sus relaciones con la justicia. De considerar que el derecho era un orden de principios metajurídicos derivados lógicamente unos de otros, que permitían articular y coordinar en la mente del intérprete una pluralidad de normas procedentes de fuentes diversas y hasta incongruentes entre sí, se pasó a entenderlo como un orden emanado de la autoridad de un legislador racional, que ordenaba la realidad conforme a unos principios uniformes; principios no discutibles ni interpretables, pues no cabía un discurso sobre ellos más allá de las normas que los contenían; por lo tanto, intrajurídicos.

Así, la forma de razonamiento típica del iusnaturalismo, que hacía posible formular un juicio sobre la ley positiva desde un punto de vista ajeno al de ella

misma, desapareció. La ley, esencialmente abstracta y general, es la gran categoría jurídica contemporánea, como la jurisprudencia, siempre prudencial y concreta, lo fue en otros tiempos; no en vano un modelo de ley como el del XIX constriñe fuertemente el ámbito del jurisprudente. La concepción del juez-autómata, del juez como boca de la ley, era naturalmente refractaria a toda teorización de tipo iusnaturalista, metajurídico (pese a que el fundamento de esa ley era, precisamente, el sistema de valores y creencias del iusnaturalismo, plasmado en los códigos tras la Revolución). Si filosóficamente la primera mitad del XIX es heredera del iusnaturalismo (ideología liberal-individualista, pensamiento racionalista lógico-deductivo), desde el punto de vista jurídico parece su antítesis, precisamente porque un, valga la caricatura, *derecho natural positivado* es una contradicción en los términos, como vimos unas páginas más arriba. Aunque el fundamento de los derechos continúe siendo el mismo (la común naturaleza racional), su plasmación positiva transforma radicalmente la situación. En su *Teoría de las fuentes del derecho*, Ross lo resume así:

No hay contradicción alguna en que la concepción revolucionaria del derecho sea a un tiempo iusnaturalista y positivista. En el plano ético-jurídico, se cree en la existencia de un derecho natural absoluto, de carácter metafísico, que ofrece una respuesta a cada caso concreto; en el plano teórico-jurídico, el derecho positivo se contempla como la voluntad del soberano...³⁵

En cualquier caso, ese primer plano fue arrumbado progresivamente, pues el triunfo de la Revolución es también el de un derecho positivo uniforme para todo el Estado, inspirado en la recta razón y basado en la primacía de la ley, que reclama un sistema de fuentes y un método interpretativo también uniformes. Ya no es la razón del teórico o del intérprete, sino la voluntad del legislador (o de la fuente legalmente reconocida), la que constituye lo jurídico; si bien no se trata de una voluntad ilimitada, sino sometida a unos principios racionales de conducta (recordemos cuánto se dijo sobre los límites que a la acción del gobernante imponía el principio de no contradicción). No en vano el dogma del le-

³⁵ Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho*. Trad., notas y est. prelim. de J. L. Muñoz de Baena, A. de Prada y P. López. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 88. *Vid.* también G. Robles, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Debate, 1988, pp. 84 y ss.

gislador racional es uno de los fundamentos de la dogmática jurídica: sólo puede ser interpretado lo que tiene sentido interpretar, y presuponemos que el derecho positivo lo tiene. El legislador del XIX (como el Dios de Ockham, como el gobernante hobbesiano) quiere, o al menos eso se supone, lo que racionalmente ha de querer.

El trasunto de esta concepción de la interpretación fue un cambio en el modelo correspondiente de ciencia jurídica; todo el aparato conceptual que los iusnaturalistas del racionalismo habían generado durante los siglos XVII y XVIII se puso al servicio del derecho positivo; definitivamente se había llegado a lo que Olgiati denomina la tercera fase de las relaciones entre el derecho natural ya el positivo, la de la supresión del primero. Una vez más podemos comprobar que el discurso no se transforma radicalmente, sino que se limita a cambiar su objeto. Y esto fue lo que realmente ocurrió, al menos en los estadios iniciales: el método racionalista lógico-deductivo típico del iusnaturalismo es, en lo esencial, el que caracteriza a conceptualistas como Puchta o Windscheid.

Y, por último (a nuestros efectos, lo más importante), el cambio en la situación jurídico-política modificó radicalmente la concepción de los derechos y, por tanto, la fundamentación de los mismos. Estos perdieron la condición de naturales para ser atribuidos a la actuación del Estado, que es quien, en uso de su poder soberano sujeto a reglas jurídicas, limita su ámbito de actuación. El discurso generado sobre ellos, que era de carácter fundamentalmente político y revolucionario, se tornó jurídico. “Todo el problema se va a condensar ahora en la relación de la voluntad general con el orden jurídico. Los derechos subjetivos naturales se positivizarán a partir del orden jurídico. Poniéndose en relación dicho orden jurídico, a través de la legalidad de la voluntad general, con la soberanía del poder de la nación”.³⁶

Pero la evolución de las circunstancias sociales mostró pronto la insuficiencia de un modelo jurídico-político fundado de manera exclusiva sobre las categorías del derecho privado (como lo era el generado con los iusnaturalistas racionalistas, cuya forma más acabada aparece en Kant). El paulatino incremento de la administración en la segunda mitad del siglo, generado en gran medida por la expansión colonial, hizo necesaria una reflexión teórica sobre el ámbito de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, que fue acuñada fundamentalmente por los grandes iuspublicistas alemanes: Gerber, Laband y Jellinek.

³⁶ E. Díaz-Otero y E. Olivas, *op. cit.*, p. 84.

La teorización sobre dichas relaciones se contrajo a los límites de la teoría general de los derechos: acaso el más ilustre ejemplo sea el del monumental *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, de Jellinek, que representa el mayor esfuerzo por sentar las bases de la juridificación de lo público en la segunda mitad del XIX. Las primeras páginas del capítulo II de dicha obra no dejan lugar a dudas sobre la fundamentación positivista de los derechos, de cualesquiera derechos:

Todo derecho subjetivo presupone la existencia de un ordenamiento jurídico mediante el cual es creado, reconocido y, en mayor o menor medida, salvaguardado. Todo querer, poder o tener de los hombres es elevado, a través del derecho objetivo, desde la esfera de los procesos naturales a las acciones y situaciones jurídicas [...] Por eso, la base del derecho público subjetivo es una ordenación objetiva del derecho público.³⁷

En su *Teoría general del Estado*, Jellinek plantea el que, en su opinión, es el gran error de las teorías iusnaturalistas: la no fundamentación de la soberanía sobre bases jurídicas, sino políticas, y declara su pretensión: dar una base jurídicamente firme a la actuación del Estado.

La autolimitación es, según la doctrina del derecho natural (teoría que para muchos es la dominante en este punto), inseparable del carácter de la soberanía. Si hay, pues, limitaciones para el Estado, estas limitaciones serán siempre reales o morales, pero jamás de naturaleza jurídica [...] Es, pues, esencial al Estado el poseer un orden jurídico, con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado. No se encuentra éste sobre el derecho, de manera que pueda librarse del derecho mismo. Lo que depende de su poder no es el saber si el orden jurídico debe existir, sólo el cómo ha de organizarse.³⁸

La autolimitación del poder, esencial en toda fundamentación filosófica de los derechos humanos, no toma, pues, la forma de limitación real o moral (lo

³⁷ G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft (sobre la 2a. edición de 1905), Darmstadt, 1963, Parte general, II, II, pp. 8-9.

³⁸ G. Jellinek, *Teoría general del Estado*. Ed. a cargo de F. Monereo. Trad. y pról. de la 2a. ed. alemana de 1900 de Fernando de los Ríos. Granada, Comares, 2000, pp. 467-469.

que resultaba lógico al entenderse el soberano como un sujeto o, a lo sumo, como un cuerpo legislativo), sino de *autovinculación del conjunto del Estado*, al sujetarse éste al sistema jurídico que de él mismo emana; de esta forma, dicha limitación se objetiviza, al no depender de elementos empíricos, de voluntades concretas.

Jellinek, por tanto, se opone frontalmente a los iusnaturalistas, que aceptaban la contraposición (lógica en un modelo de “Estado mínimo”) de individuo y Estado, de derecho privado y derecho público. En una época de intenso crecimiento y complejización de la administración del Estado, su pretensión es remitir los derechos que no se ejercen entre particulares (situación en la cual se hallan los derechos humanos) al ámbito del derecho público, cuyo único titular es el Estado, dejando claro en todo caso que ambos, el derecho público y el privado, no poseen fundamentos distintos, sino sólo distintos medios de realización y garantía, cuyo último referente es el Estado.

Esta idea, de matriz claramente hegeliana (Hegel criticó las teorías pacticias por su pretensión de sujetar a una supuesta voluntad particular lo que él consideraba la manifestación de una voluntad universal, no sujeta a arbitrios concretos),³⁹ es realizada de manera ciertamente impecable desde el punto de vista técnico-jurídico, pero nada inocente desde el político. Las palabras de Fernando de los Ríos, en su prólogo a la *Teoría general del Estado* del autor alemán, lo resumen espléndidamente:

Si el Estado ha de tener derechos, necesita reconocer otras personas de las que se pueda exigir, esto es, respecto de las cuales tenga derechos; una relación efectiva de poder adviene jurídica si los dos miembros de la relación, dominante y dominado, se reconocen uno a otro como mutuos titulares de derechos y deberes.⁴⁰

³⁹ Vid., especialmente, Norberto Bobbio, *Lecciones de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Trad. de J. C. Bayón. Est. preliminar de A. Ruiz Miguel. Madrid, Debate, 1991: “[...] mientras todos los críticos del contractualismo —desde Hume hasta Bentham— basan generalmente su refutación en la constatación aparentemente —pero sólo aparentemente— obvia de que nunca ha existido un contrato semejante, Hegel sostiene sus tesis con el argumento de que, planteado en un sistema conceptual en el que el derecho privado es un derecho de rango inferior respecto al derecho público, es contradictorio establecer el segundo sobre el primero, o sea, como se diría hoy, buscar el principio de legitimación del poder superior partiendo de los poderes inferiores...” (pp. 218 y ss.).

⁴⁰ G. Jellinek, *op. cit.*, pp. XLVI y XLVII.

En efecto, en la construcción de Jellinek los derechos humanos aparecen no como realidades naturales dadas en el ámbito racional o moral, al modo iusnaturalista, sino simplemente como un contenido esencial del nascente derecho público, que se trata de hurtar al ámbito del privado. De este modo, continúa De los Ríos, “no son sino una función del orden jurídico, el cual —tal vez a pesar del autor— se identifica con el Estado en la doctrina de Jellinek”.⁴¹

Nada recuerda aquí a la doctrina iusnaturalista pacticia, que, como hemos visto, consideraba la existencia de los derechos naturales anterior a la del Estado y susceptible de una garantía tan radical (tan extrajurídica) como su retrocesión al pueblo. Garantía es aquí sinónimo de mecanismo técnico-jurídico, no político, y su fin es evitar cualquier razonamiento sobre la justicia que no provenga de las normas positivas.

En este empeño de purgar al aparato estatal de toda referencia empírica, natural, política (relacionada, en última instancia, con la voluntad creadora de los sujetos de derecho, con el surgimiento de ese orden político que es anterior al jurídico y lo legitima), empeño cuyo pretexto es, precisamente, la sujeción a derecho de la voluntad del Estado, está la clave de la *desactivación de todo potencial contenido revolucionario de los derechos humanos o naturales, convertidos en derechos públicos subjetivos que regulan la relación entre el Estado y el ciudadano*: “si la antigua escuela del derecho natural —continúa De los Ríos— identificaba estos derechos con la libertad previa a la existencia del Estado, Jellinek hace de ellos una creación arbitraria del Estado”.⁴²

Ningún derecho subjetivo representa, pues, voluntad primigenia, prejurídica alguna; toda voluntad digna de protección cabe dentro del sistema jurídico, toda legitimación arranca del derecho, que ha subsumido a la *societas* como sujeto activo de lo político. Es la época de la concepción liberal o procedimental de la democracia, entendida ésta como simple mecanismo de alternancia en el poder basado en la regulación legal del dominio de las mayorías.

En este sentido, nos dicen E. Díaz-Otero y E. Cabanillas:

⁴¹ *Ibid.*, p. XLVIII. En este sentido, también, E. Díaz y E. Olivas: “A partir de la tecnificación política y de la crisis fundadora kantiana, [...] los residuos de la aparente subjetividad quedaron definidos por la categoría de los derechos subjetivos determinados a partir de su propia subsunción en la ciencia del orden jurídico sistemático” (*op. cit.*, p. 135).

⁴² *Id.* Sobre Gerber, y en el mismo sentido, *vid.* el excelente (y pésimamente traducido) texto de W. Wilhelm, *La metodología jurídica en el siglo XIX*. Trad. de R. Bethmann. Madrid, EDERSA, 1980, pp. 138 y ss.

Las determinaciones individuales de los derechos subjetivos naturales [...] pasan a depender, así, del orden político (la ley) y del orden jurídico. A partir de aquí, y dentro de la lógica de la teoría de la Declaración [los autores se refieren a la Declaración de 1789], las determinaciones positivas de la voluntad general corren en paralelo con la razón técnica (inducida del estado de naturaleza) que, dentro de la totalidad del organismo, produce el sujeto positivizado al determinar la subsunción del individuo en el orden jurídico.⁴³

Esta integración de los viejos derechos naturales en el sistema de fuentes del Estado burgués de Derecho, esta reducción de la idea voluntarista-contratualista del Estado a su traducción formal, normativa, dada, positiva (consiguiendo que la expresión *derechos naturales* se convierta en una auténtica contradicción en los términos), llega a su culminación con la doctrina normativista kelseniana, aún más “publicada” que la de Jellinek, que considera imposible distinguir estatalidad y juridicidad, pues el Estado, según Kelsen, es una realidad jurídicamente articulada, que sólo se da en el derecho; Estado y derecho se identifican, no hay derecho que no provenga del Estado ni Estado que no se manifieste como Estado de Derecho.

La singular concepción de lo jurídico que yace tras esta idea (prescindir de todo contenido material mínimo a la hora de definir científicamente el derecho) no dice nada que no se encuentre ya anticipado en los pensadores racionalistas, a los cuales se opone; se limita a profundizar en la vía de esa creciente abstracción que está prefigurada en la misma naturaleza de la ley como mecanismo regulador de lo social. El concepto formalista de derecho que proporciona es, sin duda, el culmen de esa trayectoria que, comenzada en los albores del XIX, va abstrayendo progresivamente los derechos humanos de los fundamentos ideológicos que los generaron durante el iusnaturalismo racionalista.

De hecho, *el concepto mismo de derecho subjetivo desaparece en la doctrina normativista, absorbido en el objetivo*, y el argumento que se esgrime contra esa dualidad (que había vertebrado todo el discurso revolucionario del XVIII) es, precisamente, que aquél es una construcción de cuño metafísico-iusnaturalista.⁴⁴ Lo que no significa, por supuesto, negar la existencia, la necesidad

⁴³ E. Díaz-Otero y E. Olivas, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁴ Vid. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*. 2a. ed. Trad. de R. Vernengo. México, UNAM, 1979, pp. 199 y 200.

de los derechos humanos, sino la virtualidad del concepto de derecho subjetivo, que los integra e informa, en la ciencia y en la teoría general del derecho.

Esto tiene un interesante corolario en un punto que nos interesa especialmente: en la teoría positivista, es la propia existencia de los derechos no garantizados por técnicas efectivas (el caso típico es el de los derechos al trabajo o a la vivienda) la que sí es negada “en virtud de una definición implícita que los identifica con una determinada técnica de garantía idónea para procurar su satisfacción, y cuya falta, en vez de ser registrada como una laguna que el ordenamiento tiene el deber jurídico de llenar, se supone inevitable y se confunde con la ausencia de los derechos mismos”.⁴⁵

Con todo, los viejos “contenidos mínimos” no dejan de ser necesarios; de hecho, el propio Kelsen escribió un texto sobre la justicia, en el cual, después de admitir su carácter de ideal irracional (en el sentido de sujeto a juicios de valor y no discernible por la razón), afirmaba, en una frase final que se ha hecho justamente célebre:

No sé ni puedo afirmar qué es la justicia, aquella justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí [...] la justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede prosperar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia.⁴⁶

Lo que nos lleva de nuevo a la cuestión del papel de los derechos humanos (procede ya hablar de derechos fundamentales), incluso dentro de esta concepción positivista del derecho. Ciertamente, los derechos fundamentales son contenidos de justicia y la justicia no se vincula, desde este punto de vista, de manera esencial al derecho, pero sí a un ordenamiento jurídico democrático (aunque Kelsen se libra mucho de convertir esto en verdad intersubjetivamente discutible). Puesto que la democracia proporciona el marco mínimo para la defensa de cualquier ideal de justicia. Pero, abandonando las estrecheces de

⁴⁵ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de M. Gascón. Madrid, Trotta, 1999, p. 108.

⁴⁶ H. Kelsen, “¿Qué es justicia?”, en *¿Qué es justicia?* Trad. de A. Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1982, p. 63.

esta visión, ¿puede decirse lo contrario, esto es, que si no se defiende una determinada concepción de la justicia (en concreto, la que representan los derechos humanos) no existe la democracia? Es este el paso decisivo para abandonar una visión *formal-normativa* en aras de una visión *material* de los derechos humanos. Si lo damos, quiebra la concepción meramente procedimental de la democracia.

Ésa es la situación que se plantea a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando las constituciones rígidas (cuyo modelo son las nacidas en la década de los años 10) reconocen derechos económico-sociales y culturales, los cuales, al contrario que los de la “generación” precedente, no se comprenden en términos de pura abstención, de *laissez faire*, y requieren una actuación del Estado en orden a su realización.

El resultado es el *Estado social* (cuya crisis se inició en los años setentas del siglo pasado y a la que aún asistimos), nacido en oposición al modelo kantiano de Estado centrado en el derecho privado y en los derechos de libertad (pero también al modelo de Jellinek o Gerber, igualmente liberal, centrado en el derecho público y en los derechos públicos subjetivos). Su evolución ha sido problemática y parte de la crisis que sufre se debe al cuestionamiento teórico de su modelo o, más bien, del modelo que no ha llegado a tener.

No me corresponde referirme a este tema, que será tratado en un capítulo próximo. Pero es importante resaltar que la inflación burocrática y legislativa que ha generado el *Welfare State* se debe, en gran parte, como dice Ferrajoli, a “la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad”. Dicha carencia supone “no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio”.⁴⁷

Frente a esa carencia, el Estado no puede ya retroceder hacia un modelo liberal de fundamentación de los derechos (ya iusprivatista, ya iuspublicista) filosóficamente superado; pero tampoco dejar de reconocer que la asunción de nuevos derechos, la exigencia de actuación estatal que comportan, ha generado una incapacidad para protegerlos sin un crecimiento desmesurado de la administración, cada vez más independiente de todo control efectivo. Diríase

⁴⁷ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Introd. de P. A. Ibáñez. Trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi. Madrid, Trotta, 1999, p. 16.

que el Estado, construido sobre el viejo esquema liberal y formal de unos derechos civiles y políticos para cuyo aseguramiento bastaba con mantener estructuras jurídicas elementales (policía, ejército, administración de justicia) se ve impotente para cumplir con la nueva concepción social y material de los derechos económico-sociales que le impone la constitución sin quebrar su misma condición de Estado de Derecho.

La antinomia formal-material, en cualquier caso, ha de bascular definitivamente hacia el segundo de los términos; hay acuerdo general en que *ese largo proceso de abstracción de lo jurídico con respecto a sus posibles contenidos materiales*, que obligaba a definir el sistema jurídico en términos formales, “neutrales”, y al cual me he referido a lo largo de este capítulo, *ha concluido con la crisis del positivismo jurídico*.

La doctrina de los derechos públicos subjetivos pretendió, como hemos visto, sentar el fundamento de los derechos humanos (fundamentales) en el propio sistema jurídico; pero el modelo de Estado que los respaldaba, el Estado legislativo de Derecho, no era el más adecuado. Como sintetiza Zagrebelsky, “aún no era un paso decisivo porque, al no tener los derechos una consistencia jurídica propia, no había ninguna garantía frente a la posibilidad de que la propia ley previera y consintiera su negación”.⁴⁸

En las constituciones de tipo rígido, por el contrario, se disipa el prejuicio (al que alude este mismo autor) de asignar a las normas de mayor densidad de contenido, los principios, un papel meramente secundario, como si aquellas cuya densidad es menor, las reglas, fuesen las auténticas normas, y el papel de los principios fuese meramente supletorio (en ausencia de ley u oscuridad de la misma).⁴⁹

Los principios juegan, además, un papel llamado a atenuar, si no a borrar, la vieja contraposición entre iusnaturalismo y positivismo: por una parte, constituyen una suerte de nuevo derecho natural, inspirador de los desarrollos legislativos; por otra, son a la vez la manifestación más elevada del derecho positivo, el auténtico contenido material de la constitución de un Estado, más allá de la distribución de poderes y los mecanismos formales que regulan la alternancia de las mayorías. “El estilo, el modo de argumentar ‘en derecho constitucional’ se asemeja, en efecto, al estilo, al modo de argumentar ‘en derecho

⁴⁸ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 117.

natural', como sabe cualquiera que esté familiarizado con las grandes decisiones de los tribunales constitucionales".⁵⁰

Este modelo, que muchos denominan *Estado democrático de Derecho* (frente al *Estado legislativo de Derecho* y al *Estado constitucional de Derecho*), pone fin a la concepción meramente procedimental de la democracia al vincular ésta, de forma esencial, a los derechos fundamentales: "ya que el principio formal de la democracia política, relativo al quién decide y al cómo se decide —en otras palabras, el principio de la soberanía popular y la regla de la mayoría— se subordina a los principios sustanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir".⁵¹ El primer ámbito se refiere a los *derechos civiles y políticos*; el segundo, a los *económicos, sociales y culturales*.

Frente a la autolimitación o autovinculación del Estado, que era el mecanismo generador y explicativo de los derechos fundamentales en el marco del positivismo (como el pacto social lo era de los derechos humanos en el del iusnaturalismo racionalista), los derechos fundamentales

[...] representan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenado a él. Por lo tanto, no se trata de "derechos del Estado", "para el Estado" o "en interés del Estado", como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría.⁵²

La desconfianza del positivismo hacia la intromisión de lo político en lo jurídico ha sido sustituida por una concepción que integra ambos espacios, desbordando lo técnico-jurídico en aras de lo material. Una vez más, las recurrencias del discurso nos llaman la atención: ciertamente, la necesidad de cohesionar el ámbito de los valores materiales, ideológico-políticos con las estructuras formales, técnico-jurídicas que los encauzan y regulan ya se experimentó en otras etapas cruciales de la evolución de los derechos. Así,

[...] las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los *principios del derecho natural* y que en

⁵⁰ *Ibid.*, p. 116.

⁵¹ L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 52.

⁵² *Ibid.*, p. 53.

el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el *principio puramente formal de la validez como positividad*, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de *principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación*.⁵³

En efecto, el contenido material de justicia que representó para los escolásticos el respeto a la *ley natural* (reducido a la no contradicción en Ockham) y para los racionalistas el *pacto social* (reducido a sus contenidos mínimos en Hobbes) se repite ahora bajo la forma de los *derechos fundamentales*. *El esquema sigue siendo el mismo: barreras frente a una voluntad soberana, sea la de Dios, la del gobernante despótico o la del poder estatal legitimado por las urnas*.

Ferrajoli compara, incluso, las constituciones rígidas con contratos sociales, auténticos pactos fundantes de la convivencia civil, llegando a afirmar que

[...] el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista [...] la idea del contrato social es una metáfora de la democracia [...] pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas, y, a la vez, como causa, precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.⁵⁴

Este lenguaje, sin duda, nos es familiar. Libre de ataduras ontológicas, de naturalezas y visiones esencialistas (aunque compatible con muchas de ellas), la idea de una sociedad civil y política como algo no natural, sino creado por el común acuerdo de los hombres para preservar sus derechos, incluso frente a quienes tienen la mayoría, es, por ahora, el punto final de una evolución que no cabe dar por cerrada, porque los modelos jurídico-políticos son lo que son sus desarrollos, y los actuales están lejos de satisfacer incluso al menos exigente. Algo parecido ocurrió en todas las épocas. Retengamos, como una ilustración más (y no me he referido a pocas) de esa recurrencia de ciertos planteamientos, una frase con la que comenzábamos este mismo capítulo:

⁵³ *Ibid.*, pp. 66-67. Las cursivas son mías.

⁵⁴ *Idem*.

[...] el sentido de los imperativos, sus posibles contenidos mínimos, su relación con la naturaleza racional y la voluntad de quien los emite, los límites de esta última, la posibilidad de que el receptor pueda negarse a obedecerlas sin quebrar el orden que les engloba tanto a él uno como al emisor, son cuestiones que, lejos de constreñirse al pensamiento medieval, continúan siendo actuales en la filosofía jurídica y política contemporánea.

Ciertamente, la lógica de esas cuestiones es similar, pero ello no debería hacernos pensar en soluciones de *philosophia perennis*; el tomismo, la única doctrina filosófica que mereció esta denominación, es tan relativo a su época e incomprensible fuera de ella como el positivismo en la nuestra. Los mismos derechos humanos son también productos históricos que, como tales, buscan trascender esa condición; pero su necesaria vocación de universalidad no debe ocultar el hecho de que siempre buscan proteger expectativas consideradas legítimas según los valores vigentes en cada época. Si los modelos no son nada sin sus desarrollos, los derechos tampoco lo son sin sus interpretaciones. Valga, por ello, una nota crítica como fin de este breve repaso de la evolución de sus fundamentos filosóficos: *los derechos humanos no tienen naturaleza, sino historia.*

LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Gaspar Escalona Martínez,
Profesor titular de Filosofía del derecho,
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS HUMANOS: CONSENSO SOCIAL Y OPINIONES DIVERGENTES. III. HISTORICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: DISTINTOS NOMBRES; GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS. III.1. DERECHOS NATURALES. III.2. DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS. III.3. LIBERTADES PÚBLICAS. III.4. DERECHOS MORALES. III.5. DERECHOS FUNDAMENTALES. III.6. MENCIÓN A LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS. IV. DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV.1. NATURALEZA JURÍDICA, NATURALEZA SUPRAJURÍDICA Y NATURALEZA AMBIVALENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV.2. CARACTERES DE LOS DERECHOS HUMANOS. V. ¿DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES? BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La expresión “derechos humanos” es una de las de uso más frecuente en nuestros días; su presencia es habitual en el lenguaje de los medios de comunicación, en el de los ciudadanos y en el de los políticos; también es un lugar común en el lenguaje de los juristas y filósofos que se ocupan de cuestiones relativas al Estado y al Derecho. Esta frecuencia de uso no garantiza —sucede todo lo contrario— que la expresión “derechos humanos” sea empleada con precisión, esto es, que tenga un ámbito significativo bien definido. Por eso, no es infrecuente afirmar que la expresión “derechos humanos” adolece de *ambigüedad significativa*, o, lo que es lo mismo, que es un *concepto impreciso*, ya que no determina a qué realidad concreta se refiere. En estas circunstancias es difícil saber de qué se está hablando al oír la expresión “derechos humanos” o “derechos

fundamentales”, que con gran frecuencia se usan como términos sinónimos, por lo que se ha propuesto la necesidad de clarificar este asunto proponiendo alguna *definición estipulativa*. En efecto, las palabras ambiguas deben ser precisadas en su significación, y una de las formas de precisión consiste en decir en qué sentido se usan. Para eso sirven las definiciones estipulativas, que son convenciones sobre cómo deben ser empleadas las palabras, a juicio de quien las usa. Este expediente proporciona claridad, ya que a una expresión (por ejemplo, derechos humanos) corresponde un ámbito significativo preciso y, por consiguiente, los interlocutores saben a qué atenerse.

Mientras la expresión “derechos humanos” se mantenga en un ámbito significativo impreciso, esto es, se utilice para designar realidades diversas —por ejemplo, *normas jurídicas positivas o valores que se postulan*— no es posible hacer ninguna indagación seria sobre su naturaleza. Preguntarse por la naturaleza de algo es asunto grave, ya que se trata de una pregunta radical (no en vano la propia palabra naturaleza tiene la misma raíz que *nascor*: nacer), puesto que se indaga a qué tipo de realidades pertenece ese algo por cuya naturaleza preguntamos y qué le hace constituirse en lo que es. Así pues, preguntarse por la *naturaleza de los derechos humanos* equivale a preguntarse *qué son y qué características poseen* tales derechos, o, por decirlo con palabras más clásicas, se trata de averiguar cuál es el elemento constitutivo que les hace ser lo que son y no otra cosa distinta. Esta tarea también implica determinar qué elementos distinguen a los derechos humanos de otras figuras afines. Conviene decir desde el principio que el asunto de la *naturaleza de los derechos humanos* está presente a lo largo y ancho de cualquier cuestión que se refiera a los mismos; por ejemplo, en todas las que se tratan en este libro. Porque los derechos humanos:

- Son una *realidad histórica*, algo que surge en el tiempo y que se consolida en diversas etapas de desarrollo y expansión; los derechos humanos constituyen un concepto histórico que surge en un momento preciso y arropado por circunstancias y necesidades de ese momento.
- Van cambiando, no sólo en su *denominación*, sino también en su *contenido*: baste recordar la existencia de distintas *generaciones de derechos*.
- Están unidos al *Estado constitucional*, al que aportan contenidos de justicia material; la idea del poder constituyente está íntimamente unida a la de derechos humanos y los Gobiernos son instituidos para el disfrute de esos mismos derechos. La Constitución no es un concepto puramen-

te formalista, sino que sólo hay Constitución si el poder está limitado por los derechos del hombre.

- Son el banco de pruebas de la *teoría de la justicia* y, por lo tanto, lugar de confrontación de distintas concepciones jurídicas: iusnaturalismo, positivismo, etcétera.
- Finalmente, no es posible separar el tema de la naturaleza de los derechos humanos de los *fundamentos filosóficos* en que se apoyan; en rigor, bajo una u otra expresión —naturaleza o fundamento—, se está hablando de cuestiones muy cercanas.

El objetivo de estas páginas no es añadir una nueva opinión sobre la *naturaleza de los derechos humanos* ni matizar o complementar alguna de las existentes, sino ofrecer una *visión panorámica* (en ocasiones muy simplificada) sobre las opiniones que se han expresado sobre ese asunto; de esta forma, se podrán enmarcar las posturas —no necesariamente coincidentes— de los autores de los distintos capítulos de esta obra dentro de un panorama general. Para conseguir el propósito señalado, se tratan los siguientes temas: en “II. Derechos humanos: consenso social y opiniones divergentes”, se ofrece una constatación del gran consenso social que existe sobre los derechos humanos, consenso que oculta las dificultades que encierra un concepto tan proteico. Es peligroso aceptar la ficción de que hablamos de lo mismo al usar las mismas palabras. Por eso, se repasan algunas definiciones típicas de los derechos humanos que, en realidad, nada definen. También se apuntan algunos argumentos de disenso entre los autores. En “III. Historicidad de los derechos humanos: diversos nombres, generaciones de derechos humanos”, se expone una aproximación a los derechos humanos como realidad histórica; esta breve indagación de los orígenes doctrinales de los derechos humanos y de las palabras que los han designado nos ofrecerá importantes frutos para nuestro propósito. En “IV. Doctrinas sobre la naturaleza de los derechos humanos” se examinan algunas doctrinas representativas acerca de la naturaleza de los derechos humanos y se hace una referencia a los caracteres que acompañan a estos derechos. Y, finalmente, en “V. ¿Derechos humanos o derechos fundamentales?” se propone la conveniencia de mantener una distinción entre ambos conceptos, que, por otra parte, cada vez está más presente en los usos lingüísticos, tanto comunes como jurídicos y políticos: los *derechos fundamentales* implican juridicidad; los *derechos humanos*, moralidad.

II. DERECHOS HUMANOS: CONSENSO SOCIAL Y OPINIONES DIVERGENTES

En nuestros días existe un gran consenso sobre el papel básico que juegan los derechos humanos en el ámbito social y en el jurídico. Este hecho es especialmente visible después de la Segunda Guerra Mundial. Los desastres de la guerra supusieron una llamada de atención a las conciencias. Con este propósito surgió la ONU, que en su carta fundacional, artículos 55 y 56, adquirió el compromiso de adoptar medidas para lograr el “respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, por lo que era necesario formular una relación de tales derechos. Una Comisión redactó el proyecto de tal elenco o lista de derechos, que fue aprobado el 10 de diciembre de 1948 como Declaración Universal de Derechos Humanos. La adopción de tal Declaración viene motivada en su *Preámbulo* con estas palabras: “el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, y se justifica o legitima en cuanto que constituye el “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”; a partir de aquí se afirma que la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye el *ideal jurídico de la humanidad*, ya que expresa la convicción de los hombres sobre la ética social y política. Los derechos del hombre —se dice— son el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo y transcriben los principios de dignidad e igualdad básica de todos los hombres. Desde entonces estamos en lo que se ha llamado “la era de los derechos” y también el “mito” o “religión de los derechos humanos”. De tal forma que hoy existe un consenso en torno a los derechos humanos: el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU es aceptado por todos; igualmente, en el centro de las Constituciones de los sistemas jurídicos contemporáneos aparece una relación de derechos básicamente coincidente con los de tal Declaración.

También existe consenso en que los derechos humanos son el banco de pruebas de la teoría de la justicia, de tal forma que se identifican justicia y derechos humanos, o, dicho con otras palabras, el *contenido material de la justicia* se expresa en la aceptación y *respeto de los derechos humanos*. Y así, el ordenamiento jurídico que no reconozca y garantice el ejercicio de tales derechos —que no los proteja eficazmente— no es un orden justo de convivencia. Esta idea viene expresada con palabras clásicas por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 16: “Toda sociedad en la

que no está asegurada la garantía de los derechos, ni definida la separación de poderes, carece de constitución”. No se puede tener un concepto puramente formalista de la Constitución, ya que “sólo hay Constitución allí en donde el poder está limitado por los derechos del hombre, y que en consecuencia es un falso poder constituyente el que no los incorpora a su obra”. Esta incorporación es fruto de la “recepción por el derecho positivo de los derechos (o principios, o valores) que afirmaron las teorías del Estado y del derecho que confluyen en las grandes revoluciones de las que surge el Estado constitucional”.¹

Pero no hay acuerdo a la hora de entender lo que significa la expresión “derechos humanos”. Y lo que es más grave: a veces no existe conciencia de este desacuerdo, ni de que algunas definiciones —las más usuales— no clarifican el sentido de la expresión, sino que mantienen la falacia de que se ha definido lo que permanece en la misma ambigüedad significativa, esto es, sin definir. Para determinar el *concepto de derechos humanos* el recurso más socorrido es acudir a alguna de las definiciones al uso. Sin embargo, para esta tarea no encontraremos gran ayuda en las definiciones más habituales. Pérez Luño,² que califica tal expresión de *paradigma de equivocidad*, de acuerdo con N. Bobbio, recoge varios tipos de definiciones de los “derechos humanos” que, pese a las apariencias y a su frecuente uso, no permiten saber realmente de qué se está hablando. Se pueden distinguir *tres tipos de definiciones* de los derechos humanos, que se mueven dentro de una gran vaguedad conceptual:

- Tautológicas* o definiciones que dicen lo mismo expresado con otras palabras. Ejemplo: “los derechos humanos son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre”. Se trata de una definición, o pretendida definición, que no aporta ningún elemento nuevo para caracterizar tales derechos. De tal forma que no nos permite saber de qué estamos hablando, ya que queda en pie la pregunta clave: ¿cuáles son esos derechos que le corresponden al hombre?
- Formales* o definiciones que nada dicen sobre su contenido. Por ejemplo: “los derechos humanos son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede o debe ser pri-

¹ F. Rubio Llorente, ed., *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, X.

² A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 25.

vado”. Esta definición, lejos de precisar qué son los derechos humanos, explicita con claridad un problema que no resuelve: la distinción entre derechos que *pertenecen* al hombre (debe entenderse que porque están establecidos en leyes positivas) o que *deben pertenecer* (debe entenderse que porque así se postula desde determinados valores o concepciones ideológicas). Tanto los derechos de los que ya goza el hombre como aquellos derechos que se desean y postulan son calificados como derechos humanos, pero, en todo caso, nada se dice sobre cuáles son esos derechos ni cuál es su extensión y contenido.

- Teleológicas* o definiciones en las que se apela a determinados fines o valores. Ejemplo: “los derechos humanos son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social o para el desarrollo de la civilización...” En esta definición tampoco se habla del contenido de los derechos humanos, sino que se hace una apelación a ciertos valores, que no son entendidos de forma unívoca. No queda precisado el contenido de los derechos humanos: las distintas concepciones del mundo entienden de distinta manera el progreso social, la civilización y el perfeccionamiento de las personas.

Para saber qué son los derechos humanos no podemos buscar ayuda en tales definiciones, ya que son ambiguas y, por lo tanto, no permiten elaborar una noción de lo definido con límites significativos precisos. Nos ofrecen, eso sí, la impresión de que se trata de algo importante y valioso. En efecto, la expresión “derechos humanos” tiene una fuerte carga positiva, es un término emotivo. Y es sabido que algunas palabras, como libertad, derechos humanos y democracia, tienen una fuerte carga emotiva, que suscitan sentimientos positivos de adhesión. Por eso, el lenguaje de los “derechos humanos” es, con frecuencia, un mero recurso retórico, del que se usa y abusa en la lucha ideológica y política, donde son entendidos de forma muy distinta, y a los que se asignan diversos contenidos. (Quizá el prestigio de la expresión venga de la confusión entre “la realidad y el deseo”, de mezclar lo existente y lo que se postula o desea. Pero todo esto es signo de que estamos en un campo erizado de problemas. Conviene apuntar algunos de ellos.)

Cuando aparece la palabra “derecho”, o en su forma adjetiva “jurídico”, se entiende *prima facie* que hace referencia a las leyes positivas en vigor en un tiempo y en un territorio determinados; leyes que están respaldadas por una

fuerza organizada que garantiza el respeto a sus mandatos. La expresión “derechos humanos”, como expresión ambigua, se mueve siempre en un contexto de uso que requiere la referencia a un *sistema normativo*; ahora bien, al hablar de un sistema normativo nos podemos estar refiriendo al sistema del derecho positivo, al sistema moral o a un ordenamiento *sui generis*, como es el derecho internacional. Dentro de este contexto

[...] los derechos humanos son, en ocasiones, auténticos derechos jurídicos, otras veces exigencias —derechos— morales, y otras suponen un tipo de pretensión que se sitúa a mitad de camino entre el derecho y la moral, como ocurre cuando un texto internacional reconoce un derecho, pero sin habilitar ningún mecanismo que se pueda considerar jurídico para su protección.³

Las palabras anteriores nos hablan de un profundo desacuerdo, que traspasa todo este asunto: los derechos humanos ¿describen una realidad que está recogida en las leyes o, más bien, postulan algo como deseable? Los derechos humanos ¿son derecho positivo o, por el contrario, pertenecen al mundo de la moral, de los ideales, de los deseos, del derecho natural o a una tierra intermedia de muy difícil localización? Hay que decir, desde el principio, que ha habido respuestas en todas las direcciones apuntadas: así, para algunos, los derechos humanos son derecho positivo, para otros son derecho natural, y otros sostienen, en fin, una postura ambivalente.

III. HISTORICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: DISTINTOS NOMBRES; GENERACIONES DE DERECHOS

Al estudiar la trayectoria histórica de los derechos humanos no se puede prescindir de un dato inicial en el que con frecuencia no se repara, a saber, que “la conciencia clara y universal de tales derechos es propia de los tiempos modernos”.⁴ Los derechos humanos surgen en un momento de la historia arrojados por unas precisas circunstancias. Antes de este periodo histórico estamos en la prehistoria de los derechos humanos; existieron posturas filosóficas que postularon la dignidad humana e, igualmente, existieron privilegios en favor de la

³ M. Atienza, *El sentido del derecho*, p. 209.

⁴ A. Truyol, *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, p. 12.

nobleza, y todo esto prepara el terreno, como un humus fecundo, para que crezca la planta delicada de los derechos humanos. Pero los derechos humanos son radicalmente otra cosa. La idea de que los hombres disponen de derechos innatos o naturales hunde sus raíces en el iusnaturalismo racionalista. De este suelo fecundo surgieron las viejas y hermosas declaraciones liberales de derechos. Heredera del iusnaturalismo racionalista es la *Declaración de independencia de los Estados Unidos de América*, que afirma:

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 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, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad.

El eco mismo de las palabras de J. Locke se puede ver en la declaración de independencia y también en la *Declaración de Derechos formulada por los Representantes del Buen Pueblo de Virginia*, que en su parágrafo I dice:

Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad.

La expresión *derechos humanos* es de utilización generalizada, pero aparece relacionada con otras expresiones, como *derechos naturales*, *derechos públicos subjetivos*, *libertades públicas*, *derechos morales*, *derechos fundamentales*, que designan la misma realidad o realidades próximas. Dichas expresiones surgen dentro de un contexto histórico, unidas a determinadas conexiones culturales y son tributarias de ideologías, intereses y concepciones filosóficas de fondo. Todas esas expresiones, según Peces-Barba⁵

⁵ G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, pp. 22-23.

[...] tienen una raíz común situada en el mundo moderno. Responden, sin excepciones, a una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media. Adelantamos que se trata de un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad y que sustituye, o al menos complementa, a las ideas del derecho como orden creado por Dios y desarrollado por el legislador humano, o como *id quod iustum est*, lo que es justo y que se descubre en la relación humana concreta. Estas dos aproximaciones, las más frecuentes en el mundo premoderno no son necesariamente contradictorias, y expresan la tensión de lo general y de lo particular, de lo sistemático y de lo tópico, que reencontraremos en el derecho moderno y en la propia dialéctica de la creación, interpretación y aplicación de los derechos humanos en nuestro tiempo.

La cultura de los derechos humanos, y consecuentemente el lenguaje que la significa, se inclina a la visión subjetiva, al referente individual, a la titularidad de los derechos, más que al sistema de normas que la sostiene y ampara. El sujeto y su protección es núcleo central necesario para la comprensión del problema y el elemento unificador último, que comunica a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos.

Para disponer de algo de claridad en todo este asunto, es oportuno recordar cómo surgen en la historia los *distintos nombres* que ha recibido esa categoría a la que genéricamente, por el momento, llamamos “derechos humanos”. Ahora bien, no siempre se ha usado la misma expresión para nombrar a tales derechos. Hacer una mención, aunque sea muy somera, a esos otros nombres y a su concreto origen y significado, nos ayudará a desentrañar qué tipo de realidad subyace bajo cada uno de ellos y cómo se ha ido perfilando el concepto “derechos humanos”.

III. 1. *Derechos naturales*

La expresión “derechos naturales”, junto con la de “derechos innatos”, que está en el origen de la historia de los derechos humanos, es propia de la *concepción iusnaturalista clásica*: se refiere a los derechos que poseen los hombres antes de incorporarse a la sociedad y con independencia de su vinculación a un Estado. En la Declaración de Virginia, ya citada, aparece la expresión *derechos innatos*; igualmente, en el preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del

Ciudadano se les llama *derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*; en el artículo 2 se habla de *derechos naturales e imprescriptibles del hombre*, y en el artículo 12 se hace referencia a los *derechos del hombre y del ciudadano*.

Para la génesis histórica del concepto *derechos humanos* es fundamental su antecedente inmediato, el concepto de *derechos naturales*, tal como lo elaboró el iusnaturalismo racionalista, mediante el proceso de subjetivación del derecho natural objetivo.⁶ ¿Cómo tuvo lugar el paso de una teoría del derecho natural abstracto a una teoría de los derechos naturales concretos? E. Fernández⁷ dice:

Creo que se puede afirmar que el paso del derecho natural objetivo (derecho como norma) al derecho natural subjetivo (derecho como facultad inherente al sujeto) se encuentra el concepto de derechos humanos como derechos naturales subjetivos. Aquí tiene su raíz el planteamiento del concepto moderno de derechos humanos. Este paso lo encontramos, por ejemplo, en la definición que da Grocio de *ius* como *qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum* (*De iure belli ac pacis*, I, 1, 4), donde *ius* se ha convertido en el concepto de derecho subjetivo, es decir, en la facultad o cualidad moral de la persona que la hace apta para poseer o hacer algo justamente.

Los *derechos naturales o innatos* se caracterizan como derechos que:

- Corresponden a todos los hombres, esto es, a cada uno, individualmente. No se considera al hombre en su dimensión genérica o abstracta, como en momentos anteriores, sino al hombre concreto, que tiene derechos de titularidad individual.
- Son previos a la pertenencia de los hombres a la sociedad, puesto que corresponden al estado o situación de naturaleza y, por lo tanto, son previos al poder político y al derecho positivo.
- Tienen carácter jurídico, porque son una proyección o subjetivación del derecho natural objetivo, del que extraen su carácter jurídico. Por consiguiente, son derechos que están al margen de las decisiones del poder: los titulares los poseen aunque el soberano los desconozca o niegue. No obstante, el poder debe reconocerlos. El acto de reconocimiento es un acto declarativo que constata que ya existen, que tienen plena vigencia;

⁶ Sobre esta cuestión ver A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de..., op. cit.*, pp. 38-44.

⁷ E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, pp. 90-91.

no es un acto constitutivo, que les haga nacer a la realidad, que les confiera la existencia a partir de ese momento.

- Tienen supremacía jurídico-política sobre las normas del derecho positivo y constituyen un límite al ejercicio del poder, por lo que, paralelamente, son una garantía para los ciudadanos.
- Son descubiertos por la razón en la naturaleza humana y/o en la voluntad divina.

La expresión “derechos naturales” está hoy en desuso, salvo en alguna concepción iusnaturalista, ya que prescinde de la historia y de la realidad social a la hora de identificar tales derechos. Por otra parte, hay que decir que tiene un ámbito de aplicación muy restringido, se refiere sólo a algunos derechos; por el contrario, la expresión derechos humanos tiene un contenido más amplio.

III. 2. *Derechos públicos subjetivos*

Los *derechos públicos subjetivos* son una creación de la Escuela del Derecho Público alemán del siglo XIX; se trata de una expresión técnica, propia de la terminología del derecho, ya que es *una forma del derecho subjetivo*, propia del individualismo. Pretende sustraer a los “derechos humanos” de sus raíces iusnaturalistas para enmarcarlos dentro del derecho positivo. Los derechos públicos subjetivos concretan las relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica, y los particulares; o dicho con otras palabras: esta categoría jurídico-política expresa el ámbito de libre actuación de que gozan los ciudadanos, porque así ha sido reconocido por el Estado. Se trata, por lo tanto, de *autolimitaciones* que el propio Estado se impone en el ejercicio de su poder. Son, en definitiva, *derechos creados por el Estado*; lo que implica el abandono de la idea de la existencia de unos “derechos” preestatales oponibles al propio Estado. Los derechos públicos subjetivos se presentan como ámbitos de libertad individual, que gozan de una regulación explícita en el ordenamiento jurídico y que disponen de mecanismos jurídicos de defensa.

La categoría “derechos públicos subjetivos” está vinculada a la *ideología individualista* y al *Estado liberal de Derecho*. Con la quiebra de esta forma de Estado, que es sustituida por el Estado social de Derecho, al poder estatal no sólo se le pide autolimitación y una actitud abstencionista, sino que, en primer lugar, la limitación del poder le es impuesta al Estado desde fuera, desde la

soberanía, que no es patrimonio estatal sino de los ciudadanos y, en segundo lugar, se le solicitan al Estado políticas activas, que son expresión de nuevos derechos económicos, sociales y culturales.

Por consiguiente, la expresión “derechos públicos subjetivos”, creación de los juristas y de muy frecuente uso en la literatura jurídica, dada su significación precisa, se circunscribe a los derechos propios del Estado liberal de Derecho. En definitiva, se trata de un concepto muy restringido, no adecuado a la realidad actual donde los derechos económicos, sociales y culturales, los más característicos de nuestro tiempo, no tienen cabida en una expresión que es anterior al surgimiento del Estado social de Derecho.

III. 3. *Libertades públicas*

El término, *libertés publiques*, de origen francés y presente en su tradición, donde constituye una categoría jurídica constitucional, se refiere a los *derechos reconocidos en el sistema jurídico*, cuyo ejercicio está garantizado por mecanismos eficaces de defensa. Constituyen espacios de libertad individual que el ordenamiento jurídico resguarda de posibles intromisiones del poder estatal. Fácilmente se ve que su configuración ofrece concomitancias con los derechos públicos subjetivos.

Sobre el origen de esta expresión vinculada al término derechos humanos, dice Peces-Barba⁸

[...] que el término “libertades” se usa junto con el término “privilegios”, y a veces con “derechos” y “franquicias”, en textos premodernos, y de los primeros siglos de la modernidad (XVI y XVII), para significar los derechos corporativos de los gremios, de los órdenes sociales, de los habitantes de las ciudades, de ahí que se usase junto y casi como sinónimo de privilegios. Más tarde, a partir del tránsito a la modernidad, “libertades” extiende su uso para referirse a derechos individuales. Encontramos ya el término libertades en la Carta Magna de 1212, para todos los hombres libres —número 1—, para la Ciudad de Londres y para las demás ciudades, villas y puertos —número 13—, en la “Petición de Derechos” de 1628 (número III y número XI), e incluso algún texto del XVII se denomina

⁸ G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 29-30.

“Cuerpo de libertades”, como el de la Bahía de Massachusetts de 1641. La denominación “libertades” se sitúa más bien en un contexto historicista, como el del viejo y buen derecho de los ingleses, y no supone una referencia abstracta y racional como la de los derechos humanos, sino la identificación de franquicias o derechos de carácter positivo. En todo caso forma parte del lenguaje natural usado por los ciudadanos, e incluso más extendido, al menos hasta el siglo XVIII, que el de derechos humanos.

Este arraigo explica la mayor sintonía con el término “libertades públicas”, aunque su origen no esté en el lenguaje natural, sino sea producto de una estipulación.

El término libertades públicas es empleado en nuestros días con imprecisión, ya que es entendido de varias maneras. Dice Pérez Luño⁹ “No deja de sorprender el hecho de que para algunos sectores de la doctrina los derechos humanos y las libertades públicas son una misma cosa. “Y a-t-il lieu de distinguer les libértés des droits de l’homme?” —se pregunta Robert Pelloux—, para inmediatamente responder: “nous ne le pensons pas. La consécration juridique ne dépend pas de l’usage d’unt mot plutôt que d’un autre”.

Otro sector, sin embargo, prefiere mantener una neta distinción entre ambos términos, en base al carácter estrictamente jurídico-positivo de las libertades públicas. Ahora bien, entre quienes en principio sustentan esta tesis no dejan de existir marcadas divergencias.... A juicio de Rivero, los derechos humanos y las libertades públicas no coinciden, ya que, de una parte, no se sitúan en el mismo plano, puesto que las libertades públicas son sólo aquellos derechos humanos positivados, y, de otra, no tienen el mismo contenido porque los derechos sociales no se pueden considerar libertades públicas, en cambio sí son derechos humanos.

En general, la expresión “libertades públicas” tiene un alcance significativo restringido: su ámbito de aplicación está circunscrito a los llamados derechos de autonomía (derechos civiles individuales). La expresión “derechos humanos” comprende también los derechos de participación (derechos políticos) y los derechos de prestación (derechos sociales).

⁹ A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de..., op. cit.*, pp. 36-37.

III. 4. *Derechos morales*

La denominación “derechos morales” es una creación doctrinal reciente, de origen anglosajón, que no ha tenido reflejo en declaraciones o documentos internacionales referidos a los derechos humanos, aunque sí una amplia difusión en distintos ámbitos culturales, especialmente en los de lengua castellana. Se trata de un nuevo nombre para referirse a esos *derechos básicos de la persona que son previos al Estado y a sus normas*. En principio, parece que no tiene sentido hablar de *derechos morales* por la contradicción que la expresión supone. Sin embargo, M. Atienza¹⁰ alega las siguientes razones que justifican su uso:

Por un lado, es perfectamente comprensible qué se quiere decir con “derechos morales”: serían los que derivan de la existencia de ciertas normas morales, bien se trate de la moral positiva o de la moral crítica. Y, por otro lado, uno de los usos más característicos de la expresión “derechos humanos” tiene un carácter reivindicativo: expresa una crítica al derecho positivo, porque no contiene un derecho que debería contener. Si no se pudiera hablar de “derechos morales”, entonces difícilmente podríamos atribuir sentido a una frase como “el derecho nazi violaba los derechos humanos de los judíos” o “en Afganistán se violan los derechos humanos de las mujeres”.

Uno de los máximos impulsores del uso del nombre y del concepto de “*derechos morales*” es R. Dworkin, que los caracteriza como “*triumfos frente al Estado*”. Son “derechos” que se pueden esgrimir frente al poder ya que se trata de prerrogativas o exigencias de los individuos apoyadas en valores morales básicos —dignidad humana—, y que, por lo tanto, prevalecen frente a las normas del derecho positivo, por el que deben ser reconocidos y respetados. Son “*derechos contra el Estado*”.

Nuestro sistema constitucional —dice R. Dworkin—¹¹ descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del “Bill of Rights”, como las cláu-

¹⁰ M. Atienza, *El sentido del derecho*, op. cit., p. 209.

¹¹ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 230-231.

sulas de *igual protección y de proceso debido*, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política.

En estas palabras se trasluce el papel preponderante que en los sistemas jurídicos de tradición anglosajona desempeñan los tribunales, a los que se les piden soluciones de justicia material.

También aboga Dworkin¹² por soluciones de justicia material al apelar a la necesaria vinculación del derecho constitucional con la teoría ética.

El derecho constitucional no podrá hacer auténticos avances mientras no aísle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa. Ello requiere una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética, una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse. Es perfectamente comprensible que los juristas teman la contaminación de la filosofía moral, y especialmente la de aquellos filósofos que hablan de los derechos, porque los matices fantasmales de ese concepto amenazan con ser la tumba de la razón. Pero en la actualidad hay un nivel filosófico superior, al que pueden recurrir los abogados. El profesor Rawls, de Harvard, por ejemplo, ha publicado un libro sobre la justicia, abstracto y complejo, que ningún abogado constitucionalista puede dejar de leer. Sin embargo, no es necesario que los abogados desempeñen un papel pasivo en la estructuración de una teoría de los derechos morales en contra del Estado, de la misma manera que no estuvieron al margen de los progresos de la economía y la sociología jurídica. Deben reconocer que el derecho no tiene, frente a la filosofía, más independencia de la que tiene frente a estas otras disciplinas.

Dentro de la cultura jurídica en lengua castellana posiblemente fue Carlos Santiago Nino quien introdujo por primera vez la expresión derechos morales en su obra *Ética y derechos humanos*; también se adscriben a esta concepción, con matices y aportaciones originales, E. Fernández, F. Laporta, A. Ruiz Mi-

¹² *Ibid.*, p. 233.

guel y M. Atienza. En concreto, E. Fernández entiende que la expresión “derechos morales” pretende describir

[...] la síntesis entre los derechos humanos entendidos exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos”. Estamos, por lo tanto en una tierra media entre exigencias éticas y derechos positivos. Desde el punto de vista de la ética, se apoyan en la dignidad humana; su dimensión jurídica los impulsa a convertirse en derecho positivo. Por eso, “el sustantivo “derechos” expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad y pretensión de que para su “auténtica realización”, los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico, es decir, que a cada derecho humano como derecho moral le corresponde paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico del término.¹³

Entre la doctrina de los “derechos morales” y la teoría de los “derechos naturales”, pese a sus diferencias, existe un claro paralelismo en algunos aspectos. En efecto, los “derechos morales” tienen su origen y apoyo en el reino de valores morales, instancia superior que no se discute (como el derecho natural); los valores, encarnados sobre todo en la dignidad humana, tienen validez ética independientemente de lo que regulen las normas sociales, de tal forma que su validez no necesita el reconocimiento de las normas positivas (también el derecho natural tiene validez, con independencia de la legislación positiva) y, finalmente, las pretensiones morales son tan básicas y revestidas de superioridad que implican de suyo ser incorporadas a las normas positivas (paralelo a la teoría del reconocimiento del iusnaturalismo: el derecho positivo con su legislación explícita lo que ya tenía validez).

Peces-Barba¹⁴ entiende que estamos ante una expresión inadecuada, ya que no integra toda la compleja textura de los derechos. Para ello alega los siguientes argumentos: se trata de una terminología ajena a la cultura jurídica continental; es difícil distinguir el concepto de derechos morales del de derechos naturales, con los que, a veces, se los identifica; es un concepto que predispone a una aproximación racional, abstracta y ahistórica de los derechos: a menudo prescinde de las necesidades conexas con la evolución de la realidad

¹³ E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, pp. 108-109.

¹⁴ G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 34-36.

social, por lo que dificulta la ampliación del catálogo de los derechos; su condición como derechos previos y triunfos frente al Estado los reduce a los derechos de autonomía propios de la época liberal y dificulta su ampliación a los derechos de participación política y a los derechos económicos, sociales y culturales; a todo ello hay que añadir que se produce una confusión entre derecho y moral, de consecuencias no deseables, que consisten “en la quiebra de un viejo principio, raíz de la Ilustración, base de la tolerancia y de la libertad, y punto de partida histórico de los propios derechos humanos, la distinción entre derecho y moral, que vino a superar el dogmatismo y la tentación de la imposición por la fuerza de las verdades morales”.

III. 5. *Derechos fundamentales*

La expresión derechos fundamentales, *droits fondamentaux*, aparece en Francia antes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Su gran difusión y fortuna, sin embargo, se debe a la Escuela del Derecho Público alemán. Los derechos fundamentales, “*Grundrechte*”, son el fundamento de todo el orden jurídico-político, que establece un sistema de relaciones entre el individuo y el Estado. Los derechos fundamentales son aquellos derechos que las constituciones o leyes fundamentales reconocen a los ciudadanos. Éste es el sentido originario del término. Son *derechos* porque forman parte del ordenamiento jurídico que los reconoce como tales; son *fundamentales*, ya que el mismo ordenamiento jurídico los ha dotado de un rango especial, de garantías reforzadas para su ejercicio y, por último, constituyen el fundamento de todo el orden jurídico-político del Estado constitucional. Según esto, no hay más derechos que los reconocidos en el ordenamiento jurídico. A veces se les denomina *derechos constitucionales*.

En un sentido más amplio, también se usa la expresión *derechos fundamentales* para referirse no sólo a los reconocidos por las Leyes fundamentales, sino a todos aquellos derechos que, por su importancia, al tratarse de unos derechos básicos o fundamentales, se encuentran apoyados en las exigencias de la dignidad humana. A. E. Pérez Luño¹⁵ dice:

¹⁵ A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 31.

Frente a estas caracterizaciones de los derechos fundamentales que coinciden en situarlos en el plano de la estricta positividad, no ha faltado quien postulara su naturaleza ambivalente. De este modo, se los considera como una resultante de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación normativa en el derecho positivo.

Tal es la opinión de G. Peces-Barba —perspectiva dualista—, que en una obra posterior¹⁶ dice que los derechos fundamentales pueden comprender

[...] tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.

Hay que hacer notar que en los usos habituales del lenguaje, las expresiones *derechos humanos* y *derechos fundamentales* tienen *distinta extensión*: no todos los derechos humanos han sido reconocidos como derechos fundamentales por los distintos ordenamientos jurídicos, ni todos los derechos fundamentales tienen necesariamente la condición de derechos humanos. Los derechos fundamentales se mueven en la estricta positividad y son aquellos derechos humanos positivizados en la Constitución del Estado (que resumen la ideología política que se desprende de ese ordenamiento jurídico particular). Dentro de los usos lingüísticos se constata una cierta tendencia¹⁷ “a reservar la denominación ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos humanos positivados en el derecho interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”.

III.6. *Mención a las generaciones de derechos humanos*

La historicidad de los derechos humanos tiene una clara manifestación en las llamadas generaciones de derechos, cuya caracterización no es del todo segura.

¹⁶ G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., p. 37.

¹⁷ A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de...*, op. cit., p. 31.

Como los derechos humanos constituyen una categoría histórica que nace en el tránsito de la modernidad y crece en el seno del iluminismo que, a su vez, inspira las revoluciones burguesas del siglo XVIII. El despliegue histórico de las libertades cobra forma al compás de las necesidades sentidas por la sociedad y de la percepción que de ellas se tiene. Según esto, es lógico que los conceptos históricos surjan teñidos con los perfiles ideológicos del contexto cultural que los alumbró. Y así, los derechos humanos surgen como libertades individuales con un claro color individualista: estos *derechos de libertad y de participación* —derechos civiles y políticos—, integran la *primera generación* de los derechos humanos. Pero la historia y las necesidades humanas no se detienen: las luchas sociales del siglo XIX propugnan completar la nómina de libertades y derechos de corte individualista con una *segunda generación* de derechos humanos: los *derechos económicos, sociales y culturales*. El Estado social de Derecho, que sustituye al Estado liberal de Derecho, sirve de vehículo para la plasmación jurídica y política de los nuevos derechos humanos. Cada una de estas dos generaciones de derechos (generaciones distintas, no opuestas, ni menos incompatibles —según la opinión mayoritaria y más fundada—) pone el énfasis en aspectos distintos y también son diferentes los cometidos que se piden al Estado: los derechos de la primera generación, como derechos de defensa de las libertades individuales frente al poder del Estado, exigen a los poderes públicos autolimitación y que no interfieran en la esfera privada; los derechos de la segunda generación, por el contrario, exigen una política activa por parte de los poderes públicos, que se concreta mediante la técnica jurídica de prestaciones y servicios sociales. La *tercera generación* de los derechos humanos se constituye en torno al derecho a la paz, a la calidad de vida o a la libertad informática. Esta tercera generación viene a responder a nuevas necesidades, que no habían aparecido en las fases anteriores, y es respuesta al fenómeno reciente de contaminación de las libertades (*liberties pollution*) ante algunos usos de las nuevas tecnologías.

En el despliegue de los derechos humanos se manifiesta el contenido de los valores de la *dignidad*, la *libertad* y la *igualdad*. En cada momento se ha puesto el énfasis en alguno de esos valores, y es visible una continuidad entre ellos. Los derechos que tienen como objeto la defensa de la integridad moral o física constituyen una concreción de la *dignidad* personal; los que se refieren a las libertades personales o políticas traen su causa del valor *libertad*; los derechos económicos, sociales y culturales explicitan el valor *igualdad*. Cuando se afir-

ma que los derechos humanos concretan el contenido material de la justicia, se está haciendo alusión precisamente a esos valores: dignidad, libertad e igualdad, valores a los que se acude cuando se quiere definir la justicia.

IV. DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Después de este breve recorrido por la historia de los nombres que ha recibido una categoría a la que llamamos genéricamente, siguiendo el uso común del lenguaje, *derechos humanos*, advertimos que existen unos paralelos entre distintos nombres. Así, las expresiones *derechos naturales* y *derechos morales* afirman la existencia de *derechos anteriores al Estado* y que éste tiene que *reconocer*; por otra parte, las expresiones *libertades públicas*, *derechos públicos subjetivos* y *derechos fundamentales* (esta última expresión en su uso mayoritario) se adscriben a la doctrina de la *creación* de los derechos por el ordenamiento jurídico. Las palabras no son inocentes, sino que revelan la concepción que se sustenta sobre los objetos a los que se refieren. Por lo tanto, los distintos nombres que se han asignado a lo largo de la historia (derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos morales y derechos fundamentales) son expresión de concepciones distintas sobre la naturaleza de los derechos humanos. Por el significado de los diferentes nombres podemos llegar a una primera aproximación al tema que nos ocupa.

IV.1. *Naturaleza jurídica, naturaleza suprajurídica y naturaleza ambivalente de los derechos humanos*

En lo que sigue no se va a defender una nueva doctrina de la naturaleza de los derechos humanos, ni a matizar alguna de las existentes. El propósito —ya confesado— es más modesto: ofrecer algunos datos sobre el estado de la cuestión acerca de la naturaleza de los derechos humanos. Sobre este asunto tan controvertido se amontonan las preguntas: los derechos humanos ¿son valores o principios, o, por el contrario, pertenecen al derecho positivo?, ¿cuál es su contenido y extensión?, o, dicho de manera aparentemente más elemental: ¿qué son los derechos humanos? o ¿qué queremos decir cuando usamos dicha expresión? Por cierto, esta cuestión no está alejada de la pregunta sobre el fun-

damento de los derechos humanos. Todas estas cuestiones remiten a la *pregunta por su naturaleza* o por su íntima estructura constitutiva. Las respuestas que se han ofrecido son muy variadas. Desde el *iusnaturalismo* se afirma que los derechos humanos son la versión subjetiva del derecho natural: *derechos naturales*; también se sostiene, sin alusión expresa al derecho natural, la existencia de *derechos morales*. Desde el *positivismo* se sostiene la tesis llamada legalista, que afirma que es la ley la que da origen a los *derechos fundamentales*, la que los constituye. Y, finalmente, existen las opiniones que se mueven en un ámbito intermedio (con independencia del nombre que se les asigne), ya que pretenden unir los valores y la positividad; son posturas que se califican de *ambivalentes*. Para mayor facilidad en el acercamiento a la naturaleza de los derechos humanos, podemos agrupar las distintas opiniones en *tres bloques* muy esquemáticos: quienes defienden una *naturaleza suprajurídica* o extrajurídica o suprapositiva; quienes defienden una *naturaleza jurídica* o positiva, y un tercer grupo que defienden —se confiese así o no— la *naturaleza ambivalente* o mixta de los derechos humanos.

Los derechos humanos tienen una *naturaleza suprajurídica*. Esta tesis está representada por los defensores del uso de las denominaciones *derechos naturales* o *derechos morales*. (Aún incurriendo en un exceso de esquematismo, hay que recordar, como vimos antes, que adherirse al nombre de derechos morales conlleva, de alguna forma, una postura cercana al iusnaturalismo.) Esta denominación es aceptada de buen grado por los autores que se consideran iusnaturalistas: en alguna de sus versiones se parte expresamente de la existencia del llamado derecho natural como un orden jurídico superior a las leyes positivas. Ese derecho natural es visto como un derecho objetivo, como un conjunto de normas que tienen su origen en Dios, en la naturaleza humana o en la razón de los hombres. De esas normas del derecho natural objetivo se derivan unos derechos subjetivos, que en principio se llamaron derechos naturales y que hoy reciben el nombre de derechos humanos. Esta doctrina sostiene que el derecho positivo debe *reconocer* los derechos naturales que el hombre posee, derechos que tienen plena validez jurídica como facultades intrínsecas de los hombres. En efecto, se reconoce aquello que ya existe; reconocer es constatar que algo tiene existencia previa; el acto de reconocimiento por parte del derecho positivo es un acto declarativo, no constitutivo. Estos derechos que se reconocen —se dice— que tienen carácter universal, esto es, que los poseen todos los hombres, y que están situados en un plano superior

respecto a los derechos de los ordenamientos jurídicos, ya que por su pretensión de vigencia positiva deben ser positivados por los ordenamientos jurídicos de los Estados. Por consiguiente, los derechos humanos son facultades, de las que disponen todos los hombres, apoyadas no en las normas positivas, sino en un orden suprapositivo —el derecho natural.

Los derechos humanos tienen una *naturaleza jurídica*. Esta tesis es defendida por los partidarios del uso de la expresión *derechos públicos subjetivos*, y la mayoría de los que usan la expresión *libertades públicas* o *derechos fundamentales*. Esta concepción de los derechos humanos recibe también el nombre de *concepción legalista*, ya que sólo las leyes positivas pueden dar origen a derechos. De tal forma que el derecho positivo no reconoce derechos anteriores a sus preceptos, sino que es la única instancia competente en materia de derechos. Es el derecho positivo el que *constituye los derechos*, los hace nacer a la vida jurídica. Cada ciudadano dispone de los derechos formulados en las leyes positivas, que disponen de medios eficaces para su garantía y tutela. Antes del *acto de constitución de los derechos* por parte del derecho positivo se podrá hablar de valores, de exigencias morales o de situaciones futuras deseables, pero no propiamente de derechos o de pretensiones jurídicamente exigibles.

Los derechos humanos tienen una *naturaleza ambivalente*. Así son entendidos los *derechos morales* y los *derechos fundamentales* en algunas de sus versiones. También existen doctrinas que, en la práctica, se mueven en esas aguas intermedias al afirmar, al mismo tiempo, que los derechos humanos participan tanto de los valores como de la positividad del derecho. Estaríamos en presencia de un concepto con dos dimensiones: los derechos humanos, por una parte, entrañan postulados de “deber ser” (valores éticos), que es su dimensión utópica, pero junto a esta también encarnan un proyecto emancipatorio concreto, que cristaliza en unos postulados de “ser” (derechos subjetivos). Según esto, los derechos humanos son valores o modelos de un derecho futuro, y, a la vez, son derecho positivo desde el momento que están incorporados a los ordenamientos jurídicos. La concepción de los derechos humanos, tanto de G. Peces-Barba como de E. Fernández, citadas antes, se adscriben, de hecho, a esta naturaleza ambivalente. Y también A. Pérez Luño¹⁸

¹⁸ A. E. Pérez Luño *et al.*, *Teoría del derecho, una concepción de la experiencia jurídica*, p. 222.

En la noción de los derechos humanos se conjugan su raíz *ética* con su vocación *jurídica*. A tenor de ella los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica; implican exigencias éticas de “deber ser”, que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero, al propio tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas. Cuando esa recepción se produce, en el derecho interno, nos encontramos con los *derechos fundamentales*.

La gran pregunta en todo el asunto de la naturaleza de los derechos humanos es esta: ¿hay derechos anteriores al Estado, o, por el contrario, todos los derechos son creación del Estado? Esta disyuntiva aparece de muchas formas. Históricamente se ha manifestado bajo la forma de los límites al poder y se han ofrecido respuestas diferenciadas: para el racionalismo, el poder está constreñido por algo *extrajurídico*: *los derechos naturales*; en el positivismo, por algo *intrajurídico*, que ha creado el propio ordenamiento jurídico: *los derechos públicos subjetivos*. Hoy, esta cuestión reviste dos modalidades: la polémica sobre el *valor de los principios* y la contraposición entre *legitimidad formal* y *legitimidad material*.

El valor de los principios. Hay que tener en cuenta que al hablar de los principios no sólo se hace mención a los llamados principios constitucionales (lo que ya es bastante ambiguo, dada su formulación sincrética), sino que dentro de la expresión “principios” cabe un contenido más amplio, que va desde la afirmación de principios éticos objetivos hasta la afirmación del derecho natural. En las constituciones rígidas hay algunas normas de mayor densidad de contenido, los llamados principios constitucionales. Ahora bien, para algunos, esos principios juegan un papel secundario y las auténticas normas son las reglas concretas del ordenamiento; para otros, los principios ejercen la primacía dentro del ordenamiento jurídico, y, en concreto inspiran la labor del legislador. En referencia a la situación española (aunque lo que se dice es extrapolable a otros contextos) tenemos estas dos posturas:

Desde un iusnaturalismo abierto, A. Pérez Luño¹⁹ entiende que nadie discute el alcance jurídico-positivo de los derechos promulgados por el procedimien-

¹⁹ A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 61-65.

to casuístico, aunque sí hay criterios dispares sobre el sentido normativo de los valores y principios constitucionales. En efecto,

[...] mientras para determinados autores los valores y principios constitucionales son meros postulados programáticos, reflejo de determinadas ideologías filosóficas o políticas, que por su propia naturaleza no pueden traducirse en reglas obligatorias, para otros constituyen auténticas normas jurídico-positivas que imponen determinadas conductas, sea al poder legislativo, sea al poder ejecutivo o a la propia administración de justicia.

En favor de la normatividad de los principios constitucionales aduce diversos argumentos. En primer lugar, la existencia de las llamadas “normas constitucionales inconstitucionales”, apoya la doctrina que ofrece primacía a los valores y principios constitucionales hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las normas constitucionales que contradigan su sentido. También se puede aducir su protección reforzada en relación a los requisitos para su reforma, así como su carácter informador de la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad por infracción de los valores y principios constitucionales. Por otra parte, la necesidad del desarrollo legislativo de los derechos constitucionalizados como principios no implica la negación de su carácter jurídico-positivo, ya que la sentencia del T. C. del 8 de junio de 1981 dice: “Debe señalarse que la reserva de ley que efectúa... la norma fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata”.

Desde la óptica positivista, F. Rubio Llorente²⁰ entiende que la Constitución española es “ubérrima en principios” y que se complican las cosas, porque también “proclama valores”. El término principios es utilizado en varios sentidos en la Constitución, lo que impide construir un concepto “constitucional” de los mismos, por lo que “hay que resignarse a operar con un concepto puramente teórico, válido para cualquier derecho positivo...” La doctrina entiende por principios las ideas sobre las que se basa la organización política del Estado; la idea básica sobre la que se articula una institución; la norma que incor-

²⁰ F. Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y...*, op. cit., XIII-XIX.

para un “mandato de optimización”, en terminología de Alexy, y, finalmente, como “principios generales”, para designar

[...] aquellas ideas básicas de justicia a las que el juez ha de acudir para derivar de ellas la regla de decisión, cuando no puede alcanzarla haciéndola derivar directamente de una norma, o del empleo de los métodos de integración que el ordenamiento prevé o tolera, y eventualmente para interpretar las normas, e incluso inaplicarlas al caso concreto.

Que los principios actúen para moderar la aplicación de las leyes o acomodarlas al caso concreto o para impedir injusticias notorias, no ofrece dificultad, “la dificultad surge cuando se pretende utilizar el principio no escrito como criterio para determinar la validez del derecho escrito”. Atribuir a los principios una fuerza superior a la de la ley misma es muy peligroso, porque

[...] este género de afirmaciones explícitas, de premisas implícitas, o de sobreentendidos apenas racionalizados, crean, a mi juicio, una situación de confusión de la que resulta no poco daño para la autoridad de la ley y el recto entendimiento del lugar que ésta ha de ocupar en las democracias contemporáneas.

Por lo que concluye que “la proclamación de principios del apartado tercero del artículo 9 de nuestra Constitución... está tan fuera de significado normativo real como la proclamación (o promulgación) de valores del artículo primero”.

Legitimidad formal y legitimidad material. La legitimidad formal puede asociarse al positivismo y la legitimidad material a la apertura a ciertos valores que todavía no están formulados en leyes positivas. Desde la legitimidad formal se habla de los derechos fundamentales que integran el ordenamiento jurídico; desde la legitimidad material, de los derechos humanos que deben integrarse en las leyes positivas. Los valores éticos actúan de mediadores entre la política y el derecho, o entre los poderes y las normas. De ahí que se haya afirmado que los derechos humanos son los valores éticos que informan el modelo de organización jurídico-política que llamamos Estado de Derecho, que se manifiesta como una síntesis de moral, política y derecho.

El Estado de Derecho —dice A. Pérez Luño—²¹ es aquella forma política que supone la más completa sujeción del poder a la legalidad; pero no a una lega-

²¹ A. E. Pérez Luño, *Teoría del derecho, una concepción de la experiencia jurídica*, p. 169.

alidad neutra abierta a cualquier contenido, sino a una legalidad legítima, en cuanto necesariamente orientada a garantizar los derechos fundamentales. El Estado de Derecho entraña la fundamentación del poder político en la soberanía popular; soberanía que se ejerce a través de la ley. Por eso, la ley que garantiza la seguridad de los ciudadanos y a la que éstos, en reciprocidad, deben obediencia no es el dictado de una voluntad arbitraria o despótica, sino la expresión de la voluntad general. A ello se añade que el bloque de legalidad del estado de derecho no es axiológicamente neutro. Dicha legalidad se halla legitimada formalmente por el principio de imparcialidad de su origen (voluntad mayoritaria del pueblo) y de sus destinatarios (igualdad ante la ley), y materialmente por poseer un contenido moral básico perfectamente delimitado: el reconocimiento en términos de normas positivas (bajo la forma de derechos fundamentales) de los derechos naturales o derechos humanos.

Los *principios constitucionales* juegan a veces el mismo papel que en otros tiempos jugó el derecho natural: ser criterio inspirador de la legislación positiva, pero, a la vez, son la más alta expresión del derecho positivo: están recogidos en su norma máxima, la Constitución, a la que aportan su contenido material. Es el modelo denominado *Estado constitucional de Derecho*, que supera la concepción procedimental de la democracia y pone en vigor una democracia material unida en su contenido a los derechos humanos. Esto viene a diluir —según se afirma— la secular contraposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. En este sentido, Ferrajoli²² dice:

[...] las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazados por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

Asimismo, afirma esas condiciones sustanciales de validez de las leyes “con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones...”

²² L. Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, pp. 66-67.

IV.2. Caracteres de los derechos humanos

Como es lógico, cada concepción sobre la naturaleza de los derechos humanos entiende que éstos tienen unas características u otras; y es que, en rigor, los caracteres o cualidades son los que definen la naturaleza, o esta se manifiesta a través de ellos. Desde la postura que sostiene la *naturaleza suprajurídica* de los derechos humanos, se atribuyen a éstos las mismas características que al derecho natural del que derivan, por lo que afirman que estamos ante unos derechos *universales, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles*; en otros momentos históricos también fueron calificados como *absolutos*, si bien hoy se afirma que son limitados, por lo menos en su ejercicio. Desde las posturas que afirman la *naturaleza jurídica* los derechos humanos, se caracterizan de manera diferente: por ejemplo, no se puede decir que tales derechos sean universales si son creados por unas normas positivas, ya que ningún derecho positivo legisla para toda la humanidad. El estudio de los caracteres de los derechos humanos pone de manifiesto que bajo el mismo nombre —“derechos humanos”— se esconden realidades distintas. Llegados a este punto, puede ser de interés enumerar algunos problemas que surgen en relación con las características de los derechos humanos y que son un banco de pruebas de las distintas concepciones sobre los mismos.

Por ejemplo, con relación a la universalidad e inalienabilidad de los derechos humanos, M. Atienza²³ plantea las siguientes cuestiones. Si predicamos la *universalidad* de los derechos humanos por entender que todos los hombres tienen iguales derechos porque participan de una naturaleza común, surgen desde el principio una serie de cuestiones, entre otras las siguientes: el concepto mismo de persona no es una cuestión pacífica: ¿en qué momento se empieza a ser persona? y ¿qué pensar de los llamados derechos de las generaciones futuras? Otro tanto se puede decir respecto a los ordenamientos jurídicos que hablan de los *derechos de los nacionales*, que son diferentes a los derechos de los extranjeros (por ejemplo, artículo 14 de la Constitución española —y hay que recordar que existen preceptos similares en todas las Constituciones contemporáneas—), ¿esa medida va contra los derechos humanos? Otra cuestión, ¿cómo casar la universalidad de los derechos con la atribución de derechos a los trabajadores, los niños, los ancianos...? Respecto al carácter de *inalienables*

²³ M. Atienza, *El sentido del derecho*, pp. 214-217.

de los derechos humanos surgen cuestiones relativas a la posibilidad o no de renunciar a la vida: ¿la eutanasia es un derecho humano o un atentado a los derechos humanos? Los derechos humanos fueron calificados de absolutos en las declaraciones liberales de derechos, hoy se acepta su carácter limitado, al menos en su ejercicio por el carácter social de todos los derechos, pero ¿cómo resolver los conflictos entre los derechos? Por ejemplo, entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y a la intimidad personal. ¿Cuál es la jerarquía u orden de prelación entre los derechos? Los derechos humanos ¿se poseen sólo individualmente o pertenecen también a ciertos grupos? Si hablamos de los derechos de los trabajadores o de los niños podemos decir que los poseen todos los trabajadores y todos los niños... pero al hablar de la autodeterminación de los pueblos ¿el titular es cada individuo o, por el contrario, el pueblo en su conjunto?

V. ¿DERECHOS HUMANOS O DERECHOS FUNDAMENTALES?

Después de este apresurado recorrido sobre la naturaleza de los derechos humanos (con un afán meramente descriptivo, motivado por el propósito confesado de ofrecer un panorama de distintas tesis, que permita situar las distintas opiniones de los intervinientes en este trabajo), se puede afirmar que si se quiere hacer algo de luz en este asunto, es necesario que las palabras tengan un significado preciso. Son tantos los usos y los significados que se asignan a la expresión “derechos humanos”, que quizá sea conveniente proponer una definición estipulativa, para que el lenguaje sea un instrumento útil de comunicación y no un factor de confusión. Rubio Llorente²⁴ ha escrito sobre los peligros del uso retórico de las categorías jurídicas. Y J. Bentham, en su conocido trabajo *Anarchical Fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution*, afirmó la necesidad de emplear un lenguaje riguroso en los asuntos jurídicos y políticos.

En efecto, en este terreno, según J. Bentham, palabras tales como ley, derechos, seguridad, libertad, propiedad y poder soberano —palabras con una fuerte carga emotiva— se emplean con frecuencia creyendo que existe un acuerdo sobre su significado, pero tales expresiones tienen acepciones muy distintas.

²⁴ F. Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y...*, op. cit., VIII.

En la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Revolución francesa hay un uso impreciso y equívoco de la expresión derechos humanos: hay una confusión entre la realidad y el deseo, porque se usa un lenguaje que da a entender que los simples deseos son ya realidad. Ahora bien, que existan muchas y plausibles razones para desear la presencia en la vida social de los derechos humanos no los convierten sin más en realidades, porque las necesidades no son los remedios, ni el hambre es el pan. En el lenguaje de la declaración de derechos a la que se refiere J. Bentham existe una confusión entre el nivel descriptivo y el prescriptivo: por ejemplo, en el artículo primero se dice: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, esto no es describir una realidad, sino formular un deseo, ya que la realidad práctica desmiente esa libertad e igualdad entre los hombres. Ciertamente genera confusión usar términos descriptivos —los que se refieren a hechos, al “ser”— cuando se designan a objetivos pretendidos que se encuentran en el mundo del “deber ser”. Los derechos humanos se formulan en términos descriptivos, pero la función que cumplen es prescriptiva. Para salir de esta confusión —sigue diciendo J. Bentham—, es necesario saber si la expresión “derechos humanos” se refiere a derechos jurídicos o a los llamados “derechos” morales; siempre tiene que estar claro si nos referimos a pretensiones de los sujetos que realmente *están* protegidas por las leyes del país o a pretensiones que *deben estar* protegidas. Jugar con expresiones ambiguas en el mundo del derecho es peligroso, porque conduce al desorden y a la anarquía. La palabra “derecho”, como sustantivo, tiene dos acepciones: la *legal*, que expresa lo que está de acuerdo con lo que dicen las leyes positivas —único sentido propio—, y la *antilegal*, que es aquella que reconoce un derecho que ataca a la ley alegando unos principios de los que se dice que son superiores a ella. La pretendida ley de la naturaleza —el derecho natural— es una metáfora empleada por retóricos, poetas y charlatanes de la legislación.²⁵

En nuestros días, sobre el tema que nos ocupa, las dos expresiones más empleadas son *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. La expresión “derechos fundamentales” tiene un ámbito significativo más preciso y restringido que la expresión “derechos humanos”. Es posible enumerar los derechos fundamentales de los que disponen los ciudadanos sujetos a un determinado ordenamiento jurídico; por el contrario, no es posible elaborar un catálogo completo

²⁵ Véase A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de..., op. cit.*, pp. 26 y ss.

de los derechos humanos de aceptación universal, ya que tal catálogo sería para algunos demasiado escaso y para otros demasiado extenso. Y es que los derechos humanos al no tener como límite una legislación positiva, sino ser expresión de las propias concepciones sobre lo que es deseable, de los ideales propios, que son subjetivos, esto es, de la ideología personal, entrañan de suyo una gran vaguedad y constituyen un concepto abierto. Concepto al que se le asignan distintos contenidos. Por lo tanto, no debe extrañarnos la vaguedad del concepto de derechos humanos. Dicha vaguedad, de acuerdo con L. Prieto,²⁶ responde a una característica de la función histórica utópica o emancipatoria que tales derechos felizmente han cumplido:

En resumen, considero que la vaguedad que rodea el concepto de derechos humanos puede ser consecuencia de un cierto abuso lingüístico, pero representa también una característica de la función histórica que ha representado como traducción jurídica de las exigencias morales más importantes que en cada momento han pretendido erigirse en criterio fundamental para medir la legitimidad de un modelo político y, por tanto, para justificar la obediencia a sus normas. Por eso, decidir qué rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora del calificativo de derecho humano fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es problema teórico o conceptual, sino ideológico o de fundamentación. Un problema que, como cualquier otro relativo a las exigencias de la justicia en una sociedad plural y democrática, debe quedar abierto al diálogo intersubjetivo a propósito de necesidades y recursos, con el único límite de preservar el propio diálogo y, consecuentemente, la personalidad moral de todo participante en el mismo.

Para evitar los problemas del uso de una misma palabra que signifique tanto la realidad como el deseo, se puede afirmar que el criterio distintivo del más correcto uso de una expresión u otra —“derechos humanos” o “derechos fundamentales”— es el diferente grado de reconocimiento que, aquí y ahora, tienen esos “derechos” en los ordenamientos jurídicos. De tal forma que tiene ventajas emplear una denominación para referirnos a los derechos positivados a nivel interno en los ordenamientos jurídicos particulares, derechos que gozan de plenas garantías jurídicas —*derechos fundamentales*—, y otra distinta

²⁶ L. Prieto, “Derechos fundamentales”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. *El derecho y la justicia*, p. 508.

para nombrar a los derechos recogidos en declaraciones y convenciones internacionales o que representan exigencias básicas derivadas de la dignidad humana, que no gozan de esas garantías jurídicas —*derechos humanos*. Unas definiciones precisas las podemos ver en estas palabras de A. Pérez Luño:²⁷

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 *derechos humanos* suelen venir entendidos como un *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 los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*.

Por lo demás, los derechos humanos no se pueden entender, ni en su función histórica ni en su significado, en términos puramente normativos. Los derechos humanos son también valores; si los desvinculamos de los valores, son incomprensibles. De alguna manera hay que nombrar lo que todavía no existe como auténtico derecho. Ahora bien, parece oportuno usar dos nombres distintos para referirnos a categorías distintas. Los derechos ya reconocidos son *derechos fundamentales*, y aquellos derechos que se propugnan son *derechos humanos*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, M., *El sentido del derecho*. Barcelona, Ariel, 2001.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. De Asís. Madrid, Sistema, 1991.
- DELGADO PINTO, J. Madrid, Tecnos. (Los textos de las Declaraciones de derechos se citan por esta edición.)

²⁷ A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, p. 46.

- CASTRO, B. de, "Presentación", *El reconocimiento de los derechos humanos*, 1982.
- Doxa* 4, "El concepto de derechos humanos", 1987.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Gustavino. Barcelona, Ariel, 1984.
- FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, Debate, 1984.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi. Madrid, 2001.
- LAPORTA, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* 4, 1987, pp. 23-46.
- NINO, C., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, Ariel, 1989.
- PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, en *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, Universidad Carlos III, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid, Tecnos, 1984. (Varias ediciones, la última de 2001.)
- PÉREZ LUÑO, A. E. *et al.*, *Teoría del derecho, una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid, Tecnos, 1997.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 1984.
- PRIETO, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate, 1990.
- PRIETO, L., "Derechos fundamentales", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F., ed., *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, pról. del autor. Barcelona, Ariel, 1995.
- RUIZ MIGUEL, A., "Los derechos humanos como derechos morales", en *Anuario de Derechos Humanos* 6, 1990, pp. 149-160.
- TRUYOL, A., *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, estudio preliminar del autor. Madrid, Tecnos, 1974.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ORÍGENES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Consuelo Maqueda Abreu,
Profesora titular de la Facultad de Derecho,
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Desde la perspectiva jurídica ha de afirmarse que estamos ante otros derechos humanos, cuyo proceso de positivación o juridificación todavía no ha finalizado; son derechos cuya protección efectiva exige la reunión de los esfuerzos de todos los agentes sociales: individuos, Estados, otras entidades públicas y privadas.

Karel Vasak¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DOCUMENTOS INGLESES. III. LAS DECLARACIONES AMERICANAS DE LOS DERECHOS NATURALES. IV. LOS DERECHOS DEL HOMBRE DURANTE LA REVOLUCIÓN FRANCESA. V. LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo actual reconoce como un progreso histórico que el ser humano, sólo por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado y es el titular de derechos

¹ K. Vasak, *Le Droit International des Droits de l'Homme*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya, 1974- IV, p. 344.

fundamentales que los diferentes miembros de la sociedad no les pueden arrebatarse, es el fruto del devenir histórico, de las ideologías políticas, de la conquista y de la convivencia humana. Desde que el hombre no era persona, por su falta de capacidad social y jurídica, dos son los hitos que nos dan las claves del progreso humano, la visión humanista de los derechos humanos que hace viable al individuo como sujeto del derecho, convirtiéndolo en el centro del universo y profundizando en su dimensión humana hasta la exaltación de la persona, en relación con la comunidad y un largo proceso racionalizado, que se irá desarrollando doctrinalmente durante los siglos, en los que se preparan los presupuestos ideológicos de la doctrina de los derechos del hombre, una reflexión jurídica, que recoge los ricos antecedentes históricos en nuestra cultura occidental. La formulación actual de los derechos humanos es, pues, el final de la larga conquista dirigida por la historia política y filosófica, en la que las declaraciones del siglo XVIII son sólo formulaciones de dichos derechos que fueron surgiendo en el pasado, en los que hay que constatar como imprescindible la influencia del pensamiento iusnaturalista y serán necesarias transformaciones económicas, políticas y culturales, tema de nuestro trabajo, que marquen —dice Bartolomé Clavero— las vísperas constitucionales, en las que:

El individuo sería sujeto de derechos en un ámbito civil, pero objeto de derecho en el político, debiendo ofrecer lo segundo amparo y garantía a lo primero, pero sin que estas funciones pudieran someterse a intervenciones ni sujetarse a contrapesos por no apoderarse precisamente a unos individuos por encima de otros. Coincían y se relacionaban unas primeras concepciones del individuo y del Estado, pero no de ambos constitucionales. Mas ahora lo que nos interesa es la suerte del primero, del ser humano como *persona* jurídica.²

Los derechos que nos han legado los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII son los derechos innatos, que tiene el individuo por propia naturaleza; por ello, en las diferentes declaraciones se repite “que son inalienables”, que el ser humano nace con el derecho moral a la libertad, la doctrina jurídica de esta época, que busca un fundamento sólido contra el absolutismo, basándose en el derecho natural y que para alcanzar el carácter de fundamentales deben superar el concepto moral, defensor, como apuntamos

² B. Clavero, *Happy Constitution*. Madrid, 1997, p. 19.

más arriba de la dignidad de la persona, por un proceso de positivación, que se inicia con la Revolución francesa, sobre la que Balibat y Guilhaumou señalan:

[...] aparece así la idea de una lengua nueva, no sólo por la aparición y expansión de nuevas palabras, sino también porque el cambio se ha producido en el interior de estas mismas. Se hablará enseguida “de la lengua del derecho”, que no alude al viejo depósito del derecho civil... ni, menos aún, al derecho público de la monarquía; alude a una nueva realidad, la que ofrece el “derecho natural”... derivado de la naturaleza humana tal como lo entendió la Ilustración...”³

“Toda declaración de derechos deberá ofrecer una formulación positiva —dice Lalinde— e incidir profundamente sobre toda la sociedad”.⁴

Proceso que se inicia en el tránsito a la modernidad, en el que el principio fundamental es el poder real absoluto, un poder compartido con los estamentos. El rey encarna y personifica al Estado, que entabla una lucha con la Iglesia para su organización y ruptura en la unidad de la llamada *res pública cristiana*, que desembocará en el Estado soberano moderno. Es en el Estado absoluto donde surgirá la idea de la razón de Estado, opuesta a los derechos fundamentales, ya que no existe ningún derecho para los súbditos, sino tan sólo el de la obediencia y la fidelidad a su rey; poco a poco se irá superando esta personificación en el monarca con la construcción de una burocracia, de una administración objetiva y de un dualismo Estado/individuo que preparará el Estado liberal, cuya vinculación a los intereses de la burguesía, como clase que representa el progreso, desembocará en la creciente importancia del derecho privado, de las doctrinas del origen contractual del Estado y del estado de naturaleza. En Europa van a aparecer los primeros tratados de derecho público, cuyo concepto primordial es el de la soberanía que muestran los poderes soberanos, iniciándose una literatura jurídica nueva con el desarrollo de la razón de Estado, como medio para romper con los estamentos y privilegios.

La primera ruptura del poder absolutista fue revolucionaria, con el estallido de dos revoluciones en el siglo XVIII, la Revolución francesa y la formación

³ E. García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*. Madrid, 1994, p. 32.

⁴ J. Lalinde Abadía, “La perspectiva histórica de los Derechos Humanos”, en *Estudios dedicados a la memoria del profesor L. M. Díez de Salazar Fernández*, vol. I. Bilbao, 1992, p. 845.

de los Estados Unidos de América, tras la guerra de la independencia de las colonias, periodo que en Europa corresponde a la formación del liberalismo clásico y del término Constitución, que más adelante analizaremos, porque modifican, en los últimos decenios de esta centuria, los principios político-jurídicos que conducen al llamado, por unos, el “Estado moderno”; por otros, el “Estado de Derecho”, y por los autores anglosajones, “la Rule of Law”, cuyas características serán: la limitación de las actividades gubernamentales por el derecho y la determinación de límites a través de las constituciones.

Con un título atractivo, *La Revolución francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos*, García de Enterría señala como esta revolución marcó unos cambios políticos y sociales que darán al traste con el Antiguo Régimen, creando un nuevo orden político y social, que aún continua:

Se pretendía, nada más y nada menos, que rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarcitable. El orden antiguo, que había saltado como una costra seca tan fácilmente, ofrecía la imagen de un sistema petrificado e inmóvil, de tiempo suspendido. Con su ruptura se habían liberado energías humanas intactas y frescas, con las cuales el futuro se presentó pronto como una posibilidad libremente moldeable por el hombre. Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier.⁵

Carácter utópico y mesiánico de la revolución, en la que las palabras tienen un valor decisivo, porque, nos dice el autor, le prestan un dinamismo especial, “la lengua del poder”, “la lengua del derecho”, “la lengua de los hombres libres”, “la lengua de la libertad”, “la lengua del pueblo”, “la lengua de la Constitución” y “la lengua de las leyes”. Todo un lenguaje revolucionario sacado del que utilizó la Ilustración y que se va convirtiendo en el fin del nuevo Estado: “seguridad”, “libertad”, “igualdad”, “fraternidad” o “solidaridad”, valores citados por múltiples autores,⁶ conscientes de la importancia que estos términos adquirirán en el futuro de la historia.

⁵ E. García de Enterría, *La Revolución francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos...*, 20.

⁶ Abellán, J. L., *Historia crítica del pensamiento español*. Madrid, 1998; M. S. Anderson, *La Europa del siglo XVIII*. México, 1968; D. Arasse, “Imágenes y símbolos”, en *Diccionario his-*

Gregorio Peces-Barba y Javier Dorado Porras recogen el contenido de esta nueva terminología, puntualizando como la idea de *Seguridad* que “está presente en todos los iusnaturalistas racionalistas y es una de las causas que explican la necesidad de la sociedad y del poder ante la inseguridad y la insuficiente protección del Estado de naturaleza, en la perspectiva contractualista”;⁷ desde la seguridad como fin del Estado hasta la seguridad que entabla relación con los derechos humanos (Montesquieu). *La libertad* social, política y jurídica, como núcleo básico de los derechos y de la dignidad del hombre, de la que se hace una exaltación en la Enciclopedia, como libertad protectora, como libertad civil o en otros autores como libertad de pensar y de escribir o libertad de comercio e industria, libertad de poder abolir las leyes penales, etcétera. Pero el valor más apreciado de todos los presentados por este proceso revolucionario fue el de *la igualdad*, en este siglo, una igualdad formal, como son la igualdad ante la ley o la igualdad jurídica que aparece en varios autores y filósofos, Kant, Rousseau y Siéyes, junto a la igualdad material, que ya encontramos en Mably, Adam Smith y sus discípulos. Por último, *la fraternidad o solidaridad* con carácter social y humanitario también está presente en la Ilustración, y todos ellos son los principios de los que se extraerán consecuencias directas en una nueva organización jurídica de las relaciones del poder público con los ciudadanos.

Planteamiento distinto hemos de hacer de la segunda revolución anunciada, la norteamericana, cuyo final fue un éxito comparable al de la Revolución francesa, pero ésta fue más profunda, más trágica, como se vio en sus consecuencias, una revolución que ejerció una fascinación que nunca alcanzó la americana, que, sin embargo, fue considerada una revolución más democrática. Cuestión en la que insisten y coinciden los autores, en el sentido de que en la Revolución francesa se anticiparon algunas premisas de la democracia, “pero

tórico de la Ilustración. Madrid, 1998; E. Burke, *Consideration de la Revolution française*. París, 1974; E. Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*. México, 1943; J. H. Lough, *Essay on the Encyclopédie*. Londres, 1973; M. Ozouf, *L'homme régénéré. Essais sur la Révolution française*. París, 1989; T. Paine, *Los derechos del hombre*. Madrid, 1984; G. Peces-Barba, dir., *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XVIII*, t. II, vols. I-II-III. Madrid, 1986; G. de Ruggiero, *Historia del liberalismo europeo*. Madrid, 1994; R. Soriano, *La Ilustración y sus enemigos*. Madrid, 1988.

⁷ G. Peces-Barba, dir., *Historia de los derechos fundamentales*. t. II. Madrid, 1998, p. 180.

fueron anticipaciones ideales o teóricas sin correspondencia concreta, de forma que la democracia no se materializó en la experiencia francesa”.⁸

El proceso americano estaba íntimamente unido a Inglaterra, cuya revolución en el siglo XVII, al final de una larga lucha del Parlamento contra los Estuardo, suprime la Monarquía absoluta y su concepción teocrática e instaura un régimen parlamentario, en el que se reparten las funciones públicas entre el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, régimen político que al superar las limitaciones consuetudinarias y feudales abre el camino a un incipiente capitalismo. Inglaterra continúa su desarrollo en los siglos XVII y XVIII, no exento de problemas, pero sin una preocupación real por las colonias que van generando su propio afán de independencia, representada, en una primera fase, por los problemas económicos e institucionales que surgen con Inglaterra, cuyas pretensiones culminan en 1774, cuando se celebra el primer Congreso Continental en Filadelfia, el primer paso para la independencia porque, aunque en el contenido se sigue guardando aún relación con la tradición inglesa, ya se van creando comités en las colonias que se van a ir independizando, hasta la preparación del plan de confederación en 1776. Una segunda fase, que se inicia con la redacción de la *Confederación de la Unión Perpetua*, en cuyo primer artículo se recoge por primera vez la expresión Estados Unidos de América, lo que, en sí, suponía una naciente independencia y una formación que va adquiriendo una entidad política que culminará con el documento que va acompañado del Tratado de Paz de 1783, en el que se consagra la independencia de Inglaterra, el progresivo nacimiento de la Confederación, con planteamiento de posturas encontradas en las diferentes colonias y la aprobación de la *Constitución Federal de 1787*.

Como en la Revolución francesa, en la americana son destacables diferentes contribuciones y novedades, entre las que conviene resaltar el nacimiento de una estructura federal de los Estados, con la novedad de un gobierno presidencial, ambas conquistas definidas en la Convención de Filadelfia, en la que el régimen de las colonias era de soberanía plena de cada Estado, excepto en el envío de representación a los diferentes Congresos Confederales, que estaban limitados en sus atribuciones a las relaciones internacionales y al tratamiento

⁸ M. A. García Herrera, “Vigencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: democracia e igualdad”, en *Derechos humanos y Revolución francesa*. Bilbao, 1991, p. 10.

de los indios. Una estructura política que se exportó a América Latina cuando su independencia de España.

Presente el Estado absoluto en el siglo XVIII aún en Francia (en Inglaterra había un régimen constitucional desde 1689), será en el siglo XIX cuando Francia y otros países europeos, asuman un liberalismo historicista y cuando el liberalismo inglés bascule hacia una racionalización, aunque ya en el siglo XVIII se van introduciendo unas nuevas ideas que anuncian el Estado liberal de Derecho, Estado que en la centuria siguiente recibirá duros embates del absolutismo en algunos países. No cabe duda de que el paso del Estado absoluto al Estado liberal será progresivo y lento y la idea de la libertad, cambiante, de una concepción natural y abstracta a una visión de la libertad como evolución (existe porque se ejercita), y que ambos planteamientos están presentes en el liberalismo; Estado liberal en el que el poder personal del monarca es sustituido, en primer lugar, por el valor de la ley y su consideración como la máxima expresión de la razón para suprimir los privilegios y tender a la igualdad de los súbditos y frente a la unidad del poder en el monarca la separación de poderes, así como la introducción de una limitación gubernamental con el derecho y un planteamiento de los límites que quedan reflejados en los diferentes textos constitucionales escritos. Es en este periodo histórico cuando la lucha por los derechos del hombre comienza a ser un hecho, hasta ser el factor fundamental que coadyuva a limitar el poder político y a sustituir la razón de Estado por el predominio de la ley, que se formularán la filosofía de los derechos del hombre, dentro del liberalismo democrático y vinculados al Estado de Derecho.

Las constituciones, que adquieren sentido a finales del siglo XVIII, cuando en Europa se va afianzando la filosofía del liberalismo clásico, asumiendo una significación política, son las “leyes fundamentales”, textos legislativos que recogen los principios esenciales del funcionamiento del Estado, tales como las funciones de seguridad y de justicia. Claro significado político, que no puede empañar otras importantes facetas como la formal, en cuanto a la regulación de todas las normas jurídicas legislativas y de normas sustanciales. Por ello, todavía en el presente siglo, el concepto de constitución era abstracto y hacía referencia a las cuestiones más básicas que existían en la sociedad política, cuerpo político u organización, pero las revoluciones generarán poderes no existentes, el poder legislativo y el constituyente, y un reconocimiento de la persona como hombre considerado en su estado de derechos individuales como

derechos absolutos de los individuos, un constitucionalismo de derechos. En efecto, originariamente, la idea de Constitución encierra la limitación del poder, como organización y como reconocimiento de los derechos, ya desde los pactos ingleses con su pueblo, se quiere establecer un orden político diferente, pero surgirá un nuevo concepto con la participación del pueblo, donde “las funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales)”.⁹

¿Derechos, derechos naturales, derechos fundamentales, derechos humanos, derechos del ciudadano? Complicación conceptual que conviene determinar, aclarando que, en el periodo preconstitucional de los siglos XVII y XVIII, las declaraciones se centran en lo que generalmente calificamos como derechos civiles y políticos; se regulan la igualdad, la libertad o la propiedad, así como la legalidad de los delitos y las penas o la libertad de pensamiento y de religión, la integridad física y moral de las personas y su participación en la vida pública, los llamados “derechos de primera generación”. En el siglo más claramente constitucional, el siglo XIX, se produce un importante desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales de acceso a los bienes materiales, y tras la revolución burguesa de 1848 en Francia, con la ampliación a la enseñanza gratuita o a la formación profesional y la regulación de las relaciones de los trabajadores, entraríamos en los denominados como “derechos de la segunda generación”; para concluir con los derechos que no responden a una ideología liberal, ni socialista, que son los llamados de la solidaridad, el derecho a la paz, al desarrollo, el medio ambiente y la autodeterminación, que son los “derechos de la tercera generación”.

Como conclusión, la progresiva politización de los derechos individuales o la toma de conciencia de que todas las facetas del hombre que inciden en su desenvolvimiento moral se incorporen al derecho positivo, fue una conquista lenta que triunfó en la Declaración de 1789, pero esto —como dice Rafael de Asís— “no significaba la conclusión del camino hacia la verdadera satisfacción de estas necesidades. El proceso de politización en materia de los derechos fundamentales, que tiene su punto culminante en la declaración francesa, será sucedido por el de generalización, que supone la ampliación de la titularidad

⁹ E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1982, pp. 44-45.

de los derechos a otros sectores de la población, al mismo tiempo que se van abandonando construcciones en las que prima el tono filosófico, realizándose otras, que buscan dar a los derechos y libertades una realización jurídica no abstracta, sino concreta”.¹⁰ Proceso de generalización que se convierte en expansión, cuando, apunta Stella, surgen nuevas situaciones históricas y aparecen los derechos económicos, sociales y culturales,¹¹ adquiriendo, en fin, un proceso de internacionalización, cuando se ve la necesidad de crear un poder común, por encima del Estado.

Para el análisis de las declaraciones de derechos que vamos a exponer debemos considerar dos partes en nuestro trabajo, la conquista de los derechos individuales, que se reducen a Europa occidental y se extienden al continente americano, que cronológicamente se sitúan en los siglos XVII y XVIII, y su proyección en el constitucionalismo del siglo XIX. En la práctica, en la historia constitucional del occidente, el primer documento surgió en Inglaterra, con limitaciones jurídicas del poder estatal, la *Carta Magna* (1215), la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689), sin duda precursores de los nuevos documentos de declaración de los derechos del hombre, pero carentes de la proclamación de los derechos de la persona, pues sólo se refieren a la sociedad y a los deberes del gobierno. Carácter diferente tendrán las declaraciones de los derechos ya individuales, que son inherentes al ser humano, que encontramos en la Revolución de Independencia Americana, donde, como argumenta Jellinek¹² se “recogen legislativamente los derechos innatos, inalienables y sagrados”, no con un origen político, sino religioso, en las colonias puritanas. Del mundo anglosajón a la Revolución francesa, donde surge en 1789 *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, momento histórico en que los derechos fundamentales se reconocen como derechos naturales, dentro de las doctrinas iusnaturalistas y con ellos los derechos humanos penetran en el derecho constitucional. Paso del periodo filosófico al momento normativo, en el que surgirán los derechos fundamentales, cuya diferencia estriba en que “un derecho fundamental se producirá si

¹⁰ En *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid, 2000, p. 22.

¹¹ A. Stella, *Estudios sobre derechos humanos*. Valparaíso, 1991, p. 142.

¹² G. Jellinek, *Die Erklärung des Menschen-und Bürgerrechte*. 1895, 1904. Recogida por García de Enterría, *op. cit.*, p. 54.

el poder que fundamenta ese sistema de derecho positivo tiene la voluntad de positivizar ese valor”,¹³ positivación que, como hemos apuntado más arriba, se inicia en el “tránsito a la modernidad”, que contrariamente coincide con el absolutismo y se irá produciendo con el abandono del iusnaturalismo en el pensamiento liberal, cuando alcanza el poder político, periodo donde no se puede hablar de ruptura con los derechos medievales, pero sí de marcadas diferencias, como nos dice García Pelayo¹⁴ respecto de las desigualdades entre los derechos medievales, derechos subjetivos, que afectan a un grupo social dentro de un orden universal y por ello con una manifestación pluralista (costumbre y norma particularizada), frente a los derechos modernos, derechos objetivos, cuyo sujeto es el individuo y, por ende, el Estado. Un periodo histórico complejo y apasionante es el paso del antiguo régimen al nuevo, donde persisten organizaciones de poder constituido, conviviendo con nuevas formas gubernamentales, la época de la Ilustración y del Liberalismo inicial, que consideró al derecho “como el arma primordial para cambiar racionalmente la sociedad; se creía que con las leyes sabias, justas y naturales se podía y debía planificar y remodelar la vida en sociedad”.¹⁵

En este marco histórico, requisito necesario para entender el sentido que hoy tienen los derechos humanos y cómo se han desarrollado jurídicamente, vamos a ir analizando los logros que cada uno de estos países irán consiguiendo en la conquista de la incorporación de los derechos al derecho positivo, y cómo van adquiriendo el valor de instituciones jurídicas a través de las conquistas de las revoluciones burguesas, como señala Gregorio Peces-Barba:

Los derechos que a lo largo de los siglos XVII y XVIII serán conocidos en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos como *derechos naturales*, los mismos derechos que durante el siglo XIX serán denominados por la doctrina y jurisprudencia alemana y francesa como *derechos públicos subjetivos* y los mismos derechos que después de la Segunda Guerra Mundial y del proceso constitucional que experimenta la Europa continental occidental con posterioridad a ésta serán conocidos como *derechos humanos* y también como *derechos fundamentales*.¹⁶

¹³ G. Peces-Barba Martínez, *Los derechos fundamentales*. Madrid, 1976, p. 66.

¹⁴ M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*. 5a. ed. Madrid, 1958, pp. 144 y ss.

¹⁵ F. Tomás y Valiente, “Aspectos jurídico-políticos de la Ilustración en España”, en *Obras completas*, t. IV. Madrid, p. 3264.

¹⁶ G. Peces-Barba Martínez, *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, siglo XVIII, vol. III. Introducción. Madrid, 2001, p. 7.

II. LOS DOCUMENTOS INGLESES

En la historia constitucional europea, fue Inglaterra, como ya ha quedado dicho, el país del que surgió el primer documento que plantea limitaciones jurídicas al poder del Estado, y lo hace guiado por factores culturales, sociales y políticos muy particulares, que arrojan diferencias claras con los procesos revolucionarios norteamericano y francés, tanto en sus cimientos ideológicos y en el propio derecho inglés que difiere del derecho continental romano-germánico. Siguiendo los argumentos de Javier Santamaría Ibeas,¹⁷ detengámonos a pensar en las circunstancias distintivas de la organización inglesa, que habiendo sido el país más avanzado y en el que con más rapidez se dio una revolución burguesa, sus derechos humanos quedan anclados en un derecho natural, al no existir un sistema constitucional, circunstancia que puede, en segundo lugar, hacernos recapacitar en dicho proceso revolucionario que fue —dice el autor— más una evolución y no una revolución, en la que se va acabando con la tiranía de los Estuardos y consolidando una monarquía parlamentaria, con el consiguiente reconocimiento de los derechos subjetivos que se encargan de desarrollar las instituciones inglesas, donde las antiguas libertades habían sido mantenidas por el Parlamento londinense. Los derechos y privilegios de una parte de la sociedad se extienden a toda la población bajo la aplicación de *Common Law*,¹⁸ como sistema de creación y de aplicación de normas y de derechos asumidos pacíficamente por el sistema político, actuación que difiere con los modelos francés y americano que contienen una fuerte carga de abstracción y cuya configuración surge de la recepción del derecho romano. Panorama político inglés, en conclusión, que implica un desarrollo de las normas y de su modificación y adaptación a través de sus órganos jurisdiccionales y que asume la defensa de los derechos subjetivos del ciudadano, sin prácticamente la intervención del Estado y con sólo la aprobación del Parlamento.

Pero el camino hacia la libertad no es un ente abstracto, ahistórico, sino que debe situarse en un marco temporal, y es aquí donde podemos encontrar las

¹⁷ J. Santamaría Ibeas, “Los textos ingleses”, en *Historia de los derechos fundamentales*, t. 2, vol. III. Madrid, 2001, pp. 3-41.

¹⁸ Término que conviene aclarar que se refiere al derecho jurisprudencial contrapuestos a otros derechos de tradición romano-germánica y que se ha identificado con el derecho común inglés o con el derecho consuetudinario.

claves de nuestro tema, aunque en esto también difiere el sistema inglés, que no se concentra, frente al francés y al americano, en un siglo, el siglo XVIII, sino que, manteniendo su carácter evolutivo, comienza el proceso en 1215 (*Carta Magna*), continúa en 1628 (*Petición de Derechos*) y en 1689 (con la *Declaración de Derechos*), lo que le hace seguir un desarrollo dilatado en el tiempo y un historicismo, si se quiere, más evolucionado, convirtiéndose en símbolo del modelo historicista, según el historiador italiano Mauricio Fioravanti,¹⁹ opuesto a los modelos individualista y estatalista.

Modelo historicista que reúne las características ya recogidas en el trabajo en la búsqueda de las libertades, como son:

- Que está enraizada en la historia y no como producto de unas decisiones políticas.
- No se puede encasillar en un periodo, la Edad Moderna.
- No se consigue en la forma de lucha contra el Estado, sino de una evolución de situaciones concretas de libertades jurídicamente protegidas y de privilegios, que viene determinada por “la libertad para querer un orden distinto” en un afán por detener los desmanes y los abusos de los monarcas absolutos del siglo XVII.

Con estos caracteres, en los que coinciden los autores que han estudiado el tema, aunque con matices, como los autores que consideran que sí existió un proceso revolucionario, vamos a analizar los textos ingleses.

Sólo unas palabras sobre la *Carta Magna* o *Bill of Rights* de 1215, donde aún no se puede hablar de derechos, sino de declaración de libertades y privilegios, como su propio nombre lo indica “Magna Charta Libertatum”, reconocida por el rey Juan sin Tierra, en la pradera de Runnymede, a un colectivo de 25 barones para conseguir su obediencia, cuyo protagonista es el arzobispo de Canterbury; es un documento que limita el poder del rey, reconocido por su sucesor Enrique III, realizado para corregir agravios, como nos dice Páramo²⁰ y los

¹⁹ M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, 1996, recogido por J. R. Páramo Argüelles y J. Ansuátegui Roig, “Los derechos en la Revolución inglesa”, en Peces-Barba y otros, *Historia de los derechos fundamentales...*, p. 754.

²⁰ J. R. Páramo Argüelles, *Los derechos en la Revolución...*, p. 758.

autores que han estudiado el texto, como Fioravanti, García Pelayo, etcétera, y de reconocimiento de libertades dentro del marco medieval. Así, Lalinde considera que “la Carta Magna inglesa no podía ser una declaración de derechos humanos, puesto que ha sido impuesta, fundamentalmente, por los barones y, por ende, ha sido una declaración de libertades estamentales”.²¹ Es un texto amplio, con 63 cláusulas, “que nos hemos otorgado ante Dios”, de indudable influencia en los posteriores planteamientos del derecho inglés, e hito importante, como símbolo de la evolución de los derechos ingleses y en el constitucionalismo inglés, donde, “también hemos otorgado a todos los hombres libres de nuestro reino [...] todas las libertades que a continuación se expresan”. Se otorga: “Que todo hombre libre sólo podía ser detenido y condenado, según la ley del país y tras juicio ordinario” o “los impuestos no podrían ser establecidos sólo por decisión real, sino tras su aprobación por la nobleza”. No es un texto moderno, pero contiene logros, como la regulación del régimen de sucesiones, del derecho de propiedad, de determinadas garantías procesales y otras libertades de índole económica, un conjunto de derechos subjetivos de contenido heterogéneo, propio del panorama de los derechos medievales, que consagra la desigualdad ante la ley: “Los condes y los barones sólo serán castigados por sus iguales y en proporción a la gravedad del delito”.

Los textos ingleses de derechos naturales de los siglos XVII y XVIII

El proceso de depuración de los derechos naturales ingleses, de indudable influencia en los procesos revolucionarios norteamericano y francés, comienza a forjarse en el siglo XVII, cuando queda marcada la transición entre los derechos estamentales de la Edad Media y los derechos individuales de los tiempos modernos, periodo de la llamada primera revolución burguesa, con los procesos revolucionarios de 1640 y 1660 y el encuentro de soluciones en la revolución gloriosa de 1688, que inicia un periodo de estabilidad política y económica, durante el siglo XVIII.²²

²¹ J. Lalinde Abadía, “La perspectiva histórica...”, p. 851.

²² Sobre la Revolución inglesa: S. R. Gardiner, *History of the Great Civil War, 1642-9*. Londres, 1886-1891. 3 vols.; E. Hyde, *The History of the Rebellion and Civil Wars in England*.

Son muchas las opiniones sobre los acontecimientos ingleses del siglo XVII que recoge Lawrence Stone,²³ que plantea cuál sería el término acertado para definir el modelo inglés, si como una “Gran Rebelión” (Clarendon), como “una lucha interna a consecuencia de una quiebra política temporal” (Wedgwood), o como “un conflicto de instituciones e ideologías religiosas” (Gardiner); todas estas cuestiones que, sin duda, se vislumbran en la serie de hechos acaecidos en el enfrentamiento del Parlamento inglés con los Estuardos.

Pero conviene avanzar un poco más y detenerse en otra serie de juicios históricos que profundizan en los acontecimientos y sus consecuencias y analizan las causas profundas, en las que imperan —dicen los autores— el encuentro entre la libertad y la tiranía real. Opinión más cercana a nuestro tema, que las planteadas de orden político, y son muchos los historiadores que piensan (Engels, Tawney, Hill, Macaulay, etcétera) que fue una revolución que buscaba la modernización o, quizá, la vuelta a una sociedad más natural y descentralizada, como con claridad se refleja en 1640, cuyos protagonistas, reformadores y no, miraban hacia atrás, hacia un pasado quizá idealizado, centrado en el medioevo y opuesto al absolutismo monárquico, al derecho divino de los reyes, que desean una autoridad compartida.

Partiendo de estas premisas políticas y sociales que marcaron el inicio de la revolución, se necesitan fundamentos que la sustenten, y en el caso inglés éstos son, en primer lugar, el puritanismo, ideología mayoritaria en la Cámara de los Comunes y fundamento del movimiento, como representantes del sentimiento de estar en el camino recto, en la verdad, en la lucha por un motivo religioso, y, en segundo lugar, el derecho: los juristas, especialmente los de la Cámara de los Comunes, que estudiaron el pasado, mitificaron la Carta Magna, para afianzar el concepto de una Constitución equilibrada y la idea del país como dechado de virtudes, frente a la Corte, cúmulo de todos los errores.

Podríamos continuar analizando las situaciones inmediatas, los desencadenantes, las tensiones sociales, las intransigencias del gobierno o las reacciones económicas y otras muchas circunstancias que rodearon los acontecimientos

Oxford, 1888; C. Hill, *The English Revolution, 1640*. Londres, 1940; T. B. Macaulay, *The History of England from the Accession of James II*. Londres, 1849; G. M. Revelyan, *England Under the Stuarts*. Londres, 1925.

²³ En su artículo sobre “La Revolución inglesa”, en J. H. Elliot y otros: *Revoluciones y rebeliones de la Europa Moderna*. Madrid, 1972, pp. 67-123.

que acaecieron, pero nos es imposible por falta de espacio, por ello sólo apuntaremos que son dos los procesos que se desencadenan, “la Revolución puritana”, desde 1629, con la disolución del Parlamento por Carlos I, hasta 1649, año en que es ejecutado el rey, y la “Gloriosa revolución”, final de un periodo, que se inicia en 1685, con la llegada al trono de Jacobo II y que concluye con la coronación de Guillermo de Orange y de María, acontecimientos, éstos, que hay que comprender como final de un proceso donde van surgiendo los derechos naturales. Todo lo dicho son las claves para entender la aparición de estos derechos, como Peces-Barba apunta, marcando las tres cuestiones o los tres debates en los que se fundamentan: “la tolerancia religiosa, la reflexión sobre los límites del poder político (contrato social, separación de poderes) y el debate sobre la humanización del derecho penal y procesal”.²⁴ Debates y discusiones que tienden a la limitación del poder, sin olvidar que en la Edad Moderna los derechos son considerados como elementos de limitación; limitaciones en las relaciones Parlamento/Corona, el control del Parlamento, la defensa de las libertades, la influencia de la Iglesia y la independencia del poder judicial, como conquistas que son la base de la organización constitucional inglesa y que tienen su referencia en el *Common Law*.

La Petición de Derechos “Petition of Rights” de 1628

El presente documento, en el que “Humildemente, los señores espirituales y temporales y los comunes reunidos en Parlamento, manifestamos ante nuestro señor soberano”, sigue teniendo un carácter estamental, a pesar de considerarse dentro de las declaraciones de derechos humanos; su primera parte se centra en los textos clásicos, donde se plasman las libertades de los ingleses sobre créditos, préstamos o cargas, que hay que restablecer al haber sido violadas, con especial referencia a la Carta Magna. Libertades especialmente dirigidas a la imposibilidad real para establecer tributos, sin el consentimiento del Parlamento y la no obligación del ciudadano en hacer préstamo al rey y a otros, especialmente referidas a garantías procesales, como son el ser prendido o encarcelado o condenado a muerte si no se siguen las leyes del reino, que son transgredidas y, por ello, de nuevo tienen que ser fijadas en el documento, con

²⁴ G. Peces-Barba, “Sobre el puesto de la historia en el concepto...”, p. 57.

la petición al rey de garantías en los derechos personales, de propiedad y de seguridad, que posteriormente serán recogidos en la Constitución de los Estados Unidos de América, tales como “que ningún hombre sea en adelante obligado a dar ningún regalo, crédito o donación sin el consentimiento del Parlamento...”, “que no sea molestado o llamado a responder o prestar juramento” y “que ningún hombre libre sea encarcelado o detenido”.

Especialmente interesante es la cláusula XI, donde “piden humildemente a su más excelente Majestad sus derechos y libertades, de acuerdo con las leyes y estatutos de este reino”, que tratan de los casos arriba mencionados, pero expresados de la forma siguiente, “Y vuestra Majestad podría dignarse declarar” o “Y vuestra Majestad podría tener la graciosa deferencia”.

Es indudable la importancia de este documento en el futuro constitucional inglés, pero en la práctica no resuelve la situación de enfrentamiento rey/Parlamento, que, como apuntamos más arriba, concluye violentamente con la ejecución del rey, Carlos I, y la implantación de la República y el gobierno militar de Oliver Cromwell, que se autonombrará Lord Protector. Se inicia así un periodo interesante para los derechos humanos por el planteamiento de discusiones trascendentales sobre el futuro político de Inglaterra en cuestiones como la constitución escrita inglesa para la defensa y protección de los derechos de los individuos, las formas de gobierno y la abolición de los privilegios sociales, con la consiguiente ampliación de la reforma del sistema electoral. Cuestiones donde ejercieron una gran influencia el movimiento de “los niveladores”, un grupo de carácter democrático que plantean su oposición a la política de Cromwell.

Sin poder entrar en el análisis del reinado de Carlos II (1660-1685), conviene plantear algunos extremos, como el dominio que ejercieron en su persona dos partidos, los *whigs* y los *torys*, y la influencia de la Iglesia anglicana (proclamación del *Uniformity Act, 1662* y la primera y segunda *Test Act, 1663-1668*). Pero en este reinado merece especial mención El *Habeas Corpus Act* de 1679, documento de gran importancia en el futuro de los derechos humanos, donde queda garantizada la protección procesal de la persona, en el precepto de la cláusula quinta, que dice así: “Y para prevenir la injusta vejación de ser detenido varias veces por el mismo delito, quede decretado por la antedicha autoridad que nadie que haya sido puesto en libertad en virtud de un *habeas corpus* podrá ser detenido otra vez, en ningún momento, por el mismo delito, por persona alguna, a no ser por orden del tribunal donde deba comparecer u otro

tribunal competente”,²⁵ prohibiéndose que los detenidos sean trasladados a otras cárceles. Procedimiento que adquiere el sentido moderno en el siglo XVI, preparado por las anteriores peticiones, que prohibían el encarcelamiento por mandato real, sin alguna causa justificada en la ley. No es necesario ningún comentario para comprender la importancia de este principio para los siglos que siguen a su aprobación y su proyección a los países europeos y latinoamericanos, ya que no crea ningún nuevo derecho, pero asegura que las normas existentes se cumplan.

No mejora la situación política inglesa durante el reinado de Jacobo II (1685-1688), que desembocó en la Gloriosa, periodo revolucionario donde se creó un documento de gran importancia:

La Declaración de los Derechos “Bill of Rights” de 1689:

Ese documento es el que mayor trascendencia tendrá en el futuro de los derechos humanos ingleses; fue expedido por la Cámara y sancionado por María y Guillermo de Orange, documento en el que el soberano queda sometido a las leyes fundamentales del reino y representa el triunfo del partido *whig*, en su defensa de la preponderancia del Parlamento, presentado por “los lores espirituales y temporales y los comunes reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este reino”, para reparar agravios como los anteriores textos, “considerando que el último rey, Jacobo II, con la ayuda de diversos consejeros judiciales y ministros maliciosos empleados por él, pretendió subvertir y extirpar a la religión protestante y las leyes y libertades de este reino”, pero añade a lo que es habitual que:

- Es un documento limitador del poder político del rey, que rompe con la teoría de la época, el absolutismo monárquico, y establece en qué punto debe el rey ejercer su poder y su relación con el Parlamento, como representante de la nación, y se fijan las reglas fundamentales de la convivencia en Inglaterra.
- Influye en las declaraciones del siglo XVIII, especialmente en la declaración de independencia americana, que mantiene la misma estructura en

²⁵ En J. R. Páramo, “Los derechos en la Revolución...”, p. 784.

el documento, rompe con un régimen político, se manifiestan los agravios cometidos y, desde aquí, se realiza la declaración de derechos y garantías, como son los del Parlamento, para sostener ejércitos o para ejercer la libertad de debates, etcétera, y los de los ciudadanos, derecho de petición, de portar y poseer armas, de reparación de agravios y otros, fruto de que los soberanos británicos se convencieron de que, para obtener éxitos en el gobierno, debían tener la confianza del Parlamento.

- Es el antecedente de los modelos liberales del siglo XIX, por la limitación de los poderes del rey y su sometimiento a la ley (“que el pretendido poder de la autoridad real de suspender o la ejecución de las leyes sin el consentimiento del Parlamento es ilegal”), por los derechos del ciudadano y de sus bienes, así como de las garantías procesales.

Sin embargo, la conquista inglesa de los derechos naturales en el siglo XVII, siendo innovadores, como apuntan los autores que tratan del tema,²⁶ no representan una novedad porque históricamente ya se habían planteado en sus fundamentos teológicos, filosóficos y culturales en los siglos XV y XVI, con una manifestación en la práctica que era el Derecho de Indias, aunque nadie puede dudar de la importancia que dichas conquistas tuvieron en la manifestación de derechos en los movimientos revolucionarios del siglo XVIII, deudores de ellos y que presentan un paralelismo claro. Así, las leyes fundamentales del siglo XVII inglés, a la vez que fijan las libertades políticas del súbdito del país, tuvieron su influencia en la Europa del absolutismo, y el vehículo fue la filosofía iusnaturalista.

Sobre los textos ingleses del siglo XVIII es importante apuntar cómo durante el presente siglo se va logrando la separación de los derechos individuales frente a los estamentales, pero, a pesar de lo dicho, la positivación de los dere-

²⁶ Sobre los textos ingleses: M. García Pelayo, “La idea medieval de derecho” y “Del mito y de la razón en el pensamiento político”, en *Revista de Occidente*. Madrid, 1968; S. R. Gardiner, ed., *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625-1660*. Oxford, 1979; Ch. Hill, *El mundo trastornado. El ideario extremista en la Revolución inglesa del siglo XVII*. Madrid, Siglo XXI, 1983, y *Los orígenes intelectuales de la Revolución inglesa*; J. Lock, “The 1689 Bill of Rights”, en *Political Studies*, XXXVII, 1989; K. Loewenstein, “Las libertades civiles en los países anglosajones”, en AA. VV., *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México, 1974; A. E. Sutherland, *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana*. Buenos Aires, 1972, y G. Trevelyan, *La Revolución inglesa, 1688-1689*. México, 1981.

chos ingleses en el siglo XVIII no es comparable con la realizada en los modelos norteamericano y francés.

La realidad práctica de los textos ingleses puede hacerse distinguiéndose dos fuentes fundamentales:

- Un grupo de documentos que no tuvieron gran trascendencia en la posterior evolución del derecho en Inglaterra, grupo en el cual sólo hay un texto que adquiere y se incorpora al derecho positivo inglés, que, circunscrito al reino de Escocia, trata de amparar la confesión religiosa, el culto episcopaliano, dedicando su contenido a un solo derecho, el de la libertad de conciencia, la *Episcopalian Church Act* de 1711; mientras que otros textos, que no son reconocidos como positivos, también son, aunque parciales, reseñables, como es el caso de la declaración de derechos, de 1783, que consta de cuatro artículos, que contienen: una declaración política del gobierno inglés; una nación compuesta por ciudadanos libres, que eligen a sus representantes y elaboran las normas jurídicas, y que, a su vez, eligen a los miembros del Parlamento, que gobiernan junto con el rey.
- En segundo lugar hay que destacar la importancia del citado *Common Law* inglés, la tabla de jurisprudencia elaborada por los distintos órganos jurisdiccionales; Keenan lo define como “un derecho de creación judicial, originado a partir de antiguas costumbres, las cuales eran clasificadas, desarrolladas y universalizadas por los jueces”,²⁷ que se determinan basándose en los precedentes y con una base popular, pues de tiempos inmemoriales se consideraba que había planteamientos que tenían que ser respetados por el Estado, sin olvidar qué hace que los derechos fundamentales se conviertan en principios de derecho con los que el *Common Law* protege la libertad de todos los ciudadanos, en su esfuerzo de contrarrestar el absolutismo monárquico y se encarga de la operatividad de los derechos fundamentales.

²⁷ D. Keenan, *English Law*. Londres, 1989, p. 4.

III. LAS DECLARACIONES AMERICANAS DE LOS DERECHOS NATURALES

A pesar de la importancia de los documentos ingleses, son los *Bills* de las colonias de América, cuando se independizan de Inglaterra, los que se consideran las primeras tablas de derechos con pleno sentido moderno, porque no se apela “al derecho histórico, ni a la tradición, sino a los derechos de la naturaleza humana y de la razón, no aparecen como emanación de un orden concreto, sino como supuesto de todo orden”.²⁸

En América del Norte los establecimientos ingleses son muy tempranos, desde el descubrimiento de América por Colón la atracción que ejerció este continente fue considerable y con un marcado carácter económico por parte de la corona inglesa, que pretendía desarrollar al máximo sus ideas mercantilistas, volcadas en la creación de un imperio en ultramar y de una burguesía que invertía su capital en las grandes compañías, que tenían como propósito crear un nuevo lugar con población inglesa desempleada, arruinada o perseguida, cuyo resultado fue Jamestown (Virginia). Pero también el Nuevo Mundo se convertirá en el lugar donde buscan refugio algunos grupos religiosos disidentes; éste será el caso de Nueva Inglaterra, ocupada por los puritanos que huyeron de Inglaterra en el siglo XVII, y de Massachusetts, establecimiento donde llegaron un grupo de puritanos calvinistas, de un estatus social y económico superior, como en el caso del nacimiento de las Carolinas, circunstancias, todas ellas, que provocan, ya desde el comienzo, 1640-1660, una indiferencia inglesa a estos enclaves, que se desarrollan con autonomía y van formando su autoconciencia, pero que al ser explotadas como colonias por la madre patria, desde 1670, crean vínculos económicos.

Dichas particularidades y los gérmenes de la literatura revolucionaria van conformando un modelo a imitar centrado en la libertad, en la democracia, en las virtudes republicanas y en las ideas políticas derivadas del puritanismo calvinista, que se conjugan en torno a 1750, en lo que algunos autores llaman el “gran despertar” de un espíritu renovador.²⁹

²⁸ M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado...*, p. 151.

²⁹ R. Perry, *Puritanism and Democracy*. Nueva York, 1944; A. Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*. Madrid, 1988.

Semejante caldo de cultivo se ve apoyado por el iusnaturalismo y la filosofía de los derechos naturales que reforzaron las teorías ya existentes, desde el comienzo, sobre el origen contractual del gobierno conducente a una legitimidad de carácter democrático, como con gran claridad apunta Oestreich,³⁰ en las condiciones de vida existentes en las colonias, cuyo trasfondo viene marcado por la teología puritana. Los derechos naturales fueron el faro de esta sociedad, donde la diaria lucha de los individuos con la naturaleza salvaje, sin la protección del Estado, les hizo vivir en un estado primitivo, natural preestatal, muy al contrario de la situación europea, donde se crea un abismo entre “el derecho positivo” y “el derecho natural”.

Estas premisas han sido analizadas por Ángela Aparisi, que en su libro sobre *La Revolución norteamericana* nos presenta un claro planteamiento de estos y otros temas y nos acerca a otros autores que han estudiado también la realidad americana,³¹ y así Larnaude Jellinek³² reconoce que el origen de las declaraciones de derechos, tanto americana como francesa, es religioso, más que político. Opinión que Peces-Barba,³³ considera que hay que situar en su justo medio, no debiéndose pensar en la Reforma como la causa determinante y excluyente. En otro sentido, Rodríguez Paniagua, piensa “que las cartas y ordenanzas de las Compañías comerciales, las concesiones reales y el mismo pacto de ‘Mayflower’ podían ser tomadas como Constituciones más o menos rudimentarias”.³⁴

³⁰ G. Oestreich y K. P. Sommermann, *Pasado y presente de los derechos humanos*. Madrid, 1990.

³¹ Sobre la independencia de América y la creación de los Estados Unidos: Th. R. Adams, *American Independence, the Growth of an Idea*. New Haven, 1980; A. Aparisi Miralles, *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*. Madrid, 1995; Ch. Beard y otros, *Historia de la civilización de los Estados Unidos de Norteamérica*. Buenos Aires, 1946; R. Casterás, *La Independencia de los Estados Unidos*. Barcelona, 1990. M. Curty, *El desarrollo del pensamiento norteamericano*. Zamora, 1956; M. Espinosa, *Las grandes etapas de la historia americana*. Madrid, 1957; H. M. Jones, *Este extraño Nuevo Mundo*. México, 1964; F. Martinelli, *Historia de los Estados Unidos*. Barcelona, 1973; AA. VV., *The American Revolution. A Continuing Commitment*. Washington, 1976.

³² En la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. XVIII, publicada en París; J. Jellinek, *La Declaración del Hombre y del Ciudadano*. Madrid, 1908.

³³ G. Peces-Barba Martínez, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid, 1982.

³⁴ J. M. Rodríguez Paniagua, “Derecho constitucional y derechos humanos en la Revolución norteamericana y en la francesa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1987, p. 60.

No podemos olvidar un segundo factor que fue determinante entre los colonos americanos, como fue el legado inglés que arrastran a estas tierras y su derecho, “el *Common Law*”, reforzado por los documentos reales enviados a las colonias, concediéndoles los mismos derechos que tenían los ciudadanos ingleses y recomendando la necesidad de que las normas que se diesen en estos territorios fueran semejantes a las inglesas y a través de argumentos continuos de diferentes personajes defensores de la idea de una Constitución que ponga límites a poder del Estado.

Por último, una tercera cuestión que acabó de determinar el pensamiento revolucionario de las colonias fue la influencia ejercida por uno de los partidos políticos ingleses, el partido de la revolución, los *Whig* y su pensamiento radical, que son partidarios de una lucha constitucional y política, planteamientos que, para algunos historiadores, fueron los decisivos en la Revolución, al mantener las mayores libertades políticas y civiles.

Después del análisis de las causas, que en nuestra opinión, condujeron a la revolución de las colonias americanas y considerando sus antecedentes más inmediatos, como la aparición del texto del precursor de la independencia, J. Otis, en Boston en 1764, que condujo a una *declaración de derechos humanos o derechos de los colonos*, debemos admitir que hacia 1750 todas las colonias gozaban de una gran autonomía, se autogobernaban sin que prácticamente se ejerciesen interferencias desde Inglaterra, y aunque no podamos analizar la situación en estos territorios, sí era un hecho claro que en su interior se daban posturas divergentes y disputas entre las instituciones y los gobernantes de las colonias y Gran Bretaña; enfrentamientos que iban en aumento cuando se produce el cambio de actitud de Inglaterra, en el sentido de dictar leyes que cargan con impuestos a las colonias, lo que provoca la celebración del primer Congreso Continental de Philadelphia (1774), con la participación de 12 colonias, del que surge la *Declaración de 1774*, en la que se trata del derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. Fue el 23 de agosto cuando se realizó una declaración sobre la rebeldía de las colonias; los acontecimientos se precipitan y las declaraciones de independencias se extienden como un reguero de pólvora, y ya en 1776, el 7 de junio, se redacta el texto que plantea el deseo de las colonias de independizarse de la madre patria: “DECLARAMOS que estas Colonias Unidas son, y de pleno derecho deberían ser, Estados libres e independientes, que se hallan liberadas de toda alianza con la Corona Británica y que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña está, y de-

bería estar, totalmente disuelta...”³⁵ El 2 de julio, todas las colonias votan por la independencia, excepto Nueva York, forman una Confederación, y el 4 de julio el Congreso redacta una declaración que, dice Aparisi, trata de justificar ante el mundo la independencia, y Jefferson sostiene en el texto que “un honesto respeto a la opinión de la humanidad le exige que declaren las causas que le impelen a la separación...”, y en otro pasaje dice que “para probarlo, sométanse los hechos a un mundo imparcial”.³⁶

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776), consecuencia de las situaciones ya expuestas y de la Convención de Virginia, es un documento preparado por un comité formado por Jefferson, John Adams, Benjamín Franklin, Roger Sherman y Robert R. Livingston, que posee legitimación de influencia racionalista frente a Inglaterra, y cuyo contenido va desde la soberanía de cada uno de los Estados a la creación de un Congreso Confederal cuyas facultades son muy limitadas y están dirigidas a regular las relaciones internacionales y la guerra, destacándose dos puntos fundamentales, los derechos naturales como base de las relaciones sociales y la idea de convenio y pacto de respeto de dichos derechos en la creación de las sociedades políticas, como queda reflejado en el Preámbulo:

Tenemos las siguientes verdades por evidentes en sí mismas, que todos los hombres ha sido creados iguales, que les han sido otorgados por su Creador ciertos derechos inalienables, que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres gobiernos cuyos poderes legítimos emanan del consentimiento de los gobernados. Que cuando cualquier forma de gobierno pone en peligro esos fines, el pueblo posee el derecho de alterarla o abolirla y de instituir un nuevo gobierno, fundamentándolo en los principios y organizando sus poderes en la forma que a su juicio les ofrezcan más posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.³⁷

³⁵ “Resolution for Independence” (june, 7, 1776), en H. S. Commager, ed., *Documents of American History*. Nueva York, 1968. Cita recogida en Aparisi, *La Revolución...*, p. 381.

³⁶ A. Aparisi Miralles, *La Revolución norteamericana...*, p. 381. Declaración recogida de H. S. Commager, ed., “The Declaration of Independence”, en *Documents of American History*. Nueva York, 1968, pp. 100-103; G. Peces-Barba Martínez, L. Hierro, S. Íñiguez de Onzoño y A. Llamas, *Derechos positivos de los derechos humanos*. Madrid, 1987, pp. 106-108.

³⁷ *Op. cit.*, p. 386.

Toda una declaración de derechos naturales que se completa con el principio rector en todo el documento que es la igualdad de todos los hombres, la igualdad política y la independencia. Una igualdad diferente a la concepción teórica de la Revolución francesa, que tiende a alcanzar la igualdad de oportunidades, una sociedad sin diferencia de clases, así como derechos y garantías procesales de carácter individual.

Por estas fechas la mayor parte de las 13 colonias habían iniciado su proceso constitucional, cuyo fin es delimitar esencialmente la forma de gobierno en las colonias, ya que la Declaración de Independencia marcaría dos momentos diferentes en la proclamación de derechos; un primer periodo donde no se recogerá una declaración de derechos, pues se someten a los derechos ingleses (los textos elaborados en New Hampshire, Carolina del Sur, Virginia, New Jersey, Maryland, Delaware, Rhode Island, Connecticut, Pennsylvania y Carolina del Norte), y un segundo periodo, donde se siguen las pautas dadas por el Congreso Continental y se les da un mayor significado a los derechos — Nueva York y Vermont (1777), Carolina del Sur (1778), Massachusetts (1780) y New Hampshire (1784). Aún podemos distinguir un tercer periodo de textos de nuevos Estados y arreglos de los anteriores textos, una vez ya establecida la Constitución, como son los de Georgia (1789), Carolina del Sur y Pennsylvania (1790), Delaware, Kentucky y New Hampshire (1792), Vermont (1793), Tennessee (1796) y Georgia (1798),³⁸ cuyo contenido es similar en algunas cuestiones trascendentales, el poder legislativo con carácter bicameral; una Cámara baja elegida por el pueblo, al igual que la Cámara alta; el Senado que, a su vez, son sus representantes los encargados de elegir al poder ejecutivo; sufragio censatario y derecho al voto de los varones, acompañado de un catálogo de derechos como: “que todo miembro de la sociedad tiene derecho” a la libertad de culto; a ser protegido en el disfrute de la vida, libertad y propiedad, y a poseer garantías procesales.

En opinión de Pablo Lucas Verdú, este texto “declara y proclama” las razones que tienen las colonias para romper con la metrópoli, por los abusos cometidos por los británicos y “que todos los hombres son creados iguales y son dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables, entre ellos la vida,

³⁸ Recogido de Rafael de Asís Roig y otros: “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en G. Peces-Barba Martínez y otros, *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, vol. III. Madrid, 2001, pp. 74-75.

la libertad y la búsqueda de la felicidad”, pidiendo para su defensa la ayuda divina.³⁹

Otros documentos jalonan la vida norteamericana y van conformando el camino que nos lleva a la Constitución, en el deseo de formar un gobierno unitario. Se crea el documento denominado Artículos de Confederación y Unión Perpetua, aprobado en noviembre de 1777, donde por primera vez se utiliza el término Estados Unidos de América, con un fin y deseo real de formar la nación americana, que consigue plenamente la independencia de Inglaterra con el Tratado de Paz de 1783.

Comienza aquí un periodo donde los planteamientos de la Confederación tienden a una unidad diferente y en la que existen posturas encontradas en la formación política de América, debatiéndose sobre:

- La creación de una unidad nacional y no una Confederación no centralizada.
- Y el debate entre los federalistas y antifederalistas, que, aunque ambos son partidarios de un sistema federal, contrariamente a lo que su denominación indica, sus diferencias están en la postura de los antifederalistas, de no ratificar el texto constitucional creado por la Convención constituyente en 1787, basándose en diversos motivos, entre ellos la falta de un catálogo de derechos, cuya inclusión se decide. Tras profundas controversias en algunos Estados, se ratifica la Constitución, a pesar de que en 1782 se aceptan 10 enmiendas y más adelante se producirán cambios.

La Constitución de Estados Unidos de 1787

Como indica su nombre, fue ratificada por los 13 estados independientes en el periodo que va de 1787 a 1791 (en que lo hace Vermont), un concepto de Constitución que ya desde tiempo atrás se tenía en las dos orillas del Atlántico y que, como vemos, había sido asumido por todas las colonias, lo que le da vigencia para todos los habitantes de Estados Unidos y permite superar los

³⁹ P. Lucas Verdú, “Proclamación, formulación y significado de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, en *Derechos humanos y Revolución francesa*. Bilbao, 1991, p. 73.

particularismos de los diferentes Estados y la creación de un gobierno central, aunque declarando la autonomía de éstos, como lo refleja Pereira Menaut: “La Constitución Americana, ese pretendido monumento democrático, traduce, línea a línea, las exigencias de un problema práctico de hombres de negocios, que si hacen uso de la teoría política no la extraen de una metafísica desinteresada, sino del sistema de gobierno inventado para los intereses de la oligarquía inglesa del siglo XVIII...”⁴⁰ Documento de gran trascendencia, que ha sido estudiado tanto en su contenido de fundamentos filosóficos comunes y cuyo nacimiento en la misma fecha supone el nacimiento de libertades individuales en un panorama político similar al de la Constitución francesa.⁴¹

La Constitución federal americana, en siete artículos, es el texto constitucional más antiguo que aún se mantiene en vigor. En su contenido da grandes poderes al Presidente, que además es Jefe de Estado del gobierno y del partido mayoritario, pero consagra la separación de los tres poderes y el bicameralismo. La función legislativa, regulada en el artículo I, se atribuye a un Congreso bicameral, con una Cámara de Representantes, a la que se envían diputados de cada Estado. Es un documento que encierra una unidad interna que organiza las relaciones entre los Estados y la Unión con una organización federal, razón por la que no contiene una tabla de derechos, aunque en su contenido se hacen claras referencias a derechos, como el de la inmunidad parlamentaria, la libertad de movimiento, la libertad religiosa y otros, pues sin tener en cuenta las enmiendas posteriores, la Constitución americana contiene libertades fundamentales sobre la libertad personal, que se oponen a la arbitrariedad del gobierno; a la libertad de religión, de palabra, de reunión, de portar armas, y a los derechos fundamentales procesales.

Podemos concluir diciendo que todos estos documentos americanos, que parecen conceptualizar el derecho público inglés, tienen un fundamento iusnaturalista, con el que las libertades positivas se van transformando en derechos

⁴⁰ En *La Constitución de los Estados Unidos*, pp. 45-46, recogido en la *Historia de los derechos...*, p. 100.

⁴¹ B. Bailyn, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*. Buenos Aires, 1972; M. Farrand, “The Federal Constitution and the defects of the Confederation”, en *American Political Science Review*, 1907-1908; H. C. Hockett, *The Constitutional History of the United States. 1776-1826*. Nueva York, 1948; N. Matteucci, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*. Bolonia, 1987; C. Pereira Menaut, *La Constitución de los Estados Unidos*. Santiago de Compostela, 1998.

humanos; “la misma concepción del Estado y la teoría política de Norteamérica se encuentran estrechamente vinculadas a tales derechos, más aún, tales derechos pertenecen, sobre todo, a la forma de vida americana (*American way of life*)”.⁴²

Forma de gobierno presidencial que fue adoptada también en las repúblicas de América latina, constituidas en el siglo XIX, después de la independencia de España.

IV. LOS DERECHOS DEL HOMBRE DURANTE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Todas las revoluciones civiles y políticas tuvieron una patria y en ella se encerraron. La Revolución francesa no tuvo territorio propio, es más, su efecto ha sido en cierto modo el de borrar del mapa todas las antiguas fronteras. La hemos visto aproximar o separar a los hombres por encima de todas las nacionalidades particulares, ha formado una patria intelectual común en que los hombres de todas las naciones pueden convertirse en ciudadanos. La revolución francesa consideró al ciudadano en abstracto, al margen de todas las sociedades particulares, tal como las religiones consideran al hombre en general, independientemente del país y del tiempo.⁴³

Hablar de derechos humanos es presentar la imagen de las tablas de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, como texto jurídico positivo y de libertades, incomparable a cualquier otro. Hablar de “nuevo régimen”, de avance, de progreso, es recordar la Revolución francesa y su concepción universal. Así fue considerada por la historiografía de todos los tiempos y tendencias,⁴⁴ como una revolución social de la burguesía, como el triunfo

⁴² G. Oestreich y K. P. Sommermann, *Pasado, presente...*, p. 58.

⁴³ A. de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución*. México, 1996, p. 95.

⁴⁴ F. N. Babeuf, *Realismo y utopía en la Revolución francesa*, trad. de M. Tarragó. Madrid, 1985; A. Barnave y G. Senac de Meilhan, *Dos interpretaciones de la Revolución francesa*. Madrid, 1990; E. Burke, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*. Madrid, 1978; F. Furet y D. Richet, “La Revolución francesa”, en Villaverde, comp., *Alcance y legado de la Revolución francesa*. Madrid, 1989; F. Furet y M. Ozouf, *Diccionario de la Revolución francesa*. Madrid, 1989; F. Furet, *Pensar la Revolución francesa*. Barcelona, 1980; E. García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*. Bil-

del liberalismo, que trajo consigo grandes transformaciones en las condiciones de vida y en la política de los franceses, de Europa en general y del mundo, por su carácter universalista; concepciones revisadas en las últimas tendencias historiográficas que presentan algunos aspectos negativos en el proceso revolucionario, pero, como acertadamente plantea de Vecchio, no se puede considerar la declaración en algún modo responsable de la Revolución, ni darle el aspecto tumultuoso que se le ha dado por algunos, sin tener en cuenta las ideas del antiguo régimen, el desacuerdo existente entre los súbditos y las instituciones, las contradicciones de la época y tener en cuenta el carácter de los acontecimientos dirigidos a reconstruir un nuevo edificio social.⁴⁵

Deteniéndonos en el aspecto jurídico, García de Enterría señala:⁴⁶

La Revolución francesa ha aportado a la historia de la cultura occidental en el lenguaje jurídico algo mucho más sustancial que un repertorio léxico determinado, que haya que enumerar analíticamente; ha aportado un discurso enteramente nuevo para explicar las relaciones entre los hombres y su organización social y política como materia del derecho, discurso que expresa un sistema conceptual original a cuyo servicio ha aparecido y se ha desarrollado a lo largo de dos siglos todo un “universo léxico” complejo y nutrido absolutamente novedoso, que ha cortado como un tajo la tradición histórica.

Pueden resultar unos juicios exagerados, pero parecidas alabanzas hace Francois Furet,⁴⁷ para el que “la Revolución francesa funda un lenguaje y una sociedad. O, más bien, funda una sociedad a través un lenguaje: lo que se llama una nación” y en la primera cita de Tocqueville, se le compara con la religión. Sea como sea, sin duda fue un hecho importante para la humanidad, que creó un sistema nuevo en las relaciones Estado/ciudadano, reguladas por un derecho público diferente al del antiguo régimen, donde la libertad es el centro mismo del nuevo orden social y pieza imprescindible en las ideas políticas de la “nueva historia universal del derecho” (García Enterría), que se inicia con

bao, 1991; G. Lefebvre, 1789: *Revolución*. Barcelona, 1993; A. de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución*. Madrid, 1982; AA. VV., *Estudios sobre la Revolución francesa y el final del antiguo régimen*. Barcelona, 1996.

⁴⁵ J. del Vecchio, *Persona, Estado y derecho*. Madrid, 1957, p. 57.

⁴⁶ E. García Enterría, *La Revolución francesa...*, p. 37.

⁴⁷ F. Furet, *Pensar la Revolución...*, p. 38.

la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789, hasta los grandes Códigos napoleónicos, pasando por la Declaración de 1793 y las Constituciones francesas de 1791, 1795 y 1799.

El marqués de La Fayette, luchador en el alzamiento americano, presenta en la Asamblea Nacional, de 1789, el proyecto de petición de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, en cuya elaboración, siguiendo los artículos americanos, había intervenido Jefferson, entonces embajador en París. En 1902 sale a la luz la traducción francesa de la obra clásica ya citada de Jellinek sobre la declaración de 1789, negando la originalidad del documento al ser una copia de los *Bill of Rights* americanos, afirmación que es replicada por Boutmy,⁴⁸ posteriormente por Jellinek y otros autores, iniciándose una polémica, no concluida aún hoy. Desde la historiografía francesa reivindican la importancia de este texto, sin despreciar los precedentes americanos, y reconocen que los padres de la declaración conocían a fondo la revolución americana, pero que plantean una diferencia importante en sus criterios, al introducir el concepto avanzado de sociedad y de Estado centrado en la ley y el derecho de libertad (hacer todo lo que no perjudique a otro), como señala Sommermann, que insiste en la idea de que existe una modificación fundamental en la declaración francesa, que queda ya patente en el preámbulo, en el que se acusa de que “la ignorancia, el olvido y el desprecio de los derechos humanos deben ser considerados únicas causas de la calamidad pública y de la corrupción de los gobiernos”,⁴⁹ así el espíritu de ataque determinó la formulación de cada derecho, resultados absolutos de un movimiento revolucionario. Baste recoger una opinión sobre el tema, la de James Ceaser.⁵⁰

La Revolución americana fue la primera revolución democrática que intentó seguir, sobre la pauta de Locke, las “leyes de la naturaleza”, pero su comprensión de la naturaleza fue incompleta, imperfecta, mediocre. La Revolución francesa, por el contrario, ha preservado la posibilidad de un “ideal más elevado” para la democracia moderna, una democracia basada sobre ideas absolutas y no sobre el simple interés individual.

⁴⁸ E. Boutmy, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek”, en González Amuchástegui, ed., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Madrid, 1984.

⁴⁹ G. Oestreich y K. P. Sommermann, *Pasado, presente...*, p. 58.

⁵⁰ En “Les deux Révolutions”, recogido en la obra en la que se analiza la polémica, en dos tomos, *Le discours sur les Révolutions*, 1991.

Postura contraria mantienen otros autores, como Martin Kriele,⁵¹ que consideran que fueron los *Bills of Rights* norteamericanos los que sirvieron de modelo para la declaración francesa, muy al contrario de la opinión de Boutmy, en el sentido de que estos documentos estaban difundidos anteriormente a la tabla francesa y en el contenido de la declaración francesa se encuentran los mismos derechos que en la americana, sin olvidar su semejanza formal.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Luis XVI reúne los Estados Generales el 5 de mayo de 1789, en los que los diputados presentan un cuaderno de reivindicaciones, y unidos nobleza, clero y pueblo se constituyen en Asamblea Nacional para dotar a Francia de una Constitución, y como preámbulo se redacta la declaración francesa, el 26 de agosto de 1789 y el 5 de octubre por el rey Luis XVI, con el fin de dar un nuevo régimen político a Francia, en una nueva Constitución, precedida o continuada por una declaración de derechos, sobre la que han corrido ríos de tinta que reflejan diferentes opiniones que se centran en diversas cuestiones.⁵² Un texto de validez universal en el que la Asamblea Nacional trabajó con urgencia y lo que en principio fue un documento provisional, se convierte en definitivo, cuyo objetivo es la oposición al régimen absolutista donde se desprecian los derechos humanos, fuente de males públicos. Temas y funciones de la declaración que Ricardo García Manrique⁵³ resume en tres, la destrucción del pasado

⁵¹ En *Introducción a la teoría del Estado...*, pp. 224 y ss.

⁵² Sobre la declaración: B. Barbeyrac, *Les Devoirs d'Homme et du Citoyen*. Caen, 1984; E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid, 1980; E. Boutmy, *op. cit.*; E. Burke, *Reflexiones sobre la Revolución francesa*. Madrid, 1978, México, 1995. Conac, G. M. Debene y G. Teboul, dirs., *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. París, 1993; P. Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989; G. del Vecchio, "La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución francesa", en *Persona, Estado y derecho*. Madrid, 1957; C. Fauré, *Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789*; L. Jaume, ed., *Les Déclarations des droits de l'homme*. París, 1989; AA. VV., *Textos básicos de derechos humanos*, por Gregorio Peces-Barba y otros.

⁵³ En "Los textos de la Revolución francesa", en *Historia de los derechos fundamentales...*, p. 231.

del antiguo régimen, que se recoge en el Preámbulo; la revalorización del presente, al legitimar la Asamblea la revolución (artículo 2); autolegitimación especialmente clara en el artículo 3, y el anuncio del futuro constitucional, como preámbulo de la Constitución que contiene un programa legislativo amplio, sin olvidar el valor de dar a conocer los derechos individuales y las bases de una organización política más justa.

Volvemos a insistir en el principio de que todas estas declaraciones que hemos ido analizando, la inglesa, la americana y la francesa, representan la positivación del derecho natural. La declaración americana trata de hacerse beneficiaria de los principios jurídicos de la declaración inglesa y no introduce nada nuevo, porque no supuso un cambio en el orden social establecido; por el contrario la declaración francesa traslada el “orden natural teórico” a un “orden positivo práctico”, se fundamenta en el orden natural y se estructura en un esquema con tres cuestiones clave, el hombre, la ley y el ciudadano. “Derechos naturales” que recoge el preámbulo de la declaración y lo hace, como nos dice García Manrique, como derechos subjetivos (aunque, y esto es novedoso, vinculado con las normas objetivas) que pueden ser analizados racionalmente y es un iusnaturalismo contractualista, centrado en el contrato social, cuya función es moral y su contenido es clarificador en cuanto explica: “Que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos,”⁵⁴ y el artículo 2 los proclama: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.⁵⁵ Es patente, además, que esta declaración trató de tener un valor suprallegal.

En la distinción hombre/ciudadano, y sin entrar en el fondo de estos conceptos, Solange Barberousse apunta: “Alors qu’avant 1789, les habitants du royaume de France son les ‘sujets du roi’ —c’est le sens d’époque du mot ‘sujet’— la Révolution les déclare ‘citoyens’”, el individuo de la Declaración no es un sujeto jurídico si no es por la ciudadanía y “Ainsi la D. D. H. C. crée implicitement deux castes: les hommes-individus et les citoyens-sujets”. El artículo VI precisa “que la loi est l’expresion de la volonté générale. Tous les

⁵⁴ R. García Manrique, “Los textos de la Revolución francesa...”, p. 245.

⁵⁵ E. García Enterría, *La lengua de los derechos...*, p. 76.

citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leur représentants á sa formation”. A partir del preámbulo, el mismo autor nos dice:

La Declaration des Droits de l’Homme y du Citoyen constitue un moment décisif d’une Revolution qui par l’établissement d’un cadre juridique donné á un droit subjectif et fondant —par la citoy-enneté— le Peuple-souverain et l’idée renouvelée de Nation, franchit ainsi le moment crucial du combat por la légitimité politique.⁵⁶

En este sentido, la Declaración de 1789, tiene, en opinión de Lucas Verdú,⁵⁷ un doble rostro, ya que supone el nacimiento de los derechos fundamentales y la positivación de éstos, de modo que en el preámbulo se realiza una declaración solemne de *los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre* y una proclama al pueblo francés.

Dos son las partes fundamentales del contenido de la declaración francesa que consagra dos grandes principios:

- Los derechos naturales del hombre en los artículos 2, 4, 7, 8, 9, 10, 11 y 17, en cuya declaración se transforma la materia moral en materia jurídica, son extraídos del mundo de las ideas hacia el mundo social, “la entrada de la lengua jurídica en la lengua general”,⁵⁸ con lo que se crea el derecho positivo. El artículo 2 declara que “la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”, para continuar en los artículos citados analizando cada uno de los derechos expuestos, la libertad (4), la seguridad (7), la presunción de inocencia (9), la libertad de opinión (10), la libertad de pensamiento (11) y la propiedad (17).
- Los principios políticos en los artículos 3, 6, 12, 13, 14, 15 y 16, donde el individuo, a través de un contrato social se constituye en ciudadano y en comunidad. La Asamblea desarrolla una tarea constituyente, que tiende

⁵⁶ Vid. “Revolution Francaise et sujet, particularisation sous le masque de l’universel”, en *Derechos humanos y Revolución francesa...*, p. 39.

⁵⁷ P. Lucas Verdú, “Proclamación, formulación y significado de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, en *Derechos humanos y Revolución francesa...*, p. 63.

⁵⁸ F. Brunot, *Histoire de la Langue Française des origines à nos jours*, t. X. París, 1968.

a un cambio radical de la sociedad y del Estado, como fruto del juego de las libertades y con la ley como guía (legicentrista), un orden social, político y jurídico nuevo, un orden constitucional, que imperaba en la política de la revolución y así fue promulgada como un anticipo de la Constitución e incorporada a ésta como un preámbulo, lo que de nuevo fue una novedad con respecto a las otras declaraciones y la fundamentación de nuestro trabajo al consagrar los derechos de la nación junto a los derechos del hombre y del ciudadano, cuando se trata en su articulado de la soberanía (3), de la ley (6), la garantía de los derechos del ciudadano (12), el mantenimiento de la fuerza pública (13) y la separación de poderes (16).

En primer lugar, los derechos naturales del hombre son, como quedan recogidos en el artículo 2 y a lo largo de 17 artículos, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; por lo tanto, distingue dos grupos, “los derechos de libertad y las garantías penales y procesales” y no recoge otros dos grupos, “los derechos sociales y los derechos políticos”.⁵⁹ Protagonista indiscutible es la libertad, que consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás ciudadanos de una comunidad y cuyos límites son establecidos por la ley, como lo muestra una publicación que acaba de salir sobre el estudio histórico del artículo 10, que trata de la libertad de opinión y la libertad religiosa,⁶⁰ donde la autora, partiendo de las teorías de Jellinek y la citada polémica con Boutmy, sobre la relación de los documentos americanos y franceses, estudia la génesis de dicho artículo 10 y los diferentes proyectos de la Comisión.

Paine⁶¹ considera que es en los tres primeros artículos de la declaración donde se encierra todo el contenido del articulado (los restantes artículos los aclaran o fundamentan), y son los que se refieren al concepto de libertad individual y nacional, al contenido doctrinal y al ideario revolucionario, señalando como importante la relación de los derechos naturales y civiles con el poder, cuestión no compartida por otros autores.

⁵⁹ R. García Manrique, “Los textos de la Revolución francesa”, p. 268.

⁶⁰ E. Souto Galván, *La libertad de opinión y libertad religiosa (Estudio histórico jurídico del artículo 10 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano)*. Madrid, UNED, 2001.

⁶¹ Th. Paine, *Derechos del hombre*. Madrid, 1984.

El segundo apartado de los derechos políticos fue el de mayor interés en la dicha declaración, porque en su contenido se busca conseguir justicia y participación en el poder. Una concepción de nación que no es centralista, sino federal, que sigue el ejemplo del Reino Unido y de Norteamérica, como señala Rene Gallissot,⁶² donde el papel del ciudadano en la declaración es:

La Déclaration des droits de l'homme émancipe par la citoyenneté, c'est à dire que elle fait sortir de la condition de mineur, en faisant accéder individuellement aux droits politiques. C'est la discrimination religieuse qui disparaît pour les protestants, pour les juifs comme l'on sait. L'universalité de l'Homme est toute abstraite; elle appartient à l'individu-citoyen; l'émancipation par la citoyenneté est toute individuelle et de surcroît liée à la capacité d'exercice qui est masculine et fondée sur la propriété privée ou le talent, cet autre capital personnel. L'individualisme, celui des droits personnels comme celui des droits civiques est le produit de la société marchande moderne qui autonomise également des collectivités politiques qui sont les nations. Mais l'individu n'est qu'une pure invention du libéralisme qui refuse de reconnaître que les femmes et les hommes existent en relation et par relation.

En el texto se parte del reconocimiento de la soberanía en la nación y no en la monarquía (artículo 3), pero es interesante resaltar la interrelación nación, soberanía, constitución, aunque este término sólo se utiliza una vez en el documento de la declaración (artículo 16), donde se formula la división de poderes, en cuanto que las funciones de gobierno tendrán que ser separadas, sin olvidar los artículos: 12, que promulga la organización de la fuerza pública, no sólo como institución armada, sino como espíritu colectivo, y 15, dirigido al control de toda la labor administrativa, presente en otros artículos de la declaración.

Pero no todo son elogios a este documento duramente criticado por algunos escritores católicos y protestantes en el sentido de que se utilizaron términos incongruentes e inexactos y palabras con gran carga teórica y sin contenido.

⁶² En "Etat National et Etat de Droit dans et depuis la Revolution Française", en *Derechos humanos y Revolución francesa*. Bilbao, 1991, p. 35.

La Constitución francesa del 3 de septiembre 1791

Indudable importancia tiene esta Constitución, que, como hemos apuntado más arriba, viene precedida de la declaración de derechos y cuyo contenido queda enunciado en los siguientes títulos, recogidos en el mismo documento, y son, *De la división del reino y Estado de los ciudadanos, De los poderes públicos, De la fuerza pública, De las contribuciones públicas, De las relaciones de la nación francesa con las naciones extranjeras y De la revisión de los Decretos constitucionales*, analizados por un gran número de autores que estudian sus fundamentos filosóficos y la importancia de un contenido que se debate entre un liberalismo y un acercamiento en otros puntos a las ideas democráticas.⁶³ Una división en dos partes claras, que influirá en la evolución constitucional posterior, la parte dogmática y la orgánica.

En su título III, sobre los poderes públicos, recoge de la declaración el concepto de soberanía (artículo 1), como “indivisible, inalienable e imprescriptible” y pertenece a la nación, término que desarrolla en otro artículo (2), “como centro del que emanan todos los poderes y no puede ejercerlos más que por delegación”. Continúa y profundiza en conceptos tan trascendentales como la separación de poderes y su división en legislativo, ejecutivo y judicial, cuyas relaciones son muy complicadas, consagrándose la superioridad del legislativo, formado por representantes del pueblo, y encargado de dos cuestiones diferentes, pero inseparables, hacer las leyes y mantenerlas; un poder ejecutivo, sin olvidar el poder judicial, que goza de mayor independencia, como se especifica en el artículo 1 del capítulo V, en el sentido de que este poder “en ningún caso, será ejercido por el cuerpo legislativo, ni por el rey”, sino gratuitamente por jueces elegidos temporalmente por el pueblo, bajo un sufragio censatario.

Una ampliación de los derechos naturales y civiles presentará en su título primero *Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución*, particularmente el derecho de libertad de expresión, imprenta y culto; el derecho

⁶³ C. Álvarez Alonso, *Lecciones de historia del constitucionalismo*. Madrid, 1999; R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de la constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid, 1998; F. Furet y R. Halévi, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*. Madrid, 1989; M. Morabito y D. Bourmaud, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*. París, 1998; M. Troper y L. Jaume, dirs., *1789 et l'invention de la Constitution*. París, 1994.

de propiedad y marcadamente el de igualdad, en tres vertientes, de empleos públicos, penal y fiscal.

Sólo unas palabras más sobre los otros documentos de la Francia revolucionaria, de menor importancia, la declaración de derechos de 1793, aprobada por la Convención francesa de 1793, tras la proclamación de la República (1792), pero segundo en importancia en el reconocimiento de los derechos naturales. Una declaración jacobina, que vuelve a recoger el carácter negativo de su origen, el desprecio de los derechos del hombre, que declara como primer principio la felicidad, y como derechos naturales la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de signo más abierto que en la anterior. Se declara, pues, la felicidad como valor revolucionario, adquiriendo pleno sentido con la caída de la monarquía y la llegada de la república.

De menor trascendencia para el desarrollo de los derechos del hombre son las Constituciones francesas de 1795 y de 1799, ya que para evitar el avance de la revolución suponen un retroceso en la democracia.

V. LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO

Sin pretender entrar en el régimen constitucional del siglo XIX, tema a desarrollar en otro apartado, sí nos parece que debemos concluir nuestro trabajo planteándonos si el origen del constitucionalismo vendrá determinado por los movimientos revolucionarios estudiados hasta ahora, en el intento de crear un orden social nuevo basado en el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre y en el planteamiento que muchos autores se hacen sobre el sentido del término Constitución. Nos parece necesario comprender si la defensa de los derechos individuales, que tienen como finalidad el desarrollo integral del ser humano, se logra creando un ámbito de libertad o a través de cauces de participación y de límites al poder político, de la sustitución de la razón de Estado por la ley y, aún más, si los derechos naturales en el mundo moderno que se han insertado en el derecho positivo pueden alcanzar en su actuación la función de creación de normas y si, en fin, estos derechos se reconocen en un texto de rango superior, una Constitución.

A nuestro juicio, es a finales del siglo XVIII, con el estallido de la Revolución francesa, cuando se afirman en Europa las teorías del liberalismo clásico

y la idea de Constitución, con un significado político y moderno que nace para llevar a la práctica estas teorías en su doble faceta jurídica como derecho privado en la codificación y como derecho público en el constitucionalismo del siglo XIX, recogido en solemnes textos legislativos escritos, con un carácter sistemático que se convierten en normas supremas y cuya finalidad es la limitación del poder público, carácter diferente al que tenía el término constitución en los precedentes medievales y del siglo XVI, cuando se utiliza como sinónimo de organización y posteriormente como leyes fundamentales, y es también en este periodo moderno cuando la lucha por los derechos del hombre marca la limitación del poder político, y como nos dice el artículo 16 de la declaración de los derechos de 1789, “una sociedad donde no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

Son las declaraciones de derechos, que hemos ido analizando, las primeras “concreciones programáticas”, en nuestro marco jurídico sobre la nueva concepción de la dignidad humana, y por ello no debemos olvidar que en ocasiones no están exentos de ambigüedades, porque “los primeros portadores de esta bandera obligaron ya a que su interpretación y positivación nacieran escoradas; albergaban el propósito de favorecer los intereses de los promotores de la naciente sociedad industrial, de sus clases emergentes, que con el triunfo de la revolución se convierten en dominantes”,⁶⁴ lo que se manifiesta en la defensa a ultranza que se hace del derecho a la propiedad en todas las declaraciones que hemos ido analizando. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta el carácter histórico indiscutible de los derechos humanos, es necesario enraizar las declaraciones de los siglos XVII y XVIII en las transformaciones económicas y sociales de la burguesía, pero, como veremos más adelante, los derechos humanos comienzan su positivación en la Constitución de 1791 y a lo largo de los ciclos constitucionales de los siglos XIX y XX son convertidos en leyes constitucionales no sólo en Francia, sino también en la mayoría de los países europeos. Nadie puede dudar que en las Constituciones del siglo XIX están patentes las huellas de las declaraciones francesas y que los derechos humanos salieron a la luz cuando se desarrolló la monarquía constitucional.

⁶⁴ J. A. Gimbernat, “Consideraciones histórico-argumentativas para la fundamentación ética de los derechos humanos”, en *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid, 1989, pp. 171-172.

Este planteamiento general nos parece válido, pero debemos señalar que las posturas seguidas por los países europeos no fueron las mismas y que del concepto clásico de Constitución en el régimen liberal pueden partir dos concepciones: una, que tiene en cuenta el pasado histórico y trata de reformar las instituciones, como ocurre en Gran Bretaña, cuya evolución política-jurídica viene determinada por numerosas disposiciones consuetudinarias; frente a Francia y América, en las que se da una construcción racional, que prescinde del pasado y que a partir de la Revolución van creando toda una serie de instituciones constitucionales plasmada en textos legislativos solemnes que persiguen la creación de un Estado liberal de Derecho, la constitución como un orden y una estructura. Dichas soluciones recogidas por los Estados europeos responden a las diferentes concepciones del término Constitución, que García Pelayo⁶⁵ resume en tres: el concepto racional normativo (que a través de normas regula las funciones del Estado), el concepto histórico (resultado de una transformación histórica) y el concepto sociológico (la Constitución es una forma de ser y el resultado de las instituciones sociales del presente).

Si consideramos que el derecho constitucional es la manifestación de un progreso histórico y que desde el pasado las instituciones fueron ampliadas y adaptadas a los tiempos históricos hasta llegar a democratizarse, transformando el absolutismo monárquico en una democracia, debemos entender la revolución inglesa como una ruptura (guerra civil de 1642) y su consecuencia como un nuevo arranque que articuló nuevos principios de gobierno en una Constitución (1649-1660), periodo en el que se trata de crear una Constitución para Inglaterra, proyecto que fracasa con la Restauración de Carlos II, que supuso la vuelta al pasado. Una nueva ruptura y un nuevo arranque en la revolución de 1688 y la Carta de Derechos, que sin duda contiene principios constitucionales, pero que declara la supremacía del Parlamento como cuerpo soberano legislativo, que no puede ser mermado por la Constitución, razón fundamental de la falta de Constitución escrita y de un catálogo de derechos fundamentales obligatorios para el Parlamento, pero, por el contrario, se va a dar una libertad que estará protegida por el Estado y donde el respeto a los derechos humanos es evidente.

Por el carácter claro de las reglas jurídicas entendemos que fue en la Inglaterra del siglo XVII donde se planteó por primera vez la polémica absolutis-

⁶⁵ En *Derecho constitucional comparado*. Madrid, 1987, pp. 33-53.

mo-derecho constitucional, y, por tanto, la forma clara de entender el Estado constitucional en el reconocimiento de las instituciones jurídicas que fundamentan dicho Estado y que dicho enfrentamiento se convirtió en el gran problema de la política inglesa de los Estuardos, que dividió a los ingleses en dos bandos, en defensa de los principios constitucionales que ya existían en el *Common Law*, como nos dice Kriele, “Éstas se referían, sobre todo, a la participación del Parlamento en la tarea legislativa, especialmente en materia de impuestos, a la prohibición de violar la ley, también para el rey y sobre todo a la protección del individuo contra detenciones, castigos, robos y asesinatos arbitrarios, reglas que resultaron incompatibles con la concepción absolutista de Estado”,⁶⁶ o en la derogación del derecho constitucional, como defendían los absolutistas. De este modo la doctrina de la soberanía se convirtió en el centro del debate político en Inglaterra; era, pues, una polémica teórica, muy al contrario de lo ocurrido en Francia, donde la polémica surge como respuesta a la situación existente, y para salir de ella lo que hace es plantearse su respuesta en otro sentido.

Pero también los primeros textos escritos serán las diferentes constituciones de las colonias americanas convertidas en Estados, que, a su vez, recogen catálogos de derechos fundamentales y son en ellas, cuando el término Constitución adquiere sentido consistente en una selección de normas legales que rigen en un país, como recoge la Constitución americana de 1787: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos [...] disponemos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América” y fueron creadas por deseo del pueblo de instituir un nuevo sistema de gobierno, por comunidades que desean unirse en un nuevo Estado (Estados Unidos) o porque una revolución rompe con el pasado (Francia).

Paralelamente a la dicha polémica del origen del Estado constitucional hay que trazar el nacimiento de los derechos humanos (como derecho natural) y de los derechos fundamentales (como derecho positivo) y determinar si su origen se halla en el derecho anglosajón o en el iusnaturalismo francés o en la influencia de los dos derechos, tratando de aclarar cuándo fueron institucionalizados y pasaron a ser de derechos humanos a derechos fundamentales, cuestiones, todas ellas, clave para entender el contenido del trabajo que presentamos.

⁶⁶ M. Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires, 1980, p. 166.

Quizá en la primera cuestión planteada se deba tener en cuenta lo dicho por algunos autores, en el sentido de destacar el intercambio de ideas que en el siglo XVIII se produjo entre Europa y América como pone de manifiesto la influencia clara del iusnaturalismo en los derechos fundamentales americanos, o, como se sugiere en los diferentes textos constitucionales de sus Estados, “ciertos derechos naturales”, “ciertos derechos inherentes e inalienables”; en segundo lugar, los derechos recogidos no eran sólo del ciudadano, sino derechos humanos, “todos los hombres son igualmente libres por naturaleza”. De este modo, nos dice Kriele:

Aquí se muestran dos peculiaridades esenciales del Estado constitucional de cuño anglosajón: en primer lugar, creó libertad para los libres, pero no tuvo impulso para la igualdad. Sólo con el agregado de la pretensión iusnaturalista pudo llegarse a la abolición de la esclavitud y a la posibilidad de tendencias sociales del Estado [...] la amalgama entre el Estado constitucional y el derecho natural creó la fuerza revolucionaria que actuó en dirección a la libertad igual, esto es, igualdad de derechos dentro del Estado constitucional.⁶⁷

Fue esta influencia iusnaturalista la que desencadenó su expansión al mundo occidental.

Por el contrario, y teniendo en cuenta lo dicho sobre la trascendental influencia del modelo constitucional americano, la declaración de los derechos humanos está enraizada en el Estado constitucional de 1789. El artículo 16 de la declaración de derechos francesa no sólo plantea la necesidad de una Constitución, sino también la garantía de los derechos humanos, la confluencia de la idea de Constitución con la idea de felicidad social, de garantía de la libertad y del resto de los derechos naturales del hombre, como dice Ricardo García Manrique:⁶⁸

En resumen, hay quien considera que con la Declaración de 1789 triunfó la concepción de la Constitución como norma suprema creada por el poder soberano de la nación, a pesar de todas las ambigüedades derivadas de los compromisos entre moderados y radicales. Además, la declaración establece una relación de identidad entre el aseguramiento de los derechos humanos y el establecimiento de la Constitución, siempre que interpretemos que la separación

⁶⁷ Vid. *Introducción a la teoría del Estado...*, pp. 221-222.

⁶⁸ En “Los textos de la Revolución francesa...”, p. 316.

de poderes, a pesar de que el artículo 16 la sitúa en el mismo nivel que la garantía de los derechos, es, más bien, un medio al servicio de la misma.

Sin embargo, otros autores piensan que Francia se quedó en un proyecto de Estado constitucional, porque fracasó en su realización y la expresión de los derechos humanos fueron declaraciones sin una clara realidad jurídica, como se refleja en el siguiente párrafo del mismo Kriele:

La suposición de que la historia de los derechos fundamentales comienza con la declaración de los derechos humanos francesa de 1789 y que es la sedimentación política de la filosofía iluminista francesa es, conforme a lo expuesto, un error, y además un error con efectos lamentables, pues ha contribuido esencialmente a una concepción de los derechos humanos que les separó *del contexto institucional del Estado constitucional*, relegándolo al plano de las declamaciones.⁶⁹

Creemos necesario aceptar que los movimientos revolucionarios francés y americano van a modificar, a finales del siglo XVIII, los principios político-jurídicos de los ordenamientos constitucionales, creando instituciones completamente nuevas, un nuevo modelo estatal, el Estado moderno, que trascendió al mundo occidental y a sus posesiones coloniales. A partir de 1787, y hasta la actualidad, se pueden distinguir diferentes periodos constitucionales, que podemos agrupar en dos: 1) el “constitucionalismo clásico”, y 2) el periodo del “constitucionalismo contemporáneo”. Es el primer periodo el que reclama nuestra atención y se extiende desde 1787 hasta el comienzo del siglo XX, en el que se distinguen diversos planteamientos que van desde las constituciones revolucionarias (hasta 1799), las napoleónicas y de la Restauración (hasta 1830), las liberales (hasta 1848) y las democráticas (hasta 1918).⁷⁰

Los derechos humanos aparecen con la monarquía constitucional y la fundamentación iusnaturalista de estos derechos ya positivizados va extinguiéndose en las Constituciones liberales.

Conviene subrayar que los textos analizados angloamericanos, como la declaración francesa, que son complementarios, conforman la cultura político-

⁶⁹ Vid. *Introducción...*, pp. 227-228.

⁷⁰ P. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*. México, 1975, pp. 290-291.

constitucional euroatlántica, y en este panorama del primer periodo de evolución constitucional y de ciclos de constituciones, van a tener una gran importancia las llamadas Constituciones revolucionarias, en las que, sin duda, se anuncian afirmaciones que poseen un carácter universal cuando declaran el derecho de los pueblos a autogobernarse. Textos de los que son deudores las Constituciones contemporáneas que, aun siendo unas constituciones rígidas, aportan a la historia de la humanidad conquistas trascendentales que Biscaretti sintetiza, tras analizar las diferentes aportaciones en las instituciones del constitucionalismo clásico en los diferentes países que hemos presentado en este trabajo, de la siguiente manera:⁷¹

El modelo británico contribuiría, en el siglo XVII, en la creación de:

- Una Monarquía constitucional centrada en Asambleas legislativas que comparten el poder con el Rey.
- El Parlamento será bicameral y una de las Cámaras es elegida por sufragio censitario primero y posteriormente por sufragio universal.
- “Una tutela jurisdiccional eficaz para proteger las libertades civiles esenciales”, basándose en las disposiciones consuetudinarias del *Common Law*.

La aportación francesa fue la más trascendental y se manifestó en:

- El principio universal de la división de poderes, estableciéndose las competencias de los órganos del Estado.
- El principio de la Soberanía Nacional.
- El desarrollo doctrinal de los derechos subjetivos de los ciudadanos como intrínsecos a la naturaleza humana, y, por tanto, por encima de los derechos positivos.

Por último, la contribución de los Estados Unidos de América sería:

- La estructura federal del Estado.
- La forma de gobierno presidencial.
- El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

⁷¹ En *Introducción al derecho...*, pp. 45-47.

Las constituciones del siglo XIX irán mostrando las huellas del modelo americano y francés en Europa y en todo el mundo, pero su influencia fue diferente, según los países, y particularmente plantean a todos los pueblos europeos, que persistían en el régimen absolutista, una imagen de libertad, formándose en Europa toda la teoría de los derechos públicos subjetivos, profundas transformaciones que confluyen en un movimiento uniforme en el mundo occidental, que quedan plasmadas en la evolución constitucional.

En conclusión, a lo largo de nuestro trabajo sobre la positivación de los derechos del hombre, es necesario insistir en la necesidad de comprender la importancia de este periodo en el futuro de los derechos fundamentales y cómo fue un proceso caracterizado en sus diferentes pasos, primero por la tensión individuo/Estado y posteriormente por la necesidad de crear un Estado que no limite la dignidad del hombre conquistada y que respete los derechos del hombre. Todo ello conduce a la juridificación de los derechos y a la incorporación de éstos al derecho positivo y a textos escritos, para que dejen de ser proclamaciones sin valor alguno, el gran objetivo de la época como lo reflejan los textos estudiados ingleses, americanos y franceses. Buena muestra de lo dicho sería en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, el artículo 16 recoge: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”; o en la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*, cuando dice: “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 esos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla o abolirla”.⁷² Así, los principios de las declaraciones fueron recogidos en las Constituciones de los Estados modernos:

En la historia constitucional de los Estados de Europa, hasta nuestra época, han dominado en gran parte las ideas expresadas en aquella declaración, de las cuales pueden decirse que ya han penetrado profundamente en la conciencia jurídica de todos los modernos pueblos civilizados... a propósito de la declaración de los derechos, las exigencias de la razón triunfaron efectivamente y se tradujeron en derecho positivo.⁷³

⁷² Vid. los textos citados en AA. VV., *Derechos positivos de los derechos humanos...*, pp. 72, 115 y 107.

⁷³ J. del Vecchio, *Persona, Estado y derecho*. Madrid, 1957, pp. 159-160.

Pero no podemos, por el contrario, defender con tanto entusiasmo y con perspectiva histórica la manifestación de los derechos individuales y de las libertades públicas en toda Europa y América, pues en España e Iberoamérica plantean unos resultados nada alentadores, hasta llegar a convertirse en entorpecedores del progreso, como indican las últimas publicaciones, que aún no son definitivas.

En el caso español, los trabajos más recientes apuntan a los aspectos jurídicos de la Ilustración,⁷⁴ en el nacimiento del Estado constitucional y de los derechos humanos, movimiento que no debemos situar sólo en el siglo XVIII, sino que viene de la segunda mitad del siglo XVII y se proyecta en los primeros tiempos del siglo XIX; que presenta un peculiar aspecto, como ponen de manifiesto importantes autores que tratan el tema. Tomás y Valiente tiene de ello un criterio peyorativo:

España es un país que no vivió la reforma protestante; que atravesó con más amargura que triunfo un siglo de claroscuro, el barroco siglo XVII... un país que entró en la centuria de la Ilustración europea con muy escasas energías intelectuales, carente de raíces propias desde las cuales orientarse en tiempos de reformas y revoluciones...⁷⁵

Pero fueron siglos en los que se va a dar un discurso ilustrado, que pretende destruir el antiguo régimen y crear un régimen constitucional, que se va configurando con el fortalecimiento y consolidación del poder de la monarquía y con un movimiento ilustrado de reformas que pretende llegar a una “sociedad estatal racionalizada y progresiva”⁷⁶ y a una reforma de la administración real.

⁷⁴ J. Fernández Sebastián, *Diccionario histórico de la Ilustración*. Madrid, 1998; J. M. Portillo, “Los límites de la Monarquía. Catecismo del Estado y constitución política en España a finales del siglo XVIII”, en *Quaderni Fiorentini*, 25, 1996; S. Coronas González, “Jovellanos, jurista ilustrado”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66, 1996, pp. 561-614; A. de la Hera, *El regalismo borbónico*. Madrid, 1993; A. Elorza, *La ideología liberal en la Ilustración española*. Madrid, 1970; F. Sánchez Blanco, *La mentalidad ilustrada*. Madrid, 1999; J. Sarrailh, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*. México, 1957; J. M. Vallejo García-Hevia, *La monarquía y un ministro: Campomanes*. Madrid, 1997.

⁷⁵ En “Aspectos jurídico-políticos de la Ilustración española”, en *Obras completas*, t. IV. Madrid, pp. 3263-3272.

⁷⁶ A. Elorza, *La ideología liberal...*, p. 37.

Un movimiento emancipador que en su vertiente política queda reflejado en las reformas borbónicas que intentan legitimizarse y defender los derechos de la Corona y desde el poder consolidado intervenir en diferentes cuestiones, planteamiento ambiguo, que “acabó fortaleciendo mucho y reformando poco”.⁷⁷

Entendiendo estas premisas, conviene que nos detengamos en otra faceta de la Ilustración, que es la existencia de un derecho natural, de las luces de la razón aplicadas al análisis de la naturaleza humana, las leyes naturales, consideradas como principios que desembocarán en el derecho positivo, corriente jurídica europea que se introduce en España y que ha recibido creciente atención, en especial por los filósofos del derecho,⁷⁸ que destacan, la escasez existente en nuestro país de publicaciones de derecho natural, que seguían enraizadas en el derecho romano que se enseñaba en la universidad. Los estudiosos del tema sitúan la fecha clave al finalizar el reinado de Carlos III, pero los planteamientos son diferentes, para unos, como afirma Herr,⁷⁹ es el momento en que resurge la Ilustración con Godoy, donde “vemos que el pensamiento político ilustrado va transformándose en ideas y actitudes netamente liberales, se entiende, del liberalismo revolucionario propio de la burguesía triunfante del periodo 1808-1868”, mientras que para otros es al final del reinado de Carlos III cuando “es evidente la frustración del proyecto ilustrado, se abre un debate constitucional que para el sector radical supone, de hecho, una transición sin solución de continuidad de las Luces al Liberalismo”.⁸⁰ Pero, en conclusión, todos los ilustrados tienen como punto de mira la Constitución y todas las posturas, la que defendían la creación de una Constitución nueva o los defensores de las leyes fundamentales de nuestro país, posiciones a las que se suma el proceso revolucionario que va a conducir a la Constitución de 1812, que sigue fielmente el modelo de constitución francesa que, incluso, encomienda la especificación de los derechos al poder legislativo, frente al modelo americano que los deja en manos del poder judicial.

⁷⁷ F. Tomás y Valiente, “Aspectos jurídicos...”, p. 3266.

⁷⁸ J. Ruiz Giménez Ortiz, *La concepción institucional del derecho*. 1944; *Del ser de España*, 1962; *El Concilio y los derechos del hombre*, 1968; G. Peces-Barba y E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1996 (siete ediciones); A. E. Pérez-Luño, *Los derechos fundamentales*, 4a. ed. Madrid, 1998; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2a. ed., 1986.

⁷⁹ R. Herr, *España y la revolución del siglo XVIII*. Madrid, 1964, p. 313.

⁸⁰ J. Fernández Sebastián, “Política...”, pp. 112-123.

No se puede hablar de una jurisdicción constitucional, en opinión de Tomás y Valiente, pero sí de una actividad de las Cortes en defensa de los derechos. En la Constitución gaditana se reconocen los derechos de inviolabilidad, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de imprenta y de igualdad ante la ley y también los derechos fundamentales procesales penales, aunque estos dos principios no tienen un reconocimiento real, ni una participación igualitaria. Pérez-Luño piensa que:

La técnica de positivación empleada en Cádiz conjuga el método de la cláusula general utilizado por su artículo 4o., donde proclama que la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los ciudadanos que la componen, con la formulación casuística de una serie de libertades diseminadas por el texto.⁸¹

No tendría sentido concluir este escueto resumen del caso español sin apuntar como texto fundamental en el desarrollo de los derechos fundamentales la Constitución española de 1869, que se crea tras la revolución del 68 y recoge un catálogo de derechos que ya son base de un orden constitucional y que poseen un afán garantista, que se continuará en 1876, año en que se regulan los derechos de asociación política. Se completa el panorama español, destacándose como trascendentales en nuestro proceso las diferentes codificaciones de la presente centuria, como estudia en profundidad Bartolomé Clavero, pero, en general, nos sumamos a las palabras de Tomás y Valiente en el sentido de considerar la historia de nuestro constitucionalismo una “trayectoria de frustraciones interrumpida por momentos de esperanza”.

Claramente unido a nuestra historia en el desarrollo de los derechos fundamentales y especialmente interesante y cargado de contradicciones es un tema en el que no podemos entrar a fondo en estas escasas páginas y tan sólo podemos destacar algunas cuestiones que nos resultan importantes constatar. El 16 de octubre de 1810, en Guatemala, perteneciente aún a España, se firma la primera *Declaración de Derechos y el Primer Proyecto de Constitución*, que pone de manifiesto el interés que en Iberoamérica se tenía en el ataque al absolutismo y el deseo de realizar una Constitución y una tabla de derechos tanto del hombre como del ciudadano, de clara influencia francesa. Sendos documen-

⁸¹ Vid. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, 1984.

tos tuvieron presencia en Cádiz, pero parece que ejercieron escasa influencia en el proyecto de dicha Constitución. Primer escalón en el desarrollo posterior, pero interesante para poder comprender la preocupación que estos territorios tuvieron en el desarrollo de los derechos fundamentales durante el largo proceso de independencia de la península ibérica (1808-1826), periodo destacado por el inconformismo de las diferentes clases sociales hispanoamericanas, que desarrollaron una ideología de emancipación y una lucha por los derechos humanos, un deseo de crear un régimen donde se aceptaran los derechos individuales y se pudieran garantizar. Inconformismo en el que se entremezclan el movimiento ilustrado con un liberalismo revolucionario, que lucha por la desaparición del antiguo régimen y la consecución de un régimen constitucional en el que ejercerán influencias la Ilustración francesa, y, aunque se ha tardado en aceptar, sin duda la española, que se manifiesta en la relación de sus textos con la Constitución de Cádiz, sin olvidar la clara inspiración en los textos americanos de la Constitución de 1776, en su carácter federal, ya recogido en la primera Constitución iberoamericana de Venezuela en 1811. Constitución que marcó el inicio de un largo proceso constitucional de un culto desmesurado por la Constitución, que se prolongará durante el siglo XX, cuyos contenidos resultan programáticos, pero muy avanzados en materia de derechos humanos, ya que de forma permanente y combativa se intenta lograr una justicia social, camino arduo y continuamente interrumpido por la violación de dichos derechos.

GENERACIONES DE DERECHOS Y EVOLUCIÓN DEL ESTADO (LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-IDEOLÓGICA DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS: ALGÚN APUNTE DISCREPANTE SOBRE LA TEORÍA DE LAS DIVERSAS “GENERACIONES” DE DERECHOS)

Remedio Sánchez Ferriz,
Catedrática de Derecho constitucional,
Universitat de València

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN: HISTORICIDAD DEL PROBLEMA Y SU VIRTUALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO. 2. LA LIBERTAD HUMANA. DIMENSIONES Y DEFENSA JURÍDICA. 3. LOS DERECHOS Y LIBERTADES COMO OBJETO DEL DERECHO PÚBLICO: LIBERTADES Y PODER POLÍTICO. 4. GRUPOS O GENERACIONES DE DERECHOS. 4.1. PLANTEAMIENTO TRADICIONAL DE LAS TRES GENERACIONES. 4.2. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA Y SUS RAZONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. 5. COHERENCIA DE LA PROPUESTA CON EL DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL. 5.1. LIBERTAD DE IMPRENTA Y LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO. 5.2. LAS LIBERTADES DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y SU CARÁCTER UNIVERSAL. 6. REIVINDICACIÓN DE UNA GENERACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS. 6.1. UN MARCO ESTATAL Y UNA CONCEPCIÓN IDEOLÓGICA PARA CADA GRUPO. 6.2. PROGRESIVA CONSOLIDACIÓN DE LOS GRUPOS DE DERECHOS. 6.3. LA DOCTRINA ESPAÑOLA ENTRE LOS SIGLOS XIX Y XX. 7. CONCLUSIONES.

1. PRESENTACIÓN: HISTORICIDAD DEL PROBLEMA Y SU VIRTUALIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Es común en toda aproximación al estudio de los derechos y libertades exponer el nacimiento, la consolidación y la difusión de las declaraciones de derechos, como también la valoración de su relevancia en el constitucionalismo contemporáneo. Aunque tal presentación histórica no es el objeto de este capítulo, sí ha de tenerse muy presente, pues, para lo que tratamos de demostrar, conviene que nos detengamos en la perspectiva histórica. Ahora bien, en este

capítulo, sin perder dicha perspectiva de lo que se trata, lo que se busca es el engarce de los diversos grupos de derechos y su respectiva significación histórica y política para observar cómo ha ido evolucionando con las distintas fases por las que han pasado los Estados (hoy, constitucionales).

En definitiva, tratamos de reflexionar sobre lo que se conoce como generaciones de derechos, con el único objeto, por ahora, de recordar la labor, y el coraje, de generaciones no precisamente de derechos, sino de seres humanos, que lucharon por ellos. Por lo demás, parece oportuno abrir una línea de reflexión sobre el diverso significado y función que los derechos han ido desempeñando al ir consolidándose que, no por ser historia, ha de considerarse cerrada.

Bien al contrario, considero extraordinariamente útil para la interpretación y aplicación de los derechos y las libertades en nuestro régimen constitucional vigente (y lo mismo cabría decir de los que responden a los mismos valores y principios) la clarificación y determinación de los grupos de derechos que, por obedecer a una funcionalidad y estructura diversa entre sí deben ser interpretados y aplicados según criterios distintos y nunca iguales.

2. LA LIBERTAD HUMANA. DIMENSIONES Y DEFENSA JURÍDICA

En efecto, de la reflexión histórica y, en concreto, de la evolución de las declaraciones de derechos puede desprenderse la comprensión de los mismos, desde el punto de vista constitucional (y sin perjuicio de otros enfoques), porque si del Estado y de la Constitución solemos afirmar su historicidad, tanto más ha de tenerse ésta presente al reflexionar sobre los derechos y las libertades.

Éstos no son (o no son tan sólo) construcciones teóricas, fruto de la pura especulación intelectual, sino fruto de la experiencia humana. La necesidad de reconocer y defender la natural libertad humana surge de la necesidad de frenar los atentados a la misma por parte de quienes detentan poder (político, religioso, económico o de otro orden). En concreto, cada uno de los aspectos en que se hace más insoportable la falta de libertad dará lugar a un derecho o a una libertad que, tras su reivindicación, llegará a alcanzar el reconocimiento de los textos constitucionales a medida que las circunstancias políticas de cada país lo permitan.

Es esta libertad jurídica y no meramente filosófica la que nos interesa. Es cierto que la libertad jurídicamente regulada será más restringida en su ámbi-

to que aquélla, pero es la única efectiva, pues sólo es eficaz aquello que el ordenamiento jurídico reconoce y protege. Si bien las primeras declaraciones de derechos, imbuidas por el momento racionalista e iluminista que se vive y las inspira, se formulan con pretensiones universales y trascendentes, es bien cierto que sus concretas formulaciones están respondiendo a problemas muy reales y determinados de aquel momento histórico. No en vano constituyó una preocupación esencial del primer constitucionalismo la libertad económica: porque es su ausencia la que está en la base del enfrentamiento de las colonias inglesas de Norteamérica con la metrópoli; como antes, las imposiciones de carácter religioso fueron las que lanzaron a los primeros colonos ingleses a la aventura de abandonar su propio país en busca de una libertad religiosa de la que en él carecían.

El asentamiento del constitucionalismo no es sino la oportunidad histórica en que las carencias de libertad hallan la ocasión para ser reconocidas y protegidas por el derecho. El razonamiento de Montesquieu es extraordinariamente claro y le lleva a formular la teoría de la división de poderes como garantía de la libertad, pero no se le oculta la necesidad de que, previamente, se precisen las diversas significaciones de la libertad no solamente en lo que se refiere a sus enfoques metodológicos (la libertad filosófica o la libertad política) sino, también, las diversas consideraciones de la libertad política y jurídica como se observa con sólo recordar el epígrafe del Libro XI de *El espíritu de las leyes*, en el que Montesquieu entra de lleno en la formulación de la teoría. Dicho libro se titula *De las leyes que conforman la libertad política en su relación con la Constitución*, mientras que al libro sucesivo, el XII, el autor reserva el tratamiento *De las leyes que conforman la libertad política en su relación con los ciudadanos*.

3. LOS DERECHOS Y LIBERTADES COMO OBJETO DEL DERECHO PÚBLICO: LIBERTADES Y PODER POLÍTICO

Estrechamente ligados, pues, al fenómeno del poder, los derechos evolucionan con las manifestaciones institucionales o estatales del mismo. A este fenómeno se refiere, sin duda, Bobbio cuando nos habla del giro o cambio de enfoque que está en la base del reconocimiento de los derechos del hombre, aquél se produce cuando los derechos ya no se limitan (como en el mundo jurídico ro-

mano) a la esfera de las relaciones económicas interpersonales, sino que se conciben también como elementos de las relaciones de poder entre el príncipe y los súbditos.

Ello explica el carácter pactado de las libertades medievales que, no en vano, se reconocen como *libertades privilegio*, porque se pactan con el monarca para grupos humanos concretos, aquellos que están en condiciones de hacerlo exigiendo así el respeto que su propia fuerza les permite exigir del Príncipe. Como también explica la preocupación de los padres del constitucionalismo (tan antigua, por lo demás como el pensamiento político) por dividir y regular el ejercicio del poder del Estado. Pues lo que, en última instancia, se reconoce mediante las declaraciones de derechos es que el poder público ha de hallar límites en la libertad y la igualdad de los hombres, por lo que no podrá desplegar el ejercicio de sus facultades ni de modo que atente a la libertad individual, ni en forma discriminatoria.

La idea expuesta es comúnmente admitida, aunque con matices o enfoques diversos. Cruz Villalón vincula los derechos fundamentales al constitucionalismo, hasta el punto de afirmar que la historia de los mismos comienza en 1796, ni antes ni después, y que los derechos fundamentales acaban con las Constituciones. Para Schneider, sus raíces históricas se hunden en la antigüedad y su nacimiento y desarrollo como garantías jurídicas individuales están ligadas inseparablemente al desarrollo del Estado moderno.

Las referencias podrían multiplicarse, pero siempre hallaríamos, junto a su historicidad, la relación incontestable del poder con los derechos que no es, en definitiva, sino el modo en que las formas políticas expresan su consideración de lo que para ellas sea la persona y, en particular, el ciudadano. Además, esa estrecha relación entre la libertad y el poder también se manifiesta en la radicalidad con que se ha venido sosteniendo (hasta la última corriente constitucional), la distinción entre el derecho público y el privado o, incluso recientemente, entre el derecho político y constitucional y el derecho positivo.

En efecto, mientras las relaciones privadas fueron hallando en el derecho positivo, principalmente privado, garantías e institutos que consolidaban la seguridad del tráfico jurídico, los derechos y libertades del individuo como tal y, por ello, con carácter general (al margen de una concreta relación jurídica), se consideraban comprendidos en el ámbito filosófico-político de la teoría política. No es extraño que hayan debido recorrer un largo camino hasta lograr su consolidación a través de las múltiples garantías de que hoy, al menos en los

regímenes democráticos, gozamos. Ello era así porque, como recordaba Jellineck, la oposición entre el derecho privado y el derecho público se refería al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una *relación de coordinación* o, dicho de otro modo, el derecho privado regulaba las relaciones de los individuos como tales, mientras que el derecho público se ocupaba de las relaciones entre distintos sujetos dotados de *imperium*, de la organización y funciones de estos mismos sujetos y, en lo que ahora nos interesa, de “la relación de ellos con los sometidos al poder”.

Recordemos también que la construcción de Jellineck sobre el derecho público subjetivo, traduce la concepción que en la época se tiene de la posición del individuo frente al poder político y supone la traslación, al ámbito público, de la idea de relación jurídica perfectamente conocida como el derecho privado. Es evidente, sin embargo, que la desigualdad abismal entre los dos sujetos de la relación jurídica (el Estado y el individuo) había de hacer inoperante todo el derecho que, por considerarse esencial o básico, permaneciera en el ámbito de lo constitucional, hasta tanto la Constitución alcanzara normatividad; esto es, hasta que ésta fuera considerada norma jurídica de obligado cumplimiento y, consiguientemente, invocable ante los Tribunales (lo que, obviamente, exige con carácter previo una verdadera transformación del Estado).

1. Ello se logra pronto en los Estados Unidos de América (ya en 1803). Pero en Europa, como sabemos, habrá de esperar a los primeros intentos del periodo de entreguerras y a su posterior consolidación en la segunda posguerra mundial. En España el proceso será aún más largo, hasta llegar a la vigente Constitución de 1978. Y no porque se desconozca el camino para lograr la necesaria evolución estatal; basta un recuerdo de los inicios de nuestro constitucionalismo y del establecimiento de las bases en que se asienta nuestra disciplina, cuyo núcleo duro es indudable, fue y sigue siendo el mismo con que surgió paralelamente con el fenómeno constitucional bajo la inspiración de Montesquieu y que el artículo 16 de la declaración de derechos francesa immortalizó al decir: “Toda sociedad cuyos poderes no se hallen divididos y los derechos de sus ciudadanos protegidos, no tiene Constitución”. Los derechos de los ciudadanos representaron el principal elemento del movimiento constitucional, aunque formulados en formas distintas.

2. Pero, por el efecto de no pocos vaivenes políticos, ha habido que esperar más de siglo y medio hasta consolidar el sistema establecido en 1978. Sólo

entonces, con una Constitución normativa, los derechos han abandonado la esfera de lo filosófico y lo político para situarse en el campo del derecho positivo, bien que derecho fundamental, o derecho del Estado, pues es la exigibilidad de los derechos, y en particular de las libertades públicas, su vinculatoriedad para todos los poderes públicos, (artículo 53.1 C. E.) lo que nos permite situarlos en la realidad y positividad del derecho, sacándolos de la ficción política. Más aún, esa misma vinculatoriedad (artículo 9.1 C. E.) aplicada a los ciudadanos nos permite sostener que su carácter fundamental no impide, antes bien impone, su aplicación y respeto en las relaciones privadas entre particulares.

3. Es también ese carácter fundamental y fundante del Estado democrático lo que justifica la preocupación doctrinal y jurisprudencial que, lejos de conformarse con el establecimiento de técnicas y procedimientos jurídicos de garantía, ha ido buscando fundamentos y justificaciones teóricas a su relevante papel en el ordenamiento jurídico. Las construcciones jurídicas básicas que utilizamos en la defensa de los derechos (como las de la garantía institucional, el contenido esencial, la eficacia frente a particulares, etcétera) se recogen en las más recientes constituciones europeas (la portuguesa o la española) ya formuladas y acabadas (tras la depuración de largas polémicas sostenidas en el marco de las constituciones europeas de la segunda posguerra mundial).

Tales construcciones no tienen otro objeto que el de sacar a los derechos de aquella construcción subjetivista de Jellineck que (con apoyo, o sin él, en una supuesta relación jurídica mantenida con el Estado), situaba frente a frente dos contendientes con armas muy dispares: el individuo amparado por sus valores morales y espirituales y el poder político con sus armas propias.

Si las teorías estructuralistas han podido ir justificando las técnicas jurídicas y garantías con que se han tratado de proteger los derechos, generalmente en forma analógica con los procedimientos y técnicas del derecho privado, ello no bastaba. Era también necesario *objetivizar* los derechos, mostrar su carácter fundante, legitimador y constitutivo de la propia comunidad política; las teorías funcionalistas han contribuido a dicha justificación.

No es éste el lugar para exponer unas y otras, aunque sí podrá observarse que en la base de esta aproximación al problema se sitúa la convicción de que algunos derechos jugaron un papel esencial en la transformación del Estado liberal y, por más que ello haya pasado a la historia, no ha de olvidarse su función, que suele ser hoy (al plantearse la revisión del Estado social), tan decisiva como lo fue en la hora de su establecimiento.

Bastará ahora, pues, que de las tres vías que acabamos de apuntar para comprender el resultado final de lo que hoy constituyen las declaraciones de derechos en los regímenes democráticos (proceso socio-político de lucha y exigencia de los derechos, establecimiento de técnicas y garantías de exigibilidad y, por último, teorías justificadoras del papel axial de los derechos en los sistemas contemporáneos de nuestro entorno cultural) exponer en breve síntesis la primera, en coherencia con la perspectiva histórica, en la que se inserta la presente reflexión.

4. GRUPOS O GENERACIONES DE DERECHOS

Por lo que respecta al enfoque histórico-constitucional, es obvio que las actuales declaraciones son el resultado de la acumulación e integración de grupos de derechos que han ido surgiendo en forma progresiva, aunque su desarrollo y sucesión no sean estrictamente cronológicos, ni tampoco idénticos en todos los países de nuestra área cultural. A tales grupos de derechos se les ha dado en llamar *generaciones de derechos*.

Varias son, ciertamente, las generaciones de derechos cuya concepción, fundamentación y efectos difieren, correspondiéndose en cada caso con una formulación, también distinta, del Estado que les sirve de marco político. En efecto, si a fines del siglo XVIII se proclaman las libertades individuales, y el siglo XIX presencia el proceso, no siempre incruento, por el que las libertades políticas van superando sucesivamente las tres fases que cabría resumir como *delito, hecho, derecho* (que caracterizan el establecimiento de tales libertades), el siglo XX aporta un nuevo tipo de derechos, los típicos del Estado social de Derecho, que son los derechos sociales, esto es, los derechos a obtener del Estado concretas prestaciones. Sólo en los últimos años hemos vivido la reivindicación de *nuevos* derechos, tanto de carácter individual (por ejemplo: derecho a la transexualidad, o a la reproducción en las más diversas formas que los avances científicos posibilitan), colectivo (medio ambiente, por ejemplo) y hasta de toda la humanidad (el derecho a la paz o a la utilización ética de los descubrimientos que parecen acercarse a la esencia del individuo).

4.1. *Planteamiento tradicional de las tres generaciones*

No ignoro que la doctrina más extendida incluye todos los derechos y libertades *tradicionales* en una sola y primera generación, calificando los derechos sociales o prestacionales como segunda generación, y atribuyendo a todos los actuales derechos de la llamada *edad tecnológica* a una tercera generación. La forma sintética y clara en que Barile¹ expone esta concepción mayoritaria nos exime, creo, de mayor explicación:

¿Cuáles han sido los derechos de la primera generación? En primer lugar, los tradicionales, aquellos vinculados a la concepción liberal de las libertades negativas, junto al principio de igualdad ante la ley: éste sería el aspecto liberal-democrático de los derechos de libertad. Después de estos derechos surgieron, al ir afirmándose la democracia, los primeros derechos políticos; por tanto, aquellos que llamamos los derechos civiles y políticos de la primera generación y que son sustancialmente los contenidos en la primera parte de nuestra Constitución (italiana). La segunda generación de los derechos es la constituida por aquellos que se llaman derechos sociales o derechos económicos: son aquellos que, con alguna dificultad, fueron introducidos en las Constituciones de la primera posguerra y después fueron acogidos más ampliamente en las Constituciones de la segunda posguerra hasta las más recientes.

Barile, con la doctrina mayoritaria, sitúa, pues, en la tercera generación los que se conocen como nuevos derechos de la edad tecnológica, aquellos que hoy son polémica cotidiana en nuestros medios de comunicación social. Sin embargo, diferimos de este enfoque o, al menos, creo que vale la pena matizarlo, por creer que hoy no estamos asistiendo a la aparición de una tercera generación de derechos, sino a una cuarta generación de los mismos. Y ello sin ánimo alguno de contribuir a la sobrecarga o inflación de derechos, sino por varias razones en las que debemos detenernos.

¹ P. Barile, “Nuovi diritti e libertà fondamentali”, en F. Roccobono, comp., *Nuovi diritti dell’età tecnologica*. Milán, Giuffrè, 1991.

4.2. *Una propuesta alternativa y sus razones desde la perspectiva del derecho constitucional*

Primera

En primer lugar, porque el enfoque que desde el derecho constitucional se haga ha de ser forzosamente distinto al que desde otras disciplinas se hace. En efecto, la formulación doctrinal mayoritaria a que nos hemos referido halla apoyo en destacadas plumas de la filosofía del derecho y también en el derecho internacional. Gros Espiell² expone con claridad la diferencia existente entre las generaciones de derechos, tal como la doctrina mayoritaria las formula, y dicha diferencia es válida en este ámbito del derecho internacional pues, en él, los derechos de la primera generación comportan, para los Estados, la prohibición de violarlos, de lesionarlos por acción u omisión; en cambio, el Estado tiene, en el caso de los derechos económico-sociales, una obligación de hacer. Obsérvese, además, que la categoría doctrinal de las generaciones no responde necesariamente a un orden cronológico, pues en el ámbito internacional fueron reconocidos los derechos económico-sociales (que ya podemos hallar en el Tratado de Versalles o en la tarea de defensa que de los mismos emprende la OIT), antes que los civiles y políticos, que hallan su reconocimiento en 1948.

Sin embargo, el derecho constitucional no puede ignorar los distintos marcos jurídicos y políticos que cada forma histórica del Estado ofrece a las declaraciones de derechos y, fundamentalmente, la diversidad de las relaciones que entre el Estado y el individuo se generan, según se trate de un grupo u otro de derechos. En este sentido, no cabe asimilar, al menos sin matices, en una única generación (la primera) todos los derechos que van emergiendo a lo largo de la vida del Estado liberal, hasta su transformación en Estado social. Téngase en cuenta que, por una parte, el Estado liberal sufre una ostensible evolución que lo modifica gradualmente hasta la última fase de lo que se conoce como Estado demoliberal, y, por la otra, que dicha evolución se halla estrechamente unida a la aparición y consolidación de los derechos de participación o, al menos, de ejercicio colectivo que (quíerese o no) difieren notablemente en su funcionalidad y estructura de los derechos individuales de las primeras declaraciones.

² H. Gros Espiell, *Estudios sobre derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1988.

Segunda

En segundo lugar, habrá que insistir una vez más, no puede olvidarse que los derechos no son graciosas concesiones, sino conquistas de libertad, cada una de ellas precedida de un largo proceso de consolidación social y política que, curiosamente, en el caso de lo que entendemos por segunda generación (y que la inmensa mayoría de los autores suele ignorar, asimilándolos a los derechos individuales), coincide con todo el movimiento obrero, con los amplios y no siempre incruentos procesos de reforma electoral para lograr la progresiva ampliación del sufragio, hasta llegar a su carácter universal (masculino, primero, y después también femenino), etcétera.

Retomando, pues, la razón aducida en primer lugar, ha de corroborarse el interés de esta propuesta alternativa en la medida en que los derechos que habitualmente se acumulan en la primera generación contienen dos grupos bien diferenciados si se les considera desde la perspectiva estatal según la consideración hecha *supra* sobre la incontestable relación de los derechos con el poder político.

Podría afirmarse, en tal sentido, que son dos los tipos de derechos que se incluyen en una misma generación por parte de la doctrina más extendida:

1. Por una parte, las primeras libertades individuales que son objeto de reconocimiento por el primer Estado liberal como respuesta a las exigencias de un liberalismo que aún no se ha desprendido totalmente de sus tintes privatistas e individualistas y que, fundamentalmente, trata de proteger la propiedad y la libertad económica de las restricciones a que las sometió el antiguo régimen.
2. Por la otra, las libertades de ejercicio colectivo que responden a exigencias o intereses generales de una sociedad incomparablemente más amplia que la compuesta por los poseedores. Libertades que no se reconocen, como las de la fase precedente, en el momento de constituirse el nuevo Estado, sino que desempeñan un papel activo en el orden político, dando lugar, ellas mismas, a la mutación del Estado por cuanto, progresivamente, le fuerzan a democratizarse ampliando sus bases sociales.

Tercera

En tercer lugar, hay razones, pues, para poder afirmar que los dos grandes grupos de derechos (generalmente incluidos en la primera generación), individuales, por una parte, y colectivos o de participación, por la otra, difieren por su funcionalidad política y también por su estructura jurídica, de suerte que son susceptibles de ser diferenciados. Por ello, dirá Schneider,³ que el empuje de la burguesía hacia la participación en la vida política condujo no sólo a añadir nuevos derechos junto a los viejos derechos de procedencia iusnaturalista (como por ejemplo la libertad de prensa, de reunión...) sino que prestó, además, a los derechos jurídicos en su conjunto una nueva dimensión: servían a los ciudadanos como prenda de sus posibilidades de influencia en la opinión pública. Si, por lo demás, contempláramos con Bobbio los derechos desde la filosofía de la historia, la aparición de este grupo intermedio de derechos cobra todo su sentido como indicios o signos que revelan un proceso estatal de cambio.

En efecto, las primeras declaraciones incluyen con toda solemnidad los derechos que en aquel momento histórico representaban la reacción al absolutismo (en Europa) o a las imposiciones comerciales y económicas de la metrópoli inglesa (en Estados Unidos). En un caso y en el otro hay un denominador común, libertad (personal y libertad de comercio y de establecimiento de fábricas y artefactos), igualdad (que, formulada como igualdad formal ante la ley, tiene efectos prácticos en la eliminación de los privilegios que dificultaban el ascenso de la burguesía) y, obviamente, reconocimiento y protección del derecho de propiedad.

O, dicho de otro modo, los derechos que en particular cada documento de la época (finales del siglo XVIII) vaya reconociendo no son, en definitiva, sino los que traducen la filosofía individualista del liberalismo: la seguridad (garantías procesales, paz de la casa), la propiedad (como derecho o “facultad de disfrutar pacíficamente los bienes que se poseen”, y como libertad de empresa y comercio) y el libre pensamiento (coherente con la corriente racionalista en Europa y directamente vinculado a los problemas de libertad religiosa en Norteamérica). Basta pensar en el primer constitucionalismo español para

³ Schneider, *Constitución y democracia*. Madrid, CEC.

hallar reflejo de estas ideas en las primeras medidas que adoptan las Cortes de Cádiz (Decreto de libertad de imprenta, entre otros).

Esta primera generación, pues, halla su fundamento en las corrientes individualistas, tiene su marco político en el Estado liberal formalista e inhibicionista y convive con las estructuras jurídicas del mismo (Parlamento homogéneo, sufragio restringido, negación del asociacionismo, etcétera).

5. COHERENCIA DE LA PROPUESTA CON EL DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

Si releemos la escasa pero significativa doctrina de la primera mitad del siglo XIX español, en principio se advierte una cierta confusión entre derechos individuales y los de ejercicio colectivo por el peso que, según se ha dicho ya, tiene la reivindicación de la libertad de imprenta y la religiosa en los orígenes del constitucionalismo. Ahora bien, alguna consideración es necesaria para establecer en sus justos términos la significación de dichas reivindicaciones en dicha época, que no puede ser la misma que, en una retrospectiva histórica ha podido hacerse, teniendo presentes nuestros actuales esquemas conceptuales. En efecto, dos son al menos las consideraciones que nos permitirán matizar la afirmación de que ya en el primer constitucionalismo se reconocen tanto los derechos individuales como los de participación colectiva; una, referida a la significación política de la libertad de imprenta y la religiosa, que acompañan las primeras manifestaciones constitucionales, y la otra, referida a la significación jurídica de la titularidad de los derechos de ejercicio colectivo.

5.1. *Libertad de imprenta y libertad religiosa en el primer constitucionalismo*

Es cierto que ambas se reconocen en el primer constitucionalismo. La religiosa en Norteamérica por razones obvias que la vinculan a la propia aparición y asentamiento de las Colonias y a su posterior organización para constituirse en un nuevo Estado. Pero en España la situación es bien distinta, puesto que la consolidación del Estado se vincula a la idea de unidad religiosa; ya en el constitucionalismo decimonónico, el peso de la Iglesia católica y su íntima relación

con la Monarquía española impedirán que se invoque como tal hasta la Constitución revolucionaria de 1869, no siendo posibles hasta entonces sino leves aproximaciones a la simple tolerancia de las confesiones no católicas,⁴ invocada y defendida más como reflejo interesado de los intereses burgueses vinculados a la libertad de comercio y de industria que como derecho constitucional o, siquiera, natural de todo ser humano. La cuestión, por lo tanto, apenas merece discusión entre nosotros por lo que se refiere a la libertad religiosa.

No así en lo que respecta a la libertad de imprenta, cuya aparición temprana en las mismas Cortes de Cádiz, incluso antes de redactar la Constitución, podría avalar (y aparentemente lo hace) la idea de que los derechos individuales y los de participación aparezcan conjuntamente. Ciertamente, el reconocimiento de la libertad de imprenta se produce como una de las primeras medidas que adoptan las Cortes, apenas reunidas, ya en el año 1810. Pero, más decisiva aún que la medida normativa adoptada es el ambiente que se vive en torno a las Cortes de Cádiz, en las que encontramos la razón de ser de dicha libertad y su fundamentación filosófico-política en aquel momento que dista mucho de ser la que hoy inspira la libertad de expresión.

En efecto, en lo que se refiere a este primer escenario político, es el ambiente ilustrado y racionalizador el que dio vida, tanto en España como en el extranjero, a una nueva fuerza social que, vinculada al ascenso de la burguesía, contribuyó decididamente en el reforzamiento del fenómeno secularizador, favoreciendo el establecimiento de la tolerancia, al menos de hecho, y constituyendo a partir de entonces un referente invocado (con mayor o menor sinceridad) por los propios poderes públicos como fuente de legitimidad⁵ para una nueva con-

⁴ Por ello, la simple tolerancia que hoy puede parecernos tan insatisfactoria, por insuficiente, no era pequeña victoria en el siglo XIX, respecto de lo que la intolerancia suponía en cuanto a la previsión de tipos penales y de reproche social. Puede, pues, afirmarse que hay en nuestro constitucionalismo diversos estadios que van de la intolerancia a la libertad religiosa, pasando por diversas fórmulas de tolerancia, como era, en particular, la contenida en la Constitución nonata de 1856. *Vid.* mi trabajo "Ideas constitucionales".

⁵ Su vinculación al movimiento ilustrado es obvia. La necesidad de conocer lo que piensan los ciudadanos impone el cuidado de educación o formación política, como ya anticipara Cabarrus. El soberano, asegura Canga Argüelles, no puede desprenderse del poder de "arreglar la forma de las enseñanzas públicas para que haya unión de ideas de los ciudadanos y para que aquéllas sean útiles a la patria y dignas de la grandeza del hombre". D. Sevilla Andrés, *Orígenes de la crítica social en España (1800-1856)*. Valencia, Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1975, p. 29.

cepción del Estado vinculada a la idea de publicidad. Se trata de la opinión pública en torno a la cual se va generando una nueva dimensión de los derechos que llegara hasta nuestros días, la de su funcionalidad política o institucionalización. Por ello, subrayaba Sánchez Agesta⁶ la doble dimensión con que se reconoce la libertad de imprenta por las Cortes de Cádiz: en primer lugar, como función pública (y no como derecho individual) al servicio de la opinión y, en segundo lugar, como instrumento excepcional para controlar el poder de los gobernantes. “Pero esta función pública de la libertad de imprenta tiene un sentido más profundo. La libertad de imprenta, como órgano de la opinión pública, es un elemento básico de un régimen fundado en la soberanía nacional: y aún algo más, es una pieza de un régimen de publicidad que debe informar toda la vida del Estado”.⁷ La opinión pública, subrayaba Sevilla Andrés (ilustrando su afirmación con la transcripción de muchas citas que la avalan), adopta ese aire de sanción al gobernante sustituyendo a la tradicional religiosa.⁸

Ahora bien, unida a la defensa y exaltación de la opinión pública se halla la necesidad de la instrucción que los ilustrados proponen desde el poder, pero no debe ignorarse que ni la opinión ni la instrucción están en manos del pueblo; es la voz de la burguesía la que clama por ser oída y reconocida como fuente de legitimidad, y es ella misma la que espera difundir las luces por medio de la instrucción, lo que, obviamente, dista mucho de constituir el reconocimiento de un derecho universal de participación en la cosa pública (o siquiera en la opinión pública) reconocido a todos; más bien, habría que decir que es todo lo contrario, pues lo que se está invocando es la libre utilización de los instrumentos políticos de la burguesía frente a los privilegios del antiguo régimen. Con razón De los Ríos (tras poner de relieve las dificultades de toda reforma de progreso en las ideas y costumbres, y advirtiendo de los riesgos de manipulación política que acechan a los principios que realmente deben inspirar nuestra ciencia) escribía en 1845 que: “Si la ciencia del derecho político no se halla mucho más de su adolescencia, tampoco las sociedades del día pueden jactar-

⁶ Historia del Constitucionalismo..., ya cit., pp. 103 y ss.

⁷ *Idem.* No en vano don Adolfo Posada (*Tratado de derecho político*. Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1894, pp. 456 y ss.) parte del análisis de la opinión pública como elemento esencial de los nuevos gobiernos para, desde la misma, analizar las libertades públicas clásicas, tal como después expondré.

⁸ D. Sevilla Andrés, *Orígenes de la crítica...*, cit., p. 29.

se de que su ilustración y experiencia superan a aquella edad; la política y el orden social caminan a paso igual, y son pequeños los esfuerzos que hacen para avanzar”.⁹

5.2. Las libertades del constitucionalismo democrático y su carácter universal

En lo que se refiere a la libertad de imprenta que vimos reconocer a las Cortes de Cádiz, aunque considerada como un hito en el proceso de liberalización de la cultura y, por consiguiente, de secularización y democratización, ya se ha puesto de relieve la restricción con que inicialmente se concibió respecto de sus titulares; pero fue cuajando en torno al ejercicio de la prensa libre, alcanzando en el periodo final del siglo XIX una extraordinaria influencia política. Ello permitía afirmar a Posada¹⁰ lo siguiente: “La libertad de prensa, en cuanto significa y supone la abolición del procedimiento inquisitorial y de previa censura, y la sumisión al régimen represivo, puede considerarse, según afirman Bluntschli y Seydel, como Estado de Derecho en los pueblos civilizados de Europa y América”.

La complejidad de la libertad religiosa y la de enseñanza, derivada de su presencia en el debate político desde nuestro primer constitucionalismo, precisamente por su valor institucional, explican también las dificultades de su reconocimiento generalizado; la situación se simplifica mucho en el caso de las dos libertades colectivas de reunión y de asociación por la sencilla razón de que fueron sistemáticamente negadas hasta la Constitución de 1869. La exigua vigencia de ésta permite afirmar que no dejaron de ser la parte fundamental del ideario republicano y demócrata sin que pasaran de una exigencia o utopía que sólo, a partir de la apertura del régimen de la Restauración, y desde luego en forma muy restrictiva, podemos hablar de aceptación en el ordenamiento jurídico.

⁹ J. M. de los Ríos, *Derecho político general, español y europeo*. Madrid, Impr. de D. Ignacio Boix, 1945, p. 9.

¹⁰ A. Posada, *Tratado de derecho político*, cit., p. 491.

6. REIVINDICACIÓN DE UNA GENERACIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS

Son las nuevas exigencias sociales y políticas, las luchas por la ampliación del sufragio y el desarrollo del movimiento obrero, las nuevas situaciones a través de las cuales se conquistan los derechos de la, a mi juicio, segunda generación, esto es, los de participación política, los que exigen una exteriorización o ejercicio cuya naturaleza y función pugnarán con los estrechos corsés del Estado liberal. A medida que éste evolucione hacia la democracia les va dando cabida en sus estructuras, pero éstas, y ello creo que es lo importante, a su vez, son forzadas por la conquista de los derechos de participación. Hay, por tanto, una mutua influencia entre el sistema de derechos y el Estado y sus estructuras que permite diferenciar estos derechos-libertades que se van reconociendo en este segundo periodo de los de la etapa anterior, primera del Constitucionalismo.

6.1. *Un marco estatal y una concepción ideológica para cada grupo*

Los primeros derechos, ya lo he dicho, son reflejo de una concepción político-filosófica que llega a plasmarse en una forma de Estado, el liberal, aunque debería precisar “el primer” Estado liberal. Los que se incorporan gradualmente con posterioridad no son reflejo del Estado ni de los grupos instalados en sus estructuras, sino que, lejos de reflejarlas, fuerzan su adecuación o transformación y les obligan a tomar partido frente a la realidad social, frente al individuo.

Ya no basta con que el Estado se detenga ante el reducto íntimo y económico del individuo; éste quiere ser escuchado, quiere opinar y decidir sobre aquél. Y ya no se trata sólo de reconocer la libre opinión de los ilustrados, sino de todo individuo, aunque, precisamente por la debilidad de su voz aislada, quienes ocupan las más bajas posiciones sociales hayan de organizarse para dejarse oír en forma colectiva y, así, ejercer la presión correspondiente. De tal suerte que la libertad de imprenta inicialmente invocada como la capacidad de opinar e influir en la introducción y difusión de las luces de que podían disponer unos pocos ilustrados, se transforma al ampliarse a todas las capas sociales, aunque para ello haya de necesitar del auxilio de otros derechos que, como ella, son de

participación colectiva y no resultan gratos a los poderes establecidos en cuanto que comportan cambios radicales en la estructura social (especialmente asociación y reunión).

Me refiero, lógicamente, a las libertades públicas o derechos de participación en general, así como a los derechos políticos en sentido estricto: libertad de expresión, libertad religiosa o de cultos, libertad de enseñanza, libertad de reunión, libertad de residencia y circulación, libertad de asociación, derecho de sufragio y derecho de acceso a los cargos públicos. Si observamos el constitucionalismo español (y a grandes rasgos hallaremos idéntico proceso en el comparado), ello sólo cuaja, como ya he dicho *supra*, en la Constitución de 1869 (por lo que se refiere a su reconocimiento en un texto constitucional), pero sólo a modo de intento, pues los vaivenes políticos sucesivos harán que se retrase la consolidación de tales derechos, hasta fines del siglo XIX y principios del XX. No en vano estamos situando su consolidación en la época en que los movimientos socialistas se difunden por Europa y convulsionan la sociedad y las estructuras estatales.

Porque, a diferencia de los primeros derechos, los que considero de la segunda generación obedecen a corrientes progresistas y se consolidan con el advenimiento de las izquierdas, tienen su marco político en un Estado que, aún siendo formalmente liberal, se ha ido democratizando por la fuerza de las cosas y por el advenimiento de las masas a la vida política; por ello, sus estructuras políticas han debido ir adecuándose: los Parlamentos dejan de ser homogéneos y la ideología liberal deja de monopolizarlos, surgen y se consolidan los partidos políticos, como principal instrumento de actuación política, el sufragio se universaliza progresivamente...

6.2. *Progresiva consolidación de los derechos en torno a tres grupos*

Dando por sentada la evolución sufrida por los dos primeros grupos de derechos hasta aquí referidos, queda por hacer una breve referencia al tercero. Sólo con la aparición del Estado social puede hablarse de la *constitucionalización* de la tercera generación de derechos: los sociales o derechos de prestación. Ello sin perjuicio de precedentes que, a modo de manifestaciones aisladas, cabe hallar en el siglo XIX (Constitución francesa de 1848), pues su consolidación sólo se produce en este siglo en virtud de lo que MirKine-Guetzèvich denomi-

naba *nuevas tendencias del derecho constitucional* y muy especialmente la de la *racionalización* de la vida social y política.

Así, las tres corrientes del constitucionalismo aportan tres diferentes grupos de derechos que, superponiéndose y sin excluirse unos a otros, encontramos desarrollados en las Constituciones democráticas actuales de las que la española vigente representa un buen ejemplo. La superposición de dichos grupos o generaciones de derechos tiene apoyo o justificación (originariamente) ideológica y conlleva interesantes consecuencias que contribuyen y explican, en parte, la complejidad de las actuales declaraciones de derechos en los Estados sociales.

Efectivamente, las libertades individuales respondían, en el momento de su aparición y formulación, a la ideología liberal y a las libertades políticas o participativas al progresivo avance de los principios democráticos en los Estados liberales europeos; la crisis de éstos, manifestada de modo especial en los primeros años del presente siglo y (según se acaba de decir) forzada por la reivindicación y el uso de nuevos derechos, pondrá de relieve las deficiencias del sistema y, en concreto, de las declaraciones formales de derechos.

La crítica marxista, oponiendo las libertades reales a las formales de los Estados burgueses, el propio revisionismo y autocritica formulada desde éstos y el miedo a caer en los totalitarismos de derecha o de izquierda de los que Europa ofrece buenos ejemplos en el primer tercio de este siglo, son, todos ellos, factores que contribuyen al abandono de las tesis individualistas e inhibicionistas del Estado liberal para dar paso al establecimiento generalizado en la Europa occidental del Estado social. Éste no es tan sólo un Estado de bienestar; por lo que acabo de apuntar, es esencialmente participativo y hasta fruto de la participación política.

También por ello es relevante la propuesta de reflexión que se acaba de hacer, pues si de la primera formulación de derechos pasamos a la tercera, tal vez se corra el riesgo de ignorar la extraordinaria importancia de los derechos democráticos a la hora de valorar la esencia de los actuales Estados que podrán, en una eventual crisis, formular propuestas de revisión económica o de otra índole, pero nunca debería ser de revisión jurídica y menos de retorno en lo referente a los derechos democráticos por cuanto ello supondría modificar la esencia de los propios Estados.

Pues bien, dicho esto, no cabe ignorar que esta posición tripartita de los derechos ya clásicos o anteriores a los de la actual era tecnológica cuenta con

el aval de nuestra doctrina constitucionalista, aunque por razones que desconozco haya sido silenciada.

6.3. *La doctrina española entre los siglos XIX y XX*

La doctrina decimonónica sobre los derechos, con ser incipiente, es constante; sin embargo, en el sentido de ir evolucionando hasta coincidir en el establecimiento de un sistema tripartito que define bien Santamaría de Paredes,¹¹ en el cual (tras distinguir los individuales de los políticos) definía los derechos *mixtos* como “aquellos que pueden ser individuales o políticos según se apliquen a un fin individual o a un fin político”, y, ya en el siglo XX Ruiz del Castillo,¹² pese a la diversa orientación ideológica de aquél, coincidía en exponer esta misma percepción (en una visión retrospectiva de las declaraciones de derechos liberales, tratando, pues, de reflejar las doctrinas precedentes) del siguiente modo:

La clasificación de los derechos en civiles y políticos tiene el doble valor de origen y destino. Por su origen, los derechos civiles son inmunidades del individuo *como hombre*, mientras que los derechos políticos expresan la incorporación del individuo —*como ciudadano*— al Estado. Por su destino, los derechos civiles se dan en beneficio de la actividad privada del individuo; los políticos, como garantía de los civiles. Y todavía se han diferenciado los derechos políticos y los públicos, *según que el derecho se ejercite para concurrir directamente a la formación de un órgano constitucional (derecho de elector) o que, dirigiéndose a actuar sobre la opinión pública, no tenga por objeto directo la participación en las funciones públicas...*

Y lo más curioso es que, como parece ocurrir en el presente, los errores de interpretación derivan, precisamente, por no clarificar la distinta funcionalidad y estructura que los derechos de la personalidad tienen respecto de las correspondientes a las libertades públicas y el empeño en querer medir con los mismos criterios la relación que ambos grupos de derechos mantienen con el poder siendo que es tan diferente.

¹¹ V. Santamaría de Paredes, *Curso de derecho político*. Valencia, Impr. Ferrer y Orga, 1880, p. 162.

¹² C. Ruiz del Castillo, *Manual de derecho político*. Madrid, Reus, 1939, pp. 327-328.

Justamente Adolfo Posada¹³ dedica a las libertades públicas una directa atención y detenida extensión que no puede ser aquí ignorada y que permite observar, ya en el XIX, la crítica a la confusión conceptual a que me acabo de referir y que trata el autor con carácter previo antes de entrar, propiamente, en el estudio de las libertades. En efecto, antes de entrar en el desarrollo de las libertades propiamente dichas, analiza Posada, en el Libro IV de su tratado, los derechos de la personalidad y su relación con el derecho constitucional, discrepando de sus contemporáneos que hacen girar la teoría de los derechos en torno a la idea de libertad.¹⁴

A mi modo de ver, aunque inexacta e inadmisibles la consideración de los derechos de la personalidad, primero como teoría de las relaciones entre el individuo y el Estado, segundo como teoría de la libertad, y mucho menos, tercero, como una teoría de la libertad individual, tal consideración explícate por los mismos motivos que determinan en la práctica las confusiones reinantes, a saber, las formas extraordinarias y los caminos tortuosos por los que se ha introducido en el derecho constitucional la idea filosófica que implica la consagración solemne *política*, esto es, hecha a nombre del Estado, de los derechos de la personalidad como derechos del hombre y del ciudadano.

El error, a su juicio, se deriva del empeño en conceptualizar los derechos de la personalidad “en relación con el Estado” cuando se trata de las más mínimas necesidades, condiciones esenciales de “la vida del ser de razón en sí mismo y en las manifestaciones diversas de su actividad...” También cree que es inexacto atribuirlos al individuo, pues corresponden no a él, sino *a toda persona* y, por ello, también a las personas jurídicas, entre las que se incluye al Estado. El tercer error que cree se suele cometer es el de considerar esta teoría de los derechos de la personalidad como teoría y organización de la libertad cuando, en realidad, se trata de una doctrina general jurídica...¹⁵

¹³ A. Posada, *Tratado de derecho político*, cit.

¹⁴ *Ibid.*, p. 399.

¹⁵ Desde esta perspectiva, Posada entiende que no cabe olvidar lo siguiente: que el Estado es persona y tiene sus propios derechos frente a otros Estados y frente a los mismos individuos “que suelen desconocerla (su autonomía e independencia) más a menudo de lo que pudiera creerse”. Que el Estado, al garantizar el derecho y su eficacia, condiciona inevitablemente los derechos de la personalidad pero esta relación se establece “por razón de su fin mismo: que el

Sentadas estas premisas, en el libro V se ocupa de la organización del Estado constitucional, dedicando el primero de sus capítulos (Criterio general y base de la organización del Estado) a la sociedad (aunque en términos muy laxos) y a la configuración de la *opinión pública*. A ésta dedica el capítulo II para, en el III, detallar la formación y organización de la misma, explayándose, por tanto, en este fenómeno que considera básico en la organización del nuevo Estado. Tras estos iniciales fundamentos se introduce en la exposición de las que podríamos considerar tres libertades públicas clásicas o típicas: reuniones públicas, asociaciones y prensa política, así como los partidos políticos para, sólo después del conocimiento de las mismas, estudiar el sufragio.

Pues bien, sobre las tres clásicas libertades empieza negando que constituyan características, exclusivamente, del Estado constitucional contemporáneo. En todos los tiempos las ha habido, aun en forma rudimentaria, porque tales manifestaciones son condición de la sociedad en sí mismas. Pero no es menos cierto que “revisten en el organismo político moderno un carácter especial dependiente de la naturaleza esencialmente *representativa* del Estado...”, de suerte que, considerados en la función específica que en el Estado desempeñan, “*tienen algo que es de ahora, del Estado constitucional, determinado o producido por la importancia creciente de su acción política*”.¹⁶

No en vano estamos ante *elementos esenciales* de la forma de Estado: “la vida de éste, en las sociedades modernas, implica para la buena dirección de sus energías y actividades, reuniones *políticas*, asociaciones *políticas* y prensa *política*, con igual necesidad y con análoga fuerza que los *instrumentos* de gobierno”.¹⁷

derecho impere, y así se mide el grado de civilización de una sociedad política, por el de las garantías con que espontáneamente se gozan los beneficios que los derechos personales suponen”. Sólo que los malos entendidos también en este campo tienen su explicación: es justamente el nacimiento de los derechos, incluso los más personales, en enfrentamiento con el poder del que por la fuerza se han ido obteniendo garantías, lo que justifica que, incluso, estos derechos se expliquen en relación con aquél.

¹⁶ A. Posada, *Tratado de derecho político*, cit., pp. 470-471.

¹⁷ *Idem.*

7. CONCLUSIONES

Este *repaso* de lo tan sabido no ha de llevar a concluir que encasillamos los derechos en compartimentos estancos (y muchos menos opuestos). Por el contrario, la integración entre los diversos grupos o generaciones de derechos hasta dar como resultado todo el sistema de los mismos no se produce por pura suma o acumulación de ellos, sino, también y fundamentalmente, porque unos a otros se *apuntalan* en la medida en que van haciendo evolucionar la *actitud* de las estructuras del poder respecto del individuo. Y ello, creo, es esencial que quede subrayado en ese estrato intermedio que representan las libertades públicas y los derechos de participación en general.

Pues si de los derechos del hombre aislado se dice que imponen al Estado un deber de abstención y respeto (del que hoy, con todo, se hace lógicamente, una lectura bien distinta por efecto de la vinculatoriedad de los mismos y de la constitución de la que derivan tantas consecuencias jurídicas de carácter garantista como vemos aplicar a los tribunales constitucionales europeos) y, de otra parte, los derechos sociales comportan deberes de prestación o de cumplimiento por parte de los poderes públicos (a la postre, no tan divergentes de los que hoy incumben al Estado en la protección del individuo) los derechos del hombre en relación con los demás (por seguir con la clara terminología de Schmitt) lo insertan en las propias estructuras estatales y dan a éstas, como apuntaba Schneider, un sentido diferente, una dimensión democrática que permite redimensionar también la función y el significado de los otros grupos de derechos.

Si sus *generaciones* han ido consolidándose con la evolución del Estado constitucional, ha de ponerse especial empeño en que los elementos estructurales de éste no se debiliten, por cuanto redundaría, además, en la propia vida de los restantes grupos de derechos.

SEGUNDA PARTE
LA PROTECCIÓN REGIONAL O SECTORIAL
DE LOS DERECHOS

ESTADO CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Yolanda Gómez Sánchez,
Catedrática de Derecho constitucional,
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. 1.1. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO. 1.2. ESTADO DE DERECHO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES. 1.3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO LIBERAL Y EN EL ESTADO SOCIAL: LAS GENERACIONES DE DERECHOS. 1.4. LA CUARTA GENERACIÓN DE DERECHOS COMO DERECHOS DEL TERCER MILENIO. 2. EL ESTADO ACTUAL COMO ESTADO SUPRANACIONAL. 3. DEFENSA DE LOS DERECHOS Y SOCIEDAD INTERNACIONAL. 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. LA PROTECCIÓN SUPRARREGIONAL DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES: LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). 3.2.1. INTRODUCCIÓN. 3.2.2. ORIGEN DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 3.2.3. LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 4. EL CONSEJO DE EUROPA. 4.1. CREACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA. 4.2. EL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA. 4.3. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN EL CONVENIO DE ROMA. 4.3.1. HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO NÚM. 11. 4.3.2. ACTUAL PROCEDIMIENTO DE TUTELA: EL TRIBUNAL EUROPEO. 4.3.2.1 COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL. 4.3.2.2. ESTRUCTURA INTERNA DEL TRIBUNAL. 4.3.2.3. FUNCIONES CONTENCIOSAS Y CONSULTIVAS. 4.3.2.4. LAS SENTENCIAS. 5. LA UNIÓN EUROPEA. 5.1. ORIGEN. 5.2. LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS. 5.3. LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES EN EL ACTA ÚNICA, EN EL TRATADO DE MAASTRICHT Y EN EL TRATADO DE ÁMSTERDAM. 5.4. LAS NUEVAS APORTACIONES DEL TRATADO DE ÁMSTERDAM.

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Puede afirmarse que la lucha por la libertad ha estado presente a lo largo de la historia de la humanidad. Definir la libertad, como afirma R. Sánchez Fe-

riz,¹ es sumamente difícil, ya que se trata de una vivencia humana, aunque sí puede afirmarse que la libertad es la base sobre la que descansa el reconocimiento y la tutela de los demás derechos humanos. En última instancia, se trata de reconocer que el poder debe frenar sus impulsos ante determinados ámbitos humanos. Por este motivo, el reconocimiento y la tutela de los derechos se ha producido tanto en el ámbito de los Estados nacionales como en el internacional.

Este progresivo reconocimiento de derechos concretos en el ámbito de los Estados nacionales también representa la tutela progresivamente más amplia de las dimensiones de la libertad que permite el desarrollo libre del sujeto individualmente o a través de los grupos en los que se integra.² La que permite su contribución como ciudadanos al desarrollo de la organización social, la libertad política y la de participar en los asuntos públicos.

Tiende así la libertad a completar los dos grandes ámbitos de la vida del hombre: lo público y lo privado; lo personal y lo social. Esta libertad, por otro lado, no se ha mostrado en los ordenamientos tan en abstracto, sino que se ha manifestado en una pluralidad creciente de derechos concretos que se refieren a ámbitos determinados de la vida del hombre.

En este marco, los derechos representan una esfera de la vida del sujeto en la cual éste es soberano y actúa libremente, a la vez que dicho ámbito queda protegido de intromisiones de los poderes públicos, nacionales o internacionales, y de las acciones de otros sujetos. Los derechos, pues, son concreciones del valor libertad en su vertiente positiva, definiendo esferas concretas de actuación del sujeto y ámbitos de obligaciones determinadas del poder. Por ello, “a diferencia de la libertad en abstracto, precisan de una clara determinación de su ámbito y alcance por cuanto constituyen zonas concretas de autonomía en que se desenvuelven las voluntades individuales”.³

En estas páginas se intenta mostrar esta distinta evolución, incidiendo en el paralelismo entre distintos modelos o tipos de Estados y la protección de los derechos en ellos, por un lado, y señalando, por otro, los esfuerzos más significativos realizados en el ámbito internacional.⁴

¹ R. Sánchez Ferriz, *Estudios sobre las libertades*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 55.

² *Ibid.*, p. 58.

³ *Ibid.*, p. 59.

⁴ La inclusión en esta misma obra de trabajos relativos a la Unión Europea y a la Corte Interamericana de Derechos aconseja centrar estas páginas en los aspectos nacionales y, en el

1.1. *La evolución del Estado*

La mayoría de los Estados actuales se diferencian notablemente de las formas políticas preestatales y de las primeras manifestaciones estatales, cuya evolución, por otro lado, no ha sido idéntica en todos los países.⁵ El Estado es una

ámbito internacional, en Naciones Unidas y en el Consejo de Europa sin perjuicio de la mención a otras organizaciones o documentos.

⁵ De la abundantísima bibliografía sobre el origen y la evolución del Estado pueden consultarse, entre otros: Abendroth, Forsthoff y Doebring, *El Estado social*. Madrid, 1986; P. Anderson, *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*. Madrid, 1986; *El Estado absolutista*. Madrid, 1987; B. Azkin, *Estado y nación*. México, 1968; G. Balandier, *Antropología política*. Barcelona, 1981; F. Bataglia, *Estudios de teoría del Estado*. Bolonia, 1966; O. Beaud, "La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 6, 1993; R. Bendix, *Estado nacional y ciudadanía*. Madrid, 1974; P. Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*. Madrid, 1973; N. Bobbio, "Sobre el principio de legitimidad", en *Contribución a la teoría del derecho*. Valencia, 1980; *Liberalismo y democracia*. 1a. ed. en español, 2a. reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 1992; *Estado, gobierno y sociedad*. 1a. ed. en español, 2a. reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 1992; *El futuro de la democracia*. 1a. ed. en español, 1a. reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 1992; *Origen y fundamentos del poder político*. México, Grijalbo, 1994; G. Burdeau, *El Estado*. Madrid, 1975; *Traité de Science Politique*, vol. II. París, 1980; J. A. Camilleri, *The end of sovereignty?: the politics of a shrinking and fragmenting world*. Aldershot, Edward Elgar, 1992; R. Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de l'État*. París, 1920; E. Cassirer, *El mito del Estado*. México, 1974; R. Crossman, *Biografía del Estado moderno*. 3a. ed. en español, 6a. reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 1991; C. de Cabo Martín, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I: *Formas precapitalistas y Estado moderno*. Barcelona, 1988; *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. II: *Estado y derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*. Barcelona, 1993; J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien. París, 1992; C. de Cabo, *La crisis del Estado social*. Barcelona, 1986; "Formas precapitalistas y Estado moderno", en *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, vol. I. 1a. ed. Barcelona, 1988; *Estado y derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, vol. II. Barcelona, PPU, 1988; E. Díaz, "Teoría general del Estado de Derecho", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 131, 1963; *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, 1975; *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid, 1978; E. Fortshoff, *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid, 1975; M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, 1977; *Los mitos políticos*. Madrid, 1981; F. Garrido Falla, "Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la ley", *Revista de Administración Pública*, núm. 128, 1992; A. Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, 1980, pp. 115-183; *Principios de derecho público*

forma determinada de organizar la colectividad basada en la *institucionalización* del poder político, lo que supuso un avance notable respecto de formas anteriores de organización política. Hoy, la polémica acerca de la desaparición del Estado ha sido sustituida por la de la opción sobre una u otra configuración del mismo. No interesa tanto si el Estado es una forma de organización floreciente o caduca, sino cuál es el modelo de Estado que mejor puede cumplir las aspiraciones de los pueblos y aportar soluciones viables a los múltiples retos que tienen planteados las sociedades actuales.

He defendido ya en otros foros que a mi juicio no hay dos organizaciones estatales iguales, seguramente porque no hay dos pueblos idénticos. No es fácil, pues, alcanzar una definición universal del concepto de *Estado*, dada la multiplicidad de formas adoptadas en los distintos países del mundo, pero pueden, sin embargo, extraerse conclusiones de carácter general en regímenes que participan de principios organizativos semejantes.⁶ Podemos, así, acercarnos a dicha definición tomando en consideración cuatro aspectos esenciales que, sin embargo, se han incorporado lenta y desigualmente a la estructura estatal y también han tenido un reflejo dispar en los ordenamientos jurídicos, como son: a) la subordinación del poder político al derecho y su control por éste; b) las relaciones entre el Estado y la economía; c) la participación de los ciudadanos en la organización política, y d) la integración del Estado en organizaciones internacionales.

y *constitucional*. Madrid, 1927, pp. 162-201; H. Heller, *La soberanía*. México, 1965; “¿Estado de Derecho o dictadura?”, en *Escritos políticos*. Madrid, 1985; *Teoría del Estado*. México, 1983; O. Hintze, *Historia de las formas políticas*. Madrid, 1968; G. Jellinek, *Teoría general del Estado*. Buenos Aires, 1973; *Fragmentos de Estado*. Madrid, 1978; *Teoría general del Estado*. Buenos Aires, 1978; B. Jouvenel, *Los orígenes del Estado moderno*. Madrid, 1977; L. Krader, *La formación del Estado*. Barcelona, 1970; G. Leibholz, *Conceptos fundamentales de la política y de la teoría de la constitución*. Madrid, 1964; L. López Guerra, “Las dimensiones del Estado social de Derecho”, en *Sistema*, 38-39, 1980; P. Lucas Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia, 1975; N. Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*. Madrid, 1976; M. Weber, *Economía y sociedad*, México, 1979.

⁶ Estas páginas parten de la formulación y primeras manifestaciones del Estado de Derecho y de uno de sus postulados básicos: el reconocimiento y la tutela de los derechos y las libertades de las personas.

1.2. *Estado de Derecho y protección de los derechos y las libertades*

La necesidad de controlar el poder político y someterlo a normas jurídicas alentó la aparición de una forma de organización estatal que, finalmente, se ha conocido como *Estado de Derecho*. El Estado de Derecho pretende consolidar un modelo de Estado presidido por la idea central de la *limitación jurídica del poder*.

La conveniencia de controlar el poder político había sido ya motivo de preocupación en diversos autores a lo largo de la historia, pero cobró mayor auge durante el siglo XVII, en la obra de J. Locke, y durante el siglo XVIII, en las teorías de Montesquieu sobre el principio de separación de poderes. Por otro lado, la repulsa contra el poder absoluto y cierta idea de la necesidad de su limitación se aprecia ya en los principios inspiradores tanto de la Revolución Gloriosa inglesa de 1688 como en la Declaración de Independencia americana de 1776 y en la Revolución francesa de 1789. Así, la fórmula de Estado de Derecho rompe con la concepción sobre la inmunidad del poder que tuvo su más firme expresión en el reconocimiento del poder ilimitado del rey en las monarquías absolutas, en las cuales el monarca, amparado por el principio *Rex legibus solutus*, no quedaba vinculado por las leyes.

Una inicial formulación teórica del Estado de Derecho incorporaba tres principios: el *imperio de la ley*, la *división de poderes* y el reconocimiento de ciertos *derechos y libertades*.⁷ La adopción del principio del *imperio de la ley* impulsó el reconocimiento jurídico positivo de unos derechos básicos y su incorporación a textos escritos, superando su formulación meramente filosófica. Muestras de ello son la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 1776, y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. En este punto, la teoría del Estado de Derecho propugnó el reconocimiento de un elenco de derechos básicos, eficaces sólo para una parte mínima de la población. Con todo, supuso un importante avance respecto de la situación anterior y permitió la evolución posterior de las declaraciones de derechos y la incorporación a las mismas de nuevos derechos acor-

⁷ Las tesis que se exponen a continuación ya están contenidas en Y. Gómez Sánchez, *Introducción al régimen constitucional*, 2a. ed. Madrid, Sanz y Torres, 2000.

des con la evolución de las sociedades, tal fue el caso del reconocimiento, en su momento, de los derechos económicos y de prestación.⁸

La evolución del Estado de Derecho hizo surgir preguntas en torno tanto a legitimidad de la creación del derecho como al contenido básico de ese derecho. No todo Estado que aparentemente se encuentre limitado por normas jurídicas es un Estado de Derecho.⁹ En un primer momento, conseguir que el poder político quedara sujeto a ciertas normas, por elementales que éstas fueran, debió resultar un logro nada desdeñable, pero en la actualidad la expresión Estado de Derecho tiene una innegable carga valorativa,¹⁰ de tal forma que ya no sólo es preciso que el poder se encuentre sometido al derecho, sino que es necesario que dicho poder cuente con la legitimidad necesaria, legitimidad que hoy se considera inseparable de los principios democráticos. Así, el fin último de esta fórmula de organización de la sociedad es la garantía de la libertad a través del reconocimiento y de la tutela de los derechos y las libertades de las personas. Puede defenderse, pues, que en la actualidad es necesario matizar el originario concepto de Estado de Derecho e integrar como elementos del modelo no sólo la delimitación de la acción del poder mediante el derecho, sino también la necesidad de que el derecho se elabore con la participación de los ciudadanos y que dicho derecho, que el ordenamiento jurídico, tenga un contenido mínimo que, por lo que atañe a estas páginas, comprenderá, en todo caso, el reconocimiento y la tutela eficaz de los derechos y las libertades.

Es éste un modelo de Estado, en suma, en el que el poder queda subordinado y controlado por el derecho, el cual determina los márgenes de su actividad y los medios que debe utilizar para alcanzar los fines concretos que el mismo derecho debe definir. Un Estado presidido por la idea central de la limitación jurídica del poder político en la forma en la que tal fundamento es entendido en la actualidad, donde no basta con que el poder observe derecho, lo cual es sumamente fácil para un poder autocrático, sino que el derecho debe servir de

⁸ Considero más adecuada la denominación de derechos *económicos* y de *prestación* en lugar de la frecuentemente utilizada derechos *económico-sociales*, ya que, a mi juicio, todos los derechos son, en buena medida, *sociales*, y, además, en este caso quiere significarse el contenido económico del derecho.

⁹ E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid, Taurus, 1981, p. 17.

¹⁰ A. Hernández Gil, *El cambio político español y la Constitución*. Barcelona, Planeta, 1982, pp. 437.

parámetro y de cauce a la actuación del poder político. La superación de la clásica formulación del Estado de Derecho persigue distinguir claramente entre un Estado exclusivamente *legal* y un Estado que además de *legal* posea la *legitimidad* que le otorga la elaboración y aplicación democrática del derecho.

1.3. La protección de los derechos en el Estado liberal y en el Estado social: las generaciones de derechos

El Estado de Derecho, el Estado sometido al ordenamiento jurídico, se ha presentado en la práctica aplicativa de varios países adjetivado como *liberal*, *social* o como *social y democrático* (fórmula que incorpora el artículo 1.1 de la Constitución española, como ya lo hiciera el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn) en función, principal aunque no exclusivamente, de las relaciones entre el Estado y la economía.¹¹

El Estado liberal de Derecho representa para muchos autores la primera formulación histórica del Estado de Derecho y se articula, en lo político, en torno a la fórmula del Estado de Derecho predemocrático y a los principios que lo mantienen. Muchos países adoptaron un régimen liberal o de parámetros liberales y se dotaron de una Constitución escrita en un intento de formalizar jurídicamente y elevar a rango normativo supremo la idea en la que descansaba la construcción del Estado de Derecho y el fin primario que se pretendía con el mismo: la limitación jurídica del poder como garantía de la libertad individual.

Este Estado liberal de Derecho se apoyó, de una parte, en la *separación entre la sociedad civil y el Estado*, entendiendo la primera como el conjunto de relaciones que componía la vida de los hombres al margen de las relaciones estatales, bien porque la mayoría de esas relaciones no se encontraban entre los fines del Estado liberal, bien porque su regulación y atención escapaban a su

¹¹ Las páginas siguientes se han redactado partiendo de la premisa de que el Estado liberal responde a un modelo superado en un amplio número de países europeos y sustituido, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, por un modelo de Estado intervencionista al que, generalmente, denominamos Estado social. No desconocemos que esta premisa puede resultar errónea en otras latitudes, pero hemos preferido mantenerla, ya que la intención de estas páginas es explicar la evolución de la tutela de los derechos y las libertades, principal aunque no exclusivamente, en el ámbito europeo.

estructura organizativa. Así nació la idea de una ordenación social distinta y autónoma respecto de la organización estatal. El Estado liberal mantiene un margen operativo circunscrito a la organización política en sentido estricto. La mayor parte de las relaciones que afectan a los individuos son ajenas al Estado, el cual extiende su actividad casi exclusivamente a realizar y mantener aquellos servicios públicos que no pueden ser obra de la iniciativa privada; a garantizar el orden público en el interior y la defensa del país frente a ataques externos. A este Estado liberal, en suma, se le encomienda el mantenimiento de las condiciones mínimas para el desenvolvimiento autónomo de la sociedad civil.

En lo económico, ha hecho fortuna la expresión *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*, para definir otra de las características más emblemáticas del Estado liberal de Derecho como es el *abstencionismo*. La idea central de los *fisiócratas*, según la cual el Estado no puede interferir el orden natural de la sociedad ni de la economía —que se regulan autónomamente— fue plenamente asumida por el Estado liberal y generó la defensa a ultranza del *mercado* como la expresión de la libertad de distintas fuerzas en cuyo desenvolvimiento el Estado, como ya dijimos, no debe intervenir.

Por otra parte, el Estado liberal *contempló al individuo aisladamente*, rechazó la realidad grupal y, en consecuencia, se generalizó la prohibición de las organizaciones intermedias entre el Estado y el individuo (asociaciones, partidos políticos, agrupaciones sociales...). Pero al fin, la lucha por la consecución de un Estado en el que el poder político quede sometido al derecho no busca, como ya apuntamos anteriormente, sino reconocer y ampliar la esfera de libertad del individuo, aunque desconoció que las circunstancias económicas, sociales y culturales que rodean a cada individuo pueden dificultar o eliminar totalmente la posibilidad del ejercicio de esa libertad.

El modelo de Estado liberal no incorporó inicialmente a su estructura los principios propios de un régimen democrático; el principio de soberanía popular se abrió paso no sin dificultades a lo largo de un proceso lento y convulso y su manifestación más cierta, el *sufragio universal* no se implantó en Europa y, escasamente, en América hasta finales del siglo XIX y principios del XX (frecuentemente, además, en su versión adulterada de sufragio universal masculino). Habrá que esperar todavía bastantes años, ya avanzado el siglo XX, para que el verdadero sufragio universal, masculino y femenino, se extienda por un mayor número de países cuando el Estado liberal de Derecho, como modelo,

es prácticamente inexistente aunque pervivan, sin duda, políticas liberales en muchos de estos países.

Por otro lado, el Estado liberal acogió el principio de igualdad en su manifestación *formal* o de *igualdad ante la ley*, que parte de la premisa de que todos los individuos son iguales con independencia de sus circunstancias personales, por lo que la igualdad debe manifestarse en una *ley general* aplicada sin distinciones. Este concepto de igualdad rompe con los privilegios y exenciones propios de la sociedad estamental y somete a los ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico.¹² Pero esta interpretación del principio de igualdad, aunque supuso un notable avance sobre situaciones anteriores, resultó claramente insuficiente; la realidad demostraba que la premisa en la que se basaba el principio de *igualdad formal* o *igualdad ante la ley* era falso: los individuos no nacían iguales y sus circunstancias personales eran plurales y cambiantes a lo largo de su vida.

Con todo, este Estado liberal —con los muchos matices y peculiaridades propios de cada país— reconoció un sucinto elenco de derechos que han ido progresivamente ampliándose y redefiniéndose hasta articular el estándar de derechos que es hoy común a muchos países y al que tienden otros muchos. Para explicar esta evolución en el reconocimiento de los derechos y las libertades por los Estados nacionales se acude cada vez con más frecuencia a la denominada teoría de las *generaciones de derechos*, conforme a la cual la propia evolución del Estado acoge un catálogo propio de derechos acorde con sus principios informadores. Así, se han venido formulando¹³ diversas generaciones de derechos que se corresponderían con los modelos de Estado liberal y Estado social de Derecho.¹⁴ Esta clasificación es distinta según los autores que la formulen.¹⁵ Una muy extendida clasificación distinguiría tres generaciones de

¹² M. Rodríguez-Piñero y M. F. Fernández López, *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 10.

¹³ Entre otros: N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1991, y R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, *op. cit.*

¹⁴ Es frecuente que los autores europeos distingan tres generaciones de derechos, aunque no es unánime la distribución de las mismas respecto a los modelos de Estado. Por mi parte, ya he defendido la existencia de una cuarta generación de derechos a la que también aludo en estas páginas.

¹⁵ Sobre este aspecto, ver, en esta misma obra, el trabajo de R. Sánchez Ferriz, “Generaciones de derechos y evolución del Estado (la evolución histórico-ideológica de las declaraciones de derechos: algún apunte discrepante sobre la teoría de las diversas generaciones de derechos)”.

derechos;¹⁶ la primera generación se correspondería con el liberalismo y comprendería los derechos individuales clásicos, los derechos civiles y derechos políticos; la segunda generación comprendería a los derechos económicos, sociales y culturales y la tercera generación estaría integrada por los derechos de solidaridad.¹⁷

Hace ya algún tiempo, R. Sánchez Ferriz¹⁸ matizó esta clasificación entendiendo que, como se expone a continuación, el Estado liberal, el liberalismo, cobijó realmente a las dos primeras generaciones, ya que los derechos que habían sido reconocidos antes de los primeros brotes del Estado social no podían ser incluidos, sin matices, en una única —y primera— generación de derechos. Conforme a esta tesis a la que me adhiero, las dos primeras generaciones coinciden, pues, con la vigencia del Estado liberal y la insuficiencia de este tipo de organización política tuvo mucho que ver con la superación de este modelo estatal, ya que, de alguna manera, la crisis del Estado liberal fue la crisis del sistema de derechos por él reconocido, mientras que las voces discrepantes que se alzan actualmente contra el actual Estado social no están alejadas de una cada vez más generalizada protesta acerca del contenido y la eficacia de los derechos económicos y de prestación que a éste último modelo de Estado corresponden.

La *primera generación*, según la autora citada, está representada por los derechos individuales más básicos: vida, libertad, propiedad, igualdad (formal), seguridad y un muy reducido derecho de participación política; son libertades-resistencia, propias del liberalismo, que operan frente al Estado desde finales del siglo XVIII y especialmente a partir de la primera mitad del siglo XIX. El sujeto es el hombre individualmente considerado y se estima suficiente el reconocimiento formal del derecho, aunque no quede garantizado suficientemente su ejercicio. Se parte de una concepción negativa de la libertad que requiere exclusivamente la inhibición del Estado, pues se defiende que la sociedad es autónoma y autoequilibrada y basta con no perturbar su desenvolvimiento.

La *segunda generación* se corresponde con la segunda mitad del siglo XIX y alcanza un modelo de Estado liberal cercado y amenazado por los problemas.

¹⁶ Así lo defiende H. Fix-Zamudio y S. Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*. 2a. ed. México, Porrúa, 2001, pp. 413 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, p. 415.

¹⁸ R. Sánchez Ferriz, *Estudio sobre las libertades*, *op. cit.*

A los derechos anteriores se incorpora cierta extensión del sufragio (sólo masculino), el derecho de asociación, ciertas libertades públicas y el reconocimiento de los grupos.

Tanto la tercera como una naciente cuarta generación de derechos se corresponden, como enseguida expondremos, con el denominado *Estado social de Derecho* o también, a partir de la mitad de este siglo, *Estado de bienestar social*,¹⁹ como segunda formulación práctica del modelo de Estado de Derecho. En el ámbito político, las estructuras liberales no resistieron las reivindicaciones democráticas y los cambios que debían operarse para dar entrada a las nuevas concepciones. No se articularon las garantías que aportaba la fórmula del Estado de Derecho con la necesidad de dar entrada a nuevos derechos y libertades y a una política social basada más en la *igualdad real* que en la mera *igualdad formal* junto a la incorporación de elementos democráticos.

Algunos iniciales Estados liberales de Derecho se convirtieron —a través de procesos muy distintos— en estructuras democráticas mediante la participación efectiva de los ciudadanos en la organización política, el reconocimiento de la soberanía del pueblo, el sufragio universal y el pluralismo político y social. Frecuentemente, la Constitución ha sido el instrumento inseparable en esta evolución y ha permitido la formalización jurídica de los sucesivos modelos estatales. El Estado social opera directa o indirectamente en el mercado, en las relaciones económicas interiores y en el plano internacional, aunque no precisa asumir inexcusablemente la titularidad de los medios de producción. En el Estado social, el *sector público* y el *sector privado* interactúan, al igual que el sistema político y el sistema social.

En materia de derechos y libertades, el catálogo de derechos incorporado por el Estado liberal, y recogidos en las dos primeras generaciones, se completa,²⁰

¹⁹ La expresión *Estado social de Derecho* se debe a H. Heller, que la formuló en 1929. Aunque la expresión *Estado social* cobijó históricamente algún régimen totalitario, en estas páginas nos referimos al Estado que, partiendo de la originaria fórmula del *Estado de Derecho*, intenta superar las contradicciones a las que había llegado el *Estado liberal abstencionista*.

²⁰ Desde el primer tercio del siglo XX y con desigual fortuna, los distintos ordenamientos constitucionales han ido incorporando a sus textos los derechos económicos, sociales y de prestación. La Constitución mexicana de 1917 fue precursora de esta tendencia; la Constitución francesa de 1946 y, posteriormente, la vigente de 1958; la Constitución española de 1931, la Constitución italiana de 1947; la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y, más tarde, la Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1978 siguieron esta misma línea.

con la *tercera generación* de derechos que supone la integración, junto con los derechos de las dos generaciones anteriores, de los *derechos económicos* (considero preferible esta denominación a la de derechos económico-sociales, puesto que, en cierto sentido, todos los derechos tienen carácter social) y de los *derechos de prestación*. Los primeros se refieren a ciertos aspectos de la vida de los ciudadanos, tienen contenido económico y se considera que sin ellos el ciudadano no puede alcanzar su desarrollo personal (salario mínimo, protección económica de los menores, los ancianos, los minusválidos, etcétera). Los derechos de prestación son los que conllevan la obligación del Estado de crear y mantener las condiciones materiales para el ejercicio de determinados derechos, sin las cuales éstos no podrían ser ejercidos por los ciudadanos o lo serían con suma dificultad (derecho a la educación, a la tutela judicial, a la protección de la salud, etcétera). Actualmente, casi todos los derechos, en mayor o menor medida, son derechos de prestación y requieren algún tipo de actuación positiva del Estado para ser accesible, aunque, obviamente, no todos tienen carácter económico.

1.4. *La cuarta generación de derechos como derechos del tercer milenio*

Venimos citando una *cuarta generación* de derechos sobre la que se ha pronunciado escasamente la doctrina y que, en mi opinión, es ya una realidad detectable en un número significativo de países y cuyo contenido —al que más adelante me refiero— ha tenido acogida en diversos documentos internacionales.

La diferencia esencial entre esta cuarta generación y las tres precedentes radica en que esta última no se debe a un cambio en las estructuras estatales que, como en las tres ocasiones anteriores, determinaron un cambio sustancial en el modelo de Estado o, al menos, en el caso de la aparición de la segunda generación de derechos, en una modificación importante de los principios que regían el Estado liberal. El modelo que sustenta esta *cuarta generación* de derechos no es, a mi juicio, sustancialmente distinto del modelo de Estado social que ha ido consolidándose durante la segunda mitad del pasado siglo XX y que, matizadamente, según los países, podemos considerar propio de un grupo relevante de países. Tenemos, pues, una nueva generación de derechos pero no un nuevo modelo de Estado, ni siquiera una transformación significativa de los principios que le informaban hasta entonces. La *cuarta generación*

de derechos es consecuencia, por un lado, de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos, y, por el otro, de las transformaciones tecnológicas, de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida del hombre. Si las tres primeras generaciones son producto de la evolución política, la cuarta generación de derechos es producto de la evolución social, científica y técnica perviviendo los mismo valores, principios y parámetros políticos en la organización del Estado.

En cuanto al contenido de esta naciente *cuarta generación* las opiniones son divergentes.²¹ En mi opinión, una naciente *cuarta generación de derechos* está integrada fundamentalmente por nuevos derechos, aunque no pueda negarse que también la componen derechos ya enunciados y regulados anteriormente pero que, en todo caso, presentan ahora una configuración distinta como consecuencia de la incidencia en ellos de nuevas demandas sociales y de la influencia de las nuevas tecnologías: son derechos redefinidos.

Esta cuarta generación de derechos está integrada, al menos, por tres grandes bloques de derechos de los que, como ya dijimos anteriormente, unos son derechos nuevos y otros son derechos ya incluidos en alguna de las generaciones anteriores, pero que aparecen ahora redefinidos o reinterpretados, cuyo núcleo esencial se ha expandido por la existencia de nuevas circunstancias que amenazan esferas de libertad no definidas anteriormente o delimitadas de diferente forma. Estos tres grandes bloques de derechos de *cuarta generación* serían los siguientes:

- a) Los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad.
- b) Los derechos relativos a nuevo *estatuto jurídico sobre la vida humana*.
- c) Los *derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información*.

En el primer grupo se integrarían un conjunto de derechos del hombre tendentes a garantizar la pervivencia del planeta *compatible* con la vida humana,

²¹ No desconocemos que otros autores han formulado ya una *quinta* e, incluso, anunciado una *sexta* generación de derechos, pero, en estas páginas, recogemos fundamentalmente el estado de la cuestión en España, donde, como se señala en el texto, aún no es unánime la doctrina acerca de una cuarta generación de derechos.

ya que obviamente el planeta puede sobrevivir en formas y estados diversos aunque incompatibles con el desarrollo de la vida humana en el mismo. Este grupo de derechos no se identifica exclusivamente con el más conocido y desarrollado derecho al medio ambiente, aunque éste forma, a mi juicio, parte de los derechos de cuarta generación en sus dimensiones jurídicas actuales. Integra igualmente derechos relativos al patrimonio cultural de la humanidad. Una síntesis de tales derechos sería la siguiente:²²

1. El derecho al mantenimiento y desarrollo equilibrado del hábitat.
2. El derecho a la obtención de alimentos que no alteren ni pongan en peligro la identidad genética ni la salud humana.
3. El derecho de acceso a los entornos naturales.
4. Derecho al reconocimiento y protección del patrimonio cultural.
5. El derecho a un desarrollo industrial y tecnológico que, sin perjuicio del progreso de la sociedad, resulte compatible con el más prioritario progreso de la especie humana.
6. El derecho a la obtención de productos industriales y farmacéuticos que no alteren ni menoscaben la integridad ni la identidad del ser humano.

En el segundo grupo, derechos relativos a un nuevo *estatuto jurídico sobre la vida humana*, se incluyen, igualmente, nuevos derechos, muchos de los cuales han surgido como consecuencia de las nuevas tecnologías biomédicas.²³ Este grupo derechos incluye algunos ya clásicos e integrados en la primera y segunda generaciones de derechos (tal es el caso del derecho a la vida), pero que han adquirido, como consecuencia de las nuevas tecnologías, perfiles novedosos que nos permiten incluirlos con esa nueva configuración como derechos de cuarta generación. Este segundo grupo de derechos comprendería, sin perjuicio de su carácter evolutivo, los siguientes derechos:

²² Conforme a la clasificación defendida por un sector doctrinal, algunos de estos derechos integran la tercera generación como derechos de la *solidaridad*. En este sentido, véase H. Fix-Zamudio y S. Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado, op. cit.*, p. 416.

²³ Sobre este nuevo grupo de derechos de cuarta generación he tenido la oportunidad de pronunciar me en otros trabajos, aunque la clasificación que aquí se incluye ha sido matizada como consecuencia de reflexiones posteriores a dichos trabajos. Al respecto puede consultarse: Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, M. Pons, 1994.

1. Derecho a la vida.
 - 1.1. Abolición de la pena de muerte.
 - 1.2. Determinación jurídica del inicio de la vida humana: estatuto jurídico del preembrión, embrión y feto.
2. Derecho a la integridad física, psicológica y moral: prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes: con especial referencia a los aspectos morales y psicológicos de estos derechos.
3. Derecho a la autodeterminación física.
 - Tratamientos médicos.
 - Consentimiento informado.
4. Derecho a la igualdad en las aplicaciones biomédicas.
5. Derecho a la identidad genética.
 - 5.1. Clonación.
 - 5.2. Derecho a la información genética.
6. Derecho a renunciar a la propia vida.
 - 6.1. Suicidio.
 - 6.2. Eutanasia, en sus diversas modalidades.
7. Derecho a la reproducción humana.²⁴
 - 7.1. Inseminación artificial.
 - 7.2. Fecundación *in vitro*.
 - 7.3. Transferencia embrionaria.
 - 7.4. Maternidad de sustitución.
 - 7.5. Donación de gametos y de embriones.
 - 7.6. Gestación fuera del útero humano (en úteros de animales o artificiales).
8. Derecho a la protección de la salud.
 - 8.1. Donación y utilización de órganos.
 - 8.2. Tratamientos médicos.
 - 8.3. Libertad de decisión.
 - 8.4. Consentimiento informado.
 - 8.5. Derecho de acceso a los avances tecnológicos en biomedicina en términos de igualdad.

²⁴ Algunas constituciones han recogido ciertos derechos procreativos, aunque, generalmente, tienden, en mi opinión, a proteger la opción personal de limitar el número de hijos y/o espaciar el nacimiento de éstos. Tal parece ser el caso del artículo 40 de la Constitución mexicana, que reconoce el derecho a la libre procreación.

9. Derecho a la libertad de investigación y aplicación técnica y científica (con especial referencia a las aplicaciones terapéuticas).
 - 9.1. Investigación, experimentación y utilización de preembriones.
 - 9.2. Crioconservación y utilización de preembriones y embriones humanos.
 - 9.3. Partenogénesis, octogénesis y selección de sexo y raza.
 - 9.4. Creación de quimeras y de híbridos.
 - 9.5. Investigación sobre el genoma humano y sus aplicaciones prácticas.

El tercer grupo de derechos de *cuarta generación* lo componen, a mi juicio, nuevos derechos y derechos redefinidos que se desenvuelven en el ámbito hoy muy complejo de las comunicaciones y de la información. Como en los dos casos anteriores, este grupo de derechos comprende algunos ya incluidos en generaciones anteriores, pero que actualmente han adquirido connotaciones diferentes o cuyo ámbito esencial ha variado como consecuencia de las nuevas tecnologías de la información. Este grupo comprendería los siguientes derechos:

1. Derechos a la comunicación y a la información.
 - 1.1. Derecho a una información completa y veraz.
 - 1.2. Derecho de acceso a la información de relevancia para la humanidad.
 - 1.3. Derecho a la información genética.
 - 1.4. Derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos u opiniones en medios de comunicación públicos y privados.
 - 1.5. Derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados.
 - 1.6. Derecho a la autodeterminación informativa.
 - 1.7. Derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar.
2. Derechos en la red.
 - 2.1. Derechos informáticos.
 - 2.2. Derecho a conocer la identidad del emisor de informaciones y opiniones.
 - 2.3. Derecho a la vida privada en la red.
 - 2.4. Derecho al honor en la red.
 - 2.5. Derecho a la propia imagen en la red.
 - 2.6. Derechos de propiedad intelectual e industrial en la red.
3. Derechos de los menores ante las nuevas tecnologías informativas y de la comunicación.

- 3.1. Protección de la infancia en los medios de comunicación e información.
- 3.2. Protección de la infancia, específicamente en la red.
- 3.3. Derecho al acceso a la cultura a través de los medios de comunicación e información.

Debemos, por último, señalar que el reconocimiento y la tutela de los derechos y libertades ha seguido un curso distinto en los Estados nacionales y en el ámbito internacional en lo que respecta a la teoría de las generaciones de derechos. Mientras que es plausible aceptar dicha tesis en el ámbito nacional, en el ámbito internacional se aprecia una disminución y, en ocasiones, práctico olvido en orden al reconocimiento y la tutela de los derechos que comprenderían la *tercera* generación (conforme a la clasificación que definiendo), es decir, los derechos económicos y de prestación, mientras que el reconocimiento y la garantía de derechos integrados en la cuarta generación no sólo ha sido recogida en el ámbito internacional, sino que muchas de las primeras medidas tutelares partieron de organizaciones y acciones internacionales.

Por tanto, podríamos afirmar que el derecho internacional ha recepcionado la *primera* y *segunda* generaciones de derechos (conforme a la clasificación que en estas páginas he defendido) y ha iniciado también el reconocimiento de derechos que, en mi opinión, integran la *cuarta* generación, aunque no se han reconocido ni tutelado en igual medida los derechos económicos y de prestación que integrarían la *tercera* generación de derechos. Todo ello se explica sin dificultad, ya que las obligaciones derivadas de los derechos económicos y de prestación vinculan y comprometen extraordinariamente las políticas presupuestarias de los Estados nacionales que por ello se sienten poco proclives a sujetarse a compromisos internacionales. Los derechos de libertad y los derechos de la esfera privada del individuo pueden ser asumidos por los Estados nacionales con una menor incidencia presupuestaria, lo cual ha llevado a un mayor y proporcional desarrollo de los mismos en el ámbito de las acciones nacionales.

Como conclusión, pues, deberíamos señalar que la tan reiterada teoría de las generaciones de derechos no tiene su paralelo en la evolución del reconocimiento y la tutela de los derechos en el ámbito internacional, aunque también en él podamos apreciar un fenómeno secuencial en orden a tal reconocimiento y garantía.

2. EL ESTADO ACTUAL COMO ESTADO SUPRANACIONAL

Si, como ya dijimos, la evolución del Estado nacional nos ha deparado cambios y controversias aún no superadas, de tal suerte que, en la actualidad el análisis de la realidad nacional nos ofrece un conocimiento sólo parcial. Esta visión limitada es especialmente relevante en lo que concierne al reconocimiento y a la tutela de los derechos y las libertades donde, sin duda, se ha realizado un gran esfuerzo con conseguir un estándar mínimo de derechos que pudiera generalizarse en todos los países; tal estándar se ha conseguido, parcialmente, sólo en países europeos —es más, sólo en algunos países europeos— y, en el ámbito internacional, a través, principalmente, de los trabajos del Consejo de Europa y de su catálogo de derechos: el Convenio Europeo.

Sin embargo, los Estados actuales regulan sociedades cada vez más complejas, donde no es factible, en muchos casos, aportar soluciones exclusivamente nacionales a los problemas del reconocimiento y de la tutela de los derechos y las libertades. Por ello, la interacción entre el ámbito nacional y el internacional no es una conveniencia organizativa, sino una necesidad para conseguir un grado aceptable de tutela de los derechos.

Esta interacción entre lo nacional y lo internacional no es, obviamente, nueva. Desde el siglo XIII se especula con la necesidad de unir a los pueblos en organizaciones de carácter supranacional, sobre el federalismo internacional y sobre la necesidad de constituir una *civitas gentium*.²⁵ Aunque, como afirmó en su momento S. Planas-Suárez:²⁶

[...] los proyectos primitivos, tan utópicos como generosos, de *imperio universal*, de *paz perpetua* y de *organización internacional*, han sido la obra de grandes individualidades, de insignes pensadores, de filósofos, de jurisconsultos o de publicistas de las más diversas nacionalidades... la idea de una organización internacional o de una sociedad de las naciones es antigua de varios siglos.²⁷

²⁵ Saint-Pierre: *Proyecto de paz perpetua*; E. Kant, *La paz perpetua*.

²⁶ S. Planas-Suárez, *La política europea y la sociedad de las naciones*. Barcelona, Gustavo Gili Editor, 1935, pp. 29-30.

²⁷ Sobre la evolución de las relaciones internacionales pueden consultarse, entre otros: C. W. Jenks, *El derecho común de la humanidad*. Madrid, Tecnos, 1968; E. Krippendorff, *El sistema internacional como historia. Introducción a las relaciones internacionales*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985; M. Merle, *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid,

Parece, pues, que puede afirmarse con T. Mestre Vives que “no es sólo la política intraestatal la que se liga con la política interestatal. La actividad de unas sociedades nacionales con otras, afectando o no a los Estados, siempre ha tenido una presencia efectiva, y en las circunstancias de nuestra era, mucho más”,²⁸ surge así la *sociedad transnacional* que coexiste con las relaciones interestatales y que ha cobrado verdadero auge, constituida por agentes políticos, sociales y económicos que operan internacionalmente fuera del ámbito estatal.

La *sociedad transnacional*, como afirma M. García Pelayo,²⁹ tiene como supuesto:

[...] la distinción de Estado y sociedad, y puede definirse como el conjunto social resultante de las interacciones directas entre actores pertenecientes a sociedades de distintos Estados. Entre tales interacciones pueden contarse los tráficos o flujos monetarios y financieros, de mercancías, de personas, de ideas y de patrones culturales, de modelos tecnológicos, de acciones políticas [...] sus actores son los individuos o entidades cuyas acciones eventual o permanentemente trascienden las fronteras de sus Estados.

Lo internacional y lo transnacional interactúan ofreciendo una realidad sumamente compleja en el ámbito supranacional.

La integración supranacional de los Estados genera, inevitablemente, un doble efecto en ellos, pues, por una parte, les permite extender su influencia y participar en la toma de decisiones en un ámbito territorial mucho mayor, pero, por otro lado, su integración en este ámbito superior limita en parte sus facultades. Toda integración en organizaciones supranacionales puede afectar la titularidad o el ejercicio de la soberanía nacional. En estos casos se produce un factor limitativo de la soberanía, cuyo alcance y naturaleza dependerá de la voluntariedad con la que el Estado se integra en las organizaciones internacionales y de las previsiones que eventualmente puedan contener los ordenamientos jurídicos al respecto.³⁰

Alianza Universidad, 1986; R. Mesa, *Teoría de las relaciones internacionales*. Madrid, Taurus, 1980; T. Mestre Vives, *La política internacional como política de poder*. Barcelona, Labor Universitaria, 1979.

²⁸ T. Mestre Vives, *La política internacional como política de poder*, op. cit., p. 73.

²⁹ M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad, 1977, p. 138.

³⁰ En este punto la Constitución española reconoce, en su artículo 93, la posibilidad de que el Estado español ceda ciertos aspectos del ejercicio de su soberanía a organizaciones internacionales.

Por ello, las reivindicaciones acerca de la integración del Estado en organizaciones supranacionales debe convivir, a veces con tensión innegable, con las demandas nacionalistas en el interior de esos mismos Estados. Coexisten frecuentemente en los modernos Estados, por tanto, dos tendencias enfrentadas: la *nacionalista* y la *supranacionalista*.³¹ La integración de los Estados nacionales en organizaciones internacionales ha constituido, por tanto, un largo y difícil camino jalonado por opiniones, como la de N. Pérez Serrano,³² cuando afirma que si “los movimientos nacionalistas son tachados de regresivos, todo internacionalismo tiene algo de generoso, aunque a veces peque de ingenuo, y en ocasiones cause grave quebranto a la única realidad posible, la nacional, por ansia de cosmopolitismo que no crean un núcleo superior, pero minan el existente”. Pero, es innegable, que de la armonización de las tendencias *nacionalistas* y *supranacionalistas* depende, en gran medida, para el autor citado, el equilibrio estatal y el progreso de las sociedades. Otro sector de opinión, sin embargo, estima que la construcción de una sociedad internacional precisa reemplazar el Estado-Nación por instituciones supranacionales.³³ Nos encontramos, actualmente, en el centro de esta polémica no cerrada con dos planos interactuantes: el nacional y el internacional. Esta compleja relación entre los ámbitos nacional e internacional se manifiesta también en el plano del reconocimiento, garantía de los derechos y las libertades.

3. DEFENSA DE LOS DERECHOS Y SOCIEDAD INTERNACIONAL

3.1. *Introducción*

En estas páginas mantenemos la tesis de que el progresivo reconocimiento y tutela de los derechos en el ámbito internacional se origina fundamentalmente como un elemento de cohesión entre Estados nacionales en búsqueda de estabilizar las relaciones entre los mismos e impedir brotes de conflictos bélicos. Así, pues, podríamos decir que la garantía de un elenco mínimo y generaliza-

³¹ M. Merle, *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid, Alianza Universidad, 1986, pp. 438-439.

³² N. Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*. Madrid, Civitas, 1976, p. 168.

³³ M. Merle, *Sociología de las relaciones internacionales*, *op. cit.*, p. 440.

do de derechos —junto, sin duda, a compromisos específicos entre Estados— ha contribuido a tejer una malla de relaciones internacionales entre Estados que, hasta el momento, ha neutralizado la amenaza de una tercera conflagración mundial (aunque, lamentablemente, no ha impedido la aparición de otros conflictos más circunscritos territorialmente). Así, el mantenimiento de la paz y el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades se han constituido en objetivos comunes e interactuantes en el ámbito internacional. Los intentos por lograr los objetivos anteriormente señalados han sido diversos y centrados principalmente durante el siglo pasado, en el que, las dos grandes guerras, asolaron a un gran número de países. La reconstrucción miró indefectible al logro de la paz desde la tutela de las libertades individuales.

En este contexto, y como precedente, aunque de naturaleza alejada de otros intentos posteriores, podemos citar la *Sociedad de Naciones* (Liga de Ginebra). Apoyada por el Presidente americano Wilson,³⁴ nació, en 1919, constituyendo el denominado Pacto de la Sociedad de Naciones (The Covenant of the League of Nations),³⁵ la primera parte del Tratado de Versalles y sus objetivos eran mantener la paz en el mundo, asegurar la justicia y tutelar a las poblaciones que no estuvieran capacitadas para regirse por sí mismas. La Sociedad de Naciones contaba con una Asamblea, que se reunía una vez al año o, más frecuentemente, en sesión extraordinaria; un Consejo, formado por las grandes potencias y otros Estados, y una Secretaría Permanente. Los acuerdos se adoptaban por unanimidad, salvo en cuestiones de procedimiento, y podía aplicar ciertas sanciones en el orden económico, pero también en el militar.

Fueron muchos los que denunciaron la pérdida de objetivos de la Sociedad de Naciones y la manipulación de sus fines. “La hegemonía de las grandes potencias, que, desvirtuando el pensamiento wilsoniano, se arrogaron, so capa de intereses generales, la defensa de la paz, ha hecho —afirmaba N. Pérez Serrano— perder la confianza en la institución, de la que se van apartando Estados

³⁴ Woodrow Wilson, Presidente de los Estados Unidos, expuso ante el Congreso, el 18 de enero de 1918, un histórico mensaje conocido como *Catorce Puntos*, en el que se defendía un amplio programa para la consecución de la paz mundial. El documento fue aprobado mayoritariamente por la Cámara, y cuyo espíritu pasó al Tratado de Versalles, del 18 de junio de 1919, y también a otros tratados posteriores, formados con las potencias vencidas en la Primera Guerra Mundial.

³⁵ Entró en vigor el 10 de enero de 1920 y, en sucesivas asambleas de la Sociedad de Naciones, se adoptaron diversas enmiendas y modificaciones.

importantes”.³⁶ La Sociedad de Naciones es obra, según S. Planas-Suárez, de algunos políticos europeos y de un idealista americano que crearon, en suma, una “organización permanente que asegurase a las Potencias *européas victoriosas* sus conquistas políticas y territoriales, sus aspiraciones en general. Naturalmente tuvo la Liga, desde que se promovió, todas las características de un *consorcio de vencedores*, obstinados en sus propósitos”.³⁷ Seguramente podría ser calificada, como una institución general de cooperación internacional,³⁸ aunque pueda dudarse de los propósitos sinceramente pacifistas y deban mostrarse reticencias a sus medios de ejecución.

También como precedente, aunque discutible para muchos, por sus objetivos y por sus planteamientos teóricos, podemos citar la *Commonwealth*,³⁹ que surgió por la unión, al menos desde 1907, de Gran Bretaña con los denominados *Dominios* (Canadá, África del Sur, Australia, Nueva Zelanda, en cierto modo la India y, en 1922, Irlanda). Se trata, como señaló N. Pérez Serrano,⁴⁰ de “una organización *sui generis*, con todas las características inglesas de realidad y eficacia, pero, a la vez, de borrosidad, asimetría, imprecisión y aparente incoherencia”.

3.2. La protección suprarregional de los derechos y las libertades: La Organización de Naciones Unidas (ONU)

3.2.1. Introducción

Como venimos señalando, los intentos de unión internacional para la defensa de la paz a través del reconocimiento y garantía de los derechos y las libertades ha dado sus frutos tanto en el ámbito regional como en el suprarregional. En este último, principalmente, a través de la Organización de Naciones Unidas; en el primero y en Europa, destacan los trabajos del Consejo de Europa,

³⁶ N. Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, op. cit., p. 240.

³⁷ S. Planas-Suárez, *La política europea y la Sociedad de las Naciones*, op. cit., p. 30.

³⁸ N. Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, op. cit., p. 240.

³⁹ La enumeración de posibles antecedentes no es exhaustiva y, a los intentos de unión citados, quizá puedan añadirse los que se produjeron con ocasión de la Declaración del Palacio de Saint James de Londres (1941); de la Carta del Atlántico (1941); de la Declaración de Moscú (1943); la Declaración de Teherán (1943), y las Conferencias de Dumbarton Oaks (1944).

⁴⁰ N. Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, op. cit., p. 239.

en un primer momento, y de la Unión Europea posteriormente⁴¹ y, en el continente americano, a través de convenios internacionales entre los que debe destacarse la Convención Interamericana de Derechos Humanos.⁴²

Aristides Briand, en 1929, había expuesto, ante la Sociedad de Naciones, un proyecto de unión internacional que fracasó. Sin embargo los intentos prosiguieron hasta que, en la Conferencia de Yalta,⁴³ se avanzó en el propósito de crear una organización internacional para mantener la paz y la seguridad. A este fin se convocó, para el 25 de abril de 1945, una Conferencia de las Naciones Unidas en San Francisco,⁴⁴ para redactar la Carta fundacional de dicha organización, a la que asistieron representantes de 51 naciones.⁴⁵ Algún tiempo después, el 5 de julio de 1947, G. Marshall, Secretario de Estado norteamericano, anunciaba el histórico Plan Marshall, mediante el cual Estados Unidos colaboraría en la reconstrucción europea, y los países beneficiarios se avendrían a un programa común de reconstrucción. Para cumplir este objetivo se creó la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), en 1949, que inicialmente estaba integrada por 16 países, entre los cuales no se encontraba ninguno del entonces bloque socialista.

⁴¹ Sobre los derechos en la Unión Europea puede consultarse, en esta misma obra, el trabajo “Integración europea y derechos fundamentales”, de T. Freixes Sanjuán.

⁴² Sobre este aspecto puede consultarse en esta misma obra el trabajo “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional de protección de los derechos”, de J. C. Remotti Carbonell.

⁴³ Celebrada cerca de Yalta (Crimea), del 4 al 11 de febrero de 1945.

⁴⁴ El término *Naciones Unidas*, como es sabido, fue creado por T. Roosevelt, en 1942, y se ha conservado como una muestra de respeto hacia los esfuerzos que realizó para conseguir una organización internacional que procurara la paz y la seguridad mundiales.

⁴⁵ Cuarenta y siete naciones comenzaron las sesiones (incluida Polonia, que firmó el 15 de octubre, una vez allanadas las dificultades de su política interna); a éstas se unieron las Repúblicas Socialistas Soviéticas de Bielorrusia, y la de Ucrania, Dinamarca y la República Argentina.

Los 51 miembros fundadores fueron: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estados Unidos, Etiopía, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, India, Irán, Irak, Líbano, Liberia, Luxemburgo, México, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido, Irlanda del Norte, República Dominicana, Repúblicas Socialistas Soviéticas de Bielorrusia y de Ucrania, Siria, Turquía, URSS, Unión Sudafricana, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

Como complemento, en materia de defensa de los derechos y libertades, de la OECDE se creó, en 1949, por el Tratado de Londres del 5 de mayo de 1949, el Consejo de Europa, en el que se integraron inicialmente los tres Estados del Benelux, Francia, Italia, Dinamarca, Noruega, Suecia y Gran Bretaña y posteriormente otros miembros. El Consejo de Europa se articuló en torno a un Consejo de Ministros, una Asamblea consultiva (siendo el primer organismo internacional dotado de un Parlamento multinacional) y, después, los órganos de protección de los derechos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El contenido de este Consejo se plasmó en la aprobación, en 1950, de la Convención para la Salvaguardia de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, conocido como Convenio de Roma.

Por otro lado, buscándose la unidad militar, se había creado, en 1948, la Unión Europea Occidental (UEO), integrada por Francia, Inglaterra y el Benelux. Estados Unidos propició una unión más amplia, supraeuropea, en la que, además de los países antes citados, se integraron Noruega, Dinamarca, Italia, Portugal, Islandia, Canadá y Estados Unidos: nació así la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

En 1975, el Acta de Helsinki creó la Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea (CSCE) que tenía fines similares a los de la ONU, aunque su ámbito era europeo. Efectivamente, el 3 de julio de 1975 se inauguró, en Helsinki, la Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea (CSCE), con la participación de 33 Estados europeos, más Estados Unidos y Canadá, en un intento de servir de puente entre los dos bloques europeos. En la Conferencia de Helsinki la Unión Soviética pretendió el reconocimiento de su papel de protagonista en la Europa de aquellos años, mientras que otros Estados, principalmente los occidentales, propugnaban por el establecimiento regular de la cooperación este-oeste en tres ámbitos: a) la seguridad; b) la economía, la ciencia y la tecnología, y c) la actividad humanitaria.⁴⁶

El Acta final de la Conferencia, Acta de Helsinki, fue firmada por los jefes de Estado o de Gobierno de todos los países participantes y, también, por el Presidente del Consejo de la Comunidad Europea, lo que representó el compromiso de esta organización internacional de integrar las conclusiones de la Conferencia en el ámbito de la Comunidad. De los 10 principios que, según el

⁴⁶ C. Duparc, *La Comunidad Europea y los derechos humanos*. Luxemburgo, Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, p. 8.

Acta, regularan las relaciones entre los Estados participantes, el séptimo establece el “respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluida la libertad de pensamiento, de conciencia o de religión”.

A partir de 1975, la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa se ha vuelto a reunir en Belgrado (1977 y 1978); en Madrid (1980 a 1983) y en Viena (1986 a 1989). En esta última se introdujo un concepto nuevo, el de la *dimensión humana* y un mecanismo de verificación del cumplimiento de los derechos humanos en los Estados participantes, que se denominó *mecanismo de la dimensión humana*, en cuyo ámbito han profundizado posteriormente varias conferencias y encuentros.⁴⁷

3.2.2. Origen de la Organización de Naciones Unidas

Como hemos señalado anteriormente, la reacción contra el totalitarismo y los sucesos que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial impulsaron definitivamente la lucha por los derechos humanos en el ámbito internacional,⁴⁸ reconvirtiéndose, como afirma C. W. Jenks, la idea de que los hombres son los *miembros últimos* de la sociedad de Estados,⁴⁹ cuando ya en algunos Estados nacionales había prendido la idea de la esencialidad del respeto a los derechos y las libertades. Además, por esta más tardía aparición, la defensa de los derechos en el ámbito internacional se distanció de la evolución seguida en los Estados nacionales también en las menores garantías que recibieron; tendencia, sin embargo, que se ha visto atenuada en los últimos años, siguiendo la impronta marcada por el Consejo de Europa.

⁴⁷ En 1990 los participantes en el Acta de Helsinki se reunieron nuevamente en París, donde renovaron y actualizaron sus compromisos en la Carta de París para una nueva Europa, que también fue firmada por el Presidente del Consejo Europeo y por el Presidente de la Comisión. En Helsinki se celebró, en 1992, la siguiente reunión de la Conferencia de Seguridad y Cooperación, en la que se adoptaron acuerdos para la profundización de las acciones en relación con la dimensión humana (minorías, democracia regional y local, trabajadores emigrantes...), reforzándose los instrumentos de control y creándose un Alto Comisario para las minorías nacionales.

⁴⁸ M. M. Padilla, *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, vol. 1. 2a. ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 47.

⁴⁹ C. W. Jenks, *El derecho común de la humanidad*, op. cit., pp. 52-53.

La Segunda Guerra Mundial marcó profundamente a la sociedad de su época, se multiplicaron los esfuerzos en favor de la reconstrucción Europea y surgieron las primeras iniciativas para una más estrecha colaboración entre los pueblos en aras a la consecución de mayores cotas de desarrollo y bienestar. Estos fines confluyeron en la aparición de la Organización de las Naciones Unidas (ONU);⁵⁰ organización internacional que, como establece el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, tiene como fines preservar la paz y la justicia, promover el progreso social y, específicamente, “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. La Carta establece el contenido básico de la cooperación de los Estados miembros en materia económica y social, determinando que la Organización promoverá el trabajo para todos, el acceso a un mayor nivel de vida, la cooperación sanitaria, cultural y educativa y “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades” (artículo 55.c).⁵¹

⁵⁰ La Carta de las Naciones Unidas fue firmada en San Francisco, el 26 de junio de 1945 (por lo que también se conoce su Tratado constitutivo como Carta de San Francisco); entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. España ingresó en la Organización de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1955. La Conferencia de San Francisco se había celebrado del 25 de abril al 16 de junio de 1945, y en ella tomaron parte 50 naciones, que lograron aprobar tanto la Carta de las Naciones Unidas como el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que figuró como *anexo* a dicha Carta.

La expresión *Naciones Unidas*, por otro lado, se debe al Presidente T. D. Roosevelt (1942), y fue conservada en atención a la decisiva influencia de este político americano en la formalización de esta Organización que no alcanzó a conocer.

Además del precedente de la Sociedad de Naciones, la ONU tiene antecedentes próximos en la Declaración de los Aliados, firmada en Londres el 12 de junio de 1941, por los 14 países aliados; en la Declaración conjunta del Presidente norteamericano Roosevelt y el Premier británico Churchill, denominada Carta del Atlántico, firmada el 14 de agosto de 1941; en la Declaración de Washington o Declaración de las Naciones Unidas, suscrita por 26 naciones el 1 de enero de 1942; en la Declaración de Moscú, firmada por Estados Unidos, Gran Bretaña, Rusia y China, el 30 de octubre de 1943, y en la Declaración de Teherán, del 1 de diciembre de 1943.

Los miembros originarios de la ONU fueron 51, los 50 participantes en la Conferencia de San Francisco y Polonia que no intervino en ella pero que suscribió la Declaración de 1 de enero de 1942. En 1995, el número de miembros de esta Organización internacional era de 185.

⁵¹ La Organización de las Naciones Unidas se estructura en torno a la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Tribunal Internacional de Justicia, el Consejo Económico y Social,

3.2.3. La Comisión de Derechos Humanos y la Carta Internacional de Derechos Humanos

En 1946 la ONU aprobó la creación de la Comisión de Derechos Humanos, que ha trabajado eficazmente en la consolidación de los derechos humanos.⁵² Uno de los objetivos de la Organización fue la elaboración de un catálogo de derechos que resultara válido para los Estados miembros. Ello se llevó a cabo, como señala C. Escobar Hernández,⁵³ mediante un trabajo de profundización y especialización progresivas, debiendo señalarse la aprobación de la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende:

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos.⁵⁴
- b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Facultativos.⁵⁵

el Consejo de Administración Fiduciaria, el Secretario General y la Secretaría. Dispone, además, el artículo 7.2 de la Carta, la posibilidad de crear otros órganos de carácter subsidiario, como así se ha hecho profusamente (comités, comisiones, organismos auxiliares, etcétera).

⁵² La Comisión fue creada por las Resoluciones del Consejo Económico y Social 5(I), del 16 de febrero, y 9(II), del 21 de junio de 1946. La Comisión de Derechos Humanos ha fijado su sede en Ginebra y celebra un periodo de sesiones ordinario al año, con una duración de seis semanas, aunque, a partir de 1990, cuando fue autorizada para ello por el Consejo, ha celebrado también sesiones extraordinarias, concretamente sobre la situación de los derechos humanos en Yugoslavia (1992) y en Ruanda (1994).

⁵³ C. Escobar Hernández, "La promoción y protección de los derechos humanos", en M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*. Madrid, Tecnos, 1994, p. 229, y P. Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos*. Madrid, Civitas, 1987, p. 283.

⁵⁴ La Declaración de Derechos Humanos fue aprobada por la Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General, y aspiraba a servir de pauta a los Estados para que promovieran y reconocieran, en sus respectivas naciones, los derechos en ella proclamados, lo que ha debilitado su oponibilidad frente a los Estados. El texto consta de 36 artículos, en los que se proclaman los principios de libertad e igualdad, y se reconocen, junto a los clásicos derechos civiles y políticos, los de carácter económico y de prestación. Se establece, igualmente, la necesidad de que los límites de estos derechos se establezcan mediante ley y que tengan como fin el respeto de los derechos de los demás y la tutela de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática (artículo 29.2). Igualmente, la Declaración reconoció los deberes que todos tienen respecto de la sociedad, aunque tal manifestación no ha sido plenamente desarrollada en documentos ulteriores.

⁵⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aprobaron por la Asamblea General de las Naciones

- c) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- d) Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte.

Junto con los anteriores, documentos de reconocimiento general o global de derechos, la Organización de las Naciones Unidas ha adoptado otros documentos de reconocimiento de derechos específicos o de tutela de categorías determinadas de personas.⁵⁶

Unidas, el 16 de diciembre de 1966, mediante la Resolución 2200 A (XXI), y vinieron a completar el elenco de derechos defendidos por las Naciones Unidas y dispusieron que los Estados Parte en estos Convenios quedaban comprometidos a respetar y garantizar a todos los individuos que se encontraran en sus respectivos territorios y sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en los Pactos, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículos 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Entraron en vigor el 3 de enero y el 23 de marzo de 1976 respectivamente. España ratificó ambos Pactos el 27 de abril de 1977 (BOE, núm. 103, del 30 de abril de 1977), y entraron en vigor en nuestro país el 27 de julio de 1977. En cuanto a los Protocolos Adicionales, el primero denominado Protocolo Facultativo Primero al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se refiere a las garantías de los derechos y contiene un procedimiento de peticiones individuales, facultando al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Sin embargo, por su carácter facultativo, el Comité no puede recibir quejas respecto de aquellos Estados que, aun siendo parte en el Pacto, no lo sean en el Protocolo. Este Protocolo fue adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. España lo ratificó por instrumentos del 25 de enero de 1985 (BOE, núm. 79, del 2 de abril, y núm. 107, del 4 de mayo de 1985) y entró en vigor, para España, el 25 de abril de 1985.

El segundo de estos documentos es el Protocolo Facultativo Segundo Destinado a Abolir la Pena de Muerte. Este Segundo Protocolo fue adoptado por la Asamblea General, por Resolución 44/128, del 15 de diciembre de 1989, y entró en vigor el 11 de julio de 1991. España procedió a la ratificación con fecha 11 de abril de 1991 (BOE, núm. 164, del 10 de julio de 1991).

⁵⁶ La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, del 20 de diciembre de 1952; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del 18 de diciembre de 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984, y la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.

Aunque, como se señaló, el reconocimiento de los derechos en el ámbito internacional no ha tenido su paralelo en lo referente a las garantías, la necesidad de tutelar eficazmente los derechos reconocidos se ha hecho patente cada vez más y la tendencia actual es claramente favorable a dotar a los derechos de sus correspondientes garantías.

Aunque la *Carta* no otorga competencias expresas de tutela de los derechos y las libertades ni al Consejo de Seguridad, ni al Secretario General ni tampoco al propio Tribunal Internacional de Justicia, finalmente todos ellos han asumido, *de facto*, ciertas funciones relativas a la promoción de los derechos humanos junto a la ya citada Comisión de Derechos Humanos. Con todo, fue la creación, mediante la Resolución de la Asamblea General 48/141, del 20 de diciembre de 1993, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el hito más importante en esta materia, acontecido en los últimos años. Pertenece orgánicamente a la Secretaría General, depende directamente del Secretario General que lo nombra y tiene funciones amplísimas, tanto en la promoción como en la protección de los derechos humanos.

Por otra parte, los diferentes tratados auspiciados por la ONU también han generado ciertos órganos de promoción y tutela de los derechos y las libertades, entre los que pueden citarse los siguientes:

- El Comité de Derechos Humanos, vinculado al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relacionado con el Pacto de igual nombre.
- El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, unido a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, nacido al amparo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- El Comité contra la Tortura, hijo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- El Comité de los Derechos del Niño, aparecido tras la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los Comités citados, salvo el Comité de los Derechos del Niño, establecen la posibilidad de recibir denuncias individuales, previa aceptación del Estado de esta concreta competencia con la excepción del Comité contra la Tortura, que posee dicha facultad de investigación, aún en los casos en los que el Estado no le haya reconocido expresamente dicha competencia.

Por último, debemos destacar la creación, en tiempos recientes, de los Tribunales Penales Internacionales en relación, principalmente, con crímenes de guerra, en un intento de que los actos de violación flagrante a los derechos humanos en momentos de especial gravedad no queden impunes, poniendo en relación esta materia con el derecho internacional humanitario. Como hechos recientes al respecto, debe destacarse la creación, en el seno del Consejo de Seguridad, de sendos Tribunales Penales Intencionales para los hechos acontecidos en la antigua Yugoslavia⁵⁷ y en Ruanda.⁵⁸

4. EL CONSEJO DE EUROPA

4.1. *Creación del Consejo de Europa*

La destrucción causada por la Segunda Guerra Mundial motivó, como dijimos, la búsqueda de una reconstrucción pacífica y unida de los países afectados. Se imponía, además, que tal unión se verificara en torno a un catálogo mínimo de derechos y libertades que aseguraran una organización social justa.

Estos movimientos confluyen en el Congreso de La Haya, celebrado entre el 7 y el 10 de mayo de 1948, cuyas conclusiones animan al gobierno francés, apoyado por el belga, a auspiciar una Conferencia preparatoria. Con la renuncia de Gran Bretaña se creó un Comité para el estudio de la unidad europea, compuesto por 18 miembros de los cinco países integrantes del Tratado de Bruselas (Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Francia y Gran Bretaña), que, en enero de 1949 y a la luz de los informes de dicho Comité, decidieron crear el Consejo de Europa, lo que se llevó a cabo con la firma del Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949, por los cinco países del Pacto de Bruselas más Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suecia. El Consejo de Europa fijó su sede en Estrasburgo y contó, en principio, con un Comité de Ministros, a nivel de los

⁵⁷ Resolución 808(1993), del 22 de febrero.

⁵⁸ Resolución 955 (1994), del 8 de noviembre.

Gobiernos de los Estados, y de una Asamblea, de carácter consultivo. Posteriormente fueron creados los órganos de protección de los derechos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la actualidad, el Consejo de Europa cuenta con 41 miembros y mantiene los fines que animaron su creación: la defensa de la paz, la justicia y la unión de sus miembros para la consecución del progreso económico y social, en torno a la idea del Estado de Derecho y al reconocimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (artículos 1 y 3 del Tratado).

4.2. *El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea*

El Consejo de Europa tiene, como ya dijimos, en el respeto a los derechos humanos su fundamento primero, exigencia que se mantiene estrictamente para el ingreso de nuevos miembros, de tal suerte que ningún Estado ha sido admitido al Consejo de Europa sin la aceptación del Estado de Derecho, así como del “principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 3 del Tratado).

Para el cumplimiento de sus fines, el Consejo de Europa elaboró un *Convenio* que se conoce como Convenio o Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y también como Convenio de Roma,⁵⁹ al que le han seguido, entre 1952 y 1994, 11 Protocolos Adicionales⁶⁰ que lo completan y modifican.

⁵⁹ España ratificó el Convenio de Roma en 1979 (BOE, núm. 243, del 10 de octubre). Pueden consultarse, entre otros: E. García de Enterría, E. Linde, L. I. Ortega y M. Sánchez Morón, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Madrid, Civitas, 1983; J. Kis, *L'égale dignité. Essais sur les fondements des droits de l'homme*. París, Éditions du Seuil, 1987; J. Michael, *Privacy and Human Rights*. París/Hampshire, Unesco/Dartmouth, 1994; C. S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, Ariel, 1989; J. Roche y A. Pouille, *Libertés publiques*. París, Editions Dalloz, 1993; J. Rivero, *Les libertés publiques*, vol. 2. París, PPU, 1977; AA. VV., *La protection internationale des droits de l'homme*. Bruselas, Éditions de l'Université, 1977; AA. VV., *Les droits de l'homme en questions*. París, La Documentation Française, 1989.

⁶⁰ España ha ratificado el Protocolo Adicional 1 (BOE, núm. 11, del 12 de enero de 1991), y los Protocolos 2 (BOE, núm. 111, 10 de mayo de 1982, hoy suprimido), 3 y 5 (BOE, núm. 243, del 10 de octubre de 1979), 6 (BOE, núm. 92, del 17 de abril de 1985) y 8 (BOE, núm. 271, del

Los Protocolos Adicionales 4, 6 y 7 amplían el catálogo de derechos inicialmente contemplado en el Convenio. Así, el Protocolo Adicional⁶¹ incorpora al Convenio el derecho de propiedad (artículo 1), el derecho a la instrucción (artículo 2) y el derecho a elecciones libres (artículo 3); el Protocolo 4⁶² incluye la prohibición de presión por deudas (artículo 1), la libertad de circulación (artículo 2), la prohibición de la expulsión de los nacionales (artículo 3), la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (artículo 4); el Protocolo 6⁶³ es el relativo a la abolición de la pena de muerte y el Protocolo 7⁶⁴ incorpora diversas garantías procesales (artículos 1 y 2), el derecho a recibir una indemnización en caso de error judicial (artículo 3), el derecho a no ser juzgado dos veces (artículo 4) y la igualdad de los cónyuges (artículo 5).

El Protocolo 2,⁶⁵ hoy suprimido, otorgaba una competencia consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los Protocolos 3, 5 y 8 modifican el procedimiento de garantía de los derechos en lo que respecta a la Comisión y al Tribunal Europeo; el Protocolo 9⁶⁶ reconoce la legitimación activa a las personas físicas y jurídicas para actuar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el Protocolo 10⁶⁷ modifica el procedimiento, al eliminar el quórum de dos tercios necesario hasta ese momento para la adopción por mayoría de la decisión del Comité de Ministros sobre la existencia o no de violación del Convenio; el Protocolo 11⁶⁸ crea un Tribunal único que asume las competencias en materia de derechos y libertades que poseían la Comisión y el propio Tribunal Europeo.

11 de noviembre de 1989); los Protocolos 4 y 7 han sido firmados por España (23 de febrero de 1978 y 22 de noviembre de 1984, respectivamente) pero no han sido ratificados, como tampoco lo han sido los Protocolos 9 (hoy suprimidos por el Protocolo 11), el 10 y el 11.

⁶¹ París, 20 de marzo de 1952; BOE, núm. 14, del 12 de enero de 1991.

⁶² Estrasburgo, 6 de septiembre de 1963; este Protocolo fue firmado por España el 23 de febrero de 1978, pero no ha sido ratificado.

⁶³ Estrasburgo, 28 de abril de 1983; BOE, núm. 92, del 17 de abril de 1985.

⁶⁴ Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984; este Protocolo fue firmado por España el 19 de marzo de 1985, pero no ha sido ratificado.

⁶⁵ Estrasburgo, 6 de mayo de 1963; BOE, núm. 111, del 10 de mayo de 1982, se corrigen errores en BOE, núm. 131, del 2 de junio de 1982.

⁶⁶ Roma, 6 de noviembre de 1990. España no ha llegado a formar parte de este documento que ha sido suprimido por el Protocolo 11.

⁶⁷ Estrasburgo, 25 de marzo de 1992; España no es parte.

⁶⁸ Estrasburgo, 11 de mayo de 1994; BOE, núm. 152, del 26 de junio de 1998.

El Convenio de Roma representa un salto cualitativo en la protección de los derechos en el ámbito europeo, ya que no se limita a reconocer o a promover los derechos, sino que los garantiza con una eficacia mayor de la que había sido habitual en el ámbito internacional hasta ese momento. Los derechos reconocidos en el Convenio son los que, en su momento, la generalidad de la doctrina podría estimar como *esenciales* para la persona humana (vida; libertad personal, ideológica y de expresión; tutela judicial...), un mínimo de derechos, al fin, que se consideran inherentes a las sociedades democráticas, con lo que *democracia y derechos humanos* quedan indeleblemente unidos.

Años después de su creación, en 1961, los Estados miembros del Consejo de Europa convinieron en que el elenco de derechos reconocidos en el Convenio, a pesar de su esencialidad, podía peligrar si no se creaban también condiciones sociales y económicas que permitieran el libre ejercicio de esos derechos; con tal fin se firmó, en Turín, el 18 de octubre de 1961, la Carta Social Europea,⁶⁹ completada y enmendada por dos Protocolos Adicionales, el del 5 de mayo de 1988 y el del 21 de octubre de 1991.

Las partes en la Carta Social Europea reconocen, como objetivo común, la necesidad de realizar una política de promoción y protección de los derechos sociales, como el derecho al trabajo, a la seguridad e higiene en el trabajo, los derechos sindicales, derecho a una remuneración justa, derecho a la negociación colectiva, a la formación profesional, etcétera.

Además de la adopción del Convenio de Roma y de la Carta Social Europea, la lucha del Consejo de Europa por promover y tutelar los derechos y las libertades se ha visto reforzada con la aprobación de acuerdos concretos, entre los que pueden citarse los siguientes:

- El Convenio para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, el 26 de noviembre de 1987, y sus Protocolos Adicionales.⁷⁰
- El Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante, el 24 de noviembre de 1977.⁷¹

⁶⁹ Entró en vigor el 26 de febrero de 1965 y fue ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE, núm. 153, del 26 de junio de 1980).

⁷⁰ El Convenio fue ratificado por España (BOE, núm. 159, del 5 de julio de 1989).

⁷¹ Para España, BOE, núm. 145, del 18 de junio de 1983.

- El Convenio sobre Protección de las Personas por el Tratamiento Informatizado de Datos de Carácter Personal, el 18 de enero de 1981.⁷²
- El Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, el 1 de febrero de 1995.⁷³
- El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), Oviedo, 4 de abril de 1997, y el Protocolo sobre prohibición de clonación de seres humanos, 4 de abril de 1998.

4.3. *Procedimiento de tutela de los derechos contenidos en el Convenio de Roma*

Como indicamos anteriormente, lo más significativo de este Convenio de Roma no es tanto su catálogo de derechos sino el sistema creado para garantizar dicho elenco. El Convenio estableció un mecanismo de tutela que se aplicó hasta el 1 de noviembre de 1998, fecha en la que entró en vigor el Protocolo 11 que, adoptado el 11 de mayo de 1994 en Estrasburgo, introdujo sustanciales modificaciones en el procedimiento de defensa de los derechos que había regido durante casi 50 años en el marco del Convenio.

4.3.1. Hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 11

Inicialmente asumieron competencias de tutela el Comité de Ministros, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Comité de Ministros está formado por los Primeros Ministros de los Estados miembros. Asumió la competencia de determinar si había habido o no violación del Convenio en los casos en que, en el plazo de tres meses, la Comisión no hubiera planteado el asunto ante el Tribunal Europeo. Si el Comité de Ministros determinaba que había habido violación, fijaba unas medidas que los Estados miembros se comprometían a considerar obligatorias (artículo 32.4 antiguo). Si el Estado no adopta las medidas señaladas por el Comité en el plazo también fijado por éste, el Comité emitirá un informe y determinará las consecuencias en el caso concreto (artículo 32.3 antiguo).

⁷² Para España, BOE, núm. 274, del 15 de noviembre de 1985.

⁷³ Precisa 12 ratificaciones para entrar en vigor.

Las decisiones adoptadas por el Comité de Ministros eran definitivas y obligatorias para los Estados Parte, pero tenían carácter declarativo y quedaba a la discrecionalidad del Estado condenado la forma en la que debía hacerse efectiva la decisión del Comité, que poseía, además, la facultad de vigilar el cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal de Derechos Humanos (artículo 54 antiguo).

La Comisión estaba compuesta por juristas en número igual al de los Estados miembros que hubieran ratificado el Convenio, elegidos por el Comité de Ministros de una lista elaborada por cada delegación de los Estados en la Asamblea Consultiva. La Comisión estaba facultada para conocer de las demandas que, por violación de los derechos reconocidos en el Convenio, presentaban los Estados miembros del Consejo (artículo 24 antiguo), los individuos, los grupos y las Organizaciones No Gubernamentales (artículo 25 antiguo), con el requisito imprescindible de que la denuncia se realizara contra un Estado que previamente hubiera aceptado la competencia de la Comisión, establecida en el citado artículo 25 y se cumplieran los siguientes requisitos de admisibilidad:

1. Que la demanda no fuera anónima.
2. Que el demandante hubiera agotado los recursos internos.
3. Que la reclamación no fuera sustancialmente igual a otra ya sometida a la Comisión.
4. Que no se tratara de una demanda manifiestamente infundada.

El Convenio incorporó una tutela jurisdiccional que aplicaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los magistrados del Tribunal, una vez elegidos, eran independientes y no representaban a sus respectivos países. Su mandato era de nueve años y podían ser reelegidos (artículo 40 antiguo).

El ya inexistente Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretaba y aplicaba el Convenio, determinando cuándo se hubieran producido violaciones del mismo respecto de los nacionales de los Estados que, siendo parte en el Consejo de Europa, hubieran reconocido la competencia del Tribunal (artículo 45 antiguo); igualmente, poseía competencias consultivas, pudiendo emitir dictámenes a petición del Comité de Ministros.⁷⁴

⁷⁴ Sobre el procedimiento de este derogado Tribunal pueden consultarse, entre otros: M. A. Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Civitas, 1985, y Y. Gómez Sánchez, *Los derechos ten Europa*. Madrid, UNED, 1997.

La actividad contenciosa del Tribunal debía, en todo caso, estar precedida del infructuoso intento de conciliación ante la Comisión. La actuación del Tribunal culminaba con la sentencia en la que, si se apreciaba violación del Convenio, se podían dictar medidas reparadoras del derecho violado y, si ello no fuera posible, podía acordarse una reparación equitativa a la parte lesionada (artículo 50 antiguo). Contra las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no cabía recurso alguno, salvo los de *revisión e interpretación*; aunque carecían de valor ejecutivo, eran, pues, declarativas y por ello ofrecían a los Estados condenados un margen muy amplio para decidir los términos en los que podían hacer efectiva la sentencia en sus respectivos ordenamientos.

4.3.2. Actual procedimiento de tutela: el Tribunal Europeo⁷⁵

El Protocolo 11 viene a dar respuesta a los problemas surgidos como consecuencia del aumento de las demandas de protección y representa también un intento serio de reestructurar el mecanismo de control establecido inicialmente en el Convenio y completado en diversos Protocolos, con el fin no sólo de mantener, sino también de reforzar, la eficacia de la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales contenidos en el Convenio y en sus Protocolos, necesidad que había sido manifestada desde diversos sectores y valorada en el seno del propio Consejo de Europa.⁷⁶

Las modificaciones contenidas en el Protocolo Número 11 afectan al procedimiento de garantía de los derechos, pero no al catálogo de los mismos contenido en el Convenio. Estas modificaciones afectaron especialmente a la Comisión, cuyas competencias de tutela de derechos desaparecen en el nuevo procedi-

⁷⁵ Sobre el procedimiento actual de tutela puede consultarse, entre otros: S. Quesada Polo, "El Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Y. Gómez Sánchez, *Los derechos en Europa*. 2a. ed. Madrid, UNED, 2001.

⁷⁶ Así, la Resolución núm. 1, aprobada con ocasión de la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena los días 19 y 20 de marzo de 1985; *Recomendación* 1194 (1992), aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 6 de octubre de 1992; Resolución adoptada sobre la reforma del mecanismo de control del Convenio por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa en la Declaración de Viena del 9 de octubre de 1993.

miento, y al propio Tribunal, que se convierte en una instancia permanente con nueva estructura y funciones.

4.3.2.1. Composición del Tribunal

En cuanto a la composición del nuevo Tribunal, el artículo 20 establece que se compondrá de un número de jueces igual al de las Altas Partes Contratantes. Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria, a título —dice el artículo 22.1— de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante; el mismo procedimiento se sigue en el caso de adhesión de nuevas partes y para proveer las vacantes que puedan producirse. La duración del mandato de los jueces es de seis años y pueden ser reelegidos (artículo 23). Los jueces elegidos formarán parte del Tribunal a título individual, es decir, no estarán ligados por ningún tipo de mandato respecto del Estado proponente.

El artículo 21 actual del Convenio establece las condiciones de ejercicio de las funciones de los jueces. Los elegidos para desempeñar esta función deberán ser juristas de reconocida competencia y deben gozar, en expresión del propio artículo 21.1, de la más alta consideración moral. Se aplica a los jueces del TEDH un estricto régimen de incompatibilidades (artículo 21.3) y sólo podrán ser revelados de sus funciones cuando, por mayoría de dos tercios, de los demás jueces estimen que han dejado de reunir los requisitos requeridos para ocupar dicho cargo (artículo 24).

4.3.2.2. Estructura interna del Tribunal

El nuevo Tribunal se articula en torno al Pleno, la Gran Sala, las Salas y los Comités.

El Pleno (artículo 26), elige, por un periodo de tres años, a su Presidente, a uno o dos Vicepresidentes; constituye las Salas y elige a los Presidentes de las mismas, y aprueba su propio reglamento y elige al Secretario y a uno o varios Secretarios adjuntos.

La Gran Sala, con 17 jueces, posee competencias contenciosas y examina las solicitudes de emisión de opiniones consultivas reguladas en el artículo 47 (artículo 31). Forman parte de esta Gran Sala el Presidente del Tribunal, los

Vicepresidentes, los Presidentes de las Salas y los demás jueces designados de conformidad con el Reglamento de régimen interior del Tribunal.

La Gran Sala, de conformidad con lo establecido en el artículo 31, posee la competencia para pronunciarse sobre las demandas presentadas al amparo de los artículos 33⁷⁷ o 34⁷⁸ del Convenio, cuando el asunto provenga de la inhibición de una Sala (artículo 30), o cuando el asunto le haya sido remitido en virtud de lo establecido en el artículo 43.⁷⁹

Las Salas se componen de siete jueces y constituyen los Comités, de tres Jueces cada uno, por un periodo determinado. Las Salas poseen competencias tanto de admisión como de resolución del fondo (artículo 2). Igualmente, las Salas pueden inhibirse en favor de la Gran Sala en determinadas circunstancias, especialmente cuando en el caso esté comprometida la interpretación del Convenio o la posible resolución contradiga otras anteriores sobre asuntos similares dictadas por el Tribunal (artículo 30). Los Comités pueden declarar inadmisibles o archivar una demanda individual (artículo 34) cuando tal resolución pueda adoptarse sin tener que proceder a un examen complementario.

⁷⁷ El artículo 33 del Convenio (redacto de conformidad con las disposiciones del Protocolo núm. 11) dice: “Toda Alta Parte Contratante podrá someter al tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante”.

⁷⁸ El artículo 34 del Convenio (redactado de conformidad con las disposiciones del Protocolo núm. 11) se refiere a las demandas individuales y establece: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, Organización No Gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio de este derecho”.

⁷⁹ El artículo 43 del Convenio (redactado de conformidad con las disposiciones del Protocolo núm. 11) se refiere a los supuestos de remisión de asuntos ante la Gran Sala y, literalmente, dice: “1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala.

2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la explicación del Convenio o de sus Protocolos o a una cuestión grave de carácter general.

3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia”.

4.3.2.3. Funciones contenciosas y consultivas

El Protocolo de 1998 aúna, como hemos señalado, las competencias de la Comisión y del Tribunal Europeo creando un único Tribunal (artículo 19 actual), al que pueden acceder no sólo los Estados Parte en el Convenio, sino también los nacionales de dichos Estados (personas físicas, jurídicas, Organizaciones No Gubernamentales...). Se mantiene la doble competencia, *contenciosa*, a instancia de parte legítima, *consultiva*, a petición del *Comité de Ministros* acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos (artículo 47.1). La resolución del Comité de Ministros de solicitar una opinión consultiva al Tribunal debe ser adoptada por el voto mayoritario de los representantes que tengan el derecho de intervenir en el Comité (artículo 47.3).

Las opiniones *consultivas* del Tribunal no pueden referirse al contenido o extensión de los derechos y libertades recogidos en el título I del Convenio y en sus Protocolos ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer como consecuencia de la presentación de un recurso previsto por el Convenio (artículo 47.2). El Tribunal tiene la facultad de determinar su propia competencia al respecto en función de lo establecido en el artículo 47 citado (artículo 48).

4.3.2.4. Las sentencias

Las sentencias de la Gran Sala son definitivas (artículo 44.1). Las sentencias de las Salas pueden ser definitivas o no. Son definitivas en tres casos: a) cuando las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala; b) si han transcurrido tres meses desde la sentencia de la Sala y no se ha solicitado la remisión a la Gran Sala, y c) cuando el colegio de cinco jueces de la Gran Sala al que alude el artículo 43 rechaza la demanda de remisión.

Las sentencias definitivas serán publicadas para otorgarles la debida publicidad. El Tribunal está obligado, además, a motivar sus sentencias y las resoluciones, tanto las que declaren admisible una demanda como aquellas que la declaren inadmisibles (artículo 45.1). Cualquier juez del Tribunal tiene derecho a formular un voto particular si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces. Dicha opinión separada se unirá a la sentencia (artículo 45.2).

El Convenio, en su artículo 46, obliga a los Estados parte en el Convenio a aceptar y acatar las sentencias definitivas del Tribunal en las que sean parte. El Convenio ha dejado subsistente la competencia del Comité de Ministros en orden a tutelar la ejecución de las sentencias del Tribunal, ya que el apartado 2 del artículo 46 dispone que las sentencias definitivas serán trasladadas al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

5. LA UNIÓN EUROPEA

5.1. *Origen*

El nacimiento de la Comunidad Europea no es un hecho aislado, como señala M. V. Abellán Honrubia, sino que debe situarse en el contexto

[...] de la creación de organizaciones internacionales de carácter regional en el ámbito de la Europa occidental, a partir de la Segunda Guerra Mundial [...] Dentro de este proceso, la Comunidad Europea tiene como objetivo inmediato la integración económica de sus Estados miembros, si bien no es ajena, ni en sus orígenes, ni en su ulterior desarrollo, a la aspiración de alcanzar, como fin último, la unidad política de Europa.⁸⁰

Ello, como veremos, es inseparable del reconocimiento y defensa de unos principios y derechos comunes a todos los Estados miembros.

Un hito en la historia de la integración europea lo constituye, sin duda, la declaración del Ministro francés de Asuntos Exteriores, R. Schuman, realizada el 9 de mayo de 1950, en la que propone realizaciones concretas que progresivamente lleven a la Unión Europea. Para lograr este fin, Schuman propone que la producción franco-alemana del carbón y del acero quede bajo la tutela de una autoridad común en una organización internacional, abierta a otros Estados. Esta propuesta fue aceptada, además de por Alemania, por Bélgica, Italia, Luxemburgo y Países Bajos, dando lugar a la creación, en 1952, de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).⁸¹ El 27 de mayo del

⁸⁰ M. V. Abellán Honrubia y B. Vilá Costa, *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona, Ariel, 1993. p. 16.

⁸¹ La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) se creó por el Tratado de París, el 18 de abril de 1951, y entró en vigor el 23 de septiembre de 1952.

mismo año se firmó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa (CED), para la creación de un ejército europeo y comenzaron los trabajos para la elaboración de un proyecto de Comunidad Política Europea que se ultimó en 1953, aunque, el 30 de agosto de 1954, el Parlamento francés rechazó la ratificación del Tratado constitutivo de la CED, lo que puso fin a este proyecto.

Sin embargo, la idea de la unidad europea siguió viva y fue retomada en la reunión que celebraron los Ministros de Asuntos Exteriores de los seis Estados miembros de la CECA, en Messina, en junio de 1955, para estudiar la creación de un mercado común europeo,⁸² que constituyó el germen de la creación de los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM) y del Tratado relativo a instituciones comunes a las Comunidades Europeas.⁸³

⁸² G. C. Rodríguez Iglesias, "Las Comunidades Europeas y la Unión Europea", en M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, op. cit., p. 452.

⁸³ Ambos Tratados fueron firmados en Roma el 25 de marzo de 1957 y entraron en vigor el 1 de enero de 1958. La estructura institucional de cada una de las nuevas comunidades era claramente semejante a la adoptada por la CECA. Así, la Comisión (similar a la Alta Autoridad); el Consejo, la Asamblea y el Tribunal de Justicia. Igualmente, estaba previsto un Comité Económico y Social y tal y como se recoge en el Tratado sobre ciertas instituciones comunes a las Comunidades Europeas, la Asamblea y el Tribunal de Justicia eran comunes para las tres comunidades y el Comité Económico y Social era común para la CEE y CEEA.

Esta estructura básica se mantiene hasta la firma del Tratado de Bruselas, del 8 de abril de 1965 (en vigor el 1 de enero de 1967), en el cual se establece que habrá una Comisión y un Consejo únicos para las tres Comunidades. A partir de este momento nace la Comunidad Económica Europea o Comunidad Europea.

De la extensa bibliografía sobre la Unión Europea pueden consultarse, entre otros: V. Abellán Honrubia y B. Vilá Costa, *Lecciones de derecho comunitario europeo*. Barcelona, Ariel, 1993; J. Abrisqueta Martínez, *La construcción de Europa*. Madrid, Colex, 1995; J. B. Acosta Estévez, *Introducción al sistema jurídico de la Comunidad Europea*. Barcelona, 1990; M. A. Aparicio Pérez y F. González Ruiz, *Acta Única y derechos fundamentales*. Barcelona, Signo, 1992; J. L. de Cruz Vilaça, "La revisión de los Tratados europeos", en *RDP*, núm. 37, 1994; T. Freixes Sanjuán y J. C. Remotti Carbonell, *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*. Valencia, CIPC, 2002; E. García de Enterría, A. Tizzano y R. Alonso García, *Código de la Unión Europea*. Madrid, Civitas, 1996; G. Isaac, *Derecho comunitario*. Barcelona, Ariel, 1992; J. M. Laguna, *Historia de la Comunidad Europea*. Bilbao, 1991; D. López Garrido, A. J. Martínez Higuera e I. Hernández F. del Valle, *Derecho Comunitario Europeo*. Tecnos, 1986; C. F. Molina del Pozo, *Manual de derecho de la Comunidad Europea*. 2a. ed. Madrid, Trivium,

5.2. Los derechos y libertades en los Tratados Constitutivos

Desde la inicial Comunidad Europea hasta la actual Unión Europea se ha producido una larga y procelosa evolución. Los seis miembros originarios han pasado a ser 15 en la actualidad,⁸⁴ y ya está en marcha la quinta ampliación que integrará a diversos países del Centro y del este de Europa.

Los Tratados constitutivos⁸⁵ contienen referencias a los derechos que las comunidades precisaban para el cumplimiento de sus fines, inicialmente, de carácter exclusivamente económico. Sí hay referencias expresas a principios como “el imperio del derecho, a través del Tribunal de Justicia, y el de la democracia, mediante la creación de la Asamblea”.⁸⁶ Tal ausencia no puede imputarse, como señala E. Pérez Vera,⁸⁷ a un olvido involuntario, sino que es, más bien, producto del contexto histórico y de enfrentamientos anteriores, ya que esta inicial unión fue posible por el ámbito estrictamente económico que se otorgó a la Comunidad, aunque, como se ha puesto de manifiesto posteriormente, la unión económica implica, a largo plazo, la existencia de una unión política⁸⁸ y la creación, en suma, de una *Europa de los ciudadanos* a la que efectivamente se encaminan los más recientes esfuerzos comunitarios.

1990; C. F. Molina del Pozo, coord., *España en la Europa comunitaria: balance de diez años*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995; S. Muñoz Machado, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*. Madrid, 1980; *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid, 1993; R. Tamames, *La Unión Europea*. Madrid, 1994.

⁸⁴ Como ya indicamos, los seis iniciales miembros fueron la República Federal de Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Países Bajos y Luxemburgo. El 1 de enero de 1973 se integraron el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (no pudo adherirse Noruega ante el resultado negativo del referendo celebrado en este país); el 1 de enero de 1981, Grecia; el 1 de enero de 1986, España y Portugal; y el 1 de enero de 1995 formalizaron su adhesión Austria, Finlandia y Suecia. El territorio de la antigua Alemania del este ha quedado adscrito a la Unión mediante su consideración como nuevo territorio de un Estado miembro, Alemania.

⁸⁵ Estas últimas páginas del trabajo tienen carácter introductorio y general y pretenden ser complementarias del más extenso trabajo de T. Freixes Sanjuán, incluido en esta misma obra: “Integración europea y derechos fundamentales”.

⁸⁶ C. Duparc, *La Comunidad Europea y los derechos humanos*, op. cit., p. 11.

⁸⁷ E. Pérez Vera, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 2, 1993, p. 460, y “La protección d’humanite en droit international”, en AA. VV., *La protection internationale des droits de l’homme*. Bruselas, Editions de l’Université, 1977.

⁸⁸ C. Duparc, *La Comunidad Europea y los derechos humanos*, op. cit., p. 11.

El voluntario olvido de los Tratados de París y Roma en materia de derechos y libertades —a excepción de las libertades comunitarias que basamentan la propia creación de las Comunidades— se vio paliada, bien que sólo en parte, cuando dos de los derechos reconocidos, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el Convenio de Roma, pasaron a integrarse, *de facto*, en las competencias específicas de las instituciones comunitarias: la libertad de circulación (artículos 48 a 58 del Tratado de Roma) y la prohibición de discriminación en relación con la nacionalidad y el sexo en las relaciones laborales (artículos 119 y 120 del Tratado de Roma), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por último, ha consolidado el papel de los derechos y las libertades en la Comunidad.⁸⁹

5.3. *Los derechos y las libertades en el Acta Única, en el Tratado de Maastricht y en el Tratado de Ámsterdam*

Los Tratados constitutivos han sido modificados por el Acta Única Europea, por el Tratado de la Unión Europea y por el Tratado de Ámsterdam.

El Acta Única (AU),⁹⁰ que es la primera revisión fundamental de los Tratados constitutivos, se compromete a la defensa de los derechos y las libertades a través del reconocimiento contenido en las constituciones de los Estados miembros, en el Convenio de Roma y en la Carta Social Europea.⁹¹ El Acta fijaba como objetivo la consecución de un espacio único, con libre circulación de personas, mercancías y capitales, lo cual afectaba necesariamente a los derechos y las libertades de los ciudadanos comunitarios (libertad de residen-

⁸⁹ E. Pérez Vera, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, en *op. cit.*, p. 460. Sobre el Tribunal de Justicia puede consultarse, en esta misma obra: M. V. García-Atance, “El Tribunal de Justicia y el Defensor del Pueblo en la Unión Europea”.

⁹⁰ El Acta Única Europea fue firmada en Luxemburgo y La Haya los días 17 y 28 de febrero de 1986 (entró en vigor el 1 de enero de 1987) y se incorpora a los Tratados constitutivos de la Comunidad.

⁹¹ El Preámbulo del Acta Única proclama el compromiso de promover “la democracia basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, especialmente la libertad, la igualdad y la justicia social”.

cia, de establecimiento, de prestación de servicios, publicidad, protección de datos personales...). La consolidación de este espacio único llevó a la adopción de dos Convenios intergubernamentales: el relativo al tratamiento por un solo Estado miembro de las solicitudes de asilo (Dublín, 1990) y el que crea un espacio sin fronteras entre ocho Estados miembros (Schengen, 1990).⁹²

El Tratado de la Unión Europea (TUE)⁹³ representa, finalmente, un salto cualitativo en materia de derechos y libertades; recoge muchos de los principios de cooperación y desarrollo que había sostenido el proyecto europeo desde su creación, así como normas concretas relativas a derechos y libertades,⁹⁴ aunque fue especialmente significativo, como ha señalado un importante sector de la doctrina, el contenido del artículo F, apartados 1 y 2, del título I (Disposiciones comunes),⁹⁵ que incorporó los que pueden ser considerados como principios ordenadores de la *Unión*: a) el principio de identidad nacional; b) el principio de democracia, y c) el principio de respeto y garantía de los derechos y libertades.⁹⁶

⁹² C. Duparc, *La Comunidad Europea y los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 15.

⁹³ Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) se firmó en esa ciudad el 7 de febrero de 1992 (entró en vigor el 1 de noviembre de 1993). Recordemos que el artículo R, apartado 2, del Tratado, establecía que entraría en vigor el 1 de enero de 1993 a condición de que hubiera sido ratificado por todos los Estados miembros; en caso contrario, entraría en vigor el primer día del mes siguiente a que se hubiera completado este requisito. Como es conocido, la ratificación del Tratado de la Unión Europea ha estado rodeado de dificultades en diversos países, como ha sido la necesidad de dos referendos en Dinamarca, el primero en 1992, que fue negativo, y el segundo en 1993, que fue positivo, o la necesidad de que Tribunales constitucionales se pronunciaran sobre la compatibilidad del Tratado con las respectivas constituciones nacionales, como en el caso de Alemania o de España, en la que el Tribunal Constitucional dictaminó la incompatibilidad del artículo 13 de la Constitución con el artículo 8 del Tratado, disuadiendo a los poderes públicos de llevar a cabo la, hasta ahora, única reforma de nuestra Constitución.

⁹⁴ P. Biglino Campos, "Ciudadanía europea y legitimidad democrática", en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 9, enero-abril de 1995, p. 4.

⁹⁵ El artículo F decía: "1. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".

⁹⁶ La consolidación de la democracia, del Estado de Derecho y el respeto a los derechos y las libertades es objetivo de la Unión, tal y como también se señala en el artículo J.1.2 del Tratado.

Sin embargo, como señala E. Pérez Vera,⁹⁷ para determinar la eficacia real del artículo F del Tratado había que tomar en consideración, a su vez, el artículo L del título VII —Disposiciones finales— del mismo texto, que excluía la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades para determinadas disposiciones del Tratado, entre las que se encontraba el reiterado artículo F;⁹⁸ como después diremos, esta situación ha sido corregida por el Tratado de Ámsterdam en lo que afecta al apartado 2 del artículo F del TUE.

El Tratado de la Unión se enfrentaba, evidentemente, a un arduo problema, pues la progresiva integración económica no había tenido su paralelo en la consiguiente integración política y estaba pendiente la adopción de una solución definitiva respecto a los derechos y libertades. Las instituciones comunitarias y la doctrina se decantaron por dos distintas soluciones: la adhesión formal de la Comunidad al Convenio de Roma o la adopción de una declaración propia de derechos.⁹⁹

La solución adoptada por el *Tratado de Maastricht* no fue, como sabemos, la adopción de un catálogo expreso de derechos y libertades, aunque tampoco consagró una adhesión formal y solemne al *Convenio de Roma*, pero, como afirma E. Pérez Vera, al expresar, en el artículo F.2, que la Unión Europea debía respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el *Convenio de Roma*, se produjo la “recepción o incorporación por referencia de la parte normativa del Convenio al derecho originario europeo, constitucionalizando

⁹⁷ E. Pérez Vera, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, en *op. cit.*, p. 462.

⁹⁸ El artículo L del título VII (Disposiciones finales) dice textualmente: “Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica relativa a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente Tratado:

a) Disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea a fin de establecer la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

b) Tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3.

c) Artículos L a S”.

⁹⁹ E. Pérez Vera, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, en *op. cit.*, p. 473.

su contenido en el plano comunitario” aun sin la garantía judicial.¹⁰⁰ Siendo ésta la parte más importante no es, sin embargo, el contenido único en materia de derecho y libertades en el ordenamiento comunitario del *Tratado de la Unión*. Efectivamente, y a modo de conclusión, diríamos que tal contenido estaba representado por:

- a) La incorporación, por remisión, en los términos antes señalados del Convenio de Roma.
- b) Los derechos fundamentales, tal y como se derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.
- c) Los resultantes de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con base en los dos apartados anteriores.

No hay que olvidar, por último, la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia que, durante el tiempo de vigencia del TUE, ha interpretado estos textos adaptando en algún sentido, como señala E. Pérez Vera,¹⁰¹ la protección de los derechos y las libertades a las peculiaridades que se deriven del desenvolvimiento específico de la Unión Europea.

5.4. Las nuevas aportaciones del Tratado de Ámsterdam

Como hemos dicho anteriormente, el TUE había dado un paso, aunque tímido, en favor de la cada vez más nítida incorporación de determinados derechos y libertades a la Unión; así sucedió con la ciudadanía europea (artículo 8.1, título II), reconociéndose a los ciudadanos de la Unión libertades como la de circulación y residencia (artículo 8A, título II) y el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales de todos los Estados miembros (artículo 8B, título II).

El 2 de octubre de 1997 fue firmado en Ámsterdam el *Tratado* por el que se Modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y Determinados Actos Conexos. Las aportaciones del nuevo *Tratado de Ámsterdam* se manifiestan en torno a la consolidación del estatus

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ *Idem.*

de ciudadano y especialmente en el reconocimiento de los derechos y las libertades y sus garantías con una vinculación absolutamente novedosa en la organización de la Unión Europea. Así, el artículo F.1, del título I —Disposiciones comunes— del TUE, reproducido anteriormente y que aludía al principio de nacionalidad¹⁰² ha sido sustituido por el siguiente texto: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

Se mantiene el apartado 2 del citado artículo F con la redacción que ya figura en el TUE y que declaraba el respeto de la Unión hacia los derechos fundamentales, tal y como se garantizan tanto en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario.

La declaración del apartado primero en favor de la democracia y la libertad, tal y como han quedado redactados en el TA, permiten, sin duda, una interpretación mucho más exigente del párrafo segundo de este mismo artículo F. El Tratado, además, ha modificado igualmente el artículo L, del título VII del TUE, al que aludimos anteriormente y que en aquella redacción excluía a dicho artículo F de la competencia del Tribunal de Justicia. La nueva redacción del artículo L, por el contrario, incluye en el ámbito competencial del Tribunal de Justicia el apartado 2 de dicho precepto.¹⁰³

¹⁰² El principio de nacionalidad ha recibido nueva redacción y ha pasado a ser el apartado 3 del artículo F: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”, mientras que el apartado 3 del TUE (“La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas”) pasa a ser el apartado 4.

¹⁰³ La nueva redacción del artículo L d) del TUE dice: “Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente Tratado:

”[...]

”d) Apartado 2 del artículo F con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado”.

Por otro lado, el *TA* profundiza también en el reconocimiento de los derechos sociales, para lo cual se da nueva redacción al artículo 117 que actualmente dispone:

La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

La Comunidad asume como objetivo propio la promoción de los derechos sociales volviendo, como en otras ocasiones, a buscar las referencias en los trabajos del Consejo de Europa y en sus propios precedentes. El compromiso es, sin embargo, tenue, como se desprende del párrafo segundo de este mismo artículo, que dispone que: “A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad”.

Pero así se ha ido construyendo el armazón que sostiene el sistema de derechos en la comunidad y, al fin, no deja de significar una preocupación por nivelar las condiciones de los ciudadanos de la Unión. El párrafo tercero, por último, declara la necesidad de la concurrencia de la política comunitaria con la de los Estados nacionales, al considerar que los objetivos se lograrán mediante el propio funcionamiento del mercado común, de los procedimientos previstos en el propio Tratado y de la aproximación de la legislación de los Estados.¹⁰⁴

Para obtener los fines descritos en el artículo 117, tal y como se recoge en el *TA*, la Comunidad se compromete a apoyar y completar la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos (artículo 118):

¹⁰⁴ El párrafo 3 del artículo 117, según la redacción que ha recibido en el Tratado de Ámsterdam, establece: “Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.

- La mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.
- Las condiciones de trabajo.
- La información y la consulta a los trabajadores.
- La integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 127.
- La igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades del mercado laboral y al trato en el trabajo.

La referencia a la igualdad de oportunidades en el trabajo entre hombres y mujeres se completa en el *Tratado de Ámsterdam* por la redacción dada al artículo 119, cuyo apartado 1 establece: “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. La preocupación por la aplicación del principio de igualdad se hace patente en el apartado 2 de este mismo artículo 119, en el que se explicitan los conceptos de *retribución* y de *igualdad de retribución* con la siguiente redacción:

Se entiende por retribución, al tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) Que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida.
- b) Que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

El Consejo queda facultado, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, para adoptar las medidas necesarias que garanticen la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en lo relativo al empleo (artículo 119.3).

Con todo, quizá sea la redacción dada al apartado 4 del artículo 119 que comentamos el que posea mayor potencial para implantar una igualdad real entre los hombres y las mujeres, ya que en él se incorpora la cláusula habilitadora

para la aplicación o mantenimiento por los Estados nacionales de medidas de *acción positiva*. Dicho apartado establece:

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Hasta la reforma operada con ocasión de la aprobación del *Tratado de Ámsterdam*, las referencias a las igualdad, en concreto a la igualdad salarial, eran las contenidas en el artículo 119 originario, que, sin embargo, ha permitido un cierto desarrollo de dicho principio a través de normas de derecho derivado que, en ocasiones, han interpretado extensivamente la igualdad, tal y como era contemplada inicialmente en el mencionado artículo 119. La nueva redacción dada a este principio en el *Tratado de Ámsterdam* supone una nueva y más significativa posición del principio de igualdad en el marco de la Unión Europea.

La Unión Europea camina, lenta pero inexorablemente, hacia una situación en la que los derechos serán cada vez mayores y más importantes protagonistas de la vida de la Unión; muestra de ello es la proclamación, en diciembre de 2000, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es objeto de estudio en otro trabajo incluido en esta misma obra, al que nos remitimos.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ver en este mismo volumen, T. Freixes Sanjuán: “Integración europea y derechos fundamentales”.

INTEGRACIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Teresa Freixes Sanjuán,
Catedrática de Derecho constitucional
Presidenta del Instituto Europeo de Derecho

SUMARIO: 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS COMUNITARIOS. 1.1. EN EL TRATADO PARA LA UNIÓN EUROPEA. 1.2. EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 2. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.1. LA ELABORACIÓN DE LA CARTA. 2.2. EL CONTENIDO DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.3. EL VALOR JURÍDICO DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.4. LA CARTA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: LA CONFIGURACIÓN INICIAL DE LOS DERECHOS DE LA CARTA COMO PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO COMUNITARIO. 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CARTA COMO PRIMER PASO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA.

En diciembre de 2000, en la Cumbre europea de Niza, se proclamó la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Esta Carta ha constituido un importante paso adelante en el proceso de integración europea, sistematizando un catálogo de derechos fundamentales como símbolo de identidad de una Europa que no quiere ser sólo un mercado común, sino un espacio de ciudadanía en el que los derechos fundamentales gocen del estatus jurídico y del nivel de protección propios de los sistemas que hoy día reclaman de criterios de legitimidad y de democracia.

Sin embargo, la Carta no es la primera regulación de derechos fundamentales habida en el seno de la Unión. Ya los tratados fundacionales, aunque de ámbito y con finalidades esencialmente económicas, reconocieron algunas libertades y, con el Acta Única Europea, el Tratado de Maastrich y el de Ámsterdam se incluyeron numerosos derechos en los tratados comunitarios, con toda la fuerza que su condición de derechos de los tratados les proporcionaba.

De ahí que, en la Unión Europea, el sistema de derechos fundamentales se conforme, por una parte, a partir de los derechos que ya se encuentran reconocidos en los tratados, bajo la protección del Tribunal de Justicia y, por otra parte, desde la cumbre de Niza, con los derechos de la Carta de los Derechos Fundamentales. No obstante, la Carta, como veremos, únicamente ha sido proclamada, sin que se le haya dotado de fuerza vinculante inmediata y directa, originándose así ciertos problemas en su aplicación.

Así, en el contexto de este trabajo, examinaremos, en primer lugar, la regulación de derechos fundamentales en los tratados comunitarios, para luego pasar al análisis de la Carta de los Derechos Fundamentales.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS COMUNITARIOS

Los actuales Tratados comunitarios contienen ya un verdadero cuerpo jurídico de derechos fundamentales, pese a su asistematicidad y distinta función jurídica.¹ En efecto, tanto en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), como en Tratado sobre la Unión Europea (TUE), después de las modificaciones que se han realizado mediante los Tratados de Ámsterdam y Niza, contienen regulaciones de derechos fundamentales.

¹ Hay que señalar, de entrada, que el hecho de que en los tratados, al contenerse tanto la regulación de las instituciones comunitarias y sus funciones, como el reconocimiento y garantía de determinados derechos fundamentales, aunque éstos estén desperdigados a lo largo de los tratados, ha conducido a la afirmación de que, en realidad, los tratados comunitarios, constituyen materialmente un cuerpo constitucional, como si fueran la “Constitución” europea. Algunos autores, sin embargo, han evidenciado la paradoja contraria, es decir, niegan tal carácter, argumentando que para ello los tratados tendrían que comprender un catálogo organizado de derechos. Véase L. M. Díez-Picazo Giménez, “¿Una Constitución sin declaración de derechos?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991. Nosotros hemos negado la condición de “constitucionales” a los tratados, por no responder a los criterios básicos con que deben cumplir, tanto desde el punto de vista formal como material, las normas con valor constitucional. Véase T. Freixes y J. C. Remotti, *El futuro de Europa: Constitución y derechos fundamentales*. En prensa, Valencia, 2002. De los mismos autores y con el mismo título puede consultarse el trabajo publicado en la página web oficial de la Unión Europea, “El futuro de Europa. Debate. Académicos”.

1.1. En el Tratado para la Unión Europea

Artículo 2, conteniendo los objetivos de la Unión. En este artículo es necesario destacar dos cuestiones: la primera acerca del mandato dirigido a reforzar la protección de los derechos e intereses legítimos de los nacionales de los Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía europea, mandato que se concreta con la instauración de los derechos de ciudadanía. La segunda versa sobre la obligación de mantenimiento integral y desarrollo del acervo comunitario, dentro del cual el respeto a los derechos fundamentales, las libertades económicas y la igualdad entre las mujeres y los hombres ocupan un importante lugar.

Artículos 6 y 7, que contienen las cláusulas generales sobre derechos fundamentales. El artículo 6 incorpora, en su primer párrafo, los principios del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, como principios comunes a los Estados miembros que conforman también la estructura jurídica de la Unión. Al mismo tiempo, en el segundo párrafo, reproduce el contenido del antiguo artículo F de Tratado de Maastrich, estableciendo la obligación de respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros² como principios generales del derecho comunitario, pero esta vez para hacer posible su invocación ante el Tribunal de Justicia.³ El artículo 7, por otra parte, introduce las garantías del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos, mediante el establecimiento de

² En este punto hay que destacar la función que puede cumplir el artículo 6.2 TUE en la conformación de un sistema europeo tripartito de derechos fundamentales, al remitir al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Véase, al respecto, T. Freixes y J. C. Remotti, *op. cit.*, especialmente el último capítulo, dedicado al sistema europeo de derechos.

³ En efecto, el párrafo 2 del artículo 6 está comprendido en las disposiciones que el artículo 46 TUE incluye dentro de las competencias del Tribunal de Justicia. Esta modificación se introdujo con el Tratado de Ámsterdam, pues, anteriormente, el artículo 6.2 TUE estaba excluido del control jurisdiccional directo, aunque el Tribunal de Justicia, mediante la técnica de los principios generales, efectuaba un verdadero control sobre los derechos fundamentales. Véase, al respecto, M. Pi Llorens, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Barcelona, Ariel, 1999. Más recientemente, A. Rodríguez, *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas, 2001, pp. 183-203.

un procedimiento sancionador, que puede derivar, incluso, en la prohibición del ejercicio del derecho de voto en las instituciones comunitarias por parte de los Estados miembros en los que se pudiera constatar la persistencia de una grave violación de tales principios.⁴

1.2. En el Tratado de la Comunidad Europea

Artículos 2 y 3 en relación con la igualdad entre las mujeres y los hombres como un derecho transversal a todo el orden jurídico y todas las políticas de la Comunidad. En el artículo 2 la igualdad es concebida como una de las misiones de la Comunidad. El artículo 3, por su parte, enumera las acciones que la Comunidad debe afrontar para conseguir sus finalidades (todas las políticas comunitarias) y dispone que en todas las actividades descritas en el texto del artículo la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.⁵

Artículo 13, sobre la prohibición de todas las clases de discriminación. En este artículo 13 se dispone que las instituciones comunitarias, en el ámbito de sus competencias, podrán adoptar las acciones que consideren adecuadas para luchar contra la discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, incapacidad, edad u orientación sexual.

Artículos 17 a 21, respecto de la ciudadanía de la Unión.⁶ El artículo 17 establece una ciudadanía de la Unión vinculada a la nacionalidad de cualquiera de

⁴ Es necesario recordar que se ha discutido ampliamente sobre la oportunidad de aplicar este procedimiento cuando en Austria la dimisión del gobierno de la coalición gobernante desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, fue seguida de la formación de un nuevo gobierno con el apoyo del grupo ultraliberal de Haider. La ausencia de violación persistente y constatada de derechos fundamentales declinó la utilización de tal posibilidad en este asunto.

⁵ Estos artículos constituyen actualmente el fundamento de las nuevas reglamentaciones comunitarias para promover la igualdad, así como de las sentencias del Tribunal de Justicia y de los programas comunitarios de igualdad de oportunidades, tanto en el terreno de la participación en la toma de decisión como respecto del trabajo profesional, las políticas de prevención de la violencia de género, la posición de la mujer en la investigación y la ciencia, la conciliación entre la vida profesional y familiar, etcétera.

⁶ Todos estos derechos ya fueron introducidos en el Tratado para la Unión Europea en la cumbre de Maastrich. Véase P. Biglino Campos, "Ciudadanía europea y legitimidad democrática"

los Estados miembros, mediante la cual se otorga a los ciudadanos europeos la cualidad de titulares de los derechos y obligaciones reconocidos por el tratado. El artículo 18 incorpora el derecho a la libre circulación y residencia como un derecho de ciudadanía, independiente del ejercicio de las libertades económicas previstas inicialmente en los tratados. El artículo 19 reconoce el derecho al sufragio activo y pasivo de todos los nacionales de los Estados miembros en las elecciones municipales en condiciones de igualdad con los nacionales de cada Estado. El artículo 20 concierne al derecho de los ciudadanos europeos a la protección diplomática y consular de cualquiera de los Estados de la Unión si el suyo propio no tiene representación en un país tercero en el que el ciudadano precisa protección. El artículo 21 regula el derecho de petición ante el Parlamento europeo y el acceso al Defensor del Pueblo europeo.

Artículos 39 a 55, comprendiendo las libertades constituyentes. Entre estos artículos se encuentran las libertades económicas que, desde el inicio del proceso de integración, cimentaron el mercado común, es decir, la libertad de circulación de personas, mercancías y capitales y el derecho de establecimiento, sin discriminación por razón de origen nacional.

Artículos 61 a 69, sobre el derecho de asilo, el derecho a la seguridad y las políticas migratorias. Bajo el rótulo “Visados, asilo, inmigración y otras políticas acerca de la libre circulación de los individuos”, el Tratado de Ámsterdam incorpora el acervo de los Acuerdos de Schengen en el Tratado de la Comunidad Europea, incluyendo las políticas migratorias en relación con los derechos de nacionales de terceros países, así como las medidas de cooperación policial y judicial en materia civil y penal para garantizar el derecho a la seguridad. Es necesario subrayar al respecto que la mención explícita de la Convención de Ginebra y su Protocolo Adicional sobre el estatuto de los refugiados y desplazados para otorgar el asilo o la residencia temporal en estas situaciones.

Artículos 136 a 153, regulando los derechos económicos y sociales. Otro de los éxitos del Tratado de Ámsterdam fue la incorporación del Acuerdo sobre la política social y económica⁷ al Tratado para la Unión Europea. Esta anexión

tica”, en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 9, 1995. También J. M. Gil-Robles, dir., *Los derechos del europeo*. Madrid, Incipit, 1993.

⁷ A pesar de que no pudo ser inserto en el Tratado de Maastrich por la oposición del Reino Unido, el acuerdo sobre la política social y económica fue utilizado por el Tribunal de Justicia como elemento interpretativo. Así, para pronunciarse sobre la representatividad de los inter-

aumenta significativamente la regulación de derechos sociales y económicos que estaban presentes en los Tratados. Así, cabe señalar la inclusión del objetivo de un alto nivel de empleo (artículo 127), la mención de la Carta Social Europea y de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores como fuente de derechos (artículo 136), las regulaciones sobre la mejora de las condiciones de trabajo (comprendiendo la igualdad entre las mujeres y los hombres al respecto), la seguridad social, la protección en los supuestos de rescisión del contrato de trabajo, la representación y la defensa de los derechos de los trabajadores a través de la negociación colectiva y la acción sindical (artículo 137 en relación con el artículo 140).⁸ Del artículo 141, el antiguo artículo 119 sobre la igualdad salarial,⁹ se había derivado una importante legislación derivada y jurisprudencia sobre la promoción de la igualdad de oportunidades y la igualdad entre las mujeres y los hombres, logros que se elevaron de rango al ser incorporados, mediante el Tratado de Ámsterdam, por

locutores sociales (T-136/96), la salvaguardia de los intereses de las pequeñas y medianas empresas (T-136/96) y sobre la organización del tiempo del trabajo (T-89/94). Tal como veremos posteriormente, esta opción del Tribunal constituye un precedente de la posición que éste está adoptando en estos momentos sobre la función interpretativa de la Carta de los Derechos Fundamentales.

⁸ La política social, en la que se incluyen la mayor parte de los derechos relacionados con el trabajo, ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal de Justicia. Para dar algunos ejemplos señalaremos todo lo que se vincula con el trabajo a tiempo parcial (C-33/89); C-246/96) y su repercusión en los salarios y la cotización y cobertura de la seguridad social (C-435/83; C-200/91), la continuidad en el empleo en el caso de sucesión de empresas (C-319/94) o la política salarial (C-33/97).

⁹ Una de las normas de derecho derivado en relación con este artículo 119 TCE, la Directiva 76/207/CEE (hoy día en proceso de reforma para adaptarla a las necesidades actuales) ha originado una amplia doctrina del Tribunal de Justicia. Se pueden destacar especialmente el ámbito de la igualdad entre las mujeres y los hombres en el acceso al empleo, la reversión de la carga de la prueba cuando se alega discriminación por razón de sexo, el concepto de discriminación indirecta, la interpretación de la cláusula de igual trabajo comprendiendo el trabajo de igual valor, o la no discriminación de los transexuales. La interpretación del Tribunal de Justicia respecto de las directivas de protección de la maternidad, comprendiendo la prohibición de despido en caso de embarazo y la no consideración del embarazo como enfermedad, han sido también muy importantes para la interpretación de la igualdad de oportunidades. Véase al respecto, T. Freixes, “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”. En T. Freixes, coord., *Mujer y Constitución en España*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

medio de la inclusión de la igualdad salarial por un trabajo de igual valor y la garantía para que las acciones positivas para promover la igualdad de oportunidades favoreciendo al sexo menos representado en las actividades profesionales no sean declaradas contrarias al derecho comunitario.¹⁰ También se puede mencionar la inclusión de la educación, la formación profesional y las medidas concerniendo a la juventud de los artículos 149 y 150, el derecho a la cultura

¹⁰ La cuestión de las acciones positivas ha constituido el asunto más conocido del debate sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad, concretamente para determinar si el derecho comunitario permite que no se aplique el principio de igualdad de trato cuando, para conseguir la igualdad real, se otorguen ventajas determinadas sobre el sexo menos representado con la finalidad de obtener una representación más equilibrada entre las mujeres y los hombres en todos los niveles profesionales. La polémica surgió alrededor de los Asuntos Kalanke y Marshall, a causa de la diferente apreciación que el tribunal había realizado en estos asuntos, pese a que los criterios de interpretación general utilizados por el tribunal eran los mismos en ambos casos. En efecto, con anterioridad, el Tribunal de Justicia había consolidado ya una cierta doctrina sobre el principio de igualdad de oportunidades a partir de los argumentos siguientes:

a) El principio general es el de la igualdad de trato, principio que, por su propia naturaleza, no puede tener un carácter absoluto y, en consecuencia, puede admitir excepcionalmente la existencia del trato diferenciado, siempre que ello se justifique con criterios de objetividad y proporcionalidad.

b) Las excepciones al principio de igualdad de trato, como excepciones a la regla general, no pueden ser interpretados en forma extensiva, sino que han de serlo en forma estricta.

Constatada esta doctrina, cada vez que el tribunal ha aplicado estos criterios interpretativos sobre las acciones positivas (incluso en el asunto Kalanke), lo ha hecho considerando que estas medidas constituyen una excepción al principio de igualdad de trato que, subsiguientemente, deben estar justificadas con criterios de objetividad y proporcionalidad y que deben ser aplicadas estrictamente al caso concreto. En el Asunto Marshall se consolidó la interpretación favorable a tales medidas, pero, ante la ausencia de referencia explícita en los tratados, y para evitar una jurisprudencia oscilante, en el Tratado de Ámsterdam se incorporaron las previsiones del actual artículo 141.4 TCE. Se puede ver el anteproyecto redactado por T. Freixes, "Projet de reforme du Traité de l'Union Européenne en matière de Droits fondamentaux, égalité entre femmes et hommes, citoyenneté et droits économiques et sociaux", en *Quaders de Treball*, núm. 5. Barcelona, 1995. Una vez en vigor el Tratado de Ámsterdam, el artículo 141.4 TCE ha sido aplicado varias veces por el Tribunal de Justicia. Se puede señalar la reafirmación de la doctrina Marshall en el *Affaire Badek et Autres (Université de Düsseldorf)*, C.158/97, de 28 de marzo de 2000. Más recientemente, dans l'*Affaire Université de Göteborg*, C-407/98, de 6 de julio de 2000, el tribunal rechaza las acciones positivas de promoción profesional sobre el sexo menos representado si los currículums profesionales no son substancial y comprobadamente iguales, reafirmando la validez de estas acciones en los supuestos de igualdad verificada.

en el artículo 151, el derecho a la salud en el artículo 152, la protección de los consumidores y usuarios en el artículo 153.

Artículos 163 a 173, sobre la investigación y el desarrollo tecnológico, comprendiendo la promoción de estas actividades tanto a nivel comunitario como en los centros de investigación y las empresas.

Artículos 174 a 176, respecto del medio ambiente. Estas políticas deben tener como objetivo la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de los individuos y el uso prudente y racional de los recursos naturales.

Artículos 177 a 181, sobre la cooperación al desarrollo. En este punto hay que remarcar las disposiciones del artículo 177.2, donde se subordina tal actividad a la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Artículo 190, comprendiendo el mandato para el procedimiento electoral basado en principios comunes para la elección de los miembros del Parlamento europeo. Este artículo establece que el Parlamento europeo debe elaborar un proyecto, que será adoptado por el Consejo por unanimidad, para elegir a sus miembros mediante un procedimiento electoral uniforme o basado en principios comunes. Una vez que este procedimiento esté acordado, los Estados miembros tendrán que modificar sus leyes electorales para adaptarlas a la nueva reglamentación comunitaria.¹¹

¹¹ El propio Parlamento europeo ha emitido ya un informe en el que describe el sufragio universal directo y secreto, el sistema electoral proporcional, la posibilidad de una o varias circunscripciones electorales y de voto preferencial, la representación equilibrada de hombres y mujeres, una barrera electoral baja, el establecimiento de incompatibilidades más severas y la limitación de mandatos como principios básicos del nuevo sistema electoral. G. Anastassopoulos, *Informe sur l'élaboration d'un projet de procédure électorale basée en principes communes pour l'élection des députés au Parlement européen, de 2 juillet 1998*. Parlement européen. Commission des Affaires Constitutionnelles (A4-0212/98).

En el marco del IV Programa de Acción Comunitario para la Igualdad de Oportunidades se acaba de presentar una propuesta para incorporar el principio de la democracia paritaria o representación equilibrada entre las mujeres y los hombres al procedimiento electoral basado en principios comunes. T. Freixes, M. S. Amaral, A. Brown, M. Leijennar y P. Locatelli, *Parity Democracy in the European Parliament. Recommendation Proposal*. Madrid, CELEM-Commission Européenne (DG V), 2001.

Por otra parte, también hay que indicar que la redacción del Reglamento de los Partidos Políticos Europeos está bastante avanzada. Se trata de la creación de verdaderos partidos euro-

Artículo 194, sobre el derecho de petición ante el Parlamento europeo. Este artículo, proveniente del Tratado de Maastrich, dispone en forma expresa que todo ciudadano o persona física o jurídica residente o con su domicilio social en un estado miembro, tendrá derecho a presentar, de manera individual, colectiva o en asociación con otras personas, una petición sobre cualquier acción comunitaria que le concierna directamente.¹²

Artículos 207 y 225, regulando el acceso a los documentos de las instituciones comunitarias y la transparencia en la toma de decisión en el seno de la Unión. Ciertamente, la Unión Europea no se ha distinguido singularmente por la transparencia, ni en la toma de decisión ni en la ejecución de las políticas comunitarias. El clamor que contra ello se ha elevado desde distintos ámbitos ha conducido que ya el Grupo de Reflexión que preparó el Tratado de Ámsterdam hubiera advertido en su informe acerca de la necesidad de aumentar los instrumentos para favorecer el conocimiento real del proceso de integración europea por parte de la ciudadanía.¹³ A pesar de que no podemos afirmar que se hayan colmado las expectativas generadas, el Tratado de Ámsterdam también ha otorgado a los ciudadanos el derecho de acceso a los documentos adoptados por los órganos y las instituciones comunitarias.¹⁴

Podemos, pues, constatar que los derechos fundamentales, bajo diferentes estructuras jurídicas y distintos niveles de protección, han estado presentes, aunque con desigual intensidad, a lo largo de prácticamente todo el proceso de integración europea, desde el Tratado de la Comunidad Europea hasta la recientemente proclamada Carta de los Derechos Fundamentales. Con timidez en un primer momento, y con todos los efectos de su inclusión en los tratados des-

peos a los que se podrá reservar un porcentaje de los escaños al Parlamento europeo, que serán cubiertos mediante la presentación de listas transnacionales. Ver el trabajo de Th. Jansen, "Pan-European Political Parties". *European Essay* núm. 14, 2001.

¹² En desarrollo de este artículo se ha creado la Comisión de Peticiones en el Parlamento Europeo. Desde esta Comisión se canalizan las peticiones recibidas a los órganos competentes a fin de que se comuniquen las respuestas pertinentes a los autores de las peticiones.

¹³ Recientemente, el Eurobarómetro de octubre de 2001 ha constatado que sólo 21% de los ciudadanos cree tener un buen o muy buen conocimiento sobre la Unión Europea. Commission Européenne. *Eurobaromètre. L'opinion publique dans l'Union Européenne. Rapport Numéro 55*, octubre, 2001, p. 70.

¹⁴ Examinaremos los problemas todavía existentes al respecto cuando abordemos, más adelante, el asunto Hautala contra el Consejo, pendiente de sentencia del Tribunal de Justicia.

pués, los derechos fundamentales constituyen un elemento identificador de la Europa que se está construyendo.

2. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. *La elaboración de la Carta*

En la cumbre de Colonia, en 1999, se aprobó (Anexo IV de las Conclusiones de la Presidencia) que “La evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta que pueda poner en evidencia ante los ciudadanos de la Unión la extraordinaria importancia de los derechos fundamentales y de su protección”. Además, se sentaron los criterios básicos de la futura Carta. Vamos a subrayarlos, pues representan un precedente muy importante de cara a la decisión tomada en Laeken, en diciembre de 2001, para organizar de nuevo otra Convención que prepare el debate sobre el futuro de Europa y, eventualmente, la futura Constitución europea:

- Derechos a integrar: Como derechos a integrar en la Carta se mencionan los de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como son reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros; los derechos básicos pertenecientes únicamente a los ciudadanos de la Unión, y los derechos sociales de la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.
- Órgano de redacción: para redactar el proyecto de la Carta se estimó que es necesario organizar un órgano que comprenda los delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno y del Presidente de la Comisión Europea, así como miembros del Parlamento europeo y de los parlamentos nacionales. Se sugiere que también puedan integrarse observadores representando al Tribunal de Justicia, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, así como que también puedan participar las organizaciones sociales y expertos.
- Calendario: sobre la duración de la elaboración de la Carta se indicó que el órgano encargado de la elaboración del proyecto tenía que terminarla para el Consejo Europeo de diciembre de 2000 (es decir, para Niza, tal

como ha tenido lugar). Además, se acordó que este Consejo debería proponer al Parlamento y a la Comisión la proclamación solemne de la Carta, pues su inclusión en los tratados tendría que esperar una mejor ocasión. Dos meses más tarde, en el Consejo europeo de Tampere,¹⁵ se concretó con precisión la composición de este órgano encargado de la redacción de la Carta, así como el método de trabajo. Se puede constatar fácilmente que este procedimiento constituye también un precedente muy importante en relación con la futura constitucionalización de Europa.

¿Cómo ha sido elaborada la Carta? Conformemente al procedimiento determinado en el Consejo europeo de Tampere:

- El Parlamento europeo designó 16 representantes de entre sus miembros, teniendo en cuenta la composición política de la cámara.
- Los parlamentos de los Estados miembros de la Unión designaron dos representantes cada uno (pudiendo ser uno de cada cámara en la lógica del bicameralismo o, en los sistemas unicamerales, representando a la mayoría y a la oposición) con un total de 30 representantes.
- Los gobiernos nombraron, cada uno, un representante, para conformar un total de 15 delegados gubernamentales.
- Otros miembros fueron nombrados por las otras instituciones y órganos de la Unión: dos representantes de la Comisión europea, dos del Tribunal de Justicia, cuatro del Comité Económico y Social, tres del Comité de las Regiones y, además, el Defensor del Pueblo Europeo.
- El Consejo de Europa envió dos representantes.

Estamos, pues, en presencia de un órgano que, en la primera reunión¹⁶ acordó denominarse “la Convención”, quizá para rememorar aquella otra que, a finales del siglo XVIII, alumbró la Constitución Federal de los Estados Unidos de América. Además, la Convención decidió trabajar “como si” la Carta se tuviera que incorporar a los Tratados.¹⁷

¹⁵ *Conclusions de la Présidence, Conseil Européen de Tampere*. 16 y 17 de octubre de 1999.

¹⁶ La primera reunión de la Convención tuvo lugar el 17 de diciembre de 1999.

¹⁷ De conformidad con las previsiones del Consejo de Colonia, la decisión respecto del valor jurídico de la Carta debería adoptarse en la cumbre de Niza, y la Convención, por consiguiente

Esta decisión ¿puede ser considerada como un precedente para la Convención que tendrá que conducir el debate sobre el futuro de Europa? ¿Es imaginable una Convención trabajando “como si” tuviera que aprobar una Constitución para Europa? Si esta imagen es posible, y veremos más adelante que estamos en esa dirección, es necesario profundizar un poco más en la composición de la Convención que elaboró la Carta.

La Convención se compuso por 62 miembros titulares, con voz y voto a todos los efectos, pero varias de las instituciones comunitarias también nombraron suplentes, de tal modo que, en total, este órgano convencional contó con la presencia de 119 miembros individuales.

Ciertamente el “método Convención” ha constituido un gran paso adelante, desde la perspectiva de la participación ciudadana y la legitimidad democrática en la toma de decisión, por contraste con lo que hasta entonces había constituido el método ordinario, mediante la Conferencia Intergubernamental. Hasta ese momento, la CIG, donde los Jefes de Estado y de Gobierno, con la ayuda de los comités de expertos, era el único órgano habilitado para decidir. Desde esta perspectiva, la integración de los representantes europeos y los de los estados miembros, de los diputados elegidos y de los miembros nombrados por las instituciones, con la introducción de la consulta de las organizaciones y los grupos, traza una estrategia innovadora en la toma de decisión que es necesario saludar y aplaudir, porque al ampliar el espectro integrador de los participantes en la toma de decisión se aumenta el grado de legitimación de lo que se decide.

Sin embargo, es necesario realizar algunas observaciones acerca de los criterios con los que se ha formado la Convención, pues, como ha sido constatado en diversas ocasiones, estamos frente a un importante precedente, que sería deseable mejorar, con el fin de obtener una mejor integración de los múltiples intereses en presencia y de aumentar la calidad democrática de la toma de decisión.

Así, por una parte, se constata que en la Convención de la Carta ha existido una correlación de fuerzas fuertemente decantada hacia los intereses de los Estados miembros en detrimento de la dinámica europea. En efecto, estamos frente a 15 representantes gubernamentales directamente designados por los Jefes

te, no podría decidir nada al respecto. Sin embargo, la Convención decidió que trabajaría “como si” la Carta tuviera que tener fuerza jurídica vinculante e incorporarse a los tratados.

de Estado y de Gobierno y 30 representantes de los parlamentos nacionales. En total, 45 miembros de la Convención, más de la mitad de los miembros de pleno derecho, han representado a órganos nacionales poco habituados a la dinámica comunitaria. El propio Parlamento Europeo, al hacer el balance del “método Convención”, ha reconocido que con la composición de este órgano se ha dado un gran paso hacia atrás en el proceso de toma de decisión comunitario, ya que al consolidar una tan amplia representación de los intereses internos en órganos comunitarios, con la integración directa de los parlamentos nacionales en la toma de decisión, estamos volviendo a la antigua situación de la Asamblea de Parlamentarios, compuesta por delegados de los parlamentos nacionales, que tenía su lógica cuando tal Asamblea sólo podía tener funciones consultivas pero que, al volver otra vez a poner en escena un órgano de este género, podríamos llegar a subvertir lo que debe ser esencial en este difícil proceso de democratización de la Unión: son los elegidos, es decir, los miembros del Parlamento europeo, quienes, precisamente por razón de su representatividad directa y su consiguiente mayor grado de legitimidad democrática, deben detentar un mayor peso en la toma de decisión comunitaria.¹⁸

La otra cuestión sobre la que se debe realizar una llamada de atención es el hecho de que la Convención se haya formado con total desconocimiento de uno de los principios más significativos del derecho comunitario, que se ha consolidado a lo largo de las últimas décadas y que consiste en la representación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión. Además, los tratados comunitarios exigen que la igualdad entre las mujeres y los hombres esté presente en todas las políticas comunitarias, ya sea como una de sus fina-

¹⁸ Ver *Document de Travail sur le Traité de Nice et l'avenir de l'Union Européenne*. Commission des Affaires Constitutionnelles. Parlement Européen. Rapporteurs: Íñigo Méndez de Vigo et António José Seguro, 27 de febrero de 2001 (DT\429204FR.doc), p. 25. Textualmente el documento afirma: “L’implication des parlements nationaux a un relent de naphtaline; historiquement, les députés nationaux composaient l’Assemblée parlementaire des Communautés; ce n’est qu’à partir de 1979 que le Parlement européen a été élu au suffrage universel. Cette évolution répond tant au principe de légitimité démocratique qu’au passage de notre institution de fonctions purement consultatives à un Parlement codécideur. Postuler aujourd’hui l’insertion des parlements nationaux dans ce processus suppose non seulement un retour en arrière, mais, ce qui est plus important, l’altération de l’équilibre institutionnel entre la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil et pose en outre de nombreuses questions qui nécessiteront un débat approfondi”.

lidades, ya sea como método para conseguir las (artículos 2 y 3 del Tratado de la Comunidad Europea tras la reforma de Ámsterdam).¹⁹

En efecto, si observamos la lista de los componentes de la Convención, nos encontramos con que sólo hubo 10 mujeres como miembros titulares (cinco por el Parlamento europeo,²⁰ cuatro por los parlamentos de Finlandia, Luxemburgo, Dinamarca y Portugal, y la última por el Comité de las Regiones). De las 14 mujeres suplentes seis pertenecían al Parlamento europeo, tres al Parlamento francés y el resto a los parlamentos de Finlandia, el Reino Unido, Dinamarca, Italia e Irlanda.²¹ De este modo, las mujeres, entre miembros titulares y suplentes, no han significado ni 20% de este órgano (entre los 119 miembros totales se puede contabilizar únicamente a 24 mujeres).

Estamos, pues, en presencia de la paradoja de pretender configurar una convención plural y representativa desde los territorios, desde las instituciones, desde las opciones políticas, desde casi todos los puntos de mira... excepto desde la perspectiva de género.

Para la realización de sus trabajos la Convención constituyó un “Presidium”, que fue el motor de su acción.²² Este “Comité de redacción” o “ponente colec-

¹⁹ A las disposiciones del Tratado CE que acabamos de recordar hay que añadir la *Recomendación del Consejo sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión* (Núm. 96/694, del 2 de diciembre de 1996), la *Resolución sobre la participación de las mujeres en la toma de decisión comunitaria* (A3-0035/94, del 11 de febrero de 1994) y lo que se acordó en la *Conferencia Europea de París* del 17 de abril de 1999, en la que los ministros responsables de las políticas de igualdad, conjuntamente con las instituciones europeas, se pusieron de acuerdo para impulsar los instrumentos necesarios para promover la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisión política, económica y social.

²⁰ Solamente en la representación del Parlamento europeo, hay que constatarlo, ha existido una cierta aproximación a los mandatos comunitarios sobre la representación equilibrada de las mujeres y los hombres.

²¹ La representación española no contó con ninguna mujer. Grecia, Bélgica, Alemania, Holanda, Austria y Suecia tampoco tuvieron representación femenina por parte “nacional”. ¿Es que estos países no contaban con ninguna parlamentaria experta en las materias objeto de la Carta o que pudiera ser nombrada por esta razón como representante gubernamental?

²² La Convención adoptó esta opción y estas denominaciones desde su Constitución. Todos los documentos que se produjeron en su ámbito pueden ser consultados en la página internet del Parlamento europeo. Concretamente, para la primera reunión se puede consultar el Acte de la première réunion de l'organe compétent pour l'élaboration d'un projet de charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (Bruselas, 17 de diciembre de 1999). CHARTE 4105/00. BODY 1.

tivo” estaba formado por un Presidente (Herzog), un Vicepresidente (Méndez de Vigo), un representante de los parlamentos nacionales (Jansson), un representante de la Comisión (Vitorino) y un representante de la Presidencia del Consejo (Bacelar), todos ellos elegidos por la propia Convención de entre sus miembros. Es este Comité el que preparó los textos para presentarlos a la Convención y ser discutidos en ella y, en su caso, aprobados.

Por otra parte, hay que constatar que, de conformidad con el mandato de transparencia acordado en el Consejo de Colonia, la Convención dio audiencia a varias Organizaciones No Gubernamentales y a grupos de ciudadanos organizados. Al mismo tiempo, se abrió una página electrónica en la que se fueron incorporando los textos sucesivamente elaborados por el Comité y la propia Convención, así como los informes o las opiniones de los órganos e instituciones comunitarios y las aportaciones y comentarios que cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, quiso enviar a la Convención.²³ Y

²³ Como símbolo de la pluralidad de aportaciones citaremos las siguientes: Plate-forme des ONG's du secteur social, Carrefour pour une Europe Civique et Social, Association des Femmes de l'Europe Méridionale, Unión Europea de los Promotores Constructores, Congrès des Pouvoirs Locales y Régionales de l'Europe, Confédération Européenne des Syndicats, Worlds Union of Catholic Women's Organizations, European Women's Lobby, Forum Permanent de la Société Civile, Secretariado General de Acción Exterior del Gobierno Vasco, Association pour le Développement de l'Économie et du Droit de l'Environnement, Union Internationale de la Propriété Immobilière, ATD-Quart Monde, Comité des Organisations Professionnelles Agricoles de l'Union Européenne, Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, Executive Committee of the Leuenberg Church Fellowship, République de Pologne, Turquie, Deutches Mennonitisches Friedenkomitee, Initiativ Liewensufank Asbl, Syndicats français, Sociedad General de Autores y Editores, Forum des Migrants de l'Union Européenne, Force Ouvrière, Confédération Française des Travailleurs Chrétiens, Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Confederación de Asociaciones de Vecinos Consumidores y Usuarios de España, European Broadcasting Union, Fédération Européenne des Association Nationales Travaillant avec les Sans-Abri, Association of German Public Service Broadcasting Corporations, Evangelischen Kirchs in Deutschland, Association Européenne des Editeurs de Journaux, Fédération Humaniste Européenne, World Conference on Religion & Peace, Conseil Central des Communautés Philosophiques non Confessionnelles, Eurocites, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs de l'Europe, Bureau Européen pour les Langues Moins Répandues, European Forum for Freedom in Education, Confédération Européenne des Syndicats Indépendants, International Forum Gastein, European Liaison Committee on Services of General Interest, Groupement Européen des Fédérations Intervenant dans l'Immobilier, Fédération des Associations Familiales Catho-

hay que añadir también que algunos de los miembros de Convención se incorporaron a un selectivo debate civil, abierto en determinados sectores sociales, y que participaron en seminarios, congresos, jornadas de trabajo, etcétera, mediante los cuales se realizaron también intercambios de opinión, e incluso de influencia directa, sobre la redacción final de determinadas cláusulas de la Carta.²⁴

La Convención llegó a un acuerdo definitivo sobre el contenido de la Carta el 26 de septiembre de 2000 y el 2 de octubre tuvo lugar la sesión solemne de adopción ante el Parlamento europeo. Tras el acuerdo del Parlamento, Guy Braibant, Gunnar Jansson, Íñigo Méndez de Vigo y Antonio Vitorino presentaron la Carta al Consejo para que éste decidiera sobre la misma. Vitorino y Méndez de Vigo se pronunciaron en favor de insertar la Carta en los Tratados. Braibant, por el contrario, se limitó a invitar a los líderes de los gobiernos europeos a “proclamar” la Carta.

Entre esa fecha y la de la proclamación de la Carta en la cumbre de Niza, varios líderes europeos se pronunciaron tanto acerca sobre la Carta como sobre su función en el proceso de constitucionalización de la Unión.²⁵ De hecho,

liques en Europe, Communautés Philosophiques non Confessionnelles de Belgique, Fédération Européenne des Retraités et Personnes Agées, Synode de l’Eglise Protestante en Allemagne y, en fin, la Organisation Européenne de la Propriété Rurale, presentaron sus posiciones, en audiencia pública o a través de la página de internet, con el fin de que la Convención pudiera conocer su opinión sobre la Carta de Derechos Fundamentales. Estas contribuciones pueden consultarse en la página electrónica siguiente: http://db.consilium.eu.int/DF/listall.asp?lang=fr&slang=fr&BTN_ALL=+++GO+++.

²⁴ Hemos calificado de “selectivo” el debate civil sobre la Carta porque, en efecto, a pesar del amplio interés que su elaboración suscitó en algunos sectores, el gran público permaneció ajeno en muchos de los Estados miembros. En España, concretamente, fueron muy pocos quienes conocieron la elaboración de la Carta y muchos menos los que, de una forma u otra, siguieron su proceso de elaboración.

²⁵ Antes de la cumbre de Niza varios políticos europeos se pronunciaron en favor de la constitucionalización de la Unión, a pesar de que no estaban todos de acuerdo ni en el método a utilizar para conseguirlo ni en los contenidos del futuro texto constitucional. Así, por ejemplo, el Ministro de Asuntos Exteriores de Alemania, Joschka Fischer, abogaba por una “federación europea” (12 de mayo de 2000); el Presidente de la República francesa, Jacques Chirac, por una reforma y una simplificación de los Tratados capaz de conducir a una consulta popular en torno a la primera constitución europea (28 de junio de 2000); el Presidente de la República italiana, Carlo Azeglio Ciampi, se manifestó en favor de una Constitución que comprendiera la Carta de los Derechos Fundamentales y la descripción de las competencias y las instituciones

no fue únicamente la oposición del Reino Unido, derivada de la amplitud con que los derechos sociales fueron reconocidos por la Convención, la razón de la no inserción de la Carta en los Tratados. También existieron reticencias en Francia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Suecia y Holanda.²⁶ Todo esto dio lugar a que en el Consejo de Biarritz (15 de octubre de 2000) los jefes de Estado y de gobierno acordaron simplemente su “visto bueno” al texto definitivo presentado por la Convención, rechazando la incorporación de la Carta a los Tratados. Después, en la cumbre de Niza, el 6 de diciembre de 2000, el Consejo decidió simplemente la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales. La decisión acerca del valor vinculante (o no) de la Carta se dejó para más adelante y se solicitó a la futura Presidencia sueca (primer semestre de 2001) que se encargara de poner en marcha las conversaciones a este respecto. Tal como se mostrará más adelante, una vez más será el “activismo” del Tribunal de Justicia el motor para clarificar la función que la Carta puede tener en el derecho comunitario.²⁷

2.2. *El contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales*

¿Cuál es el contenido de la Carta? La Carta constituye el primer catálogo organizado de los derechos fundamentales que ha sido adoptado formalmente por la Unión Europea. Comprende todo tipo de derechos, ya sean individuales, políticos y sociales, los derechos derivados de los avances de la biomedicina y del desarrollo de las nuevas tecnologías. Los derechos, tras un Preámbulo

de la Unión (6 de julio de 2000). Los jefes de gobierno de Portugal y España afirmaron, por su parte, que la Carta tenía que ser incluida en los Tratados.

²⁶ El Parlamento Europeo intentó una solución de compromiso mediante la propuesta de citar explícitamente la Carta de los Derechos Fundamentales en el artículo 6.2 TUE, conjuntamente con el reenvío al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, pero esta solución tampoco fue aceptada. Ver *Parlement européen. Commission des Affaires Constitutionnelles. Document de Travail sur le Traité de Nice et l'avenir de l'Union Européenne*, 27 de febrero de 2001. PR 294.750.

²⁷ Sobre la acción del Tribunal de Justicia en defensa de los derechos humanos véase D. Ruiz-Jarabo y B. Correa Guimerá, “La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en A. Marzal, ed., *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*. Barcelona, Bosch, 1999.

donde se describen los principios inspiradores de la Carta, se sistematizan alrededor de siete capítulos, seis con los derechos proclamados y el último con las cláusulas generales o transversales:

- El primer capítulo, con los derechos vinculados a la dignidad, proclama la inviolabilidad de la dignidad humana, reconoce el derecho a la integridad física y moral, comprendiendo el espacio de la biología y la medicina, y prohíbe la tortura y los malos tratos, así como la esclavitud y los trabajos forzados.
- El segundo comprende las libertades clásicas, como el derecho a la libertad y la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento o de conciencia y religión, la libertad de expresión y de información o artística y científica, de reunión y asociación, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, así como otros derechos, como el derecho a la educación y al trabajo y a la libertad profesional, la protección de los datos de carácter personal, el derecho de asilo y a una cierta protección frente al alejamiento, expulsión y extradición de extranjeros.
- En el tercer capítulo, bajo el rótulo genérico de la igualdad, se proclaman la igualdad ante la ley; la prohibición de discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística; la igualdad entre las mujeres y los hombres, los derechos de los niños, los derechos de la tercera edad, y la integración de las personas con discapacidades.
- El cuarto capítulo comprende los derechos de solidaridad, como el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, la negociación y acción colectiva, el acceso a los servicios de empleo, la protección frente a los despidos injustificados, el derecho a unas condiciones del trabajo dignas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, la protección de la familia y la conciliación entre la vida profesional y familiar, la seguridad y la ayuda social, la protección de la salud, el acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores.
- Los derechos de ciudadanía²⁸ están inscritos en el quinto capítulo: derecho de voto y de elegibilidad en las elecciones al Parlamento europeo y

²⁸ El debate acerca del concepto de ciudadanía europea y en torno a su alcance ha sido importante, ya desde que el Tratado de Maastrich incorporó esta ciudadanía y los derechos que

en las elecciones municipales en el estado de residencia, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos de los órganos de la Unión, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, derecho a la protección diplomática y consular y derecho de acceso al Defensor del Pueblo Europeo.

—En el capítulo sexto se regula la justicia, el derecho a un recurso efectivo y a acceder a un tribunal imparcial, la presunción de inocencia y los derechos de la defensa los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser juzgado o castigado penalmente dos veces por una misma infracción.

Nos encontramos, pues, ante una amplia lista de derechos, proclamados con una mayor o menor extensión y precisión, según cada caso, que está seguida, en el séptimo capítulo, de unas disposiciones generales que, según nuestra opinión, constituyen la cláusula de salvaguardia jurídica de la Carta pues, como veremos enseguida, sin estas cláusulas la eficacia de los derechos fundamentales podría verse en graves dificultades, tanto en la Unión como en los Estados miembros.

2.3. *El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales*

En la cumbre de Niza, tal como ya hemos expuesto, fue proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales y, ya se explicó que se decidió dejar a la Presidencia sueca la iniciativa para relanzar el proceso de integración de la Carta en los Tratados. Hoy, bajo Presidencia española, y tras la cumbre de Laeken, se entra de lleno en esta cuestión, al haberse decidido que en la Convención sobre el futuro de Europa se tiene que plantear la incorporación de la Carta en las futuras normas europeas con valor constitucional.

En realidad, la Carta, al haber sido sólo proclamada, tiene, en principio y en sentido estricto, un valor jurídico muy débil; pero en el Parlamento europeo, en la Comisión y, sobre todo, en el Tribunal de Justicia, se le han comenzado

comportaba para sus titulares. Véase, por ejemplo U. K. Preub, "Reflexiones preliminares sobre el concepto de 'ciudadanía europea'", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 7, 1996.

a atribuir efectos jurídicos concretos. Por su parte, algunos tribunales de los Estados miembros también han comenzado a utilizar la Carta como referente interpretativo de los derechos fundamentales.²⁹ Ciertamente, y como vamos a constatar enseguida, estamos frente a posiciones claramente divergentes entre, por una parte, los gobiernos y, por otra parte, el resto de instituciones comunitarias y los órganos jurisdiccionales.

En efecto, coincidiendo con la proclamación de la Carta, la Presidenta del Parlamento europeo afirmaba que “la Carta será la ley de la Asamblea” y el Presidente de la Comisión declaraba que “Para la Comisión, la proclamación marca el compromiso de las instituciones para respetar la Carta en todas las acciones y las políticas de la Unión”.³⁰ Con estas afirmaciones se puede fácilmente deducir que, tanto para el Parlamento como para la Comisión, la Carta tiene fuerza vinculante. Contrariamente, el Presidente rotativo del Consejo consideró simplemente que “Este texto tiene un gran valor político”.³¹ El Consejo, por su parte, coherentemente con la posición que ya había expresado, pronunciándose para sólo proclamar la Carta y no insertarla en los tratados,

²⁹ El Tribunal Constitucional español, en su sentencia al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo Español contra algunos artículos de la Ley Orgánica 15/1999, respecto de la protección de datos personales, invoca la “Carta de los Derechos Fundamentales del presente año, cuyo artículo 8 proclama este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad encargada de controlar su aplicación” (STC 292/2000, del 30 de noviembre de 2000). Es necesario señalar que, en aquella fecha, la Carta de los Derechos Fundamentales (que no constituye un tratado internacional a los efectos del artículo 10.2 CE), aunque ya estaba decidida en cuanto a sus contenidos, todavía no había sido proclamada.

³⁰ Se trata de declaraciones realizadas por Nicole Fontaine y Romano Prodi el 7 de diciembre de 2000 en Niza, tras la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales. Ver, al respecto, http://europarl.eu.int/charter/default_fr.htm.

³¹ Afirmación de Jacques Chirac, pronunciada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2000 (misma referencia en internet que la de la nota precedente).

Ello constatado, no podemos dejar de señalar que los gobiernos han manifestado posiciones divergentes sobre el valor jurídico de la Carta. Así, mientras Tony Blair, el Primer Ministro del Reino Unido, afirmaba el 4 de octubre de 2000 que “La Carta no es más que una declaración política”, el canciller alemán Gerhard Schroeder manifestó 10 días más tarde que “la Carta será una parte de los textos constitutivos de Europa” y el Presidente de la República italiana Carlo Azeglio Ciampi señalaba que “la Carta podría constituir la primera parte de una Constitución, a completar con una segunda parte, comprendiendo la definición de las instituciones, sus competencias y las relaciones recíprocas”. Fuente: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/fr/charter03.html.

consideró que la importancia de la Carta de los Derechos Fundamentales era de naturaleza política y no jurídica.

La Comisión Europea, ya antes de la proclamación de la Carta, pero cuando su texto estaba fijado definitivamente, se pronunció sobre su naturaleza jurídica, cumpliendo con el anuncio efectuado en una comunicación anterior. Para la Comisión, la Carta de los derechos fundamentales:

- Constituye la esencia misma del acervo comunitario común sobre los derechos fundamentales.
- A través de las disposiciones generales del capítulo VII (las cláusulas transversales) la Carta constituye una garantía de su éxito futuro como instrumento de control del respeto de los derechos fundamentales por parte de las instituciones y de los Estados miembros cuando actúen en el ámbito del derecho de la Unión.
- No disminuye el interés de la adhesión (posible) al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que si llega a producirse, se podría originar un control externo sobre la Unión en materia de derechos fundamentales.
- No producirá cambios en las competencias de la Unión ni respecto del principio de subsidiariedad, ya que con la Carta no se han creado competencias nuevas, sino que se han “hecho visibles”, en forma sistemática, los derechos preexistentes en el derecho comunitario y, además, tampoco originará cambios en las constituciones de los Estados.
- Constituye una importante mejora del principio de seguridad jurídica, ya que con ella el Tribunal de Justicia dispondrá de una fuente expresa para garantizar los derechos fundamentales, sin que se encuentre obligado a reenviar, como ha tenido que hacer hasta el presente, a fuentes dispersas e, incluso, inciertas.

Por consiguiente, la Comisión considera que la Carta, al margen de la naturaleza que se le pueda atribuir, producirá efectos jurídicos, y afirma en forma explícita que “se puede lógicamente esperar que la Carta, no importa en qué hipótesis, resulte vinculante mediante la interpretación que sobre ella realice el Tribunal de Justicia a través los principios generales del derecho comunitario”. Ello constatado, para la Comisión “es preferible, por razones de visibilidad y de seguridad jurídica, que la carta resulte vinculante por sí misma, y no a través de la interpretación judicial” y que “la cuestión pertinente es la del

momento y las modalidades de su incorporación a los tratados”. En este sentido, alega la Comisión, “existe una relación muy estrecha entre la reestructuración de los tratados y la inserción en ellos de la Carta”.³²

Con algo más de precisión, podemos constatar que la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea ha hecho pública una guía explicativa de la Carta,³³ en la que, además de divulgar los aspectos más esenciales de ésta, se realizan sobre ella una serie de observaciones de carácter jurídico, de entre las que queremos señalar las siguientes.

- La Carta puede ser invocada en relación con todas las decisiones tomadas por las instituciones y los Estados miembros cuando obren en el ámbito del derecho comunitario (transposición de directivas, por ejemplo).
- Casi todos los derechos de la Carta son aplicables a cualquier persona presente en el territorio de la Unión, pues son únicamente los derechos de ciudadanía los que se reservan a los ciudadanos comunitarios.
- La Carta puede ser utilizada como fundamento jurídico en los recursos judiciales internos, siempre que se trate de un asunto regulado por el derecho comunitario.
- En los casos de conflicto entre los diferentes derechos proclamados por la Carta, será necesario ponderar y establecer un equilibrio entre los derechos afectados, ya que no existe jerarquía alguna entre los diferentes derechos contenidos en ella.

Además, es necesario constatar que la Carta constituye un texto jurídico de referencia muy importante en el proceso de ampliación de la Unión a Europa central y oriental, ya que los países candidatos reciben con ella un importante mensaje en relación con las reformas que tienen que emprender en su ordenamiento jurídico para hacer más fácil su integración jurídica en la Unión.

³² Se puede ver la *Communication de la Commission sur la nature de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*. 11 de octubre de 2000. COM (2000) 644 final.

³³ Commission Européenne. Justice et Affaires Intérieures. *Charte des Droits Fondamentaux. Questions les plus souvent posées. Tout ce que vous voulez savoir sur la Charte*. http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/fr/faq.html.

2.4. La Carta y el Tribunal de Justicia: la configuración inicial de los derechos de la Carta como principios generales del Derecho comunitario

Además de todas estas consideraciones, también hay que señalar que el efecto jurídico más importante que hasta el presente ha obtenido la Carta es el que deriva de su utilización como fuente interpretativa por parte del Tribunal de Justicia. En efecto, la Carta ha sido rápidamente invocada por diversos Abogados generales³⁴ y por el Tribunal de Primera Instancia. Vamos a señalar, por su interés como fundamento argumentativo, las Conclusiones del Abogado general Léger en el asunto Consejo (apoyado por España) contra la diputada del Parlamento europeo Heidi Hautala (apoyada por Dinamarca, Francia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido). Y también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el Asunto Mannesmannröhren-Werke contra la Comisión (Asunto T-112/98, del 20 de febrero de 2001).

En este último, el asunto Mannesmannröhren-Werke, se presentaba una apelación contra una decisión de la Comisión que comportaba, según el apelante, la obligación de proporcionar una información reconociendo que se había cometido una infracción. En este asunto, el Tribunal de Primera Instancia ha rechazado la aplicación directa de la Carta de los Derechos Fundamentales, invocada por el demandante para justificar la reapertura de las sesiones orales,

³⁴ Se puede ver al respecto la comunicación de la Juez del Tribunal de Justicia Ninon Colneric “The Charter of Fundamental Rights and legal practice” en el Congreso de EWLA (European Woman Lawyers) que tuvo lugar en Sevilla del 1 al 3 de junio de 2001 (texto mecanografiado y a publicar en las Actas del Congreso).

Colneric menciona al Abogado general Mischo en el *Affaire D and Kingdom of Sweden v. Council* (Affaires acumulés C.122/99 P et C.125/99 P); al Abogado general Jacobs en el *Affaire Z v. European Parliament* (C’270/99 el acoso sexual y el régimen sancionador, 22 de marzo de 2001); al Abogado general Alber y al Abogado general Tiziano, en Informes de febrero de 2001, para afirmar que la Carta constituye un importante referente interpretativo para concretar el alcance de los derechos que ya forman parte del acervo comunitario. De esta manera, Colneric indica la envergadura que la Carta va a tener en las futuras sentencias del Tribunal.

Posteriormente, el Abogado general Jacobs ha utilizado la Carta en relación con las patentes de salud y el consentimiento informado de los pacientes, en el *Affaire des Pays Bas contre le Parlement et le Conseil* (C-377/98), conclusiones presentadas el 14 de junio de 2001, para afirmar la conveniencia de no extraer ningún elemento de origen humano del cuerpo de una persona sin su consentimiento.

argumentando que el acto impugnado había sido adoptado antes de la proclamación de la Carta por las autoridades comunitarias. Hay que constatar que la negativa del tribunal se fundamenta en la aplicación no retroactiva de la Carta, sin entrar en el fondo del asunto. Pero no presupone que el tribunal no quiera decidir sobre la aplicación de los derechos de la Carta cuando, en otro asunto, los hechos se hayan producido después de la proclamación de la Carta.

Sin embargo, contamos con indicios más precisos acerca de la construcción interpretativa que, partiendo de los argumentos del Abogado general Léger en el asunto Hautala, es probable que se consolide como jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el valor jurídico de la Carta.

Este asunto, Hautala contra el Consejo, es ciertamente muy importante respecto del derecho a la información que ya está reconocido en los Tratados y que la Carta también incorpora. Tiene su origen en una petición que la parlamentaria europea había realizado para acceder al Informe del Grupo de Trabajo del Consejo sobre “Exportación de armamento convencional” y la preocupación manifestada por la peticionaria sobre la violación a los derechos humanos que podría comportar una tal exportación. La señora Hautala preguntaba por qué los criterios establecidos por el Consejo para considerar legales estas exportaciones habían sido declarados secretos. El Tribunal de Primera Instancia dictó sentencia favorable a Hautala, anulando la decisión del Consejo y reconociendo el derecho a la información y el acceso al conocimiento de los criterios establecidos por el Consejo. El Consejo apeló la sentencia y el asunto está todavía pendiente de sentencia del Tribunal de Justicia.

El razonamiento del Abogado general a que nos hemos referido está fundado en una sucesión de argumentos:

- El Abogado general invoca el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales cuando ésta prevé un derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión,³⁵ consideran-

³⁵ Este derecho ya había sido objeto de examen por parte del Tribunal de Justicia, en otros asuntos en el marco de los tratados comunitarios, concretamente desde Maastrich y, sobre todo, de Ámsterdam, partiendo de la consideración de que los derechos fundamentales (el derecho a la información entre ellos) constituían principios generales del derecho comunitario que el tribunal debía garantizar (por ejemplo, en el asunto de los Países Bajos contra el Consejo, C-58794, del 30 de abril de 1996).

- do que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.
- Afirma que el principio de acceso a los documentos se ha visto confirmado por la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y de la proclamación de la Carta de los derechos fundamentales, donde, además, se ha precisado su contenido y su estatuto jurídico.
 - Reconoce que los autores de la Carta han manifestado una clara voluntad de no atribuirle fuerza vinculante. A pesar de ello, el Abogado general manifiesta textualmente que “dejando de lado las consideraciones acerca de su calidad normativa, la naturaleza de los derechos enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales impide que se la pueda considerar como una simple enumeración de principios con valor simplemente moral y sin ninguna consecuencia”. Y ello, sobre todo, porque “estos valores tienen en común el hecho de estar compartidos unánimemente por los Estados miembros” y porque “la Carta ha situado los derechos en ella reconocidos al más alto nivel de los valores comunes a los Estados miembros”.
 - Atribuye a la Carta la función de constituir un “instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales”, ya que ella “contiene indicios que contribuyen a la revelación de la verdadera naturaleza de las normas comunitarias de derecho positivo”.

Una vez establecidos estos criterios argumentativos, el Abogado general se enfrenta con su aplicación al caso concreto, teniendo en cuenta la existencia del derecho de acceso a los documentos, como está reconocido en el artículo 255 del Tratado de la Comunidad Europea y el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Para el Abogado general existe una clara diferencia de valor normativo entre la Carta y el Tratado: El Tratado ha creado el derecho a la información en el ámbito del derecho positivo y la Carta le ha atribuido la dignidad de derecho fundamental.

A partir de estos postulados, el Abogado general extrae conclusiones: en el derecho de la Unión Europea, mediante la interpretación de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario, se formalizan los valores comunes de grado supremo que mediante esos derechos formaliza. Ello aplicado al derecho de acceso a la información, le proporciona unas características concretas que comportan el acceso no sólo al documento físico,

sino también al contenido y a las fuentes informativas que han servido de base para la adopción de la decisión que se contiene en el documento. Por consiguiente, el Abogado general recomienda a la Corte de Justicia que reconozca el derecho de acceso de la señora Hautala al contenido de los documentos y que anule la decisión del Consejo por la que se declaró secreta tal información.

Se puede fácilmente constatar que el Abogado general atribuye a los derechos fundamentales el valor jurídico de principios generales del derecho comunitario, con todas las consecuencias que esta concepción comporta. Si el Tribunal de Justicia, como todos los indicios constatados hasta el presente parecen indican, utiliza también esta construcción interpretativa, se podrán invocar directamente los derechos de la Carta ante el Tribunal, y éste les conferirá los efectos pertinentes en tanto que derechos fundamentales comunitarios a partir de la técnica de los principios generales. De esta manera, los derechos de la Carta pasarán a formar parte del acervo comunitario, con carácter obligatorio para las instituciones comunitarias y para los propios Estados miembros.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CARTA COMO PRIMER PASO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA

Sin embargo, la Carta de los derechos fundamentales, para que pueda surtir todos sus efectos, debe tener fuerza vinculante y ser incluida en los Tratados comunitarios. En Niza también se acordó que se estudiaría la forma de su incorporación a los Tratados y en la cumbre de Laeken, en diciembre de 2001, se decidió que la Carta tendría que formar parte de los futuros textos europeos de valor constitucional, ya se tratara de una Constitución o de un Tratado constitucional. La Convención que ha de preparar los textos dirigidos a constitucionalizar Europa tiene que tener presente la Carta para incorporarla a las normas supremas por las que se tendrá que regir la Unión ampliada. Tenemos, pues, por delante, un arduo trabajo, para incluir la Carta en los Tratados primero y, posteriormente, para subsumirla en las futuras normas constitucionales.

Si no se consigue incluir la Carta en los Tratados, sólo podremos darle valor interpretativo a través de la técnica de los principios generales. Así lo ha expresado el Tribunal de Justicia en un comunicado, en el que saluda la elabo-

ración de la Carta, pero lamenta que no se le otorgue un efecto jurídico mayor. El Parlamento Europeo, por su parte, afirma que se va a sentir vinculado a los derechos de la Carta en todas sus actuaciones. Pero todos conocemos el, todavía y lamentablemente, escaso poder legislativo que tiene este Parlamento.

Si se alcanzara un acuerdo para incluir la Carta en los Tratados, tendría que comenzar un minucioso trabajo de depuración y sistematización jurídica, simplificando, incluso, el texto actual de éstos, que permitiera obtener un cuerpo legislativo coherente, sin repeticiones inútiles y con una clara descripción de las instituciones y sus competencias por una parte, y de los derechos fundamentales por la otra. Además, se tendría que comenzar a pensar en un procedimiento adecuado para la protección de los derechos de la Carta, puesto que, como hemos advertido, con el recurso directo y la cuestión prejudicial no podemos pensar que contamos con un sistema procesal válido para conseguir la garantía que la Carta tiene que significar para los ciudadanos de la Unión.

Y aún más. Porque, aunque no se ha prestado la debida atención a este asunto, ya en Niza se acordó iniciar los trabajos para constitucionalizar a la Unión Europea, decisión que ha sido ratificada por el Consejo en Laeken.

Efectivamente, coincidiendo con la Cumbre de Niza, se celebró el “Carrefour” de la sociedad civil para una Europa democrática y solidaria, durante los días 6 y 7 de diciembre. En él, más de 200 asociaciones, Organizaciones No Gubernamentales y sindicatos, provenientes de todos los países de la Unión, debatieron con europarlamentarios, miembros de la Comisión Europea y expertos comunitarios acerca de la necesidad, el método y la perspectiva a diseñar para alcanzar el hito de los “padres fundadores”: una Europa unificada con una Constitución federal. Paralelamente, en la reunión que el Partido Popular europeo realizó a 20 kilómetros de Niza el día 6, se acordó también que era necesaria una Constitución para Europa.³⁶ El Parlamento Europeo, por su parte, había adoptado ya, en octubre, un Informe sobre la Constitucionalización de los Tratados (2000/2160 (INI)), en el que se proponía iniciar los trabajos para preparar la elaboración de una verdadera Constitución para Europa, que fuera más allá de una estricta simplificación de los tratados, y que sentara las bases de la división de poderes y la garantía de los derechos, tal como la dogmática constitucional viene exigiendo desde el famoso artículo 16 de la Constitución

³⁶ Ver T. Freixes, “De la Carta de los Derechos Fundamentales a la Constitución de la Unión Europea”, en *Meridiana*, núm. 20. Sevilla, 2001.

revolucionaria francesa. En la cumbre de Niza se decidió comenzar un debate sobre el futuro de Europa, en el que se abordara la posibilidad de constitucionalizar la Unión. Y en Laeken, el 14 y 15 de diciembre de 2001, se acordó la formación de una convención semejante a la que preparó la Carta de los Derechos Fundamentales, con la finalidad de elaborar una propuesta de constitucionalización de la Unión. De una vez por todas, parece que comienza a haber acuerdo para iniciar la constitucionalización de Europa.

Pues bien, desde diversos ámbitos, institucionales por una parte y de las organizaciones de la sociedad civil por la otra, han ido surgiendo diversas propuestas para iniciar estos trabajos, compatibilizándolos con el desarrollo del proceso de integración que se sigue actualmente, en la línea de ir consolidando los espacios de libertad y de ciudadanía, al mismo tiempo que convirtiendo a la Europa de los tratados en una Europa constitucional y a la Europa de los Estados en la Europa de los ciudadanos. La ciudadanía, la sociedad civil, ha de contribuir al desarrollo de esa Europa de los derechos fundamentales, avanzando hacia la constitucionalización plena de las instituciones y del ordenamiento jurídico europeo. Porque, tal como ya decíamos hace varios años, 15 constitucionalistas (de todos los Estados miembros de la Unión), en un manifiesto que titulamos “Por una Constitución para Europa”, Europa necesita una Constitución; esta Constitución es posible, y de lo que se trata, entonces, es de poder conformar el poder constituyente que adopte una Constitución que exprese la voluntad de los pueblos de Europa para dotarse de una autoridad política democrática común y organizar con eficacia la garantía de los derechos.³⁷

En este proceso de integración, la Carta de los Derechos Fundamentales constituye, pues, el primer paso en el proceso de constitucionalización que reivindicamos. No es el mejor paso posible, no es el paso que hubiéramos deseado, pero constituye un punto de partida que abre la puerta a mejores perspectivas. Es de esperar que lleguen a realizarse.

³⁷ Ver *Le Monde* del 15 de mayo de 1998.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO ÓRGANO JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

José Carlos Remotti Carbonell,
Profesor de Derecho constitucional,
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ESTRUCTURA Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1. LA COMPOSICIÓN DE LA CORTE. 2. LAS SESIONES DE LA CORTE. 3. LA DEMANDA. A) EL ÁMBITO DE APLICACIÓN. LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. B) LA LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER LA DEMANDA ANTE LA CORTE. C) ESTADOS A LOS QUE SE PUEDE DEMANDAR. D) CRITERIOS A TENER EN CUENTA AL FORMULAR LA DEMANDA. 4. LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES. 5. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES. 6. LA ETAPA PROBATORIA. 7. EL DICTADO DE LAS SENTENCIAS. III. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema interamericano de defensa de los derechos humanos, configurado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA),¹ cuenta con mecanismos de protección de los derechos de diversa índole o naturaleza. El presente trabajo pretende realizar una aproximación a la estructura y funcio-

¹ La Organización de Estados Americanos es una entidad internacional de carácter regional interamericano que tiene como principales objetivos afianzar la paz y seguridad del continente; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos, y promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico social y cultural.

namiento de uno de ellos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o CIDH), y a través de ella efectuar también un breve repaso a la situación de los derechos humanos en el continente americano.

Para ello hemos de comenzar señalando que la Corte es un órgano de naturaleza jurisdiccional que tiene como función garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) conocida también como Pacto de San José de Costa Rica.² De esta forma, la Corte ha sido dotada de diversas facultades y atribuciones necesarias para desarrollar de forma efectiva sus funciones de protección y garantía de los derechos humanos. Además, al aceptar su jurisdicción los Estados se comprometen a dejar de lado ante ella principios como el de la soberanía nacional, o de rechazo a las injerencias externas en los asuntos internos, y, por el contrario, no sólo aceptan que la Corte pueda investigar su situación interna a través de un proceso de naturaleza jurisdiccional, sino que, además, y sobre todo, se comprometen a cumplir el fallo resultante.

II. LA ESTRUCTURA Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana ha sido configurada, como acabamos de señalar como un órgano de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la cual se le han conferido las atribuciones, los poderes y los mecanismos necesarios para materializar sus funciones.³ A partir de tal configuración la Corte ha venido desarrollando de

² La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue firmada en el marco de la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969. Sin embargo, no entró en vigor de forma inmediata, sino que lo hizo casi nueve años después, el 18 de julio de 1978, puesto que recién en esa fecha se alcanzó el número de ratificaciones exigidas por el artículo 74.2 CADH (por lo menos 11 Estados). Al año siguiente (1979) se instaló por primera vez la Corte. En 1980 se aprobó su primer Reglamento, el cual fue modificado en 1991, en 1996 y en 2001.

³ Hay que destacar la semejanza estructural con las atribuciones ejercidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, también hemos de reconocer que las realidades sobre las que ejercen jurisdicción ambos tribunales son bastante diferentes y, por lo tanto, no comparables, pues, en principio, el Tribunal Europeo ha tenido, hasta hace relativamente poco tiempo, como objeto de análisis la

forma paulatina y progresiva una cada vez más importante labor jurisprudencial, que ha de ser valorada positivamente, más aún si se toma en cuenta que en el ámbito americano, por lo general, no existe una tradición democrática, ni de respeto a los derechos humanos, ni mucho menos los Estados son proclives a asumir las responsabilidades de sus actuaciones en tales materias. Reconociendo, pues, esta labor positiva y la realización de avances bastante significativos, consideramos que la Corte Interamericana dista todavía de llegar a cumplir plenamente su cometido de garante o protector de los derechos.

Bien es cierto que la Corte tiene que desarrollar sus funciones con el constante recelo de los Estados respecto de una posible actuación *excesivamente militante*, sabedora de que tal consideración podría dar pie a que uno o más Estados pudieran desconocer la jurisdicción de la Corte por considerar que ésta ha perdido autoridad o credibilidad. Ejemplo de tal prevención la encontramos en el caso Cayara contra Perú,⁴ en el cual, al resolver la excepción preliminar que puso fin al proceso, la Corte no sólo equiparó su objetivo máximo (la protección de los derechos humanos) con bienes jurídicos tales como la “seguridad jurídica y la equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional”,⁵ sino que consideró a estos últimos como preferentes sobre la protección de los derechos, con objeto de evitar “la pérdida de autoridad y credibilidad indispensables en los órganos encargados de administrar el sistema de protección de los derechos humanos”.⁶ Bien es cierto que, en este

situación de los derechos humanos en la llamada Europa occidental, en la que, como regla general, el nivel de respeto y protección de los derechos ha sido bastante alto, pudiendo considerar las violaciones como excepciones a dicha regla, pero en ningún caso como algo consustancial a su sistema. Por el contrario, la situación de los derechos humanos en el ámbito de la Convención Americana es, de hecho, y lastimosamente la inversa, existiendo, salvo raras excepciones, una situación ordinaria de precariedad, desprotección y constante vulneración de los derechos humanos.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales fue realizado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, del 10 de octubre de 1979.

⁴ Caso Cayara contra Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia del 3 de febrero de 1993. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 14, Secretaría de la Corte, San José, 1987. Los hechos relativos al Caso Cayara contra Perú los señalaremos posteriormente.

⁵ Caso Cayara contra Perú. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, Fundamento V. 63.

⁶ *Idem*.

caso, la Comisión Interamericana,⁷ órgano que recibe, examina y tramita las denuncias y formula la demanda ante la Corte, había vulnerado de forma manifiesta, como analizaremos más adelante, los plazos establecidos en el Convenio y el Reglamento de la Corte. Ahora bien, la Comisión es un órgano del sistema que recibió la denuncia dentro del plazo, y su mal funcionamiento no puede servir de pretexto para dejar impunes hechos como el que en este caso se ventilaban, que incluían la matanza de más de 28 personas.

Por otra parte, he de señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano bastante desconocido, al extremo de que en 21 años de funcionamiento (1980–2001), al cierre del presente trabajo, sólo ha dictado un aproximado de 30 sentencias sobre el fondo en casos contenciosos.⁸ Ante

⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene como funciones principales promover la observancia y la defensa de los derechos humanos; preparar los estudios e informes que considere pertinentes para el desarrollo de sus funciones; servir como órgano consultivo de la OEA en estas materias (artículo 1 ECOADH), así como recibir, examinar y diligenciar las denuncias o quejas de violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de alguno de los Estados que la haya ratificado, pudiendo, si se cumplen los requisitos establecidos en la Convención y en su Estatuto, someter el caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos 44 a 51 CADH y 19 ECOADH).

Además el artículo 18 ECOADH también señala como funciones propias de la Comisión, entre otras:

- a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.
- b) Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos.
- c) Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.
- d) Solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.
- e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General, le formule cualquier Estado miembro sobre derechos humanos.
- f) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización.
- g) Practicar observaciones *in loco* en un Estado, con la anuencia o la invitación del Gobierno respectivo

⁸ De acuerdo con el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la competencia de la Corte no sólo se extiende a los casos contenciosos que se le planteen, sino que también desarrolla una función consultiva, a partir de la cual los Estados o la Comisión pueden solicitar a la Corte que interprete alguna de las disposiciones de la Convención Americana, así como de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. A través de dicha función consultiva, los Estados también pueden solicitar un juicio de compatibilidad de

ello, parece oportuno formularnos la pregunta de si se puede ser tan ingenuo como para pensar que en los últimos 21 años sólo ha habido en el ámbito interamericano un aproximado de 30 casos de violaciones a los derechos humanos merecedores de llegar ante la Corte o, por el contrario, éste es un elemento más que nos tiene que hacer reflexionar sobre la necesidad de considerar que el sistema falla.

Tal desconocimiento no sólo está referido a los ciudadanos en general, sino que afecta en gran medida a los juristas, que muchas veces desconocen la existencia de la Corte Interamericana o su ámbito de actuación; en otros casos, desconocen la efectividad que pueden llegar a tener sus resoluciones y en tal supuesto consideran que no les ayudará a variar una situación determinada; en otros casos desconocen cómo acceder ante dicho Tribunal, es decir, desde qué procedimientos utilizar hasta cuál es la dirección o el número de fax (de la Comisión) al que hay que dirigirse, etcétera. Por último, porque se considera que presentar una demanda ante la Corte resulta costoso⁹ y, sobre todo, porque implica un serio y grave riesgo para la libertad o la vida de los denunciantes. Y, a este respecto, no estamos hablando de hipótesis.

Ejemplos del serio y grave riesgo para la libertad o la vida de los denunciantes, sus familiares o abogados los encontramos, entre otros, en el caso Castillo Páez contra Perú,¹⁰ en el que Augusto Zúñiga Paz, abogado de la familia del desaparecido Ernesto Rafael Castillo Páez, recibió una carta bomba que le voló la mano derecha.¹¹ No se investigaron objetivamente los hechos ni se le otor-

las leyes internas con las disposiciones del Convenio. Durante el mismo plazo antes señalado (1980–1998) la Corte a resuelto poco más de 15 consultas.

⁹ Hay que tener presente que si bien el artículo 35 del Reglamento de la Corte dispone que la parte que proponga una prueba correrá con los gastos que ella ocasione, se está refiriendo no al denunciante original (víctima, familiar, ONG), sino, por un lado, a la Comisión, que es la que actúa en representación de aquéllos y, por otro, a los Estados.

¹⁰ Caso Castillo Páez contra Perú. Excepciones Preliminares, Sentencia del 30 de enero de 1996. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996)*. Secretaría de la Corte. San José de Costa Rica, 1997, pp. 43 y ss.; también Caso Castillo Páez contra Perú. Sentencia sobre el fondo del 30 de enero de 1996 (Parte Resolutiva). *Boletín de prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP11/98), diciembre, 1998.

¹¹ Los hechos del Caso Castillo Páez contra Perú son los siguientes: Ernesto Rafael Castillo Páez era un estudiante universitario. Inmediatamente después de una explosión, resultado de un atentado terrorista, el señor Castillo Páez, quien transitaba por las inmediaciones, fue detenido

garon las garantías requeridas, por lo que dicho abogado se vio obligado a pedir asilo político en Suecia desde 1991 hasta 1998, este último año en el que anunció su regreso a Perú.¹²

Otro ejemplo lo encontramos en el Caso Loayza Tamayo contra Perú,¹³ en el que la señora María Elena Loayza Tamayo (profesora universitaria) fue detenida por la Policía por estar vinculada al movimiento subversivo Sendero Luminoso. Tal vinculación se fundamentaba, sin otros elementos, en las declaraciones formuladas por otra persona, quien la denunció como colaboradora de dicho grupo, por lo que se le juzgó primero en el fuero militar, siendo absuelta del delito de traición a la patria, y luego en el fuero civil, compuesto por un Tribunal sin rostro, por el delito de terrorismo, siendo condenada a 20 años de prisión. Ella, en todo momento, ha alegado su inocencia, que había sido condenada sin pruebas y por un tribunal que no era imparcial, por lo que recurrió ante la Corte Interamericana. A partir de ello se le cambió de ubicación y de condiciones penitenciarias. Ella estaba privada de la libertad en un centro penitenciario que constaba de tres módulos. El primero, donde estaba ella, era el dedicado a las consideradas menos peligrosas, las reclusas que tienen buen comportamiento, las que se declaran inocentes y ajenas a los grupos subversivos, así como las que expresamente hayan condenado la actividad de tales grupos terroristas. El segundo, destinado a las internas pendientes de clasifi-

por la Policía como sospechoso de haber participado en dicho acto. Tanto las diligencias policiales como las del hábeas corpus fueron ineficaces para saber el paradero y estado del señor Castillo Páez. Por otro lado, el hábeas corpus fue declarado fundado en todas las instancias hasta llegar a la Corte Suprema, que declaró su improcedencia al considerar que no se encontraba probada la detención. Posteriormente, la vía judicial ordinaria declaró probado el hecho de la detención y que ésta fue realizada por efectivos policiales, pero ordenó el archivo definitivo de la causa por cuanto no se podía identificar a los responsables. El 3 de noviembre de 1997 la Corte Interamericana dictó sentencia sobre el fondo del asunto, declarando que el Estado peruano violó los derechos a la libertad personal (artículo 7 CADH), a la integridad personal (artículo 5 CADH), a la vida (artículo 4 CADH), y el derecho a un recurso efectivo ante los jueces nacionales competentes (artículo 25 CADH).

¹² El anuncio del regreso a Perú del abogado Augusto Zúñiga Paz fue realizado en la *Revista Caretas*, núm. 1508, del 19 de marzo de 1998.

¹³ Caso Loayza Tamayo contra Perú. Excepciones preliminares. Sentencia del 31 de enero de 1996. *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996)*, op. cit., pp. 59 y ss.

cación, así como las que no quieren participar en las actividades diarias. Y el tercero, módulo al que se le pasa, donde están reclusas las reclusas de máxima peligrosidad. Además, se le confina durante un año a una celda donde se le mantiene aislada e incomunicada y de donde sale sólo media hora al día. El Gobierno alega que el cambio de su situación carcelaria no se debió a una decisión del Gobierno para presionar a la condenada, sino al contenido de la sentencia judicial en la que se dispone que la pena de 20 años de pena privativa de libertad deberá cumplirla en un centro de reclusión de máxima seguridad, con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego con trabajo obligatorio por el tiempo que dure la reclusión hasta que se produzca su excarcelación.¹⁴

Por último, también señalaremos como ejemplo el caso Carpio Nicolle contra Guatemala, en el que los familiares del señor Jorge Carpio Nicolle (ex candidato presidencial por la Unión de Centro Nacional), asesinado junto a tres de sus colaboradores cuando realizaban una gira de trabajo, así como el fiscal encargado de la investigación de tales hechos, se ven precisados a solicitar de la Corte la adopción de medidas cautelares para garantizar sus vidas y seguridad e integridad personal, por cuanto habían sufrido actos de hostigamiento, intimidación y amenazas para evitar que continúen con tales investigaciones.¹⁵

¹⁴ Hay que señalar que en el Caso Loayza Tamayo contra Perú el Estado peruano ha sido condenado por la violación del derecho a la libertad personal (artículo 7 CADH) y a la integridad personal (artículo 5 CADH). La sentencia considera que el Estado peruano también violó las garantías judiciales establecidas en los artículos 8.1, 8.2 y 8.4 CADH. Ver Caso Loayza Tamayo contra Perú. Sentencia sobre el fondo del 17 de septiembre de 1997 (Parte Resolutiva). *Boletín de prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP8/97), septiembre, 1997. En la actualidad, y según las noticias que poseemos, la señora Loayza Tamayo se encuentra en libertad.

¹⁵ Como podrá apreciarse posteriormente, en el caso Carpio Nicolle contra Guatemala la Corte adoptó medidas provisionales para la protección de los familiares y del fiscal, sin que el caso haya sido sometido todavía a su jurisdicción, de acuerdo con lo establecido por la última parte del artículo 63.2 CADH (Resoluciones del 4 de junio de 1995 y reiteradas el 26 de julio de 1995 y el 19 de septiembre de 1995, el 1 de febrero de 1996 y el 10 de septiembre de 1996). En la actualidad tales medidas provisionales se mantienen, aún cuando la Corte ha reducido el número de personas que deben ser protegidas. En este sentido, con fecha 19 de junio de 1998, la Corte Interamericana dispuso el levantamiento de las medidas cautelares establecidas en favor de Mario López Arrivillaga (ex diputado por UCN y sobrino de la viuda de Jorge Carpio Nicolle), Ángel Isidro Girón Girón (testigo), Abraham Méndez García (fiscal encargado de la

En la demanda se señala como autores de tales actos a un grupo paramilitar vinculado directa o indirectamente con el ejército guatemalteco.

Vemos, pues, que a partir de la suma de estos dos elementos, el desconocimiento y el temor la gran mayoría de las personas que son víctimas de violaciones a los derechos humanos resultan materialmente imposibilitadas de recurrir ante éste órgano jurisdiccional.

1. *La composición de la Corte*

Respecto a la composición de la Corte hay que señalar que está integrada por siete jueces, que han de ser nacionales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, que actúan a título personal, es decir, que no son representantes de los Estados que los proponen o los votan. En principio, pues, dichos jueces han de actuar de forma independiente e imparcial, sólo estando vinculados por lo dispuesto en la Convención Americana y por su conciencia.

Además de estos siete jueces, los Estados pueden nombrar a un juez *ad hoc*, para que participe como tal en los procesos en los que resulte demandado siempre que entre los jueces llamados a conocer de tales casos ninguno tenga la nacionalidad del Estado demandado (artículos 55.3 CADH y 18 del Reglamento de la Corte). Ello se debe a que, como hay países con muy diferente sistema jurídico, se ha considerado conveniente que haya una persona especialista en el derecho del país que se investiga, con objeto de responder las dudas y consultas que pudieran tener los demás miembros del Tribunal. De esta forma se evitan, también, importantes disputas entre los Estados a la hora de nombrar a los siete jueces, pues se les garantiza que en todo proceso en su contra, independientemente de la composición de la Corte, podrán nombrar a un juez *ad*

investigación) y Lorraine Marie Fischer Piraval (hermana de la viuda del señor Carpio Nicolle). Por el contrario, decidió mantener las medidas establecidas en favor de Marta Elena Arrivillaga de Carpio (viuda) y Karen Fischer de Carpio (nuera). Además, la Corte ha dispuesto que el Estado de Guatemala informe sobre los avances en las investigaciones de los hechos. Por todas las resoluciones sobre medidas provisionales mencionadas en el caso Carpio Nicolle contra Guatemala ver Resolución sobre medidas provisionales del 19 de junio de 1998. *Boletín de prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP7/98), junio, 1998.

hoc. Por otra parte, la posible designación por los Estados demandados de un juez *ad hoc* no puede ser entendido como un mecanismo que permita a los Estados una defensa privilegiada posibilitándoles incorporar al seno de la Corte a una persona que actúe más como abogado del Estado que como magistrado, pues los jueces *ad hoc* no sólo han de reunir los mismos requisitos exigidos por la Convención para ser juez de la Corte Interamericana, sino que, una vez designados, han de actuar con la imparcialidad e independencia, al igual que los jueces ordinarios, gozando, además, al igual que éstos, de las inmunidades, prerrogativas y privilegios reconocidos a los diplomáticos que resulten necesarios para el desempeño de sus funciones (artículo 70.1 CADH), sin que pueda exigírseles responsabilidad alguna, en ningún tiempo, por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 70.2 CADH).¹⁶

2. Las sesiones de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de su Reglamento, la Corte Interamericana celebra anualmente todos los periodos ordinarios de sesiones que sean necesarios para el cabal ejercicio de sus funciones, en las fechas que la propia Corte decida en la sesión ordinaria inmediatamente anterior. Por su parte, el Presidente podrá, previa consulta con los demás jueces, modificar las fechas previstas para esos periodos de sesiones cuando ello fuera necesario por la existencia de circunstancias excepcionales. Además de tales sesiones ordinarias, la Corte también se reúne de forma extraordinaria, cada vez que sea convocado por el Presidente de la Corte o sea solicitado por la mayoría de los jueces (artículo 12 del Reglamento de la Corte).

Anteriormente a la modificación del Reglamento, producida en 1996, la estructura de funcionamiento de la Corte era diferente, ya que sólo se preveía la celebración anual de dos periodos ordinarios de sesiones, que debían desarrollarse uno en cada semestre del año. A estos dos periodos de sesiones ordinarios también se les añadía la posibilidad de celebrar periodos de sesiones extraordinarios si el Presidente, por propia iniciativa, o la mayoría de jueces

¹⁶ Hay que señalar que en el desempeño de sus funciones la Corte Interamericana es asistida por la Secretaría de la Corte, órgano de apoyo administrativo dirigido por el Secretario de la Corte.

lo consideraran necesario. Tal diseño inicial, que si bien respondía, entre otros motivos, a la carencia de medios económicos existentes que imposibilitaban el mantenimiento de una Corte de carácter permanente, permitió, con el aumento del número de casos planteados, que se generara un retraso en la tramitación de los procesos que la Corte tenía para resolver, llegando a tener un promedio de entre dos y tres años para el dictado de las sentencias sobre el fondo de los asuntos (sin contar el tiempo a añadir si se solicitaba la interpretación de la sentencia o si se producían problemas con la ejecución de las mismas). Ello originó, como ya hemos señalado, que en 1996 se modificara el Reglamento de la Corte, para dotarla de una mayor flexibilidad que, sin llegar a convertirla en un Tribunal de carácter permanente, llegado el caso, le permitiera funcionar como tal, pues los jueces deberán reunirse con carácter ordinario tantas veces como sea necesario para el cabal ejercicio de sus funciones. Al momento de terminar el presente trabajo no se ha dictado un número suficiente de sentencias sobre el fondo que nos permitan comprobar si en la práctica esta nueva estructuración ha implicado una reducción importante en el tiempo de espera para el dictado de las sentencias (plazo razonable), objetivo más que deseable, puesto que, en el caso contrario, de mantenerse su amplitud fuera de los límites de razonabilidad nos encontramos con que la Corte, con su estructura de funcionamiento, materializaría una nueva vulneración añadida a la violación originaria del derecho y a la falta de tutela efectiva de los tribunales internos.¹⁷

¹⁷ Bien es cierto que cuando el artículo 8 CIDH dispone que toda “persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable* por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”, está configurando una obligación para los Estados y los órganos jurisdiccionales internos. Ahora bien, a nuestro entender, tales requisitos también son exigibles al funcionamiento la Corte Interamericana, puesto que sería paradójico, por decir lo menos, que la Corte pudiera actuar, por ejemplo, sin respeto a las debidas garantías, sin ser el órgano competente (y por ello se han establecido las excepciones preliminares, donde la excepción de incompetencia, como veremos posteriormente, es de las más deducidas), o que pudiera actuar como un órgano no independiente y/o parcializado. En este sentido, considero que la Corte también se encuentra vinculada a dictar sus resoluciones dentro de un plazo razonable que, apreciándose respecto a cada caso en concreto, haga compatible el derecho a la defensa del Estado con la función protectora del proceso ante la Corte, sin permitir que, mediante un uso y/o abuso de tales garantías por parte del Estado o por falta de celeridad en el impulso de la Comisión o en la actuación de la Corte, se desnaturalice dicha función protectora, convirtiéndola en ineficaz, limitada a una mera reparación económica.

3. *La demanda*

En el desempeño de su labor jurisdiccional, la Corte Interamericana no actúa de oficio, sino que sólo lo realiza ante la interposición de una demanda. Tal afirmación nos obliga a desarrollar quién puede presentar la demanda, qué Estados pueden ser demandados, bajo qué criterios se ha de presentar la demanda, y cuáles son los derechos protegidos por este mecanismo de garantía. Comenzaremos por esta última pregunta.

A) El ámbito de aplicación. Los derechos protegidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La protección jurisdiccional de la Corte Interamericana se extiende, en primer lugar, a aquellos derechos expresamente señalados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En segundo lugar, el ámbito de protección jurisdiccional de la Corte Interamericana alcanza, también, a los derechos contemplados en los Protocolos adicionales a dicha Convención (artículo 77 CADH).¹⁸

Como en la elaboración del Pacto de San José se siguió el modelo marcado por el ya citado Convenio Europeo de Derechos Humanos, a partir de lo cual el listado de derechos a proteger resultó básicamente limitado a aquellos referidos a las esferas de libertad y de participación política. En este sentido, respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, el texto inicial de la Convención Americana se limitó a establecer a los Estados, en primer lugar, un mero compromiso de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, y, en segundo lugar, que en la materialización de dicho compromiso, sea por la vía legislativa o por otros medios considerados como apropiados, se estuviera a la medida de los recursos disponibles por los Estados (artículo 26 CADH).

¹⁸ El artículo 77 CADH dispone que tanto los Estados como la Comisión Interamericana podrán presentar proyectos de protocolos adicionales a la Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma a otros derechos y libertades.

De esta manera, encontramos como derechos reconocidos y protegidos por el Pacto de San José:

- El derecho a la vida, a la personalidad y a la integridad física (artículos 3, 4 y 5).
- La prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 6).
- El derecho a la libertad personal, al honor, a la libertad de conciencia y de religión; a la libertad de pensamiento y expresión, y el derecho de rectificación o respuesta (artículos 7, 11, 12, 13 y 14).
- La libertad de reunión, de asociación y de participación en asuntos públicos y de libre circulación y de residencia (artículos 15, 16, 22 y 23).
- La protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad, a la propiedad privada; el derecho del niño a ser protegido, y la igualdad ante la ley (artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 24).
- Por último, se encuentran previstas diversas garantías procesales, como, por ejemplo, la presunción de inocencia, la asistencia gratuita de intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal, la comunicación previa y detallada de los cargos formulados, la concesión al inculcado del tiempo y los medios necesarios para formular la defensa, el derecho a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse con él libre y privadamente. También se reconoce el derecho a interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a recurrir la sentencia ante un juez o tribunal superior. Por último, se reconoce el principio de legalidad, así como el de irretroactividad de las leyes penales sancionadoras (artículos 8, 9 y 10).

Ahora bien, como he señalado, los derechos económicos, sociales y culturales, salvo la cláusula prestacional a la que hemos hecho referencia, no se encontraron inicialmente garantizados en el ámbito de protección jurisdiccional de la Corte Interamericana. Frente a esta escueta regulación de contenido económico-social, el 17 de noviembre de 1988 se suscribió el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PADESC), el cual se encuentra vigente desde el 16 de noviembre de 1999, fecha en la que se depositó el ins-

trumento de ratificación número 11, de conformidad con lo establecido en su artículo 21.3 PADESC.¹⁹ En él se ha establecido que la violación de los derechos comprendidos en los artículos 8.1.a y 13 de dicho Protocolo, por parte de una acción imputable a un Estado, podrá dar lugar a que la víctima pueda recurrir ante la Corte Interamericana, mediante la intervención de la Comisión Interamericana (artículo 19.6 PADESC). En este sentido, desde la entrada en vigor de dicho Protocolo adicional los derechos protegidos por la actuación jurisdiccional de la Corte, inicialmente limitados a los previstos en la Convención, se han visto ampliados, incluyendo, también, en primer lugar, al derecho comprendido en el artículo 8.1.a de dicho Protocolo, es decir, el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses, así como el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones nacionales y a asociarse en las ya existentes, así como a formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Dicho artículo incluye, además, la obligación de los Estados de permitir y garantizar que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

En segundo lugar, el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales también dispone que la protección jurisdiccional de la Corte se vea ampliada respecto del derecho a la educación previsto en su artículo 13. En dicho artículo se dispone, por ejemplo, que la educación deberá orien-

¹⁹ El artículo 21.3 PADESC dispuso que: “El Protocolo entrará en vigor tan pronto como 11 Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión”.

En dicho Protocolo adicional se reconocen y garantizan determinados derechos, tales como la prohibición de discriminaciones por razón de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 3 PADESC); el derecho al trabajo que permita una vida decorosa y digna y que se desarrolle en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (artículos 6 y 7 PADESC); derechos sindicales y a la seguridad social (artículos 8 y 9 PADESC); derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación (artículos 10, 11 y 12 PADESC); derecho a la educación y a la cultura (artículos 13 y 14 PADESC), y derechos a la protección de la familia, de la niñez, de los ancianos y de los minusválidos (artículos 15, 16 y 17 PADESC).

Por otro lado, también se dispone la obligación de los Estados de presentar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar los derechos previstos en el Protocolo, o la posibilidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de tales derechos (artículos 19.1 y 19.7 PADESC).

tarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz (primera parte del artículo 13.2 PADESC). Asimismo, establece que la educación deberá capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia, y la amistad entre todas las naciones, los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz (segunda parte del artículo 13.2 PADESC). Para ello, se dispone que la enseñanza primaria ha de ser obligatoria y gratuita. La secundaria y superior generalizada y accesible, hasta llegar de forma progresiva a su gratuidad. Se dispone, también, la adopción de medidas que fomenten la educación básica de aquellas personas que no la hayan recibido o terminado, así como la enseñanza diferenciada para minusválidos. En él se incluye, además, el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que deberá darse a sus hijos, siempre y cuando se adecue a los principios antes señalados, así como la libertad de los particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza (artículo 13.3 PADESC).

Por otro lado, dentro del ámbito de protección jurisdiccional de la Corte también se encuentra la prohibición de no aplicar la pena de muerte a ninguna persona sujeta a su jurisdicción, prevista en el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte (artículo 1 PAPM).²⁰

Este Protocolo fue realizado, según lo expresado en su Preámbulo, como complemento para las previsiones del artículo 4 de la Convención, que reconoce el derecho a la vida, y dispone, entre otras cosas, que en los países en los que no se ha abolido la pena de muerte ésta sólo podrá aplicarse por los delitos más graves, en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Además, establece que desde la entrada

²⁰ El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte fue aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990. En él se dispuso su entrada en vigor de forma individual para los Estados que lo ratifiquen o se adhieran, a partir del depósito del correspondiente instrumento de ratificación o adhesión (artículo 4 PAPM). De esta forma, entró en vigor el 28 de agosto de 1991 (fecha del depósito en la Secretaría General de la OEA del primer instrumento de ratificación efectuado por Panamá).

en vigor de la Convención dicha pena no podrá aplicarse a nuevos delitos ni podrá reestablecerse en los Estados que la hubieran abolido (artículos 4.2 y 4.3 CADH). De esta forma, encontramos que si bien la Convención, como acabamos de ver, permite la aplicación de la pena de muerte para determinados delitos graves, a partir de lo establecido en el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte, los Estados se comprometen a no aplicar en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción (artículo 1 PAPM), no pudiendo los Estados formular reservas a dicho Protocolo, pero sí declarar que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra, conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar (artículo 2.1 PAPM).

Por último, el ámbito de protección de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se extiende también a lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre la Desaparición de Personas,²¹ por cuanto en su artículo XIII dispone que el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

Por medio de esta Convención contra la desaparición forzada de personas, los Estados Parte se comprometen, entre otras cosas, a no practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales. Además, se obligan a sancionar, en el ámbito de su jurisdicción, a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo. También lo hacen a los efectos de cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas y para tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o

²¹ La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Su entrada en vigor, de conformidad con lo establecido en su artículo XX, para los Estados ratificantes, se efectuó el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, es decir, el 29 de marzo de 1996. Para los demás Estados que la hayan ratificado, su entrada en vigor será al trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención (artículo I CACDFP).²²

B) La legitimación para interponer la demanda ante la Corte

La segunda de las preguntas giraba en torno a determinar quién o quienes pueden recurrir ante la Corte Interamericana. La respuesta a esta pregunta tiene una doble vertiente, dependiendo del tipo de procedimiento que se pretenda seguir ante la Corte, pues la Convención Americana le ha establecido una atribución competencial respecto de asuntos contenciosos por la vulneración de alguno de los derechos contemplados en la Convención, pero también le ha atribuido una función consultiva respecto de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.²³ En lo que respecta a este trabajo centraremos nuestro análisis en lo referente a la vía contenciosa.

En la vía contenciosa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 CADH, sólo podrán recurrir ante la Corte Interamericana y someterle un caso por violación de derechos:

a) Los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido a la Convención:

Si un Estado Parte tuviera constancia de que otro Estado Parte ha vulnerado las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Huma-

²² Por otra parte, los Estados Parte también se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados Parte podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona. (art. III CACDFP).

²³ De conformidad con el artículo 64 CADH los Estados miembros de la OEA, así como determinados órganos de la OEA, podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, dichos Estados podrán efectuar consultas sobre la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

nos podrá, si lo considera oportuno, presentar la correspondiente demanda. Esta previsión, establecida siguiendo la línea marcada por el artículo 44 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no ha sido todavía puesta en práctica en el sistema interamericano de protección de derechos, por cuanto, amparados en criterios como la no intervención en los asuntos internos de otros Estados, el cual, a su vez, garantiza la no intervención de otros Estados en los asuntos propios, ningún Estado ha procedido a demandar a otro por considerar que no respeta lo establecido en la Convención.²⁴

b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es un organismo establecido, también, siguiendo el antiguo modelo del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entre sus funciones, que han sido anteriormente mencionadas, destacaremos, a los efectos del presente trabajo, la de investigar las denuncias e intentar llegar a una solución amistosa entre las víctimas y el Estado, solución que generalmente se circunscribe a una indemnización. Sólo en el supuesto de que no se llegue a dicho arreglo amistoso determinando el monto de la indemnización y que la Comisión considere que existen elementos suficientes para considerar la existencia de una violación de derechos humanos, procederá a plantear la demanda ante la Corte. Es entonces, la Comisión, un órgano de filtro, que evita que todas las denuncias lleguen ante la Corte y permite que, en principio, sólo le lleguen aquellas denuncias fundadas sobre las que las partes no se ponen de acuerdo.²⁵

²⁴ En el sistema europeo de protección de derechos humanos encontramos un solo caso de demanda de un Estado contra otro. Se trata del caso de la República de Irlanda contra el Reino Unido, en el que el primero de tales Estados cuestionó la legislación antiterrorista y su aplicación por parte del segundo. Ver a este respecto caso Irlanda contra el Reino Unido. Sentencia del 18 de enero de 1978. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 27, 1983; *Serie A des publications de la Cour*, núm. 25, 1978.

²⁵ Hemos señalado que la existencia de la Comisión como órgano de filtro, a fin de que sólo lleguen ante la Corte aquellos casos en los que existen elementos fundados para considerar la existencia de una violación de la Convención y sobre los cuales no ha sido posible llegar a un arreglo amistoso, responde a la antigua línea marcada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos por cuanto, a partir de lo dispuesto por el Protocolo 11 a dicho Convenio, que ha entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998 (BOE del 26 de junio de 1998), la Comisión Europea de Derechos Humanos ha dejado de funcionar a estos efectos. En este sentido, y desde esa

Ahora bien, la Comisión inicia sus investigaciones a partir de una denuncia que puede ser formulada, por cualquier persona (no necesariamente la víctima directa de una violación de derechos) o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la organización. A este respecto debemos señalar que debido a la especial y amarga naturaleza de los hechos que ha investigado la Corte, en la gran mayoría de los casos la denuncia no ha sido presentada por la víctima de la violación, sino que, en su nombre, la han presentado sus familiares, amistades, conocidos, organizaciones de defensa de derechos, etcétera. Ello se ha debido a que (mayoritariamente en los casos conocidos por la Corte, repito) las víctimas directas han sido muertas o desaparecidas. En este sentido, creo que se ha actuado con buen criterio, al aceptar que las denuncias puedan ser formuladas por familiares, amigos, conocidos o miembros de ONG, siempre y cuando, por supuesto, existan elementos de credibilidad respecto de los hechos y las circunstancias denunciadas.²⁶

fecha, el Tribunal Europeo ha sido reestructurado, convirtiéndose en un tribunal permanente al cual pueden recurrir directamente las personas afectadas por las violaciones de derechos, sin tener que pasar por filtro alguno.

²⁶ En este punto no se siguió la línea marcada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que, tanto en su artículo 25.1 como en la modificación que dicho Convenio ha sufrido con la entrada en vigor del ya citado Protocolo 11, se establece que las denuncias han de ser formuladas por aquellas personas físicas, Organización No Gubernamental o grupo de particulares que se considere víctimas de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Se aplica, pues, para poder recurrir un concepto de víctima directa de la violación, que ha sido, además, aplicado de forma estricta por el Tribunal Europeo, a diferencia de lo que sucede en el caso interamericano, que no se requiere ser víctima directa, bastando para poder recurrir ser conocedor de la existencia de una violación. Hay que tener en cuenta que la línea seguida por el Convenio Europeo está basada, como ya lo hemos señalado, en la consideración de que los Estados que le son parte son los Estados europeos occidentales con democracias bastante consolidadas, en los cuales, por lo general, la Policía no utiliza métodos de represión antidemocráticos, ni el ejército tiene una participación ajena (o desvinculada) respecto a la Constitución y a las leyes, ni los ciudadanos tienen mayores problemas por demandar a su Estado, el cual muchas veces llega a ser condenado. Ello no significa que en dichos Estados no se den violaciones de derechos, sino que ellas no pueden ser consideradas como propias del sistema, sino como realidades aisladas, que hay que ubicar y sancionar. En tales circunstancias se puede considerar viable exigir que sean las víctimas de las violaciones quienes recurran, ya que ni su vida, ni su seguridad, ni su libertad, ni sus propiedades, ni la de sus familiares corren, en principio, riesgos ilegítimos y arbitrarios. Éste no es el caso de los países que participan del sistema interamericano, en los que, por el contrario, la arbitrariedad generalmente es un elemento estructural en el funcionamiento de los poderes públicos.

C) Estados a los que se puede demandar

La tercera de las preguntas estaba referida a concretar los Estados que pueden ser demandados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A tal respecto hemos de señalar que sólo se puede demandar a los Estados que hayan ratificado la Convención y que además hayan aceptado expresamente la jurisdicción de la Corte, pues no todos los Estados miembros de la OEA, ni todos los que han ratificado el Convenio han aceptado la jurisdicción de la Corte. En estos momentos sólo son 21 los Estados que han ratificado la Convención y, a su vez, han aceptado expresamente la competencia de la Corte.²⁷

D) Criterios a tener en cuenta al formular la demanda

La cuarta y última interrogante que nos formulábamos respecto a las características que han de tener las demandas ante la Corte Interamericana estaba referida a centrar los criterios que han de ser tenidos en cuenta para formularlas. A este respecto hemos de señalar que el planteamiento de las demandas ha de ser netamente jurídico y no político, respetando las reglas de procedimiento y los trámites procesales, ofreciendo las pruebas pertinentes, los testigos y peritos que hubiere lugar, todo ello con objeto de demostrar que ha habido una vulneración de alguna de las disposiciones de la Convención. En este sentido, no debemos olvidar que la Corte Interamericana es un órgano jurisdiccional que resuelve en derecho.

Lamentablemente, hay que señalar la formación referida a la defensa de los derechos humanos que se ha realizado básicamente desde puntos de vista filosóficos, éticos, morales o políticos, pero no tenemos, o por lo menos es muy incipiente todavía en los Estados Parte de la Convención Americana, una teo-

²⁷ Los Estados que hasta la fecha de cierre de este trabajo han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la vez han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son 21: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. De todos ellos debemos destacar que Trinidad y Tobago ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es por ello que nos referimos a 21 Estados.

ría y/o práctica jurídica respecto de los derechos humanos. Como consecuencia de ello los operadores jurídicos, los abogados y los integrantes de las ONG saben perfectamente politizar un problema de violación a los derechos humanos. Saben perfectamente organizar manifestaciones, protestas y convocar a la prensa, mecanismos que son válidos y legítimos. Pero a la hora de presentar un recurso ante órganos jurisdiccionales, de fundamentarlo y de reivindicarlo en juicio se nota que existen, al margen de la buena voluntad, muchas carencias y falta de preparación jurídica en dogmática de los derechos humanos, lo que permite que, aún teniendo razón en el fondo, algunos casos sean desestimados. En otros casos se olvida, en gran parte, que lo que está en juego es la vida, la integridad de las personas y parece que se busca más un efecto publicitario que la solución al caso concreto.

Un ejemplo de todo ello lo encontramos en el anteriormente citado caso Cayara contra Perú. El caso Cayara tiene sus orígenes en una matanza inicial de aproximadamente de 28 campesinos por parte del ejército peruano, efectuada como represalia por una presunta colaboración del pueblo de Cayara con una columna guerrillera que el día anterior había emboscado a un convoy militar en las cercanías del mismo (13 de mayo de 1988). Además de esas 28 primeras víctimas, en los días posteriores se siguieron matando a diversos testigos de la matanza, que se habían comprometido a testificar en los procesos correspondientes.

La Comisión recibió, entre julio de 1988 y septiembre de 1989, varias denuncias que se acumularon en lo que se denominó caso Cayara contra Perú, y comienza en tales fechas a realizar las diligencias e investigaciones correspondientes. El plazo para interponer la demanda ante la Corte vencía el 31 de mayo de 1991 (si se cuenta, como dice el artículo 51 de la Convención, desde la remisión del informe) o el 5 de junio (si se cuenta la fecha de recepción). El 3 de junio de 1991, vía fax, fue interpuesta la demanda, sin entregarse los recaudos exigidos por el artículo 25 del Reglamento de la Corte vigente, los cuales fueron presentados recién el día 7 del mes y año citados. Por otra parte, el 27 de mayo de 1991 el Gobierno de Perú manifestó a la Comisión que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 34.7 y 8 de su Reglamento, ésta debió transmitir a Perú las partes pertinentes y sus anexos de las réplicas de los reclamantes, formuladas el 1 de noviembre de 1989 (Americas Watch) y el 18 de julio de 1990 (Americas Watch y Amnistía Internacional), lo que no se hizo, privando al país de su derecho de defensa, lo que a su juicio acarrearía “la

nulidad de la investigación y quebranta el marco general de la Convención que Perú a suscrito y ratificado”.²⁸ A ello el gobierno peruano añade que la

[...] investigación del caso Cayara adolece de nulidad, invalida cualquier otro procedimiento al que pueda dar origen y faculta a Perú a inhibirse, en lo sucesivo, de convalidar con su participación tales actos, por considerarlos violatorios de los principios y garantías del derecho internacional y en particular de aquellos que sustentan el Sistema Jurídico Interamericano.²⁹

Ante ello, la Comisión, *motu proprio*, y ateniéndose a que el Tribunal no había iniciado todavía la tramitación del expediente (examen preliminar del Presidente y posterior notificación a las partes) procede a retirar la demanda, a fin de subsanar los vicios procesales señalados por el Gobierno peruano. La Comisión reinicia los trámites y corre traslado al Gobierno de Perú de las réplicas de los reclamantes antes mencionados. Perú mantiene su posición de considerar que el proceso es nulo, que los plazos para realizar diligencias por parte de la Comisión ya habían finalizado y que la Comisión no tenía competencia para retirar un proceso una vez ingresado en la Corte. Efectuados los trámites que la Comisión consideró oportunos volvió a presentar la demanda el 14 de febrero de 1992.

Frente a la Corte, el Gobierno de Perú presentó una serie de excepciones preliminares, a través de la cual se enfrasca con la Comisión en un debate sobre la capacidad de ésta para el retiro de la demanda, así como si el vencimiento del plazo para presentarla debía comenzar a contarse a partir de la remisión del informe o de la recepción del mismo, o si era válida la presentación inicial de la demanda vía fax y sin los recaudos exigidos y la presentación posterior de éstos fuera de plazo.

Por su parte, la Corte considera que, independientemente de estas fechas, que varían en unos pocos días y que para los objetivos que se pretenden proteger por la Convención serían intrascendentes,³⁰ entre la fecha del retiro del

²⁸ Caso Cayara contra Perú. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, Fundamento II. 25.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Respecto del cómputo de los plazos es importante resaltar la jurisprudencia de la Corte en este sentido cuando señala “que es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras

caso y la presentación de la nueva demanda transcurrieron más de siete meses, lo que resulta improcedente. En este sentido, añade que al margen “si el plazo original vencía el 31 de mayo o el 5 de junio de 1991, no hay duda de que el 14 de febrero de 1992 excede, con mucho, los límites de temporalidad y razonabilidad que la Corte ha dicho que informan el procedimiento”,³¹ y, por lo tanto, declaró, sin haber entrado al fondo del asunto, que la demanda fue extemporánea.

Resulta, pues, incalificable que un asunto de tal magnitud pueda haber sido desestimado sin haber entrado a analizar el fondo del asunto por errores (por decir lo menos) de tal magnitud de los miembros de la Comisión.

La Corte tuvo que decidir si la constatación de tales hechos le permitía dictar una sentencia de carácter material, es decir, saltándose todos los procedimientos y, por lo tanto, condenar al Estado, o, por el contrario, dictar una resolución basada en Derecho, que diera credibilidad a la Corte como órgano imparcial, aún cuando ello implique acallar una masacre de tales magnitudes. Sobre este punto la Corte señala que se

[...] debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional. En este caso *sub judice* continuar con un proceso enderezado a lograr la protección de los intereses de las supuestas víctimas, estando de por medio infracciones manifiestas a las reglas procedimentales establecidas en la propia Convención, acarrearía la pérdida de la autoridad y credibilidad indispensable en los órganos encargados de administrar el sistema de protección de derechos humanos.³²

En tal virtud, la Corte se decidió por esta última vía, aún cuando ello implicara, como hemos señalado, acallar una masacre de tales magnitudes. A este respecto ya nos pronunciamos, considerando que al margen de aspectos sub-

formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”. Caso Cayara contra Perú. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, Fundamento IV. 42.

³¹ Caso Cayara contra Perú. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, Fundamento V. 60.

³² Caso Cayara contra Perú. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, Fundamento V. 63.

jetivos, objetivamente ella tenía y tiene bajo su jurisdicción otros casos igualmente importantes, en los cuales la vida y los derechos de las personas dependerá de la credibilidad de la misma como órgano jurisdiccional. Ahora bien, también reiteramos que la Comisión es un órgano del sistema, que recibió la denuncia dentro de plazo, y su mal funcionamiento no puede servir de cobertura para dejar impunes hechos como los del presente caso.

Todo ello nos permite apreciar la necesidad de formar juristas que en la vía jurisdiccional puedan actuar válida y eficazmente, en defensa de los derechos humanos.

4. *Las excepciones preliminares*

Una vez presentada la demanda se abre una etapa en la que se presentan en primer lugar, las excepciones preliminares que se consideren pertinentes.

Las excepciones preliminares son generalmente presentadas por los Estados, y tienen como objeto principal que se discuta en forma previa si la Corte es competente para conocer de los hechos o si se dan los presupuestos exigidos por el Convenio para que la Corte conozca de ello.

Dos son, principalmente, las excepciones preliminares que se presentan en la mayoría de los casos:

A) La primera está referida a un tema que ya hemos señalado, pues los Estados discuten que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha incumplido con los procedimientos y los plazos establecidos por la Convención Americana. Ejemplo de ello lo encontramos en el antes mencionado caso Cayara contra Perú, en el que, además del incumplimiento de los plazos, el Estado alegó que al no haber cumplido con la obligación de transmitirle las réplicas de los reclamantes había sufrido indefensión.

Otro ejemplo lo encontramos en el caso Gangaram Panday contra Suriname,³³ en el que la Comisión, vía fax, presentó sin firma el informe-memoria que fundamentaba la demanda y cuya presentación es obligatoria para admitir a

³³ Caso Gangaram Panday contra Suriname. Excepciones Preliminares. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 12, Secretaría de la Corte, San José, 1994. Los hechos del caso Gangaram Panday contra Suriname los mencionaremos posteriormente al analizar la etapa probatoria.

trámite la demanda, de conformidad con los artículos 25.2 del Reglamento (vigente en aquellos momentos) y 33.2 del Reglamento actual, por lo que el Estado alegó que de admitirse a trámite se estarían aceptando documentos anónimos, vulnerando así el requisito de venir firmados. La Corte consideró que al haber sido enviada por fax y que tenía carátula, si bien ello no era una firma, podía considerar que la demanda no era anónima. Para llegar a esta conclusión y no tener que inadmitir esta demanda, la Corte señaló en el caso *Gangaram Panday contra Suriname* que la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo “esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos”.³⁴ En el mismo sentido la Corte se expresa en los casos *Velásquez Rodríguez contra Honduras*,³⁵ caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras*³⁶ y caso *Godínez Cruz contra Honduras*.³⁷

B) La segunda de las causas principalmente invocadas por los Estados para el planteamiento de las excepciones preliminares la encontramos en la falta de

³⁴ Caso *Gangaram Panday contra Suriname*. Excepciones Preliminares, *op. cit.*, Fundamento IV. 18 y 19.

³⁵ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 1. Secretaría de la Corte, San José, 1987. Fundamento VI. 33. El Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* estuvo referido a la detención violenta y sin orden judicial, tortura y posterior muerte y desaparición, efectuada por elementos de la Dirección Nacional de Investigación y del G-2 (Seguridad del Estado), del estudiante universitario M. Velásquez Rodríguez. La Corte va a condenar a Honduras por violación del derecho a la libertad, por incumplimiento de los deberes de respeto y de garantía del derecho a la integridad personal y por violación del derecho a la vida. Posteriormente, en el proceso respecto a la fijación de la indemnización compensatoria (sentencia del 21 de julio de 1989) la Corte dispuso el pago por parte del Estado de Honduras de 750,000 lempiras en favor de los herederos del señor Velásquez Rodríguez.

³⁶ Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 2. Secretaría de la Corte, San José, 1987. Fundamento VI. 38. Los hechos del caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras* los mencionaremos posteriormente al analizar la etapa probatoria.

³⁷ Caso *Godínez Cruz contra Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 3. Secretaría de la Corte, San José, 1987. Fundamento VI. 36. Los hechos del caso *Godínez Cruz contra Honduras* los mencionaremos posteriormente al analizar la etapa probatoria.

agotamiento de la vía judicial previa. Esta excepción preliminar se fundamenta en que la vía jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido constituida como un mecanismo supletorio sólo utilizable si los órganos judiciales internos no cumplen con su labor de garantizar los derechos humanos reconocidos en la Convención. En tal sentido, el artículo 46.1.a) de la Convención establece como causa de inadmisión a trámite por parte de la Comisión que no se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna.

Hemos de señalar que, en nuestra opinión, la exigencia de agotar los recursos internos, establecida también siguiendo el modelo del Convenio Europeo (artículos 26 y 27.3 CEDH), resulta válida sólo en cuanto esté referida a Estados democráticos consolidados, pero no si nos referimos a Estados autoritarios, o sólo formalmente democráticos, como todavía es el caso de la mayoría de los Estados latinoamericanos. En este sentido, obligar a las personas a sufrir, primero, la violación del derecho, y posteriormente efectuar onerosos y largos trámites ante un poder judicial generalmente dócil frente al Gobierno, y encuabridor de la actuación represiva policial o militar, resulta un agravio añadido. Por el contrario, consideramos que lo que debería promocionarse son las medidas de acción urgente posibilitadas por la segunda parte del artículo 63.2 CADH, en cuanto permite que, como veremos posteriormente, y a solicitud de la Comisión, la Corte pueda intervenir de forma inmediata en asuntos que todavía no se encuentren bajo su conocimiento, a fin de adoptar las medidas cautelares o provisionales que permitan garantizar el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, hay que destacar el importante paso adelante dado por la Corte, cuando al interpretar si se ha procedido a agotar los recursos internos lo ha hecho en sentido amplio, no limitándose a realizar un análisis literal de las excepciones de la Convención Americana para no tener que agotar los recursos internos. Tales excepciones establecidas por la Convención están circunscritas a (artículos 46.2.a, b y c CADH):

- a) Que no exista dentro de la legislación interna del Estado demandado de un debido proceso (procedimiento específico) para la protección del derecho que se alega como violado.
- b) Que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o se le haya impedido agotar-

los, por ejemplo mediante requisitos procesales que los hagan inaplicables.

c) Que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mismos.

Además de tales casos expresamente señalados por el Convenio, y como decíamos con muy buen criterio, la Corte ha señalado que tal requisito de agotar los recursos internos no es exigible tampoco:

- a) Si los recursos existentes son ineficaces o ilusorios para la protección efectiva de los derechos vulnerados.³⁸
- b) Si las medidas adoptadas en virtud del recurso no cuentan con la fuerza vinculante para obligar a las autoridades.
- c) Si la presentación del recurso resulta peligroso para quienes lo interponen.
- d) Si existen elementos racionales para considerar que no existen condiciones de imparcialidad en su aplicación.
- e) Si los recursos son rechazados sin analizar el fondo del asunto o por razones vanales, o puede apreciarse la existencia de una práctica ordenada o tolerada por el poder público.
- f) Si los abogados, jueces o fiscales se encuentran amenazados.

³⁸ A este respecto la Corte señala, sobre la necesaria efectividad de los recursos internos, que:

La fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no sólo estar justificada sino ser urgente. En esos casos no solamente es aplicable el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión, a propósito de la Carga de la prueba, sino que la oportunidad para decidir sobre los recursos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional. De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Ésa es la razón por la cual el artículo 46.2 establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional, precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos no son efectivos.

5. *La adopción de medidas cautelares*

En segundo lugar, y en contrapartida a las excepciones preliminares deducidas por los Estados, el artículo 63.2 de la Convención dispone que en circunstancias de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar que se consolide una situación convirtiendo los daños a las personas en irreparables, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá adoptar las medidas cautelares o provisionales que considere oportunas. Además, dicho artículo dispone en su parte final que en aquellos casos que aún no hayan sido sometidos a su jurisdicción la Corte podrá adoptar tales medidas cautelares a solicitud de la Comisión.³⁹

A este respecto hemos de señalar que el artículo 63.2 CADH faculta a la Corte, como órgano jurisdiccional de carácter pleno, para adoptar, en los casos sometidos a su conocimiento o aunque todavía no lo estén, pero a solicitud de la Comisión, las medidas provisionales que considere pertinentes para garantizar la plenitud de los derechos reconocidos en dicha Convención. Dicho ello debemos señalar que, por su parte, el Reglamento de la Corte procede a diferenciar dos situaciones. La primera, referida a las medidas de carácter cautelar establecidas por el pleno de la Corte durante la celebración de alguno de sus periodos ordinarios o extraordinarios y que viene a reproducir lo establecido por la Convención en cuanto dispone que en cualquier estado del

³⁹ Dicha posibilidad ha sido utilizada en el caso *Carpio Nicolle contra Guatemala* (ya citado) en el que la Corte adoptó medidas provisionales aun cuando el caso todavía no había sido sometido a su jurisdicción.

Teniendo en cuenta que el supuesto fáctico para la adopción de tales medidas provisionales es la existencia de circunstancias de extrema urgencia y gravedad, y que, en principio, y salvo los supuestos excepcionales a los que ya nos hemos referido, los recurrentes han tenido que agotar la vía jurisdiccional interna (que según los Estados puede durar años), y, además, haber tramitado la denuncia ante la Comisión (que también requiere, según el caso, de algún año), reiteramos nuestra afirmación respecto de potenciar la vía establecida por la última parte del artículo 63.2 de la Convención, a fin de que la Corte, como órgano jurisdiccional, adopte, a solicitud de la Comisión, aún cuando el caso todavía no esté bajo su conocimiento, las medidas de acción urgente, necesarias, suficientes y efectivas, para garantizar de forma inmediata el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos, evitando no sólo que los daños se conviertan en irreparables, sino que perdure en el tiempo una situación que, aunque no se convierta en irreparable, resulte vulneradora de los derechos establecidos por la Convención.

procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables en las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes. De ello se desprende, primero, que pueden ser adoptadas en cualquier estado del procedimiento; segundo, han de adoptarse ante la existencia de circunstancias de gravedad y urgencia; tercero, pueden adoptarse de oficio y no necesariamente a instancia de parte; cuarto, no requieren de trámite adicional, como por ejemplo el traslado de la solicitud para que el Estado demandado exprese su opinión, y quinto, las medidas provisionales a adoptar serán todas aquellas que la Corte considere necesarias.

La segunda de las situaciones está referida a cuando la Corte no se encuentra reunida y en tales circunstancias llega una solicitud de adopción de medidas provisionales. Para tales circunstancias el apartado 4 del artículo 25 del Reglamento dispone que, si la Corte no estuviera reunida, el Presidente, previa consulta con la comisión permanente y, de ser posible con los demás jueces, requerirá al Gobierno respectivo para que adopte las providencias urgentes necesarias, a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo periodo de sesiones. Para ello se requiere, primero, que la Corte no se encuentre reunida y se den circunstancias de gravedad y urgencia que hagan necesaria la adopción de tales medidas; segundo, las medidas serán adoptadas por el Presidente; tercero, como único trámite para su adopción se precisa la previa consulta con la comisión permanente y, si es posible, con los demás jueces, y cuarto, la competencia del Presidente está referida a requerir al Gobierno respectivo para que adopte las providencias urgentes necesarias, a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo periodo de sesiones.

Es aquí donde encontramos, entonces, la principal diferencia entre ambas situaciones establecidas por el Reglamento. En la primera la Corte (reunida) será competente para adoptar ella misma todas las medidas cautelares que considere necesarias, mientras que en la segunda el Presidente sólo podrá requerir a los Estados para que adopten las medidas urgentes necesarias para asegurar la eficacia de las futuras medidas provisionales que, en su caso, podrían ser adoptadas por la Corte. Sin embargo, hemos de señalar que, ante la solicitud de adopción de medidas cautelares, la Corte, o se limita a convalidar el previo requerimiento hecho por el Presidente para que el Estado adopte las

medidas urgentes necesarias,⁴⁰ o ella hace tal requerimiento, pero no procede a disponer las medidas concretas que los Estados deberán aplicar, autolimitando su función jurisdiccional.⁴¹

⁴⁰ Ejemplo de ello lo encontramos en el caso Loayza Tamayo contra Perú, en el que el pleno de la Corte ratificó lo previamente resuelto por el Presidente en cuanto dispuso “solicitar al Gobierno de la República de Perú que adopte sin dilación cuantas medidas sean necesarias para asegurar eficazmente la integridad física, psíquica y moral de la señora María Elena Loayza Tamayo, con objeto de que puedan tener los efectos pertinentes las medidas provisionales”. Caso Loayza Tamayo contra Perú. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 2 de julio de 1996, confirmando la Resolución del Presidente del 12 de junio de 1996. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996)*, op. cit., pp. 115-122.

Igual actuación la encontramos, sin intención de hacer un listado exhaustivo, en el caso Vogt contra Guatemala. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 27 de junio de 1996, confirmando la Resolución del Presidente del 12 de abril de 1996. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996)*, op. cit., pp. 123-130; también en el caso Serech y Saquic contra Guatemala. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 28 de junio de 1996, confirmando la Resolución del Presidente del 24 de abril de 1996. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996)*, op. cit., pp. 131-142; en el caso Carpio Nicolle contra Guatemala. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 19 de septiembre de 1995, confirmando la Resolución del Presidente del 4 de junio de 1995. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995)*, op. cit., pp. 101-114; caso Blake contra Guatemala. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 22 de septiembre de 1995, confirmando la Resolución del Presidente del 16 de agosto de 1995. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995)*, op. cit., pp. 115-122.

Así también sucede en el caso Giraldo Cardona contra Colombia. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 5 de febrero de 1997, confirmando la Resolución del Presidente del 28 de octubre de 1996. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 4/97), abril, 1997; en el caso Cesti Hurtado contra Perú. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 8 de septiembre de 1997, confirmando la Resolución del Presidente del 29 de julio de 1997. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 8/97), septiembre, 1997; en el caso Álvarez y otros contra Colombia. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 11 de noviembre de 1997, confirmando la Resolución del Presidente del 22 de julio de 1997. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 10/97), noviembre, 1997, y en el caso Bámaca Velásquez contra Guatemala. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 29 de agosto de 1998, confirmando la Resolución del Presidente del 30 de junio de 1998. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 9/98), septiembre, 1998.

⁴¹ Así por ejemplo en el caso Arnoldo Alemán Lacayo contra Nicaragua, en el que el actual Presidente de Nicaragua, entonces candidato, fue atacado por un grupo armado sin que, en

Por su parte, es necesario resaltar que la adopción de medidas cautelares no está limitada a proteger la vida o seguridad de las víctimas o de sus parientes directos, sino que, además, resultan extensivas también a la protección de testigos, abogados y peritos (por ejemplo sucede en las medidas provisionales adoptadas en los anteriormente citados caso Blake contra Guatemala,⁴² en el

principio, y considerando que se encontraba en plena campaña electoral viajando por el país, recibiera la protección de las fuerzas policiales ni se iniciara una investigación seria sobre tales hechos. En dicho caso el pleno de la Corte dispuso “requerir al Gobierno de la República de Nicaragua que adopte, sin dilación, las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal del señor Arnoldo Alemán Lacayo y evitarle daños irreparables...” Caso Arnoldo Alemán Lacayo contra Nicaragua. Resolución sobre medidas provisionales del 2 de febrero de 1996. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996)*, *op. cit.*, pp. 89-92. Por su parte, en el caso Loayza Tamayo contra Perú la Corte, con fecha 13 de septiembre de 1996, resolvió “requerir al Gobierno de Perú que modifique la situación de la señora Loayza Tamayo, particularmente en lo referente a las condiciones del aislamiento celular al que está sometida...” Caso Loayza Tamayo contra Perú. Resolución de la Corte sobre medidas provisionales del 13 de septiembre de 1996. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1996)*, *op. cit.*, pp. 203-206.

⁴² El caso Blake contra Guatemala investiga la desaparición y posterior muerte de señor Nicholas Chapman Blake, periodista estadounidense que desarrollaba un reportaje sobre la guerrilla guatemalteca. El señor Justo Martínez investigó y dio con el lugar de los entierros, además consiguió que los pobladores del lugar le contaran que el asesinato lo realizaron efectivos militares, a quienes identificaron, y que no lo denunciaron por que miembros del ejército los amenazaron con que si contaban lo que habían visto volverían y los matarían. Desde que formuló la denuncia, el señor Martínez ha sido constantemente amenazado. Por lo que, como ya hemos visto en una nota anterior, el Presidente de la Corte dispuso, lo que fue ratificado posteriormente por la Corte, que Guatemala adopte sin dilación las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad del señor Justo Martínez, su esposa e hijos. Debido a la fecha de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte de Guatemala, la Corte no procedió investigar los hechos originarios, pero sí se reconoció competencia para analizar el comportamiento posterior (al reconocimiento de dicha jurisdicción) por parte del Estado. En tal virtud procedió, en la posterior sentencia sobre el fondo, del 24 de enero de 1998, a condenar a Guatemala por la violación del artículo 8 (realización de un procedimiento judicial con todas las garantías), además de haber violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares del señor Blake, estando el Estado obligado a efectuar las investigaciones necesarias para encontrar y sancionar a los responsables.

caso Serech y Saquic contra Guatemala⁴³ o en el caso Álvarez y otros contra Colombia.⁴⁴

6. *La etapa probatoria*

Por último, se desarrolla la etapa probatoria. A este respecto hemos de señalar que la Corte no se encuentra vinculada ni a los hechos considerados como probados por los órganos judiciales internos, ni por la valoración que de ellos hubieren realizado. En tal sentido, la Corte admite que en su seno se planteen y se practiquen todas las pruebas aceptadas en derecho, pudiendo la Corte ordenar la actuación de pruebas de oficio.

Generalmente, la etapa probatoria se materializa a través de informes, dictámenes y peritajes, presentados por escrito y sustentados de manera oral durante la audiencia pública. Pero dependiendo del caso, la Corte puede disponer que se practiquen otras pruebas.

Ejemplo de esta actividad probatoria la encontramos en el caso Gangaram Panday contra Suriname,⁴⁵ en el que se discutía la detención ilegal, tortura y

⁴³ Los hechos en el caso Serech y Saquic contra Guatemala están referidos a que Pascual Serech, pastor de la Conferencia de Iglesias Evangélicas de Guatemala y Presidente del Comité de Derechos Humanos de dicha Conferencia, fue asesinado. Antes de morir sindicó como su agresor al comisionado militar de la zona de Chimaltenango. Posteriormente fue asesinado también el juez que investigaba el caso, así como el señor Manuel Saquic, quien había asumido las responsabilidades de Serech. A partir de ello los miembros de dicha comunidad religiosa comienzan a ser hostilizados, con objeto de que no continúen las denuncias, siendo amenazados, golpeados, acusados de estar contra el ejército, de recibir dinero del extranjero y poseer armas de fuego. La Resolución del Presidente, posteriormente ratificada por la Corte (como ya hemos señalado en una nota anterior), dispuso requerir al Estado para que garantice la vida de los familiares de las víctimas, así como de los actuales responsables de dicha organización, así como que investigue los hechos y sancione a los responsables.

⁴⁴ Caso Álvarez y otros contra Colombia. Resolución del Presidente del 6 de agosto de 1998, ampliando medidas provisionales, confirmada por la Resolución de la Corte del 29 agosto de 1998. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 9/98), septiembre, 1998. En dichas resoluciones el Presidente, primero, y luego la Corte, deciden ampliar las medidas provisionales en favor del señor Daniel Prado y su familia, por cuanto el señor Prado es abogado de ASFADDES, que representa a los familiares de las víctimas en varios procesos penales y de reclamación indemnizatoria, habiendo sido, por ello, amenazado.

⁴⁵ Caso Gangaram Panday contra Suriname. Sentencia sobre el fondo del 21 de enero de 1994. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 16, Secretaría de la Corte, San José, 1987.

muerte del señor Gangaram Panday, quién llegó a Suriname, su país de origen, expulsado de Holanda. Al llegar al aeropuerto fue detenido por la Policía Militar para investigar los motivos de su expulsión. Días después apareció ahorcado en su celda. La primera autopsia consideró que se suicidó ahorcándose. Una segunda autopsia indicó que había muerto por asfixia, pero que no era posible atribuir la responsabilidad de su deceso. Una tercera autopsia dictaminó la existencia de elementos para considerar la muerte como violenta.

Antes de realizarse la cremación un familiar logró entrar al depósito de cadáveres y vio en el cuerpo del señor Gangaram Panday señas de violencia física, así como también percibió que los testículos estaban aplastados y ensangrentados. Ante tal hecho, y utilizando una cámara de vídeo, filmó al cadáver. En la Corte se realizó un interesante debate entre médicos legistas y peritos (médicos designados por la Corte), requiriéndose el apoyo técnico del Departamento de Medicina Legal, Organismo de Investigación Judicial de Costa Rica, y del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de Venezuela, quienes, al no poder examinar el cadáver, al haber sido incinerado, tuvieron al vídeo doméstico filmado por el familiar como base del trabajo para determinar si existieron torturas u otros signos de violencia.⁴⁶

Otro ejemplo de la actividad probatoria realizada en la Corte, esta vez ejercida de oficio, la encontramos en el ya citado caso Godínez Cruz contra Honduras (sentencia sobre el fondo). En dicho caso se investigaba la denuncia de la detención, muerte y desaparición del señor Godínez Cruz por parte de un comando militar. La Corte, después de escuchar a los testigos y analizar los dictámenes e informes, para mejor resolver decidió de oficio que se suministrara el organigrama del batallón 316 y su ubicación dentro de las fuerzas armadas, además llamar a declarar a diversos miembros de las fuerzas armadas. Ello originó una polémica a nivel interno, puesto que Honduras consideró, en un primer momento, que tal información podía vulnerar su defensa y seguridad

⁴⁶ Finalmente, la Corte dividió su fallo sobre el fondo en dos partes. En la primera consideró que no había pruebas suficientes para comprobar que el señor Gangaram Panday había sido torturado hasta la muerte. La segunda consideró que la situación de detención del señor Gangaram Panday se desarrolló de forma ilegal, por lo que condenó a Suriname por la violación del derecho a la libertad y le impuso, además, el pago de 10,000 dólares en concepto de reparación en favor de sus herederos. Ver caso Gangaram Panday contra Suriname. Sentencia sobre el fondo del 21 de enero de 1994, *op. cit.*

nacional. Sin embargo, tuvo que acatar la disposición de la Corte, aun cuando ésta aceptó que tales datos fueran entregados en sesión secreta.

Por su parte, respecto a la valoración de las pruebas, encontramos que en las sentencias de la Corte se ha venido consolidando una jurisprudencia bastante importante respecto de la efectiva protección de los derechos humanos. Entre las diversas líneas jurisprudenciales establecidas por la Corte queremos destacar una a título de ejemplo, la cual está referida al grado de suficiencia de las pruebas respecto de los casos en los que se investiguen detenciones ilegales o la desaparición de personas. En tales casos la Corte considera que no es necesario acreditar, de forma fehaciente, todas las circunstancias de la detención y/ o desaparición, y determinar a las personas responsables, sino que bastará, primero, la existencia de indicios que permitan apreciar que se ha efectuado una detención de forma ilegal o arbitraria, y, en segundo lugar, la existencia de pruebas referenciales que acrediten la existencia de una práctica de los órganos del Estado destinada a no investigar tales actos, o a encubrirlos, o que el Estado no presente las pruebas solicitadas por la Corte, o que simplemente no facilite o entorpezca las investigaciones.

De esta forma, si se acredita la existencia de tal práctica o actitud, y mediante testigos u otras declaraciones se alcanzan a obtener indicios racionales de que dicha persona fue detenida, el Estado será condenado. Ello sucedió en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz (ambos contra Honduras), detenidos y desaparecidos, y respecto de los cuales nunca han aparecido sus cadáveres.⁴⁷ En tales casos Honduras fue condenado, puesto que, primero, a criterio de la Corte, habían indicios más que suficientes para considerar que fueron agentes vinculados al Estado quienes los detuvieron (coches sin matrícula y con distintivos militares, lunas tintadas, gente con uniforme militar, usando armas de guerra utilizadas por las fuerzas armadas, pasando —a la ida y a la vuelta— por controles militares). Y, segundo, porque Honduras no desarrolló ni una investigación seria e independiente, y además obstaculizó los intentos de desarrollarla.⁴⁸

⁴⁷ Ver a este respecto caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia sobre el fondo, *op. cit.*, Fundamento IX. 147 y ss.), y caso Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia sobre el fondo, *op. cit.*, Fundamento IX. 153 y ss.

⁴⁸ Dicho ello, debemos señalar que, sin embargo, la Corte, en una sentencia bastante crítica al caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras (sentencia sobre el fondo), luego de constatar la desaparición de F. Fairén Garbí e Y. Solís Corrales, así como la existencia du-

La formulación de este criterio se fundamenta en que el proceso ante la Corte no puede equipararse a un proceso penal destinado a sancionar a los responsables materiales, sino que, por el contrario, está destinado a amparar a las víctimas, a exigir responsabilidades a los Estados y obligarlos a efectuar reparaciones de los daños ocasionados (casos ya citados Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia sobre el fondo (Fundamento VII. 134), y Godínez Cruz contra Honduras. Sentencia sobre el fondo (Fundamento VII. 140).

7. *El dictado de las sentencias*⁴⁹

Finalizada la etapa probatoria, la Corte procede al dictado de la sentencia, la cual ha de ser adoptada con el voto conforme de la mayoría de los jueces presentes, teniendo en cuenta que el quórum para reunirse válidamente es de cinco de los siete jueces.

La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable y de cumplimiento obligado (artículo 68 CADH), si bien hay que reconocer que no puede ejecutarse de manera forzada. Hasta ahora todas las sentencias de la Corte han sido cumplidas, aun cuando los Estados arbitran mecanismos, como la solicitud de in-

rante esas fechas en Honduras de una práctica represiva de desaparición forzada de personas, y de no investigar tales hechos y, en su caso, obstaculizar tales investigaciones, llega al convencimiento de que no debe condenar al Estado de Honduras por cuanto a que del proceso no quedaba acreditado que tales personas desaparecidas hubieran, efectivamente, desaparecido en Honduras, ya que viajaban en tránsito por Honduras con destino a México desde Nicaragua. En el respectivo puesto fronterizo de Nicaragua se certificó su salida del país hacia Honduras, pero las autoridades hondureñas negaron que hubieran entrado a su país. Por otro lado, la Corte no encontró suficientes elementos de prueba que le permitieran vincular la desaparición de F. Fairén Garbí e Y. Solís Corrales con tales prácticas gubernamentales, ni que las fuerzas de seguridad los tuvieran por sospechosos o peligrosos, ni que estuvieran bajo vigilancia, ni se encontraron indicios de que su detención y desaparición se produjera en Honduras. Además, la información de que F. Fairén estuvo en un local de detención clandestino se debe a unos testigos que en principio no lo vieron, sino que manifiestan haber leído su nombre en un listado. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras. Sentencia sobre el fondo, *op. cit.*

⁴⁹ Es necesario destacar que, si bien la Corte utiliza la denominación de sentencia en forma general aplicándola a todas las Resoluciones que adopta (incluyendo las que resuelven las excepciones preliminares o las que determinan las indemnizaciones compensatorias), en este punto abordaremos sólo aquellas que resuelven el fondo del asunto.

interpretación de las sentencias o la discusión del monto de las indemnizaciones, para retrasar al máximo su cumplimiento.

La condena a un Estado por violación de derechos implica una reparación, basada en la plena restitución de la situación anterior a la violación del derecho,⁵⁰ lo que no siempre se puede alcanzar, sobre todo cuando se trata de muertes o desapariciones, así como de las consecuencias originadas por la violación. Por otra parte, la sentencia condenatoria también acarrea el pago de una indemnización por los daños patrimoniales y no patrimoniales que se hayan sufrido. Además, dependiendo del caso concreto, la Corte también procede a establecer determinadas obligaciones que el Estado condenado debe cumplir.

Para la determinación de la reparación la Corte utiliza como criterios generales la edad de la víctima, la expectativa de vida en el país, sus ingresos reales y potenciales y el número de sus dependientes y sucesores. Por su parte, la indemnización por los daños sufridos comprende:

a) El daño material, el cual está dividido en dos categorías:

a.1) El daño emergente: en el cual se incluyen los gastos en que incurrieron las víctimas o sus familiares, dependientes o sucesores como consecuencia directa de los hechos. Se incluyen en este rubro gastos relacionados con las gestiones judiciales y administrativas, gastos médicos, de fotocopias, llamadas telefónicas, otros gastos de asistencia jurídica, etcétera.

⁵⁰ Ejemplo de las medidas de restitución adoptadas por la Corte las encontramos en el caso Loayza Tamayo contra Perú. Indemnización compensatoria. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 11/98), diciembre, 1998. En dicha sentencia se dispuso:

a) Que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para reincorporar a la señora Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones deberá ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención, con valor actualizado a la fecha.

b) Que el Estado peruano debe asegurar a la señora Loayza Tamayo el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo para ello el tiempo transcurrido desde su detención.

c) Que el Estado peruano debe adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiera sido emitida en el proceso a que fue sometida en el fuero civil produzca efecto legal alguno.

a.2) El lucro cesante, dentro del cual encontramos también dos situaciones diferentes. La primera referida a si la víctima está con vida y por tanto es el destinatario de la indemnización. A este respecto la Corte considera como lucro cesante los ingresos que hubiera dejado de percibir como resultado de la violación, añadiéndole los ajustes correspondientes. La segunda situación está referida a si la víctima ha muerto como resultado de la violación y por lo tanto son los familiares los perceptores de la indemnización. En tal caso la Corte les otorga las cantidades que podían haber percibido de parte de la víctima, durante los años de vida de ésta. Para ello considera que los familiares tienen, en principio, la posibilidad presente y futura de trabajar o de tener ingresos por sí mismos.⁵¹ Si se trata de menores, añade que la víctima no siempre los iba a mantener, y que a cierta edad tendrían que trabajar. Para la Corte, en todo caso, se les debe garantizar la educación.

b) El daño moral: el cual se fundamenta en la aflicción o dolor que origina en la víctima o, en su caso, en los familiares los actos que implican la violación de los derechos humanos. La Corte considera que el daño moral infligido a la víctima no necesita pruebas de su existencia, bastando para ello el hecho de la condena efectuada en la sentencia sobre el fondo.⁵²

Por el contrario, respecto de los sucesores y demás dependientes, la Corte considera que han de acreditar la existencia del daño moral. En tal sentido, señala que “al igual que en el caso de la reparación por perjuicios mate-

⁵¹ Ver caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Indemnización compensatoria. Sentencia del 21 de julio de 1989. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 7. San José, Secretaría de la Corte, 1990. Fundamento VI. 48 a 52.

⁵² Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname. Indemnización compensatoria. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 15. San José, Secretaría de la Corte, 1994. Fundamento VIII. 52.

Los hechos del caso Aloeboetoe y otros contra Suriname giran en torno a que un grupo de 20 personas que se había trasladado a trabajar a un pueblo volvía a sus casas, cuando fueron detenidos por un control policial. Se les dijo que eran miembros del comando de la selva. Fueron golpeados con las culatas y heridos con las bayonetas, todo ello en presencia de otras 50 personas. De ellos 13 fueron posteriormente puestos en libertad y los siete restantes subidos a un camión militar. Días después fueron encontrados semienterrados en un descampado. Habían muerto a tiros.

riales alegados por los dependientes, el daño moral, en general, debe ser probado”.⁵³

En esta misma línea, la Corte constató el daño moral sufrido por los familiares de la víctima (esposa e hijos) a partir de unos documentos periciales en los que figuraba que “sufrían diversos síntomas de sobresalto, angustia, depresión y retraimiento, todo ello con motivo de la desaparición del padre de familia”. Con tales certificaciones la Corte consideró evidente que “se produjeron consecuencias psíquicas nocivas en sus familiares inmediatos, los que deben ser indemnizadas bajo el concepto de daño moral”.⁵⁴

Por el contrario, la Corte admite en determinados casos la presunción de la existencia del daño moral cuando, al analizar la situación de los padres de las víctimas fallecidas que no han sido declaradas como sucesores, señala que “no obstante, en este caso particular, se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo”.⁵⁵

Por otro lado, hemos de señalar que para la determinación del daño moral la Corte acude al principio de equidad,⁵⁶ que según sus palabras no le permite “actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios”,⁵⁷ si bien no llega a concretar una fórmula general, sino que las sentencias las resuelve apreciando las circunstancias en cada caso concreto.

c) Otros contenidos de la sentencia. El establecimiento de obligaciones por parte del Estado condenado.

⁵³ Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento XI. 75.

⁵⁴ Ver casos Velásquez Rodríguez contra Honduras. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento 51, y Godínez Cruz contra Honduras. Indemnización compensatoria. Sentencia del 21 de julio de 1989. *Serie C (Resoluciones y Sentencias)*, núm. 8. San José, Secretaría de la Corte, 1990. Fundamento V. 49.

⁵⁵ Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento XI. 76.

⁵⁶ Casos Velásquez Rodríguez contra Honduras. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento IV. 27, y Godínez Cruz contra Honduras. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento IV. 25.

⁵⁷ Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento XIV. 87.

En determinados casos la Corte, al momento de emitir la sentencia sobre el fondo, además de disponer las reparaciones e indemnizaciones antes mencionadas, procede a establecer determinadas obligaciones que el Estado condenado deberá cumplir. Sin ser exhaustivo a este respecto, señalaremos, por ejemplo, la obligación impuesta a Suriname de reabrir la escuela de Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación, en el curso de ese año, el dispensario existente en ese lugar.⁵⁸

Otro ejemplo lo encontramos en la obligación impuesta a Perú de tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los decretos-leyes 25.475 (delito de terrorismo) y 25.659 (delito de traición a la patria) se conformen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁹

En la misma línea encontramos la obligación impuesta a Ecuador al declarar que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal de Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana, debiendo proceder a derogarlo o a modificarlo para hacerlo compatible con lo dispuesto en la Convención.⁶⁰

Para terminar, simplemente mencionaré que el dictado de la sentencia condenatoria no elimina la obligación del Estado de investigar los hechos violatorios que originaron el caso, de identificar y sancionar a los responsables y de

⁵⁸ Caso Aloeboetoe y otros contra Suriname. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Parte Resolutiva.

⁵⁹ Caso Loayza Tamayo contra Perú. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Parte Resolutiva.

Al momento de terminar este trabajo no tenemos constancia de que el Estado peruano haya procedido a derogar o a modificar dichos Decretos-leyes a fin de adecuarlas a lo dispuesto en la Convención.

⁶⁰ Caso Suárez Rosero contra Ecuador. Sentencia sobre el fondo del 12 de noviembre de 1997. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 10/97), noviembre, 1997.

El caso Suárez Rosero contra Ecuador se refiere a que el señor Suárez Rosero se encontraba en prisión provisional por cuatro años (en 1995) por un delito (encubrimiento de tráfico de drogas) que en el Código Penal está previsto con un máximo de dos años de prisión. Se presentaron varios hábeas corpus con resultado negativo. Además, durante el tiempo de prisión sufrió, según la demanda, un atentado (según la Policía se trató de una pelea entre presos) y su familia ha sido amenazada.

adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno que permitan asegurar el cumplimiento de esta obligación.⁶¹

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de estas líneas hemos realizado una aproximación al muy importante trabajo que viene realizando la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la consolidación de la democracia y del respeto a los derechos humanos en los países americanos que han ratificado la Convención Americana y aceptado su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha venido consolidando, de forma paulatina y progresiva, una actuación bastante positiva en el desarrollo de su función jurisdiccional de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho ello, hay que reconocer la necesidad de que la propia Corte efectúe determinados ajustes a su funcionamiento, que le permitan, dentro de sus atribuciones y competencias, llegar a cumplir plenamente su tarea de defender los derechos humanos en el continente americano.

⁶¹ Ver a este respecto los casos Velásquez Rodríguez contra Honduras. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento V. 34, y Godínez Cruz contra Honduras. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Fundamento V. 32. En el mismo sentido se expresa en el Caso Loayza Tamayo contra Perú. Indemnización compensatoria, *op. cit.*, Parte Resolutiva, y en el caso Suárez Rose-ro contra Ecuador. Sentencia sobre el fondo, *op. cit.*, Parte Resolutiva.

Así también lo hace en el caso Garrido y Baigorria contra Argentina. Indemnización compensatoria. Sentencia del 27 de agosto de 1998. *Boletín de Prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Secretaría de la Corte (CDH-CP 9/98), septiembre, 1998. Parte Resolutiva. Los hechos del caso Baigorria y Garrido contra Argentina giran respecto de la detención por la Policía de Raúl Baigorria y Adolfo Garrido, supuestamente como sospechosos de haber participado en un robo. La detención se efectuó en una plaza pública, delante de muchos testigos que conocían a las víctimas. Nunca más se supo ni del paradero ni del estado de ellos. Todos los recursos internos, incluyendo el hábeas corpus no dieron resultado. Presentada la demanda ante la Corte Argentina, aceptó su responsabilidad y negociar una indemnización.

CASOS PLANTEADOS

Además de los ya señalados.

a) Genie Lacayo contra Nicaragua.

b) Castillo Páez contra Perú.

Ernesto Rafael Castillo Páez era un estudiante universitario. Inmediatamente después de una explosión resultado de un atentado terrorista, el señor Castillo Páez quien transitaba por las inmediaciones, fue detenido por la Policía como sospechoso de haber participado en dicho acto. Tanto las diligencias policiales como las del hábeas corpus fueron ineficaces para saber el paradero y estado del señor Castillo Páez. Por otro lado, el hábeas corpus fue declarado fundado en todas las instancias hasta llegar a la Corte Suprema, que declaró la improcedencia al considerar que no se encontraba probada la detención. Por otra parte, la vía judicial ordinaria declaró probado el hecho de la detención y que ésta fue realizada por efectivos policiales, pero ordenó el archivo definitivo de la causa por cuanto no se podía identificar a los responsables.

—Caso Serech y Saquic contra Guatemala.

ACTUACIÓN EFECTIVA DE LA CORTE

Caso Maqueda contra Argentina. El señor Guillermo Maqueda era miembro del grupo Todos por la Patria, movimiento político de carácter democrático legalmente establecido. En una reunión de dicho partido corrió la voz de que al día siguiente podía realizarse un levantamiento militar, por lo que deciden ir al día siguiente al cuartel de La Tablada, con objeto de realizar una manifestación pacífica en defensa de la democracia. Cuando llegaron se encontraron con un enfrentamiento armado y que un grupo de personas intentaron tomar el cuartel. Cuatro meses después el señor Maqueda fue detenido, juzgado y senten-

ciado a 10 años de cárcel por ser partícipe de tales actos de asociación ilícita, rebelión, homicidios consumados y en grado de tentativa, robo, etcétera.

La ley por la que fue juzgado restringía su participación en el proceso, su capacidad probatoria y de presentar recursos. El planteamiento de la demanda ante la Corte originó que Argentina pactara con el señor Maqueda y sus familiares, con objeto de ponerlo en libertad condicional a cambio de que retire la demanda. Como así sucedió.

CASOS EN LOS QUE EL ESTADO ACEPTA SU RESPONSABILIDAD Y BUSCA UN ACUERDO AMISTOSO PARA PAGAR LA INDEMNIZACIÓN

—Caso Baigorria y Garrido contra Argentina.

—Caso Aloeboetoe contra Suriname.

—Este desconocimiento es bastante lamentable sobre todo respecto de los operadores jurídicos, los abogados, los integrantes de las ONG, los cuales saben perfectamente politizar un problema de violación a los derechos humanos. Saben perfectamente organizar manifestaciones, protestas, convocar a la prensa. Pero a la hora de fundamentarlo se notan muchas carencias que denotan una clara falta de preparación jurídica.

CASOS RESUELTOS

—Aloeboetoe contra Suriname. Reparaciones.

—Neyra Alegría contra Perú (frontón). Reparaciones.

—El amparo contra Venezuela. Reparaciones.

—Velásquez Rodríguez contra Honduras. Reparaciones.

- Godínez Cruz contra Honduras (detenido cuando iba a trabajar. Era profesor de FP. Desapareció). Reparaciones.
- Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras (desaparecidos cuando viajaban desde Nicaragua a Guatemala y México). Declara no probado que desaparecieron en Honduras.
- Velásquez Rodríguez contra Honduras (detención y posterior muerte del estudiante universitario). Reparaciones.

LAS REPARACIONES

—Caso Alemán Lacayo contra Nicaragua.

Planteado por el actual Presidente de Nicaragua, Arnoldo Alemán Lacayo, mientras era candidato a la presidencia. En uno de sus traslados por el interior del país su comitiva fue atacada por un grupo armado. Resultado de ello uno de sus guardaespaldas murió. Los denunciantes consideran que el Estado no hizo gran cosa para protegerles la vida, la cual consideran que corre peligro sobre todo cuando se trasladan a zonas de gran influencia sandinista. La Corte requiere al Estado adoptar las medidas que salvaguarden la vida del señor Alemán. Es interesante señalar que los hechos sucedieron el 25 de enero de 1995. Las elecciones se realizaron el 20 de octubre de 1995, y estas medidas cautelares se adoptaron el 2 de febrero de 1996, cuando el señor Alemán ya era Presidente.

—En el caso Vogt contra Guatemala. [Los hechos en el caso Vogt contra Guatemala se refieren a que Daniel Josepf Vogt es un sacerdote católico que trabaja con las comunidades indígenas en el interior de Guatemala. Como resultado de sus actuaciones ha sido objeto, en forma reiterada, de amenazas, a fin de que abandone sus actividades o, en todo caso, deje el país. Según la demanda, como medio de presión para alcanzar tales objetivos se le han abierto procesos penales por incitar a la sedición, fomentar la invasión de fincas, deforestación y en una oportunidad salvó la vida de una emboscada que no ha sido investigada. En reiteradas oportunidades ha solicitado protección a la Policía, la cual sólo se la ha brindado en momentos esporádicos].

Por nuestra parte consideramos que en el caso F. Fairén Garbí e Y. Solís Corrales se daban los elementos más que suficientes para condenar al Estado

de Honduras a partir de las constataciones efectuadas por la Corte, especialmente la referida a la existencia de una práctica de desapariciones forzadas de personas, así como por la actitud del Gobierno de Honduras de no realizar una investigación seria al respecto y sobre todo por obstaculizar las investigaciones que se realizaron, especialmente, primero, limitando la exhumación del *cadáver de la montañita*, donde diversos indicios indicaban que podía estar enterrado el señor Fairén, y luego permitiendo que el cadáver desapareciera antes de que se le hiciera el reconocimiento ordenado por la Corte, argumentando que:

[...] lamentablemente [...] debido a los embates de la naturaleza y el transcurso de los años en toda esa zona se han ocasionado derrumbes y deslizamientos, los cuales fueron agravados por el reciente paso del huracán Gilberto, hecho éste que hace imposible ubicar en la actualidad el lugar exacto donde fue sepultado el referido cadáver (Fundamento V. 60).

En este sentido, consideramos que no es dable que la Corte señale que:

[...] reconoce, desde luego, que si ese cuerpo hubiera sido hallado e identificado como el de F. Fairén Garbi, se habría configurado un hecho de significativa importancia para el establecimiento de la verdad. El comportamiento del Gobierno privó a la Corte de esta posibilidad. Debe, sin embargo, reconocerse que si el cadáver hubiera sido exhumado y se hubiera comprobado que no correspondía a F. Fairén Garbi, ese sólo hecho no hubiera bastado para liberar a Honduras de toda responsabilidad por su desaparición...

Y dicho lo cual, de forma contraria a lo argumentado, concluye diciendo que:

[...] como esa presunción no bastaría para resolver las numerosas contradicciones provenientes de elementos probatorios que apuntan en un sentido diferente [se refiere a la posibilidad de que efectivamente no hayan entrado a Honduras], la Corte no puede fundamentar su decisión únicamente en ella (FJ. XI. 160).

Olvidando además que la exhumación y examen del cadáver no era el único elemento en el que podía fundamentar su decisión.

LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DEL MENOR PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONVENCIONAL: *REGIONALISMO, UNIVERSALISMO Y GLOBALIZACIÓN*

Pedro-Pablo Miralles Sangro,
Profesor titular de Derecho internacional privado,
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. A TÍTULO INTRODUCTORIO. II. DERECHOS HUMANOS Y CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1993: UNA CONCRECIÓN PARTICULAR DEL *INTERÉS DEL MENOR* PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. PRELIMINARES RELATIVOS AL FORTALECIMIENTO PROGRESIVO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN LA HISTORIA RECIENTE DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989 Y LA FUERZA EXPANSIVA UNIVERSAL Y *GLOBALIZADORA* DE SU HALO PROTECTOR. 3. EL *INTERÉS DEL MENOR* COMO *CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO* Y EJE CENTRAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR. III. LA UNIFICACIÓN PROGRESIVA CONVENCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES POR LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *UNIVERSALISMO Y GLOBALIZACIÓN*. 1. EL FRÁGIL REGIONALISMO INEVITABLE DE LAS PRIMERAS ETAPAS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA. 2. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES COMO EJE CENTRAL DE LA TERCERA ETAPA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA: CONTRADICCIONES PARA LA FORJA DEL UNIVERSALISMO. 3. LAS TENSIONES DE LA RELACIÓN UNIVERSALISMO *VERSUS* REGIONALISMO Y PRESENCIA DE LA *GLOBALIZACIÓN* EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA. IV. PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL DERECHO CONVENCIONAL Y EN LA NORMATIVA DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AMERICANO Y EUROPEO: 1. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES POR LA OEA EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL REGIONAL DEL *TRÁFICO EXTERNO*. A) LA CODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LA CONFERENCIA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP). B) EL TRABAJO ESPECIALIZADO DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (IIN). 2. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL EUROPEA: A) EL CONSEJO DE EUROPA COMO REFERENCIA INTEGRADORA *REGIONAL* CLAVE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. B) LA UNIÓN EUROPEA COMO INTEGRACIÓN PRAGMÁTICA QUE ARTICULA LA CONFLUENCIA DE INTERESES *REGIONALES* Y *GLOBALES*. V. EPÍLOGO.

I. A TÍTULO INTRODUCTORIO

1. Desde la consolidación de la revolución burguesa y posteriormente de la Revolución industrial, tomó carta de naturaleza la constatación progresiva de la desprotección de los menores, al igual que la de otros colectivos discriminados, como, por ejemplo, el de la mujer, pero el inicio de su protección normativa no tuvo lugar hasta bien entrado el siglo XX. Por eso, después de un siglo de vaivenes sobre cómo, cuándo y dónde debería plasmarse la efectiva protección jurídica de los derechos de los menores, parece oportuno intentar una recapitulación, aunque sea de forma somera, de la trayectoria seguida hasta el momento en el derecho internacional privado convencional a la vista del sistema de protección general de los derechos humanos.¹

Al fin y al cabo, se trata de reflexionar acerca del paso de la consideración del menor como objeto de derechos ajenos a su persona, particularmente sus progenitores y su familia, al tratamiento del menor como verdadero sujeto de derecho al que le es debida una especial protección por su condición de menor de edad.

2. La expresada oportunidad se revela aún más idónea si se realiza desde la perspectiva de esa especialidad del mundo del derecho que se ocupa del tratamiento y la regulación del llamado *tráfico externo* o, lo que es igual, del derecho internacional privado y, más especialmente, centrando la atención en el derecho convencional multilateral del que en sus diferentes manifestaciones participa el conjunto de Estados que componen la comunidad mundial.

Es frecuente que cuando se trata de los derechos humanos el pensamiento se dirija al ámbito del derecho público y, en consecuencia, cuando se alude a la protección de los derechos de los menores, se preste mayor atención a los aspectos públicos que les afectan. Pero la realidad nos muestra que, conforme se hace más complejo el establecimiento de las fronteras entre lo *público* y lo *privado*, cada día alcanzan mayor relevancia los aspectos de la protección de

¹ Sobre la protección de los menores en el derecho internacional privado, desde una perspectiva general, y teniendo particularmente en cuenta el derecho español, ver la obra dirigida por E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, vol. I, 4a. ed., septiembre, 2003, 1a. reimp. noviembre 2003, y vol. II. *Derecho civil internacional*, 1a. ed., diciembre, 2001, 2a. reimp. septiembre, 2003, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

los menores en el ámbito del derecho privado —sin que ello suponga desmerecimiento a la importancia de los aspectos que giran en torno a los intereses públicos—, en el caso que nos ocupa, del derecho internacional privado.²

Cuando se trata de proteger a los menores siempre estarán imbricados los elementos de derecho público y derecho privado. En el tratamiento armonioso de ese conjunto de intereses estribará la fortuna y el acierto de la protección que se busca de ese gran colectivo mundial que es el de los menores.

3. En el marco general de los derechos humanos se encuentra la protección de los menores, de los niños, de la infancia, que no por menores de edad dejan de ser personas, y si jurídicamente se consideran menores es porque sus derechos particulares requieren y exigen una especial protección en la que, como ya se ha expuesto, los intereses públicos y privados se entremezclan y confunden. De ello se infiere la necesidad de realizar un mayor esfuerzo y dedicación para lograr la finalidad protectora perseguida.

4. La lentitud y torpeza, no ingenua sino, más bien, intencionada, del desarrollo y protección de los derechos de los menores en el ámbito de los derechos humanos es una realidad que nos ofrece un firme acicate para llevar a cabo su estudio y, en particular, como queda expuesto en el título, para prestar la debida atención que su protección demanda al derecho internacional privado en su perspectiva convencional. En consecuencia, ha de partirse de la base de que en el derecho convencional, en especial el multilateral, se encuentra una de las claves para el desarrollo y la consolidación de la protección de los derechos de los menores en el ámbito del derecho internacional privado general.

5. El tratamiento del tema en estas reflexiones se hace desde una particular perspectiva: la denominada occidental —que fundamentalmente abarca América y Europa—,³ en la que el actual imperante proceso de *globaliza-*

² Sobre la relación entre lo público y lo privado y acerca de los intereses en juego en el derecho internacional privado cabe destacar la obra tradicional de E. Pérez Vera, *Intereses del tráfico jurídico externo y derecho internacional*, Universidad de Granada, 1976.

³ Sobre los sistemas regionales de protección de los derechos de los menores en el marco general de la protección de los derechos humanos resulta de especial interés la obra de M. Vargas G-Urrutía, *La protección internacional de los derechos del niño*, pról. de P. P. Miralles Sangro. México, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, Universidad Panamericana, Sistema Estatal DIF Jalisco, Instituto Cabañas, 1999.

*ción*⁴ tiene como referentes esenciales el control del sistema económico y del poder político hegemónico que representan Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea,⁵ que pasa de 15⁶ a 25⁷ Estados miembros a partir del 1 de mayo de 2004.

Es de señalar que en el continente africano, y a pesar de su escaso grado de integración continental, son de importancia las iniciativas adoptadas por la Organización para la Unidad Africana en el ámbito de la protección de los derechos humanos y de los menores: la *Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos*, hecha en Nairobi el 24 de junio de 1981 y la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*, hecha en Addis Abeba el 11 de julio de 1994.⁸

⁴ La numerosa bibliografía sobre *globalización* de fácil acceso para cualquiera que utilice medios *globalizados* como internet hace innecesaria aquí su referencia. No obstante, y para el derecho internacional privado en particular, son de especial interés las siguientes obras y trabajos: R. Sanz Burgos, coord., número monográfico dedicado a *La globalización, Revista a Distancia*, UNED, vol. 19, núm. 2, invierno 2001/02; J. L. Muñoz de Baena, *Derecho, derechos humanos y globalización*. Madrid, UNED (en prensa); J. Carrascosa González, *Globalización y derecho internacional privado*, liberlibro.com. [España], 2002; T. Negri y M. Hardt, *Imperio*. Barcelona / Buenos Aires / México, Paidós, 2002; J. Pastor, *Qué son los movimientos antiglobalización*. Barcelona, RBA integral, 2002; J. L. Sampedro, *El mercado y la globalización*. Madrid, Destino, 2002; E. Vassilakakis, "Les rapports entre la globalisation et la protection des droits de l'homme", en la obra colectiva que contiene los trabajos del Seminario dirigido por P. N. Stangos y P. Glavinis, sobre *La formation des professionnels du droit dans le cadre du programme "Méditerranée pour la démocratie"*. *Approches issues d'un séminaire de formation en matière d'Etat de droit et des libertés fondamentales*. Thessalonique, Faculté de Droit, Université Aristote de Thessalonique, 2001, pp. 139-151.

⁵ Sobre la historia de la Unión Europea y su derecho existe una ingente bibliografía de fácil acceso, pero quizá resulte de particular interés la obra colectiva de E. Linde Paniagua, P. Mellado Prado, P. P. Miralles Sangro, M. Bacigalupo Saggese, C. Fernández Rodríguez y J. A. Fuentetaja Pastor, *Principios de derecho de la Unión Europea*. Madrid, Colex, 2000, así como la obra colectiva coordinada por E. Linde Paniagua, *Políticas comunitarias*. Madrid, Colex, 2001.

⁶ Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia.

⁷ El 16 de abril de 2003 se firmó en Atenas el Tratado de adhesión a la Unión Europea de Chipre, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa.

⁸ *Vid.* M. Vargas Gómez-Urrutia, *La protección internacional de...*, *op. cit.*

6. Por tanto, la *globalización* es entendida como instrumento para el control y ejercicio del poder económico y financiero mundial conforme a los tradicionales mecanismos de funcionamiento de la economía de mercado, que busca el fortalecimiento y enriquecimiento progresivo de los poderosos.

No se piense que el término *globalización* es un fenómeno nuevo, pues, desde que existe la colectividad humana, se han manifestado muchos y muy variados instrumentos de control del poder económico y político en la historia, generadores de la injusticia, la discriminación y la desigualdad. Pero, al mismo tiempo, la humanidad ha sabido crear estructuras y mecanismos que han conducido a que en la actualidad el sistema democrático se nos presente como la mejor garantía para la convivencia de las personas y las colectividades. La peculiaridad de la actual *globalización* reside en la utilización de los avances de la ciencia y de la técnica, internet, transportes y comunicaciones para lograr sus fines *imperiales*. Y desde esa *globalización* se pueden encontrar herramientas para la construcción democrática de un nuevo sistema económico y político justo, no discriminatorio e igualitario.

Ante la *globalización* no es difícil constatar que la tradicional desprotección de los menores ha sido uno de los pilares para el mantenimiento de esos presupuestos económicos, políticos, sociales y de todo orden que la caracteriza. La relación, como en tantos aspectos, es de causa a efecto y no casual ni circunstancial. Luego, así las cosas, la incidencia de la *globalización* en el tema objeto de estudio es un condicionamiento y una limitación de gran calado para la búsqueda de soluciones a la desprotección internacional de los menores, tanto en el marco general de los derechos humanos como en el derecho internacional privado convencional. Pero insisto, desde la *globalización* y contra la *globalización* se han de buscar soluciones protectoras para los menores.

7. Con este trabajo sólo se aspira al modesto pero importante objetivo de esbozar algunos parámetros fundamentales para el estudio y la comprensión del tema, por lo que expresamente se descarta exponer de forma exhaustiva todos y cada uno de los elementos que componen la protección de los menores en el derecho internacional privado convencional. Y cuanto antecede a título introductorio, valga para justificar el acierto del planteamiento dado a la obra colectiva acerca de los derechos humanos de la que este trabajo forma parte y, al respecto, sirva también para dejar constancia de las limitaciones que contiene esta colaboración.

II. DERECHOS HUMANOS Y CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989: UNA CONCRECIÓN PARTICULAR DEL *INTERÉS DEL MENOR* PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. *Preliminares relativos al fortalecimiento progresivo de la protección de los derechos de los menores en la historia reciente de los derechos humanos*

8. No es objeto de este apartado realizar un estudio sobre la evolución y desarrollo de los derechos humanos,⁹ sino centrarnos en los aspectos más recientes de ellos que afecten a los menores desde la perspectiva del derecho internacional privado convencional.¹⁰ Pero, no obstante, parece oportuno dedicar este apartado a aquellos elementos que se consideran más relevantes desde una perspectiva histórica de los derechos humanos, en orden a la concreción y el desarrollo de la protección particular de los derechos de los menores.

9. Hay que remontarse a los años veintes del pasado siglo para encontrar el primer texto y antecedente normativo sobre la protección de los derechos humanos relativos a los menores. Se trata de la *Declaración sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones en Ginebra el 24 de septiembre de 1924. Por su importancia, a continuación se transcribe el texto de la expresada Declaración:

⁹ De entre los múltiples códigos y recopilaciones normativas en materia de derechos humanos hay que apuntar el interés de *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, ST/HR/1/Rev. 5, vol. 1, Par. 1 y ST/HR/1/Rev. 5, vol. 1, par. 2, Nueva York / Ginebra, Naciones Unidas, Centro de Derechos Humanos, 1994.

¹⁰ De entre la ingente bibliografía sobre los derechos humanos son de particular interés las siguientes obras y trabajos básicos: J. A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Madrid, Tecnos, 1995; L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2001; J. L. Muñoz de Baena, “La historicidad de las declaraciones universales de derechos”, número monográfico de la revista *A Distancia*, vol. 16, núm. 2, diciembre, 1998, pp. 106-111; E. Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. Madrid, Civitas, 1997; E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 5a. ed., 1995, y *Los derechos fundamentales*. 5a. ed. Madrid, Tecnos, Temas clave de la Constitución española, 1993; A. Truyol Serra, *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*. 4a. ed. ampliada y puesta al día. Madrid, Tecnos, 2000; y K. Vasak, *Le droit international des droits de l’homme*, R. des C., t. 140 (1979-IV), pp. 333-416.

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y las mujeres de todos los países reconocen que la humanidad debe dar al niño lo que ella tiene de mejor; afirman sus deberes al margen de toda consideración de raza, nacionalidad y creencia:

I. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.

II. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el retrasado debe ser estimulado; el extraviado debe ser conducido; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.

III. El niño debe ser el primero en recibir socorros en época de calamidad.

IV. El niño debe ser dotado de medios con qué ganarse la vida y debe ser protegido contra toda explotación.

V. El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.

La Declaración se nos presenta como una solemne proclamación de principios con débil fuerza ejecutiva vinculante para los Estados y sin explicitar mecanismos para la reclamación por parte de los particulares ante la infracción de los principios así proclamados, por lo que su inobservancia no conlleva sanción jurídica eficaz.

Por su contenido, planteamiento y redacción, estamos ante un texto cargado de una dosis paternalista muy peculiar y característica del mundo occidental en el periodo de entreguerras —¿regionalismo o universalismo?—, pero sobre el que si se hiciese el ejercicio de transcribirlo en lenguaje actual y en relación con los problemas de principios del siglo XXI, obtendríamos unos resultados poco distantes en el fondo y en la forma a los de la vigente Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, que luego se examina.

10. Terminada la Segunda Guerra Mundial la situación propicia un camino nuevo con la aprobación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, del 10 de diciembre de 1948, en cuyo texto cabe destacar, por lo que se refiere a la protección de los menores, sus artículos 1, 2, 16, 25, 26 y 27, y, en el ámbito regional, aparece como pieza clave del actual proceso de integración europea el *Convenio sobre la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, siendo relevantes en cuanto a los menores sus artículos 5, 8, 12 y 14.

Universalismo y regionalismo conviven en la construcción del andamiaje moderno sobre la protección de los derechos humanos y las libertades funda-

mentales. Como ya se ha expuesto, en una y otra perspectiva, indistintamente, se hace notar el occidentalismo de los planteamientos de esos primeros textos e instrumentos internacionales.

11. El segundo precedente, en este caso de carácter *universal*, del vigente *Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989*, se encuentra en la *Declaración de los Derechos del Niño*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de noviembre de 1959,¹¹ a partir de la cual el tratamiento de la protección de los menores se hace considerando las siguientes vertientes: los derechos personales y patrimoniales, poniendo énfasis en el medio familiar como el más idóneo para el desarrollo del menor y, por último, prestando atención en la interrelación existente entre los intereses privados y públicos que inciden en la materia, en especial al apreciar que estos últimos tenían y siguen teniendo en la actualidad una progresiva presencia.

12. Siguiendo el hilo de la historia que poco a poco va configurando la protección de los derechos humanos específicamente referidos a los menores, dos referencias nuevas resultan obligadas:

Una de carácter *regional*, como es la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, que ha dado lugar a un buen armazón para la protección de los derechos humanos en el nuevo continente, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA), en cuyo texto cabe mencionar la especial atención que a los menores se efectúa en sus artículos 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre) y 19 (derecho del niño).

Y otra referencia de carácter *universal*, como complemento a la *Declaración Universal*, del 10 de diciembre de 1948 y en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, es el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* —con especial mención a los menores en sus artículos 10 a 15—, y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ambos hechos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 —con especial mención a los menores en sus artículos 23 y 24—, que con el tiempo se han convertido en pieza básica de la estructura general de protección internacional de los derechos humanos.

¹¹ Resolución 1386 (XIV). Sobre el alcance jurídico de las Resoluciones véase el interesante trabajo de E. Pérez Vera, “Algunas consideraciones sobre el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General en el 26 aniversario de la ONU”, en *Boletín de la Universidad de Granada*, vol. V, núm. 105, 1972-73, pp. 37-55.

No hay que insistir en que, tanto el instrumento de la OEA como los Pactos de Naciones Unidas son, respectivamente, de carácter *regional* y *universal*, pero en ambos casos estamos ante textos que responden, de una y otra forma en el fondo y contenido, a la llamada cultura occidental y que ya en su momento atendían a una concepción *globalizadora*,¹² análoga a la que impera en la actualidad.

13. Durante el mismo periodo y hasta nuestros días, de forma paralela y complementaria se procede a la articulación de los derechos de los menores en el ámbito de los derechos humanos con el constitucionalismo de los Estados democráticos.¹³ Las constituciones incorporan los derechos de los menores y las normas internas que las desarrollan precisan y robustecen los derechos de los menores de edad en sus múltiples y variadas manifestaciones. Se configuran así los derechos fundamentales también respecto a este grupo humano y que, en cuanto tal, exigen a los poderes públicos, internacionales y nacionales, así como a los intereses privados y a la familia, una especial protección.

2. *La Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 y la fuerza expansiva universal y globalizadora de su halo protector*

14. El 7 de febrero de 1978 Polonia presentó una propuesta de Convención sobre los Derechos del Niño para su consideración por parte de la Comisión de

¹² Vid. *supra* anterior nota 2 y A. Galinsoga Jordá, “La situación de la infancia en la era de la globalización”, en A. A. V. V. *Los derechos del niño*, pról. de J. A. Carrillo Salcedo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pp. 21-39.

¹³ El caso de España es un ejemplo todavía reciente. La Constitución del 6 de diciembre de 1978, en el Capítulo sobre los principios rectores de la política social y económica dedica su artículo 39 a la protección de la familia y la infancia, después de haber establecido, con un sentido garantista digno de mención en su artículo 10.2, que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Esos tratados y acuerdos internacionales son, además de los ya citados, la inmensa mayoría de los que han sido elaborados en los foros internacionales de los que España participa, entre los que, al menos, cabe citar la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Sobre la inclusión de los derechos de los menores en las constituciones puede consultarse, entre otros, F. Rico Pérez, *La protección de los menores en la Constitución y en el derecho civil*. Madrid, Montecorvo, 1980, pp. 235-291.

Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, ante la celebración del Año de la Infancia en 1979. Pero el tratamiento que recibió esa propuesta no alcanzó los fines perseguidos aunque, ante la sorpresa de todos, esos trabajos continuaron lentamente hasta dar con el texto definitivamente aprobado en 1989.

En efecto, tras 10 años de trabajos de preparación,¹⁴ se aprobó la *Convención sobre los Derechos del Niño* por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989,¹⁵ fecha en la que se conmemoraba el trigésimo aniversario de su *Declaración de 1959*, cuya entrada en vigor para los Estados que entonces la habían ratificado tuvo lugar el 2 de septiembre de 1990, conforme a las previsiones de su artículo 49. Hoy son muchos más, una cualificada mayoría de los que componen la Organización de las Naciones Unidas,¹⁶ los Estados que forman parte de tan importante instrumento internacional en materia de derechos humanos.¹⁷

¹⁴ Vid. S. Detrick, *The United Nations Convention on the Right of the Child (A Guide to the "Travaux Préparatoires")*, M. D. P. Dordrecht, 1992. Sobre el proceso de elaboración del texto convencional *vid.*, entre otros muchos, el trabajo de J. Alcaide Fernández, "La Convención sobre los derechos del niño: análisis desde la perspectiva del derecho de tratado", en A. A. V. V. *Los derechos del niño*, pról. de J. A. Carrillo Salcedo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

¹⁵ La Convención figura como anexo de la Resolución 44/25 de la Asamblea General, del 20 de noviembre de 1989.

¹⁶ Al día de hoy 193 Estados son parte en la Convención, siendo de destacar que Estados Unidos de América solamente la ha firmado. Para una información más detallada cfr. página web de la ONU: <http://www.onu.org/>

¹⁷ Sobre la Convención existe una abundante bibliografía y documentación, de entre la que se destaca la que a continuación se señala, donde, a su vez, se facilita una más extensa y completa: A. A. V. V.: "Garantía internacional de los derechos sociales. Contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado". Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990; "I Congreso Internacional Infancia y Sociedad. Bienestar y Derechos Sociales de la Infancia. Madrid, 20-23 de noviembre de 1989" (tres volúmenes). Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991; M. A. Verdugo y V. Soler-Sala, eds., *La Convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*. Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996; *Los derechos del niño*, pról. de J. A. Carrillo Salcedo. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002; A. Artucio, "Comentarios a la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Revista de IELSUR* (Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay), núm. 5, diciembre, 1989, pp. 17-28; P. P. Miralles Sangro, "La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño", en

Con la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 1989, por primera vez los derechos humanos relativos a los menores disponen de un texto articulado en un tratado internacional más allá de la incertidumbre del valor jurídico de una declaración y adquieren un grado de certeza protectora hasta ese momento inusitada.

15. La falta de rigor estructural de la Convención se compadece con el planteamiento paternalista a que anteriormente se hizo alusión y en ese orden de cosas no resulta extraño que en el Preámbulo se hable del desarrollo del menor “en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” y se transcriban frases de la *Declaración de 1959*.¹⁸ Falta de creatividad, de sentido crítico, de precisión y de orden, que alcanza niveles aún más preocupantes cuando se observa que las disposiciones lo mismo hablan de respetar que de garantizar, de reconocer o de velar, cuando de lo que se debería hablar es del reconocimiento expreso y preciso de derechos sin crear zonas de dudas o lagunas perjudiciales al *interés de los menores* y a las garantías necesarias para alcanzar la protección de sus derechos.

16. Esa deficiente estructura de la Convención se compone de un Preámbulo, al que ya se ha hecho referencia, y tres partes: la Parte I (artículos 1-41), que pretende con poco acierto una ordenación de derechos, de regulación de situa-

Actualidad Civil, núm. 39, semana del 21 al 27 de octubre de 1991, pp. 525-538, y “La Declaración universal de los derechos humanos y la protección internacional de los menores: algunas reflexiones y propuestas”, número monográfico de la *Revista A Distancia*, vol. 16, núm. 2, diciembre, 1998, pp. 118-122; M. Vargas Gómez-Urrutia, *La protección internacional de los derechos del niño*, Pról. de P. P. Miralles Sangro, *op. cit.*, y el previsor artículo de B. Vitanyi, “La protection des mineurs dans le Droit International”, *Netherlands International Law Review*, vol. VII, 1960, pp. 361-383.

¹⁸ Cfr. la siguiente frase del Preámbulo de la Convención, transcripción literal del tercer párrafo del Preámbulo de la Declaración de 1959: “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 a esta frase no puede pasar desapercibido que se está haciendo una condena extemporánea del aborto, ante lo cual cabe decir que como el *nasciturus* no es menor, difícilmente cabe su protección en un texto que trata de los derechos de los menores. Como afirmé en otro trabajo, “cuando se quiera proteger al feto dígame y si se quiere condenar el aborto condénese”, pero no se utilice un conjunto normativo para introducir de forma subrepticia un tema de tanta trascendencia jurídica, política, ética, religiosa y, al fin y al cabo, ideológica y cultural. Ver a este respecto mi trabajo “La ratificación por España de la Convención...”, *op. cit.*, p. 528.

ciones y de obligaciones de mayores de edad y de los Estados; la Parte II (artículos 42-45), relativa al sistema de control y seguimiento en la aplicación de la Convención, de frágiles, escasas y tímidas aspiraciones prácticas,¹⁹ y una Parte III (artículos 46-54), que contiene las disposiciones generales tradicionales de este tipo de tratados en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas.

La obligada aspiración universal de esta Convención, el foro internacional que la elaboró y los condicionamientos ideológicos y culturales de sus autores, la convierte en un claro exponente de la *globalización* jurídica que se ejerce desde la Organización de las Naciones Unidas y los poderes hegemónicos que la controlan. No obstante, a pesar de las críticas que se expresan, ha supuesto un paso importante para el avance en la protección de los derechos humanos y, dentro de ellos, de las personas menores.

17. A tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención, ésta es de aplicación a todo menor de 18 años, salvo que, conforme a la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.²⁰

18. En su articulado se intenta recoger de la forma más amplia posible el conjunto de derechos que afectan a los menores, aunque no se debe entender que estemos ante un *numerus clausus* o un catálogo cerrado de derechos.²¹ Pero

¹⁹ Sobre el control de la aplicación de la Convención resulta de especial interés la siguiente publicación: *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*, preparada para UNICEF por Rachel Hodgkin y Peter Newell. Nueva York / Ginebra, UNICEF, julio, 1999.

²⁰ L. Díez-Picazo establecía en la voz *Menor de edad* de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, 1978, t. XXVI, p. 271, precisando aún más las anteriores acertadas construcciones doctrinales de F. de Castro y Bravo: "La edad de las personas es una condición o una cualidad de la persona que es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico como factor determinante de la situación o posición de la persona dentro de la comunidad y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad. Conviene, sin embargo, observar que en el establecimiento de las diferentes edades significativas para el derecho pueden penetrar factores tanto biológicos como sociales o culturales. Hay, de este modo, edades que constituyen auténticas categorías biológicas (por ejemplo la pubertad) y edades que dependen de las creencias o convicciones de los miembros del grupo humano respecto a la protección que a las personas se debe conceder o de la libertad que se les deberá atribuir".

²¹ Ésta es la relación de derechos de los que se ocupa la Parte I de la Convención: derecho a la vida (artículo 6); derechos al nombre, a la nacionalidad y al mantenimiento de relaciones familiares (artículos 7-10); protección de los menores respecto a los desplazamientos internacionales ilícitos ("secuestros" civiles) (artículo 11); derecho a ser oído libremente y a tener

la expresada estructura convencional carece de orden y criterio clasificador, de tal forma que su aplicación induce a la confusión y, a veces, en la generalidad mas inconveniente para garantizar la protección e interpretación de los derechos que contempla.

19. La Parte II, destinada al establecimiento de un sistema de control y seguimiento en la aplicación de la Convención, es de una fragilidad operativa acorde con cuantas críticas ya se han expuesto. Se crea un Comité de los Derechos del Niño, se establece la obligación de que los Estados presenten informes periódicamente a ese Comité, así como que éste lo haga, a su vez, a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (artículos 44 y 45 b), pudiendo la UNICEF participar en el examen de la aplicación convencional (artículo 45).

debidamente en cuenta su opinión en todos los asuntos que le afecten (artículo 12) y derecho a la libertad de expresión (artículo 13) y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 14); derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y su familia (artículo 16); acceso a la información y promoción de la protección de los niños a través de los medios de comunicación (artículo 17); protección de los niños respecto a toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (artículo 19); derecho a la protección del Estado cuando no estén bajo el cuidado de la familia (artículo 20); especial consideración protectora de la figura jurídica de la adopción (artículo 21); derecho a obtener el estatuto de refugiado (artículo 22); protección y aseguramiento de la dignidad del menor impedido mental o físicamente (artículo 23); derecho a la salud física y mental y a beneficiarse de los servicios de seguridad social pública (artículos 24-26); derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, incluso por medio de la pensión alimenticia (artículo 27); derecho a la educación y a la cultura, al descanso y al juego, sin discriminación (artículos 28-31); derecho a no ser explotado económicamente o en el trabajo (artículo 32); protección respecto al uso y tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes (artículo 33); protección respecto a la explotación y los abusos sexuales (artículo 34); protección respecto al secuestro, la venta o la trata de niños (artículo 35); protección respecto a todas las demás formas de explotación (artículo 36); prohibición de que los niños sean sometidos a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incluida la pena capital y la prisión perpetua (artículo 37); obligación por parte de los Estados de velar por el cumplimiento del derecho internacional humanitario para la protección y el cuidado de los menores afectados por conflictos armados (artículo 38); obligación de los Estados de promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados (artículo 39); especial y particular protección de los menores y sus derechos en los supuestos en que sean objeto de tratamiento jurídico penal (artículo 40).

20. Y con relación a la Parte III, dedicada las cláusulas generales (artículos 46 a 54) se contemplan las clásicas del derecho convencional en materia de derechos humanos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

Pero en este punto resulta conveniente realizar, al menos, una sintética reflexión crítica en relación con el tratamiento que reciben las reservas en el artículo 51²² de la Convención. El citado precepto hace un planteamiento generoso y abierto para formular reservas, de tal forma que el texto articulado queda sometido en la práctica al régimen general contenido en la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, del 23 de mayo de 1969, y en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales*, del 21 de marzo de 1986.²³

Por todos es sabido que un buen entramado de reservas hace quebrar el objeto de cualquier instrumento internacional y eso es lo que propicia, no casualmente, el mencionado artículo 51 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, entramado jurídico que hubiera sido de gran utilidad evitar por contrario, en su base, a la protección de los derechos humanos que se aspira alcanzar en la *Convención*.

²² Dispone así el artículo 51 de la Convención:

1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión.

2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención.

3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación hecha a ese efecto y dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará a todos los Estados. Esa notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción por el Secretario General.

²³ Vid. J. Bonet Pérez, *Las reservas a los tratados internacionales*. Barcelona, Bosch, 1996; J. A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos*, op. cit.; D. I. García San José, "Soberanía y derechos humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño: la tensión entre las reservas permitidas y las obligaciones asumidas por los Estados partes", en A. A. V. V. *Los derechos del niño*, pról. de J. A. Carrillo Salcedo, op. cit., pp. 89-105; W. A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Right of the Child", en *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18.

Y, además, no se puede olvidar que la *Convención* ha hurtado la posibilidad de acciones individuales en demanda de protección de los derechos básicos de los menores, incluso las que podrían formular los mismos menores, para descansar en el tedio de la burocracia de un Comité de Derechos del Niño, en la desconfiable acción de los Estados y, en definitiva, en los lentos y torpes mecanismos de control tradicionales de la Organización de las Naciones Unidas.

3. *El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y eje central de la protección de los derechos del menor*

21. En efecto, el marco de protección jurídica que ofrece la *Convención* a los derechos de los menores se irradia a todos los Estados Parte y a la comunidad internacional. Su observancia obliga a todos, Estados y particulares, o, lo que podríamos considerar como el conjunto de intereses públicos y privados, que tienen encomendado garantizar los derechos de los menores, incluso los que resulten no estar incluidos en la *Convención de 1989*. Se apunta un camino de gran importancia, especialmente práctica, que sirve para la concreción de derechos y su protección, así como para el robustecimiento de las obligaciones que todas las personas e instituciones tengan con los menores. No se trata sólo de las obligaciones del Estado por importantes que éstas sean.

Item más, la *Convención* es un soporte jurídico fundamental para seguir construyendo mecanismos de protección de los menores, internacionales e internos, y su incidencia se irradia en todos los ámbitos del derecho, público y privado, contribuyendo así a la consolidación de un Derecho autónomo de menores, de una auténtica especialidad jurídica.

22. La noción de *interés del menor* en sus múltiples manifestaciones y con sus diversas expresiones (beneficio del menor, mejor y mayor protección de la infancia) no es, ni más ni menos, que un *concepto jurídico indeterminado*²⁴

²⁴ Acerca de los conceptos jurídicos indeterminados *vid.* en castellano las siguientes obras: E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*. Madrid, Cívitas; F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid, Cívitas, 1976; y M. Martín González, "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", en *R. A. P.*, núm. 54, 1967.

cuya aplicación exige de las autoridades competentes, judiciales y administrativas, su concreción en atención a las particulares características y necesidades del caso concreto, utilizando para ello los elementos específicos que contiene y facilita la norma, reduciendo así a la mínima expresión de discrecionalidad de los poderes actuantes en protección de los menores. La discrecionalidad cede ante la indicación que suministra la norma. El *interés del menor* requiere su determinación *in casu*.²⁵ Y en el mundo del derecho no se da un caso igual a otro, todos son diferentes.

El abusivo recurso a la noción del *interés del menor* para justificar su tratamiento como centro neurálgico de los intereses ajenos y contrarios al menor, en particular de los mayores y del *nacionalismo*, perturbadores de las realidades que ha de proteger, debe terminar de una vez por todas. Ni los poderes públicos ni los órganos jurisdiccionales, ni particulares ni nadie, deben seguir recurriendo a la noción de *interés del menor* para resolver en atención a otros intereses. Por ello la importancia de no olvidar que la noción de *interés del menor* es y debe ser tratada como lo que es, un concepto jurídico indeterminado y así avanzar en la garantía de la protección de los derechos humanos entre los que se encuentran los de los menores de edad.

23. En el sentido indicado avanzan los textos internacionales, los ordenamientos jurídicos de los Estados y la actividad de los órganos jurisdiccionales,

Sobre el *interés del menor* desde la perspectiva del derecho internacional privado *vid.*, entre otros muchos trabajos, los que a continuación se indican y la bibliografía en ellos reseñada: A. Borrás Rodríguez, *El "interés del menor" como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado* (Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya), 1994, pp. 915-967 y constestación de Encarna Roca i Trias. 1994, pp. 969-990; M. Herranz Ballesteros, *El interés del menor en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado* (tesis doctoral). Madrid, UNED, Facultad de Derecho, 2002; E. Pérez Vera, "Traducción del Convenio núm. XVII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, del 25 de octubre de 1980, e Informe Explicativo del Convenio", en *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1895. Madrid, 15 de marzo de 2000, y M. Vargas Gómez-Urrutia, "El interés del menor en el derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 28. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

²⁵ *Vid.* Las útiles aportaciones doctrinales sobre las resolución *in casu* de V. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*. París, L. G. D. J., 1987, en especial pp. 184, 250, 257-269.

y para ello sigue siendo, a pesar de todo, un instrumento de muy estimable valía y utilidad la *Convención de 1989*. Y eso que ésta utiliza, de forma abusiva e innecesaria, la noción de *interés del menor*, con escaso criterio jurídico protector en los artículos 3.1, 9.1 y 9.3, 18.1, 20.1, 21, 37 c) y 40.2 b) III. No por mucho mencionar el repetido concepto jurídico indeterminado se logra mayor protección. Antes al contrario, una estructura, organización y regulación más precisa y adecuada a la realidad en el texto de la *Convención*, sin mención a la noción *interés del menor*, hubiera sido más eficaz para la lograr la protección buscada.

24. Sea como fuere, para la regulación y el tratamiento del *tráfico externo*, del derecho internacional privado, la *Convención de los Derechos Niño*, de 20 de noviembre de 1989 ha supuesto una concreción particular del *interés del menor* de suma importancia. Desde su aprobación, las normas de protección de los menores en el derecho internacional privado general, en especial en el derecho convencional universal y regional, disponen de un soporte de gran importancia, que se viene reflejando tanto en las normas que en materia de menores se aprueban como en la actividad de las autoridades administrativas y judiciales que las interpretan y aplican.

25. En efecto, como a continuación tendremos oportunidad de constatar, los efectos positivos de la *Convención de 1989* se han reflejado en el posterior desarrollo convencional del derecho internacional privado de menores, e incluso respecto a la acertada interpretación del *interés del menor* en los instrumentos anteriores de 1989, como, por ejemplo, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, en la aplicación del vetusto pero enormemente eficaz *Convenio sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero*, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956.

La atención jurídica a las situaciones y relaciones de *tráfico externo* están llamadas a ser uno de los elementos más importantes de los procesos de integración regional y del desarrollo de todo el derecho convencional, bilateral y multilateral, que de él se ocupa. El tradicional *elemento extranjero* que caracteriza al derecho internacional privado y sus relaciones heterogéneas, unido a la multiculturalidad²⁶ de las relaciones entre los particulares, y entre éstos y los

²⁶ Vid. A. Rodríguez Benot, dir., *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2002, 2002; A. P. Abarca Junco, "La regulación de la sociedad multicultural", en A. L. Calvo Caravaca y J. L.

poderes públicos, así como la incidencia que en todo ello tiene el actual proceso de *globalización*, ha de inspirar su actividad sobre la base del respeto a la protección de los derechos humanos y de los menores.

En consecuencia con lo anterior, el derecho internacional privado convencional ha de velar porque siempre se atienda el *interés del menor* con respecto a la mencionada heterogeneidad internacional del conjunto de relaciones y situaciones de los que se ocupa.

III. LA UNIFICACIÓN PROGRESIVA CONVENCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES POR LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: UNIVERSALISMO Y GLOBALIZACIÓN

1. *El frágil regionalismo inevitable de las primeras etapas de la Conferencia de La Haya*

26. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado²⁷ surge como organización intergubernamental a finales del siglo XIX después de una serie de iniciativas que no alcanzaron sus propósitos de elaboración de un derecho convencional en el ámbito del derecho privado, entre las que no se puede obviar la cita de algunos eminentes juristas, como Mancini y T. M. C. Asser, así como del entonces joven Instituto de Derecho Internacional. El internacionalismo de la época hace acto de presencia con la iniciativa de poner en funcionamiento lo que acabó siendo la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La primera sesión de la Conferencia tuvo lugar en 1893 bajo los auspicios del gobierno del Reino de los Países Bajos y asistieron representantes de los más poderosos Estados europeos en ese momento: Alemania, Austria-Hungría,

Iriarte, dirs., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid, Colex, 2000, pp. 163-181, y J. M. Espinar Vicente, "Sociedad multicultural y derecho internacional privado", en *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, Universidad de Alcalá de Henares, 1999, pp. 36 y ss.

²⁷ Sobre la historia, evolución y desarrollo de la Conferencia de La Haya y sus convenios (textos, documentos, estado de firmas y ratificaciones) *vid.* su página web <http://www.hchch.net/>.

Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza.

Se indican a continuación las tres etapas recorridas hasta ahora por la Conferencia, con sus correspondientes sesiones de trabajo: primera etapa, cuatro sesiones (1893, 1894, 1900 y 1904); segunda etapa, dos sesiones (1925 y 1928), y la tercera etapa comenzó en 1951 y continúa en la actualidad, habiéndose celebrado la XIX sesión en diciembre de 2002.

En la primera etapa se aprobaron los siguientes instrumentos: con fecha 12 de junio de 1902, *Convenio para Regular los Conflictos de Leyes en Materia de Matrimonio, Convenio para Regular los Conflictos de Leyes y de Jurisdicciones en Materia de Divorcio y de Separación de Cuerpos* y *Convenio sobre Ley Aplicable a la Tutela de Menores* y con fecha 17 de julio de 1905, *Convenio sobre Procedimiento Civil, Convenio sobre los Conflictos de Leyes Relativos a los Efectos del Matrimonio sobre los Derechos y los Deberes de los Esposos en sus Relaciones Personales y sobre los Bienes de los Esposos* y *Convenio sobre Interdicción de Personas Incapaces y Medidas de Protección Análoga*.

27. En relación con la aplicación del *Convenio sobre Ley Aplicable a la Tutela de Menores*, del 12 de junio de 1902, tuvo la oportunidad de resolver el Tribunal Internacional de Justicia, mediante su *Sentencia del 28 de noviembre de 1958*, el caso *Boll* (Países Bajos contra Suecia).²⁸ La importancia de esta sentencia estriba en el impulso que dio a la consideración de todos los aspectos que inciden en la determinación del *interés del menor* en el derecho internacional privado, así como en la influencia que ejerció en el proceso de cambio de la utilización hegemónica de la conexión nacional a la de la residencia habitual en las normas de conflicto de los convenios de la Conferencia de La Haya y en el derecho internacional privado en general.

28. Con una inevitable e inequívoca vocación *regional* europea de elaborar textos convencionales que rompieran las barreras de las tradicionales relaciones privadas internacionales, básicamente de derecho civil, entre los Estados del viejo

²⁸ *Annuaire de la Cour Internationale de Justice*, 1958-1959, pp. 83-87. Sobre el caso *Boll* existe una extensa bibliografía, entre la que cabe destacar: H. Batiffol y PH. Franceskakis, "L'arrêt *Boll* de la C.I.J. et sa contribution à la théorie du droit international privé", en *Revue Critique de Droit International Prive*, 1959, pp. 259-276; M. Simon Depitre, "La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt de la C.I.J.", *Trav. Com. Fr. Dr. Int. pr.*, 1960-62, pp. 109-138, y G. A. L. Droz, "Une Convention de La Haye de droit international privé devant la C.I.J.", en *Rev. Crit.*, 1958, pp. 626 y ss.

continente, se trataba de avanzar en la progresiva unificación de sus diferentes sistemas jurídicos, utilizando para ello la técnica de unificación convencional por materias. Pero en la segunda etapa no se logró la aprobación de ningún convenio, y así se llegó a la posguerra en los años cincuentas del pasado siglo.

Durante las dos primeras etapas de la Conferencia, los resultados de sus respectivas sesiones de trabajo sólo dieron un tímido fruto con la aprobación de los citados seis convenios, que recibieron escasas ratificaciones, sometidas, a su vez, a una permanente denuncia por los Estados Parte.

En el plano de las técnicas y mecanismos jurídicos utilizados se tuvo siempre puesta la atención para solucionar los temas que se abordaron, en la utilización de la norma de conflicto destinada a la designación de la ley o el derecho aplicable, reforzando la ya robusta aplicación de la ley nacional, teniendo muy presente la trascendencia que para entonces, y aún en la actualidad, se daba a la excepción de orden público. El método de atribución inspirado, entre otros, en F. C. de Savigny, se expandía en todo el derecho internacional privado convencional y en los ordenamientos nacionales. Y todo ello, como se ve por el objeto de los seis convenios mencionados, en el marco de la protección de la familia, el matrimonio y los incapaces.

29. El frágil *regionalismo* inevitable con el que nace la Conferencia de La Haya se va a mantener hasta el término de la segunda etapa y es un buen ejemplo de las limitaciones y condicionamientos jurídicos y políticos de la época. La letárgica actividad de la Conferencia hasta mediados del siglo XX, debida a las crisis sucesivas de carácter económico y bélico en que se vio envuelto el mundo, y de forma particular Europa, impidieron su resurgir hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

2. La protección de los menores como eje central de la tercera etapa de la Conferencia de La Haya: contradicciones para la forja del universalismo

30. El vigente *Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*,²⁹ aprobado en su séptima sesión en 1951 y en vigor desde el 15

²⁹ Sobre la Conferencia de La Haya consultar su página web <http://www.hcch.net/>.

de julio de 1955, establece en su artículo primero que la Conferencia “tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado”.³⁰ En la actualidad forman parte de la Conferencia de La Haya 62 Estados de todos los continentes, y en sus trabajos participan, además, de una u otra manera, más de medio centenar de Estados no miembros, algunos de los cuales han llegado a adherirse a varios convenios. De la importancia práctica de la jurisprudencia en la aplicación de los convenios de La Haya da cuenta el ingente número de decisiones que cada año se genera por los órganos jurisdiccionales de todos los Estados que los aplican.³¹

Con todas las dificultades que se derivan de la coexistencia entre diferentes sistemas jurídicos, en la Conferencia de La Haya conviven en la actualidad el sistema jurídico continental europeo y el anglosajón de *Common Law*, así como sistemas de muy diversas culturas e influencias religiosas. Se ha pasado del

³⁰ Dentro de la voluminosa bibliografía sobre la Conferencia de La Haya y sus convenios, consultar la página web de la Conferencia y A. A. V. V. bajo la dirección de A. P. Abarca Junco, mesa redonda sobre *Evolución y perspectivas de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 26 de octubre de 2000, <http://www.uned.es/015725/Jornadas/HAYA.htm>; M. Aguilar Benítez de Lugo, “La protección del menor en el derecho internacional privado”, en *Familia y Sociedad*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, t. 33, 1995, pp. 36-56, y “La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993-1, pp. 7-37; J. D. González Campos y A. Borrás, *Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993)*, trad. al cast. Madrid, Marcial Pons, 1996 (Col. Monografías Jurídicas); M. Herranz Ballesteros, *El interés del menor...*, op. cit.; A. Ortiz-Arce de la Fuente y P. P. Miralles Sangro, “El tratamiento de los menores en el derecho internacional privado español. La coexistencia entre soluciones internas y las soluciones convencionales y el interés del menor”, en *Problemas candentes en el proceso de familia*. Madrid, Dykinson, Asociación Española de Abogados de Familia, 1995, pp. 45-115; J. A. Tomás Ortiz de la Torre, *Las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, trad. y reseña histórica, pról. de M. Aguilar Navarro. Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1974; y E. Pérez Vera, “El menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993-1, pp. 101-104.

³¹ Para un examen detallado de la jurisprudencia en aplicación de los Convenios de La Haya *vid.*, entre otros, M. Sumampouw, *Les nouvelles conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, tt. I (1976), supplément (1979), II (1980), III (1984), IV (1994) y V (1996). La Haya, Martinus Nuhoff Publishers, T.M.C. Asser Instituut, La Haya, Boston, Londres.

regionalismo europeo inicial a una clara vocación *universal*, sometida a las contradicciones derivadas de los diferentes procesos de integración, en particular el europeo y el americano, y toda su labor se ha visto directamente afectada por los tintes *globalizadores* de nuestro tiempo, hegemonizados por las grandes potencias.

31. Durante la tercera etapa, la Conferencia ha elaborado un total de 34 convenios,³² de los cuales 12 lo han sido en materia patrimonial, económico-mercantil y sucesoria, nueve sobre protección de menores, ocho relacionados directamente con aspectos procesales, tres concernientes al matrimonio, uno particularmente atinente a cuestiones técnicas de aplicación normativa del derecho internacional privado y uno para la protección de los adultos.

En consecuencia, la temática que más ha preocupado a la Conferencia han sido las cuestiones de índole económico, extremo que no ha de extrañar en la medida en que su ámbito de acción se desarrolla en las redes en que impera el sistema de economía de mercado y, seguido muy de cerca en cuanto al número, se ha preocupado de la elaboración de instrumentos que sirvieran a la protección de la familia, en particular de los asuntos relativos a la protección de menores, sobre el matrimonio y su disolución.

32. La evolución del tratamiento de los temas en los convenios de la Conferencia ha venido marcada, además, por la diversidad de métodos y técnicas utilizadas para la solución de los problemas seleccionados.

Así, puede señalarse la complementación de la tradicional norma de conflicto³³ combinada con la elaboración de normas materiales en sus diferentes manifestaciones. En relación con ello hay que hacer notar el cambio sustancial que supone la apertura a la conexión residencia habitual, en detrimento de la ley nacional, con la consiguiente flexibilización del rígido sistema conflictual tradicional, en orden a la búsqueda de soluciones *justas* para el *tráfico exter-*

³² Para el examen del trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado resulta imprescindible la consulta de *Actes et Documents*, Conférence de La Haye de Droit international privé/Hague Conference on private international law, editadas por el Permanent Bureau of the Conference, SDU Publishers/The Hague, Netherlands.

³³ Sobre la utilización actual de la norma de conflicto y los problemas actuales del derecho internacional privado resulta de particular interés el curso de J. D. González Campos, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé", R. des C., t. 287, 2000, en particular el cap. I, "Le paradigme de la règle de conflict multilatérale (en guise d'introduction)", pp. 27-66.

no. Una de las finalidades buscada es la protección de las personas *más débiles*, que en el tema objeto de examen no es otra que la de lograr la protección de los menores.

33. En parecido sentido cabe hablar de la progresiva aparición de fórmulas flexibilizadoras de la tradicional excepción de orden público, más en concreto de su atenuación, ante la dificultad de suprimirla de los textos convencionales debido a la complejidad de las relaciones de los Estados que participan en su elaboración. Uno de los mejores ejemplos al respecto se encuentra en el artículo 20 del *Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores*, del 25 de octubre de 1980, del siguiente tenor literal: “La restitución del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

34. Los límites de los ordenamientos jurídicos internos ceden ante el derecho convencional, general y particular, relativo a la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Todo un avance para el derecho convencional tradicional de la Conferencia y una pauta, seguida en éste y otros foros de codificación convencional del derecho internacional privado.

En efecto, como ejemplo de la influencia de la expresada pauta, relativa a la excepción de orden público, valga señalar el de la cuarta sesión de la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-IV), que aprobó la *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989, en cuyo artículo 25 dispone: “La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido, consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño”.

35. En el ámbito del derecho procesal la Conferencia se ha esforzado por elaborar convenios en los que se facilita un ágil y garantista desarrollo del proceso para todas las partes implicadas y para los órganos jurisdiccionales actuantes. Ejemplos de ello los encontramos en la supresión de los trámites de la legalización, así como en la ordenación de mecanismos para la práctica de pruebas y la notificación y traslado de documentos judiciales y no judiciales.

En parecido sentido y con análogas consecuencias, se acude a la formulación de soluciones que propician un rápido reconocimiento y ejecución de

decisiones judiciales y se intenta fijar criterios de atribución de la competencia judicial internacional, atendiendo a los intereses de las partes pero, sobre todo, con el propósito de situar la sede de la decisión en el lugar más adecuado para que se haga *justicia*.

Todo ello sin olvidar que en muchos casos las soluciones se han de encontrar bajo la impronta de la necesaria cooperación internacional entre autoridades para lograr los fines convencionales.

36. Por añadidura, importa señalar que quizá sea en las últimas décadas en las que, por una cierta saturación de las técnicas jurídicas de solución sustantiva y procesal de los problemas del derecho internacional privado, surge la cooperación internacional entre Autoridades Centrales, concebida como un nuevo y eficaz cauce de actuación de la Conferencia.

El hito del recurso a la cooperación entre autoridades centrales va a tener lugar con el *Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores*, del 25 de octubre de 1980, uno de los éxitos más destacables de la Conferencia no sólo en cuanto a los claros resultados prácticos protectores de los derechos de guarda y de visita, así como de la persona del menor, sino también por los más de 70 Estados que lo han ratificado o que se han adherido.

La cooperación internacional entre autoridades, judiciales y administrativas, pero especialmente la cooperación entre Autoridades Centrales, se presenta como un paliativo a una cierta asfixia o bloqueo de las tradicionales técnicas y métodos de solución del derecho internacional privado convencional en la Conferencia.

37. Éstos son los convenios de la Conferencia que regulan aspectos concretos de la protección de los menores en sus diferentes manifestaciones:

- *Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores*, del 24 de octubre de 1956.
- *Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Obligaciones Alimenticias*, del 15 de abril de 1958.
- *Convenio sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores*, del 5 de octubre de 1961.
- *Convenio sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción*, del 15 de noviembre de 1965.
- *Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias*, del 2 de octubre de 1973.

- *Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a las Obligaciones Alimenticias*, del 2 de octubre de 1973.
- *Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores*, del 25 de octubre de 1980.
- *Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, del 29 de mayo de 1993.
- *Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a las Obligaciones Alimenticias*, del 2 de octubre de 1973.
- *Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*, del 19 de octubre de 1996.

38. El motivo por el que la protección de los menores ha sido hasta el momento uno de los centros de atención de más relevancia para la Conferencia estriba en el hecho de que en los ámbitos y las culturas de donde surgen y para los que se conciben los convenios que se elaboran y aprueban, la familia es uno de los eslabones clave en la organización del Estado y sus relaciones *ad extra*. Por tanto, no es de extrañar que sean los menores, dentro del ámbito familiar, el colectivo humano sobre el que en más ocasiones ha recaído la actividad protectora de la Conferencia.

39. Las materias relativas a la protección de los menores de las que la Conferencia se ha ocupado hasta el momento son las que a continuación se indican por convenios:

- Dos generales sobre protección de menores y responsabilidad parental (1961 y 1996).
- Dos en materia de ley aplicable a los alimentos (1956 y 1973) y otros dos acerca del reconocimiento y ejecución de decisiones en la misma materia (1958 y 1973).
- Dos sobre adopción (1965 y 1993).
- Uno sobre protección de los derechos de guarda y de visita ante los desplazamientos y retenciones ilícitas internacionales de menores (*secuestro*).

40. Esos mismos convenios sobre protección de menores pueden ordenarse en función de las técnicas de solución y métodos normativos empleados y,

aunque de forma sucinta y obviando el examen pormenorizado de cada uno de ellos, sus propuestas de solución a los diversos temas han girado en torno a la ley aplicable, la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de decisiones, la cooperación internacional entre autoridades y la cooperación entre Autoridades Centrales.

41. En la elaboración de todos ellos siempre se tuvo en cuenta su afectación por el derecho convencional general en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, pero probablemente sea a partir del *Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores*, del 25 de octubre de 1980, fecha en la que todavía no se había aprobado la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 1989, cuando se explicita con más relevancia. Como ya se ha expuesto, la redacción y contenido de su artículo 20 es un claro exponente en esta materia.

42. Ante el panorama descrito no cabe duda de que, para el derecho internacional privado convencional, los derechos humanos y la protección del menor son objetivos fundamentales. La multiculturalidad,³⁴ los procesos de integración y la *globalización* son aspectos que se han de tener particularmente en cuenta para acertar en la regulación normativa del *interés del menor*.

En ese sentido continúa la actividad de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en cuya agenda de trabajo,³⁵ además de las tradicionales cuestiones de competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones y comercio electrónico, continúan figurando, expresamente, la adopción internacional, el *secuestro* y la cooperación internacional para reforzar el actual vigente sistema convencional sobre protección de menores.

3. *Las tensiones de la relación universalismo versus regionalismo y presencia de la globalización en la Conferencia de La Haya*

43. A la situación descrita hay que añadir algunas reflexiones para comprender el alcance de las contradicciones en que desarrolla su actividad la Conferencia de La Haya y el derecho convencional que en ella se aprueba. Las ten-

³⁴ Vid. A. P. Abarca Junco, “La regulación...”, *op. cit.*

³⁵ Consultar la agenda de trabajo de la Conferencia en su página web citada anteriormente.

dencias actuales en la utilización del método de atribución y del conjunto de normas del derecho internacional privado y las peculiaridades del nuevo derecho de menores.³⁶

En efecto, las reservas³⁷ y excepciones convencionales y no sólo la excepción de orden público, son mecanismos jurídicos de conocido alcance y naturaleza jurídica, que tienen como finalidad establecer la prevención y cautela hacia los convenios, para evitar y excepcionar, total o parcialmente, su normal aplicación y funcionamiento. Y son muchas las reservas y excepciones que existen en el derecho convencional relativo a la protección internacional de los menores.³⁸

44. Además, sigue estando presente la cuestión relativa al acierto o inconveniencia de que los convenios sean *abiertos* a Estados no miembros del foro internacional que los aprueba, *cerrados* a la sola incorporación de Estados miembros o *universales* por ser posible su aplicación respecto a situaciones o relaciones que afectan a personas de Estados que no son Parte, con la intensidad que fuere. El moderno derecho convencional sobre protección de menores, el carácter cada día más flexible y certero en los métodos y las técnicas utilizadas, en particular los de la Conferencia, hacen difícilmente posible que un Estado que quiera asumir las obligaciones de ser Parte en los mismos no pueda lograr su objetivo. Pero ello no quita para poder afirmar que la suma de posibles limitaciones, reservas y excepciones convencionales, cuestione fuertemente los objetivos protectores propuestos.

³⁶ Vid. J. D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation....”, *op. cit.*, en particular el capítulo III, “la spécialisation des règles du droit international privé”, pp. 156-213.

³⁷ En el *Convenio de Viena, sobre el derecho de tratados, de 23 de mayo de 1969*, “se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (artículo 2.1, d), que después, en su Sección 2 de la Parte Primera, regula más detalladamente (artículos 19-23) y, en tal sentido, también conviene tener presente la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales*, de 21 de marzo de 1986.

³⁸ Sobre las reservas y excepciones convencionales *vid.*, en relación con el derecho convencional relativo al *secuestro* internacional de menores, P. P. Miralles Sangro, “Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el ‘secuestro’ internacional de menores”, en *La Ley*, año XXIII, núm. 5659, 20 de noviembre de 2002, pp. 1-8.

45. Si a las posibles restricciones indicadas se añaden el lento proceso de entrada en vigor de los convenios (aprobaciones, ratificaciones y adhesiones) y la dificultad de encontrar información sobre los procesos de entrada en vigor de los textos internacionales, el panorama que se nos presenta en orden a la eficacia de los mismos es realmente preocupante. No obstante, es cierto que internet ha supuesto un avance sustancial para intentar resolver estos problemas de falta de información en todas las latitudes.

46. Al mismo tiempo, cabe señalar que, cada vez con más frecuencia, las disposiciones contenidas en los convenios contemplan un sistema de complementariedad convencional acorde con la protección internacional de los menores y, salvo las limitaciones e inconvenientes jurídicos señaladas anteriormente, el derecho convencional explicita fórmulas suficientes para aplicar el texto normativo que resulte más atinente al *interés del menor* en la materia de que se trate.

Han quedado en el pasado las prevenciones, mecanismos jurídicos y pruritos que hacían imposible evitar problemas la aplicación de un convenio en lugar de otro. Es más, en muchos casos se hace posible su alegación simultánea para que las autoridades competentes resuelvan en *interés del menor*.³⁹

47. El *universalismo* actual de la Conferencia de La Haya se ha encontrado con otros inconvenientes para su realización en los diferentes procesos de integración regional que de tan diversa forma y naturaleza se dan en el planeta. De ese nuevo *regionalismo* cabe destacar el que tiene lugar en el continente americano (Organización de Estados Americanos, MERCOSUR, Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de América y México) y en el continente europeo, en particular el de la Unión Europea de los 25 miembros.

Los trabajos de la Conferencia y su eficacia tienen un reto importante para intentar soslayar los efectos limitadores a su vocación *universal*. Y a ello hay que añadir los efectos restrictivos en el ámbito jurídico de la *globalización* imperante, impulsada a su vez por las iniciativas de integración *regional* antes citadas.

El entramado de tensiones y contradicciones de todo orden se hace notar en la Conferencia de La Haya y son insuficientes los recursos que se utilizan hasta

³⁹ *Vid.*, por ejemplo, la sana relación de complementariedad convencional resultante de la regulación del tema en los Convenios atinentes al *secuestro* internacional de menores de la Conferencia de La Haya (25 de octubre de 1980), del Consejo de Europa (20 de mayo de 1980) y de la CIDIP-IV y V (15 de julio de 1989 y 18 de marzo de 1994, respectivamente).

el momento para evitar sus efectos nocivos. Es más, basta examinar la composición e historia de la Conferencia para comprender las dificultades con las que se encuentra para alcanzar su lograda proyección *universal*, teniendo particularmente en cuenta que de forma inevitable padece de forma estructural de los efectos perniciosos inherentes a la *globalización*.

No resulta exagerado afirmar que en la Unión Europea y en Estados Unidos de América recae de forma particular la posibilidad y la responsabilidad de activar los mecanismos jurídicos, económicos, políticos y de todo orden que sean necesarios para superar las tensiones y contradicciones señaladas.

48. Fruto de la compleja situación descrita hay que añadir la dificultad que surge cuando se trata de saber si un convenio es aplicable o no en función de que los Estados afectados por el problema a resolver sean parte o no del mismo, desde qué fecha, en qué forma y medida, en qué territorios de esos Estados y con qué reservas, excepciones y limitaciones.

Basta examinar como ejemplo de esa dificultad la página electrónica de la Conferencia en el apartado dedicado a las *firmas y ratificaciones de los convenios de La Haya*.⁴⁰ Además de ser necesario consultar la situación de cada convenio en particular, pues sólo a efectos indicativos sirve el cuadro general que se facilita, el *Bureau Permanent* de la Conferencia realiza la siguiente clasificación, tan útil como arbitraria, en función de que los Estados sean Parte también de *UNIDROIT, Commonwealth, Consejo de Europa, OEA, Unión Europea, Southern African Development Community, MERCOSUR o Tratado de Libre Comercio*.

49. Las tensiones en la relación *universalismo* versus *regionalismo* y la presencia de la *globalización* en la Conferencia se hacen notar y ello no beneficia a la eficacia de los derechos humanos y la protección internacional del menor. El reto para superar las dificultades expuestas no puede ser de mayor importancia para el derecho internacional privado.

⁴⁰ <http://www.hcch.net/f/status/statmtrx.html>.

IV. PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL DERECHO CONVENCIONAL Y EN LA NORMATIVA DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN AMERICANO Y EUROPEO

50. Conforme al examen expuesto hasta ahora sobre la importancia de los derechos humanos y la protección del menor para el derecho internacional privado convencional, los dos referentes de mayor entidad en el ámbito de los procesos de integración *regional* son los que tienen lugar en América y en Europa, ambos de muy distinta naturaleza. En el continente americano destaca el carácter económico y comercial de las iniciativas integradoras emergentes en el siglo XX, aunque también con sus consecuentes derivaciones políticas.

De entre las diferentes iniciativas integradoras americanas destaca la llevada a cabo por la OEA en el tema que nos ocupa, por medio de la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), así como la labor complementaria que se desarrolla por parte del Instituto Interamericano del Niño (IIN), organismo especializado de la OEA con sede en Montevideo.

Y en el viejo continente, sin olvidar la trascendental labor que lleva a cabo el Consejo de Europa, en particular en el ámbito de la protección de los derechos humanos, la iniciativa de integración política y también económica de mayor calado jurídico reside en el camino recorrido hasta el momento por la Unión Europea. En ese camino integrador priman, de momento, de forma lamentable los aspectos económicos y mercantiles sobre los objetivos políticos marcados en su día por los *padres* del europeísmo, que fueron recogidos en los tratados constitutivos de la primigenias Comunidades Europeas.

1. *La protección de los menores por la OEA en la regulación convencional regional del tráfico externo*

51. La *Carta de la Organización de Estados Americanos*, suscrita en Bogotá el 30 de abril de 1948, y reformada por el *Protocolo de Buenos Aires* en 1967, por el *Protocolo de Cartagena de Indias* en 1985, por el *Protocolo de Washington* en 1992, y por el *Protocolo de Managua* en 1993, establece en su artículo primero:

Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional.

La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros.

De la OEA⁴¹ forman parte todos los Estados del continente americano y desarrolla una trascendental actividad con su sistema de protección de los derechos humanos, inicialmente bajo los auspicios de una resolución no obligatoria, como fue la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, del 2 de mayo de 1948, y, más tarde, con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.⁴²

52. Con la *Convención de 1969* se creó un sólido sistema regional de protección en la materia,⁴³ en la que hay que destacar el trabajo llevado a cabo por

⁴¹ <http://www.oas.org/>

⁴² Sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos ver, entre otros: A. A. V. V., *Derecho internacional y derechos humanos/Droit international et droit de l'homme*. San José de Costa Rica / La Haya, Académie de Droit International de La Haye, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia, 1996; A. A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001; *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*. Bilbao, Universidad de Deusto, 2001 y "Le système Interaméricain de protection des droits de l'homme: état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle", en *Annuaire Français de Droit International*, núm. 46, 2000, pp. 547-577; H. Fix-Zamudio, "La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 8, 1988, pp. 7-64; H. Gros Espiell, "La Convention américaine et la convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative", R. Des C., t. 218 (1989-VI), pp. 167-412, y E. Jiménez Aréchaga, "La Convención interamericana de derechos humanos como derecho interno", en *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, núm. 67/71, 1987-1989, pp. 35-55.

⁴³ De entre la múltiple bibliografía sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es de especial interés el curso del Presidente de la Corte A. A. Cançado Trindade, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, XXX Sesión del Programa Exterior de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, impartido en la sede de la Universidad Iberoamericana (UIA). México, 7 al 11 de octubre de 2002.

la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, a la que pueden dirigirse denuncias individuales sobre violación de derechos humanos, y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con sede en San José de Costa Rica, ante la que sólo pueden presentar casos de violación de los derechos de la Convención la Comisión y los Estados, pero no los particulares. Las sentencias de la Corte son de cumplimiento obligatorio para los Estados y no son recurribles.

La Corte ha generado una importante y numerosa jurisprudencia, tanto en el ejercicio de su dimensión jurisdiccional consultiva como en la contenciosa, así como en la adopción de medidas provisionales de protección. Y no se olvide que la eficacia de los sistemas de protección de los derechos humanos tienen su expresión de eficacia en la existencia de mecanismos de control jurisdiccional.

53. Conforme a las previsiones del artículo 53 de la Carta, que establece medios para la realización de sus fines, entre otros, un Comité Jurídico Interamericano, una Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Organismos Especializados, también contempla las Conferencias Especializadas. Y sobre éstas el Capítulo XVII, dedicado a ellas, contiene los preceptos del siguiente tenor literal:

Artículo 122

Las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los consejos u Organismos Especializados.

Artículo 123

El temario y el reglamento de las Conferencias Especializadas serán preparados por los consejos correspondientes o por los Organismos Especializados interesados, y sometidos a la consideración de los Gobiernos de los Estados.

54. Sobre estas bases jurídicas, y después de algunas iniciativas adoptadas por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ), que con el tiempo se transformó en el Comité Jurídico Interamericano (CJI), mediante la *Resolución de la Asamblea General* de 23 de abril de 1971, se convocó a la primera Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Desde entonces y a pesar de las dificultades políticas y económicas de toda índole que aquejan la historia del *nuevo* continente, bajo la presión del intenso proceso de *globalización*, se han celebrado seis sesiones con un variado y eficaz resultado: CIDIP-I (Panamá, 1975), CIDIP-II (Montevideo, 1979), CIDIP-III (La Paz, 1984), CIDIP-IV (Montevideo, 1989), CIDIP-V (México, 1994) y CIDIP-VI (Washington, D. C., 1992).

Respecto a la influyente presencia de Estados Unidos y Canadá en la OEA y, por tanto, en la CIDIP, es de lamentar que a pesar de participar activamente en todas las sesiones y reuniones de trabajo, no se hayan incorporado a la práctica de la ratificación de las convenciones aprobadas.⁴⁴

55. En las mencionados seis sesiones se han aprobado 25 convenciones sobre derecho internacional privado, de las que 21 han entrado en vigor con diferente repercusión geográfica, lográndose así una importante contribución para la codificación, armonización y unificación del derecho internacional privado americano por vía convencional, con una marcada proyección fuera del continente.

De las 21 convenciones aprobadas, seis lo han sido en materia procesal, cuatro sobre protección de menores, una sobre cuestiones relativas a las normas generales de derechos internacional privado, y las restantes han atendido problemas de carácter patrimonial, comercial y económico internacionales. De nuevo los aspectos económicos priman en la regulación convencional del *tráfico externo*, de forma análoga a lo ya expuesto respecto a la Conferencia de La Haya, fruto de la manifestación de las tensiones y contradicciones derivadas de la relación *regionalismo versus globalización*.

En la CIDIP se ha tenido la práctica de elaborar convenciones *abiertas* a la incorporación de Estados no miembros y así tenemos el ejemplo, entre otros, del caso de España, que se ha adherido a dos convenios procesales: *Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*, hecho en Panamá el 30 de enero de

⁴⁴ Estados Unidos de América sólo ha ratificado dos convenciones de la CIDIP-I: la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*, hecho en Panamá el 30 de enero de 1975, pero ha formulado la correspondiente reserva por la que sólo será de aplicación respecto de aquellos Estados que se hayan vinculado al *Protocolo Adicional* hecho en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979 y la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975. Canadá no se ha incorporado hasta el momento a ninguna convención de la CIDIP.

1975, y *Convención sobre Prueba e Información Acerca del Derecho Extranjero*, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

56. De forma similar a lo que acontece en la Conferencia de La Haya, los métodos y las técnicas de solución han sido similares: utilización de la norma de conflicto —con la conexión de nacionalidad de forma más atenuada, residencia habitual, domicilio—, que ha cedido en gran medida en favor de la cooperación entre Autoridades Centrales y de la flexibilización de la excepción de orden público, a la que ya se aludió anteriormente en el apartado correspondiente a la Conferencia de La Haya.

Como particularidad de la labor de la Conferencia Interamericana, justificada por la natural influencia del *Common Law*, en la CIDIP-VI se ha aprobado la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*, del 8 de febrero de 2002, buen ejemplo de método codificador no conflictual que no ha seguido hasta el momento la Conferencia de La Haya. Pero no se crea que las leyes modelo se distancian de la *globalización*, pues, antes al contrario, son también un útil mecanismo homogeneizador de soluciones en los ordenamientos jurídicos afectados por ellas, que responden igualmente a los intereses económicos en presencia. En este sentido, podría afirmarse que, en cierta medida, las leyes modelo garantizan, aún más, con más sutileza, el fortalecimiento de esos intereses.

57. En la CIDIP conviven realidades jurídicas, sociales, políticas, económicas y culturales tan distintas como grande es el continente americano. En consecuencia, la CIDIP es un extraordinario lugar de encuentro de los diferentes sistemas jurídicos del continente, en el que, a pesar de las dificultades económicas por las que desde su origen atraviesa la OEA, se ofrecen puntos de encuentro en materia de derecho internacional privado, no sólo convencional, que ejercen una importante influencia en el plural, heterogéneo y multicultural territorio americano.

Los códigos de influencia europea, napoleónica, española e italiana, se entremezclan con el sistema de *Common Law*, ofreciendo una pluralidad y heterogeneidad jurídica tan rica como importante de preservar para lograr la convivencia pacífica de los fines perseguidos por sus diferentes procesos de integración en el norte, en el centro y en el sur del continente.

En efecto, los procesos de integración americanos se llevan a cabo de forma autónoma, sin dependencia de la OEA. Son iniciativas de Estados soberanos; en su elaboración participan de forma activa los intereses de los sectores

privados y sus respectivos ámbitos de aplicación espacial, material y temporal no son muy diversos. De igual forma, las técnicas de unificación y codificación son diferentes en atención a los temas y problemas sobre los que versan, aunque siempre aspiran a lograr determinados grados de uniformidad.

Así, dado que el MERCOSUR se aproxima en alguna medida en sus fines a los económicos y comerciales de la Unión Europea, no es casual que utilice técnicas y métodos normativos similares. De forma diferente, el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de América y México acentúa la búsqueda de la estandarización por sectores económicos, atendiendo a las necesidades de las *prácticas* de los diferentes territorios en los que el tratado se aplica y apostando por el logro de la *equidad*.⁴⁵

58. Cualquier intento de comparación competitiva entre la labor de la CIDIP y la Conferencia de La Haya está condenado al fracaso. Su origen, finalidad, naturaleza jurídica y ámbito geográfico son, como se expone, muy diferentes. Y si bien es cierto que la Conferencia de La Haya y su vocación *universal* ejerce una cierta influencia sobre la CIDIP, no es menos que la labor codificadora convencional y *regional* del derecho internacional privado se inicia con anterioridad en América y basten como ejemplos la Conferencia de Lima de 1875, los *Tratados de Montevideo de 1889 y 1940* y el *Código de Bustamante de 1928*.⁴⁶

59. Por último, hay que destacar la labor que viene realizando en la defensa y protección de los derechos de los menores el Instituto Interamericano del Niño (IIN), como organismo especializado de la OEA y del que se ocupa un siguiente apartado.

⁴⁵ Sobre los procesos de integración regional en América, sobre las técnicas y métodos de solución empleados, resultan de particular interés las reflexiones de M. Vargas Gómez-Urrutia, pról. de J. L. Siqueiros, *Contratación internacional en el sistema interamericano*. Oxford University Press, 2000, en especial sus apartados 1 y 2, pp. 1-85.

⁴⁶ Vid. A. A. V. V. bajo la dirección de A. P. Abarca Junco, mesa redonda sobre *Evolución y perspectivas de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 26 de octubre de 2000, <http://www.uned.es/015725/Jornadas/HAYA.htm>.

a) La codificación convencional de la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)

60. Estas son las convenciones de la CIDIP⁴⁷ que regulan aspectos concretos de la protección de los menores en sus diferentes manifestaciones:

⁴⁷ Sobre la CIDIP consultar, entre otros muchos: J. A. Barberis, *Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine*, R. des C., t. 32 (1930-II), pp. 397-603; A. Bogiano, *La Conferencia de La Haya y el derecho internacional privado en Latinoamérica*. Buenos Aires, La Ley, 1993; D. P. Fernández Arroyo, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*. Madrid, Eurolex, 1994, *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*. Universidad Anáhuac del Sur y M. A. Porrúa, México, noviembre, 2003, y “La reglamentación de las relaciones de tráfico privado externo entre España e Iberoamérica: elementos para la definición de una actitud española”, en la obra colectiva *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande. Madrid, 1993, pp. 303-322; A. M. Garro, “Armonización y unificación del derecho privado en América latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, en la obra colectiva *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado, *op. cit.*, pp. 341-397; T. B. Maekelt, “General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach”, R. des C., t. 177 (1982-IV), pp. 193-379; P. P. Miralles Sangro, “La protección jurídica internacional de los menores en el ámbito de la CIDIP”, en la obra colectiva *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 323-340 y “La CIDIP-V (México 1994): una nueva contribución al derecho internacional privado”, *Boletín de la Facultad de Derecho* (B. F. D.). Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2a. época, núm. 5, invierno 1993-primavera 1994, pp. 101-144; D. Operti Badan, “L’Oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel”, Capítulo de *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, Marthinus Nihoff Publishers, La Haya, 1996, pp. 269-286 y “La codificación del derecho internacional privado: análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y por la CIDIP”, en la obra colectiva *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 259-284, y “En el centenario del Sistema Interamericano. Sus principales aportes al desarrollo jurídico regional y universal”, *Anales del Foro*, 1991, pp. 9-18; G. Parra Aranguren, “Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America”, R. des C., t. 164 (1979-III), pp. 55-170, y *Codificación del derecho internacional privado en América*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, y vol. II de la misma obra, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1998; L. Perezniето Castro, “La tradition territorialiste en droit international privé dan les pays d’Amérique latine”, R. des C., t. 190 (1985-I), pp. 271-400, y “Posibilidad de ratificación de las convenciones de las conferencias interamericanas sobre derecho internacional privado I y II desde una perspectiva latinoamericana”, *Anuario Jurídico*

- CIDIP-III: *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, hecha en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984.
- CIDIP-IV: *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*, hecha en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15 de julio de 1989.
- CIDIP-IV: *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*, hecha en Montevideo, República Oriental del Uruguay, el 15 de julio de 1989.
- CIDIP-V: *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, hecha en México, D. F., el 18 de marzo de 1994.

61. Además de las convenciones citadas, la CIDIP se ha ocupado de encontrar el tratamiento jurídico adecuado para lograr la protección de los menores, por una parte, en la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*, hecha en Montevideo (Uruguay) el 8 de mayo de 1979 (CIDIP-II), que tiene en cuenta la importancia de garantizar en la materia la custodia de los menores y los alimentos provisionales (artículo 2, en concordancia con los artículos 9 y 10) y, por otra parte, aunque respecto a incapaces, en la *Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas*, hecha en Montevideo (Uruguay) el 8 de mayo de 1979 (CIDIP-II), que establece con dudoso

Interamericano, 1981, pp. 183-207 y “La codificación interamericana en derecho internacional privado, ¿es todavía una opción?”, en *Rev. Mex. D. Priv.*, núm. 1, 1996, pp. 71-87; J. Samtleben, “Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea”, en la obra colectiva *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, op. cit., pp. 293-302; J. L. Siqueiros Prieto, “La Conferencia de La Haya y la perspectiva latinoamericana”, en *Boletín de la Facultad de Derecho (BFD)*, 2a. época, núm. 16. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 203-224, y “El desarrollo del derecho internacional privado en el ámbito interamericano”, en *Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico de la OEA*, t. XXV. Washington, D. C., 1998, y “El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, núm. 1, 1996, pp. 33-50; H. Valladao, “Le droit international privé des États Américains”, *R. des C.*, t. 81 (1952-II), pp. 1-115; M. A. Vieira, “Le droit international privé dan le développement de l’intégration latinoméricaine”, *R. des C.*, t. 130 (1970-III), pp. 350-453.

acierto el domicilio de aquellos en el de sus representantes legales y en caso de abandono en el domicilio anterior (artículo 1). Y, en fin, la *Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras*, hecha en La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984 (CIDIP-III), que excluye de su ámbito de aplicación, entre otras materias, el estado civil y la capacidad de las personas físicas, el divorcio y la nulidad del matrimonio y las pensiones alimenticias (artículo 6).

62. También, de forma similar a la Conferencia de La Haya, pero en alguna medida condicionada por las realidades del continente americano, la protección de los menores es uno de los ejes centrales de la actividad de la CIDIP en cooperación con el IIN. No en vano los sondeos de opinión en ese continente reflejan con tenacidad en el tiempo que, además de la pobreza y la violencia, la situación de desprotección de los menores es uno de los problemas que más preocupa a la población.

63. Conflicto de leyes, competencia, cooperación internacional y cooperación entre Autoridades Centrales son los métodos y técnicas empleados en las convenciones de la CIDIP sobre protección de menores citadas anteriormente. Nada nuevo en la materia que hasta ahora no se haya reflejado anteriormente.

Pero conviene destacar que, también como en la Conferencia y en lo que se refiere a la protección de menores, la *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*, hecha en Montevideo, el 15 de julio de 1989 y la *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, hecha en México, el 18 de marzo de 1994, han reforzado e impulsado notablemente, en el marco de la cooperación entre autoridades, la cooperación entre Autoridades Centrales. De igual modo, en ambas convenciones se establece un sistema de complementariedad convencional general que, en *interés del menor*, logra una armonización notable con el sistema convencional de la Conferencia de La Haya.

64. No obstante los aspectos satisfactorios que hasta el momento ha logrado la CIDIP en la codificación de las normas protectoras de los derechos de menores, el lento proceso de ratificación de los Estados de la OEA, la ausencia en los mismos de Estados Unidos y Canadá, así como la deficiente información que se facilita sobre sus convenciones y sobre su alcance y contenido, son extremos que injustamente desmerecen la importante labor de codificación llevada a cabo. En relación con ello no es casual la ausencia de esas dos gran-

des potencias económicas, Estados Unidos y Canadá, en las ratificaciones de las convenciones de la CIDIP.⁴⁸

65. De nuevo hay que significar la presencia de las contradicciones y tensiones de los procesos de integración y la *globalización*, que en el caso de América influyen de forma determinante y se expresan y explicitan de forma demoleadora de norte a sur sin excepciones. En ese entramado *globalizador* tampoco hay que minusvalorar los efectos, positivos y nocivos, que ejerce sobre el continente americano el proceso de integración europea (UE).

66. Si bien los derechos humanos en América tienen un firme soporte para lograr su desarrollo y protección en la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, el panorama real que se nos ofrece no resulta especialmente alentador en orden a superar las tensiones y contradicciones que existen en el multirregionalismo americano, unido a la influencia *universalizadora* de la Conferencia de La Haya y el marco general de la *globalización*.

Se puede entender que, en el derecho internacional privado general actual y, por tanto, en el convencional, la finalidad normativa buscada no es otra que la protección de determinados intereses, en nuestro caso el del menor. Sobre esas bases, bien se articulan técnicas normativas más o menos complejas, según el caso y los intereses requieran, o bien se parte de la relación jurídica y se intenta localizar la relación con el ordenamiento más próximo, poniendo especial atención en alcanzar las soluciones más justas.

b) El trabajo especializado del Instituto Interamericano del Niño

67. El IIN⁴⁹ es un organismo intergubernamental especializado de la OEA, en cuyo *Estatuto* en su actual redacción de 1998,⁵⁰ se le encomienda la importante función de “promover el estudio de los temas relativos a la maternidad, niñez, adolescencia y familia en América, y la adopción de las medidas conducentes a su solución” (artículo 1). La sede del IIN se encuentra en Montevideo, República Oriental del Uruguay.

⁴⁸ Vid. M. Vargas Gómez-Urrutia, *Contratación internacional...*, en especial pp. 203-219.

⁴⁹ <http://www.iin.org.uy/>

⁵⁰ Redacción adoptada en la 73 Reunión del Consejo Directivo del IIN, celebrada en Washington, D. C., del 21 al 24 de octubre de 1998.

El IIN surgió a raíz de una propuesta del pediatra y profesor uruguayo doctor Luis Morquio, que fue considerada en el Congreso Americano del Niño en diferentes sesiones (II, Montevideo, 1919; III, Río de Janeiro, 1922, y IV, Chile, 1924). El Instituto Internacional Americano del Niño se creó definitivamente el 9 de junio de 1927 y se designó como primer Director al doctor Morquio. Con posterioridad, en 1962, el Instituto se vinculó formalmente a la OEA, conservando una cierta autonomía técnica.

68. Fue precisamente ese 9 de junio de 1927, en la inauguración del Instituto mencionado, precedente directo del actual IIN, cuando se presentó la *Tabla de los Derechos del Niño*,⁵¹ mucho más precisa y con un ámbito protector más ambicioso que la Declaración de la Sociedad de Naciones de 1924.

69. Difícil es encontrar algún aspecto que directa o indirectamente esté relacionado con la protección de los menores en América, en especial en Latinoamérica, que no sea objeto de estudio, acción, formación, investigación y propuesta por parte del IIN, a pesar de que el modesto presupuesto de la OEA destina cada año una partida más que insuficiente al IIN para el cumplimiento de sus fines.

El IIN colabora con los Estados miembros de la OEA en su desarrollo normativo sobre la infancia y trabaja de forma más acusada en el derecho internacional privado desde la década de los años ochentas del pasado siglo. La participación y colaboración del IIN con la CIDIP y con la Conferencia de La Haya ha supuesto una importante aportación para los expresados foros de codificación del derecho internacional privado convencional.

70. El conjunto de áreas o sistemas a que el IIN dedica sus esfuerzos —jurídica, social, educativa y formativa, salud y prevención sanitaria, registro civil, información y estadísticas vitales—, se engloba en los grandes programas dedicados a la *Promoción Integral de los Derechos del Niño* y a la *Información sobre el Niño y la Familia (PIINFA)*. Este último, iniciado en 1987, ha supuesto un gran avance para el IIN, pues su acción se irradia con marcada agilidad por medio de un nuevo *Sistema de Información para la Infancia (SIPI)*.

71. El impulso de la codificación convencional del derecho internacional privado por parte del IIN ha quedado particularmente reflejado, entre otros ámbitos y documentos, en el artículo 27 de la *Convención Interamericana sobre*

⁵¹ El texto de la *Tabla de los Derechos del Niño, de 9 de junio de 1927*, puede consultarse, entre otros, en la página web del IIN antes citada.

Restitución Internacional de Menores, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989⁵² y es objeto de atención por las instancias americanas relacionadas con los derechos y humanos y la protección del menor.

2. *La protección de los menores en el proceso de integración regional europea*

72. Desde que el proceso de integración europea dio comienzo, al término de la Segunda Guerra Mundial, uno de los ejes centrales de actuación fue la consolidación de un sistema *regional* de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y lograr la unidad de Europa sobre las bases de la democracia. De forma simultánea se trataba también de alcanzar la reconstrucción material de los países más afectados por la contienda.

Sobre estas bases es obligado recordar la importante ayuda económica llevada a cabo por los Estados Unidos de América, que se materializó en el Plan Marshall⁵³ con la concesión de préstamos por un importe de 12,000 millones de dólares para la reconstrucción de Europa sobre las expresadas bases democráticas.

73. Se sentaban de esta forma las bases de la *política de bloques* (capitalismo *versus* socialismo-comunismo) y la *guerra fría*, la creación de las importantes organizaciones militares por los diferentes bloques (Estados Unidos y URSS), la OTAN⁵⁴ y el Pacto de Varsovia,⁵⁵ cuya existencia se mantiene hasta la caída del muro de Berlín⁵⁶ y la desintegración del bloque soviético.

Hoy, esas organizaciones militares de aquella naturaleza van dejando de tener sentido para salvaguardar el sistema económico *globalizador*, tal y como nos lo demuestran los conflictos bélicos en el territorio de la antigua Yugoslavia

⁵² Artículo 27: *El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.*

⁵³ Anuncio de Plan Marshall, de 5 de junio de 1947.

⁵⁴ *Tratado de Washington*, de 4 de abril de 1949.

⁵⁵ *Tratado de Varsovia*, de 14 de mayo de 1955.

⁵⁶ 19 de noviembre de 1989.

via, la primera guerra del Golfo (1990) y las ocupaciones de Afganistán (2001) e Irak (2003) por fuerzas militares aliadas de muy diverso signo bajo la batuta de USA. El pretexto, la lucha antiterrorista y la seguridad mundial. Los intereses protegidos, de carácter económico *global*.

74. El Consejo de Europa⁵⁷ y las Comunidades Europeas ven la luz en los años cincuentas⁵⁸ y el proceso de integración europea inicia su lento caminar, dando prioridad a los objetivos económicos y pausando la integración política. De las Comunidades Europeas de los seis se pasa, en diferentes etapas,⁵⁹ a la Unión Europea⁶⁰ de los 15, y el año 2004 es el de la ampliación hasta 25 Estados miembros. El proyecto de unidad europea sigue su pragmático curso forjando lentamente la solidaridad de hecho a la que aludían Jean Monnet y Robert Schuman en 1950.⁶¹

Por otra parte, la singular política del Reino Unido provoca la creación de la *Organización Europea de Libre Comercio* (EFTA),⁶² que con el transcurso del tiempo adquiere cierta expresión jurídica secundaria, en la medida en que la mayoría de sus miembros se fueron incorporando a la Unión Europea.

75. Como ya se dejó apuntado, conviene recordar que, de forma paralela, en la década de los años noventas del pasado siglo, en América se ponían en marcha importantes iniciativas de integración económica, como el MERCOSUR⁶³ y el Tratado de Libre Comercio,⁶⁴ además de la OEA ya examinada.

⁵⁷ *Tratado* firmado en Londres el 5 de mayo de 1949.

⁵⁸ *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, firmado en París el 18 de abril de 1951, y *Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA)*, ambos firmados en Roma el 25 de marzo de 1957.

⁵⁹ Se trata de las previsoras palabras de Robert Schuman, expuestas el 9 de mayo de 1950, en las que afirmaba que “Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho...”

⁶⁰ *Tratado Constitutivo de la Unión Europea*, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y en vigor a partir del 1 de enero de 1993.

⁶¹ El trabajo y las propuestas elaboradas por Jean Monnet tuvieron su máxima expresión en la *Declaración Schuman* del 9 de mayo de 1950 antes citada.

⁶² *Tratado Constitutivo* hecho en Estocolmo el 20 de noviembre de 1959, al que quedaron vinculados el Reino Unido, Suecia, Noruega, Dinamarca, Austria, Suiza y Portugal y al que se incorporaron posteriormente Finlandia (1961) e Islandia (1970).

⁶³ *Tratado de Asunción* del 26 de marzo de 1991.

⁶⁴ Entre Estados Unidos de América y Canadá, y a partir del 1 de enero de 1994 entró en vigor también México.

No se puede dejar de mencionar, en el terreno de lo económico, el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)* de 1947 y su transformación en el *Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (OMC)* y el *Acuerdo sobre Contratación Pública*, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994. La apuesta por la *globalización* y el establecimiento de cauces para su convivencia con los procesos de integración económica *regional* recibe con la OMC un gran impulso.

76. A partir la nueva conformación geográfica, política y económica de Europa, el sistema capitalista de economía de mercado no va a tener, salvo la excepción particular de la República Popular China, Cuba y alguna otra peculiar experiencia en África y Asia, el pretexto del enfrentamiento entre dos sistemas económicos encontrados para justificar las desigualdades, discriminaciones e injusticias sobre las que se basan y avanzan las redes de la *globalización*, de las que no es fácil que se distancien y liberen los derechos humanos y la protección del menor, así como el derecho internacional privado convencional.

a) El Consejo de Europa como referencia integradora *regional* clave en materia de derechos humanos

77. No obstante todo lo expuesto anteriormente, el gran tema de la protección de los derechos humanos se materializa en el continente europeo a partir de la aprobación por el Consejo de Europa⁶⁵ del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950,⁶⁶ del que son parte 44 Estados⁶⁷ y otro más los ha firmado y están pendientes de su ratificación.⁶⁸ Si hoy existe alguna organización

⁶⁵ Sobre el Consejo de Europa ver su página web <http://www.coe.int/>

⁶⁶ Sigue siendo de gran utilidad la obra colectiva de E. García de Enterría, E. Linde Paniagua, L. I. Ortega, Y M. Sánchez Morón, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madrid, Civitas, 1979.

⁶⁷ Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijón, Bélgica, Bosnia-Herzégovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, San Marino, Eslovaquia, España, Suecia, Suiza, ex República Yugoslava de Macedonia, Turquía, Ucrania y Reino Unido.

⁶⁸ Serbia-Montenegro.

regional europea en la que participen activamente todos los Estados del continente, ésa es el Consejo de Europa.

78. El sistema *regional* europeo de protección de los derechos humanos, construido sobre las bases del Consejo de Europa, se consolida aún más desde la incorporación de los Estados del centro y este del continente como consecuencia de las crisis de los años ochentas.

Y esa consolidación se refuerza también, en alguna medida, posteriormente, con la paulatina *comunitarización* (ámbito del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*) del tratamiento de los derechos humanos en la UE, a partir del *Tratado por el que se Modificaron el Tratado de la Unión Europea*, los *Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y Determinados Actos Conexos*, hecho en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

79. En efecto, el sistema *regional* europeo de protección de los derechos humanos que tiene su centro neurálgico en el *Convenio del Consejo de Europa*, de 1950, ha creado un firme bastión en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, que ha generado una numerosa e importante jurisprudencia.⁶⁹ El *regionalismo* europeo en la materia se ha consolidado y ejerce una influencia general innegable en el sistema *universal* y en el sistema *regional* americano.

80. De esa importante labor del Consejo de Europa dan cumplida cuenta los cerca de 200 textos internacionales (convenios, acuerdos, protocolos) que ha aprobado desde su creación, de los que forman parte un número considerable de Estados miembros de la Unión Europea.⁷⁰ Muchos son los convenios internacionales que, vinculados a los artículos 5, 8, 12 y 14 del *Convenio de Roma*, de 1950, afectan a la protección de los menores, pero no son tantos los que se encuentran directamente relacionados con del derecho internacional privado convencional.

Como ya se ha expuesto, importa reiterar una vez más que, ante el variado y plural panorama normativo convencional en materia de protección de los derechos humanos, es necesario prestar especial atención a su eficacia, entendi-

⁶⁹ Sobre el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y su jurisprudencia consultar su página web <http://www.echr.coe.int/>

⁷⁰ *Vid.* R. Brillat, "La participation de la Communauté Européenne aux conventions du Conseil de l'Europe", en *Annuaire Français de Droit International*, XXXVII, 1991, pp. 818-832.

da como existencia real de mecanismos de control jurisdiccional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El diverso alcance jurídico y la variada eficacia protectora de ese derecho convencional del Consejo de Europa, con frecuencia valoradas solamente por el número de ratificaciones recibidas y en comparación con la labor de otros foros de elaboración convencional del derecho internacional privado, lleva erróneamente, en ocasiones, a cuestionar la importancia y eficacia de su trabajo.

81. Pero no parece que tengan mucho fundamento las expresadas críticas, dado que los fines de la Conferencia de La Haya y de la CIDIP son específicos del derecho internacional privado y los del Consejo de Europa son los de realizar una unión más estrecha entre sus miembros a fin de salvaguardar y promover las ideas y principios que son su patrimonio común y de favorecer el progreso económico y social (artículo 1). Por lo ya expuesto, cabe afirmar, de nuevo, que los convenios de unificación del derecho internacional privado de la Conferencia de La Haya y de la CIDIP responden a necesidades, finalidades y realidades diferentes a las que inspiran los del Consejo de Europa.⁷¹

Con la perspectiva histórica de más de 50 años de existencia, considerada en su conjunto y a la vista de sus fines estatutarios, la actividad del Consejo de Europa en la protección de los derechos humanos es un punto de referencia trascendental para el sistema de protección general de los mismos, en particular desde la perspectiva del derecho internacional privado.

De lo que no cabe duda, pues la historia lo acredita, es que el Consejo de Europa ha tenido especialmente en cuenta en su actividad no sólo el *Convenio de Roma*, de 1950, sino, también, todo el sistema convencional de protección de los derechos humanos y, por ello, la *Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, del 20 de noviembre de 1989.

⁷¹ Vid. J. A. Pérez Bevíá, "La protección del menor en el Consejo de Europa en el ámbito del derecho privado", en la obra dirigida por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel. Madrid, Colex, 2001, pp. 51-81, y por sus interesantes reflexiones generales prácticas, aunque sobre un convenio específico, vid. M. Gómez Jene, "Restitución internacional de menores. Aplicación del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia", Tribunales de Justicia, marzo, 2002, pp. 69-72.

82. Estos son los seis convenios del Consejo de Europa que de forma directa versan de una y otra manera sobre la protección de los menores:

- *Convenio Europeo en Materia de Adopción de Menores*, hecho en Estrasburgo el 24 de abril de 1967.⁷²
- *Convenio Europeo sobre Repatriación de Menores*, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970.⁷³
- *Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Menores así como al Restablecimiento de Dicha Guarda de Menores*, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.⁷⁴
- *Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores*, hecho en Luxemburgo el 25 de enero de 1996.⁷⁵
- *Convenio Europeo sobre la Nacionalidad*, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997.⁷⁶
- *Convenio Europeo sobre las Relaciones Personales Concernientes a los Menores*, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003.⁷⁷

Es importante destacar la importancia que tiene, por su original enfoque protector y su previsible eficacia práctica al respecto, el *Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores*, hecho en Luxemburgo el 25 de enero de 1996, pues aunque haya entrado en vigor, su escaso número de ratificaciones/adhesiones resta enorme eficacia a la finalidad protectora buscada.

83. De forma similar al derecho convencional de la Conferencia de La Haya y de la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, estos Convenios del Consejo de Europa han abordado la problemática de la protección de los menores con algunas particularidades. Su enfoque es más gene-

⁷² En vigor desde el 26 de abril de 1968 y con 18 ratificaciones/adhesiones.

⁷³ No ha entrado en vigor por haber recibido, hasta el momento, solamente dos ratificaciones/adhesiones.

⁷⁴ En vigor desde el 1 de septiembre de 1983, ha recibido 30 ratificaciones/adhesiones.

⁷⁵ En vigor desde el 1 de julio de 2000 y con ocho ratificaciones/adhesiones.

⁷⁶ En vigor desde el 1 de marzo de 1997 y con nueve ratificaciones/adhesiones.

⁷⁷ No está en vigor a falta de ratificaciones/adhesiones.

ral, la selección del tema y las propuestas de soluciones, en cierta medida, son menos especializadas o concretas, que no ambiguas ni difusas, como lo acreditan, por ejemplo, respectivamente, los convenios sobre la repatriación de menores, el ejercicio de derechos de los menores y las relaciones personales concernientes a los menores.

En cuanto a la especificidad de temas tradicionales en la regulación del *tráfico externo*, valgan también como ejemplo de los convenios del Consejo de Europa la adopción, la nacionalidad y la protección del *interés del menor* en relación con el ejercicio de los derechos de guarda y de visita ante los desplazamientos y retenciones ilícitas internacionales de menores.

84. Son convenios de un grado de responsabilidad jurídica y política diferente o, si se quiere, más elevado que los convenios de la Conferencia de La Haya y de la CIDIP. Refuerzan los derechos de los menores en relación a cómo están regulados en los textos internacionales sobre derechos humanos, sin menospreciar métodos y técnicas jurídicas de solución tradicionales y específicas del derecho internacional privado, entre las que hay que destacar las del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, la cooperación entre autoridades administrativas y judiciales y la cooperación entre Autoridades Centrales.

85. Por ello, el número de ratificaciones/adhesiones que reciben es comparativamente inferior, además de que su ámbito de aplicación es geográficamente más limitado, habida cuenta los fines del Consejo de Europa. A ello habría que añadir la dificultad que supone la perspectiva de unos convenios dirigidos a un territorio que experimenta en su proceso de integración la existencia de la Unión Europea, en la medida en que los Estados miembros también lo son del Consejo de Europa. Dos instancias de integración —Unión Europea y Consejo de Europa—, que se complementan. Y ambas, condicionadas también por la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

86. Las contradicciones internas de las relaciones entre el *regionalismo* y el *universalismo* son igualmente reflejo del proceso de *globalización* y sus múltiples y heterogéneos efectos jurídicos. El Consejo de Europa acusa recibo de las expresadas contradicciones con los convenios citados y, de esta forma, refuerza el derecho internacional convencional en materia de derechos humanos y protección de menores.

b) La Unión Europea como integración pragmática
que articula la confluencia de intereses *regionales* y *globales*

87. De la trascendencia jurídica y política del artículo 6 del *Tratado de la Unión Europea*, así como de la fuerza de la paulatina *comunitarización* de los temas relativos a la protección de los derechos humanos, trata de forma muy expresiva el artículo 7 del TUE. En su actual redacción, después de la modificación efectuada en el *Tratado de Niza*,⁷⁸ se articula el efecto sancionador para cual-

⁷⁸ Texto consolidado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 325, del 24 de diciembre de 2002:

Artículo 7

1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 y dirigirle recomendaciones adecuadas. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y, con arreglo al mismo procedimiento, podrá solicitar a personalidades independientes que presenten en un plazo razonable un informe sobre la situación en dicho Estado miembro.

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión, y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6, tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas del presente Tratado continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.

quier Estado miembro de la UE que haya incurrido en riesgo claro de violación grave o en violación grave y persistente de los principios del apartado 1 del artículo 6 del TUE. En efecto, la violación de los derechos humanos por un Estado miembro puede conllevar la suspensión de sus derechos, siempre conforme a las previsiones del expresado precepto.

Dispone así el mencionado artículo 6 del TUE, que tiene su origen en el *Tratado de Ámsterdam*, de 1997, según su redacción dada por el *Tratado de Niza*, de 2000:

Artículo 6

1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario.

3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros.

4. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas.

88. El “vacío normativo” inicial en los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas,⁷⁹ no impidió que la cita y referencia al *Convenio del Con-*

5. A los efectos del presente artículo, el Consejo decidirá sin tener en cuenta el voto del representante del gobierno del Estado miembro de que se trate. Las abstenciones de miembros presentes o representados no impedirán la adopción de las decisiones contempladas en el apartado 2. La mayoría cualificada se definirá guardando la misma proporción de los votos ponderados de los miembros del Consejo concernidos que la establecida en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

El presente apartado se aplicará asimismo en el supuesto de suspensión de los derechos de voto con arreglo al apartado 3.

6. A los efectos de los apartados 1 y 2, el Parlamento Europeo decidirá por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que representen la mayoría de los miembros que lo componen.

⁷⁹ *Vid.*, en particular, A. Salinas de Frías, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Granada, Comares, 2000.

sejo de Europa, hecho en Roma en 1950, fuera constante en los textos comunitarios como aspiración fundamental de su propia existencia.

Como se afirmó en otra ocasión,⁸⁰ la no formalización de la vinculación de las Comunidades Europeas al *Convenio de Roma*, de 1950,⁸¹ no ha impedido que el Tribunal de Justicia de las Comunidades haya consagrado con los años en su jurisprudencia una fuente de inspiración fundamental de su trabajo de interpretación y aplicación del derecho comunitario.⁸² La situación descrita ha dado lugar a la coexistencia de dos cauces jurisdiccionales diferentes, que se complementan, en la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa: el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

En efecto, esos dos cauces jurisdiccionales protectores, paralelos y complementarios, son el resultado del complejo proceso de integración europea y, también, fruto de que los Estados miembros de la UE lo sean también del Consejo de Europa y su *Convenio sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, de 1950.⁸³

Tanto en temas generales como en cuestiones relativas a las diferentes políticas comunitarias, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta en sus decisiones y vela por el respeto a los derechos humanos conforme al *Convenio de Roma*, de 1950.⁸⁴

89. Pero es a partir del *Tratado Constitutivo de la Unión Europea*, de Maastricht, en 1992, cuando toma cuerpo jurídico en sus artículos F.2 y K.2, la pre-

⁸⁰ P. P. Miralles Sangro, en A. A. V. V., *Principios de derecho de la Unión Europea*. Madrid, 2000, p.63.

⁸¹ *Vid.*, al respecto, la solicitud de *Dictamen del Consejo al Tribunal de Justicia de las Comunidades* (DOCE C 174, 25 de junio de 1994) y el *Dictamen núm. 2/94*, así como el posterior a que dio lugar, *Dictamen núm. 2/94*, del 28 de marzo de 1996, *Adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, *Recueil de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades*, 1996.

⁸² *Vid.* J. A. Carrillo Salcedo, “La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas”, en la obra colectiva *Tratado de derecho comunitario europeo, estudio sistemático desde el derecho español*, t. II. Madrid, Civitas, 1986, pp. 17-26, y, del mismo autor, sólo que desde una perspectiva general, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*. Madrid, Trotta, 1999.

⁸³ V. Constantinesco, J. P. Jacqué y D. Simon, “Las relaciones entre el Consejo de Europa y la Comunidad Europea”, en *Boletín de Derecho de las Comunidades Europeas*, núm. 16, 1988.

⁸⁴ *Vid.*, al respecto, la página web de la UE en el apartado correspondiente al Tribunal de Justicia: <http://curia.eu.int/es/content/juris/index.htm>.

sencia en la UE del *Convenio de Roma*, de 1950. Esa presencia se transforma, posteriormente, como ya se ha dicho, en la paulatina *comunitarización* de la materia en el *Tratado de Ámsterdam*, de 1997.⁸⁵

90. Al mismo tiempo que se celebraba la *cumbre* de Niza en diciembre de 2000, los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo Europeo y de la Comisión formalizaron la solemne proclamación de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.⁸⁶ Aunque con los débiles efectos jurídicos de una proclamación, es decir, con cierta eficacia jurídica formal y sin a penas eficacia jurídica material, supuso un avance cualificado para el futuro de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la Unión Europea.

En la Carta se establece un catálogo de derechos y libertades muy completo, especialmente centrado en los que afectan a los ciudadanos de la Unión en discriminación con los que no lo son y, con base en el sistema general internacional de protección de los derechos humanos, tiene particularmente en cuenta los artículos 3, 9, 12 y 13 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 1989. En concreto, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*, dispone así, literalmente:

Artículo 24. Derechos del menor.

Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.

En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

Ante el texto transcrito es necesario abogar por la generalización de su contenido sin discriminación de ningún tipo, ni para las personas que no sean ciudadanas de la UE y, dentro de éstas, en particular, para las que viven, residen y trabajan en territorio de la Unión.

⁸⁵ *Vid.* lo anteriormente expuesto al respecto, en particular en relación con los artículos 6 y 7 del TUE.

⁸⁶ DOCE C 364, del 18 de diciembre de 2000.

91. A la *Carta* hay que añadir el trabajo que lleva a cabo la *Convención*⁸⁷ en la materia, que probablemente dé lugar a la aprobación de una futura Constitución para la Unión en la perspectiva de la ampliación a otros Estados. La Convención está presidida por el que fuera Presidente de la República francesa, Valéry Giscard d'Estaing y en cuanto a su estructura orgánica baste señalar que de ella forman parte representantes de los Estados y gobiernos miembros de la UE, respectivamente, y de los Estados candidatos, de los parlamentos de todos los Estados antes citados, del Parlamento Europeo y de la Comisión.

La *Convención* elabora un *anteproyecto de Constitución para Europa* y en sus trabajos también se tienen especialmente en cuenta los derechos humanos relativos a los menores y a su protección, y la *globalización* incide de forma agresiva en su estructura, funcionamiento y resultados.

92. El proceso de integración europea que se lleva a cabo por la UE, políticamente desviado por los intereses económicos, financieros y comerciales derivados de la apuesta por la *globalización*, avanza muy lentamente en las cuestiones relativas al derecho privado⁸⁸ y más todavía en las vinculadas a los problemas que giran en torno a los derechos de los menores y su protección.

⁸⁷ Vid. la página web de la *Convención*: <http://european-convention.eu.int/>

⁸⁸ Vid., al respecto, y entre otros muchos trabajos: A. A. V. V. (M. D. Díaz Ambrona Bardají, M. D. Hernández Díaz Ambrona, M. P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz), "Derecho civil comunitario". Madrid, Colex, 2001; E. Arroyo I Amayuelas, "Un nuevo impulso para el derecho privado europeo", en *La Ley*, año XXIII, núm. 5482, 14 de abril de 2002; *European Journal of Comparative Law (EJIL)*, "Ius Commune: A European Civil Code?", Editorial del vol. 4.4., diciembre, 2000; Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, "Documento de trabajo sobre el acercamiento del derecho civil y mercantil de los Estados miembros", Ponente K. H. Lehne, 6 de noviembre del 2000, DT\424755ES.doc, PE 294.922; G. García Cantero, "Cien años de derecho comparado (del Congreso de París de 1900 al de Nueva Orleans del 2000)", en *Actualidad Civil*, núm. 24, semana del 10 al 16 de junio de 2002; M. Guzmán Zapater, "La familia y la protección de la infancia en la Unión Europea", en *Conclusiones, Infancia y Sociedad*, núm. 33. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995; M. A. Parra Lucán, "Apuntes sobre la unificación del derecho privado en Europa: ¿es posible un Código Civil europeo?", en *Actualidad Civil*, núm. 36, semana del 30 de septiembre al 6 de octubre de 2002; G. C. Rodríguez Iglesias, discurso de investidura como doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Oviedo, pronunciado el 25 de mayo de 2001, *La Ley*, núm. 5341, 29 junio 2001; S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*. Granada, Comares, 2002; A. Vaquer Aloy, "La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo", en *La Ley*, año XXIII, núm. 5535, 2 de mayo de 2002.

Pero, en cualquier caso, es importante tener presente que para lograr la integración buscada no se puede prescindir del respeto a la heterogeneidad jurídica y de todo orden del continente, pues sólo en la garantía de la multiculturalidad puede avanzar éste y cualquier proceso de integración.

93. Es muy elevado el número de resoluciones, decisiones y documentos de la UE, de todas sus instituciones, que abogan por el respeto y la garantía de los derechos de los menores,⁸⁹ pero quizá sea conveniente recordar, al menos, la *Carta Europea de los Derechos del Niño*, adoptada por *Resolución del Parlamento Europeo* del 8 de julio de 1992,⁹⁰ así como la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Posición de la UE en la Sesión Especial a Favor de la Infancia de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, del 11 de abril de 2003.⁹¹

Pero, entre esas decisiones hay que destacar, en especial, por lo que se refiere al derecho internacional y la protección de los menores, la *Decisión del Consejo*, del 28 de mayo de 2001, por la que se crea una *Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil*.⁹² Con la expresada *Red Judicial Europea* se trata de agilizar y facilitar a los órganos jurisdiccionales y a las partes, el buen desarrollo del proceso civil y mercantil. Pero ello sólo afecta, hasta el momento, como luego se expondrá, a aspectos muy parciales de la protección de los derechos del menor en la perspectiva del derecho internacional privado comunitario europeo.

94. En el derecho de la Unión Europea los Reglamentos se nos presentan como normas con alcance general, obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro, mientras que las Directivas son normas que obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba seguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 249 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*).

⁸⁹ Entre otras muchas, cabe citar como ejemplo de la repercusión jurídica y social que en su momento tuvieron, las siguientes del Parlamento Europeo: *Resolución del 13 de septiembre de 1991, sobre problemas de los niños en la Comunidad Europea* (DOCE C 13, del 20 de enero de 1992), *Resolución (A-3-0051/93) del 9 de marzo de 1993, sobre secuestro de niños* (DOCE C 115, del 26 de abril de 1993) y *Resolución del 17 de diciembre de 1993, sobre problemas de los niños en la Comunidad Europea (A3-0259/93)*.

⁹⁰ *Resolución (A-3-0172), del 8 de julio*, DOCE C 241, del 21 de septiembre.

⁹¹ DOCE C 127 (E/691), del 29 de mayo de 2003.

⁹² DOCE L 174, del 27 de junio de 2000.

95. En el derecho internacional privado de la UE son pocas las normas específicas existentes en orden a la protección de los menores, aunque, bien es cierto, cada vez adquieren más entidad y proyección jurídica integradora. Ordenados por materia, éstos son los *Reglamentos* de la UE que afectan de forma más directa a los derechos de los menores y su protección:⁹³

—*Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo*, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,⁹⁴ que viene a sustituir, en el tradicional derecho de la UE, al *Convenio Relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. La obligación alimenticia es la única materia del derecho de familia que no ha sido excluida del ámbito de aplicación del Reglamento ni tampoco lo fue del Convenio de 1968.

—*Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo*, de 29 de mayo de 2000,⁹⁵ relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. Nótese que, en lo que se refiere a la protección de los hijos, sólo será de aplicación a los habidos en el matrimonio y siempre que se les trate de proteger con motivo de crisis matrimoniales (divorcio, separación judicial o nulidad). El trato discriminatorio no puede ser más explícito. La endogamia del proceso de integración europea en esta materia rompe con cualquier referencia a la protección de los derechos de los menores y, también, de los progenitores.

Por lo que se refiere a la relación de este Reglamento con otros instrumentos internacionales se establece su prevalencia frente al *Convenio de la Conferencia de La Haya sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en*

⁹³ Para el estudio de la citada normativa europea resulta de particular interés la obra colectiva dirigida por E. Pérez Vera, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, en especial su vol. II.

⁹⁴ DOCE L 012, del 16 de enero de 2001. Fue aprobado con base en los artículos 61 y 67 del TCE, que tiene como finalidad la de progresar en el establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia para garantizar la libre circulación de personas.

⁹⁵ DOCE L 160, del 30 de junio de 2000. Aprobado con base en los artículos 61 c) y 67.1 del TCE, con el fin de progresar en el establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia para garantizar la libre circulación de personas, es una de derecho europeo, dictada en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil conforme a lo dispuesto en el artículo 65 TCE, para lograr el buen funcionamiento del mercado interior.

Materia de Protección de Menores, del 5 de octubre de 1961, y frente al *Convenio del Consejo de Europa Relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores*, así como al *Restablecimiento de Dicha Custodia*, del 20 de mayo de 1980.

—*Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo*, de 27 de noviembre de 2003,⁹⁶ relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el *Reglamento (CE) núm. 1347/2000*. Sobre este importante *Reglamento* cabe señalar de forma sucinta:

- a) Siguiendo la tortuosa política legislativa de la UE, este *Reglamento*, en vigor a partir del 1 de agosto de 2004, sólo es de aplicación a partir del 1 de marzo de 2005, a excepción de algunos preceptos que hacen referencia a aspectos organizativos para su funcionamiento, que se aplicarán a partir de la primera fecha indicada. Luego, mientras no entre totalmente en vigor, seguirá aplicándose el *Reglamento (CE) núm. 1347/2000*.
- b) Extiende su ámbito de aplicación al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, y no será de aplicación a otras materias relativas a menores, como la filiación, la adopción, el nombre, los apellidos, la emancipación, la obligación de alimentos, los fideicomisos y las sucesiones y medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores.
- c) Además de fijar criterios de competencia judicial y de regular el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la materia, acude al mecanismo de cooperación entre Autoridades Centrales y establece su primacía frente a los siguientes convenios internacionales: *Convenio de La Haya sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Menores*, de 5 de octubre de 1961; *Convenio del Consejo de Europa sobre el Reconocimiento de Resoluciones Relativas a la Validez de los Matrimonios*, hecho en Luxemburgo el 8 de septiembre de 1967; *Convenio de La Haya Relativo al Reconocimiento de Divorcios y Separaciones Legales*, de 1 de junio de 1970; *Convenio del Consejo de Europa Relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia*

⁹⁶ *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE), L 338, de 23 de diciembre de 2003.

dia de Menores, así como al Restableciendo de Dicha Custodia, y Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980.

96. El enunciado del título de los Reglamentos citados advierte que las técnicas y métodos de solución de los problemas de *tráfico externo* son las tradicionales de determinación de la competencia judicial y del expeditivo procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de decisiones que en su día ya estableció el *Convenio de Bruselas*, de 1968.

En suma, el desarrollo de la protección de los menores en el derecho de la UE, en la perspectiva de la regulación del *tráfico externo*, es escaso y de muy reducida eficacia por razón de la materia, aunque bien es cierto que el *Reglamento 2201/2003* abre mayores expectativas protectoras para los menores, los hijos en general, los progenitores y la restitución de los menores desplazados y retenidos ilícitamente.

El panorama crítico descrito responde a los efectos que produce la presencia de la *globalización* en el *regionalismo* jurídico y político más desarrollado de todos los que existen, el que practica la UE, de enorme proyección internacional.

V. EPÍLOGO

97. El sistema general de protección de los derechos humanos y su particular expresión en la *Convención sobre los Derechos del Niño*, del 20 de noviembre de 1989, informan la regulación, el tratamiento y la protección de los menores en el derecho internacional privado. Éste dispone del derecho convencional, entendido como una de sus manifestaciones más eficaces de la regulación del *tráfico externo* y como cauce de codificación y unificación de sus normas para lograr la debida protección de los menores.

El *interés del menor* demanda de la OEA-CIDIP-IIN, de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, del Consejo de Europa y de la Unión Europea y, en definitiva, de toda la comunidad internacional, con los medios de que dispone el derecho internacional privado convencional, que se adopten medidas para hacer efectiva y práctica la protección de los menores en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

98. Para alcanzar sus fines, los procesos de integración *regional* americanos y europeo y sus diferentes foros de codificación convencional y regulación del derecho internacional privado (CIDIP, Consejo de Europa, Unión Europea), han de centrar su actuación sobre las bases jurídicas del sistema general de protección de los derechos humanos, cauce por excelencia para lograr la protección del *interés del menor* en todos sus elementos y particularidades.

Por su parte, tampoco el *universalismo* de la Conferencia de La Haya puede dejar de prestar atención a la protección de los menores, por muy intenso que se presente el impulso para atender temas y acontecimientos presididos por la inmediatez y lo coyuntural. La razonable atención a la protección de los *intereses* más inmediatos no debe restar eficacia a la programación sistemática de las actividades de los foros de codificación y unificación convencional, *regionales y universales* del derecho internacional privado.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas y la base *universalista* sobre la que actúa, ha de reforzar todos sus mecanismos de protección jurisdiccional y administrativa de los derechos humanos y servirse con más decisión del derecho internacional privado, para robustecer el sistema general de protección de los menores en su ámbito de actuación.

99. Las expresadas instancias internacionales, sin distinción, así como los Estados que de ellas forman parte, han de llevar a cabo una política coherente de firma, ratificación y, en su caso, adhesión, de los convenios que elaboran y aprueban.

La eficacia del derecho convencional sobre protección de los menores está fuertemente condicionada, en la práctica, por las políticas abstencionistas de los Estados que, en muchos casos, impiden el mínimo de eficacia real buscada por los instrumentos internacionales que se aprueban. Es frecuente que Estados que han participado activamente en la elaboración de convenios internacionales, *regionales y universales*, tarden años en ser parte de los mismos e, incluso, que no lleguen a serlo nunca.

En igual sentido cabe llamar la atención del sector privado, Organizaciones No Gubernamentales y demás entidades, para que impulsen por medio de su trabajo, la conveniencia de la entrada en vigor más amplia posible en todos los Estados y territorios del derecho convencional sobre protección de los menores.

100. Como de forma reiterada se ha expuesto en otras ocasiones, las reservas y las excepciones convencionales, el retraso en la firma, ratificación y adhesión a los convenios, así como la tardanza en la designación de las Autoridades Centrales, los medios en ocasiones tan limitados que se facilitan para

llevar a cabo la cooperación internacional entre autoridades y la muy escasa información sobre los medios jurídicos disponibles que ofrecen los textos vigentes, son graves inconvenientes jurídico-políticos a superar para lograr la eficacia de los convenios internacionales sobre protección de los menores.

Por ello, la OEA-CIDIP-IIN, la Conferencia de La Haya, el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como sus Estados miembros y los Estados no miembros que son parte en sus textos normativos, han de procurar con todos sus medios y con voluntad política cierta, aunque sea de forma paulatina, la supresión o retirada de las reservas, de las excepciones, así como la supresión progresiva de la cadena interminable de inconvenientes que, en la práctica, se presentan para evitar la eficacia buscada por el derecho convencional relativo a la protección de los menores. En igual sentido cabe recabar de la Organización de las Naciones Unidas.

101. Las expresadas carencias de sistemática y programación de la protección efectiva de los menores en la Conferencia de La Haya, la CIDIP, el Consejo de Europa y la Unión Europea ponen de manifiesto, no sólo sus limitaciones internas, sino, también, que los mencionados foros de codificación convencional del derecho internacional privado y las iniciativas de integración *regionales*, padecen de la negativa influencia de la *globalización* no articulan medios y recursos suficientes para neutralizar esos efectos nocivos.

102. La superación de las tensiones y contradicciones entre *regionalismo* y *universalismo* en el derecho convencional relativo a la protección de los menores, pasa necesariamente por el fortalecimiento de los sistemas democráticos y de las libertades fundamentales, con garantía efectiva de los derechos humanos y de protección de los derechos de los menores.

Consciente de todas sus limitaciones, el derecho internacional privado convencional en materia de protección de menores dispone de elementos suficientes —métodos, técnicas y mecanismos de regulación del *tráfico externo*—, para garantizar el *interés del menor* en sus respectivos ámbitos y materias. Los foros de codificación y unificación convencional, *regionales* y *universales*, disponen en consecuencia de herramientas jurídicas suficientes para mejorar la protección de los menores, con la debida salvaguarda respecto a la permanente intromisión de *intereses* consustanciales a la *globalización* incompatibles con el *interés del menor*.

103. En materia de derecho internacional privado los *procesos de integración regional* en curso y las iniciativas de carácter *universal* no han de acep-

tar, pasiva ni pacíficamente, que padece *déficits democráticos* debidos al desgaste que su práctica cotidiana genera con el transcurso del tiempo y, en consecuencia, tampoco ha de dejar al albur de la *globalización* el saneamiento de sus estructuras.

El actual derecho internacional privado convencional sobre protección de menores, en todos sus ámbitos —geográfico, material y temporal—, en directa relación y dependencia del sistema general de protección de los derechos humanos, es base suficiente para comenzar a limitar en su acción los efectos contrarios al *interés del menor* intrínsecos a la *globalización*.

La garantía efectiva del *interés del menor* por el derecho internacional privado convencional fortalece el sistema general de protección de los derechos humanos y contribuye a desarticular el entramado nocivo intrínseco de la *globalización*.

Pasado, presente y futuro de los derechos humanos, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en marzo de 2004 en los talleres de OFFSET UNIVERSAL, S. A., Calle 2, núm. 113, Col. Granjas San Antonio, C. P. 09070, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 2,000 ejemplares.