

Ernesto Rey Cantor
Giovanna Alejandra Rey Anaya
Ángela Margarita Rey Anaya



LAS GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

LIBERTAD - IGUALDAD - FRATERNIDAD



Décima edición

Prólogo
ENRIQUE PÉREZ LUÑO



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

100
centenario
UNIVERSIDAD LIBRE
EDUCANDO EN LIBERTAD PARA LA JUSTICIA Y LA PAZ



GIOVANNA ALEJANDRA REY ANAYA

Abogada egresada de la Universidad Libre (2004), especializada en Derecho Constitucional por la misma universidad (2008) y magister en Argumentación Jurídica, otorgado por la Universidad de Alicante –España– en convenio de doble titulación con la Universidad de Palermo –Italia– (2017). Posee un amplio conocimiento y experiencia en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, consulta previa, relacionamiento comunitario, responsabilidad social empresarial, articulación y seguimiento de políticas públicas y administración de justicia.

Desde la academia se ha desempeñado como docente de Derecho Constitucional Colombiano, jurisprudencia constitucional y hermenéutica e interpretación jurídica en las universidades Incca de Colombia y El Bosque (2014). Así mismo, ha sido expositora ante el Programa Energía, Ambiente y Población en Perú, Bolivia y Colombia (2013).

En el sector público se ha desempeñado como Directora de Asuntos Indígenas, Rrom y Minorías del Ministerio del Interior, asesora en DD. HH. y DIH de la misma entidad, asesora en Consulta Previa para el convenio Fonade - Ministerio del Interior, investigadora para la American University (Washington College of Law y Gobierno de Noruega) y consultora para ACDI/VOCA (USAID) dentro de la investigación relacionada con los pueblos indígenas en contexto de ciudad (Colombia).

En el sector privado ha liderado investigaciones en materia de DD. HH., DIH y consulta previa para empresas particulares vinculadas a instituciones como la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME), los ministerios de Defensa y el de Justicia y del Derecho, la Gobernación de Caldas y empresas como Maurel & Prom Colombia, Gases de Occidente y Acción Plus S.A. A nivel internacional ha dirigido consultorías en Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador para la Organización Latinoamericana de Energía (Olade) y en los EE. UU. con la fundación *United for Justice*. De igual forma ha gerenciado el componente social en significativos proyectos de infraestructura que abarcan más del 63% del territorio nacional, destacándose en el desarrollo e implementación de estrategias de relacionamiento comunitario y consulta previa con grupo étnicos.

Directora y coordinadora de las siguientes publicaciones: *Libro Blanco sobre diálogos tripartitos*; *Manual de Consulta Previa, Libre e Informada. Desafíos para su aplicación en el sector hidrocarburos en el marco del programa “Energía, Ambiente y Población” de la Organización Latinoamericana de Energía –Olade–*. Coautora de las siguientes publicaciones: *El derecho procesal constitucional –un nuevo concepto–*, en coautoría con Ernesto Rey Cantor; *Las generaciones de los derechos humanos*, en coautoría con Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Cantor.



Ernesto Rey Cantor
Giovanna Alejandra Rey Anaya
Ángela Margarita Rey Anaya

Las generaciones de los Derechos Humanos

Libertad - Igualdad - Fraternidad

Prólogo de ERNESTO PÉREZ LUÑO



Décima edición

Universidad Libre
2022

Rey Cantor, Ernesto

Las generaciones de los derechos humanos : libertad, igualdad, fraternidad / Ernesto Rey Cantor, Giovanna Alejandra Rey Anaya y Ángela Margarita Rey Anaya ; prólogo de Ernesto Pérez Luño. -- 10a ed. -- Bogotá : Universidad Libre, 2022.

538 p.

Incluye bibliografía.

ISBN impreso: 978-628-7580-19-0

ISBN digital: 978-628-7580-20-6

1. Derechos humanos -- Historia 2. Derechos humanos -- Conceptos 3. Derechos humanos -- Aspectos jurídicos

I. Rey Anaya, Ángela Margarita II. Rey Anaya, Giovanna Alejandra III. Pérez Luño, Ernesto, pr.

323.4

SCDD 21

Catalogación en la Fuente -- Universidad Libre. Biblioteca

ISBN digital: 978-628-7580-20-6

ISBN impreso: 978-628-7580-19-0

Las generaciones de los Derechos Humanos. Libertad - Igualdad - Fraternidad

© Autores: Ernesto Rey Cantor, Giovanna Alejandra Rey Anaya, Ángela Margarita Rey Anaya.

© Universidad Libre

Bogotá D. C., Colombia.

Primera edición (2002). En coautoría con María Carolina Rodríguez Ruiz. Editorial Página Maestra.

Segunda edición (2003). En coautoría con María Carolina Rodríguez Ruiz. Editorial Página Maestra.

Tercera edición (2005). Alvi Impresores, Ltda.

Cuarta edición (2006). Ediciones Doctrina y Ley.

Quinta edición (2007). Grupo Editorial Ibáñez.

Sexta edición (2008). Alvi Impresores, Ltda.

Séptima edición (2012). Alvi Impresores, Ltda.

Octava edición (2016). En coautoría con Giovanna Alejandra Rey Anaya. AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Novena edición (2019). En coautoría con Giovanna Alejandra Rey Anaya y Ángela Margarita Rey Anaya. AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Décima edición (2022). En coautoría con Giovanna Alejandra Rey Anaya y Ángela Margarita Rey Anaya. AF&M Producción Gráfica S.A.S.

E-mail: ernestoreycantor@hotmail.com (+57 315 3302954) / alejandrareyanaya@gmail.com / margaritarey_2@hotmail.com

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Editorial: Universidad Libre

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 n.º 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y diagramación: Diana Guayara Vallejo, eykon.graffein@gmail.com

Producción: AF&M Producción Gráfica S.A.S., afmproducciongrafica@gmail.com

Fotografía de portada: https://ca.wikipedia.org/wiki/Mimosa_comuna



«Atribución-No comercial-Sin derivar»



BY – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero deben otorgar crédito al autor.



NC – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero solo con propósitos no comerciales.



ND – Otros pueden copiar, distribuir y mostrar la obra, pero no modificarla.

creative commons



UNIVERSIDAD LIBRE®
Vigilada Mineducación

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Libre, Sede Principal
Bogotá, D. C.
2022

COMITÉ EDITORIAL

Luisa Fernanda Cano Blandón
PhD Universidad de los Andes, Colombia

Paulo Ilich Bacca
PhD Universidad de Kent, Reino Unido

Julia Suárez-Krabbe
PhD Universidad de Roskilde, Dinamarca

PARES EVALUADORES

Tania Luna Blanco PhD
Profesora de la Pontificia Universidad Javeriana

David Valencia Villamizar PhD
Profesor de la Universidad Santo Tomás

*En agradecimiento a las Directivas Nacionales
del Centenario de la Universidad Libre (1922-2022)*

Doctor JORGE ALARCÓN NIÑO
Presidente Nacional

Doctor ÉDGAR ERNESTO SANDOVAL ROMERO
Rector Nacional

SALMO 133

1. *¡Mirad cuán buen y cuán
delicioso es habitar
los hermanos
juntos en armonía!*
2. *Es como el buen óleo sobre
la cabeza
el cual desciende sobre la
barba,
la barba de Aarón,
y baja hasta el borde de sus
vestiduras;*
3. *Como el rocío de Hermón,
que desciende sobre los
montes de Sión
porque allí envía Jehová
bendición
y vida eterna.*

CONTENIDO

PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN	25

EXPLICACIONES NECESARIAS

1. La Biblia	28
1.1 Dignidad humana	29
1.2 Igualdad, libertad y fraternidad	29
1.2.1 Libertad	36
1.2.2 Igualdad	36
1.2.3 Fraternidad	36
2. Límites lingüísticos del término “Derechos Humanos”	40
2.1. Derechos humanos y derechos naturales	42
2.2. Derechos humanos y Derechos fundamentales	43
2.3. Derechos humanos y derechos subjetivos	44
2.4. Derechos humanos y derechos públicos subjetivos	46
2.5. Derechos humanos y derechos individuales	47
2.6. Derechos humanos y Libertades públicas	47
2.7. Derechos humanos y derechos morales	49
2.8. La tesis de Mauricio Beuchot	50
2.9. Derechos humanos	51
3. Formulación de los Derechos Humanos como Derechos Subjetivos	52
4. Elementos integradores de la estructura interna de los Derechos Humanos	54
4.1. Sujeto activo y su demanda	55
4.2. Sujeto pasivo y su prestación u obligación	59
4.3. Relación jurídica (bilateralidad)	62
5. Las tres generaciones de los Derechos Humanos	66
6. Argumentos en contra y a favor del concepto de generaciones de los Derechos Humanos	70
6.1 Argumentos en contra	70
6.2 Argumentos a favor	71



CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA GENERACIÓN

1. Revolución Inglesa	79
1.1 Carta Magna	83
1.1.1 Feudalismo	83
1.1.2 La sociedad estamental	85
1.1.3 Las instituciones feudales	88
1.1.4 El ius puniendi y los tribunales feudales	91
1.1.5 Origen del derecho anglosajón (<i>common law</i>)	97
1.1.6 La Carta Magna y los derechos estamentales	101
1.1.7 Formación histórica del parlamento	108
1.1.8 El constitucionalismo medieval	112
1.1.9 Renacimiento, humanismo, reforma protestante y formación del Estado moderno	112
1.1.10 Factores que contribuyeron a la consolidación del Estado moderno	124
1.2 Petition of Rights	132
1.2.1 El debido proceso	142
1.2.2 El derecho a la defensa	143
1.2.3 El hábeas corpus	143
1.2.4 El principio de legalidad	145
1.2.5 El Rey Carlos I es condenado a muerte sin el juicio legal de sus pares	151
1.3 Las detenciones arbitrarias, el Hábeas Corpus Act y el origen de los partidos políticos ingleses	156
1.3.1 El Código de Clarendon y otros instrumentos punitivos	155
1.3.2 Los Whig y los Tories y el origen de los partidos políticos	157
1.3.3 El Habeas Corpus Act	159
1.4 Bill of Rights	164
2. La revolución de las colonias inglesas de América del norte	175
2.1 Buscando la libertad	179
2.1.1 Primer Congreso Continental	180
2.1.2 Segundo Congreso Continental	181



2.2	Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia	183
2.3	Declaración de Independencia	190
2.4	Los artículos de la confederación y unión perpetua (la primera Constitución)	195
2.5	La Constitución de los Estados Unidos de Norte América	198
2.6	Supremacía de la Constitución	201
2.7	La sentencia en el caso Marbury vs. Madison	202
2.8	Las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos	204
2.8.1	Enmienda 1. Libertad de culto, de expresión y de prensa; derechos de reunión y petición	205
2.8.2	Enmienda 4. Órdenes de cateo y arresto	206
2.8.3	Enmienda 5. Los derechos en las causas penales	206
2.8.4	Enmienda 6. El derecho a un juicio justo	207
2.8.5	Enmienda 7. El derecho a un juicio con Jurado	207
2.8.6	Enmienda 14. Derechos civiles	208
2.8.7	Enmienda 15. El derecho al Sufragio	209
2.9	Estado constitucional	210
2.10	Las sufragistas y los derechos políticos de la mujer	211
2.11	La constitución normativa de los Estados Unidos de Norteamérica y sus aportes al derecho constitucional	212
3.	Revolución Francesa	215
3.1.	Dinastías de los Capetos, Valois y Borbones	215
3.2	El Papa Bonifacio VIII contra el Rey Felipe IV	217
3.3	El cisma de Occidente	217
3.4	Las guerras de religión (1559-1598)	218
3.4.1	Hugonotes, católicos y los políticos	219
3.4.2	La masacre de la noche de San Bartolomé	221
3.4.3	El Edicto de Nantes	222
3.5	Jean Bodino y la soberanía absoluta	226
3.6	Antiguo Régimen	231



3.6.1	La concentración de poderes de los Luises (la monarquía absolutista): Reyes-justicieros	232
3.6.2	La organización socio-económica francesa (la feudalidad)	236
3.6.3	Los gremios o corporaciones (maestros, compañeros y aprendices) franceses	238
3.7	Los fisiócratas	241
3.8	Ilustración	242
3.9	La separación de los poderes	245
3.10	De los delitos y de las penas y el ius puniendi moderno	246
3.10.1	Las Lettres de Cachet	246
3.10.2	Características del sistema penal moderno	247
3.10.3	El principio de legalidad penal	249
3.10.4	Beccaria y la filosofía penal de la Ilustración	256
3.11	La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	257
3.11.1	Los derechos civiles del hombre	264
3.11.2	Los derechos políticos del ciudadano burgués	277
3.11.3	Las instituciones políticas	279
3.12	Primeras Constituciones Políticas liberales burguesas	283
3.13	La revolución y los aportes al constitucionalismo moderno	286
3.13.1	El liberalismo político	286
3.13.2	El liberalismo económico	287
3.14	Primacía de la ley (Estado legal de derecho)	289
3.15	Los principios del Estado legal de derecho	289
3.15.1	La separación de los poderes	290
3.15.2	El reconocimiento de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	290
3.15.3	El principio de legalidad	291
3.15.4	El ius puniendi moderno	293
3.16	Estructura de la Constitución	295
3.17	¿Y los derechos de la mujer?	297
4.	Caracterización de los derechos civiles y políticos	299
5.	Sujetos activo y pasivo de la Relación jurídica	302
6.	¿Cuáles son los derechos civiles y políticos?	305



CAPÍTULO SEGUNDO DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

1. Revolución Industrial	309
1.1 En Inglaterra	310
1.1.1 La artesanía	311
1.1.2 La manufactura	315
1.1.3 El mercantilismo	322
1.1.4 Revolución Industrial	324
1.2 En Francia	346
1.2.1 La Ley Le Chapelier	348
1.2.2 Napoleón y el Código Civil	349
1.2.3 ¿Un proceso constituyente obrero?	351
1.2.2.4 La Constitución francesa de 1848	354
1.2.5 Libertad, igualdad y fraternidad	356
1.2.6 La lucha de los obreros por el sufragio universal	360
1.3 La lucha de las mujeres se unirá a la de los obreros, que también buscaban el reconocimiento de la representación política y los derechos políticos	360
1.3.1 La lucha de la mujer por los derechos políticos	360
1.3.2 El Hospital General de París	362
1.4 Los aportes del marxismo	363
1.4.1 El Manifiesto del Partido Comunista	363
1.4.2 Primera internacional de los trabajadores	365
1.4.3 Segunda Internacional de los Trabajadores	366
1.4.4 La doctrina social de la iglesia. Rerum Novarum	368
1.5 El constitucionalismo social	373
1.5.1 Constitución de Querétaro	373
1.5.2 Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado	375
1.5.3 Constitución de Weimar	378
1.6 Génesis de la internacionalización de los derechos	383
1.6.1 Tratado de Versalles	384



1.6.2	Aporte de la Sociedad de las Naciones a los derechos sociales	388
1.7	Estado social de derecho	389
1.8	Estado de bienestar	392
1.8.1	Laborem exercens	394
1.8.2	Caracterización de los derechos económicos, sociales y culturales	395
1.8.3	Sujetos activo y pasivo de la relación jurídica	402
1.8.4	¿Cuáles son los derechos económicos, sociales y culturales?	403

CAPÍTULO TERCERO DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

1.	Revolución tecnológica	406
1.1	El neoliberalismo	408
1.1.1	Los bancos globales y las empresas transnacionales “intervienen” económicamente la “intervención” del Estado en la economía nacional	410
1.1.2	Las privatizaciones de las empresas estatales y la agonía de las conquistas laborales	411
1.1.3	El nuevo orden mundial unipolar	413
1.1.4	El mensaje pastoral cristiano	414
1.2	La globalización	415
1.2.1	¿Se ha erosionado la soberanía del Estado-nacional?	420
1.2.2	¿Se ha erosionado la democracia?	424
1.2.3	Nueva gestión pública	427
1.2.4	El Estado del bienestar agonizante	428
1.2.5	Ius puniendi globalizado	428
2.	Caracterización general de los Derechos Humanos de tercera generación	430
3.	Tercera generación de Derechos Humanos y sus implicaciones en el ámbito de su titularidad	433



4. ¿Cuáles son los Derechos Humanos de tercera generación?	435
4.1 El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado	436
4.1.1 Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano	438
4.1.2 Declaración de Tokio	445
4.1.3 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo	449
4.1.4 Caracterizaciones del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado	472
4.1.5 Sujetos activo y pasivo de la relación jurídica	473
4.2 El derecho al desarrollo	475
4.2.2 Caracterizaciones sobre el derecho al desarrollo	480
4.2.3 Sujetos activo y pasivo de la relación jurídica	482
4.3 El derecho a la paz	483
4.3.1 Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz	484
4.3.2 Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz	485
4.3.3 Caracterizaciones sobre el derecho a la paz	486
4.3.4 Sujetos activo y pasivo de la relación jurídica	488
4.4 El derecho al patrimonio común de la humanidad	489
4.4.1 Convención para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural	490
4.4.2 Caracterizaciones sobre el derecho al patrimonio común de la humanidad	497
4.4.3 Sujetos activo y pasivo de la relación jurídica	497
5. La cumbre para la tierra	498
5.1 Conferencia de Johannesburgo (Sudáfrica)	498
6. Hacia una definición de los derechos humanos	508
Bibliografía	511



PRÓLOGO

El libro, al que estas reflexiones prologan, constituye un síntoma ejemplar de los modos actuales de enfocar metodológicamente y de exponer, en forma clara y profunda, la teoría de los derechos humanos. En sus páginas hallamos una precisa y cuidada referencia de los principales nudos temáticos y problemáticos que inciden en la delimitación conceptual de los derechos y libertades, así como de los principales momentos que jalonan su génesis y desarrollo. Bajo el título de *Las generaciones de los derechos humanos. Libertad-Igualdad-Fraternidad*, la obra pretende abordar con orden y claridad encomiables, lo mismo que atañen al significado sincrónico que al despliegue diacrónico de los derechos humanos.



Corresponde la autoría de esta ambiciosa empresa intelectual a Ernesto Rey Cantor, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Libre de Bogotá y, asimismo profesor e investigador de prestigiosas Universidades y Centros de Investigación internacionales. Ha sido también Magistrado y Juez *Ad Hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha contado, asimismo, para elaborar este volumen con la valiosa colaboración de sus hijas Giovanna Alejandra Rey Anaya y Ángela Margarita Rey Anaya, ambas cualificadas juristas y con una sólida especialización en el estudio de los derechos humanos.

En la Introducción de este texto se analiza el significado de los derechos humanos, y se traza, para ello, un cuidadoso mapa de las categorías afines. Asimismo, se dilucida el sentido de un planteamiento generacional de los derechos y sus aportaciones teóricas y metodológicas. Los otros tres grandes Capítulos, densos en contenido, que conjuntamente integran la totalidad

de la obra, se hallan respectivamente dirigidos al estudio de las tres fundamentales generaciones de los derechos humanos: las libertades individuales, los derechos sociales y los derechos de la tercera generación, es decir, los surgidos en la sociedad tecnológica que habitamos.

No ensayaré, por considerarla superflua, la tarea de resumir e interpretar, en una consideración demorada en pormenores, el contenido del libro. Entiendo preferible que cada uno de sus lectores pueda abordarla y asumirla sin hipotecas hermenéuticas previas, que puedan condicionar o mediatizar su libre y personal lectura.

Mérito destacado de este volumen es el de proponer y desarrollar una concepción generacional y, por tanto, histórica de los derechos humanos. Esta propuesta metodológica y teórica puede juzgarse sorprendente y paradójica. Muchos ciudadanos de las sociedades democráticas actuales consideran a los derechos humanos como un valor eterno consustancial a su experiencia cívica. El paradigma generacional de los derechos humanos se dirige a disipar el sueño ilusorio de imaginar derechos más allá de la historia.

Los derechos humanos, en su acepción estricta, surgieron en el clima cultural ilustrado de la Modernidad. Fueron formulados entonces como categorías que pretendían expresar las exigencias intemporales y perpetuas de la naturaleza humana; como un conjunto de facultades jurídicas y políticas propias de todos los hombres y en todos los tiempos. Ese paradigma eleático concebía los derechos humanos como unas verdades, cuya evidencia podía demostrarse a través de los dictámenes de la recta razón.

Las circunstancias jurídico-políticas y la propia evolución cultural, que han caracterizado el sucesivo devenir de los derechos y libertades desde la época moderna hasta el presente, han determinado una decantación del enfoque de los derechos humanos. Si en su gestación y primeras manifestaciones fueron contemplados *sub specie aeternitatis*, hoy no pueden dejar de ser

concebidos *sub specie historiae*. Las profundas transformaciones económicas, científicas y tecnológicas acaecidas desde el periodo de la Ilustración hasta el presente han tenido sus consiguientes repercusiones en la esfera social, jurídica y política. Los Estados de derecho, que tienen uno de sus elementos constitutivos en el sistema de libertades, han experimentado importantes mutaciones y adaptaciones institucionales, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos cívicos. Asimismo, la Comunidad internacional ha vivido en su seno cambios y evoluciones, cuya incidencia en el estatuto de los derechos humanos ha sido profunda y relevante. De todo ello, el libro, que da pauta a esta consideración, ofrece un concienzudo y penetrante análisis, siempre sugerente y clarificador.

Las vicisitudes institucionales que jalonan la trayectoria de los derechos humanos en los dos últimos siglos, se han visto también acompañadas por transformaciones de enorme calado en el ámbito de la ideas. Los postulados racionalistas, a menudo revestidos de la pretensión de inmutabilidad, que sirvieron de apoyo teórico al nacimiento de los derechos humanos, sufrieron en etapas inmediatamente posteriores, una categórica revisión teórica. Los movimientos culturales que se han venido sucediendo a partir del tránsito al siglo XIX, se han mostrado abiertamente incompatibles con la aceptación de cualquier tipo de categoría jurídica y política situada al margen de la historia. Historicismo, marxismo, neokantismo, neohegelismo, fenomenología, existencialismo..., han sido algunos de los principales marcos filosóficos desde los que se ha realizado la crítica al “paradigma eleático ilustrado”. Su repercusión en la esfera doctrinal y también en la práctica de los derechos humanos resulta insoslayable. Esa circunstancia avala e invita a reemplazar, como marco de estudio de los derechos humanos, el paradigma eleático o estático, por un nuevo paradigma dinámico o proteico que es, precisamente, el que se desprende de la concepción generacional de las libertades y que es el que asumen los autores de esta obra.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al

polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, los derechos en la esfera de las biotecnologías y respecto a la manipulación genética, el derecho a la calidad de vida y al medio ambiente o a la libertad informática. En nuestro tiempo se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*Liberties Pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

He indicado, en reiteradas ocasiones, que la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones de los seres humanos con la naturaleza, las relaciones de los seres humanos entre sí y la relación del ser humano para consigo mismo. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos. Se ha producido, de este modo, un fenómeno bifronte: de una parte, las Nuevas Tecnologías y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación han generado importantes desarrollos y mejoras en las condiciones vitales de la humanidad, contribuyendo a reforzar, en ocasiones, el disfrute y ejercicio de determinados derechos en el seno de la sociedad digital; pero como reverso a estos avances, determinados usos o abusos tecnológicos han supuesto una grave amenaza para las libertades, lo que ha exigido la formulación de nuevos derechos o actualización y adecuación a los nuevos retos de los instrumentos de garantía de derechos ya existentes.

De cuanto llevo escrito se desprende que mi valoración de este volumen es inequívoca y decididamente positiva, por los incuestionables méritos científicos que en él concurren. Me parece admirable la reconstrucción histórica llevada a cabo por sus autores sobre los orígenes de la temática de los derechos humanos en las culturas anglosajona, francesa y alemana. Al

propio tiempo, estimo muy relevante su panorámica sobre el estatuto teórico actual de los derechos y libertades, así como sobre los nuevos retos y el papel que les incumbe en la sociedad digital. El profesor Ernesto Rey Cantor y sus hijas muestran poseer un control exacto sobre los resortes de las técnicas de ordenar y exponer, acertadamente, la amplia y compleja problemática de los derechos humanos. Este texto, en definitiva, como cosecha de buena siembra revela toda la ciencia y roda la conciencia de quienes han contribuido a su elaboración.

Debo indicar, por último, *last but not least*, que en esta obra la forma no desmerece del fondo. Es de justicia resaltar la cuidada pulcritud literaria y la diáfana claridad que se expresan en todas sus páginas y que hace de su lectura un grato quehacer intelectual.

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla, marzo de 2020

INTRODUCCIÓN

El distinguido colega y amigo de vieja data, Ernesto Rey Cantor, me ha solicitado que escriba algunas palabras introductorias a la nueva edición del libro publicado, junto a sus hijas Giovanna Alejandra y Ángela Margarita Rey Anaya, denominado *Las Generaciones de los Derechos Humanos*.

Con mucho gusto acepté el encargo por dos razones: primero, porque a un amigo querido no se le puede dar una respuesta negativa, y en segundo término, porque este tema constituye una de mis debilidades jurídicas.



El libro es omnicomprendivo de la materia tratada, lo cual se hace con claridad y precisión, elementos que son determinantes para que la lectura de cualquier libro resulte amena. El texto tiene la virtud de que no se pierde en disquisiciones inútiles, y va directamente al grano al analizar los diferentes aspectos de la materia tratada.

El texto parte de una premisa jurídica fundamental, y que compartimos plenamente: considerar el principio de la dignidad humana como fundamento de la libertad, igualdad y fraternidad, que se infieren de la Biblia, bajo la impronta del cristianismo, que después serán adoptados por la Revolución Francesa.

Consideran los autores que al crearse al hombre por Dios –y a su semejanza– nació una criatura con *fuerza, sabiduría y belleza*, porque a imagen de Dios fue creada; es el único ser en el que trasciende la dignidad divina dotado de *razón y conciencia*; por tanto, *la dignidad es inherente a la naturaleza del ser humano irradiada por la luz divina del creador*. Es por ello que el

ser humano es la criatura más bella del universo, dotado de sabiduría y fuerza espirituales.

Aunque difiero del origen divino de la dignidad, sí estoy completamente de acuerdo en que ella es consustancial con el ser humano, es decir que todos los hombres, por el hecho de ser tales, nacemos con una dignidad que nadie nos puede arrebatar. La dignidad es parte integrante de nuestra esencia ontológica.

Dentro de este orden de ideas, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en el Preámbulo se expresó lo siguiente:

“Considerando que la *libertad*, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad* intrínseca y de los derechos *iguales* e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Y el artículo 1º reconoció:

“Todos los seres humanos nacen *libres* e *iguales* en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse *fraternalmente* los unos con los otros”.

Luego, los autores analizan el concepto de derechos humanos y lo comparan con otras categorías, tales como derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales, derechos fundamentales, etc., para llegar a la conclusión de que los derechos humanos son derechos subjetivos atribuidos por la norma a un sujeto de poder exigir de otro u otros, ya una conducta activa, ya una conducta de abstención y no impedimento.

La *configuración* de los derechos humanos, como derechos subjetivos, conlleva que estos sean entendidos como las *facultades* derivadas de una norma jurídica positiva que tiene un sujeto individual o colectivo (activo), para exigir coactivamente de otro sujeto (pasivo) el cumplimiento de una *obligación* o *deber* jurídico,

de hacer o no hacer, o de dar, establecidas por el ordenamiento jurídico interno o internacional; es la facultad del ser humano frente al poder (político del Estado, u otros Estados, o poder privado, ejercido por un particular o por organizaciones de particulares), para lo cual la persona humana ejercerá las acciones constitucionales o legales ante el Poder Judicial con el objeto de que sea protegido judicialmente mediante una sentencia que garantice con efectividad el ejercicio de sus derechos humanos; se trata del cumplimiento operativo de la exigibilidad de dichos derechos; eventualmente el ser humano podrá acceder a la jurisdicción internacional de derechos humanos, con el fin de obtener la protección que el Estado-judicial le negó internamente.

Los derechos humanos *configurados* como derechos subjetivos tienen una *estructura* interna, por lo que hablar de la estructura es hablar de la configuración de los derechos humanos. Según los autores, la mayor parte de los doctrinantes coinciden en señalar que los elementos que integran la estructura interna de los derechos humanos, en síntesis, son los siguientes: a) sujeto activo; b) sujeto pasivo; c) demanda del sujeto activo; d) prestación u obligación del sujeto pasivo, y e) relación jurídica (bilateralidad).

El texto analiza los elementos mencionados, agrupando el primero y el tercero, por un lado, y el segundo y el cuarto por el otro, por razones didácticas, y la relación jurídica que se articula entre los sujetos activo y pasivo, respecto de las tres generaciones de los derechos humanos: civiles y políticos (primera), sociales, económicos y culturales (segunda), y los colectivos (tercera).

Sostienen los autores que en el transcurso del desarrollo histórico se ha producido la gestación de derechos que corresponden a tres generaciones en un orden cronológico: *derechos humanos de primera generación*, o derechos civiles y políticos; *derechos humanos de segunda generación* o derechos económicos, sociales y culturales, y *derechos humanos de tercera generación*, o los derechos de la solidaridad o de la fraternidad.

Estas tres generaciones se estudian en el libro teniendo en cuenta los siguientes aspectos jurídicos: cuáles son los derechos humanos que pertenecen a cada generación, identificando los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica, y la prestación a que está obligado el sujeto pasivo a fin de satisfacer la demanda del sujeto activo.

Los autores enarbolan la tesis de que las *generaciones* se relacionan directamente con la *historia*, por lo que acuden a las herramientas que utilizan los historiadores: los hechos de la historia se estudian guiados por dos coordenadas, el tiempo (en la edad media, edad moderna y edad contemporánea), y el espacio (en Europa occidental y en América); por lo tanto, ingresaremos en el túnel del tiempo para hallar las tres edades del nacimiento de los derechos humanos y el espacio en que tuvieron su realización, en diferentes escenarios económicos, políticos, sociales, culturales y religiosos, en que actuaron distintos protagonistas como emperadores, monarcas y reyes, que generaron conflictos religiosos/políticos que desembocaron en el nacimiento de los derechos humanos, ya que “cada época histórica se caracteriza por el predominio de determinados sistemas políticos, de la misma forma que también hay determinados valores que afloran con especial insistencia en momentos históricos muy concretos”, como lo fueron *libertad, igualdad y fraternidad*, valores que gritó el pueblo por las calles en París al estallar las revoluciones liberales burguesas de Francia, en 1789 y 1848.

A las tres generaciones de Estados de derechos corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos:

- a. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho; es el marco en el que se afirman los derechos de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual.
- b. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulan los derechos económicos, sociales y culturales.

- c. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación.

Cada generación de derechos se identifica con el constitucionalismo medieval, el constitucionalismo moderno, el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social y el constitucionalismo de la solidaridad o fraternidad, respectivamente.

Luego de tales precisiones terminológicas, los autores analizan cada generación de derechos humanos, haciendo énfasis en los hitos históricos que hicieron posible el surgimiento de cada generación. Este aporte es sumamente importante para entender cabalmente como fueron surgiendo las diferentes generaciones de derechos a lo largo de la historia. En mi criterio particular, son esclarecedores los aportes históricos sobre el nacimiento de los derechos de la primera generación en la evolución del sistema jurídico inglés y su posterior recepción en Francia y los Estados Unidos de América.

El libro culmina con la siguiente definición de los derechos humanos: “Los derechos humanos son aquellas facultades que todos los seres humanos *tienen* para vivir dignamente como hermanos fraternales, reconocidos en las Constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

El libro invita a la reflexión acerca del periplo humano seguido, primero, para que a todas las personas le reconocieran sus derechos individuales sin cortapisas, segundo, para que sus necesidades y aspiraciones sociales y económicas fueran elevadas a la categoría de derechos fundamentales y, en tercer lugar, para que se positivaran los derechos relativos a la paz y al equilibrio ecológico.

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE
Profesor Derecho Constitucional UCR
San José, 28 de setiembre de 2018

EXPLICACIONES NECESARIAS

Entonces dijo Dios: “Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza”, y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó. Entonces Dios formó al hombre del polvo de la tierra, sopló en su nariz aliento de vida y fue el hombre un ser viviente.
(Génesis 1: 26, 27; 2: 7).

Hace diez y siete (17) años que se publicó la primera edición de *Las generaciones de los derechos humanos* (2002) en Bogotá (Colombia), con la siguiente metodología: exposición descriptiva de las tres generaciones de los derechos humanos: primera (derechos civiles y políticos), segunda (derechos sociales, económicos y culturales) y tercera (derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho al desarrollo, derecho a la paz y derecho al patrimonio común de la humanidad), formulados como derechos subjetivos, exponiendo los elementos que integran la estructura de estos derechos (sujetos activos y pasivos, y la relación jurídica), destacando sus caracterizaciones.



Similar metodología encontramos en la obra titulada *Manual de Derechos Humanos* de JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS, publicada en 2006 en Navarra (España)¹, el que citaremos por su valioso contenido y metodología como un gran manual; similar objetivo procuramos con el presente trabajo.

1 Megías Quirós, José Justo, *Manual de derechos humanos*, Edit. Thomson Aranzadi, Navarra (España), 2006.

La metodología a seguir se desarrollará con una parte introductoria denominada *explicaciones necesarias*, y tres capítulos relacionados con los derechos humanos de *primera*, *segunda* y *tercera generación*, respectivamente.

Hallaremos en la Revolución Francesa los valores político-jurídicos de *libertad, igualdad y fraternidad*, que constituyen el fundamento de los derechos humanos, con el único propósito de presentar un trabajo de información y de divulgación —no crítico—, destinado a los estudiantes y a todo aquel ser humano que se asome por primera vez al tema.

En efecto, se trata de la historiografía² —en sentido amplio— de las Cartas, Declaraciones, Constituciones e instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos en tres diferentes edades de la historia. En otras palabras, cuándo nace (el momento histórico determinado) cada una de las tres generaciones de los derechos y cuáles son los documentos en que están reconocidos.

El vocablo *generación* significa “acción y efecto de engendrar. Casta, género o especie (...). La generación *presente*; la generación *futura*”³:

“El concepto de generación, cuando se aplica a los derechos humanos, responde a dos criterios: uno histórico y otro temático, que se combinan de manera inextricable. Se trata de explicar la aparición sucesiva de series o grupos de derechos en distintos momentos de la historia contemporánea, y de tal manera que cada generación incluya derechos de una misma clase”⁴.

2 Cfr. Sánchez de Madaria, Elena, *Conceptos fundamentales de historia*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 64.

3 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970). *Diccionario de la Lengua Española*. T. III. 19ª ed., p. 665.

4 Valencia Villa, Hernando (1997). *Los Derechos Humanos*. Madrid: Edit. Acento, p. 43.

En otras palabras,

“(…) los derechos, como ha explicado NORBERTO BOBBIO (…), tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas (...). Es decir, que van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas”⁵.

Las generaciones (edades) tienen correspondencia con la historia:

“Adoptar una perspectiva histórica en el estudio de los derechos humanos supone asumir que el recurso a la historia es imprescindible para explicar su génesis y desarrollo, sin mantener necesariamente una concepción lineal del proceso histórico, sino sólo la tesis de que es factible que aparezcan nuevos derechos como respuesta al surgimiento de nuevas necesidades”⁶.

Hay que dejar “por sentado que los derechos no son entidades que siempre han estado ahí, presentes en toda la historia de la humanidad”⁷. En efecto, los derechos humanos se han reconocido en el escenario de las revoluciones liberales burguesas (siglos XVII y XVIII), la Revolución Industrial (XVIII y XIX), la Revolución Mexicana y la Revolución Bolchevique (XX), en un contexto *económico, político, social, cultural y religioso* determinados.

Por otra parte, es importante diferenciar las *generaciones de los derechos* con la *clasificación de los derechos*. Al respecto, el tratadista HÉCTOR GROS ESPIELL explica:

5 Carbonell, Miguel (2001). *Los Derechos Humanos en la actualidad, una visión desde México*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, pp. 12 y 19.

6 Rodríguez Palop, María Eugenia (2002). *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Madrid: Editorial Dikynson, Universidad Carlos III, p. 91.

7 Carbonell. *Los derechos humanos en la actualidad*. Op. cit., p. 12.

“Es necesario afirmar que no debe confundirse un intento de clasificación de los Derechos Humanos con un criterio favorable a una categorización jerarquizada de ellos o a la aceptación de que poseen, en lo esencial, una naturaleza diferente. Todos los derechos del hombre tienen, por razones ontológicas y materiales, una naturaleza igual, aunque puedan tener caracteres diferentes y distintos sistemas de protección”⁸.

Como quiera que los derechos humanos no han estado siempre en la historia de la humanidad –según explicación anterior–, es importante indagar en la antigüedad de qué clase de facultades, de prerrogativas gozaban dignamente los seres humanos en ese contexto social primitivo, y el documento más antiguo que ofrece, en nuestro concepto, aportes es la Biblia.

1. LA BIBLIA

Son varios los pasajes bíblicos que se relacionan implícitamente con los derechos humanos inspirados en la *dignidad del hombre*, siendo ésta inherente a la esencia y naturaleza del ser humano que se distingue entre los demás seres vivos por estar dotado de *razón* dada por Dios. Como hombre **tiene** “derecho a algo”, a que se le respete por la autoridad y los demás seres humanos la dignidad dada por DIOS, a ese hombre le pertenecen unos derechos que no pueden ser otros que los *derechos humanos*.

Lo anterior nos conduce a considerar el principio de la dignidad humana (i) como fundamento de la libertad, igualdad y fraternidad que se infieren de la Biblia (ii), bajo la impronta del cristianismo que después serán adoptados por la Revolución Francesa.

8 Gros Espiell, Héctor (1995). “El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. En: *Derechos Humanos y vida internacional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 154.

1.1 DIGNIDAD HUMANA

Siguiendo algunos autores consideramos que al crearse al hombre por Dios –y a su semejanza– nació una criatura con *fuerza, sabiduría y belleza*, porque a imagen de Dios fue creada; es el único ser en el que trasciende la dignidad divina dotado de *razón* y conciencia; por tanto, la dignidad *es inherente* a la naturaleza del ser humano irradiada por la luz divina del creador. Es por ello que el ser humano es la criatura más bella del universo dotado de sabiduría y fuerza espirituales.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en el Preámbulo se expresó lo siguiente:

“Considerando que la *libertad*, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad* intrínseca y de los derechos *iguales* e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Y el artículo 1º reconoció:

“Todos los seres humanos nacen *libres e iguales* en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse *fraternalmente* los unos con los otros”.

Examinemos los antecedentes históricos de igualdad, libertad y fraternidad, como fundamento de los derechos humanos.

1.2 IGUALDAD, LIBERTAD Y FRATERNIDAD

En la Biblia no existe una Declaración expresa de reconocimiento de los derechos de los seres humanos, pero de sus diferentes pasajes se infiere la igualdad, la libertad y la fraternidad; por tanto, los derechos también implícitamente se encuentran concebidos. La metodología consiste en extraer aquellos valores político-jurídicos y los derechos del ser humano del Antiguo y Nuevo Testamentos. HAIM H. COHN sostiene que:

“(…) sólo es posible deducir los *derechos humanos* en la ley religiosa y divina a través de la negación (...). Es difícil hablar sobre «*Derechos Humanos*» en la tradición legal judía por una simple razón: esta tradición es una ley religiosa, o, de acuerdo con su propia afirmación, una ley divina. Por su misma naturaleza, una ley así no otorga derechos, sino que impone obligaciones. La ley dada por Dios está compuesta de *mandamientos*; las leyes determinan las obligaciones”.

Por ejemplo, la prohibición “*no matarás*” contiene implícitamente el derecho a la vida de toda persona. “Caín, al matar a Abel, no sólo produjo un grave daño a la persona a la que dio muerte —aunque no hay nada escrito en relación con ese daño— sino que se nos dice que la voz de la sangre de Abel clamó a *Dios* desde la tierra”⁹.

Cuando el Evangelio ordena “*no robarás*”, significa que los seres humanos tienen derecho a la propiedad y que merece protección.

En cuanto a la **igualdad**, la Biblia expresa:

“Creó, pues, Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó, y lo creó varón y hembra; (...). Formó, pues, el Señor Dios al hombre del lodo de la tierra, e inspiróle en el rostro un soplo o espíritu de vida, y quedó hecho el hombre viviente con alma *racional*” (GÉNESIS).

“Toda persona fue creada a imagen de Dios, y todas las personas son iguales en este aspecto. La sola y única diferencia entre ellos está mencionada en ese mismo versículo: la diferencia entre hembra y varón. Pero esa misma diferencia entre los sexos se menciona tan solo para subrayar la igualdad que se da entre ellos: de la misma forma que el varón fue creado a imagen de Dios, también la mujer fue creada a Su imagen”¹⁰.

9 Cohn. Op. cit., pp. 2 y 23.

10 Cohn. Op. cit., p. 35.

Respecto a la *libertad*, el mejor discurso bíblico se halla en el libro del *Éxodo*, cuyo texto expresa:

“He bajado para librarle de la mano de los egipcios y para subirle de esta tierra buena y espaciosa: a una tierra que mana leche y miel, al país de los cananeos, de los hititas, de los amorreos, de los perizitas, de los jivitas y de los jebuseos” (3, 8; cf. 3, 17; 6, 8).

Por voluntad de Dios, el pueblo hebreo es liberado del yugo esclavista de los egipcios; obsérvese que es al pueblo –como colectividad– a quien se le otorga la *libertad*. El paso del mar Rojo simboliza el tránsito de la esclavitud hacia la libertad (de la desigualdad a la igualdad): “la tierra que mana leche y miel”, esto es, la tierra de Canaán, en la que vivirían los israelitas como *hermanos* compartiendo con *fraternidad* el suelo y los frutos por tribus en un equitativo reparto igualitario, sometidos a un decálogo, un código Deuteronomio o, mejor, a unas leyes (*Los Diez Mandamientos*), que más adelante ampliaremos. *Esa fraternidad* comprendía la ayuda y el socorro mutuo entre clanes, tribus y pueblos, principalmente entre hermanos israelitas.

En efecto, en el libro del *Deuteronomio* se enumeran los Diez Mandamientos (el Decálogo, 5: 1-22), establecidos por voluntad divina para el pueblo de Israel. Más adelante trata de “*las tablas de la ley y el arca de la alianza*” (10:1-5), en los siguientes términos:

“En aquel tiempo me dijo Yahvéh: Lábrate dos tablas de piedra como las primeras, y sube hasta mí a la montaña; hazte también un arca de madera. Yo escribiré sobre las tablas las palabras que había en las primeras que tú rompiste, y las colocarás en el arca. Hice un arca de madera de acacia¹¹, tallé dos tablas de piedra como las primeras y subí al monte con las dos tablas en la mano. Él escribió sobre las tablas lo mismo que había escrito en las primeras:

11 **Acacia.** Árbol o arbusto de la familia de las mimosáceas, de madera fuerte, incorruptible y de larga duración.

los diez mandamientos que Yahvéh os había dicho en el monte, de en medio del fuego, el día de la asamblea, y Yahvéh me las entregó. Me volví y bajé del monte, y puse las tablas en el arca que había hecho, y allí han quedado, como Yahvéh me ordenó”.

En otro aparte del *Deuteronomio* se hace énfasis en que los israelitas son hijos de Dios y, por consiguiente, *pueblo de hermanos*, en los siguientes términos:

“Hijos sois del Señor, vuestro Dios”.

De lo anterior se infiere un doble vínculo: de filiación entre los israelitas y Dios, y de *fraternidad* entre los israelitas, por ser el pueblo escogido o elegido. De ahí que el Evangelio enseñe: “*Amaos los unos a los otros*”.

El *Deuteronomio*, en el capítulo XV, trata de los *pobres y los esclavos*, y contiene el siguiente mensaje fraternal:

“(7) Si hubiere en medio de ti un necesitado de entre *tus hermanos*, en tus ciudades, en la tierra que Yahvéh, tu Dios, te da, no endurecerás tu corazón ni cerrarás tu mano al pobre, (8) sino que le abrirás tu mano y le prestarás con qué poder satisfacer sus necesidades, según lo que necesite (...). (11) Nunca dejará de haber pobres en la tierra; por eso te doy este mandamiento: abrirás tu mano a tu hermano, al necesitado y al pobre de tu tierra”.

En otro aparte se reconoce el derecho a la *libertad*, en los siguientes términos:

“(12) Si tu hermano hebreo, varón o mujer, se vende a ti, te servirá durante seis años y al séptimo le dejarás libre; (13) al dejarlo libre, no lo mandarás con las manos vacías, (14) sino que le darás algo de tus rebaños, de tu trigo y de tu bodega, algo de los bienes con que Yahvéh te ha bendecido (...) (15)”.

En el capítulo XXIII, *Humanidad*, se expresó:

“(15). No entregarás a su amo un esclavo huido que se haya refugiado en tu casa”.

En los dos últimos pasajes bíblicos se reconoció el derecho a la libertad a algunos individuos, concretamente a los esclavos.

Refuerza los lazos de *fraternidad*, el siguiente pasaje:

“*El hermano ayudado del hermano es como una ciudad fuerte*” (*Proverbios* 18: 19).

Podríamos afirmar que los anteriores son derechos civiles, en otras palabras, derechos de *primera generación*. También en la Biblia se reconocen implícitamente los de *segunda generación*, como el derecho al trabajo: “Con el sudor de tu rostro comerás el pan” (*Génesis* 3: 19).

Otros derechos laborales los encontramos en el *Deuteronomio*, concretamente en el segundo discurso de Moisés. En el Decálogo, entre otros, se encuentran los siguientes mandamientos:

“12. Guarda el día del sábado, para santificarlo, como te lo ha mandado Yahvéh, tu Dios. 13. Seis días trabajarás y ejecutarás todo lo que tienes que hacer; 14. Pero el día séptimo es el sábado, dedicado a Yahvéh tu Dios. No harás en él trabajo alguno, ni tú ni tu hijo, ni tu siervo ni tu sierva, ni tu buey, ni tu asno ni ninguna de tus bestias, ni el extranjero que está dentro de tu ciudad, para que tu siervo y tu sierva descansen, como descansas tú (...).

”No explotarás al jornalero pobre y necesitado, sea hermano tuyo o emigrante que vive en tu tierra, en tu ciudad; cada jornada le darás su jornal, antes que el sol se ponga, porque pasa necesidad y está pendiente del salario. Si no, apelará al Señor y tú serás culpable” (*Deuteronomio* 24: 14-15).

“6. Estos son los mandamientos, preceptos y normas que Yahvéh, vuestro Dios, me mandó enseñaros, para que los pongáis por obra en el país en cuya posesión vais a entrar (...) en la tierra que mana leche y miel (...)”, o sea, la tierra de Canaán.

Volvemos al *Deuteronomio* 1. Primer discurso de Moisés relacionado con el *Derecho*, los *Jueces* y la *Justicia*:

“17. Cuando juzguen, no se dejarán influenciar por persona alguna, sino que escucharán lo mismo al pobre que al rico, al poderoso que al débil, y no tendrán miedo de nadie, porque actuarán en lugar de Dios. Si un problema les resulta demasiado difícil, me lo pasarán a mí, y yo lo veré”.

Se consagra el principio de no discriminación con el fin de garantizar la igualdad procesal en los juicios, siendo el juez un delegado de Dios, quien no se dejará influenciar, así como tampoco Moisés que resolverá en segunda instancia.

El *Eclesiastes* 3:

“16. Seguí reflexionando sobre lo que sucede bajo el sol: en el lugar del *derecho* está el mal; en el lugar de la *justicia*, está la maldad”.

“5.7. Si en una región ves al pobre oprimido y el *derecho* y la *justicia* pisoteados, no te sorprendas, ya que sobre una autoridad hay otra y así sucesivamente”.

“8.11. Como la sentencia en contra de las obras malas demora en ejecutarse, los hombres siguen con el deseo de hacer el mal”.

En los *Salmos* se hallan las siguientes enseñanzas acerca del *Derecho*, los *Jueces* y la *Justicia*:

“10. Harás justicia a huérfanos y oprimidos y ya no nos dominarán hombres de barro”.

“19. 10. Los juicios del señor son ciertos, son siempre *iguales* para todos”.

“58. 2. Oh dioses y poderosos. ¿Será verdad que hacen justicia y que gobiernan según el derecho?”.

”3. Al contrario, a sabiendas falsean el derecho, imponen al país un yugo injusto”.

Dios juzga a los jueces

“82.1 Dios preside el divino Tribunal para juzgar, en medio de los dioses:

”2. *¿Hasta cuándo serán jueces injustos, que sólo favorecen al impío?*

”3. Denle el favor al huérfano y al débil, hagan *justicia* al pobre y al que sufre,

”4. libren al indigente y al humilde,

”Sálvenlos de las manos del impío”.

“85.11. La *Gracia* y la *Verdad* se han encontrado, la *Justicia* y la *Paz* se han abrazado;

”12. La *Verdad* brotará desde la tierra y bajará del cielo la *Justicia*”,

“95.20 ¿Acaso aprobarás un Tribunal malvado, que sentencia penas extrañas a la ley?

”21. Atentan a la vida del justo, y *condenan a muerte al inocente*”.

“98. 9. Delante del Señor, que ya viene a juzgar la tierra. Juzgará con *justicia* al universo, y según *el Derecho de las Naciones*”.

“119. 121. He ejercido el derecho y la justicia, no me entregues a los que me oprimen.

”119.137. Señor, tú eres justo, y tus juicios son rectos.

”119.142. Tu justicia es eterna y tu Ley es verdad”.

“119. 165. La Paz perfecta es para los que aman tu Ley; para ellos no hay tropiezo”.

En el Nuevo Testamento hallamos con mayor precisión el contenido y esencia de los principios de *libertad*, *igualdad* y *fraternidad*. Examinémoslos en los pasajes respectivos:

1.2.1 LIBERTAD

“La verdadera libertad.

”Nuestra vocación, hermanos, es la libertad. No hablo de esa libertad que encubre los deseos de la carne, sino del amor por el que nos hacemos esclavos unos de otros. Pues la ley entera se resume en una frase «Amarás al prójimo como a ti mismo»” (*Carta de San Pablo a los Gálatas* 5: 13-14).

1.2.2 IGUALDAD

“Ustedes están en Cristo Jesús, y todos son hijos de Dios gracias a la fe. Todos se han revestido de Cristo, pues todos fueron entregados a Cristo en el bautismo. Ya no hay diferencias entre judío y griego, entre esclavo y hombre libre; no se hace diferencia entre hombre y mujer, pues todos ustedes son uno solo en Cristo Jesús” (*Carta de San Pablo a los Gálatas* 3: 26-28).

1.2.3 FRATERNIDAD

“Pues bien, esto es lo que Yahvéh decía a sus profetas: Tomen decisiones justas, actúen con sinceridad, sean compasivos con sus hermanos.

”No opriman a la viuda ni al huérfano, al extranjero ni al pobre; no anden pensando cómo hacerle el mal al otro” (*Zacarías* 7: 9-10).

Hay otros pasajes bíblicos de los cuales se infieren los principios de libertad, igualdad y fraternidad. Por ejemplo, en las enseñanzas de Yahvéh para el pueblo de Israel, en el peregrinaje por el desierto hacia la “tierra prometida”, en la ascensión de David al trono en Judá y en Israel, y en las parábolas de Jesús. En efecto, el discurso bíblico es un mensaje constante y reiterativo de *fraternidad* para todos los seres humanos, como hijos de Dios. Veamos: “No odies en tu corazón”.

En el Evangelio según San Mateo, se dice:

“Felices los que trabajan por la *paz*, porque serán reconocidos como hijos de Dios”.

Los anteriores pasajes, en nuestro concepto, es lo importante del aporte bíblico a los derechos de los seres humanos; por lo cual deberá hablarse de derechos humanos y, por ello y por otros argumentos, preferiremos utilizar esta terminología. DIOS creó al hombre a su imagen y semejanza y no lo habría de dejar solo **sin libertad, sin igualdad**, porque el hombre por naturaleza es **fraternal** y para vivir dignamente con otros hombres tiene unos derechos que no son otros que derechos humanos.

Las divisas **libertad, igualdad y fraternidad** serán, siglos más tarde, los valores político-jurídicos de la Revolución Francesa; el reconocimiento de los dos primeros se hará en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, y del último, en la Constitución de la Segunda República Francesa¹² de 1848, como oportunamente lo estudiaremos¹³.

12 Véanse García-Pelayo, Manuel (1984). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial S.A., p. 481, y DUVERGER, MAURICE (1970). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Edit. Ariel, p. 90.

13 No obstante, la anterior precisión, es importante resaltar que, en el Título I de la Constitución francesa, de septiembre 3 de 1791, se incluyó la **fraternidad** como una recomendación y no como elemento integrador de la trilogía, en los siguientes términos: “(...) fomentar la fraternidad entre los ciudadanos y vincularlos a la Constitución, a la patria y a las leyes”.

“Desde entonces también puede afirmarse abiertamente que la «libertad, igualdad y fraternidad» —durante largo tiempo denigradas— son la base del cristianismo primitivo”¹⁴.

En pleno desarrollo de la *Revolución Industrial*, el Papa LEÓN XIII promulgó, el 15 de marzo de 1891, la encíclica *Rerum Novarum*, en la cual se refiere, entre otros aspectos, a la verdadera *fraternidad* entre los obreros. El 14 de septiembre de 1981 el Papa JUAN PABLO II publicó la Carta Encíclica *Laborem Exercens* (sobre el trabajo humano), en el 90 aniversario de la *Rerum Novarum*, en el marco de la *Revolución Tecnológica*, aspectos éstos que ampliaremos más adelante.

La tratadista MÓNICA PINTO comenta que:

“(...) el mundo antiguo no conoció los derechos humanos. Sociedades como la griega o la romana reservaron para algunos de sus miembros, en rigor sólo aquellos que eran considerados parte integrante de la sociedad, la posibilidad de ser libres, en definitiva, de disponer de sí mismos. Paralelamente, la división social en clases y esclavitud inhibían a muchos hombres y mujeres de la posibilidad de decidir el destino de sus vidas”¹⁵.

La autora argentina cita, como punto de partida histórico, la Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra de Inglaterra de 1215, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789, a fin de destacar la contribución del *iusnaturalismo* como fundamento de los derechos del hombre:

“En Francia, el Estado llano empujó al poder político, la nobleza y el clero, para lograr los fines de igualdad, libertad, propiedad, seguridad, resistencia a la opresión, legalidad y

14 Kúng, Hans (2003). *La Iglesia Católica. Breve historia universal*. Barcelona: Grupo Editorial Random House Mondadori, S.L., p. 202.

15 Pinto, Mónica (1997). *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 1.

luego de fraternidad, que se materializan en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

”La combinación de las ideas iusnaturalistas, que predicaron los derechos del hombre por el solo hecho de ser tal, y del liberalismo constitucional, que impuso como el límite al poder del Estado el respeto de determinados derechos del hombre, resultó en la consagración de las llamadas libertades públicas”¹⁶.

NORBERTO BOBBIO comenta que:

“El presupuesto filosófico del Estado liberal, entendido como Estado limitado en contraposición al Estado absoluto, es la doctrina de los derechos del hombre elaborada por la escuela de derecho natural (o iusnaturalismo): la doctrina, de acuerdo con la cual el hombre, todos los hombres indistintamente, tienen por naturaleza, y por tanto sin importar su voluntad, mucho menos la voluntad de unos cuantos o de uno solo, algunos derechos fundamentales (...) que el Estado, o más concretamente aquellos que en un determinado momento histórico detentan el poder legítimo de ejercer la fuerza para obtener la obediencia a sus mandatos, deben respetar no invadiéndolos y garantizarlos frente a cualquier intervención posible por parte de los demás”¹⁷.

“Con estos antecedentes la función del pensamiento jurídico es depurar esas adherencias conceptuales e intentar la comprensión de los derechos, partiendo de la búsqueda de su concepto y de su fundamentación. Una aproximación lingüística puede ser pertinente, pero parte de serias dificultades, que exigen precisiones y aclaraciones

16 Pinto, Mónica. Op. cit., p. 2.

17 Bobbio, Norberto (1989). *Liberalismo y democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, p. 11.

ante la heterogeneidad terminológica ante la que nos encontramos”¹⁸.

2. LÍMITES LINGÜÍSTICOS DEL TÉRMINO “DERECHOS HUMANOS”

Adoptamos este título de la obra¹⁹ de ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO para desarrollar el tema propuesto citando además a destacados tratadistas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Derecho Constitucional, españoles y latinoamericanos.

“El término «*derechos humanos*» es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política, tanto por los científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos”²⁰, a partir de la segunda mitad del siglo XX y en el presente milenio, sin que sus destinatarios, los *seres humanos*, empíricamente tengan una idea conceptual de los mismos. Son recurrentes las experiencias que a diario surgen cuando se pregunta: ¿Qué son los derechos humanos? Las respuestas no suelen ser satisfactorias, son vagas. Sin embargo, la *razón* les indica a los seres humanos que, por el hecho de serlo, le pertenecen unos derechos, pero por lo general ignoran cuáles son y dónde están contenidos o, mejor, dónde están escritos. Por ello, procederemos “a concretar el análisis lingüístico del término «*derechos humanos*» para precisar el alcance significativo de esta peculiar forma de lenguaje normativo que constituye los derechos humanos”²¹.

18 Peces-Barba, Gregorio (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Edit. Dykinson, p. 20.

19 Pérez Luño, Antonio (2010). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Edit. Tecnos, pp. 31-40 y 50.

20 Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Op. cit., p.19.

21 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 31.

En efecto,

“¿«Derechos humanos» puede significar derechos del hombre, o derechos de la persona humana, o derechos individuales, o derechos naturales del hombre, o derechos fundamentales del hombre?

”Si contestamos afirmativamente avanzamos algo, en cuanto señalamos el sujeto al que pertenece o al que atribuimos eso que denominamos «derechos».”²².

Al respecto PÉREZ-LUÑO, quien expresa lo siguiente:

“Para concretar el análisis lingüístico del término «derechos humanos» parece útil fijar, como punto de partida, sus límites internos y externos”²³.

A continuación, nos referimos a los límites internos, relacionados con los derechos humanos y otros conceptos afines, según el citado autor español:

“Un acercamiento inicial a la noción de los derechos humanos puede venir propiciado por la consideración de los límites dentro de los cuales esta expresión puede tener un significado preciso (...).

”La expresión «derechos humanos» aparece generalmente relacionada con otras denominaciones que, en principio, parecen designar a realidades muy próximas, sino a una misma realidad. Entre estas expresiones pueden citarse las de derechos naturales, derechos fundamentales, derechos

22 Bidart Campos, Germán J. (1991). *Teoría general de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Edit. Astrea, p. 2.

23 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 31.

individuales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, libertades públicas (...)²⁴.

”Estos términos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico”²⁵.

Seguidamente, precisaremos los conceptos, a fin de diferenciarlos entre sí con el fin de explicar por qué adoptamos la denominación de *Derechos humanos* en el presente libro.

2.1. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS NATURALES

“El problema de las relaciones entre los derechos humanos y los derechos naturales reviste una importancia especial desde el punto de vista de la génesis de los derechos humanos (...).

”El problema se inserta de lleno en la génesis conceptual de los derechos humanos; por ello será abordado al trazar las premisas para una definición explicativa en el sentido histórico del término (...).

”Así, una tradición doctrinal, que tuvo ya una clara expresión en THOMAS PAINE, tiende a considerar que los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales, «aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir», y los derechos civiles, «aquellos que le correspondan al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad»”²⁶.

Desde otra mirada doctrinal la expresión derechos naturales» supone los siguientes elementos:

24 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., pp. 32.

25 Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Op. cit., p. 20.

26 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 32.

“a) unos derechos previos al Poder y al Derecho positivo, que como el Derecho Natural es Derecho, tienen una dimensión jurídica.

”b) se descubren por la razón en la naturaleza humana.

”c) se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a su acción”²⁷.

Los derechos naturales “son supra-positivos y no son concedidos graciosamente por el Estado, quien solo se limita a su reconocimiento”²⁸.

La procedencia de esos derechos naturales es: “la madre naturaleza. Designan derechos que el ser humano poseería por la sencilla razón de tener una naturaleza humana. Son derechos que el hombre tiene por ser hombre”²⁹.

2.2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

“El término «derechos fundamentales», *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo el título de los *Grundrechte* se ha articulado el sistema de relaciones entre individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la *Grundgesetz* de Bonn de 1949 (...).

”De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales (...)

27 Peces-Barba Martínez, Gregorio (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 25 y 26.

28 Bidart Campos, Germán y Carnota, Walter F. (2000). *Derecho constitucional comparado*. T. II. Buenos Aires: edic. Ediar, p. 9.

29 Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 30.

”Los propios textos normativos no suponen una ayuda decisiva a la hora de fijar con precisión el concepto de los derechos fundamentales. Valga como ejemplo la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950 (...)”³⁰.

Desde otra óptica doctrinal:

“(...) la distinción más unánimemente recogida reserva la expresión *derechos humanos* para los derechos humanos positivados en el ámbito internacional (las Declaraciones y Convenios Internacionales). A su vez restringe el término *derechos fundamentales* para los derechos humanos positivados en el ámbito interno, es decir garantizados por los ordenamientos jurídico-positivos estatales”³¹.

2.3. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS SUBJETIVOS

“La dimensión del derecho como facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares, esto es, en cuanto derecho subjetivo, se halla también muy próxima a la noción de los derechos humanos (...).

”Ahora bien, si la noción de derecho subjetivo se asume en su significado estrictamente técnico jurídico-positivo, y a éstos les conceptúa como prerrogativas establecidas en conformidad a determinadas reglas y que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provechos de los particulares, ambos términos no se identifican (...).

30 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., pp. 32-33.

31 Martínez de Vallejo, Fuster B. (1992). “Los derechos humanos como derechos fundamentales”. En: Ballesteros J. (1992). *Los derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*. Madrid: Edit. Tecnos, pp. 44-45.

”Todo ello prueba, una vez más, la imprecisión de estas categorías jurídicas, la cual viene motivada, en ocasiones, por los propios defectos de formulación de las mismas en los distintos ordenamientos jurídicos (...).

”Esta tesis contribuye a explicar las concomitancias que, en un determinado momento histórico, pudieron existir entre las nociones de derechos humanos y derechos subjetivos, así como los motivos de su progresiva disociación”³².

“No es posible la existencia de derechos subjetivos, ni antes ni fuera del Estado y aún menos con independencia del mismo Estado (...), no pueden existir con independencia de un orden jurídico positivo (...).

”Sólo puede existir un derecho subjetivo cuando hay una norma del derecho objetivo (conjunto de normas jurídicas que constituyen el ordenamiento jurídico positivo) que lo establece, dando la norma del derecho objetivo que lo establece, al mismo tiempo, el medio (instrumentos procesales) para hacerlo efectivo en el caso de que sea violado”³³.

En otras palabras:

“(...) el conjunto de normas que integran un ordenamiento jurídico positivo lo llamamos derecho en sentido objetivo, y a las facultades o poderes de actuación, conferidas por las normas de carácter objetivo a los individuos o colectividades los llamamos derechos subjetivos (...), si los derechos humanos son un conjunto de facultades o poderes de actuación de los individuos (por tratarse de derechos

32 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., pp. 33-34.

33 Herrera Ortiz, Margarita (2003). *Manual de derechos humanos*. México: Edit. Porrúa, p. 3.

subjetivos), tales facultades tienen que estar conferidas y garantizadas por normas (...).

”Todo derecho subjetivo requiere una norma de carácter objetivo en la que se funda. Lo que quiere decir que no hay derecho subjetivo sin derecho objetivo y viceversa”³⁴.

2.4. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

“La categoría de los derechos públicos subjetivos fue elaborada por la dogmática alemana del derecho público de finales del siglo XIX. Con dicha categoría se intentó inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica, y los particulares. Los derechos públicos subjetivos surgieron como un decidido intento de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista (...).

”La propia sutileza de estos esfuerzos teóricos por acomodar la noción clásica de los derechos públicos subjetivos a las nuevas situaciones surgidas de las nuevas circunstancias no supone sino tentativas de injertar nueva savia en un tronco caduco. La figura del derecho público subjetivo es una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo. De ahí que la pretensión de proyectar esa categoría a los supuestos actuales implique una distorsión (...).

”De esta forma la categoría de los derechos públicos subjetivos, entendidos como autolimitación estatal en

34 De Castro Cid, Benito (2003). *Introducción al estudio de los derechos humanos*. Madrid: Edit. Universitas, S.A., p. 121.

beneficio de determinadas esferas de interés privado, pierde su sentido al hallarse superada por la propia dinámica económico-social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa (y en la mayor parte de las ocasiones también económica) por parte de los poderes públicos”³⁵.

2.5. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS INDIVIDUALES

“Al igual que la noción de los derechos públicos subjetivos, y por razones análogas, el concepto de «derechos individuales» ha sido progresivamente abandonado en la doctrina y en la legislación. Este término se empleó como sinónimo de los derechos humanos en el período en que se identificaron éstos con el reconocimiento de determinadas libertades concertadas con la autonomía de los individuos (...).

”La expresión «derechos individuales» es –en palabras de PABLO LUCAS VERDÚ– «poco correcta, no sólo porque la sociabilidad es una dimensión intrínseca del hombre, como lo es la racionalidad, sino a mayor abundamiento en la época actual, transida de exigencias sociales»”³⁶.

2.6. DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES PÚBLICAS

Es una denominación de origen francés:

“El término «libertades públicas», *libertés publiques*, aparece en Francia a finales del siglo XVIII y expresamente es empleado en el artículo 9 de la Constitución de 1973. En dicho artículo se proclama que: «*la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui gouvernent*».

35 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., pp. 35-36.

36 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., pp. 36-37.

Debe hacerse notar que el término es utilizado en singular y así será empleado también en la exposición de motivos de la Carta constitucional de 1814 (...).

”A partir de ahí el término se inserta en la tradición política republicana de Francia, adquiriendo el papel de una auténtica categoría jurídica constitucional bajo la cuarta República y manteniendo dicho *status* bajo la quinta. (...).

”Esta breve referencia histórica, al poner de relieve los avatares de tan diverso signo que contribuyeron a la formación terminológica de las libertades públicas, nos puede ayudar a comprender el porqué de la imprecisión con la que el término es empleado en nuestro días (...).

”En efecto, 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 (...).

”Otro sector, sin embargo, prefiere mantener una neta distinción entre ambos términos, en base el carácter estrictamente jurídico-positivo de las libertades públicas”³⁷.

Para concluir las explicaciones lingüísticas PÉREZ LUÑO expone los límites externos en la siguiente forma:

“La historia es el único laboratorio experimental de que disponen las ciencias sociales y, por tanto, tales ciencias sólo arriban a conclusiones empíricamente válidas en cuando se fundan en testimonios del pasado (...).

”En otras palabras, que [la] historia no ha terminado y que depende, en gran parte, de nuestras actitudes que se concluya o que prosiga y cómo prosiga (...).

37 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., pp. 37-38.

”Por ello, nada mejor para aclarar su significado que esa referencia a las raíces históricas de su consagración conceptual y terminológica, para así poder precisar en qué contextos tales derechos tuvieron y pueden tener razón de ser significativa (...).

”Conviene advertir que el recurso a la historia no es incompatible con el análisis lingüístico en que, preferentemente, se mueven estas consideraciones”³⁸.

Estas explicaciones nos permiten justificar por qué en el presente libro explicaremos las generaciones de los derechos humanos en el escenario y contexto históricos de las revoluciones liberales burguesas (siglos XVII y XVIII), en la Revolución Industrial (XVII y XIX) y en la revolución tecnológica (XX y XXI), por “cuanto los derechos humanos tienen un carácter histórico evidente”³⁹.

Los anteriores son los aportes del gran jurista PÉREZ LUÑO, con quien nos identificamos. No obstante, la doctrina presenta otra diferenciación lingüística que consideramos valiosa.

2.7. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS MORALES

Una nueva corriente de filósofos aporta la expresión “*derechos morales*”, que proviene del derecho anglosajón, RONALD DWORKIN Y JOHN RAWLS⁴⁰.

Al respecto MAURICIO BEUCHOT expresa:

“(...) un análisis general de lo que significa *derechos morales* nos tiene que llevar a decir que ésta, al intentar explicar el

38 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 40.

39 Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 49.

40 Véanse los aportes del argentino Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires/Barcelona/México. Edit. Paidós, 1984, p. 24 y el español Fernández, Eusebio. “El problema del fundamento de los derechos humanos”. En: *Anuario de derechos humanos*. 1 (1981), pp. 97y ss.

fundamento de los derechos humanos, lo hace radicar no en el derecho positivo sino en un dato prepositivo, anterior al derecho estatal y diferente del ordenamiento vigente; en definitiva, ese dato previo al que se refiere es de índole moral. Es una «moralidad básica», como la llaman sus seguidores, es donde radica el fundamento de los derechos humanos o morales”⁴¹.

“Es loable el intento filosófico de anteponer a la positividad un techo ético con exigencias que, en orden a la dignidad humana, se dan en llamar derechos morales”⁴².

“En realidad, la teoría de los derechos morales es un intento de fundamentar los derechos humanos en una instancia diferente al denostado –por los positivistas– derecho natural”⁴³.

Por otro lado, “los derechos morales no son jurídicos, ya que existen independiente de la ley positiva. Pero al mismo tiempo son criterios objetivos de justicia que sirven para enjuiciar la ley positiva”⁴⁴.

2.8 LA TESIS DE MAURICIO BEUCHOT

El brillante filósofo MAURICIO BEUCHOT presenta una novedosa teoría:

“(…) creemos que se puede sostener y fundamentar la doctrina de los derechos humanos, precisamente como derechos naturales subjetivos (...), puede hablarse (...), de derechos subjetivos y, dentro de ellos, de derechos naturales

41 Beuchot, Mauricio y Saldaña, Javier (2000). *Derechos humanos y naturaleza humana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 107.

42 Bidart Campos. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Op. cit., p. 81.

43 Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 20.

44 Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 18.

subjetivos, esto es, derechos originados por la naturaleza misma del hombre, y que le pertenecen en propiedad, como libertades y potestades. A estos derechos naturales subjetivos corresponde precisamente lo que ahora denominamos derechos humanos. Son derechos surgidos de la naturaleza del hombre, previos a la positivación; aunque, por supuesto, tienden a ella como al *desideratum* máximo⁴⁵.

2.9. DERECHOS HUMANOS

“Voy a usar el término *derechos humanos* porque creo que, aunque se ha tachado de ambiguo (no permite distinguir el plano ético del jurídico) y redundante (todos los derechos son humanos), resulta suficientemente amplio y descriptivo; tiene la propiedad de incluir en su seno tanto a los derechos positivados (los que se han recogido en el Derecho Internacional) como a las exigencias morales fuertes que se reclaman como derechos básicos; es más reconocible como expresión del uso ordinario del término, y es más integrador, pues se adapta a diferentes formas de concebir y fundamentar los derechos. En otras palabras, porque la expresión *derechos humanos* recoge, por un lado, ciertos elementos de moralidad que, debiéndose trasladar al Derecho positivo, aún no han sido juridificados y, por otro, recoge también aquellos derechos que han sido reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales de más amplio alcance, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos que la desarrollan. Cuando se quiere aludir sólo a estos últimos, a los derechos garantizados como tales en textos jurídicos vinculantes, se utiliza la expresión *derechos fundamentales*. En cambio, cuando se habla de los primeros, pretensiones morales justificadas que no han sido recogidas por el Derecho, se suele usar la denominación *derechos morales*.

45 Beuchot, Mauricio (1995). *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 10 y 171.

”Evidentemente, al señalar esta diferencia entre el plano lingüístico y el semántico, entre la realidad moral y la jurídica, no pretendo separar dos términos alternativos, sino más bien complementarios. Por eso, desde mi punto de vista, los derechos fundamentales son una especie dentro del género de los derechos humanos, formada por aquellos que han alcanzado el rango de Derecho positivo, y suelen identificarse, aunque no sin desacuerdos, con los *derechos constitucionales*: exigencias que han sido recibidas por las normas constitucionales y que, en la mayor parte de los casos, se encuentran como derechos subjetivos”⁴⁶.

“En consecuencia, el carácter humano de los derechos humanos implica un despliegue de contenidos muy diverso. Prueba de ello son las diferentes «generaciones»⁴⁷ de derechos que han ido apareciendo desde las primeras Declaraciones del s. XVIII”⁴⁸.

En conclusión, nos inclinamos por la utilización de la terminología derechos humanos, bajo la formulación como derecho subjetivo, “entendido como la facultad atribuida por la norma a un sujeto de poder exigir de otro u otros ya una conducta activa, ya una conducta de abstención y no impedimento”⁴⁹.

3. FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS

“Esta asunción de la concepción tradicional del derecho subjetivo la realizamos a efectos pura y simplemente

46 Rodríguez Palop, María Eugenia (2011). *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid: Edit. Catarata, pp. 23 y 24.

47 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., pp. 36-37.

48 Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 28.

49 Fernández Galiano, A. y García Garrido, M. *Nociones jurídicas básicas*. Madrid, 1986, p. 294.

operativos, para el mejor desarrollo de nuestro discurso, en definitiva, para poder mostrar de la manera más eficaz que los derechos humanos tienen la naturaleza de los derechos subjetivos”⁵⁰.

Para todos los efectos, en el presente libro nos referiremos a los *derechos humanos*, “configurándolos dentro de la categoría genérica de los derechos subjetivos”⁵¹. La **configuración** de los derechos humanos, como derechos subjetivos, conlleva a que según la doctrina⁵² considere que éstos sean entendidos como las *facultades* derivadas de una norma jurídica positiva que tiene un sujeto individual o colectivo (activo) para exigir coactivamente de otro sujeto (pasivo) el cumplimiento de una *obligación* o *deber* jurídico de hacer o no hacer, o de dar establecidas por el ordenamiento jurídico interno o internacional; es la facultad del ser humano frente al poder (político del Estado, u otros Estados, o poder privado, ejercido por un particular, o por organizaciones de particulares), para lo cual la persona humana ejercerá las acciones constitucionales o legales ante el poder judicial con el objeto de que sea protegido judicialmente mediante una sentencia que garantice con efectividad el ejercicio de sus derechos humanos⁵³; se trata del cumplimiento operativo de la exigibilidad de dichos derechos; eventualmente el ser humano podrá acceder a la jurisdicción internacional de derechos humanos con el fin de obtener la protección que el Estado-judicial le negó internamente. Al final del trabajo

50 Ara Pinilla, Ignacio (1994). *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Edit. Tecnos, pp. 53 y 74.

51 Ara Pinilla. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Op. cit., p. 74.

52 Chinchilla Herrera, Tulio. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? 2ª ed. Bogotá: Edit. Temis, 2009, pp. 48 y 49. Autor que cita a Cruz Parceró, Juan A. *El concepto de derecho subjetivo*. México: Edit. Porrúa, 1990, pp. 186 y ss.; Kaufmann, Arthur. Op. cit.; Merki, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004, pp. 165-179. Pérez Luño, Antonio Enrique y otros. *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Edit. Tecnos, 2010, p. 52. Megías Quirós y otros. Op. cit., pp. 30 y 53.

53 Kelsen, Hans, (1994) *Teoría general de las normas*. México, p.p. 142-143

proponemos una definición de derechos humanos fundada en las tres *generaciones*, sometida a todas las críticas, con el ánimo de mejorarla.

Los derechos humanos *configurados* como derechos subjetivos tienen una *estructura* interna; veamos sus elementos.

4. ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA ESTRUCTURA INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS

“Hablar de la estructura es hablar de la configuración de los derechos humanos”⁵⁴. La mayor parte de los doctrinantes⁵⁵ en derechos humanos coinciden en señalar que los elementos que integran la estructura interna de los derechos humanos, en síntesis, son los siguientes⁵⁶:

- a. Sujeto activo.
- b. Sujeto pasivo.
- c. Demanda del sujeto activo.
- d. Prestación u obligación del sujeto pasivo.
- e. Relación jurídica (bilateralidad).

Estudiaremos enseguida los elementos mencionados, agrupando el primero y el tercero, por un lado, y el segundo y el cuarto por el otro, por razones didácticas, y la relación jurídica que se articula entre los sujetos activo y pasivo, respecto de las tres generaciones de los derechos humanos: civiles y políticos

54 De Castro Cid. Op. cit., p. 120.

55 Ara Pinilla. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Op. cit., p.74. Bidart Campos. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Op. cit., p. 17. Pérez Luño y otros. *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. España: Editorial Tecnos. Chinchilla Herrera. Op. cit., p.49. Martínez Roldán y Fernández Suárez. *Curso de teoría del Derecho*. Barcelona: Edit. Ariel, 2012, pp. 178 a 194.

56 Por razones pedagógicas y didácticas se presenta esta enumeración para facilitar la comprensión de dichos elementos.

(primera), sociales, económicos y culturales (segunda), y los colectivos (tercera).

4.1. SUJETO ACTIVO Y SU DEMANDA

¿*Quién* es el titular o sujeto activo de los derechos humanos en cada una de las tres generaciones?:

“La mutación opera sobre los presupuestos y objetivos que delimitan el ejercicio de esa titularidad. En los derechos de la primera generación el sujeto titular de los derechos humanos aparece como la persona *aislada* en el ámbito de su estricto solipsismo y ensimismamiento, y para satisfacer unas necesidades, asimismo, individuales. En la segunda generación, el sujeto titular será la persona *situada* en los contextos en que operan los grupos o entes comunitarios en los que desarrolla su existencia como ser social y en función del logro de intereses que rebasan la mera individualidad para proyectarse también hacia metas sociales y colectivas. El sujeto titular de los derechos humanos de la tercera generación es ahora la persona *interconectada*, a redes planetarias de información y comunicación”⁵⁷ (subrayado fuera del texto).

El *titular* o *sujeto activo* de los derechos humanos son todos los seres humanos⁵⁸. “Ser humano es ser miembro de la especie biológica humana. Ser persona es aquel ser humano capaz de vida consciente y libre, de vida biográfica de mismidad, el ser dotado de la capacidad de disposición”⁵⁹. Seres humanos, sean hombres, mujeres, ancianos, ancianas, niños y niñas, sin discriminación alguna por motivos de raza u origen étnico o

57 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 233.

58 “Todo individuo de la especie *homo sapiens* es persona y debe ser titular de esos derechos. Es cierto que el derecho existe porque hay personas, ese es el título que justifica ser sujeto de derecho”. Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 27.

59 Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 140.

geográfico, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“Persona es todo ser humano”⁶⁰, por consiguiente la persona es el titular o sujeto activo de los derechos humanos.

Si la persona es el titular del derecho, generalmente la norma jurídica que lo reconoce contiene el siguiente formato técnico del derecho subjetivo⁶¹: “toda persona **tiene** derecho a (...)”; por ejemplo, “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”⁶². “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”⁶³.

Por otra parte, importantes consideraciones deben tenerse en cuenta en la titularidad, individual o colectiva, del derecho respectivo, así como también la relativa a la titularidad de los derechos en razón de su individualidad o de su pertenencia a una comunidad determinada⁶⁴:

“Es sabido que, en la gestación de los derechos humanos, y concretamente en la denominada primera generación de derechos, que agruparía los llamados derechos de libertad, el factor decisivo fue la conciencia de la necesidad de defender la vida y la libertad del individuo frente a las tiranías del Estado y del poder político. Por otro lado, tampoco puede olvidarse que el marcado carácter individualista (...) éstos se entendían como atribuciones a la persona individualizada”⁶⁵.

60 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 1.

61 Chinchilla Herrera. Op. cit., p. 48.

62 Convención Americana, Artículo 4.1.

63 Constitución de Colombia de 1991, art. 14.

64 Cfr. Megías Quirós y otros. Op. cit., pp. 139 y 140.

65 Megías Quirós y otros. Op. cit., p. 147.

“Habría que hacer referencia a la *titularidad individual y al carácter absoluto*. Siempre es un sujeto individual, una persona, el que aparece como sujeto o titular del derecho en cuestión, y a él compete su ejercicio y su disfrute. Esto es consecuencia de la filosofía que está en su base; el hombre es considerado en abstracto, *todos los hombres son igualmente libres* porque se prescinde de sus circunstancias concretas y reales, y *a todos corresponden los mismos derechos* por el hecho de ser hombre”⁶⁶.

En cuanto a los derechos de segunda generación (sociales, económicos y culturales),

“(...) ya no se presentan como derechos del individuo aislado, sino como derechos del ser humano en cuanto que ocupa una determinada posición en el sistema social; el hecho primario del ser humano, aparte de su existencia biológica, es su existencia social. Esto es, su pertenencia al grupo humano como colectividad, de modo que los miembros del grupo sean beneficiarios sólo en su calidad de partícipes del conjunto”⁶⁷.

“Desde el punto de vista de los sujetos titulares, los derechos sociales se presentan no como derechos de un individuo abstracto, ahistórico, sin circunstancias, sino como derechos del ser humano históricamente situado, que ocupa una determinada posición en el sistema social y que tiene unas necesidades cuya satisfacción se articula en forma de derechos. El titular de los derechos sociales no sería el individuo aisladamente considerado, pretendidamente autónomo, autosuficiente e independiente, capaz de alcanzar por sí solo su realización personal, propio de la concepción individualista del ser humano en cuanto necesitado de protección, de tutela, de defensa”⁶⁸.

66 Megías Quirós y otros. Op. cit., pp. 99 y 100.

67 Megías Quirós. Op. cit., pp. 148-150.

68 Megías Quirós. Op. cit., pp. 114 y 115.

En relación con los derechos humanos de tercera generación, “también implicarían una titularidad colectiva, en la medida en que su fuente de inspiración es el valor de la solidaridad frente al exclusivismo individualista, pues afectan a intereses *difusos* y/o a bienes que son patrimonio de todos, de modo que a *todos* compete el ejercicio de su defensa y de su tutela”⁶⁹. Se trata de la “titularidad colectiva reconocida a los grupos sociales y económicos la cual ha contribuido a que se cobre consciencia de la necesidad de ampliar a escala planetaria, el reconocimiento de la titularidad para asegurar el logro de su total y solidaria realización” de los derechos humanos de tercera generación; por ejemplo, en tratándose del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el sujeto activo o titular podrá ser un grupo humano (como un barrio, una localidad, o una vereda integrada por diversas personas de una ciudad), o un pueblo (titularidad colectiva) que reclama de un Estado vecino, por la contaminación del mar con derramamiento de petróleo y que afecta la población que vive en las costas de dicho pueblo.

¿Las *generaciones futuras* podrían ser titulares de derechos?:

“Las futuras generaciones carecen hoy de existencia (...). Tampoco podríamos hablar de personalidad jurídica, por lo que sería imposible admitir que las futuras generaciones fueran sujetos de derechos subjetivos y de derechos humanos. Como mucho, podríamos decir que son meros sujetos potenciales de tales derechos”⁷⁰.

Además de la persona *individual* como titular de los derechos humanos, también puede serlo la “persona integrada en colectividades humanas dando origen a lo que podemos llamar:

a) Los derechos de las comunidades infraestatales (derechos de

69 Megías Quirós. Op. cit., pp. 123 y 148.

70 Rojo Sáenz, José. “*Los derechos de las futuras generaciones*”. En: Ballesteros, Jesús. *Derechos humanos*. Madrid: Edit. Tecnos, 1992, p. 197.

asociaciones, entidades o grupos étnicos, religiosos o culturales dentro de un Estado); b) Derechos de los Estados; c) Derechos de los pueblos en la comunidad internacional”⁷¹, aspectos que se considerarán en la exposición de los derechos humanos de tercera generación (derechos al ambiente sano, desarrollo, paz y el patrimonio común de la humanidad):

“Los derechos de solidaridad son universales en el punto de partida y en el de llegada, no recíprocos y gratuitos para el destinatario y muy onerosos para quien tiene que asumirlos. En caso contrario, sólo serían titulares quienes pudieran serlo de los deberes recíprocos, de modo que los más necesitados quedarían excluidos, pues su vulnerabilidad les impediría corresponder recíprocamente”⁷².

Sigamos con el tema de la *demanda* de los derechos humanos.

La persona como sujeto activo de un derecho humano tiene la titularidad para *demandar* su *exigibilidad* y aplicabilidad ante “alguien”; se trata de una facultad o prerrogativa de *pedir* que se le satisfaga el derecho.

Ese “*alguien*” ¿quién es? ¿Quién o quiénes serán los sujetos pasivos de los derechos humanos? Veamos quiénes serían los obligados.

4.2. SUJETO PASIVO Y SU PRESTACIÓN U OBLIGACIÓN

Los derechos humanos, ¿frente o contra quién?

Con este enunciado el gran maestro GERMÁN J. BIDART CAMPOS explica lo siguiente:

71 De Castro Cid. Op. cit., p. 123.

72 Megías Quirós. Op. cit., p. 124.

“Preguntarse por los derechos del hombre «frente» o «contra» quién, es muy similar a preguntarse «ante» quién son oponibles, ante quién pueden hacerse valer o, en otros términos, cuál es el sujeto pasivo que se personaliza en ese «quién». Y, por supuesto, si lo encontramos, cuál es la obligación a su cargo.

”El tema de la ambivalencia de los derechos ya nos dio alguna respuesta. En general el «quién» es doble: el Estado, y los demás hombres. En cada derecho, el sujeto pasivo se personalizará en uno o en otro, o en ambos. Y ese «quién» podrá tener, según los casos —derecho por derecho— una clase de obligación u otra —omitir violación, dar o hacer—”⁷³.

En otras palabras, y como se expresó anteriormente, en las relaciones jurídicas de los derechos humanos encontramos como sujeto activo (o titular) a la *persona humana*, y como sujeto pasivo al *Estado*, considerado como un todo (*órganos de las ramas del poder público y otros órganos o autoridades públicas*), o *todos los Estados* y demás personas, o mejor los particulares individualmente considerados o en grupos, excepcionalmente. “Es el Estado el sujeto obligado a respetar los derechos humanos, porque el ejercicio de éstos consiste en un acto de defensa ante las intromisiones del poder en las libertades del individuo”⁷⁴.

En efecto, el Estado tiene a su cargo las obligaciones de *respetar* los derechos humanos (civiles y políticos) reconocidos en la norma jurídica y *garantizar su libre y pleno ejercicio* a toda persona humana.

¿Cuáles son los alcances de la prestación u obligación?:

“La obligación, el deber o el débito implica una prestación que puede consistir en: a) omitir conductas violatorias o

73 Bidart Campos. Op. cit., p. 25.

74 De Castro Cid. Op. cit., p. 124.

impeditivas del derecho que titulariza el sujeto activo; b) cumplir una prestación positiva de: 1) dar algo, o 2) hacer algo a favor del sujeto activo.

”La trinidad obligacional se desglosa así, según los casos:

”a) Prestación negativa o de omisión, o de no hacer.

”b) Prestación positiva de dar algo.

”c) Prestación positiva de hacer algo”⁷⁵.

Según el derecho humano de que se trate, la prestación por parte del sujeto pasivo puede ser de no hacer, de dar algo, o de hacer algo.

Ahora bien, la prestación u obligación del sujeto pasivo en esta relación, denota algunas precisiones distintivas que consideramos necesarias aclarar:

“En los de primera generación está claro que, al ser configurados como esferas personalísimas, conlleva una obligación de abstención para todos los sujetos restantes, tanto individuales como colectivos. En cambio, en los de segunda generación, que implican una actuación, los sujetos obligados serán aquellos que tengan la responsabilidad de su promoción. En los de tercera generación resultan de nuevo obligados todos los sujetos, tanto individuales como colectivos, y además no sólo con obligaciones de abstención, sino con un verdadero deber positivo de favorecer tales derechos”⁷⁶.

ROBERT ALEXY considera conveniente, en cuanto al sujeto pasivo obligado a respetar los derechos,

75 Bidart Campos. Op. cit., pp. 7 y 8.

76 Megías Quirós. Op. cit., p. 138.

“(…) distinguir entre derechos humanos absolutos y derechos humanos relativos; los primeros son los que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras que los segundos –los relativos– solamente son oponibles a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado. ALEXY pone como ejemplo de derechos humanos absolutos el derecho a la vida, que debe respetarse por todos; un ejemplo de derecho humano relativo frente al Estado sería el derecho al voto, el cual debe ser respetado por el Estado del cual el individuo forma parte; un ejemplo de derecho humano relativo frente a un grupo sería el derecho de los niños a que sus familias les proporcionen asistencia y educación”⁷⁷.

4.3. RELACIÓN JURÍDICA⁷⁸ (BILATERALIDAD)

Forma parte de la estructura de los derechos humanos un tercer elemento: la *relación jurídica*⁷⁹. Cuando nos referimos a los sujetos de los derechos –activo y pasivo– es porque existe una *relación jurídica*⁸⁰ entre esos sujetos⁸¹, es decir, interactúan entre sí, respecto de la satisfacción del *objeto* del derecho. En

77 Alexy, Robert. “La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático”. En: *Revista Derechos y libertades*. N° 8. Enero-junio. Madrid, pp. 24 a 26, citado por Carbonell, Miguel. Op. cit., p. 13.

78 Suele denominarse derecho objetivo al *ordenamiento jurídico*, vale decir, al conjunto de normas vigentes. La referencia de esa norma o conjunto de normas a las relaciones de conducta de los hombres exhibe a estas últimas como *relaciones jurídicas*. Aftalión, Enrique R. y otros. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Edit. La Ley, 1967, p. 240.

79 Se concibe la “relación jurídica como una relación entre personas (entre sujetos de derecho), determinada por una norma jurídica (...); es una relación ideal entre el ordenamiento normativo y los sujetos y personas destinatarios del mismo”. Cfr. Martínez Roldán y Fernández Suárez. Op. cit., pp. 178 a 180.

80 Cfr. De Castro Cid. Op. cit., p. 123; Bidart Campos. Op. cit., p. 28.

81 Se ha “acuñado la expresión «derechos subjetivos» refiriéndola a los ingredientes de la relación jurídica: la facultad jurídica [también] el deber jurídico que es parte necesaria de toda relación jurídica”. Aftalión y otros. Op. cit., pp. 241 y 243.

efecto, todo derecho subjetivo conlleva una *relación jurídica*, esto es, que una persona (el titular) invoca el derecho frente o ante otra persona correlativamente obligada a respetarlo y a garantizarlo; “si hay un sujeto activo o un titular del derecho, siempre tiene que haber alguien con una obligación (sujeto pasivo) frente a ese derecho, es decir, alguien obligado a cumplir determinadas actividades para satisfacer el goce de esos determinados derechos; de manera que no hay derecho sin obligación”⁸².

Si nos referimos a los derechos humanos “como derechos subjetivos, tiene que existir una norma jurídica que los sustente, que atribuya tales derechos (*facultades*) a un sujeto e imponga correlativamente *obligaciones* a otros. En esto consiste precisamente la bilateralidad, característica distintiva y esencial de todo derecho”⁸³.

No obstante, en la *relación jurídica*, los sujetos pasivos varían dependiendo del derecho humano de que se trate.

Comenta JACK DONNELLY⁸⁴:

“Los derechos crean así un campo de interacciones”. “El detentador de un derecho *ejerce* su derecho; lo demanda y lo pone así en juego. Esto activa, en el responsable del deber, la obligación de *respetar* ese derecho. Si se lo respeta, el detentador del derecho lo *disfrutará*. El resultado de este proceso, así como su objetivo último, consiste en garantizarle al detentador del derecho el disfrute del *objeto* del derecho”⁸⁵.

82 Brewer-Carías, Allan. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 54.

83 De Castro Cid. op. cit., p. 122.

84 Donnelly, Jack. *Derechos Humanos universales*. México: Edit. Guernika, 1994, p. 25.

85 Donnelly. Op. cit., p. 25.

BREWER-CARIAS a este elemento lo denomina *relación de alteridad*, y lo explica de la siguiente forma:

“(...) no hay sociedad que se conciba sin que existan situaciones de poder que son correlativas con situaciones de deber entre los sujetos que actúan en ella; es decir, no se concibe la sociedad sin esta interrelación entre sujetos en situación jurídica de poder de hacer, gozar, disfrutar o tener, y otros sujetos en situación jurídica de deber, de respetar, de abstenerse, de prestar o de dar; de manera que siempre habrá una relación derecho-obligación o, en general, poder-deber”⁸⁶.

Hemos explicado cada uno de los elementos integradores de la estructura interna de los derechos humanos en el “formato técnico de los derechos subjetivos”⁸⁷: los sujetos activo y pasivo y la relación jurídica entre éstos. ¿Y la posibilidad de su ejercicio⁸⁸? Es otro tema que por su extensión sobrepasa los límites de la exposición del presente libro. Veamos un ejemplo:

Un ciudadano, con el cumplimiento de los requisitos constitucionales para ser elegido Presidente de la República, en ejercicio de una acción de amparo constitucional contra la autoridad electoral competente, comparece ante el juez constitucional con el objeto de que se le ampare el derecho fundamental/humano al debido proceso (derecho a ser oído) ante dicha autoridad, porque esta rechazó *in limine* y sin motivación alguna su solicitud de inscripción como candidato independiente a la Presidente de la República, por cuanto no fue postulado por un partido político, según la ley electoral, con lo cual se le violaron sus derechos políticos. Dicho ciudadano *tiene* el derecho político a elegir y ser elegido.

86 Brewer-Carías. Op. cit., pp. 53 y 54.

87 Chinchilla Herrera. Op. cit., p. 48.

88 De Castro Cid. Op. cit., p. 122.

Por su parte, el juez constitucional tiene la obligación de garantizar el *respeto* y el disfrute del *objeto* de los derechos políticos, siguiendo un debido proceso. ¿Cómo se garantizarían los derechos? El juez deberá mediante sentencia ampararle al ciudadano el derecho al debido proceso (el derecho a ser oído), y consecuencialmente impartir la orden a la autoridad electoral para que le facilite al ciudadano los medios para la inscripción de su candidatura. con el fin de que efectivamente *ejerza* los derechos políticos, sin obstáculos. De esta forma se establecería una *relación jurídica* entre el ciudadano y la autoridad electoral respecto de los derechos políticos, en la cual la prestación del Estado se traduciría en una *obligación de no hacer*, esto es, que la autoridad se abstenga de impedirle el *ejercicio* del derecho a ser elegido facilitando la inscripción de la candidatura.

Veamos otro ejemplo: según JUAN GARCÍA AMADO⁸⁹ las *reglas de validez estricta* son aquellas que amparan derechos absolutos, como la norma que *prohíbe la tortura*, la cual no admite excepción. Entre otros ejemplos de normas⁹⁰, podríamos citar el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, la tortura a las personas protegidas por el citado artículo 3, y que son aplicables en el marco de los conflictos armados internos, como por ejemplo serían los heridos y enfermos de una guerrilla que quedan fuera del combate, quienes no podrán ser torturados por el ejército del Estado, por razones de humanidad. Además, las reglas del artículo 3 Común son normas de *ius cogens*, o normas imperativas de derecho internacional general, y tienen rango superior en la jerarquía en el Derecho internacional⁹¹. El sujeto

89 Atienza R Manuel y Garcia Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*, edición especial, 2018, p. 52.

90 La normativa de la mayoría de las Constituciones establece la prohibición de la tortura como un derecho fundamental.

91 Comisión de Derecho Internacional, 68ª sesión (2016), Primer Informe del Relator especial Dire Tladi, p. 112.

activo sería la persona humana protegida, y el sujeto pasivo el Estado como obligado a abstenerse de practicar la tortura en medio de las hostilidades, sujetos entre los cuales se establece una relación jurídica, siendo el objeto del derecho la protección de la integridad física del ex-combatiente.

En conclusión, podríamos afirmar que los derechos humanos se formulan con el “formato técnico de los derechos subjetivos”, de acuerdo a lo expuesto anteriormente.

De las *explicaciones necesarias* forma parte explicar el por qué de la denominación de las *generaciones de los derechos humanos*.

5. LAS TRES GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

“Los derechos humanos (...) son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”⁹².

En efecto, en el transcurso del desarrollo histórico se ha producido la gestación de derechos que corresponden a tres generaciones que estudiaremos en el presente trabajo, en un orden cronológico: *derechos humanos de primera generación*, o derechos civiles y políticos; *derechos humanos de segunda generación* o derechos económicos, sociales y culturales, y *derechos humanos de tercera generación*, o los derechos de la solidaridad o de la fraternidad.

Estas tres generaciones se estudiarán teniendo en cuenta los siguientes aspectos jurídicos: cuáles son los derechos humanos que pertenecen a cada generación, identificando los sujetos

92 Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Edit. Sistema, 1990, pp. 17 y 18.

activo y pasivo de la relación jurídica, y la prestación a que está obligado el sujeto pasivo a fin de satisfacer la demanda del sujeto activo.

En síntesis, “se trata de indagar (...) sobre aquellos valores político-jurídicos que están en el fundamento de los derechos humanos. En concreto estudiaremos la (...) libertad, la igualdad y la fraternidad o solidaridad”⁹³, a través de la historia, aclarando que “la concepción generacional de los derechos humanos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada”⁹⁴.

En efecto, las *generaciones* se relacionan directamente con la *historia*, por lo que acudimos a las herramientas que utilizan los historiadores; los hechos de la historia se estudian guiados por dos coordenadas, el tiempo (en la edad media, edad moderna y edad contemporánea) y el espacio (en Europa occidental y en América); por lo tanto, ingresaremos en el túnel del tiempo para hallar las tres edades del nacimiento de los derechos humanos y el espacio en que tuvieron su realización, en diferentes escenarios económicos políticos, sociales, culturales y religiosos, en que actuaron distintos protagonistas como emperadores, monarcas y reyes que generaron conflictos religiosos/políticos que desembocaron en el nacimiento de los derechos humanos, ya que “cada época histórica se caracteriza por el predominio de determinados sistemas políticos, de la misma forma que también hay determinados valores que afloran con especial insistencia en momentos históricos muy concretos”⁹⁵, como lo

93 Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. II. Vol. I. *el contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Siglo XVIII, Edit. Dykinson, 2001, p. 177.

94 Pérez Luño, Antonio-Enrique. “Estado Constitucional y Generaciones de Derechos Humanos”. En: Fix-Zamudio, Héctor. *Liber Amicorum*. Vol. II. San José de Costa Rica, 1998, p. 1258.

95 Ara Pinilla. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Op. cit., p. 17.

fueron **libertad, igualdad y fraternidad**, *valores* que gritó el pueblo por las calles en París al estallar las revoluciones liberales burguesas de Francia, en 1789 y 1848.

Se demostrará con la historia de los conflictos político/religiosos de la Iglesia Católica occidental con luteranos, calvinistas (los hugonotes), puritanos y los anglicanos que serán una constante en la edad media en tránsito a la modernidad, que se dimensionaron y direccionaron hacia la tolerancia con el surgimiento de la reforma protestante (1517-1648), determinando el nacimiento de las libertades espirituales.

En efecto,

“(...) a las tres generaciones de Estados de derechos corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación”⁹⁶.

En otras palabras,

“(...) en correspondencia con las tres formas básicas del Estado de derecho (liberal, social y constitucional) pueden distinguirse tres generaciones de derechos: la primera correspondería a las libertades individuales; la segunda, a los derechos económicos, sociales y culturales; mientras que los denominados «derechos de la tercera generación» se

96 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 75.

hallarían constituidos por las garantías jurídico-subjetivas fundamentales propias de la era tecnológica⁹⁷.

Cada generación se identifica con la formulación del constitucionalismo medieval, del constitucionalismo moderno, del constitucionalismo liberal, del constitucionalismo social y del constitucionalismo de la solidaridad o fraternidad, respectivamente.

Finalmente, dejamos de presente que las *generaciones de los derechos humanos* como tema de descripción histórica tienen asiduos críticos. En respuesta, hacemos nuestras las enseñanzas del maestro mexicano HÉCTOR FIX-ZAMUDIO:

“(…) en la doctrina moderna se ha difundido la tesis, *de buena utilidad didáctica*, que distingue varias generaciones de derechos humanos, de acuerdo con su progresiva aparición histórica”⁹⁸ (resaltado fuera del texto).

En otras palabras, se tratará de una exposición descriptiva y una presentación didáctica de la forma como nacieron los derechos en diferentes edades (generaciones), para facilitar su comprensión a los alumnos, porque:

“(…) los derechos humanos no pueden estudiarse en abstracto, desconectados de los datos que la historia nos aporta (...), son un concepto histórico propio del mundo moderno”⁹⁹. Estos derechos “son una categoría histórica

97 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 75.

98 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Edit. Porrúa, 2001, p. 424.

99 Peces-Barba Martínez, G. “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”. En: *Escritos de derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988, p. 70.

que tan solo puede ser predicada con sentido en un contexto determinado”¹⁰⁰.

Como se advirtió la denominación *generaciones de los derechos humanos* ha producido rechazo en un sector de la doctrina, así como también hay destacados autores que la defienden que exponemos a continuación.

6. ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DEL CONCEPTO DE GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

JOSÉ LUIS REY PÉREZ sintetiza los argumentos en la siguiente forma:

6.1 ARGUMENTOS EN CONTRA

“- El concepto de generación carece de utilidad ya que aglutina en un mismo grupo derechos cuya naturaleza es heterogénea y diferente, de ahí que se produzcan conflictos entre los derechos, como entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, por ejemplo.

”- Usar el término «generación» parece hacer alusión a que los derechos se suceden unos a otros (como ocurre con las generaciones), con lo que los de las generaciones anteriores quedarían superados, algo que no es cierto. Las generaciones se acumulan y, es más, algunas libertades o algunos derechos sociales todavía no son una realidad en muchos lugares de la tierra”¹⁰¹.

100 Pérez Luño, Antonio E. “Concepto y concepción de los derechos humanos” (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta). En Revista *Doxa*. N° 4. Madrid: Editorial Doxa 1987, p. 55.

101 Pérez Reyes, José Luis. *El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2011, pp. 121 y 122.

“- Hablar de generaciones de derechos humanos lo único que consigue es debilitar su fuerza, ya que los compartimenta en grupos cuando todos ellos se necesitan los unos a los otros, ya que todos pertenecen a un mismo universo moral”¹⁰².

“- Hablar de generaciones de derechos humanos supone ir aumentando el catálogo de los mismos en un proceso inflacionista que termina por devaluar el propio concepto de derecho humano, puesto que «cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente»”¹⁰³.

“Que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente”¹⁰⁴.

6.2 ARGUMENTOS A FAVOR

“- El concepto de generación sí tiene utilidad, ya que nos permite explicar la historia de los derechos de una forma sintética y conceptual, atendiendo a la doble naturaleza de los derechos, por un lado, el valor moral que un grupo de derechos comparte, y por otro, cómo estos se reconocen en instrumentos jurídico-positivos”.

“- Que los derechos incluidos en una generación, presenten conflictos no niega que no compartan su base en un

102 Häberle, P. “El concepto de los derechos fundamentales”. Trad. de M.J. Fariñas. En: Saucá, J.M. (Ed.). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: BOE-Universidad Carlos III, 1994, pp. 81-126.

103 Laporta, F. “Sobre el concepto de derechos humanos”. En: Revista *Doxa*. N° 4. Madrid: Editorial Doxa, 1987, p. 23.

104 Laporta. “Sobre el concepto de derechos humanos”. Op. cit., p. 23.

mismo valor moral. La cuestión es que aplicados a un caso concreto, los derechos pueden entrar en contradicción, siendo entonces necesario un juicio de ponderación para ver qué derecho tiene más peso o importancia, no en general, porque en general son igualmente relevantes, sino en ese caso particular”¹⁰⁵.

“- El concepto de generación tiene una naturaleza puramente instrumental y no exactamente descriptiva, ya que facilita «su análisis y no obstaculiza su comprensión como un todo, ni delimita rígidamente su contenido. Y esto es así porque las generaciones de derechos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal sino más bien dialéctico dado que, a lo largo de la historia, se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones»”¹⁰⁶.

“- Hablar de generaciones de derechos no les resta fuerza ni capacidad transformadora. Supone reconocer que, en un momento de la historia, las circunstancias cambian y surgen nuevas necesidades a las que los derechos han de dar respuestas. «La nueva no es simplemente *otra* diferente a la anterior, sino que, en cierto modo, es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para completar sus carencias y corregir sus errores»”¹⁰⁷.

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP justifica el empleo del vocablo “*generaciones*”, en la siguiente forma:

105 Pérez Reyes. *El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos*. Op. cit., pp. 124 y 125.

106 Rodríguez Palop, María Eugenia (2002). *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Madrid: Edit. Dikynson, Universidad Carlos III, 2002, p. 91.

107 Rodríguez Palop. Op. cit., p. 92.

“Hablar de generaciones es muy útil si se pretende llevar a cabo el análisis de los derechos explicando su necesaria e inevitable conexión con el contexto espacio-temporal en el que surgen. Aunque es cierto que, además, en las generaciones suele contemplarse también la estructura interna de los derechos, los rasgos comunes que comparten y todo lo que justifica su agrupación en una única categoría (...).

”Pues bien, el sector doctrinal que rechaza la terminología de las generaciones se sitúa, por lo general, en una línea conceptual en relación a los derechos, muy diferente a la que aquí se sostiene, pues está basada, fundamentalmente, en un menosprecio del papel que en su configuración juegan los acontecimientos históricos y la realidad social”¹⁰⁸.

Por su parte, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO explica lo siguiente:

“La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

”Conviene advertir, al enfilarse el último tramo de estas reflexiones, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico. No debe escapar tampoco a la consideración de esta problemática que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un

108 Rodríguez Palop. Op. cit., p. 92.

catálogo de derechos por otro; en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados”¹⁰⁹.

El mismo autor español citado concluye:

“En los últimos años ha calado, con asentimiento creciente la concepción generacional de los derechos humanos. Entre los signos que permiten identificar la decantación de cada una de estas generaciones de derechos cabe aludir a una mutación en: a) la respectiva prevalencia de los *valores-guía* de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad en cada una de esas generaciones; b) en el reforzamiento de los *instrumentos de garantía* y tutela efectiva de los derechos; c) en la ampliación de las *formas de titularidad*. Con respecto a estas últimas se afirma, desde algunos enfoques teóricos, que mientras el sujeto titular de los derechos de la primera generación es el individuo; en la segunda aparecen formas de titularidad colectiva; y en la tercera titularidades difusas y universales de los derechos”¹¹⁰.

En conclusión, nos adherimos al amplio respaldo que en la doctrina española tiene la denominación *las generaciones de los derechos humanos*. En una perspectiva histórica proponemos una exposición descriptiva instrumental del nacimiento de los derechos humanos, en tres generaciones, en los escenarios de Europa occidental y América del Norte y en los contextos económicos, sociales, políticos, culturales y religiosos que incidieron en el desarrollo de las revoluciones liberales burguesas,

109 Pérez Luño, Antonio Enrique. “Las generaciones de derechos humanos”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 10, septiembre-diciembre. Madrid: Editorial Dialnet, 1991, pp. 205 y 217.

110 Pérez Luño. “La tercera generación de derechos humanos”. Op. cit., p. 27.

revolución industrial y revolución tecnológica, sin análisis críticos de fondo ni sustantivos. Si no es en perspectiva histórica ¿cómo se desarrollaría nuestra propuesta metodológica?, para comprender “los derechos humanos como categorías históricas, que tan solo pueden predicarse con sentido en contextos contemporáneos determinados”¹¹¹, bajo la iluminación de los valores y principios de libertad, igualdad y fraternidad.

111 Pérez Luño. “La tercera generación de derechos humanos”. Op. cit., p. 27.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS HUMANOS DE PRIMERA GENERACIÓN

Libertad. “*Nuestra vocación, hermanos, es la libertad. No hablo de esa libertad que encubre los deseos de la carne, sino del amor por el que nos hacemos esclavos unos de otros. Pues la ley entera se resume en una frase: «Amarás al prójimo como a ti mismo»”.*



(Carta de San Pablo a los Gálatas 5: 13-14).

Los derechos civiles y políticos también se denominan derechos humanos de primera generación. Son fruto de las revoluciones liberales burguesas de Inglaterra (1688-1689), de las colonias inglesas en Norteamérica (1776) y de Francia (1789).

Para hallar el nacimiento de estos derechos civiles y políticos –no nos referiremos al origen de los derechos humanos, en sentido estricto, porque no se reconocían como tales en la edades antigua y medieval–, abordaremos breve y sucintamente la historia de las tres revoluciones liberales burguesas (inglesa, americana y francesa) en el contexto económico, social, político, religioso y cultural, respectivos, resaltando las Doctrinas Económicas¹¹²

112 Véase Capítulo Segundo, cita 6.

que influyeron en la transformación revolucionaria del orden socio-económico-político en el proceso de formación del Estado moderno aquellos Estados.

“La historia del proceso de positivación de los derechos comienza en la edad media”¹¹³ y se consolida “a partir del tránsito a la Modernidad”¹¹⁴; no eran propiamente derechos reconocidos en una norma jurídica sino “privilegios feudales que respondían a unas prácticas consuetudinarias”¹¹⁵; “en la historiografía jurídica se puede situar el paso del periodo medieval al moderno a partir de la idea del derecho subjetivo”¹¹⁶.

Exponemos descriptivamente en un recorrido histórico-constitucional en Inglaterra, Francia y Norte América cómo se gestó el proceso de la formación del Estado moderno (absolutista –concentración de poderes en el Rey–): el Rey ejercía los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, es decir, *expedía* la ley –y estaba por encima de ella–, la hacía *cumplir* y disponía su *aplicación* contra quienes la desobedecían, y finalmente el proceso de formación del Estado de derecho liberal y el Estado constitucional. Es de aclarar “que sería erróneo referir una misma idea de Estado a diversas etapas históricas”¹¹⁷, entendiendo por Estado la concurrencia de los tres elementos que lo constituyen: el territorio, la población y el poder político. Posteriormente se observará que “los revolucionarios del siglo XVIII reaccionaban frente a un mundo sometido a los deseos de un soberano imprevisible que detentaba todos los poderes del

113 Pérez Luño. Derechos humanos, Estado y Constitución. Op. cit., p. 113.

114 Peces-Barba. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid: Edit. Mezquita, 1982, p. 14.

115 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado y Constitución*. Op. cit., p. 114.

116 Vidal Gil, Ernesto J. “Los derechos humanos como derechos subjetivos”. En: Ballesteros, Jesús, *Derechos humanos, concepto, fundamentos, sujetos*. Madrid: Edit. Tecnos, 1992, p. 33.

117 Sánchez Ferriz, Remedio. *Introducción al Estado constitucional*. Barcelona: Edit. Ariel, 1993, p. 29.

Estado. Los jueces decían un Derecho que era el del Monarca, pues él era la ley (...) personificaba la Justicia y, por tanto, sus deseos, por irracionales que fuesen, resultaban perfectamente legítimos”¹¹⁸.

1. REVOLUCIÓN INGLESA

Dos aclaraciones previas: (i) que la exposición no se circumscribe exclusivamente a la época (1688-1689) en que se gestó y triunfó la Revolución Gloriosa Inglesa, sino que abarca un período más amplio que comprende la Carta Magna (1215), el *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1688); (ii) “con el nombre de Cartas se admiten parcialmente ciertos derechos, libertades a un sector de individuos y con las Declaraciones modernas se amplían los derechos a todos los hombres que forman la población de un Estado”¹¹⁹; posteriormente, estos derechos se constitucionalizarán y finalmente se internacionalizarán.

Desarrollar el tema propuesto exige describir la historia constitucional inglesa¹²⁰, la que girará alrededor de conflictos económicos (el despojo de la posesión de los feudos y el establecimiento de impuestos), políticos (enfrentamiento entre el Parlamento y el Rey, generando progresivamente el nacimiento de las ideologías liberal –los Whigs– y conservadora –los Tories–, y consolidación de dos partidos políticos) y religiosos (la persecución entre católicos, anglicanos, protestantes, puritanos, etc., según la religión del Rey). “Los dos partidos estaban divididos no meramente por el grado de oposición al

118 Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. *El juez natural de los parlamentarios*. Madrid: Edit. Civitas, pp. 43 y 48.

119 Bidart Campos, Germán J. (1974). *Los derechos del hombre*. Buenos Aires: Edit. Ediar, 1974, p. 25.

120 Asimov, Isaac. *La formación de Inglaterra*. Madrid: Alianza Editorial, 1985 (esta será la obra guía en la historia inglesa).

poder real, sino de una manera aún más fundamental, por las cuestiones religiosas”¹²¹ y, además, por la posesión de los feudos, y finalizando la edad media y en los albores de la edad moderna por las confiscaciones a la propiedad de los adversarios del rey. “Desde el punto de vista jurídico-constitucional, la historia inglesa es conducida por tres sujetos: el rey, cuya expresión jurídica es la prerrogativa; el Parlamento, con su pretensión de supremacía y los jueces, con su tesis del primado del *common law*”¹²².

Como antecedentes históricos de estos conflictos medioevales europeos sobresalieron los conflictos religiosos con notorio protagonismo de la iglesia católica, apostólica y romana, entre los cuales, tenemos los siguientes:

Hacia el año 660 a.C. se fundó una ciudad que llevaría el nombre de Bizancio. En el año 313, siendo Constantino, “Augusto” de la parte oriental del imperio romano, por medio del Edicto de Milán garantizó las libertades religiosas y de culto, y por ende cualquier romano podía ejercer libremente su religión; el cristianismo recuperó los bienes que se le habían confiscado reconociéndosele indemnizaciones. Constantino se autoproclamó cabeza de la iglesia de Cristo. En 325 Constantino se convirtió en emperador único del Imperio Romano y convocó el Concilio de Nicea, que presidió directamente excluyendo a los obispos, considerando al Papa como su empleado, con el fin de señalarle a los hombres lo que debían creer o no creer, derrotando a los que creían que Jesucristo no era Dios. Asimiló la organización de la iglesia a la organización del Estado; ideológicamente el emperador recibía el apoyo de la teología política de su obispo de la Corte. En otras palabras, unió política con religión, porque consideraba que la mejor forma de gobernar

121 Trevelyan, G. Macaulay. *La Revolución Inglesa: 1688-1689*. 6ª reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 25.

122 García-Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 251.

era someter políticamente a los hombres con sus creencias. Es la fiel muestra del *Cesaropapismo*: el poder político y religioso en una sola mano. Todo esto se traducía en que el Imperio Romano disponía de una iglesia imperial: “Un Dios, un emperador, un imperio, una iglesia, una fe”. El cristianismo impregnaba de modo creciente todas las instituciones políticas, las convicciones religiosas, las enseñanzas filosóficas, el arte y la cultura, es decir, se expandió por toda parte y se introdujo en las clases altas y en el ejército¹²³, contribuyendo además a que la iglesia católica se convirtiera en terrateniente, siendo éste uno de los factores que incidieron en su dominio en la Europa occidental durante la edad media. En 330 Constantino transformó a Bizancio en capital del imperio con el nombre de Constantinopla; terminó asesinando a su hijo y a su segunda esposa, mientras su madre recolectaba reliquias en la tierra santa; cobraba los impuestos con látigo y torturaba a los evasores.

El emperador Teodosio I, “El Grande” (379-395), en el año 394 –ocaso de la edad antigua–, por el edicto de Tesalónica erigió el cristianismo en la religión oficial del Imperio Romano, y con su muerte (395) el Imperio Romano se dividió en Imperio de Occidente –Roma– y el Imperio de Oriente –Bizancio–. Es decir que Teodosio “convirtió formalmente al cristianismo en la religión del Estado, a la Iglesia Católica en la iglesia del Estado, y a la herejía en un crimen contra el Estado”¹²⁴.

En la edad media la Iglesia Católica de occidente se caracterizará particularmente por lo siguiente:

- a. En el orden económico, porque la iglesia se convierte en el mayor poseedor de feudos –elemento capital en un mundo en el que todo reposa sobre la tierra–, el mayor detentador de dinero.

123 Cfr. Küng, Hans. *La iglesia católica*. Breve historia universal. Barcelona: Edit. Mondadori, 2003, pp. 61 a 65.

124 Küng. *La iglesia católica*. Breve historia universal. Op. cit., p. 65.

- b. En el orden social la iglesia, frente a los laicos, supera su división entre monjes y clérigos, y hace de los eclesiásticos, muy numerosos, primera casta de la sociedad, erigiéndose en el primer estamento feudal.
- c. En el orden político la iglesia se constituye en la superioridad y el derecho de supervisor del poder espiritual que ejerce sobre el poder temporal de los gobiernos laicos; la desobediencia de los reyes respecto del Papa generaba su excomunión.
- d. En el orden cultural la iglesia posee durante mucho tiempo el monopolio de la cultura y la enseñanza; la exclusividad de la lengua, de la cultura y del latín, y la prioridad en el dominio artístico. La iglesia, la religión, la sociedad global en tanto que sociedad religiosa, son los tres protagonistas de la historia¹²⁵.
- e. En lo económico, la iglesia acrecentará su dominio patrimonial con las donaciones de tierras y las penas de confiscación de bienes impuestas a los condenados por delitos contra la fe católica como la apostasía, la superstición y la herejía; recaudó rentas por concepto de diezmos, penitencias, indulgencias, bautizos, matrimonios, confirmaciones, gastos judiciales en los tribunales eclesiásticos y multas impuestas por éstos. Los monasterios fueron los mejores agricultores, labradores y vinicultores en la Europa medieval¹²⁶. La Santa Sede Papal de Roma disponía de más dinero que ningún otro estamento feudal.

El catolicismo coadyuvó a construir el camino feudal, en medio de conflictos con los Reyes ingleses y por su ambición al poder político, se convirtió en una iglesia feudalizada, alejándose de su misión pastoral y conservando sus privilegios feudales.

125 Cfr. Puech, Henri-Charles. *Las religiones constituidas en Occidente y sus contracorrientes, historia de las religiones*. T. I. México: Siglo XXI Editores, 1981, pp. 64 y 65.

126 Barnes, Harry Elmer. *Historia de la economía del mundo occidental*. México: Unión Tipográfica Editorial, 1976, pp. 135 a 138, 212 a 227.

1.1 CARTA MAGNA

Previamente al estudio de la Carta Magna¹²⁷, presentaremos una exposición descriptiva del feudalismo, la sociedad estamental, las instituciones feudales, el origen del *common law* (derecho anglosajón), el *ius puniendi*, los tribunales feudales y la formación del Parlamento en Inglaterra, a fin de conocer el contexto en que se pactó la Carta Magna con el objeto de facilitar la comprensión de su contenido originando el llamado por algunos autores constitucionalismo medieval.

1.1.1 FEUDALISMO

Nos hallamos en la edad media, período en la historia que se subdivide en alta edad media¹²⁸ (siglos V a X); edad media (siglos XI-XIII) y la baja edad media (siglos XIV y XV). En el siglo XIII de la consolidación y auge del feudalismo se pactó la Carta Magna.

El feudalismo es, en términos generales, un modo de producción económico basado en la tierra. “Jurídicamente, el feudo es un contrato conforme al cual, sin intervenir precio, merced o canon anual, se transfiere en derechos reales de posesión”¹²⁹.

El vocablo proviene de la palabra feudo, que a su vez viene del latín *feudum*, que significa propiedad o posesión. En Inglaterra a los feudos se les llamó Manors o Señoríos. Algunos autores

127 “El término «carta» (*chater*), bajo este significado, alude entonces a un documento escrito por medio del cual una autoridad pública o un particular conceden algo, en general, tierras”. Bianchi, Alberto B. *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*. Buenos Aires: Edit. Cátedra Jurídica, 2009, p. 25.

128 Del siglo V al siglo VIII, época prefeudal (período de formación de las relaciones feudales).

129 Weckmann, Luis. *La sociedad feudal, esencia y supervivencias*. México: Edit. Jus, 1994, p. 49.

consideran que la palabra feudo proviene de dos palabras germanas, *feh* o *fee*, recompensa, y *od* u *odh*, propiedad o bienes raíces, y así, etimológicamente, feudo viene a significar bienes raíces concedidos como recompensa¹³⁰. Feudalismo “es una fase específica y bien determinada de la historia de la economía y vino a sustituir las formas de producción del llamado mundo antiguo”¹³¹ (el esclavismo). El feudalismo es una estructura económica, política y social –esencialmente agrícola–, que rigió la sociedad europea en la Edad Media¹³².

La exposición del sistema feudal girará alrededor de dos coordenadas: en el espacio (Europa occidental, específicamente en Inglaterra) y en el tiempo (entre los siglos VIII y XIII).

Las instituciones feudales fueron introducidas en Inglaterra por Guillermo I, “El Conquistador”, Duque de Normandía (1066-1087), ganador frente a los ingleses en la batalla de Hastings con una fuerte caballería (barones feudales), apoyada por una Iglesia ilustrada, quienes fueron compensados con posesiones de las tierras conquistadas y confiscadas a los Señores ingleses, por el derecho de conquista, adquiriendo Guillermo el dominio absoluto del territorio inglés, imponiéndose como Rey de Inglaterra. El nuevo rey “se convirtió en el único propietario del suelo inglés y distribuyó los feudos de su isla como dominios y no como Estados”¹³³, por lo que El Conquistador “consideró útil reclamar como propia la tierra de Inglaterra y la obtención de esta solo podía hacerse a petición al rey; de este modo podía obtener de los nobles la fidelidad pues supeditaba la entrega de la tierra a ésta (...). La ventaja mayor de este sistema es

130 Weckmann. Op. cit., p. 52.

131 Vetencour, Lola y Guardia, Amelia. *Historia de la economía mundial*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1987, p. 85.

132 Neissa de Mantilla, Ana Carmen. *Historia de la Edad Media*. Bogotá: Edit. Eduardo Salazar, 1984 (utilizaremos esta obra para desarrollar el tema del feudalismo en el presente libro).

133 Weckmann. Op. cit., p. 27.

que las personas fueron consideradas como libres y sólo en compensación de esta libertad se les exigían servicios a favor del rey, de los cuales el más importante pero no el único fue el servicio militar”¹³⁴. Los barones feudales serán los *hombres libres* a los que se referirá la Carta Magna.

Se aclara que “en la edad media dentro del marco de una economía de subsistencia, el derecho esencial es el *ius fruendi*: el uso con el fin de sobrevivir, más que el *ius abutendi* o libre derecho de disponer de la cosa”¹³⁵. Esto quiere decir que el feudo no se entregaba en propiedad sino en posesión, permitiéndole al Señor reivindicarlo.

1.1.2 LA SOCIEDAD ESTAMENTAL

La estructura de la sociedad feudal era estamental:

“Este término viene del latín *stamentum* (...), se refiere a la rígida estratificación de las sociedades monárquicas (...), el estamento nace de la tradición (...). La situación estamental no está determinada por el dinero o la riqueza (...), está determinada fundamentalmente por el origen de las personas (...), son hereditarios”¹³⁶.

El *nacimiento* del hombre determinará cuál sería su lugar en los estamentos de la sociedad feudal. La sociedad feudal en orden jerárquico descendente era la siguiente: en primer lugar, el Rey; en segundo lugar, el Clero subdividido en alto clero (arzobispos, obispos y abades) y bajo clero (curas y sacerdotes); en tercer lugar la Nobleza (vasallos reales: duques, condes, vizcondes, barones, marqueses) —la nobleza y el clero eran privilegiados,

134 López Monroy, José de Jesús. *Sistema jurídico del common law*. México: Edit. Porrúa, 2001, p. 43.

135 Ost, F. *Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Bilbao: Edit. Mensajero, 1996, p. 47.

136 Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 407.

y conformaban los Señores feudales—; y en cuarto lugar los campesinos, que se distinguían en dos clases: la primera eran los campesinos libres: los villanos (habitaban en las villas, grupos de chozas junto al Castillo), trabajaban la tierra con libertad, eran dueños de sus cosechas y podían trasladarse libremente, con rentas y prestaciones fijas; podían legar sus bienes muebles a su hijos, y además tejían, fabricaban armas, pan, vino, sillas para los caballos, etc., y la segunda eran los siervos, de los que a su vez habían dos clases: los siervos ministeriales (los criados) que se ocupaban de las labores domésticas en los castillos¹³⁷, y los siervos de la gleba (del surco)¹³⁸, que trabajaban sin libertad de cambiar de feudo ni de Señor, con rentas y prestaciones no fijas, no podían legar nada a sus hijos. Los campesinos libres y los siervos no eran privilegiados, simplemente constituían la servidumbre. A finales del siglo X un clérigo llamado Adalberón, refiriéndose a esta estructura social, dijo: los eclesiásticos son “los que rezan”, los guerreros “los que combaten” y los campesinos son “los que trabajan”, es decir, los poseedores de la tierra por la oración y poseedores por la espada y los que no poseen nada. En otro lenguaje, los integrantes de los estamentos se denominaban *súbditos* (sometidos), porque había una relación de obediencia impuesta, además respecto de ellos el rey no cumplía obligaciones feudales. “Quien posee tierra, posee a la vez libertad y poder; por eso, el poseedor es al mismo tiempo Señor; quien está privado de ella queda reducido a la servidumbre; es la condición normal de la población agrícola, es decir, de toda”¹³⁹ la sociedad feudal, esto es, que los únicos libres

137 Los siervos tallaban la piedra bruta para construir los castillos del rey y de los nobles, las catedrales, abadías y parroquias del clero.

138 **Gleba.** “Terrón que se levanta con el arado”. Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Op. cit., p. 691. Por consiguiente, siervo de la gleba se refiere a la persona que pertenecía a la tierra y que no se desligaba de ella al cambiar de dueño (ídem, t. VI, p. 1243).

139 Pirenne, Henry. *Historia económica y social de la Edad Media*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 26.

son los Señores feudales. Los privilegios consistían en exención de pagar impuestos, asignación de ciertos cargos y prohibición de castigos o penas degradantes para los Señores. En jerarquía, el primer lugar lo ocupaba la Iglesia, por su gran poder económico –terratenientes– y cultural (la lectura y la escritura), permitiéndole acceder a los mejores cargos en el Castillo del Señorío. Los nobles en la guerra dirigían las tropas –con los vasallos–, y por ello tomaron el nombre de los “Caballeros”, es decir, los combatientes de a caballo; en algunos combates participaba el clero; los caballeros constituyeron un cuerpo militar para la defensa de los feudos y de la iglesia. “Hacia 1075, la exaltación del valor moral y las virtudes del caballero permite a la caballería «en principio, clase de fortuna y género de vida» convertirse en «una casta hereditaria, una verdadera nobleza»”¹⁴⁰. “Otro aspecto del feudalismo fue la organización del poder militar, político y judicial”¹⁴¹. Esta organización socio-política: “unidad en la diarquía medieval” se denomina Estado estamental, según algunos autores, diferente a la constitución organización del Estado moderno y del actual. En la edad media el centro del Señorío –del feudo–, era el Castillo feudal, lugar de residencia de los reyes o los nobles, construidos en madera y piedra; en la mayoría había una iglesia y el tribunal del Rey, o del Señorío, respectivamente. El centro del feudo eclesiástico era un monasterio constituido por un grupo de edificios alrededor de un claustro y de una Abadía, en el que se congregaba una comunidad católica de monjes o un convento de monjas, con sus respectivas jerarquías. Es decir, las únicas construcciones eran los castillos y los monasterios, aunque hacia el siglo X surgen las primeras *ciudades*:

140 García de Cortázar, José Ángel y Ruiz de Aguirre. *Manual de historia universal*. Edad Media. Madrid: Edic. Nájera, 1977, p. 216.

141 Macaulay Trevelyan, George. *Historia política de Inglaterra*. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 109.

“Considerando al feudalismo únicamente como una jerarquizada posesión de la tierra, Inglaterra fue el país típico de esta institución, ya que pocas pulgadas de tierra quedaron fuera de las normas feudales”¹⁴².

1.1.3 LAS INSTITUCIONES FEUDALES

“La Alta Edad Media no conoció otra riqueza que la tierra y ésta pertenecía, por derecho de ocupación o por concesión del Rey, a los grandes terratenientes. Estos no podían cultivarla por sí mismos sino que necesitaban el concurso de otros hombres”¹⁴³.

Son, entre otras, instituciones del régimen feudal las siguientes: el contrato de vasallaje es un vínculo jurídico (que no constaba por escrito¹⁴⁴) por medio del cual el vasallo se sometía a la protección del Señor; éste adquiría poder inmediato y directo sobre la persona del vasallo (este vocablo deriva del latín *vassus* que significaba servidor joven, o también significaba noble). Dicho contrato generaba las siguientes obligaciones:

- a. **Obligaciones del vasallo:** Fidelidad. Abstenerse de proceder causando algún perjuicio a quien se ha prometido fidelidad. Esta obligación implicaba dos contraprestaciones: **De auxilio.** Servicio militar prestado –a caballo (*auxilium*)– por el vasallo a su Señor, o el servicio de guardia en el castillo. **De consejo.** El vasallo debía aconsejar al Señor, para lo cual se reunían periódicamente a debatir y deliberar las cuestiones que le concernían al Señor, por ejemplo, integrar con otros vasallos los tribunales del reino para juzgar.

142 Weckmann. Op. cit., p. 28.

143 Weckmann. Op. cit., p. 35.

144 El conjunto de normas que regulaba esta relación jurídica formaba parte del derecho consuetudinario.

- b. **Obligaciones del Señor:** Protección. Obligación de no cometer acciones que puedan comprometer la vida, el honor y los bienes del vasallo. Esta obligación implicaba dos contraprestaciones: **De protección.** El Señor defendía judicialmente a su vasallo ante los tribunales; también declaraba la guerra para defenderlo de sus enemigos. **De manutención.** El Señor procuraría el bienestar personal de su vasallo, por medio de dos formas: manteniéndolo en su Corte (techo, comida, vestuario, armas), o concediéndole un bien en calidad de feudo.

El contrato de vasallaje se formalizaba mediante ceremonias o ritos, el juramento de fidelidad, el homenaje y la investidura. En el ***juramento de fidelidad*** el vasallo se hacía de pies junto al Señor, y mediante un juramento que prestaba sobre los evangelios o sobre reliquias, prometía ser fiel a su Señor. ***El homenaje.*** Se celebraba una ceremonia ritual pública en presencia de dos testigos; el vasallo sin armas, en postura de humillación, cabeza descubierta, se arrodillaba y colocaba sus manos entre las del Señor y se pronunciaban las siguientes palabras: —“Señor, me hago hombre vuestro” (vasallo)— “Os, recibo y tomo por hombre” (señor); desde aquel momento lo reconocía como su Señor “hombre de otro hombre”; a continuación, el Señor levantaba a quien por aquel gesto se había convertido en “su” vasallo. Al rito del juramento de fidelidad o del homenaje seguía generalmente el rito de la ***investidura*** del feudo: por medio de un objeto simbólico —un puñado de tierra o rama, una bandera, un estandarte (báculo, cetro, anillo, cuando se trataba de obispos y abades, en el momento de entrar en posesión del obispado o la abadía)—, que se hacía pasar de las manos del Señor a las manos del vasallo, el Señor le concedía el disfrute de un bien debiendo pagar al Señor por su usufructo y por la protección obtenida una contraprestación que recibía el nombre de renta que se pagaba en trabajo o en especie; por ejemplo, labraba la tierra del Señor y ponía la yunta de bueyes sin contraprestación alguna. Formalizada la investidura del feudo los dos hombres quedaban vinculados de por vida y obligados el uno para el otro (obligaciones bilaterales irredimibles). Las obligaciones

derivadas del contrato de vasallaje tomaban, para el vasallo, el aspecto de un servicio personal, a cambio del cual se hacía digno de recibir el “feudo” (mera tenencia material), o beneficio con que le gratificaba el Señor convirtiéndose en usufructuario, aclarando que el vasallo reconocía el dominio del Señor sobre el feudo, pero si el vasallo cometía el crimen de traición o de felonía, el Señor lo juzgaba y sancionaba confiscándole el feudo (se le llamaba derecho de *escheat* o de confiscación)¹⁴⁵.

Se aclara que los Señores a su vez podrían tener relación de vasallaje con el Rey, de quien recibían directamente el feudo; el único propietario de la tierra era el Rey, “Había sido concedido a un noble por el Rey —o por otro noble de mayor poder—. Ese noble —el Señor del feudo— estaba unido al Rey —o al noble de quien recibiera la tierra o a ambos—”¹⁴⁶. Solía decirse que “no había Señor sin tierra, ni tierra sin Señor”. “En el siglo XII la proporción de propietarios libres en un Señorío inglés era muy pequeña”¹⁴⁷, y el cincuenta por ciento de las tierras de Inglaterra pertenecían a la Iglesia Católica. En esta estructura jerarquizada el Rey era el primero de los Señores.

“El feudo se caracterizó por ser una unidad económica, social y política de marcada tendencia a la autonomía y destinada a ser cada vez más un ámbito cerrado”¹⁴⁸. El siervo estaba ligado por nacimiento a la tierra y cuando ésta era vendida, quedaba en la negociación comprendido con su familia (se consideraban como plantas sembradas en el feudo); por lo tanto, el señor feudal disponía de la tierra, del siervo y de su trabajo; los siervos para contraer matrimonio tenían que pedir permiso y pagar una

145 Cfr. *La Enciclopedia*. Vol. 8. Bogotá: Salvat, 2004, pp. 6075 y 6066 y García de Cortázar y Ruiz de Aguirre. *Manual de historia universal*. Edad Media. Op. cit., pp. 211 y 212.

146 Romero, José Luis. *La edad media*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 48.

147 Macaulay Trevelyan. Op. cit., p. 121.

148 Romero. *La edad media*. Op. cit., p. 48.

contribución. En conclusión, los siervos no tenían derechos sino deberes y obligaciones para con sus Señores, porque éstos eran los titulares de derechos y privilegios. En síntesis, “encontramos la relación de vasallo y señor en todas partes de la estructura social del feudalismo”¹⁴⁹:

“Así visto el feudo, el señor conserva el dominio de la propiedad (*dominium proprietatis*) o dominio directo y el vasallo adquiere el dominio de posesión (*dominium possessionis*) o dominio útil”¹⁵⁰.

Se concluye de lo anterior que en la sociedad estamental la propiedad o posesión de la tierra era la base de la economía feudal y tenerla constituía un privilegio feudal amparado por la costumbre; por la confiscación de los bienes se generaron grandes conflictos socio-económicos entre el Rey y los estamentos sociales (barones feudales: los nobles y el clero) y de éstos entre sí, agravados por la imposición arbitraria y sorpresiva de tributos para financiar las guerras, y por los castigos que se imponían privándolos de la libertad física, provocando graves reacciones políticas en los nobles y la iglesia, explicaciones que ampliaremos adelante.

1.1.4 EL IUS PUNIENDI Y LOS TRIBUNALES FEUDALES

El *ius puniendi* (el derecho de castigar) era el instrumento jurídico utilizado por los Señores, por el Rey y por la Iglesia para castigar a los infractores de las normas que ellos mismos expedían, en las que se asignaban competencias y se señalaban los procedimientos, que por su arbitrariedad impedían la configuración de un debido proceso, generando injusticia y, por ende, conflictos mayores a los que decían investigar y sancionar.

149 Weckmann. Op. cit., p. 31.

150 Weckmann. Op. cit., pp. 49 y 50.

“El fundamento del derecho de castigar no es otro que la necesidad de defender ese «depósito de la seguridad pública» contra las usurpaciones de los particulares, defensa que corresponde a la sociedad civil en su conjunto, pero que es ejercida por el soberano; en él reside el derecho de castigar”¹⁵¹.

“La justicia era un derecho inherente al feudo mismo”¹⁵²; el derecho era consuetudinario (*Common Law*). “La administración de justicia fue primero que la codificación de las leyes”¹⁵³. “La justicia era un derecho señorial; se trataba de derechos lucrativos inherentes al feudo mismo”¹⁵⁴.

En ese orden (los Señores, el Rey y la Iglesia) existieron tres clases de tribunales en Inglaterra:

a. El Tribunal del Señorío

También conocido como el señorío jurisdiccional que comprendía tres competencias:

- La capacidad para dictar normas de gobierno del señorío (ordenanzas locales);
- Imponer tributos y derechos, incluido el servicio militar obligatorio, y
- Administrar justicia¹⁵⁵.

151 Prieto Sanchís, Luis. *La filosofía penal de la ilustración*. Lima: Edit. Palestra, 2007, p.104.

152 Weckmann. Op. cit., p. 83.

153 Weckmann. Op. cit., p. 103.

154 Cfr. Op. cit., pp. 109 y 118.

155 Cfr. García Hernán, David. *Historia universal*. XXI capítulos fundamentales. Madrid: Edit. Silex, 2007, p. 274.

En efecto, el Señor, además de poseer un ejército, ejercía el poder judicial por medio del Tribunal del señorío (integrado por vasallos) para imponer castigos (*ius puniendi*) por el crimen de traición o de felonía. Todos los siervos estaban sometidos, sin excepción alguna, a su jurisdicción (penal o civil) y se pronunciaban sentencias por tribunales señoriales de acuerdo con el derecho consuetudinario propio del señorío¹⁵⁶, es decir, según las costumbres del feudo (las costumbres del señorío). En fin, la organización feudal estaba basada en la desigualdad:

“Los hombres, que no eran jurídicamente iguales entre sí, sino que por su inclusión en uno u otro estamento gozaban de más o menos o ningún privilegio, no eran tampoco iguales ante la ley penal”¹⁵⁷.

“La felonía era una injuria atroz cometida por el vasallo contra su Señor, es decir, al propietario del feudo dominante”¹⁵⁸.

Otro crimen era el de deslealtad, que consistía en que el señor dejaba de auxiliar a su vasallo.

b. La Corte del Rey (The King's Council)

También llamado Curia Regis o Corte Rey¹⁵⁹; significaba el lugar en el que residía el Rey con sus funcionarios y su casa¹⁶⁰; “en sentido restrictivo significa el cuerpo de los funcionarios de

156 Cfr. Pirenne. Op. cit., p. 52.

157 Tomás Francisco y Valiente. *El derecho penal de la monarquía absoluta, siglos XVI, XVII y XVIII*. Madrid: Edit. Tecnos, 1992, p. 23.

158 Weckmann. Op. cit., p. 82.

159 También se creó el *King's Council* (Consejo del Rey) y el *Privy Council* (Consejo Privado), de las cuales se derivó la *prerrogativa* del Rey. *De la Curia Regis* se originó el Parlamento, y de la *Curia Regis* la Cámara de los Lores heredó el poder judicial.

160 García Pelayo. Op. cit., p. 254.

la Corte, y en sentido amplio una asamblea integrada por este cuerpo y por los *capite tenentes*, por aquellos que habían recibido su feudo directamente del Rey¹⁶¹; la asamblea estaba integrada por abades mitrados, arzobispos, obispos y nobles feudales (los barones feudales) y se le llamaba *Consilium Regis*, ejercía funciones judiciales, gubernamentales y legislativas¹⁶²; había clérigos letrados expertos en jurisprudencia que asesoraban al Rey para administrar justicia¹⁶³; dicha asamblea se reunía tres o cuatro veces al año (en la Natividad –*Christmas*–, en la Resurrección –*Easter*– y en el séptimo domingo –*Whitsun*– después de la última fecha¹⁶⁴) manifestando su consentimiento decretando las contribuciones fiscales para el Rey.

En época del Rey Enrique I (1100-1135) se organizó una administración de justicia feudal, con distintos tribunales. En el siglo XIII los barones defendieron su derecho a asistir a la Curia, para impedir que los Reyes modificaran o anularan normas sin su consentimiento.

En épocas del Rey Enrique II (1154-1189), se perfeccionó la administración de justicia feudal con la introducción de normas procesales para la celebración de audiencias de justicia¹⁶⁵; por medio de órdenes reales –dictadas por el rey– se establecían las competencias y los procedimientos a seguir para dictar los fallos que se escribían en latín. Se introdujo el procedimiento del *juicio por jurado* integrado por doce testigos de los hechos y

161 Este *Consilium Regis* se originó con el Rey Guillermo el conquistador normando, que posteriormente se convertiría en la Cámara de los Lores y finalmente, con la creación de la Cámara de los Comunes, se formaría el Parlamento inglés como órgano del poder legislativo. También se desprendieron del *Consilium* los tribunales y los jueces que por delegación del Rey administraban justicia. Rabasa. Op. cit., p. 78.

162 Chastenet Jacques. *El Parlamento de Inglaterra*. Buenos Aires: Edit. Argos, 1947, p. 20.

163 Jauregui Arrieta, Carlos. *Breve historia del Parlamento Inglés*. Buenos Aires: Edit. Depalma, 1993, p. 18.

164 Noblet, Albert. *La democracia inglesa*. México: Ediciones Castilla, 1944, pp. 31 a 33.

165 Rabasa. Op. cit., p. 77.

vecinos del lugar donde ocurrieron, quienes testimoniaban cuál de las partes tenía derechos sobre el feudo ante los jueces del rey, entre otras competencias. Estos tribunales también tenían competencia para investigar delitos e imponer penas.

En efecto, “el poder público, con sus tres grandes ramas, especialmente la administración de justicia, se consolidó totalmente en el Rey”¹⁶⁶, lo que conformaría las prerrogativas del Rey.

Del tribunal del Rey (*The King’s Council o Curia Regis*) nos referiremos adelante para explicar la formación del Parlamento.

El Rey Guillermo “El Conquistador” hizo construir la Gran Torre de Londres (1078), una fortaleza que propiamente no era una cárcel en la que se inspirarían los franceses para la construcción de La Bastilla, que se destinó para recluir a los Barones feudales, incluidas reinas. Los Señores y los eclesiásticos detenían arbitrariamente a sus víctimas y las mantenían indefinidamente en las mazmorras de los castillos o los monasterios hasta su muerte.

c. El Tribunal Eclesiástico

Actuaban con independencia aplicando el derecho canónico; se reconoció el *Beneficio de clerecía* que consistía en que el Clero católico tenía el privilegio de juzgar a sus miembros por delitos cometidos. Entre otros casos, juzgaban el incumplimiento del juramento de fidelidad; posteriormente se establecerían los Tribunales de la Santa Inquisición con competencia para juzgar los delitos contra la fe, como la herejía (maniqueísmo, valdeísmo, catarismo), superstición, apostasía y brujería; el primero se creó con la decretal *Ad Abolendam* del Papa Lucio III (1181-1185), marcando la iniciación de la inquisición; en 1184 se estableció la pena de fuego, y en 1199 la tortura y

166 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Edit. Ediar, 2006, p. 33.

la confiscación de bienes, siguiendo procedimientos secretos, historia que ampliaremos adelante con el Santo Oficio y los Tribunales de la Santa de inquisición:

“Desde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada –como siempre– sobre un prejuicio que impone *miedo*, en este caso, sobre la vieja creencia vulgar europea en los *maleficia* de las brujas”¹⁶⁷.

En la justicia medieval se distinguían la Alta, la Media y la Baja justicia:

“Solo la Alta justicia (justicia de espada) confería al señor derechos de vida o muerte sobre el siervo. La Media justicia se diferenciaba de la Baja justicia únicamente por la cuantía de las multas que eran aplicables”¹⁶⁸.

Estos tres tribunales con competencias relativamente indefinidas, en especial el Tribunal del Rey juzgaba a los nobles y al clero indiscriminadamente sin un juicio justo, por lo que se reclamaría el establecimiento de los *juicios por los pares*, es decir, que la privación de la libertad o el despojo de los bienes (feudos) de un obispo, lo decidía un tribunal de obispos, o el de un noble, un tribunal de nobles: el *par* juzgaba a su *par*; entre otras, no sólo se requerirá el reparto de competencias, sino que también se organizarían diferentes jurisdicciones y tribunales con formalidades procesales tradicionales que se reconocerán como precedentes obligatorios, lo que permitirá conformar el debido proceso reconocido en un documento que se denominaría la Carta Magna respetando el *common law*, esto es, *the law of the land*: la ley de la tierra, la ley del país. Veamos.

167 Weckmann. Op. cit., p. 110.

168 Barker, Robert S. *El precedente y su significado en el derecho constitucional de los Estados Unidos*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2014, pp. 22 a 29.

1.1.5 ORIGEN DEL DERECHO ANGLOSAJÓN (COMMON LAW)

El feudalismo de los normandos como sistema económico, político y jurídico significa usos, costumbres y prácticas propias del feudalismo, y es la fuente del Sistema de derecho anglosajón que se denomina *Common Law* (o derecho común o derecho general), que tiene sus orígenes en las normas consuetudinarias a partir de la conquista normanda de Guillermo “El Conquistador” que, como se dijo, se convirtió en Rey de Inglaterra, quién centralizó la tenencia de las tierras y la distribuyó a los barones feudales. En efecto, la **tenencia** feudal de la tierra se organizará territorialmente para finalmente convertirse en el derecho de propiedad como un derecho civil. También este sistema es el que organiza la iniciación de una especie la administración de justicia en forma rudimentaria, para lo cual el Rey:

“(…) envío jueces de nombramiento real a todos los confines del país con la finalidad de establecer y hacer cumplir la autoridad real y la «justicia del Rey» dando lugar a las medidas unificadoras, lo que transformaría las leyes locales consuetudinarias del país en un sistema jurídico nacional, con su esencia en el precedente. Los jueces reales viajaban de localidad en localidad, celebraban audiencias y emitían sus fallos en cada lugar y aplicaban en general el derecho consuetudinario y luego regresaban a Westminster en donde comparaban sus experiencias con las de sus colegas; los jueces se percataron de que la costumbre local que habían venido aplicando tenían mucho en común con las costumbres locales de las áreas que sus colegas habían visitado; los jueces concluyeron que existían regulaciones consuetudinarias o tradicionales sobre muchos asuntos *que eran «comunes»* (o casi comunes) en toda Inglaterra. Con el tiempo estos debates dieron lugar a una uniformidad de normas consuetudinarias

que fueron aceptadas por los jueces y que desde entonces fueron aplicadas en sus fallos”¹⁶⁹.

Lo anterior como precedentes obligatorios¹⁷⁰ (*Bindig precedents*) juzgando caso por caso (*Case law*).

Precisamente se denomina *Common Law*,

“(...) porque ha dejado de ser un cúmulo de costumbres y usos locales diversos, para constituirse en un régimen de ley común y suprema para toda la nación. Por la misma razón los ingleses primitivamente lo denominaban *the law of the land*: la ley de la tierra, la ley del país, la ley de la nación”¹⁷¹.

“La ley inglesa tuvo origen en la costumbre no escrita (*unwritten*)”¹⁷². La expresión *the law of the land* que formará parte del reconocimiento del debido proceso en la Carta Magna que explicaremos adelante.

“El alcance de la autoridad judicial de carácter real se tornó más rigurosa y sistemática durante el reinado de Enrique II (1154-1189)”¹⁷³. Como se expresó, “fue Enrique II el rey que introdujo las primeras reformas legislativas que constituyeron el origen de la organización judicial inglesa”¹⁷⁴ que contribuyó

169 “La palabra «precedente» es una expresión abreviada de *stare decisis* (atenerse a las cosas decididas). En la práctica precedente o *stare decisis* significa que los tribunales inferiores deben acatar las decisiones del tribunal supremo dentro de su jurisdicción en asuntos de Derecho”. Cfr. Barker. Op. cit., p. 22.

170 Rabasa, Óscar. *El Derecho Angloamericano*. 2ª ed. México: Edit. Porrúa, 1982, p. 78.

171 Jauregui Arrieta. Op. cit., p. 30.

172 Barker. Op. cit., p. 24.

173 Rabasa. Op. cit., p. 78.

174 Eduardo I (1272-1307), conocido como el “Justiniano inglés”; posteriormente compiló y sistematizó instituciones jurídicas tradicionales expidiendo el Estatuto de Winchester (los denominados principios constitucionales del *Common Law* con el cual se bautizó el sistema de derecho anglosajón), que fue la base del desarrollo posterior del derecho consuetudinario inglés.

a la consolidación del *common law*, entre otras finalidades para contrarrestar el dominio feudal de los Señores normandos¹⁷⁵. El derecho consuetudinario era la base jurídica de la sociedad feudal inglesa; por tanto, se demostrará históricamente que el derecho constitucional inglés es un derecho consuetudinario por excelencia. “De este modo, el sistema de *common law* se convirtió a la larga en un garante de la libertad del pequeño *propietario* frente a los abusos de los terratenientes feudales”¹⁷⁶, como lo veremos adelante:

“Es así como la Edad Media fue la gran época de la costumbre y nada hay que se identifique más con la naturaleza humana que la costumbre, naturaleza humana en movimiento”¹⁷⁷.

La arbitrariedad originada por las persecuciones penales generó la necesidad de unificar y articular reglas de procedimiento (debido proceso), favoreciendo los intereses económicos-sociales y políticos de los hombres libres (los señores feudales), a fin de contrarrestar el exceso del poder del rey limitándolo al imponérsele el respeto al debido proceso.

Un conflicto económico-político-religioso originó el reconocimiento de los privilegios feudales en los primeros derechos civiles en la historia constitucional inglesa. Al morir el arzobispo de Canterbury y los monjes de Christ Church

175 Lassalle Ruiz, José María. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Madrid: Edit. Dykinson, 2001, p. 38.

176 Weckmann. Op. cit., p. 169.

177 El Papa (a los 37 años) más importante de todos los jefes de la iglesia católica; su meta no solo fue la de dirigir la Iglesia Católica sino gobernar el mundo; realizó su sueño de organizar una Iglesia Católica romanizada, con las siguientes características: (i) *Centralización*. La iglesia papal absolutista se declaró a sí misma madre. (ii) *Legalización*. A partir de la Edad Media la iglesia católica de occidente desarrolló una ley eclesiástica propia y su

presentaron como candidato a Reginald, y el Rey Juan Sin Tierra (1199-1216), sin el consentimiento del Papa Inocencio III (1198-1216)¹⁷⁸, propuso como sucesor a Juan Gray; el Papa nombró a Esteban Langton y el rey le impidió el ingreso a Inglaterra; el papa impuso el “entredicho”¹⁷⁹ a Inglaterra; los obispos católicos salieron del país, excepto dos, y en represalia Juan confiscó los bienes de la iglesia, y el papa excomulgó al Rey y declaró vancante el trono. Al año siguiente el rey aceptó al obispo Langton y prometió pagar la suma de 1.000 libras anuales al pontífice.

En síntesis, se podría afirmar que los tribunales ejercían sus competencias con fundamento en normas consuetudinarias (el *Common Law*), “Pero, a medida que la sociedad se desenvolvía, las relaciones jurídicas se fueron fijando y de consuetudinarias se transformaron en positivas, en verdaderos monumentos de sabiduría jurídica y de equidad”¹⁸⁰.

Observemos la incidencia que tendrá el *Common Law* en la Carta Magna.

propio derecho canónico. (iii) *Politización*. La iglesia católica reclamaba la dominación del mundo. En efecto, Roma era el centro predominante y más activo de la política europea. Inocencio era el mayor señor feudal. (iv) *Militarización*. La iglesia católica militante llamaba a la “guerra santa” –Las cruzadas, bajo el signo de la cruz y obedeciendo a la providencia divina a través del Papa–, fueron expediciones armadas de los pueblos europeos impulsadas por varios Papas y reyes, y tuvieron como finalidad abatir el islamismo ocupando la Tierra Santa de Jerusalén y desalojando de allí a los turcos otomanos, liberándola de la dominación musulmana. La primera cruzada (1096) fue promovida por el Papa Urbano II (1088-1099), ésta y siete cruzadas más (1270) fueron un fracaso, un descrédito para el cristianismo y la Iglesia Católica.

178 El *entredicho* era una pena canónica impuesta por el Papa que implicaba la prohibición para el país sancionado de celebrar el culto católico y los sacramentos.

179 Weckmann. Op. cit., p. 104.

180 Fleiner, Thomas. *Derechos Humanos*. Bogotá: Edit. Temis, 1999, p. 17.

1.1.6 LA CARTA MAGNA Y LOS DERECHOS ESTAMENTALES

Según THOMAS FLEINER “(...) los derechos humanos son plasmados, por primera vez en una acta escrita, en la Carta Magna inglesa de 1215”¹⁸¹, suscrita el 17 de junio por el Rey Juan Sin Tierra¹⁸² por la presión de los estamentos feudales (los nobles y el clero), por cuanto el clero reclamaba indemnizaciones por perjuicios causados durante el “entredicho” y los barones deseaban reivindicar sus privilegios feudales (los bienes), ya que fueron víctimas de los procedimientos arbitrarios aplicados por el tribunal del reino para condenarlos, y además a los vasallos pretendió cobrarles impuestos porque no le habían acompañado en sus guerras, a quienes se le reconoció antiguos privilegios consuetudinarios como derechos civiles, y desconociendo el predominio del Papado se satisficieron los intereses de la nobleza.

Los principales apartes de la Carta expresan lo siguiente:

“Juan, Rey de Inglaterra por la gracia de Dios, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania y Conde de Anjou, a sus arzobispos, obispos, abades, condes, barones, jueces, guardas, alguaciles, mayordomos, criados y todos sus funcionarios y leales súbditos. Salud.

”A Todos *Los Hombres Libres* de Nuestro Reino¹⁸³, hemos concedido también, en nuestro nombre y para todos nuestros sucesores a perpetuidad, todas las libertades que a continuación se expresan, para que las posean y las

181 Fue hijo de Enrique II (1154-1189) y hermano de Ricardo Corazón de León (1189-1199). A Enrique II le antecedieron Esteban (1035-1154), Enrique I (1100-1135), Guillermo II “El Rojo” (1067-1100) y Guillermo I (1066-1087). Estos tres últimos eran normandos.

182 Obsérvese que los señores feudales hablaban en nombre de todos los *hombres libres* del reino, excepto de los siervos de la gleba y de los otros estamentos feudales.

183 “*Ningún hombre libre será detenido o encarcelado o privado de sus tierras o derechos o declarado fuera de la ley o en algún otro modo destruido, ni contra él iremos, no contra él enviaremos a otros, excepto por un juicio justo de sus pares y conforme a la ley del país*” (*law of de land*).

guarden para ellos y sus sucesores como recibidas de Nos y nuestros sucesores:

”(...) 20. Por un delito leve un hombre libre sólo será castigado en proporción al grado del delito, y por un delito grave también en la proporción correspondiente, pero no hasta el punto de privarle de su subsistencia. (...).

”21. Los condes y los barones sólo serán castigados por sus pares, y en proporción a la gravedad del delito.

”(...) 39. Ningún *hombre libre* será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el *juicio legal de sus pares*, o por la *ley del país*¹⁸⁴.

”(...) 40. No venderemos, no denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia. (...)”.

“Los barones elegirán a veinticinco entre ellos para que guarden y hagan cumplir con todo el poder que tengan, la paz y las libertades otorgadas y confirmadas para ellos por la presente Carta” (se trata del denominado concejo de los veinticinco barones).

“Los barones se habían reunido para impedir que el Rey violara los privilegios feudales y que sacara ayudas y socorros de sus tierras por encima de lo que permitía la costumbre feudal (...), deseaban también poner límite al poder absoluto del rey de llevar caso tras caso de los tribunales señoriales al suyo propio por medio del procedimiento de reales órdenes”¹⁸⁵.

184 Macaulay Trevelyan. Op. cit., p. 136.

185 Anteriormente se imponían penas excesivas e intemporales.

En los artículos 20 y 21 se consagró el principio de la proporcionalidad de la pena¹⁸⁶.

En el artículo 39 se reconoció el derecho al debido proceso a los “hombres libres” (los barones feudales —en cuanto pertenecían al estamento del clero o la nobleza—), a fin de frenar los abusos del Rey. Nacen así las garantías procesales de protección frente al poder arbitrario. En efecto, a los “hombres libres” se les reconoció además dos derechos: el derecho a su libertad física y el derecho a la propiedad o posesión sobre sus bienes, derechos que se protegían por medio del debido proceso adelantado por sus pares, de acuerdo a la ley del país (el *Common Law*), o sea que los pares —y no el Rey— juzgaban con independencia e imparcialidad a sus semejantes:

“En efecto, para la mentalidad medieval la ley no se crea, sino que se declara; no se hace, sino que se recuerda; en suma, la ley es una confirmación solemne de lo que ya era derecho desde tiempo inmemorial”¹⁸⁷.

Los aportes al derecho procesal según MIGUEL CARBONELL, son: “El derecho a un juez imparcial al reconocer el derecho a ser juzgado por sus pares”¹⁸⁸.

EDUARDO J. COUTURE considera que:

186 Matteucci, Nicola. *Organización del poder y libertad. historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Edit. Trotta, 1998, p. 38.

187 Carbonell, Miguel. *Una historia de los derechos fundamentales*. México: UNAM, Porrúa, CNDH, 2005, p. 40.

188 Rey Cantor, Ernesto. “Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal”. En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 2002. Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Édgar (Coords.). Tribunales de Justicia Constitucionales. 1ª. ed. México: UNAM, 2002, pp. 335-336.

“(...) el texto constituyó, en su momento, el apotegma de la libertad civil. (...), se advierte el carácter procesal de sus dos garantías principales:

”El «*legale iudicium suorum*» configura la garantía procesal del juez competente (...).

”El «*iudicium per lege terre*» constituye (...) la garantía de la ley preexistente”¹⁸⁹.

No olvidemos que la ley preexistente es la *ley del país* o *ley de la tierra* (el *Common Law*), por la cual se establecía el juez competente –los *pares*– y se reglaban los procedimientos; así va naciendo el principio del *juez natural* (y se van reestructurando los tribunales del Señorío, del Rey y de los eclesiásticos adoptando otras formas judiciales).

MAURIZIO FIORAVANTI resalta que es,

“(...) como una anticipación histórica (...) de la libertad como seguridad de los propios bienes, pero también de la propia persona, sobre todo contra el arresto arbitrario. Está aquí, exactamente en este punto, el origen, en la perspectiva histórica, de las reglas que componen el *due process of law*, es decir, de aquellas reglas que solas pueden consentir la legítima privación de la libertad a un individuo”¹⁹⁰.

Podría afirmarse que el reconocimiento del debido proceso es fruto del *Common Law* y mucho tiempo después contribuirá a la separación de dos funciones o competencias que pertenecían al Rey como prerrogativa: la judicial que parcialmente se le privará al Rey (fortaleciendo la independencia de los tribunales del Señorío y los tribunales eclesiásticos, con el reconocimiento

189 Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Edit. Trotta, 1996. p.32.

190 Noblet. Op. cit., p. 37.

del debido proceso que deberá respetarse a los nobles y al clero), y la ejecutiva que seguirá ejerciendo el Rey, porque la función legislativa la asumirá posteriormente el Parlamento expidiendo las leyes con el fin de someter el poder del Rey a la ley, para la protección de los derechos civiles reconocidos en la Carta Magna, el *Petition of rights* (1628) y el *Bill of rights* (1689), de modo que el *juicio legal de los pares* se fundamentará con el establecimiento del *principio de legalidad*:

“Dos de los artículos de la Carta de Juan Sin Tierra, el que dispone que ningún hombre libre será «atacado» más que por el «juicio regular de sus iguales» y el que preceptúa que no se cobrará ningún tributo «si no por el acuerdo común, del Reino» le han proporcionado a Inglaterra las dos grandes garantías de libertad: el Jurado y el Parlamento”¹⁹¹.

De nuestra parte, consideramos que del artículo 39 emerge el *principio de legalidad penal* que se reiterará y ampliará en las Cartas Políticas inglesas, Declaraciones Americana y francesa, como lo examinaremos adelante.

La Carta Magna, “durante siglos fue el marco de referencia para ordenar las relaciones (y las luchas) entre la monarquía y los señores feudales en Inglaterra. Luego sirvió para inspirar el contenido de las declaraciones americanas de derechos (...)”¹⁹².

Con estos antecedentes veamos que contiene la Carta Magna acerca del establecimiento de los impuestos por parte del *Concilium Regis*:

“Artículo 12.

”No se impondrán derechos de escudo (*scoutage*) ni subsidio en nuestro reino, a menos que sea por el *Consejo Común* de

191 Carbonell. Op. cit., p. 42.

192 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 115.

nuestro reino, excepto para redimir nuestra persona, y para armar caballero a nuestro hijo mayor, y para casar una vez a nuestra hija mayor, y para este no se pagará más que un subsidio razonable. De la misma manera deberá hacerse respecto de los subsidios de los ciudadanos de Londres.

”(...). **Artículo 14.**

”Y para tener la aprobación del *Consejo Común* del reino en lo tocante a la fijación de un subsidio (excepto en los tres casos arriba mencionados) o de un derecho de escudo, haremos que sean convocados los arzobispos, obispos, abades, condes y grandes barones del reino, por nuestras cartas selladas; y además de esto haremos que sean convocados, en general, por nuestros sheriffs y alguaciles, todos los demás que dependen de Nos directamente, en fecha fija, es decir, cuarenta días al menos antes de la reunión, y en un lugar preciso; y en todas la cartas de tal convocatoria especificaremos las causas de ella. Y hecha de esta forma la convocación, se procederá al despacho de los negocios el día señalado, según el parecer de los que se hallaren presentes, aunque todos los que fueron convocados no hayan concurrido”.

Se logrará que el Rey no podría establecer impuestos sin el consentimiento del *Concilium Regis*, según los artículos 12 y 14 de la Carta Magna, lo que originaria el denominado *principio de legalidad tributario*. En efecto, los miembros del *Concilium* se reunían manifestando su consentimiento decretando las contribuciones fiscales para el Rey.

Como se infiere de la Carta, se trataba de un conflicto político-económico entre los estamentos y el Rey, porque éste desconocía sus privilegios consuetudinarios feudales, entre otros, que sin consentimiento no se podrá establecer impuestos. Además, el feudo debía ser protegido ante los abusos del Rey, lo que generaría permanentes controversias en la historia inglesa y en las colonias inglesas en Norteamérica, por las persecuciones políticas y religiosas contra sus adversarios.

Como se observa los antiguos privilegios consuetudinarios feudales se positivizaron en el pacto (la Carta) como derechos estamentales y no como derechos individuales, es decir, se reconocerán al hombre, en este momento histórico, por el hecho de su *pertenencia* al estamento y no por su condición misma de individuo; “por lo que hace referencia a su naturaleza jurídica, constituyen auténticos textos jurídico-positivos, susceptibles de ser invocados por sus titulares ante los tribunales”¹⁹³.

Enrique III (1216-1272) heredó el trono de Juan sin Tierra y gobernó con mucha impopularidad durante treinta años sin observar la Carta Magna. Simón de Monfort, Conde Leicester, de origen francés, se casó con la hermana del Rey y como defensor de las libertades se ganó la admiración de los barones feudales ingleses, en especial los miembros del *Consilium Regis*, por lo cual el enfrentamiento político entre los dos cuñados se evidenciará muy pronto como lo veremos adelante durante el proceso de formación del Parlamento. “La característica de esta época es que nuevas capas sociales despiertan a la vida política; dos grupos: los caballeros del campo y los burgueses de la ciudad”¹⁹⁴.

El Rey Enrique III se enfrentó políticamente (1264) a los barones, caballeros y burgueses liderados por Simón de Monfort, quien venía movilizandando a la nobleza rural y a la burguesía de las ciudades con el fin de que se organizaran políticamente defendiendo sus intereses en la *Concilium Regis*. De esta confrontación política termina en la cárcel el Rey Enrique bajo el liderazgo de Simón de Monfort.

193 Maurois André. *Historia de Inglaterra*. Barcelona: Círculo de Lectores, 1970, p. 294; con esta obra explicaremos la historia inglesa durante el periodo del enfrentamiento entre los Reyes Estuardo y el Parlamento.

194 Cfr. García-Pelayo. Op. cit., p. 252.

1.1.7 FORMACIÓN HISTÓRICA DEL PARLAMENTO

Recordemos con GARCÍA-PELAYO que desde el punto de vista jurídico-constitucional, la historia inglesa es conducida por tres sujetos, entre otros, el Parlamento, con su pretensión de supremacía del *Common Law*¹⁹⁵. ¿Cómo y cuando se originó el Parlamento? “En sus orígenes, el Parlamento no era en modo alguno una institución legislativa”¹⁹⁶.

No olvidemos que la *Curia Regia* también era una asamblea que estaba integrada por abades mitrados, arzobispos, obispos y nobles feudales (los barones feudales) y se le llamaba *Concilium Regis*, ejercía entre otras funciones las funciones legislativas. De este *Concilium* se originará el Parlamento, como se anunció. Breve y sucintamente expondremos la formación del Parlamento inglés.

Con el Rey Enrique III en la cárcel, Simón de Monfort, en ejercicio del poder (1264) promueve la ampliación del número de integrantes del *Concilium Regis* vinculando a este organismo dos “Caballeros” de cada condado —el campo—, y a dos “Burgueses” —por cada ciudad— que *representaban* las comunidades, siendo este el origen de los comunes. Inicialmente se trataba de la Asamblea Feudal con los tres estamentos del reino (“de los que rezan, de los que guerrear y los que trabajan”) conocida con el nombre de “*Mad*”, que se integró con 24 miembros, 12 escogidos por el Rey, y 12 por los barones. “Tal reunión es considerada como el nacimiento del Parlamento”¹⁹⁷. Los barones feudales se dieron “cuenta de que la *representación* es una forma capaz de dominar a la realeza sin tener necesidad de destruirla”¹⁹⁸ para reclamar su consentimiento para establecer impuestos.

195 Chastenet. Op. cit., p. 32.

196 García-Pelayo. Op. cit., p. 255.

197 Noblet. Op. cit., p. 39.

198 Chastenet. Op. cit., p. 23.

En consecuencia, las reuniones del *Concilium Regis* en asamblea generó progresivamente el nacimiento del primer Parlamento inglés unicameral, repetimos, gracias a la iniciativa de Simón de Monfort, a quien después dieron muerte los barones feudales.

Esta asamblea se denominó Parlamento (conferencia: “tomada aisladamente entre su reunión y su disolución”¹⁹⁹), integrada por el clero y la nobleza, de la cual el Rey formaba parte y sus reuniones dependían de la **convocatoria** real, en atención a una antigua costumbre de que el Rey “enviaba una orden citatoria especial (*writ of summons*) a cada tenedor de tierras (*tenant-in-chief*)”²⁰⁰ esto es, a los señores feudales para que asistieran a las sesiones del *Concilium Regis* a asesorar al Rey (“considerando que tú eres mi señor –*lord*–, os debo y os ofrezco consejo”)²⁰¹. “Los términos empleados en su convocatoria dan clara idea de su evolución. Sus diputados eran al principio simples *petitioners* (peticionarios), convocados para escuchar, pero desde el reinado de Enrique IV se le convoca ya para «oír» y «consentir»”²⁰²:

“Inicialmente el parlamento no tenía carácter electivo o representativo, sino que era el lugar en el que los reyes se reunían con los barones para hablar o parlamentar sobre cuestiones judiciales, así como de política interior y exterior (*curia regia*), llegando a ser posteriormente habitual la presencia de caballeros elegidos en cada tribunal del condado para representar a sus respectivas comunidades”²⁰³.

En 1295 Eduardo I (1272-1307), después de varias reuniones de representantes de los Burgos y de los Sheriffs

199 Jauregui Arrieta. Op. cit., pp. 19, 29 y 80.

200 Jauregui Arrieta. Op. cit., pp. 18.

201 Noblet. Op. cit., p. 48.

202 Lasalle. Op. cit., p. 40.

203 Noblet. Op. cit., p. 39.

(con competencias judiciales), excluyendo el bajo clero logró convocar el denominado “Parlamento modelo” –con una sola asamblea– con 2 arzobispos, 18 obispos o abades mitrados, 77 sacerdotes, 7 condes, 41 barones, 74 “caballeros de los condados” y 172 “burgueses de las villas”, en total 400 ingleses aproximadamente; “el hecho más saliente, fue la confirmación de la *representación* en el Parlamento”²⁰⁴. La adopción de decisiones en el Parlamento se fundamentó en un principio conocido como el “*quo omnes tangit ab omnibus approbetur*” (lo que interesa a todos debe ser aprobado por todos). Comienza así la historia constitucional del Parlamento inglés que sesionó ciento noventa y ocho veces, entre 1295 a 1614. Luego asciende al trono Eduardo II (1307-1327):

“La representación estamental, comporta un mandato de derecho privado que establece una relación jurídica bilateral, entre el representante y el representado. No es una representación política, porque no se trata de formar la voluntad política del Reino, sino que ésta surge de la voluntad del Rey, que personifica dicho Reino. Lo que se representa son intereses estamentales sectoriales que buscan limitar el poder, condicionando la voluntad del Rey”²⁰⁵.

En el reinado de Eduardo III, en 1340, se configura el Parlamento con dos cámaras: de los Lores y de los Comunes; Cámara de Lores o “pares del reino” compuesta, por una parte, de todos los arzobispos, obispos y abades mitrados del reino (los “lores espirituales”) y, por otra, de los altos barones (los “lores temporales”). La Cámara de los Lores (el clero y la nobleza) ha sido hereditaria. La Cámara de los Comunes se integraba por “Caballeros” de los condados y por “Burgueses”

204 Fernández-Miranda Campoamor, Carmen y Fernández-Miranda Campoamor, Alonso. *Sistema electoral, Partidos políticos y Parlamento*. 2ª ed. Madrid: Edit. Colex, 2008, p. 87.

205 Lasalle. Op. cit., p. 40.

de las villas. “El Rey encontró conveniente y ventajoso para sus intereses dar un mayor peso a la presencia de las «comunidades» o «comunes» del reino”²⁰⁶. En 1341 comenzaron a sesionar por aparte los Lores y los Comunes; el Parlamento no legislaba (recordemos que el derecho inglés era consuetudinario –*common law*– aplicable para resolver los casos), pero ejercía funciones judiciales en algunos casos; era un órgano feudal y aristocrático; mucho tiempo después se convirtió en legislador y los miembros de la Cámara de los Comunes serían elegibles. La Corona real era hereditaria, por lo que el sistema parlamentario inglés en sus inicios no era democrático²⁰⁷:

“A lo largo de la Edad Media los Comunes fueron fortaleciendo su posición al apoyar la política del rey abiertamente, tanto en la Guerra de los Cien Años contra Francia como en sus luchas contra los barones. A cambio de este apoyo político la Cámara Baja obtuvo concesiones de muy diversa índole, destacando entre ellas la costumbre –instituida en 1340– de que fuera necesario su consentimiento no sólo en la fijación de impuestos que gravaran directamente la propiedad, sino también en la concesión de cualesquiera tributos extraordinarios”²⁰⁸.

“Como la Cámara de los Comunes era la que representaba a la gran masa de los contribuyentes”²⁰⁹; el Parlamento aún que era estamental y progresivamente iba adquiriendo la *representatividad* en materia de impuestos, por lo que podría afirmarse que se estaba engendrando el *principio de la representación* aunque excluyera a la población rural y a los artesanos de escasos recursos económicos.

206 Cfr. Chastenet. Op. cit., pp. 19, 20, 22 y 24.

207 Lasalle. Op. cit., p. 40.

208 Chastenet. Op. cit., p. 27.

209 Fioravanti, Maurizio. *Constitución*. Madrid: Edit. Trotta, 2001, pp. 38 y 47.

A partir de 1340 se estableció un principio parlamentario: *no taxation without representation*, ¡sin representación no hay impuestos!, el cual será la punta de lanza entre el Parlamento (*common law*) y la Corona (las prerrogativas), en la historia constitucional inglesa y luego se desataría la guerra entre los colonos ingleses y la Corona, en Norte América, por establecer impuestos sin representación de los colonos en el Parlamento (siglos XVIII).

1.1.8 EL CONSTITUCIONALISMO MEDIEVAL

Como conclusión tenemos que mediante el pacto bilateral (la Carta Magna), celebrado entre el Rey y los estamentos se reconocieron los privilegios feudales como derechos civiles limitando el poder del Rey, y así nació el constitucionalismo medieval en Inglaterra, entendido en la siguiente forma: la Corona real debía obediencia a la ley de la tierra (al *Common Law*). En otros términos, y según algunos autores se trataba de una especie de Constitución medieval: “significa hablar de reglas, de límites, de pactos y contratos, de equilibrio. La Carta tenía precisamente el significado de un pacto o contrato, teniendo por objeto propio el conjunto de los derechos que por tradición competían”²¹⁰ a los estamentos. “Se advierte además que la técnica jurídica utilizada en la Carta Magna se halla más cerca del derecho privado que del derecho público”²¹¹.

¿Cuál era y el contexto (económico, social, político, cultural y religioso) en el escenario europeo del proceso de la formación del Estado moderno, en el que se verifica el tránsito del medioevo a la modernidad y se inserta la formación de los

210 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 115.

211 Peces-Martínez, Gregorio. “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*. T. I. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII, dirección Peces-Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio. Madrid: Edit. Dykinson, 2003, pp. 14 y 69.

derechos humanos de primera generación (civiles y políticos)? y “donde encontraremos las primeras afirmaciones de la *tolerancia*, que es la primera forma de aparición histórica de los derechos”, [en el marco] del humanismo, del renacimiento y la reforma protestante, siendo “los derechos una obra histórica del Estado moderno”²¹².

1.1.9 RENACIMIENTO, HUMANISMO, REFORMA PROTESTANTE Y FORMACIÓN DEL ESTADO MODERNO

Entramos en la Edad Moderna²¹³, y en el proceso de formación del Estado moderno²¹⁴ (llamados también Estados nacionales) y en la aparición de su primera configuración histórica, el absolutismo²¹⁵, es decir, el Estado absolutista, en el que concurren varios factores. “Los cambios en las formas de explotación feudal que acaecieron al final de la época feudal (...), son precisamente esos cambios los que modifican las formas del Estado”²¹⁶. Dicho cambio se introdujo por el mercantilismo²¹⁷:

212 Siglo XV (1453, caída del imperio romano de oriente –Bizantino–) al siglo XVIII (1789, Revolución Francesa).

213 El *constitucionalismo moderno* “es una técnica de la libertad contra el poder arbitrario. Lo original consiste en su aspiración a una Constitución escrita” (siglos XVI al XVIII). Matteucci, Nicola. *Organización del poder y libertad, historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Edit. Trotta, 1998, pp. 24 y 25.

214 Sánchez Ferriz, Remedio. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. 2ª ed. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2002, p. 99.

215 Anderson, Perry. *El Estado absolutista*. México: siglo XXI editores, 2002, p. 12.

216 El mercantilismo (desde 1450 a 1750) “es el enriquecimiento de las naciones mediante la acumulación de metales preciosos” (A. Dubois). “La fuerza nacional de un país y su riqueza se miden por la cantidad de metales preciosos que posee”. Rangel Couto, Hugo. *Guía para el estudio de la historia del pensamiento económico*. México: Edit. Porrúa, 1986, p. 26. Los metales se utilizaron para la acuñación de la moneda (véase p. 197).

217 Cfr. Gonnard, René. *Historia de las doctrinas económicas*. 8ª ed. Madrid: Edit. Aguilar, 1968, pp. 53 y 54. Barnes. *Historia de la economía del Mundo Occidental*. Op. cit., pp. 224 a 227.

“Otras causas que sumaron su acción y actuaron en el desarrollo de los conceptos económicos fueron el Renacimiento, la Reforma y los grandes descubrimientos marítimos”²¹⁸.

a. El Renacimiento

El marco histórico en que surge el Estado moderno se denomina el renacimiento, de finales de la edad media (siglo XV 1400-1530):

“El Renacimiento, en el sentido estricto de la palabra, es un movimiento que (...) trata de sacudir las disciplinas intelectuales de la Edad Media, para volver a la antigüedad clásica, estudiada directamente por los humanistas y no ya mediante la transmisión cristiana. Pero el Renacimiento, en el sentido amplio de la palabra, es mucho más; es ese hecho digno de consideración, a saber: que la majestuosa construcción medieval que se apoyaba sobre la doble autoridad del Papa, en lo espiritual y el emperador, en lo temporal, se derrumba definitivamente. En lo temporal, se afirman y robustecen los grandes Estados monárquicos unificados, denominados Estados nacionales: Francia, Inglaterra, España, cuyos soberanos van a considerar, cada vez más, como irrisorias las pretensiones, rivales o conciliadas, del Papa y del emperador”²¹⁹.

En concreto, el renacimiento es el retorno a la antigüedad clásica de Grecia y Roma, entrelazando e incorporando la filosofía, la política y la cultura clásicas en el nuevo escenario

218 Chevallier, Jean Jacques. *Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Bogotá: Edit. Temis, 1997, p. 5.

219 Peces-Martínez. “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*. T. I. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII, dirección Peces-Martínez y Fernández García. Op. cit., pp. 69, 79 y 81.

y contexto social y político del modernismo. Del interés por el hombre surgió un movimiento llamado Humanismo.

b. El Humanismo

“El humanismo supone una nueva visión del mundo, de la naturaleza, del arte, de la moral, en oposición a la visión totalizadora, dominada por la teología escolástica del mundo medieval, y, por consiguiente, marca los primeros rasgos de la sociedad secular individualista que es la sociedad moderna (...)

”El humanismo representa una ideología que realiza una función muy determinada en lucha por la emancipación y la conquista del poder por la capa social burguesa en progresión ascendente. La idea de un saber «puramente humano» que persigue verdades «humanas generales»²²⁰.

El humanismo va de la mano con el *antropocentrismo*, “que coloca al hombre, constructor de sí mismo y dominador de la Naturaleza, en el centro del Universo. Las exigencias de la ética humanista de la libertad serán pues la realización del hombre y el dominio de la naturaleza”²²¹. En síntesis, el individuo se valora cualitativamente. Por otra parte, “en el Renacimiento la palabra persona tuvo una alta connotación de dignidad, como era la dignidad del hombre”²²². Este es el origen del principio de la dignidad de la persona humana fundamento de los derechos humanos; aclarando que “las ideas de dignidad,

220 Peces-Barba. “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. Op. cit., p. 89.

221 Beuchot, Mauricio. *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*. Op. cit., p. 21.

222 Peces-Barba. “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. Op. cit., p. 14.

libertad y de igualdad se encuentran en la historia antes del Renacimiento, pero no se formularon como derechos hasta el mundo moderno”²²³.

En el tránsito a la modernidad la religión desempeñará un papel influyente en la cultura de la nueva sociedad burguesa con la formación de los derechos humanos, alrededor de la intolerancia papal romana persiguiendo a sus disidentes.

c. La Reforma protestante

Recordemos que en el inicio de la edad media la Iglesia Católica se fracciona en oriente (Constantinopla) y occidente (Roma), conocida como el cisma de occidente. Refuerza esta deplorable decadencia la “venta de indulgencias” a cambio de dinero para salvar a los pecadores. La Iglesia Católica Romana es maestra de la corrupción. Este escenario estaba abonado para el teólogo alemán MARTÍN LUTERO (1483-1546), quien en 1517 fijó un cartel en la puerta de entrada a la iglesia del Alcázar de Wittenberg, de Sajonia, que contenía 95 tesis contra el Papa León X (1513-1521), iniciando así la llamada Reforma Protestante. MARTÍN LUTERO tradujo al alemán la Biblia y gracias a la imprenta²²⁴ la biblia se convirtió en un libro público, con lo cual se volvió un libro público. El Rey Carlos V (1519-

223 Johannes Gutenberg (1400-1468) fue el inventor de la imprenta.

224 En las obras *De la libertad cristiana*, *Del cautiverio de Babilonia*, *Del mejoramiento del estado de la cristiandad*, el luteranismo se caracterizó por negación del libre albedrío; rechazó a los sacerdotes como intermediarios entre los fieles, y Dios y el poder temporal del clero, atacó la infalibilidad del Papa, el celibato y la confesión, como también el culto a las imágenes y la concepción inmaculada de María; se opuso a la teoría teocrática del Estado; renunció al papado a las ambiciones de gobernar el mundo y la iglesia; la independencia del emperador y la iglesia alemana; estas son las bases del laicismo estatal; propició la supresión de los diezmos y la expropiación de los bienes de la Iglesia; desconoció el derecho canónico. Finalmente, Lutero se casó con una ex monja.

1558), rey de Alemania y España, convocó en 1529 a *La Dieta de Espira*, con el objeto de contrarrestar el luteranismo²²⁵, pero algunos príncipes protestaron:

“Los que se adhirieron a ella fueron llamados protestantes. Así nació el protestantismo, como posición teológica, que rompió la unidad cristiana de occidente y sustrajo de la obediencia del pontífice de Roma a naciones enteras. Se llamó protestantes, en general, a los cristianos que no pertenecían a la Iglesia Católica ni a las iglesias separadas de oriente”²²⁶.

En efecto, el protestantismo es heredero de la reforma; para contrarrestarlo San Ignacio de Loyola, en 1543, creó la Orden religiosa llamada la Compañía de Jesús, aprobada por el Papa Pablo III, en 1540, cuyos clérigos son los jesuitas. La reforma provocó de parte de la Iglesia Católica la contrarreforma, como movimiento de renovación de sus estructuras, instituciones y costumbres, a fin de frenar el expansionismo protestante en Europa, la que surgió en El Concilio de Trento (1545-1563), lo que generó una despiadada persecución por medio de la inquisición (*ius puniendi*) utilizada por el papado contra la reforma protestante, que explicaremos adelante, generando graves violaciones a los derechos.

Las propuestas de LUTERO son: sólo las escrituras (i); solo Cristo (ii) y solo la gracia de Dios (iii). La reforma se dirigía contra:

225 Borja. Op. cit., p. 626.

226 Kung. Op. cit., pp. 164 a 166.

“1. La autoridad espiritual prevalece sobre la autoridad temporal; 2. Sólo el Papa es el verdadero intérprete de las escrituras; 3. Sólo el Papa puede convocar un concilio. Según LUTERO, ninguna de las tres se podía sustentar en las escrituras o la antigua tradición católica”²²⁷.

El protestantismo se difundió por toda Europa y sentó las bases para el nacimiento de otros movimientos político-religiosos, debilitando el poder papal romano y disolviendo la unidad feudal, en el tránsito a la modernidad:

1) *El calvinismo*

Similar al anterior, surgió otro movimiento: el calvinismo. El teólogo francés JUAN CALVINO (1509-1564) en la obra *Instituciones de la Religión Cristiana* presenta la teoría de la predestinación. Algunos hombres son predestinados por Dios para condenarse y otros para salvarse; éstos tienen la misión de ejercer el poder temporal:

“Como su doctrina puso especial acento en la moralidad, por extensión se llamó calvinismo a la actitud extremadamente austera y rigurosamente ética que asume una persona en su vida pública y privada”²²⁸.

El calvinismo, desde el punto de vista económico²²⁹, contravirtió el contrato de vasallaje y condenó la ociosidad; estimuló el individualismo económico; borrarón del trabajo el

227 Borja. Op. cit., p. 86.

228 Gonnard. Op. cit., pp. 58, 60, 62 y 62. Barnes. Op. cit., pp. 226, 227 y 230.

229 El catolicismo enfrentó a los hugonotes dando lugar a las guerras de religión, como lo explicaremos oportunamente en el escenario francés (ver *infra*, p.182).

tinte de servilismo, con el cual había estado asociado y el aspecto penitencial que le había sido adjudicado por el catolicismo medieval; glorificó el trabajo como instrumento de la realización del plan divino; promovió el ahorro; enseñó a despreciar el lujo; los bienes materiales son de Dios; glorificó los negocios y los rendimientos monetarios del comerciante; la riqueza y la ganancia son señal de la bendición divina, son legítimas; por lo tanto, el préstamo con interés es favorecido por el mercantilismo protestante en provecho del comerciante, o sea, lo contrario a la idea medieval de la moderación de la ganancia, lo que contribuirá al nacimiento del capitalismo moderno (comercial), y comenzará a asentarse la monarquía moderna. Todo ello contribuyó al hundimiento de la servidumbre y al ascenso de la burguesía. En Francia el calvinismo (llamados hugonotes²³⁰) contribuyó a la revolución francesa.

Durante un proceso de ruptura política y religiosa entre los Reyes Jacobo I y Carlos I de la Casa de los Estuardo y el Parlamento se generaron las guerras civiles inglesas, siendo protagonista el puritanismo; conflicto del cual saldrá fortalecido el Parlamento por la intolerancia real, como se expondrá adelante.

2) *El puritanismo*

Como una derivación del calvinismo surgió el puritanismo a mediados del siglo XVI. El apelativo puritano proviene del vocablo latino *purus* que significa puro:

“Su idea consistía en una purificación de la religión cristiana más radical que la llevada a cabo por los anglicanos, eliminando todo «residuo papal», no solo una parte de él. Es un fenómeno muy complejo, caracterizado por el sólido engranaje entre conciencia religiosa e iniciativa política.

230 Barbero, Valentina y Girardello, Graziella. *Diccionario Akal de las Religiones*. México: Ediciones Akal, 2001, p. 459.

Desde el punto de vista social, el puritanismo hunde sus raíces en la pequeña y media burguesía, que estaba desbancando a la nobleza en la dirección del país. Los rasgos más importantes de este movimiento son: a) la idea de igualdad de todos los hombres ante Dios se convierte en un fermento de democratización de la vida eclesial (el gobierno monárquico episcopal se sustituye por el presbiteriano – es decir, colegiado y sinodal, o asambleario–), de la vida política (centralismo del Parlamento) y de la social (que llega hasta formas de comunismo cristiano, llevadas a cabo por los «niveladores» y «cavadores»); b) el Parlamento, como representación del pueblo, también es un lugar en el que Dios manifiesta su voluntad («parlamento de los santos»). De ello se deriva una radical reflexión sobre la naturaleza y fundamento del poder estatal; c) el independentismo, es decir, la reivindicación de la autonomía de la comunidad cristiana local, tanto en relación con el poder del rey como episcopal («donde no hay obispo, no hay rey»), advertía el Rey Jacobo I. Los puritanos hicieron de este principio su bandera y su programa; d) aunque con algunas limitaciones, con el puritanismo se consolida la idea de tolerancia y libertad de conciencia, y, paralelamente, se abre camino una visión pluralista del cristianismo”²³¹.

Los puritanos tendrán gran influencia político-religiosa en la historia constitucional de Inglaterra, así como también recordaremos que los “Padres puritanos” serían los fundadores de los Estados Unidos de Norte América. Finalmente, la filosofía de los derechos humanos en el marco del modo de producción económico del capitalismo fue propiciado por los puritanos, escribe el gran economista BARNES.

Otra ruptura política y religiosa se generará en Inglaterra por la incidencia de distintos factores ocasionando un cisma

231 Enrique VII (1485-1509); Enrique VIII (1509-1547); María I (1553-1558) e Isabel I (1558-1603).

entre el papado y el Rey Enrique VIII, que afectará las relaciones entre el monarca y el Parlamento, siendo protagonista el anglicanismo, cuyos hechos se narran a continuación.

3) *El anglicanismo*

En Inglaterra la reforma protestante fue religiosa y política, binomio que marcará la historia constitucional hasta la Revolución Gloriosa. Enrique VII Católico (1485-1509) se casó con Isabel de York –hija de Eduardo IV– y se reconcilian las Casas de Los Lancaster y la Casa de los York, terminando la Guerra de las Dos Rosas, y al asumir el trono se establece la *Dinastía de los Tudor*²³² (1485-1603, año de la muerte de Isabel I), e Inglaterra entró en la Edad Moderna, con el surgimiento de la burguesía, prosperan la industria y el comercio, y se consolida el Estado nacional con un Parlamento que expide una gran legislación. Su hijo Enrique VIII (1509-1547)²³³, con base en la reforma anglicana y con consentimiento del Parlamento, persiguió a sus opositores y confiscó los monasterios a obispos católicos obligándolos a renegar de su Iglesia; los bienes fueron vendidos en condiciones favorables a los miembros de la Cámara de los Comunes, obteniendo su apoyo político. En

232 Enrique VIII, premiado por el Papa León X como “Defensor de la fe” por su escrito *Los siete sacramentos* contra Lutero; ante la negativa papal de anular su matrimonio con Catalina de Aragón (quien no le dio hijo varón), la Junta del Clero lo declaró “Protector y cabeza de la Iglesia”. En secreto contrajo matrimonio con Ana Bolena y el arzobispo católico de Canterbury declaró nulo su matrimonio católico; obtuvo del Parlamento la expedición del Acta de Supremacía (1534), que lo proclamó en lugar del Papa “Jefe Supremo de la Iglesia de Inglaterra”, originando el anglicanismo (protestantismo inglés) como un movimiento “intermedio entre el catolicismo y el protestantismo, pero no es asimilable ni a uno ni otro, constituyendo una especie de iglesia-puente entre ambos” (*Diccionario de las religiones*. Op. cit., p. 33); la liturgia y el credo son semejantes y difieren en su negación de la primacía del Papa sobre el colegio episcopal y en el celibato.

233 Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Comentado por Napoleón Bonaparte. Madrid: Edic. Ibérica, 1933, p. 253.

1526 Enrique expidió el primer Índice de libros prohibidos, incluyendo cinco publicaciones de MARTÍN LUTERO, prohibió el estudio del derecho canónico, impulsando el derecho romano; posteriormente se casó con Juana Saymour y nacieron un hijo varón y dos hijas, María e Isabel. En este reinado se creó la Alta Comisión (1537), un tribunal con jurisdicción eclesiástica para juzgar a los enemigos del anglicanismo. Así mismo se expidió la Lex Regia (Proclamaciones), según la cual se le asignaba competencia al Rey para expedir normas jurídicas creadoras de nuevos delitos. El trono de Enrique VIII lo heredó el hijo varón y gobernó como Eduardo VI –Protestante– (1547-1553); se expidieron las Leyes de Uniformidad. Ascendió al poder María I “La Sanguinaria” –Católica– (1553-1558), conocida como María I Tudor de inclinación católica; por lo tanto, trató de restablecer el catolicismo romano ante las reformas anglicanas adelantadas por el arzobispo anglicano Thomas Cranmer, quien fue condenado a la hoguera por la reina; ella restituyó en sus sedes católicas a algunos obispos; ordenó establecer tribunales de herejía, integrado por obispos que ejercían como jueces, quienes practicaban las torturas y quemaron vivos a 273 anglicanos. El gobierno de Isabel I –Protestante– (1558-1603) se destacó por la expedición de una nueva Ley de Uniformidad. Mediante estas reformas el protestantismo (en su variante calvinista) como iglesia anglicana se afianzó; siendo Isabel su Gobernadora persiguió a los católicos. En 1570 el Papa V excomulgó a la reina Isabel y se desencadena otra persecución católica. Por esta época el Parlamento ejerció gran parte del poder legislativo configurándose una especie de supremacía parlamentaria, porque se consideró que el consentimiento del Parlamento suponía el consentimiento de todos los ingleses, por cuanto todo inglés creía hallarse presente en el Parlamento, y en ejercicio de la representación política se expedían las leyes. Como la Reina Isabel no tuvo descendencia designó como heredero al trono a Jacobo VI de Escocia, quien unificó los reinados de Escocia e Inglaterra y comienza la *Dinastía de los Estuardo*, con el nombre de Jacobo I (1603-1625).

Finalmente, la reforma protestante erosiona el poder de los reyes con el *derecho de resistencia a la opresión*, cuyos titulares

serían los gobernados; diferenciación entre el poder temporal y el poder espiritual, distinción entre la política y la religión, y separación del Estado y la iglesia; consecuencialmente el Estado soberano no estará sometido a la iglesia; se trata del Estado moderno. En lo económico, la extensa confiscación de los bienes de la iglesia contribuirá al nacimiento del capitalismo, enriqueciendo al Estado y a particulares.

En conclusión, el humanismo, el renacimiento y la reforma protestante abonaron el escenario feudal europeo para el proceso de formación del Estado moderno y de la filosofía de los derechos humanos, en el tránsito hacia la modernidad.

La formulación teórica jurídico/político del Estado moderno la aporta NICOLÁS MAQUIAVELO con sus obras *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* y *El Príncipe* (1469-1527); en ésta última obra escribe:

“Cuantos Estados y cuantas dominaciones ejercieron y ejercen todavía una autoridad soberana sobre los hombres, fueron y son principados y repúblicas. Los principados se dividen en hereditarios y nuevos”²³⁴.

En los *Discursos sobre las décadas de Tito Livio* expresa:

“Jamás hubo Estado alguno al que no se diera por fundamento la religión, y los más previsores de los que fundaron imperios (SOLÓN, LICURGO, los romanos, etc.) le atribuyen el mayor influjo en las cosas de la política (...)”²³⁵.

234 Maquiavelo, Nicolás. *Discursos sobre las décadas de Tito Livio* (Extractos). Bogotá, p. 254.

235 Sánchez Ferriz. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. 2ª ed. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2002, p. 45.

1.1.10 FACTORES QUE CONTRIBUYERON A LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO MODERNO

Bajo este título SÁNCHEZ FERRIZ enumera los siguientes factores:

a. Unificación y centralización del poder

“La monarquía va a personalizar esa primera unidad social en que se basa el Estado y a preparar las grandes unidades nacionales. (...) Las dos fórmulas jurídicas son: «príncipe que no reconoce superior en lo temporal», y «príncipe supremo o soberano, con autoridad superior en la comunidad que rige»”²³⁶.

Los monarcas europeos pretendían constituir un poder absoluto con el objeto de debilitar políticamente al Papa y a los señores feudales, con aires de soberanos²³⁷.

Es la época de la dinastía de los Tudor los monarcas pretendían un absolutismo monárquico, con el fin de reducir el poder del Parlamento, utilizando el catolicismo o el anglicanismo, según los intereses en juego.

b. Secularización del poder

“El poder va a secularizarse a lo largo de un proceso irreversible en el que intervienen muy diversos factores que emergen decididamente en los fenómenos que se conocen como Renacimiento y Reforma”²³⁸.

236 Jean Bodino con su obra los *Seis libros de la República* (1576) aportó teóricamente la institución de la soberanía para el fortalecimiento del poder de los reyes frente al imperio y al papado, entendida la soberanía como el poder de dar leyes. Ver *infra* p. 132.

237 Sánchez Ferriz. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Op. cit., p. 47.

238 Sánchez Ferriz. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Op. cit., pp. 48 y 49.

Como se anunció en este escenario y contexto la burguesía se preparaba para el acenso al poder, jugando en ellos papeles decisivos el renacimiento y la reforma protestante, en la formación del Estado moderno.

c. Determinación territorial del poder y conciencia de la nacionalidad

“El poder (...), se ejercerá sobre todos los habitantes de un territorio determinado, siendo las fronteras del mismo (...) las que señalan los límites del poder político estatal. (...) Así, la delimitación del territorio va constituyendo progresivamente un factor esencial sin el cual no puede hablarse de Estado. (...). El Estado nace como Estado-nación.

”Este fenómeno, doble, de concentración del poder sobre un territorio y de consolidación de una conciencia nacional va supliendo lentamente el orden feudal”²³⁹, formándose el Estado nacional.

Se recuerda que, según la Teoría del Estado, en el proceso de nacimiento del estado deben concurrir tres esenciales, a saber: el territorio, la población y el poder político. Con esa concurrencia de elementos se formó el Estado moderno, en Europa, en el tránsito del medioevo a la modernidad, en el cual el Derecho es determinante para la organización jurídico/política del mismo Estado.

d. La objetivación del poder en el derecho

“El Derecho no es solo medio excepcional en la consolidación del Estado; es, además, el fundamento de las pretensiones monárquicas que, no en vano, oponen al Derecho romano (considerado el Derecho del Imperio) sus

239 *Ibidem*, p. 49.

propios derechos nacionales; en la medida en que el poder tiene naturaleza jurídica (limitada)”²⁴⁰ y, por ende, se expide una gran legislación, otro de los factores que caracterizan el Estado nacional.

Se debe aclarar que en la consolidación del Estado inglés el *common law* fue determinante, mientras que en los Estados de Europa continental lo fue el derecho romano.

De los anteriores factores se infiere que:

“(...) la constitución de monarquías independientes y centralizadas. Estas se coagulan en el Siglo XV en toda Europa Occidental. (...). Esta centralización se manifiesta con la institución de ejércitos y de impuestos permanentes, propia del Estado nacional. Sobre todo, el nuevo Estado moderno está necesitado; necesita recursos que no pueden facilitarle las antiguas contribuciones feudales. Le hace falta oro para pagar a sus ejércitos, a sus administradores”²⁴¹.

Esto es, a la burocracia del Estado moderno. Estos recursos económicos se obtendrán en el oriente y en América, gracias a su descubrimiento por Cristóbal Colón (1492) y a la navegación marítima como medio de transporte de los metales (para la acuñación de moneda) y piedras preciosas que usurpaban a las comunidades indígenas, política económica denominada mercantilismo; como contraprestación los españoles exportaron el catolicismo y la santa inquisición (*ius puniendi*) hacia América.

En el Estado moderno “se examina la política económica en su aspecto nacional. Nada con miras universales, cosmopolitas. Se vuelve un punto de vista particularista, el de la unidad, de la independencia, de la supremacía nacional”²⁴². El control del

240 Gonnard. Op. cit., pp. 52 y 53.

241 *Ibidem*, p. 64.

242 Anderson. *El Estado absolutista*. Op. cit., p. 12.

rey de la actividad económica constituía uno de los principios básicos del mercantilismo, con el objeto de fortalecer el poder del Estado, esto es, el Estado nacional.

En conclusión, “el absolutismo fue esencialmente eso: un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal”²⁴³. El Estado nacional,

“(…) se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional, ni en el plano interno (...). El Estado, personificado por el rey, es el único sujeto, el único protagonista de la política, y representa la unidad política, una unidad superior y neutral respecto a las opiniones de los súbditos.

”Los elementos del concepto moderno de Estado (pueblo, territorio, soberanía) se definen así con el desarrollo del Estado absoluto²⁴⁴. Además, si dicho poder absoluto expide las leyes, el rey también ejerce la *jurisdictio* (o *justice*): es el deber de administrar la justicia lo que convierte al rey en soberano”²⁴⁵.

Contribuyeron al fortalecimiento del Estado moderno, el *ius puniendi* del rey y nuevas competencias derivadas de la inquisición.

1) *Ius puniendi* (el derecho de castigar)

“En la Edad Moderna la Monarquía utilizó la ley penal como uno de los más importantes instrumentos de imposición de su autoridad (lo cual es lógico dentro de un

243 Matteucci. Op. cit., pp. 29 y 33.

244 *Ibidem*, p. 39.

245 Cfr. Tomás y Valiente. *El derecho penal de la monarquía absoluta, siglos XVI, XVII y XVIII*. Op. cit., pp. 23 y 24.

Estado progresivamente absolutista), y al mismo tiempo como maquinaria protectora del orden social establecido (...). Un Derecho Penal real comporta finalmente la utilización exclusiva por parte del rey y sus ministros y oficiales de ese *ius puniendi* (definir qué actos son delictivos y qué pena merecen sus autores)”²⁴⁶.

Mediante este sistema penal los reyes persiguieron a sus enemigos políticos y a los disidentes de la religión estatal, deteniéndolos arbitrariamente y juzgándolos por medio de los tribunales reales, sin garantizarles el derecho a la defensa y el debido proceso, confiscando los bienes; el monarca expedía unas ordenanzas estableciendo reglas de procedimiento que, en la práctica, eran indebidos procesos, como se explicará a continuación:

“La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona y solo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas. En la medida en que se trate a un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos (testar, contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.)”²⁴⁷.

246 Zaffaroni. Op. cit., p. 18.

247 García Cárcel, Ricardo. *La inquisición*. Madrid: Edit. Anaya, 1990. Los principales aspectos de la inquisición que se exponen en esta obra.

2) *La Santa Inquisición*

Como instrumento de la contrarreforma se creó, entre otros, la inquisición²⁴⁸. En primer lugar, se distingue la inquisición medieval que establecía la organización de la inquisición bajo la jurisdicción de los obispos, y el dominio exclusivo del Papa, y la inquisición monárquica (o moderna), que surgió en 1478 con la *Bula Exigit sinceræ devotionis affectus* del Papa Sixto IV (1471-1484), por medio de la cual se autorizó a los Reyes Católicos de España para nombrar tres obispos y desempeñar el oficio de inquisidores en las diócesis de su reino. Siendo cardenal Giampietro Carofa, se estableció el *Sanctus Officium Sanctissimæ Inquisitionis*, en 1542.

La estructura y organización del Santo Oficio era la siguiente: el Inquisidor General nombrado directamente por el rey y ratificado por el Papa en virtud del “regio patronato”, quien presidía el Consejo de la Suprema, integrado por seis obispos nombrados por el rey, de ternas propuestas por el inquisidor, unos juristas y otros teólogos, pertenecientes a la baja nobleza. Los delitos contra la fe: herejía (protestantismo, judaísmo y mahometismo), superstición, apostasía, blasfemia, bigamia, sodomía, bestialismo y brujería; los delitos ideológicos se establecieron para perseguir a los pensadores y escritores. Los procedimientos inicialmente fueron adoptados por el Papa y posteriormente por los inquisidores.

La estructura del proceso era la siguiente: se iniciaba con base en una delación (retribuida económicamente), suscitada por comportamientos, gestos o frases del acusado; por medio del Edicto de fe o de gracia se imponía la obligación de denunciar al Santo Oficio cualquier sospecha de herejía en un plazo breve. El Edicto de anatemas se leía ocho días después del Edicto de fe, en el que se amenazaba con muy graves

248 Johannes Gutenberg (1400-1468) fue el inventor de la imprenta y es recordado por haber publicado la biblia.

sanciones a todos aquellos que no delataran a las personas que sabían que eran herejes.

La denuncia implicaba el arresto preventivo del acusado, para lo cual se dictaba el voto del sumario por parte de los inquisidores ordenando el arresto y el secuestro de sus bienes y los de su familia para garantizar los gastos del proceso, de la prisión, de su familia y sus criados (se ofrecían recompensas a los delatores de bienes); las prisiones eran secretas y al obtener la libertad, el absuelto juraba no revelar nada de lo experimentado en las cárceles. En la acusación fiscal se presentaban los cargos contra el acusado, nombrándole el abogado defensor (letrado del tribunal), quien lo animaba a “decir la verdad”.

Los testigos tenían que ser cristianos mayores de 14 años, con capacidad económica para evitar el soborno; los testimonios femeninos no permitían condenar; se ocultaba el nombre de los testigos (“testigos sin rostro”), la confesión del culpable era la principal prueba obtenida a través de sofisticados sistemas de tortura judicial que se practicaba cuando existían indicios de culpabilidad, siguiendo reglas estrictas de duración, técnicas y frecuencia, en presencia del inquisidor, un representante del obispo y el secretario; el acusado ratificaba sus declaraciones al menos 24 horas después de la sesión de tortura (se podían practicar hasta tres); también se le obligaba a confesar los delitos cometidos por otros (*in caput alienum*).

El proceso terminaba con el Auto de fe, que consistía en un acto solemne con misa, sermón y lectura de las sentencias que imponía el Santo Oficio, y las penas eran ejecutadas por el Estado (el rey), con gran asistencia del público. Hubo sanciones espirituales, corporales y financieras. Entre otras penas existía la pena de muerte, para lo cual quemaban en la hoguera a las personas; las galeras, el tormento, la garrocha, la toca y el potro. Si a la persona no se le imponía ninguna de estas penas, era obligada a vestir el “san benito” (una túnica larga con color amarillo). El condenado al recuperar la libertad quedaba inhabilitado para ejercer determinados cargos públicos que afectaba además a sus descendientes.

El Papa Pablo IV (1555-1559) aprobó el *Index Librorum prohibitorum* (índice de libros prohibidos, 1557), para perseguir escritores y editores²⁴⁹. Como consecuencia de esta prohibición, sus contraventores fueron víctimas de sistemáticas persecuciones como la detención de los autores y de los editores, la confiscación de las imprentas y libros publicados; también se condenó las traducciones de la Biblia en latín, alemán e inglés. Esta época se caracterizó por la persecución de los disidentes de la iglesia católica romana, por su pensamiento, ideas y expresiones religiosas, siendo víctimas además de la confiscación de sus bienes:

“Con el surgimiento del poder punitivo, se abandonó la lucha y la verdad comenzó a establecerse por interrogatorio o *inquisitio*. El sujeto de conocimiento –inquisidor (interrogador o investigador)– pregunta al objeto de conocimiento –inquirido (interrogado o investigado)– y de este modo obtiene la verdad. Si el objeto no responde lo suficiente o lo hace sin la claridad o la precisión demandada por el sujeto, se lo violenta hasta obtener la respuesta (se le aplica tormento). El inquisidor o interrogador deja de ser un árbitro y pasa a ser un investigador; la virtud está de su lado porque ejerce el poder del soberano”²⁵⁰.

Con estas explicaciones acerca de la formación del Estado moderno, en términos generales, examinemos, en concreto, cuál fue el escenario y el contexto en el que se consolidó el Estado inglés, durante los conflictos entre la Corona (con las prerrogativas del Rey y la teoría del derecho divino de los reyes) y el Parlamento (con la primacía del *common law*), en el que se inserta la formación de los derechos civiles, siendo protagonistas de los conflictos los protestantes (puritanos) y los católicos, todo lo cual desemboca en las guerras civiles (1642-1648),

249 Zaffaroni. Op. cit., pp. 37 y 38.

250 Bidart Campos, Germán J. *Manual de Historia Política*. Buenos Aires: Edit. Ediar, 1994, p. 140.

será condenado a muerte el Rey Carlos I (1649), se clausura el Parlamento protestante, se restaura la monarquía (1660), surgen los partidos *Whig* y los *Tories*, y fruto de ello será el *Petition of Rights* (1628) y el *Bill of Rights* (1689).

1.2 PETITION OF RIGHTS

“El Siglo XVII es el siglo del absolutismo real, caracterizado por el gobierno unipersonal de un rey que carece de limitaciones provenientes de otros órganos o instituciones. O sea, está exento de control, de responsabilidad y de rendición de cuentas”²⁵¹.

En efecto, se inicia este siglo con la Casa de los Estuardos²⁵² (1603-1688), en el siguiente orden: Jacobo I (1603-1625), fiel representante de la Teoría del Derecho Divino de los Reyes²⁵³, Carlos I (1625-1649)²⁵⁴, Carlos II (1660-1685) y Jacobo II (1685-1688). Esta teoría tenía fundamento bíblico²⁵⁵.

Como se expresó, se trata del proceso de formación del Estado moderno y de la aparición de su primera configuración histórica, el absolutismo²⁵⁶, es decir, el Estado absolutista, según algunos autores. Contra esta concentración personalizada del poder (prerrogativas) lucharon los defensores del Parlamento (primacía del Parlamento), lo que originó las guerras civiles (conflictos político-religiosos en Inglaterra), porque la Iglesia

251 **Stewart.** Apellido proveniente de Alán Fitzalain, el cual pasó de generación en generación como Estuardo.

252 Los Reyes eran gobernantes “por la gracia de Dios”; por su origen sagrado los súbditos debían obediencia al monarca.

253 Período de la República (1649-1660).

254 *Samuel*, VII, 10 y 18; XXIV, y XVI, 6-13; *Proverbios*, VIII, 15; *Daniel*, IV; *San Lucas*, XX, 25; *San Juan*, XIX, 11; *San Pablo, Romanos*, XIII, 1-7; *San Pedro, Primer libro*, II, 13-17. Según Mousnier, Ronald. *La monarquía absoluta en Europa del siglo V a nuestros días*. Madrid: Ediciones Tauros, 1986, p. 127.

255 Sánchez Ferriz. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Op. cit., p. 99.

256 Lasalle Ruiz. Op. cit., p. 37.

Católica perdió su protagonismo hegemónico en Europa occidental por la expansión de la reforma protestante vinculando a Inglaterra:

“Los intentos de los primeros Estuardos por asentar el poder de la Corona y avanzar hacia el establecimiento de un Estado moderno de corte absolutista, se vieron obstaculizados por la firme oposición de una Cámara de los Comunes que, integrada por los representantes de las clases propietarias, legitimó su postura esgrimiendo la defensa de la propiedad como uno de sus argumentos retóricos”²⁵⁷.

Asume el poder Jacobo I y se encuentra con la Cámara de los Comunes, mayoritariamente protestante (puritanos), porque los católicos no podían acceder a él. La Corona estaba en crisis económica y, por tanto, necesitaba recursos con el consentimiento del Parlamento. El escenario era el siguiente:

“Sin dinero eran imposibles las reformas políticas que deseaba llevar adelante. En este sentido, la Corona inglesa dependía completamente de los subsidios que recibía del Parlamento. Esta dependencia financiera se veía agudizada políticamente por el hecho de que la administración de justicia descansaba en las mismas manos que controlaban los comunes: las de esa *gentry* a la que la Corona había fortalecido económicamente con el propósito de destruir el poder territorial de los barones feudales y a la que también había atribuido la aplicación e interpretación del *common law* a través de los juzgados de paz que se diseminaban por todo el país”²⁵⁸.

Este escenario incita al monarca al autoritarismo, reaccionando un gran jurista llamado EDWARD COKE, como se demostrará a continuación.

257 *Ibidem*, pp. 42 y 43

258 Aparisi Miralles, Ángela. *La revolución norteamericana, aproximación a sus orígenes ideológicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1955, pp. 22 y 75.

Jacobo I (católico) apoyó los Cánones de la iglesia anglicana (1604), en los siguientes términos:

“(...) V. Los que impugnan los artículos de la religión establecida en la Iglesia de Inglaterra son censurados.

”(...) VI. Los que impugnan los ritos y ceremonias establecidas en la Iglesia de Inglaterra son censurados.

”(...) VII. (...)

”Quien quiera que a partir de ahora afirme, que el gobierno de la Iglesia de Inglaterra bajo su majestad mediante arzobispos, obispos, diáconos, archi-diáconos y los restantes que detengan cargas en la misma, es anticristiano o repugnante a la Palabra de Dios; sea excomulgado (...).”

Estas serían las bases legales de la persecución religiosa de Jacobo:

“Los puritanos se hallaban entonces en la base del momento político que defendía las competencias del Parlamento frente a la intención del rey de gobernar prácticamente sin límites. (...) En 1604 declaró que los obispos, al igual que él mismo, habían sido colocados sobre el pueblo por la mano de Dios, afirmando también que él obligaría a los puritanos a conformarse con la religión oficial. De este modo crecía la tensión entre el rey y los disidentes, a los que gravaba con impuestos arbitrarios, haciéndoles prácticamente insostenible la situación”²⁵⁹.

Como consecuencia de la aplicación de las medidas reales, los puritanos huyeron hacia Holanda y posteriormente emigraron a Norteamérica, convirtiéndose en los colonos fundadores de

259 Cfr. Martínez Rodríguez, Miguel Ángel. *La cuna del liberalismo. Las revoluciones inglesas del Siglo XVII*. Barcelona: Edit. Ariel, 1999, pp. 44, 45, 61, 68 y 69.

un nuevo Estado: lo que serían los Estados Unidos de Norte América; historia constitucional que exponemos adelante.

Jacobo I pronuncia el siguiente discurso al Parlamento (1610):

“El estado de la monarquía es el supremo bien sobre la tierra; puesto que los reyes no solo son los lugartenientes de Dios sobre la tierra, y se sientan en el trono de Dios, sino que incluso Dios mismo los considera dioses (...).

”Los reyes son justamente considerados dioses, ya que ellos ejercen un poder a semejanza del poder divino sobre la tierra, puesto que si vosotros queréis tener en cuenta los atributos de Dios veréis cómo éstos se conforman con los que encarna el monarca (...).

El anterior es el fundamento del Derecho Divino de los Reyes que por “la gracia de Dios” ejercía el poder soberanamente (la prerrogativa) sin compartirlo con el Parlamento ni con los jueces, como se infiere del siguiente discurso.

Jacobo I pronuncia un discurso a los jueces (1616), expresando lo siguiente:

“Así como los reyes toman prestado su poder de Dios, así los jueces de los reyes; y como los reyes tienen que dar cuenta a Dios, así los jueces a Dios y a los reyes (...). Ya que los reyes están sometidos a la ley de Dios, así también ellos a la ley del hombre (...).

”Recordad así mismo que vosotros sois jueces, y no un juez, y estáis divididos en tribunales (...), antes estudiáis bien el caso y deliberaréis juntos, debatiéndolo adecuadamente, no emitiendo opiniones individuales”²⁶⁰.

260 Aparisi Miralles. *La revolución norteamericana, aproximación a sus orígenes ideológicos*. Op. cit., pp. 22 y 75. Cita de Allen, J.W. *A History of Political Thought in the Sixteenth Century*. Londres: Methuen, 1991, p. 253.

En efecto, el rey delegaba la función de administrar justicia, manipulando a los jueces. Comenta APARISI MIRALLES¹⁶¹:

“(…) para Jacobo I la esencia de la monarquía consistía en ser un poder supremo sobre todos los súbditos. Entendía que el pueblo es una multitud acéfala, incapaz de crear derecho. Frente a las tesis mayoritarias que defendían que el rey sólo declaraba el derecho, Jacobo I sostenía que los reyes eran los autores de las leyes y no las leyes las que otorgaban el poder a los monarcas: «los reyes existían antes de que hubiera estamentos o rangos, antes de que se reunieran parlamentos o que se hicieran leyes (...) y de ellos se sigue necesariamente que los reyes fueron los autores de las leyes y no las leyes de los reyes»”.

Esa concentración de poderes produjo reacciones.

En efecto, el 22 de mayo de 1610, en el Comité de la Cámara de los Comunes, en uno de los debates se expuso que los ingleses desde hacía mucho tiempo contaban con tres disposiciones:

“1. Que lo que pertenece a los súbditos no les puede ser arrebatado sin su consentimiento, excepto cuando así lo disponga la ley.

”2. Que las leyes no pueden ser promulgadas sin el consentimiento de los tres estados.

”3. Que el parlamento, formado por estos tres estados, era el depósito o almacén en donde estas cosas reposaban y se preservaban; así como las leyes de la tierra como expresión de los derechos y propiedades de los súbditos para poseer sus tierras y productos”²⁶².

261 Cfr. Martínez Rodríguez. *La cuna del liberalismo. Las revoluciones inglesas del Siglo XVII*. Op. cit., pp. 52 y 53.

262 Lasalle Ruiz. Op. cit., p. 37.

Recordemos que los Comunes representaban los intereses económicos de los propietarios, por lo que su oposición al Rey tenía como finalidad defender la propiedad ante la abusiva imposición de impuestos, sin su consentimiento. Al respecto, se destaca que el Rey se aliaba con los anglicanos contra los puritanos que constituían una mayoría en los Comunes.

Al respecto RICHARD BAXTER, líder del puritanismo, manifestó: “Los propietarios campesinos y los comerciantes son el apoyo de la religión y de la civilización de la tierra”²⁶³. En otras palabras, el poder político-religioso tenía su fundamento en la propiedad.

Rescatando la primacía del *Common Law* frente a la *Prerrogativa del Rey*, se enfrenta EDWARD COKE con la monarquía, con la siguiente tesis:

“Era que la bondad política del *common law* descansaba en que al ser un sistema consuetudinario cuya vigencia no estaba basada en la voluntad del rey, era lo que mejor se acomodaba al carácter de los ingleses; eran una serie de normas que no eran racionales *per se* sino que habían probado serlo con el paso de los siglos”²⁶⁴.

La invocación del *common law* tenía, entre otros propósitos, defender la propiedad como un derecho civil, entre otros derechos. COKE dedujo el siguiente principio de la Carta Magna: “ningún súbdito puede ser privado de su propiedad o restringido en el disfrute de ella por una ley sin que medie su consentimiento”, lo que le permitió alegar que sólo el Parlamento tenía competencia para restringir la propiedad de los ingleses, toda vez que este era la única instancia a través de la que los súbditos podían expresar su consentimiento a las leyes y los impuestos²⁶⁵.

263 Lasalle Ruiz. Op. cit., p. 38.

264 Cfr. Lasalle Ruiz. Op. cit., p. 46

265 García-Pelayo. Op. cit., p. 262.

EDWARD COKE (1552-1634) fue un gran jurista que ocupó el cargo de juez y *Chief Justice* de la *Common Pleas Court* por designación del Rey Jacobo I, a quien le colaboró para deshacerse de los católicos que conspiraban contra su majestad, y como defensor de la supremacía del *common law* se enfrentó a la Prerrogativa del Rey –según la cual, entre otras atribuciones, sólo el rey podía “decir la justicia” como vicario de Dios en la tierra–. “Consecuencia de ese pensamiento era que: a) el rey no pudiera juzgar más que a través de los jueces, «de acuerdo con el Derecho y la costumbre de Inglaterra» (*Case of Prohibitions*, 1607); b) que el Rey carecía del poder de alterar el Derecho del país y especialmente crear nuevos delitos (*Case of Proclamations*)”²⁶⁶.

Además, COKE le exigía al Rey encuadrar su prerrogativa en el *common law* con el objeto de evitar la intromisión del monarca en los procesos judiciales: para manipular las sentencias (i) o para asumir competencias y decidir personalmente los casos “ignorando que el mismo Parlamento era un Tribunal”²⁶⁷ (ii); en respuesta fue destituido porque se consideraba que “los jueces debían ser leones bajo el trono” y para COKE “los jueces eran los leones que debían custodiar, frente al rey, los derechos de los ciudadanos”; de lo cual se infería un principio que los jueces debían tener autonomía e independencia frente a la prerrogativa del rey, según las costumbres y leyes de la tierra (el *common law*) de Inglaterra. El rey además tenía competencia para expedir ordenanzas de carácter administrativo definiendo delitos y trasladando competencias a la Cámara Estrellada, sustituyendo a los jueces ordinarios, desconociendo el principio de legalidad establecido en la Carta Magna de 1215.

El Rey destituyó a COKE del cargo de juez y lo mandó a prisión. Posteriormente COKE es elegido en la Cámara de los Comunes y con grandes debates se opuso a la prerrogativa real,

266 *Ibidem*, p. 262.

267 García-Pelayo. Op. cit., p. 262.

por lo que fue encarcelado arbitrariamente; su casa, sus muebles y sus documentos se confiscaron en 1621.

A este reinado de la supremacía del *common law* “sometía COKE al mismo Parlamento, de manera que cuando un Estatuto fuera contrario al *common law*, el *common law* debía predominar sobre él y pronunciar su nulidad”²⁶⁸. En otras palabras, lo que para los seguidores de COKE era la supremacía del *common law* para los norteamericanos será la supremacía de la Constitución de 1789, como lo exponemos adelante²⁶⁹.

Hijo de Jacobo I, el Rey Carlos I –Católico– (1625-1649), convocó al Parlamento y EDWARD COKE fue reelegido miembro, quien se opuso a una solicitud real acerca de la provisión de dinero para el rey; en represalia la Corona lo disolvió por sus brotes de independencia; en 1626 otro Parlamento sesionó del 10 de febrero al 15 de junio.

Como el principal problema del Rey era el económico, decidió presionar a unos nobles y burgueses exigiéndoles préstamos de dinero (los llamados *préstamos forzosos*), y sin exponer las causas encarceló a quienes se oponían. Entre otros, cinco caballeros terratenientes fueron detenidos arbitrariamente e interpusieron un *habeas corpus*, y los jueces resolvieron que los prisioneros no tenían derecho a la liberación, porque el rey tenía poderes excepcionales, y el encarcelamiento arbitrario no era una competencia ordinaria del rey. Finalmente, por orden real y no de los jueces recuperaron su libertad. El episodio produjo en la opinión el siguiente interrogante: ¿podría el rey recaudar dinero sin consentimiento parlamentario y encarcelar de manera arbitraria a sus súbditos?:

“Esta circunstancia llevó a los Comunes a aprobar una resolución que señalaba que «los súbditos de Inglaterra tienen un derecho incuestionable sobre la propiedad de sus

268 Este sería el primer antecedente del control de constitucionalidad de las leyes.

269 Lasalle Ruiz. Op. cit., p. 47.

bienes de modo que no se les puede imponer tributos, tasas y préstamos sin el consentimiento del Parlamento»²⁷⁰.

De similar forma también abusaban los tribunales militares. Otra alternativa económica para recaudar fondos para el rey consistió en la venta de los cargos públicos, en la administración y en lo judicial.

Por estas y otras arbitrariedades, y la necesidad de exigirle al rey una reparación de los perjuicios sufridos por los súbditos, el Rey Carlos I –Estuardo–, se vio obligado a convocar un tercer Parlamento. Los propios Lores espirituales le presentaron al rey en unión de los Comunes²⁷¹ el *Petition of Rights* (la Petición de Derechos), documento elaborado por COKE:

“Dada la directa resistencia del Rey frente a un texto que se presentaba en forma de declaración de derechos, el Parlamento optó por presentarle una «petición» dirigida a su persona”²⁷².

“El texto fue planteado en forma de Carta, está redactada como una larga carta; no contiene ningún tipo de articulado; gran parte de su contenido es una relación de violaciones que a juicio del Parlamento habría realizado el rey”²⁷³.

La *Petition of Rights* fue firmada a regañadientes por el Rey por la presión política del Parlamento, el 7 de junio de 1628 “y el pueblo, jubiloso, encendió hogueras en las calles. Fue un

270 Maurois André. *Historia de Inglaterra*. Barcelona: Círculo de Lectores, 1970, p. 294; con esta obra explicaremos la historia inglesa durante el período del enfrentamiento entre los Reyes Estuardo y el Parlamento.

271 De Páramo Argüelles, Juan Ramón y Ansuátegui Roig, Francisco Javier. “Los Derechos en la Revolución Inglesa”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*. T. I. *Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*. Dirección Gregorio Peces-Martínez y Eusebio Fernández García. Madrid: Edit. Dykinson, 1998, p. 776.

272 Carbonell. Op. cit., p. 47.

273 Sutherland, Artur E. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas fundamentales del constitucionalismo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1972, p. 73.

gran día; así cumplió COKE su último servicio en un Parlamento triunfante”, demostrando “la superioridad del Parlamento sobre Carlos I Estuardo”²⁷⁴, con gran fuerza política institucional. Se destacan los siguientes apartes:

“I. Los Lores espirituales y temporales y los comunes reunidos en el Parlamento muy humildemente a nuestro soberano y señor el Rey que se declaró y decretó por una ley (*statute*) promulgada bajo el reinado del Rey Eduardo Primero, comúnmente llamado *Statutum de Tallagio non concedendo*, que ningún talaje o crédito será impuesto o recaudado por el Rey o sus herederos no impondrían ni percibirían impuestos o subsidio alguno en este Reino sin el consentimiento de los arzobispos, obispos, condes, varones, caballeros, burgueses y otros hombres libres del ayuntamiento de este Reino; que, por la autoridad del Parlamento convocado en el vigésimo quinto año del reinado de Eduardo III, se declaró y estableció que en lo sucesivo nadie podía ser obligado a prestar dinero al Rey contra su voluntad, porque tal obligación era contraria a la razón y a las libertades del Reino; que otras leyes del Reino prohíbe percibir cargas o ayudas conocidas con el nombre de «don gratuito» (*benevolence*) o cualesquiera otras imposiciones análogas; que por dichos estatutos u otras leyes válidas del Reino, vuestros súbditos han heredado esa franquicia, a saber, que no podrán ser compelidos a participar en impuesto, exacción, ayuda o carga alguna sin el consentimiento general de la comunidad expresado en el Parlamento”.

“Los poderes de Jacobo I y Carlos I para gobernar a Inglaterra por la voluntad real los discutían no sólo los Comunes, conscientes de su responsabilidad, sino jueces progresivamente más independientes bajo la dirección

274 Sutherland, Arthur E. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas fundamentales del constitucionalismo*, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1972, p. 73.

de COKE opuesto a los Estuardo como miembro del Parlamento y como juez”²⁷⁵.

Es evidente verificar cómo las pretensiones absolutistas del Rey no lograron concretarse precisamente porque tuvo que firmar la Petición de derechos frente a un Parlamento que demostraba su fortaleza controlando la prerrogativa del Rey, por medio de la Petición. Por las violaciones a la Petición se desencadenaron las guerras civiles, como lo veremos adelante. Sin embargo, inspirado por COKE, el Parlamento subordinó los subsidios solicitados por el Rey Carlos a que:

“La nación no debe ser obligada a soportar empréstitos forzosos y a pagar impuestos no votados por el Parlamento (...), declarando ilegales tanto la detención y confiscación de bienes bajo la acusación de sedición”²⁷⁶.

Continuamos con el texto de *Petition of Rights*, para lo cual transcribimos las siguientes normas positivas:

1.2.1 EL DEBIDO PROCESO

El nuevo texto del debido proceso quedó redactado de la siguiente forma:

“III. Considerando que también se ha decretado y establecido por la ley llamada «Magna Carta de las libertades de Inglaterra» que ningún hombre libre podrá ser preso ni llevado a la cárcel ni desposeído de su feudo, de sus libertades o de sus franquicias, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni molestado de ningún otro modo,

275 Lasalle Ruiz. Op. cit., p. 47.

276 Coke es considerado como el gran impulsor del *habeas corpus* (presentación del cuerpo del preso ante el juez), no sólo por haber sido víctima de detención arbitraria, sino que se había hecho una práctica del Rey ordenar la detención de sus opositores, sin indicar las *causas* de la privación de la libertad física de la persona: “nadie podía ser detenido sin mandato judicial”.

salvo en virtud de sentencia legítima de sus pares o de las leyes del territorio”.

Un nuevo reconocimiento de derechos civiles adicionando el artículo 39 de la Carta Magna:

1.2.2 EL DERECHO A LA DEFENSA

En el párrafo IV se reconoció el derecho a la defensa en los siguientes términos:

“(…) que ninguna persona, cualquiera que fuese su rango o condición, podría ser despojada de su tierra o de sus bienes, ni detenida, encarcelada, privada del derecho de transmitir sus bienes por sucesión o ajusticiada, sin habérsele dado la posibilidad de *defenderse* en un procedimiento regular”.

De esta forma se amplían los elementos procesales del debido proceso para garantizar con mayor efectividad la protección judicial de los derechos a la libertad física y de los bienes de los ingleses, incorporando el derecho a defenderse durante el desarrollo de un procedimiento judicial. Observe que la norma dice “*ninguna persona, cualquiera que fuese su rango o condición*”, lo que significa que todo inglés tendría derecho a la defensa.

1.2.3 EL HÁBEAS CORPUS

En el párrafo V se estableció el *hábeas corpus*²⁷⁷ como garantía contra las detenciones arbitrarias ordenadas por el Rey u otras autoridades judiciales, en los siguientes términos:

“Considerando, empero, que a pesar de estas leyes y de otras normas y reglas válidas de vuestro Reino encaminadas al

277 Es una contribución que se ampliará en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (art. 8), y logrará su desarrollo vigoroso en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (arts. 7 y 8) (Francia).

mismo fin, varios súbditos vuestros han sido recientemente encarcelados *sin que se haya indicado la causa de ello*; que, cuando fueron llevados ante vuestros jueces, conforme a los decretos de Vuestra Majestad sobre el *habeas corpus*, para que el Tribunal resolviese lo procedente, y cuando sus carceleros fueron requeridos a *dar a conocer las causas de la prisión*, no dieron otra razón que una orden especial de Vuestra Majestad notificada por los Lores de vuestro Consejo Privado; que los detenidos fueron devueltos acto seguido a sus respectivas cárceles sin que se formulase contra ellos auto alguno de procesamiento contra el que habrían podido defenderse conforme a la ley”.

Obsérvese, en primer lugar, que el recordatorio hace alusión implícita a la libertad personal, como derecho reconocido a los “hombres libres” (los barones feudales), en la Carta Magna de 1215, con la diferencia de que en la Petición de Derechos se refiere a los “súbditos”, es decir, que se amplía la cobertura de la protección del derecho a favor de los individuos. En segundo lugar, se cuestionan las detenciones sin indicar la *causa*, es decir, que se debía hacer una imputación al súbdito, y, en tercer lugar, que se omitía proferir auto de procesamiento a fin de proceder a defenderse, de conformidad con la ley. En otras palabras, debían sujetarse dichas detenciones y juzgamientos (al *per legem terrae* o la ley de la tierra –*common law*–) al debido proceso establecido en la Carta Magna:

“VII. Y considerando que además, por la autoridad del Parlamento, en el vigésimo quinto año del reinado de Eduardo Tercero se declaró y promulgó, que nadie puede ser prejuzgado contra su vida o su integridad de forma contraria a la Gran Carta y al Derecho de la tierra; y por la referida Gran Carta y otras leyes y estatutos de este vuestro reino, nadie será condenado a muerte sino según las leyes establecidas en este vuestro reino, así como por las costumbres del mismo reino, o por actos del Parlamento; y considerando que ningún culpable de cualquier clase está excluido de estos procedimientos, y de las penas que se imponen según las leyes y los estatutos de este vuestro reino.

Sin embargo, en los últimos tiempos se han promulgado diversas órdenes con el sello de vuestra Majestad, por las cuales ciertas personas han sido asignadas y propuestas como comisarios con poder y autoridad para actuar dentro del país, de acuerdo con la justicia de la ley marcial, contra aquellos soldados y marineros, u otras personas disolutas enroladas con ellos, en el caso de que cometan asesinatos, robos, felonías u otros desmanes o delitos, o se amotinen, según el procedimiento sumario y las órdenes conformes a la ley marcial, tal como es practicada por los ejércitos en tiempo de guerra, y para entablar el proceso, decidir la condena de tales delincuentes y determinar su ejecución y su muerte de acuerdo con la ley marcial”.

De las normas transcritas se infiere el siguiente principio.

1.2.4 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como novedad el principio enunciado se consagró así:

“VIII. Con el pretexto de que algunos de los súbditos de vuestra Majestad han sido ejecutados por los referidos comisarios (manifestamos que) el acusado puede y debe ser juzgado por las leyes y estatutos de la tierra, y de ninguna otra forma; y por las mismas leyes y estatutos debe fijarse el tiempo y el lugar (de la ejecución)”.

Se trata de la reiteración del *principio de legalidad penal* —con un gran aporte— según el cual la persona tiene el derecho a ser juzgada de conformidad al *common law* (al *per legem terrae* o la ley de la tierra); es una conquista procesal que progresivamente se irá ampliando, a fin de sentar las bases del fundamento democrático del *ius puniendi* (derecho punitivo o derecho de castigar), con la ilustración francesa²⁷⁸, reflejando el pensamiento del creador de

278 Peces-Barba, Gregorio y otros. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Edit. Debate, 1987. Esta compilación será utilizada para la transcripción de todos los instrumentos.

la ciencia del derecho penal, CESARE BECCARÍA, que se explicará en el escenario de la Revolución Francesa. El mismo principio se inserta además en la siguiente disposición:

“X. Con este motivo, suplican humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad que nadie esté obligado en lo sucesivo a realizar donación gratuita, prestar dinero o hacer una contribución voluntaria ni pagar impuestos o tasa alguna, salvo común consentimiento otorgado por Ley del Parlamento; y que nadie sea citado a juicio ni obligado a prestar juramento, ni requerido a prestar servicios, ni detenido, inquietado o molestado con motivo de dichas exacciones o de la negativa de pagarlas; que ningún hombre libre sea detenido, encarcelado según la forma antes descrita (...); y que de aquí en adelante ningunas órdenes de cualquier clase puedan ser promulgadas para ejecutar a ninguna persona o personas como se describe arriba; y para que no sea eliminado ninguno de vuestros súbditos por razón de tales órdenes, o condenado a muerte contraviniendo las leyes y el derecho de la tierra”²⁷⁹.

En efecto, se reiteran nuevamente el *principio de la representación política* y el *principio de legalidad tributaria*, según los cuales sólo el Parlamento por ley podía establecer impuestos, en representación de los contribuyentes: ¡Sin representación no hay impuestos! (*no taxation without representation*). Constituye un avance democrático –en la primera parte de la norma–, la prohibición de molestar, juzgar y condenar a la persona que se niegue a pagar las contribuciones fiscales:

“XI. Todos los cuales piden humildemente a su más excelente Majestad sus derechos y libertades, de acuerdo con las leyes y estatutos de este reino; y vuestra Majestad

279 Maurois André. *Historia de Inglaterra*. Barcelona: Círculo de Lectores, 1970, p. 292; con esta obra explicaremos la historia inglesa durante el periodo del enfrentamiento entre los Reyes Estuardo y el Parlamento.

podría dignarse declarar, Que las sentencias, actos y procedimientos, dictados en perjuicio de vuestra gente en los casos anteriores, no tendrán en adelante efecto, ni se tomarán como ejemplo; (...)”.

La Petición de Derechos tendrá gran influencia en las Declaraciones de derechos de los colonos ingleses en Norte América y en las Primeras Diez Enmiendas a la Constitución de Filadelfia (1879), como se apreciará oportunamente.

“Los Parlamentos de Carlos I son más independientes que cuantos le precedieron”²⁸⁰, como se verá por los enfrentamientos políticos/religiosos que vendrán hasta lograr su consolidación con la Revolución Gloriosa (1688 y 1689).

¿Qué pasó después de firmar el rey la Petición de Derechos?:

“De este modo, la política de Carlos I provocó una reacción que acabó trascendiendo los intereses estrictamente económicos al asociarse a ella factores de índole religiosa y moral”²⁸¹.

En noviembre de 1628 el Rey Carlos autorizó la publicación de una nueva edición de los “Artículos de la Religión”, con el siguiente Preámbulo:

“(…) que, por lo tanto, en estas curiosas y lamentables diferencias, que, durante tantos siglos, en distintos tiempos y lugares, ha causado la Iglesia de Cristo, es Nuestra voluntad, que toda ulterior curiosa búsqueda se deje de lado, y que callen las disputas sobre las promesas de Dios, ya que ellas se nos han expuesto en las Sagradas Escrituras, y en el

280 Lasalle Ruiz. Op. cit., p. 49.

281 Sutherland, Artur E. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas fundamentales del constitucionalismo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1972, p. 99.

significado general de los Artículos de la Iglesia Anglicana de acuerdo con ellas. Y que ningún hombre de ahora en adelante imprima o predique, como para desconocer el Artículo en manera alguna, sino que se someta a él según el llano y pleno sentido del mismo (...). Que si algún Profesor en cualquiera de Nuestras Universidades, o cualquier Director o Rector de un College, atribuyere algún nuevo sentido a cualquier Artículo, o públicamente leyere, determinare o tuviere alguna Disputa pública, o permitiere que se la tenga en uno u otro sentido (...) los Transgresores incurrirán en Nuestro desagrado y estarán sujetos al fallo condenatorio de la Iglesia en Nuestra Comisión Eclesiástica, así como en cualquier otra; y Nos dispondremos la debida Ejecución de la sentencia”.

La Cámara de los Comunes reaccionó en contra del rey proponiendo que se aprobara el rechazo a los asuntos religiosos y nuevos impuestos, ante lo cual el Rey ordenó la suspensión del Parlamento. “La Cámara prosiguió sus deliberaciones (se echó cerrojo a la puerta) y los Comunes votaron resoluciones por aclamación”²⁸² que declaraba traidores de las libertades y derechos de Inglaterra a los súbditos que acataran las decisiones de la Corona; como represalia el rey ordenó detener arbitrariamente a nueve comunes y en persona el Rey disolvió el Parlamento el 10 de marzo de 1629. No obstante, este episodio, se demuestra la consolidación de un Parlamento estructurado y funcionando asumiendo su verdadero desempeño en claro ascenso político hacia el poder, cómo se verá adelante con la ejecución del Rey, por la fuerza de la dialéctica política inglesa:

“Los puritanos, cada vez más fuertes en el populoso sudeste industrial de Inglaterra, dominaron en forma creciente el Parlamento y se hicieron cada vez más hostiles a Carlos I.

282 Asimov, Isaac. *La formación de América del Norte*. Madrid: Alianza Editorial, 1983, p. 21.

Este retribuyó la hostilidad y, de 1629 a 1640, se negó a convocar sesiones parlamentarias”²⁸³.

En 1640 el Rey se vio obligado a convocar el Parlamento por tres semanas (el *Parlamento corto*) y luego nuevamente, extendiéndose por trece años (el *Parlamento largo*), el cual aprobó, entre otras, lo siguiente: “Este Parlamento ahora reunido no será disuelto a menos que una ley parlamentaria sea aprobada para ese fin”, abanderando su lucha política con su tradicional lema: “Religión, libertad y propiedad”, buscando como finalidad la conformación, estabilidad y permanencia de dicho parlamento como órgano autónomo e independiente de la prerrogativa del Rey.

Irreconciliables las relaciones políticas/religiosas entre el Rey Carlos I y el Parlamento llevó a la Corona a la declaratoria de guerra civil al Parlamento. El 1º de diciembre de 1641 cinco miembros de los comunes y un noble promovieron un documento denominado La “*Gran amonestación*”, que el Parlamento aprobó y fue presentado al Rey, según el cual se resumían los agravios y arbitrariedades sufridos por sus miembros en sus derechos, que el monarca rechazó, por lo cual se ordenó su publicación y distribución al pueblo inglés. El 3 de enero de 1642 el rey envió al Fiscal General del Estado a la Cámara de los Lores para que promoviera un proceso acusando a cinco miembros y un noble, pidiendo su encarcelamiento por el delito de traición a la patria.

A su vez, envió a un sargento a la Cámara de los Comunes para que arrestara a los cinco miembros, pero los comunes se opusieron; los parlamentarios huyeron a la ciudad de Londres, la cual se negó a entregarlos. De todo el país llegaron resoluciones en su defensa. Al día siguiente el Rey, acompañado de una comitiva armada, irrumpió torpemente en el Parlamento y le exigió al Presidente (“*speaker*”) de la Cámara William Lenthall,

283 Cfr. Cook, Chris. *Diccionario de términos históricos*. Madrid: Alianza Editorial, 2004, pp. 108 y 109.

que les señalara a los sindicatos del delito que él había venido a arrestar, quién le contestó: “Sepa Su Majestad que no tengo ojos para ver ni lengua para articular más cosas que las que esta Cámara tenga a bien pedirme”. Este episodio condujo a la unión de los Lores con los Comunes contra el Rey, precipitando la guerra civil. Carlos salió de Londres y una semana después los cinco parlamentarios regresaron triunfalmente a sus curules²⁸⁴.

El terrateniente puritano e independiente Oliver Cromwell, en defensa del Parlamento, dirigió un movimiento político alzado en armas en contra del Rey, que se denominó la Revolución Puritana, porque se enfrentan además a los anglicanos, comenzando así la guerra civil (1642-1648), significando con ello que el conflicto además de económico era político y religioso.

En efecto, por esta época la sociedad inglesa se polarizó en dos sectores originando dos movimientos políticos que durante la restauración monárquica (1660 a 1689) constituirían los dos partidos políticos, como se explicará adelante: los “Caballeros” (hombres nobles de a caballo), eran señores feudales (terratenientes), de cabellos largos y rizados, y lujosamente ataviados; pertenecían a la iglesia anglicana y fueron defensores del Rey. Los “Cabezas redondas” llevaban el cabello corto, y por ello también se les denominaba “cabezas rapadas”, y vestían sencillamente; eran pequeños artesanos, industriales y

284 La guerra religiosa entre el Sacro Imperio Romano Germano (defendiendo el catolicismo contrarrestando la expansión protestante) y la Francia católica que interviene apoyando a éstos últimos, se extendió entre 1618-1648 y se conoció como la guerra de los 30 años que terminó con el *Tratado de paz de Westfalia* con los siguientes aportes: la inmunidad de los jefes de Estado, quienes no podían ser detenidos ni juzgados judicialmente (*Rex es Lex*); igualdad soberana de los Estados; reconocimiento de la soberanía territorial de los Estados; quedan relegados el poder del Papa y el poder del Emperador, en el que los Estados reconocen como “soberanos” a los demás Estados; la libertad religiosa que permitía al soberano en cada Estado fijar la religión oficial: *cujus regio, eius religio*. El Papa objetó el tratado.

comerciantes; a éstos se sumaron los Yeoman, labradores ricos; formaron parte de los puritanos que se pronunciaron en contra de las iglesias anglicana y católica, y defendieron el parlamento. Estos puritanos se unieron a Oliver Cromwell.

Recordemos que la monarquía fue la forma de gobierno predominante en la historia constitucional inglesa, pero en el siglo XVII se estableció la República por un breve período (1649-1660), en la que se expidieron algunos instrumentos de corta vigencia.

En 1648 Oliver Cromwell organizó un ejército parlamentario para enfrentar a los escoceses (aliados del Rey Carlos I), invasores de Inglaterra, derrotándolos en Preston (agosto 18); una petición firmada por cuarenta mil firmas de súbditos solicita a la Cámara de los Comunes que declare: “¿para qué sirven el Rey y los Lores? Dios nos ha hecho a todos iguales” (septiembre 11), con lo cual se quiere rescatar el papel político de la Cámara de los comunes en el Parlamento como el órgano político *representativo* de Inglaterra.

1.2.5 EL REY CARLOS I ES CONDENADO A MUERTE SIN EL JUICIO LEGAL DE SUS PARES

En 1648 sucedieron hechos importantes en la historia del Derecho internacional de la Europa occidental²⁸⁵ y en 1649 en

285 Comenta Geoffrey Robertson que la Carta Magna garantizaba un juicio por los *pares* del acusado, y el Rey Carlos I no tenía sus *pares*, por lo cual no era posible someterlo a juicio alguno, además se le señaló de ser un “tirano, traidor, asesino y enemigo público, e implacable de la *Commonwealth* de Inglaterra”; disponiendo de los mejores abogados el Rey se negó a defenderse de las acusaciones, por lo que le aplicaron una norma denominada “confesión de culpabilidad”; sin invocar el principio de legalidad atacó la conformación del Tribunal y los procedimientos que le aplicaban; con desprecio e insultando a los jueces les dijo: “Quisiera saber por qué poder he sido llamado aquí, bajo qué autoridad legal”. El historiador Gerard Walter narra que leída la sentencia de condena a muerte el Rey pidió ser escuchado después de la decisión, lo que no se le permitió, ante

la historia constitucional de la consolidación del Parlamento en Inglaterra. El Rey Carlos I es acusado por delitos de guerra, por traición a la patria, por suspender durante once años el Parlamento y desatarle la guerra, y “de destruir los derechos y libertades del pueblo”; sin respetar la Carta Magna ni el *Petition of Rights* el Parlamento ordena detenerlo (noviembre 30). La Comunes de los Comunes deciden que el Rey, en su condición de detenido arbitrariamente, comparezca ante la justicia para ser enjuiciado (diciembre 23), para lo cual la Cámara creó un Tribunal Supremo de Justicia Ad Hoc con 135 jueces-jurado, integrado por miembros del Parlamento incluidos militares, siendo condenado a muerte (enero 2).

La Cámara de los Lores se opuso a este juicio y los Comunes declararon que “el pueblo, después de Dios, es la fuente de todo poder legítimo, el poder soberano pertenece a los Comunes de Inglaterra” (enero 4); producto de un indebido proceso²⁸⁶ ejecutan al Rey, quien acusó al Parlamento de arbitrario²⁸⁷ (enero 30). Una gran consecuencia, la soberanía se traslada del Rey al Parlamento, en cabeza de la Cámara de los Comunes, por algunos años.

lo cual exclamó: “No se permite hablar; ¡pensad qué justicia pueden esperar los demás hombres!”. Lo más grave de las violaciones, en nuestro concepto fue que sin aplicar la Carta Magna (art. 39, debido proceso) ni el *common law* ni el *Tratado de paz de Westfalia* (la inmunidad de los jefes de Estado: *Rex es Lex*) el Rey fue sometido a un indebido proceso que demoró 32 días aproximadamente, tiempo durante el cual se escucharon 35 testigos de cargo contra el Rey, quien terminó ahorcado en medio de la perplejidad del pueblo inglés. Cuando se restauró la monarquía (1660) todos los jueces y acusadores que condenaron al Rey Carlos I fueron eviscerados, destripados y descuartizados en presencia de su hijo, el Rey Carlos II (Robertson).

286 El Rey argumentó lo siguiente: “(...) cada día, sin tener poder para ello, renueva y deroga las leyes antiguas fundamentales del país (...)”.

287 Ley que revoca el oficio de Rey: “el poder en una sola persona es innecesario, gravoso y peligroso para la libertad (...) tiene interés en usurpar la justa libertad del pueblo, y perseguir la instauración de su propia voluntad y poder por encima de las leyes”.

En efecto, Inglaterra permanecería sin Rey por once años; los Comunes suprimen la Cámara de los Lores (febrero 6) y suprimen la monarquía y el título de Rey (febrero 7)²⁸⁸. Proclamación oficial de la República (mayo 19) y se “declara que Inglaterra es una *Commonwealth* y Estado libre gobernada por los representantes del pueblo y «sin Rey alguno o Cámara de los Lores»”²⁸⁹. Inglaterra se declara como Republica (1649-1660) y, por ende, se suprime la Constitución consuetudinaria inglesa.

En 1650 fueron abolidas las leyes religiosas expedidas en el reinado de Isabel; en 1653 el Parlamento suprime los diezmos eclesiásticos (julio 15); Cromwell expulsó a los diputados y clausuró el Parlamento fijando un cartel que decía “se alquila” (30 de abril); es proclamado Lord Protector de la República de Inglaterra (1653 a 1658), por medio del *Instrument of Government* (instrumento de gobierno), la primera y única Constitución escrita de Inglaterra –de los militares–, cuya finalidad pretendía limitar los poderes del Parlamento como garantía de la protección de los derechos del pueblo inglés; rigió por un período de cuatro años.

El Lord Protector convocó al Parlamento en septiembre de 1654 y obligó a los parlamentarios a firmar un documento comprometiéndose a no modificar la nueva forma de gobierno; algunos diputados pretendieron modificar la nueva Constitución y un centenar de ellos fueron excluidos de la corporación antes de disolverla por orden de Cromwell en enero de 1655, y en septiembre lo vuelve a convocar para excluir otros diputados; restableció la Cámara de Lores y en enero de 1658 la disuelve por entrar en conflicto con la Cámara de los Comunes²⁹⁰.

288 García-Pelayo. Op. cit., pp. 265 y 266.

289 Cfr. Noblet. Op. cit., pp. 82-84.

290 Sutherland, Artur E. *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas fundamentales del constitucionalismo*. Op. cit., p. 117.

La ejecución del Rey Carlos y las reformas constitucionales que se hicieron, dejan una enseñanza a los ingleses: “Todo Rey inglés que quiera mantenerse en el trono, tendrá que gobernar razonablemente dentro de los límites de la Constitución”²⁹¹, obviamente respetando al Parlamento en el que se concentrará el poder político.

Recuérdese que en 1647 se elaboró y presentó a la Cámara de los Comunes un documento denominado *Agreement of the people* (pacto popular o contrato popular) con una Declaración de Derechos, pero no se aprobó.

Según NICOLA MATTEUCCI, la pasión fundamental que arrastró a Cromwell a la guerra frente al rey es la religiosa, por lo cual en su gobierno se propició la tolerancia religiosa, exceptuando a los católicos.

En 1658 falleció Cromwell y le sucedió su hijo Richard, quien a los 19 meses fue sustituido por Carlos²⁹² II (1660-1685), restableciéndose la monarquía de los Estuardo²⁹³, en

291 Católico; con el Parlamento asume un compromiso al acordar el “Ordenamiento de la Restauración” con el objeto de sepultar la República de Cromwell y restablecer la Constitución, revivir la iglesia anglicana excluyendo la puritana y penalizando sus oficios religiosos con penas de prisión o muerte. Los funcionarios de la Corte real eran católicos. En 1673 se expidió la “Ley de pruebas”, con el objeto de proteger la religión de Inglaterra, que consistía en que para acceder a un cargo civil o militar el aspirante debía tomar el sacramento según el rito de la iglesia oficial anglicana. Los partidos Whigs y Tories se unieron contra la iglesia católica romana y se separaron cuando aquellos promovieron la “Ley de exclusión”, con el objeto de alejar a Jacobo de la sucesión en el trono y promover como sucesor del Rey Carlos a su hijo bastardo Monmouth; los tories respetaban la sucesión hereditaria. Se suspenden las sesiones del Parlamento y muere Carlos el 6 de febrero de 1685, según narración del historiador Trevelyan.

292 Este período comprende de 1660 a 1688.

293 Católico; convocó el Parlamento de mayoría Tories y anglicana con el fin de que derogara la ley de pruebas para nombrar católicos en los cargos públicos

1660, Jacobo II²⁹⁴ (1685-1688) lo sucedió en el trono. Durante la restauración monárquica, el Parlamento se fortalecerá, por cuanto en su seno se adopta el *Habeas Corpus Act* (presentación del cuerpo del detenido ante el juez), con el fin de proteger a los disidentes políticos/religiosos del Rey.

Como se explicará Jacobo II abdicó ante una alianza entre los Whigs y los Tories, que conduciría a la Revolución Gloriosa (1688 y 1689).

y en el ejército, aconsejado por los jesuitas y con el apoyo del Papa romano, y lo mismo pretendió infructuosamente con la ley de *Habeas Corpus*; sin embargo, en abril de 1687 Jacobo expidió la *Declaración de Indulgencia* que suspendía leyes persecutorias contra los católicos y excluyendo a los que profesaban religiones distintas al catolicismo como los puritanos; destituyó a jueces que no acataban sus orientaciones y restableció el Tribunal de Alta Comisión para perseguir a la iglesia anglicana y puritanos. “El caso de los siete obispos” rebosó la copa en este conflicto político-religioso; se trataba de un proceso penal contra los siete obispos que fueron encarcelados y juzgados públicamente ante un jurado (del cual hacía parte el cervecero de la Corte Miguel Arnold) por haberse negado a leer públicamente, después de misa, la Declaración de Indulgencia para favorecer a los católicos, cuya finalidad era suspender leyes anglicanas; los siete obispos presentaron una petición al rey para que se eximiera al clero de la lectura, lo que constituyó un desacato al rey porque instaron a los sacerdotes a la desobediencia, y además argumentaron que el Parlamento como legislador era el único y no el rey el facultado para suspender las leyes. El jurado se reunió para analizar si la Declaración era ilegal y si los súbditos podían presentar derechos de petición al Rey; finalmente los obispos fueron absueltos y la opinión pública aplaudió la decisión en medio de fogatas encendidas en las calles, lo mismo que el partido Tory que, en ese momento, se solidarizaba con el partido Whigs proponiendo la tolerancia religiosa para salvar a Inglaterra de otra guerra civil; unos y otros, con el apoyo político/religioso, suscribieron una carta invitando a Guillermo de Orange (y su esposa María hija del Rey) con su ejército protestante a rebelarse contra Jacobo aprovechando el calor popular. Los siete obispos en medio de la muchedumbre arrodillada salieron a recibir a Guillermo abrigado por el viento protestante, según narración del historiador Trevelyan.

294 Maurios. Op. cit., p. 338.

1.3 LAS DETENCIONES ARBITRARIAS, EL *HÁBEAS CORPUS* ACT Y EL ORIGEN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS INGLESES

El anterior es el contexto histórico (anglicanos *vs.* católicos, futuros Tories *vs.* Whig) en que se gestó el *Habeas Corpus Act* (presentación del cuerpo del detenido ante el juez), es el siguiente.

1.3.1 EL CÓDIGO DE CLARENDON Y OTROS INSTRUMENTOS PUNITIVOS

Desmoronada la República de Cromwell comienza de la restauración de la monarquía el período comprendido entre 1660 y 1689. Carlos II (1660-1685), perteneciente a la Dinastía de los Estuardo –hijo de Carlos I–, regresó de su destierro en Holanda para asumir el trono de Inglaterra; en 1661 convocó un Parlamento “más realista que el Rey y más anglicano que los obispos”²⁹⁵. A petición del Parlamento/ Convención, Carlos II asumió el poder como Rey de Inglaterra con el respaldo de la mayoría de los propietarios rurales y el clero anglicano unido, restableciéndose así la monarquía de los Estuardo con un régimen que significa la vuelta al reinado del *common law* y el rescate de las conquistas parlamentarias²⁹⁶, para lo cual se obligó a Carlos II por el compromiso de Brenda de 1660 a respetar la libertad de conciencia como un presupuesto del “Ordenamiento de la Restauración”, el que se incumplió con la reaparición de la iglesia anglicana y la expedición por el Parlamento del conocido *Código de Clarendon*, que consistía en una serie de leyes penales, subordinando el acceso a las corporaciones municipales al hecho de comulgar con los ritos anglicanos; se apartaba de las parroquias a los clérigos disidentes y se imponían multas y penas de prisión a los feligreses que asistieran a los oficios religiosos no anglicanos, todo ello con el fin de fortalecer a la iglesia anglicana. Así mismo, se expidió la *Conventicle Act* en 1670, facultando

295 Cfr. García-Pelayo. Op. cit., p. 266.

296 Lasalle Ruiz. Op. cit., pp. 61 y 62.

a los magistrados para confiscar bienes a los disidentes religiosos. En 1673 se expidió la *Test Act* que excluía de los cargos públicos a aquellos funcionarios que no profesaran públicamente el anglicanismo.

Veamos algunos hechos que agudizaron el conflicto generado por el incumplimiento del Rey Carlos II, al aplicar estas medidas represivas.

El primer Ministro, el lord Clarendon, ordenó arbitrariamente la privación de la libertad de los opositores religiosos y políticos de la corona real disponiendo el traslado de los prisioneros, con el objeto de evadir los efectos del *habeas corpus* que se había reconocido con anterioridad en el *Petition of Rights*.

En 1670 EDWARD BUSHELL actuó como jurado en un proceso en el que se absolvió al acusado contra la voluntad de la corona real; previendo que (por represalias) lo detuvieran, solicitó un *habeas corpus* y el Tribunal de Agravios resolvió favorablemente, argumentando que los veredictos de los jurados no se penalizarían, a fin de garantizar la imparcialidad e independencia del jurado.

1.3.2 LOS WHIG Y LOS TORIES Y EL ORIGEN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

“El Parlamento de la Restauración, lejos de mostrarse débil, estaba siempre listo a promulgar medidas opuestas a muchos de los deseos de los monarcas”²⁹⁷.

En efecto, el período de la restauración de la monarquía comprendido entre 1660 y 1689, se formaron los dos partidos políticos ingleses, durante los reinados de Carlos II (1660-1685) y Jacobo II (1685-1688). Los Tories (término peyorativo para designar a los bandidos irlandeses) –herederos de los

297 Sutherland Artur E. Op. cit., p. 117.

Caballeros—; grandes terratenientes, fuertes en el agro; como anglicanos pretendían acabar el catolicismo y el puritanismo; defensores del Derecho divino de los Reyes y las prerrogativas del Rey y, por ende, de las pretensiones de una monarquía absolutista sustituyendo el Parlamento y desconociendo los derechos civiles que se habían reconocido en el *Petition of Rights* y en la Carta Magna. En cuanto a la “ley de exclusión”, los Tories eran respetuosos de la estricta sucesión hereditaria al trono, lo que implicaba que Jacobo II accediera al poder en caso de muerte de su hermano Carlos II. Se caracterizaron los Tories por su pensamiento conservador; pretendieron introducir un catolicismo soterrado que buscaba la uniformidad religiosa mediante la represión de la libertad de conciencia, afectando a los puritanos.

Los Whigs (vocablo despectivo con el que se designaba a los campesinos) —herederos de los Cabezas Redondas— comerciantes de clase media y mercantilistas en ascenso, fuertes en la ciudad con sus industrias; son disidentes puritanos y latitudinarios²⁹⁸ y partidarios de la tolerancia religiosa; defensores de la Teoría del pacto o contrato social, y por lo tanto partidarios de un Parlamento que dictara las leyes y garantizara la costumbre constitucional (*common law*) de respetar los derechos de los ingleses con el objeto de limitar la prerrogativa del Rey impidiéndole establecer impuestos sin representación (*no taxation without representation*). Los Whigs respecto a la ley de exclusión consideraron que Jacobo II no accedería al poder si Carlos II su hermano fallecía sin dejar heredero. Los Whigs se caracterizaron por su ideología liberal y por impulsar el Derecho de resistencia a la opresión.

Las medidas represivas de la Corona contra los disidentes religiosos (los puritanos) contribuyeron al surgimiento y

298 Teólogos anglicanos que buscaron unir a todos los cristianos, menos los católicos, en una iglesia nacional que excluía las prácticas religiosas no previstas en la Biblia.

consolidación de un partido político de ideología liberal denominado los *Whig*, liderado por el Lord Shaftesbury, siendo JOHN LOCKE (1632-1704) padre del liberalismo y su ideólogo; dicho partido se convirtió en fuerte opositor político a las pretensiones de una monarquía que se perfilaba como absolutista, bajo el liderazgo de Lord Danby, representante de la mayoría anglicana en el Parlamento. El partido político de los *Whig* luchaba por la primacía del *common law* y la protección de los derechos civiles de los ingleses, entre otros, el derecho a la libertad física de la persona. Veamos cómo se protegía contra las detenciones arbitrarias que se practicaban durante la época.

1.3.3. EL *HABEAS CORPUS ACT*

Los hechos descritos relacionados con las detenciones arbitraria por parte del Rey motivaron a la Cámara de los Comunes a reunirse y adoptar en el Parlamento, el *Habeas Corpus Act*, el 27 de mayo de 1679.

El *Habeas Corpus Act* no nació como un instrumento de reconocimiento de derechos; es el más importante y efectivo mecanismo de protección procesal del derecho a la libertad de la persona humana; se estableció como una garantía de protección judicial de los ingleses contra las detenciones arbitrarias ordenadas por los Reyes para perseguir a sus opositores políticos y religiosos confiscándoles además sus bienes.

Del documento se extractan los siguientes apartes:

“Considerando que los alguaciles, carceleros y otros funcionarios, bajo cuya custodia ha sido detenido algún súbdito del Rey por asuntos criminales o supuestamente criminales, se retrasan mucho en cumplimentar los mandamientos de habeas corpus que se les dirigen, oponiéndose con un seudónimo o varios al habeas corpus e incluso más, y con otros trucos para evitar la obediencia debida a tales mandamientos, en contra de su deber y de las conocidas leyes del país, por lo cual muchos súbditos del Rey han sido, y todavía pudieran ser en adelante, retenidos

en prisión en casos en los que, según la ley, podrían prestar fianza, para su mayor molestia y vejación.

”Para cuya prevención, y el más rápido desagravio de todas las personas encarceladas por cualquier asunto criminal o supuestamente criminal, quede decretado por la Excelentísima Majestad del Rey, por y con el consejo y consentimiento de los lores espirituales y temporales y de los comunes reunidos en este presente Parlamento y por su autoridad, que siempre que una persona o personas lleven un habeas corpus dirigido a un alguacil o alguaciles, carcelero, o ministro, o a otra persona cualquiera, en favor de una persona bajo custodia, y el mencionado escrito sea notificado al mencionado funcionario o dejado en la cárcel o prisión con cualquiera de los subordinados, guardianes o comisionados de los citados funcionarios o guardianes, que el referido funcionario o funcionarios, o sus subordinados, agentes o comisionados, en los tres días desde la notificación en la forma antedicha (salvo que la prisión referida sea por traición o felonía evidente y esté especialmente expresada en el auto de prisión), y bajo el pago o promesa de pago de los gastos de traslado del referido prisionero, que serán tasados por el juez o tribunal que expidió el mandamiento y anotados al final del mismo, no excediendo los doce peniques por milla, y bajo la seguridad dada por su propia fianza de pagar los gastos de regreso del prisionero si lo ordena el tribunal o juez ante el que sea llevado conforme al auténtico propósito de esta Acta, y de que no se fugará por el camino, dará cumplimiento a tal mandamiento, llevará o mandará llevar la persona detenida o encarcelada ante el Lord Canciller o el Lord Depositario del Gran Sello de Inglaterra en ese momento, o ante los jueces o barones del referido tribunal que haya emitido el referido mandamiento, o ante cualquier otra persona o personas ante las que el referido mandamiento pueda cumplimentarse según su propia orden.

”Y entonces, además certificará las verdaderas causas de la detención o prisión; y salvo que la detención de la referida

persona sea en un lugar distante más de veinte millas y no más de cien, pues entonces el plazo será de diez días, y si la distancia es mayor de cien millas, el plazo será de veinte días después de la entrega antedicha, y nunca más largo.

”(…). 5) 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 legal del tribunal donde deba comparecer u otro tribunal competente, y cualquier persona que contravenga a sabiendas esta Acta deteniendo o encarcelando, o haciendo conscientemente detener o encarcelar por el mismo delito o presunto delito a una persona puesta en libertad como se ha dicho, o que conscientemente ayude o colabore a ello, pagará al prisionero o perjudicado la suma de quinientas libras, no obstante cualquier cambio o variación en el auto o autos de prisión para ser puesto en libertad.

”(…). 8) Y que, si un súbdito o súbditos de este reino se encuentran detenidos en cualquier prisión o bajo custodia de cualquier funcionario o funcionarios, cualquiera que sean, por causa criminal o supuestamente criminal, no podrán ser trasladados de aquella prisión y custodia a la custodia de ningún otro funcionario o funcionarios, a no ser un hábeas corpus u otro mandamiento legal (...).

”)9) Y que cualquier prisionero o prisioneros tendrá derecho a pedir y obtener su habeas corpus tanto del Alto Tribunal de la Cancillería o del Tribunal del Tesoro, como de los tribunales del Banco del Rey o de los *Common Pleas*; y si el Lord Canciller o el Lord Depositario o cualquier juez o jueces, barón o barones que pertenezcan entonces al grado del *coife* de cualquiera de los tribunales citados, en Vacaciones, a la vista de la copia de la orden de arresto, o previo juramento de aquella copia se denegó, como antes se dijo, niega un mandamiento de habeas corpus, solicitado

en la forma antedicha y requerido conforme a esta Acta para que lo expida, serán severamente multados en la suma de quinientas libras a favor de la parte perjudicada”.

Este es el texto del *habeas corpus act*; destácanse los siguientes comentarios:

“En el instrumento se consagran principios del derecho penal y del derecho procesal penal, a saber: «1) en primer lugar, el obligatorio sometimiento de los funcionarios a los mandamientos de habeas corpus, sometimiento que se especifica también en la previsión de unos plazos tasados en los que en todo caso se debe llevar a cabo la notificación de las causas de la detención y el establecimiento de un sistema de sanciones aplicables en los casos de infracción de los mandamientos judiciales; 2) en segundo lugar, observamos en la cláusula quinta el principio según el cual nadie puede ser detenido dos veces por los mismos hechos (...); 3) la eficacia del procedimiento de habeas corpus se refuerza por la prohibición de que los detenidos sean trasladados de cárcel: tales traslados son considerados como detenciones ilegales ante las cuales los encarcelados y trasladados pueden entablar acciones contra las personas que hayan procedido a dicho encarcelamiento o traslado»”²⁹⁹.

“El documento no creó nuevos derechos, ni introdujo nuevos principios. Sin embargo, aseguró que el Derecho existente se hiciera efectivo en todo tiempo –también durante el período de vacaciones judiciales–. Además, los prisioneros debían ser presentados ante el juez sin dilaciones, para determinar la legalidad de su encarcelamiento, y se prohibía la reclusión en ultramar, que podría afectar a la eficacia de la norma”³⁰⁰.

299 De Páramo Argüelles, Juan Ramón y Ansuátegui Roig, Francisco Javier. *Los Derechos en la Revolución Inglesa*. Op. cit., pp. 784 y 785.

300 Peces-Barba, Gregorio y otros. *Derecho positivo de los Derechos Humanos*. Madrid: Edit. Debate, 1987, pp. 84 y 85.

Se destacan las sanciones que se podrían imponer a los funcionarios de la Corona que incumplieran las precitadas y transcritas normas.

El habeas corpus, como garantía de protección judicial, fue el primer aporte –al *Derecho procesal constitucional*– aceptado por el Parlamento, más tarde jerarquizado en las Constituciones y posteriormente en los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos.

A finales de 1678 se descubrió un complot papista que involucraba al heredero al trono, que buscaba la instauración del catolicismo en Inglaterra, creando una atmósfera de pánico político colectivo que condujo a la disolución del Parlamento, asumiendo el liderazgo y control los *Whig*, bajo el lema “*Papismo, No; Esclavitud, No; Libertad y propiedad*”. El acceso al trono de un príncipe católico supondría necesariamente la abolición de la Carta Magna y la desaparición del Parlamento como depositario de los derechos y libertades inglesas, y consecuentemente el establecimiento de un absolutismo al estilo del Rey Luis XIV de Francia, con el fin de exterminar a los protestantes por herejes, recobrando el dominio el papado, el que exigiría la devolución de los bienes que habían sido confiscados a la Iglesia Católica en el reinado de los Tudor (Enrique VIII), bajo el Cisma Anglicano. Estos bienes formaban parte del patrimonio de los disidentes religiosos, organizados en el partido de los *Whig*³⁰¹.

Estamos en el reinado de Jacobo II (1685-1688).

Los Tories y los Whigs estuvieron de acuerdo años más tarde, en víspera de la Revolución Gloriosa, en: “Que por experiencia se ha visto no convenir a este reino protestante ser gobernado por un príncipe papista”.

301 Lasalle Ruiz. Op. cit., pp. 66 a 69.

1.4 *BILL OF RIGHTS*

La historia constitucional inglesa transita por los caminos de las guerras civiles y religiosas para arribar a una Revolución Gloriosa (1688-1689), sin derramamiento de sangre en el campo de batalla o en el cadalso para deponer al Rey y adoptar un *Bill of Rights*, previa aceptación por los que asumían el trono de Inglaterra, Guillermo de Orange y su esposa María II Estuardo, protestantes (hija de Jacobo II Estuardo), tras una alianza entre los Whigs y los Tories.

En efecto, como se dijo anteriormente, se realizó una alianza de los Whigs y los Tories quienes convocarían un Gobierno Provisional, para lo cual invitaron a representantes de los condados para establecer una Convención que se transformaría posteriormente en Parlamento (la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes); para llenar el vacío de poder que dejó el Rey Jacobo II, la Convención expidió la “Declaración de la vacante del trono”³⁰². La Cámara de los Comunes, los días 28 y 29 de enero de 1689, dictó dos resoluciones en las que se dispone que el Rey Jacobo II abdicó al trono por haber “intentado subvertir la Constitución del Reino”³⁰³. Al parecer, esta es la primera vez que se utiliza el vocablo *Constitución*.

La Convención el 13 de febrero de 1688 aprobó el *Bill of Rights* titulado “Ley para declarar los derechos y libertades de los súbditos y establecer la sucesión de la Corona. “La Convención

302 “Que el Rey Jacobo II ha tratado de subvertir la Constitución del Reino rompiendo el contrato originario entre el Rey y el pueblo, y que (...) ha violado las leyes fundamentales y se ha marchado fuera del reino, abdicando del Gobierno y dejando, por tanto, vacante el trono”. Se vislumbran las ideas del contrato social para preservar los derechos naturales a la libertad, igualdad, vida y propiedad privada cuando sus titulares –los hombres– entraran en la sociedad política (el Estado), como un aporte de John Locke (1632-1704) con su obra *Dos tratados sobre el gobierno civil* que se publicó en 1690; estos aportes se verán reflejados en la independencia de las colonias inglesas en Norteamérica.

303 Cfr. Jaramillo Pérez y otros. Op. cit., p. 35.

ofreció la corona a Guillermo y María, que ellos aceptaron con lo cual se cumplió con la Revolución Gloriosa de 1688. La Convención se convirtió en Parlamento el 24 de febrero de 1689 y el 16 de diciembre de 1689 volvió a ratificar la Declaración de derechos³⁰⁴. Guillermo y su esposa María, el 13 de febrero de 1689, juraron cumplir el *Bill of Rights* ante el Parlamento.

La Declaración contiene dos partes: un preámbulo para cuestionar las arbitrariedades del Rey Jacobo II, relacionadas con abusos judiciales y persecución religiosa (i), y doce apartes que reafirman derechos civiles y la incipiente libertad política, con el fin de restar las prerrogativas del Rey y restablecer y consolidar el poder político del Parlamento con primacía del *common law* (ii), como signo del triunfo de la ideología liberal burguesa.

El texto expresa lo siguiente:

“Considerando que los lores espirituales y temporales y los comunes, reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo³⁰⁵ de este reino (...), presentaron a sus Majestades Guillermo y María, príncipe y princesa de Orange, y estando ellos presentes, una cierta Declaración escrita hecha por los dichos lores y comunes en los siguientes términos:

”Considerando que el último Rey, Jacobo Segundo, con la ayuda de diversos consejeros judiciales y ministros maliciosos empleados por él, pretendió subvertir y extirpar la religión protestante y las leyes y libertades de este reino.

”Encarcelando y persiguiendo a varios prelados ilustres por pedir humildemente ser excusados de unirse a los susodichos asumidos poderes.

304 Sutherland, Artur E. Op. cit., p. 119.

305 El pueblo inglés está *representado* políticamente por los lores espirituales y temporales, y los comunes.

”Forzando a varios súbditos leales a desarmarse siendo protestantes, cuando al mismo tiempo los papistas estaban armados y utilizaban sus armas de modo contrario a la ley.

”Violando la libertad de elección de los miembros para servir en el Parlamento.

”Procesando en el Tribunal Supremo Real por cuestiones y causas que sólo el Parlamento puede conocer, y por varios otros procedimientos arbitrarios e ilegales.

”Y considerando que en los últimos años personas parciales, corrompidas o incompetentes han sido elegidas y sirvieron de jurados en procesos, y particularmente varios jurados en procesos de alta traición, que no eran libres propietarios.

”Y se han exigido fianzas excesivas a personas encarceladas por asuntos criminales, eludiendo así el beneficio legal hecho para la libertad de los súbditos.

”E imponiendo multas excesivas.

”E infligiendo penas ilegales y crueles.

”Y haciendo diversas concesiones y promesas de multas y confiscaciones antes de ningún fallo condenatorio o juicio contra las personas sobre las que las mismas iban a recaer.

”Todo lo cual es absoluta y directamente contrario a las leyes y estatutos conocidos y a la libertad de este reino.

”Y considerando que, habiendo abdicado el antedicho Rey Jacobo Segundo, quedando de ese modo vacante el trono, Su Alteza el Príncipe de Orange, de quien Dios Omnipotente ha gustado hacer el glorioso instrumento para librar este reino del papismo y el poder arbitrario (...).

”(...) Y por consiguiente, los dichos lores espirituales y temporales y los comunes, de acuerdo con sus

respectivas cartas y elecciones, estando ahora reunidos en representación libre y completa de la nación, (...) declaran en primer lugar:

”Que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de las leyes sin consentimiento del Parlamento es ilegal.

”Que el pretendido poder de la autoridad real de dispensar de las leyes o la ejecución de las leyes, en la forma que ha sido usurpado y ejercido recientemente, es ilegal.

”Que la comisión para establecer la reciente Corte de comisionados para procesos eclesiásticos y todas las otras comisiones y tribunales de naturaleza análoga son ilegales y perniciosas.

”Que la exacción de tributos en dinero para el uso de la Corona bajo pretexto de prerrogativa, sin permiso del Parlamento, por más tiempo o de otra manera que como es o puede ser permitido en el futuro, es ilegal.

”Que es derecho de los súbditos dirigir peticiones al Rey, y todo encarcelamiento y procesamiento basado en tal petición es ilegal.

”Que los súbditos protestantes pueden tener armas para su defensa, de acuerdo con su condición y según es permitido por la ley.

”Que la elección de los miembros del Parlamento debe ser libre.

”Que la libertad de expresión y debate o actuación en el Parlamento no debe ser denunciada o cuestionada en ningún tribunal o lugar fuera del Parlamento.

”Que no deben ser exigidas fianzas excesivas, ni impuestas multas excesivas, ni infligidas penas crueles o anormales.

”Que la lista de los jurados elegidos debe ser debidamente obtenida y notificada, que los jurados que dictaminen sobre hombres en procesos de alta traición deben ser propietarios libres.

”Que todas las concesiones y promesas de multas y confiscaciones de personas particulares hechas antes de algún fallo condenatorio son ilegales y nulas.

”Y que para reparar todos los agravios y para reformar, fortalecer y proteger las laws los Parlamentos habrán de convocarse frecuentemente”.

De la Declaración se destacan los siguientes aportes políticos y jurídicos:

La representación política de la burguesía liberal en el Parlamento será el fundamento político del sistema parlamentarista que se establecería para siempre con la revolución.

“Las primeras formulaciones del principio de legalidad pueden remontarse al Acta de Derechos inglesa de 1689”³⁰⁶. Esta sería la base constitucional del principio de legalidad penal, y el principio de legalidad tributaria: sólo por ley formalmente expedida por el Parlamento se podría crear delitos y penas, establecer tribunales independientes e imparciales y decretar impuestos (*no taxation without representation*):

“Reclaman, piden e insisten en todas y cada una de las peticiones hechas, por ser sus indudables derechos y libertades, y solicitan que las declaraciones, juicios, actos o

306 “Que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de las leyes sin consentimiento del Parlamento es ilegal”. Cfr. Biblino Campos Paloma, *Retos a la libertad y Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 161.

procedimientos, que han sido enumerados y realizados en perjuicio del pueblo, no puedan, en lo sucesivo, servir de precedente o ejemplo (...).

”El *Bill of Rights* es un auténtico contrato entre el Rey y el Parlamento, que asume el rol de intérprete de la voluntad de la nación, en virtud del cual el Rey lo es por voluntad del Parlamento. El *Bill* articula las condiciones en las que el poder del rey debe ser ejercido. Desde este punto de vista, el sentido de la Declaración es ciertamente innovador.

”Pero, en realidad, el contenido del documento es más bien conservador (...), se reivindican todos los derechos violados por los monarcas Estuardo durante más de un siglo y se establecen los límites del poder del rey con el fin de evitar incertidumbres y conflictos futuros. En definitiva, se establecen las reglas del ejercicio del poder por parte del Rey y las relaciones del equilibrio entre el monarca y el Parlamento.

”(...). En definitiva, la tabla de derechos del *Bill of Rights* se puede resumir en algunos puntos básicos, como el sometimiento del Rey a la ley, la seguridad del individuo en su persona y en sus bienes, las garantías procesales y algunas dimensiones de la libertad política”³⁰⁷.

Se observa que un conjunto de normas estaba destinadas a limitar el ejercicio del poder del Rey, separando sus precarias competencias de las competencias del Parlamento, primando éstas sobre aquellas. En cuanto a la libertad política, se resalta que la libre elección a la Cámara de los Comunes del Parlamento abriría las puertas a la burguesía liberal, para el ejercicio de la representación política, conquistando escaños que la aristocracia

307 De Páramo Argüelles, Juan Ramón y Ansuátegui Roig, Francisco Javier. *Los derechos en la Revolución Inglesa*. Op. cit., pp. 788 y 789.

terrateniente había monopolizado apoyada por la monarquía conservadora feudal, aclarando que no se trataba de elecciones con sufragio universal³⁰⁸. Se estableció la convocatoria periódica y regularidad de las sesiones ordinarias del Parlamento y se crearon la inmunidad e inviolabilidad parlamentarias³⁰⁹, a fin de frenar las persecuciones penales del Rey, y se reconoció la libertad de expresión política de los parlamentarios, con el fin de garantizar en ejercicio de las funciones parlamentaria. De esta forma se garantizaría la permanencia, estabilidad e independencia políticas del Parlamento para el ejercicio de sus funciones legislativas. Sería este el embrión de los derechos políticos que se reconocerán a los ciudadanos en Norteamérica un siglo después, aproximadamente, con la elección de gobiernos democráticos en asambleas populares; también el “derecho de petición se convertirá en el pilar de la democracia, entendido como el elemento disuasor para que ni la Corona ni el Parlamento rompan las reglas del juego establecidas en el contrato social”³¹⁰.

Obsérvese que el *Bill of Rights* reitera la protección judicial —contenida en el artículo 39 de la Carta Magna³¹¹—, de los derechos a la libertad personal y la propiedad privada con una gran diferencia: en la Carta, el sujeto activo eran los “hombres libres” en cuanto pertenecía a los estamentos, y en el *Bill* todos los individuos ingleses.

La Revolución Gloriosa sometió a la tradicional monarquía y a sus aliados (la Iglesia Católica) a la supremacía

308 La democratización del sufragio fue lenta en Inglaterra; en 1832 una ley de reforma electoral amplió el acceso a la Cámara de los Comunes de comerciantes y artesanos, nueva burguesía industrial (época de la Revolución Industrial), y sólo hasta 1918 se otorgó el sufragio universal para hombres y mujeres.

309 Se verá adelante en los artículos de la Confederación y Unión perpetua en Norteamérica (artículo V) el establecimiento de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias, con el objeto de proteger a los miembros del Congreso.

310 Carbonell. Op. cit., p. 53.

311 Se trata del derecho al debido proceso.

del *common law*, bajo el poder del Parlamento. La Declaración de Derechos significó el triunfo de la burguesía liberal (los burgueses protestantes pertenecientes al partido Whigs) sobre la concepción conservadora (los Tories católicos) y pretensiones absolutistas del Rey; establecimiento de la supremacía del Parlamento sobre el Rey, es decir, el Rey se sometía a la ley que sólo el Parlamento podría derogar y los jueces independientes e inamovibles les correspondía interpretar y aplicar para resolver los casos aplicando el *common law*; significando con ello la supremacía del *common law* frente a la prerrogativa del Rey. De esta forma se estableció la separación de poderes: el poder legislativo (el Parlamento), el poder ejecutivo (el Rey) y el poder judicial (los tribunales, los jueces y los jurados del *common law*)³¹²; la teoría del derecho divino de los reyes resultó sepultada por la teoría del contrato social con los aportes del principio político de que el poder tiene como fundamento el consentimiento del pueblo en las elección de sus gobernantes y la positivización de los derechos naturales en las Cartas y en las Declaraciones de derechos. Todo ello se logró en un gran consenso de Tories con Whigs por las libertades de Inglaterra:

“El Ordenamiento de la Revolución fue nada menos, en primer lugar y, sobre todo, el restablecimiento del imperio de la ley. Por lo tanto, la ley solo podía ser reformada mediante decretos aprobados por las dos Cámaras con el consentimiento del rey. Y la interpretación de la ley quedaba confiada a tribunales libertados por la Revolución de toda interferencia gubernamental, según el nuevo principio de la inamovilidad de los jueces. Sólo dos nuevos principios de alguna importancia fueron reconocidos en 1689. Uno era que la Corona no podía destituir a los jueces; el otro, que los disidentes protestantes gozarían de tolerancia para su culto”³¹³.

312 Otro de los aportes de John Locke con su obra *Dos tratados sobre el gobierno civil* se refirió al principio de la separación de los poderes.

313 Trevelyan, Macaulay. Op. cit., p. 104.

Finalmente, los dos partidos políticos, whigs y tories representados en las dos Cámaras estuvieron de acuerdo con la siguiente conclusión:

“Que por experiencia se ha visto no convenir a este reino protestante ser gobernado por un príncipe papista.

”Este principio fue recogido en una ley: ningún católico romano o persona casada con católico romano puede llevar la Corona”³¹⁴.

El *Bill of Rights* estableció las bases constitucionales para la expedición de las siguientes leyes:

- a. La *Mutiny Act* de 1689 establece el principio de que los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares.
- b. La *Toleration Act* de 1689, que garantiza la libertad de culto de los protestantes disidentes.
- c. La *Trial of Treasons Act* de 1696, que tipifica concretamente el delito de traición, frente a los excesos cometidos por Carlos II y Jacobo II, además de exigir la declaración de dos testigos legales. El acusado tiene derecho, también, de ser representado por un abogado y aportar testigos.
- d. El *Act of Settlement*, de 1701, define las condiciones de ejercicio de los poderes reales, determina el orden de sucesión al trono y fija la estabilidad y la independencia de los magistrados³¹⁵.

En síntesis, en Inglaterra se consolidó el primer sistema político con una monarquía constitucional parlamentaria, siendo el Parlamento el único órgano legislativo (la denominada soberanía parlamentaria) que abolió las prerrogativas legislativas del Rey; la independencia de los tribunales y jueces e

314 Trevelyan, Macaulay. Op. cit., p. 114.

315 Peces-Barba. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Op. cit., pp. 92 y 93.

independencia en la selección de los miembros del jurado para los juzgamientos penales; el reconocimiento de algunos derechos civiles, entre otros, el *due process of law* (el debido proceso legal), el principio de legalidad penal; “el derecho a no perder la libertad por la fijación de una fianza en exceso elevada; el derecho a no sufrir un «castigo cruel o inusual»”³¹⁶; el principio de legalidad tributario (*no taxation without representation*); la tolerancia religiosa que abrió el camino a las libertades espirituales: libertades de conciencia, de culto y religiosa, para lo cual se estableció una política anticatolicismo. “De libertades en sentido exclusivo y estamental en régimen de derecho privado, pasan a ser libertades generales en el plano del derecho público”³¹⁷.

El derecho constitucional inglés se configuró como un derecho consuetudinario (*Common Law*), exceptuando la formulación/positivización en las Cartas Políticas y las Declaraciones de derechos (Carta Magna, *Petition of Rights*, *Bill of Rights*) que en documentos consta como frutos de la historia constitucional de Inglaterra que confluyen en la formación de lo que más tarde se llamaría el Estado de derecho³¹⁸; iluminado todo por una luz libertaria que se proyectará hacia el siglo XVIII en las colonias inglesas en Norte América.

316 Robertson, Geoffrey. *Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global*. Madrid: Edit. Siglo XXI, 2008, p. 8.

317 Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 116.

318 Advertimos que la expresión Estado de derecho la acuñaría en 1832 el autor alemán Robert Von Mohl. No obstante, utilizamos la expresión *Estado de derecho* porque, en nuestro concepto, el poder del Parlamento, el poder del Rey y los jueces quedan sometido al *Common Law*.

1.5 EL PODER SOMETIDO AL *COMMON LAW* (EL ESTADO DE DERECHO)

“El sistema de derecho anglosajón, es decir, el régimen jurídico que prevalece en Inglaterra, en sus dominios, dependencias y colonias, se denomina *Common Law*”³¹⁹. Los presupuestos de este sistema son:

“a) el carácter consuetudinario del Derecho, originariamente integrado por *costumbres* y prácticas ancladas en la tradición, y b) la aceptación del precedente judicial (esto es, de la previa decisión de los jueces en casos análogos, convertida en criterio alegable para la resolución de casos posteriores) como forma habitual de producción del Derecho. *Costumbres y precedentes judiciales* integraron así el *Common Law* o Derecho común de los ingleses”³²⁰.

En consecuencia la Corona, el Parlamento y los jueces (el poder) están sometidos a la supremacía del *Common Law*³²¹. Se trata del constitucionalismo consuetudinario construido en el proceso revolucionario inglés, en el que se implanta un Estado constitucional, así el Reino Unido no esté “dotado de una Constitución escrita. No ha sido, pues, necesario recoger en un único documento los límites impuestos al poder político”³²².

El constitucionalismo consuetudinario inglés, con sus Cartas Políticas y Declaraciones, en especial el Hábeas Corpus y el *Bill of Rights*, influyó en la Declaración de Independencia de

319 Rabasa. Op. cit., p. 25.

320 Garrarena Morales, Ángel. *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 53.

321 Jaramillo Pérez, Juan Fernando; García Villegas, Mauricio; Rodríguez Villabona, Andrés Abel y Uprimny Yepes, Rodrigo, *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2018, p.164.

322 Biblino Campos. Op. cit., p. 36.

las colonias inglesas en Norte América y en las Declaraciones de Derechos que luego se expidieron en las trece colonias, como también en las Primeras Diez Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. “Por extraño que parezca, la idea de una Constitución escrita viene del país del derecho constitucional consuetudinario: de Inglaterra”³²³.

“De esta manera se produjo la Revolución Gloriosa, uno de los eventos centrales en el surgimiento del constitucionalismo moderno”³²⁴. Así terminamos esta breve historia constitucional de Inglaterra con el aporte de algunos derechos civiles y la consolidación del proceso de formación del Parlamento.

2. LA REVOLUCIÓN DE LAS COLONIAS INGLESA DE AMÉRICA DEL NORTE

Nos ubicamos en el siglo XVIII, en América del Norte, en el periodo de la conformación de las trece colonias norteamericanas entre 1607 y 1732³²⁵; “cada colonia tenía su propio gobierno colonial de acuerdo con su propia Carta fundamental concedida por la Corona; el gobernador de la colonia era designado por la Corona, y los miembros de la legislatura eran elegidos por voto popular”³²⁶; concretamente

323 Jellinek, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Estudios preliminares de Adolfo Posada y Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 52.

324 Jaramillo Pérez. Op. cit., p. 162.

325 Nueva Hampshire, Massachusetts, Connecticut, Rhode Island, Nueva York, Nueva Jersey, Delaware, Pennsylvania, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina Sur y Georgia. Las Colonias del sur explotadas con plantaciones de tabaco y algodón con mano de obra esclava. Las Colonias del norte explotadas con ganadería y cultivos agrícolas con una burguesía puritana.

326 Barker, Robert S. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*. Cochabamba, Bolivia: Grupo Editorial Okipus, 2007, p. 9.

dichas Cartas se denominaron Cartas de Compañía³²⁷. Dichas “Cartas reales además de cláusulas de explotación o comercio, tenían normas de derecho público que adoptaban el aspecto de las ya conocidas *leyes fundamentales*”³²⁸. Cartas por medio de las cuales “la Corona les fijaba por escrito un estatuto colonial para su gobierno”³²⁹.

La mayoría de los colonizadores eran de origen inglés (campesinos despojados de su tierra, artesanos arruinados, con creencias religiosas puritanas y políticamente proclives a la teoría del pacto o contrato social y conscientes de ser titulares de unos derechos naturales) que huyeron de las persecuciones religiosas y de la confiscación de sus bienes y contribuciones económicas gravosas del Rey Jacobo I (1603-1625); desarrollo histórico que coincide con la guerra civil (1642-1648) entre el Parlamento y el Rey Carlos I (1625-1649), en Inglaterra. Con un permiso concedido por el Rey Jacobo I Los “Padres Puritanos” -102 personas, la mayoría de Londres - zarparon el 16 de septiembre de 1620 con rumbo a Norte América y se ubicaron a los dos meses aproximadamente en las tierras de la bahía de Massachusetts (Plymouth), “un espacio virgen, sin estructuras ni poderes preestablecidos, lo que la convertiría en un mundo «sin constituir»”³³⁰; escenario propicio para la formación de un nuevo Estado con su Constitución; los colonos puritanos se consideraban el “pueblo elegido por Dios” para ocupar un territorio sin dueño³³¹ y sin imposiciones religiosas de la corona poder explotar la tierra

327 Por medio de las Cartas de Compañía la Corona inglesa les otorgaba a los colonos la concesión para la explotación de las tierras que iban a ocupar y que después se denominaron Cartas Reales, siendo éstos los antecedentes de las Constituciones. Cfr. Garrorena Morales. Op. cit., pp. 39 y 40.

328 Sagués, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires. Edit. Astrea, 2001, p. 15.

329 Garrorena Morales. Op. cit., p. 40.

330 Garrorena Morales. Op. cit., pp. 30 a 32.

331 Es importante aclarar que otros ciudadanos ingleses y de otros países de Europa pertenecientes a distintas religiones (anglicanos, cuáqueros, baptistas, católicos y presbiterianos) también llegaron al territorio de Norteamérica y en su condición de colonos también se instalaron.

para su subsistencia, conformar un gobierno para lo cual habían firmado el denominado Pacto de Mayflower³³² con el fin de hallar la felicidad en una Nueva Inglaterra, entendida como el conjunto de las colonias inglesas de América del Norte. A las pocas semanas del desembarco los Padres Puritanos eligieron como gobernador a John Carver formándose una especie de Estado. No obstante, los colonos se consideraban súbditos obedientes de la monarquía inglesa y fieles al Rey.

En las colonias septentrionales se desarrollaron las construcciones navales y la producción manufacturera; en las colonias meridionales las plantaciones de arroz, tabaco, etc., explotando a los esclavos negros y expropiando a las comunidades indígenas de sus tierras, y luego exterminándolos, y en el oeste se incrementó la agricultura con los granjeros.

La cacería y venta de negros africanos (considerados animales, distinguidos por la marca de sus amos; los amos únicos seres con dignidad) fue un gran negocio³³³ auspiciado “legalmente” por el Parlamento y bendecido por la iglesia de Inglaterra. En estas condiciones se desarrollaron las relaciones de producción pre-capitalista con mayor auge en Europa, ya que por esta época existían rezagos feudales.

Como se examinará con la Revolución Norteamericana los colonos se liberaron de la monárquica inglesa y se inició –en la edad contemporánea–, el proceso de formación del Estado

332 El texto es un Pacto, y en resumen expresa: “En el nombre de Dios, amén. Nosotros (...) leales súbditos de nuestro soberano Rey Jacobo; habiendo emprendido un viaje para plantar la primera colonia de Virginia, por el presente instrumento solemne *ante Dios pactamos en un cuerpo político civil*, para nuestro mejor ordenamiento y preservación y para la prosperidad de los fines antedichos; y en virtud de él, para dictar leyes, ordenanzas, actas, constituciones y dignidades que se consideren más adecuadas y convenientes para el bien general de la Colonia; a las cuales prometemos toda la debida sumisión y obediencia. En fe de lo cual firmamos este documento en el cabo Cod, lo que hoy se conoce con el nombre de Provincetown. (...)”. Noviembre 11 del año 1620. En efecto, firmaron 41 padres de familia.

333 Entre 1780 y 1790 la exportación y venta de esclavos ascendió a 88.600.

constitucional y, por ende, del constitucionalismo liberal (también llamado constitucionalismo moderno o clásico, siglos XVI al XVIII), con las Declaraciones de Derechos y luego su incorporación a las Constituciones, para limitar el poder. Inicialmente se denominaron *Fundamental Constitutions*; dos de ellas son: *Fundamental Constitutions of Carolina* de 1669, y *Fundamental Constitutions for the Province of East New Jersey in America* de 1683³³⁴. Al parecer, esta es la primera vez que se utiliza la palabra Constitución.

Por el momento nos ubicaremos en el período de la independencia (1775-1783):

“Antes de la independencia de Norteamérica la política británica estaba dirigida a frenar el desarrollo industrial de Nueva Inglaterra. Los ingleses querían mantener los territorios del norte como fuente de aprovisionamiento y mercado de sus productos manufacturados (...). Los elementos que determinaron el espíritu de lucha entre los colonos norteamericanos fueron: la tierra, el trabajo, el capital y la capacidad de organización”³³⁵.

En efecto, por el año de 1765 la Corona inglesa estableció para las colonias en América el impuesto de timbre. “El 7 de octubre de 1765 delegados de nueve colonias se reunieron en Nueva York en lo que se llamó el «Congreso de la Ley del Timbre», el cual aprobó la Declaración de Derechos y Agravios”³³⁶, por medio de la Resolución del Congreso de la Ley del Timbre del 19 de octubre de 1765³³⁷. Además, el Parlamento inglés dictó la ley

334 Jaramillo Pérez y otros. Op. cit., pp. 35 y 36.

335 Vetencour y Guardia. Op. cit., pp. 309 y 320.

336 Sutherland. Op. cit., p. 170.

337 Artículo II: “Que los leales súbditos (...) merecen gozar de todos los derechos y libertades propios de sus súbditos nacidos dentro del reino de la Gran Bretaña”. Artículo III: “Que es imprescindible para la libertad de un pueblo (...) que no se le impongan impuestos sino con su propio consentimiento”. Artículo VII: “Que el juicio por jurados es derecho propio e inestimable de todo súbdito británico en estas colonias”.

del impuesto sobre el Té, generando una rebelión promovida por granjeros, comerciantes, burgueses y obreros, haciéndose llamar los “*Hijos de la Libertad*”, cuyo objetivo era no pagar los tributos, con el argumento de que carecían de representación en el Parlamento de Inglaterra, considerándose ciudadanos de origen inglés.

En Boston, en 1773, un detonante que agilizó el proceso de independencia fue el motín del té. Un grupo de jóvenes disfrazados de indios Mohawk atacó tres barcos ingleses que portaban cargamentos de té de la Compañía de Indias Orientales que iba a ser desembarcado y lo arrojaron al mar. La Corona inglesa, en cabeza del Rey Jorge III, reaccionó ordenando el cierre del puerto, exigió una indemnización, prohibió la realización de asambleas coloniales y envió tropas; comportamientos de los ingleses que generaron violaciones a los derechos de los colonos, quienes indignados reclaman a Inglaterra, para lo cual se organizó un Congreso Provincial que convocó a un Congreso Continental en Filadelfia con la participación de todas las colonias.

2.1 BUSCANDO LA LIBERTAD

Los colonos se organizaron política y jurídicamente convocando dos Congresos Continentales, con la finalidad “de lograr una unión política de las colonias y esa unión va de la mano de la exaltación de los derechos”³³⁸ contenidos en los siguientes instrumentos³³⁹, inspirados en el pensamiento político

338 De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Francisco Javier y Dorado Porras, Javier. “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. II. Siglo XVIII. Vol. II. Madrid: Edit. Dykinson, 2001, p. 55.

339 Los instrumentos norteamericanos se clasifican en dos clases: las Declaraciones de derechos que se originaron en cada colonia que preceden a una Constitución, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), en los cuales “se había ya avanzado en forma considerable en materia de derechos”. Los instrumentos intercoloniales que se citan arriba, con una evolución lenta en materia de derechos. Cfr. De Asís Roig, Ansuátegui Roig y Dorado Porras. *Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución*. Op. cit., p. 66.

de los Whigs y en la impronta religiosa del puritanismo inglés. En efecto, en el Segundo Congreso Continental se adoptaron la Declaración de Independencia (1776) y los Artículos de la Confederación y Perpetua Unión entre los Estados (1777); finalmente se convocó una Convención Constituyente y se aprobó la Constitución de Filadelfia (1787).

2.1.1 PRIMER CONGRESO CONTINENTAL

En efecto, en Filadelfia, en 1774 se convocó ilegalmente el Primer Congreso Continental (septiembre 5-octubre 26), con representación de doce de las trece colonias, a excepción de Georgia. El Congreso constaba de una sola Cámara, en la cual cada colonia contaba con un voto. Entre otros personajes, figuraban GEORGE WASHINGTON, JOHN y SAMUEL ADAMS, ROGER SHERMAN, PATRICK HENRY y RICHARD E. LEE. Se estableció una Asociación Continental que tenía por finalidad no importar mercancías y productos ingleses. El 14 de octubre de 1774 se adoptó en la Asamblea una Declaración de Derechos Norteamericanos³⁴⁰. El Congreso además acordó la desobediencia ante la Corona, hasta tanto admitiera la representación de los colonos en el Parlamento inglés, con el objeto de votar las leyes que establecieran impuestos; mientras tanto obedecerían a las asambleas coloniales, para lo cual formularon un memorial de agravios al Parlamento inglés, el cual fue rechazado a comienzos de 1775, por lo cual las colonias convocarían a un segundo Congreso.

A partir de estos sucesos se van dando las condiciones en este escenario de un proceso constituyente que lenta y progresivamente se va configurando en un contexto con conflictos económicos, políticos y sociales que direccionan la

340 “Los colonos tienen derecho a la vida, libertad y posesión de bienes y (...) nunca han cedido a poder soberano alguno el derecho a disponer de cualquiera de ellas sin su propio consentimiento”. Esta última parte se relaciona con el llamado Principio de Legalidad Tributario *—no taxation without representation—*.

lucha por la liberación de las colonias del poder de la Corona y el Parlamento ingleses con el fin de formar “una unión más perfecta” entre las colonias.

2.1.2 SEGUNDO CONGRESO CONTINENTAL

En efecto, las citadas propuestas no fueron aceptadas por la Corona inglesa, por lo cual algunas colonias aprobaron unas Declaraciones defendiendo su independencia de la Corona. Se convocó el Segundo Congreso Continental en Filadelfia, el 10 de mayo de 1775, con el objeto de presentarle una Petición al Rey Jorge III, exigiéndole la protección de los derechos de los colonos ante los abusos del Parlamento y, además, para constituirse como órgano de gobierno de la insurrección; así mismo facultar a las asambleas coloniales para que se organizaran con gobiernos propios expidiendo sus Constituciones, en reemplazo de las cartas coloniales. El Rey rechazó la petición y, en consecuencia, el Congreso constituyó un ejército y el 6 de julio de 1775 aprobó la “Declaración de levantamiento en armas”, y se designó a WASHINGTON como comandante de los ejércitos revolucionarios, y se declaró la guerra de independencia a Inglaterra que se extendió de 1775 a 1783, con unos ideales políticos precisos: el reconocimiento y protección de los derechos naturales, el pacto o contrato social como base de una nueva organización político/jurídica y el derecho de resistencia a la opresión cuando el gobernante ejerza el poder en contra de los intereses del pueblo. Estos ideales políticos son producto de la influencia de la teoría del contrato social de JOHN LOCKE. “De la resistencia armada contra la política seguida por Inglaterra en materia de tributación nace la guerra de independencia norteamericana (1775 a 1783)”³⁴¹.

341 Stadtmüller, George. *Pensamiento jurídico e imperialismo en la historia de Estados Unidos de Norteamérica*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Imprenta del Consejo Nacional, 1962, p. 15.

En el Congreso Continental, el 7 de junio de 1776, el liberal RICHARD HENRY LEE presentó tres formales propuestas: la independencia de las colonias, la preparación de las alianzas exteriores y el plan de confederación entre las mismas, propuestas que ampliaron el camino que desembocaría en la independencia; se designó una comisión encargada de redactar los Artículos de Confederación y Unión Perpetua (es considerada como la primera Constitución, según la doctrina³⁴²), que se aprobaría el 15 de noviembre de 1777 y que adelante se expondrá.

“La acepción política de la voz Constitución se encuentra en la invitación que el II Congreso Continental Americano dirigió a las colonias, que se habían declarado independientes el 4 de julio de 1776, para que adoptasen «el gobierno que mejor conduzca la opinión de los representantes del pueblo, a la felicidad y seguridad de los electores (*constituens*)»”³⁴³. Por ello cada colonia transformada en Estado aprobó su Constitución.

“La Constitución de los Estados Unidos, entre 1774 y 1781, fue lo que el Congreso Continental quiso que fuera”³⁴⁴, en el marco de un silencioso, lento y progresivo proceso Constituyente para la formación de un nuevo Estado con una gran Constitución.

Mientras que en Filadelfia el Segundo Congreso Continental continuaba para constituir el nuevo Estado, en Virginia se avanzaba en la redacción del documento más importante en la historia constitucional norteamericana, en materia de la positivización de los derechos naturales: la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, pensando además en la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

342 Barker. Op. cit., p. 67.

343 Blanco Valdés, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, p. I.

344 Sutherland. Op. cit., p. 178.

El Congreso Continental será reemplazado por el Congreso de los Estados Unidos que se establecería con la Constitución de 1789, uno de los tres órganos del poder.

2.2 DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL BUEN PUEBLO DE VIRGINIA

En Williamsburg, entre el 6 de mayo y el 29 de junio de 1776 se reunió democráticamente una Convención y votó la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, el 12 de junio de 1776, con la inspiración y redacción de GEORGE MASON.

De la Declaración de Virginia transcribiremos disposiciones de trascendental importancia que reconocen los Derechos Civiles y Políticos de claro contenido individualista, a saber:

“Hecha por los *Representantes* del buen pueblo³⁴⁵ de Virginia, reunidos en plena y libre Convención; derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad³⁴⁶, como base y fundamento del gobierno.

”I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad³⁴⁷, no pueden, por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.

345 Se resalta el origen democrático que tiene la Declaración al ser expedida por una Convención *representativa* del pueblo de Virginia, de carácter electiva.

346 Se trata de los derechos para la generación presente y la futura.

347 Se vislumbran las ideas del contrato social para preservar los derechos naturales a la libertad, igualdad, vida y propiedad cuando sus titulares —los hombres— entraran en la sociedad política (el Estado), como un aporte de John Locke, con su obra *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1690).

”II. Que todo poder es inherente al pueblo y, en consecuencia, procede de él; que los magistrados son sus mandatarios y servidores, y en todo tiempo responsables ante él.

”III. Que el gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad: que, de todas las formas y modos de gobierno, es el mejor, (...) y que cuando un Gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público.

”IV. Que ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a percibir de la comunidad emolumentos o privilegios exclusivos o especiales, sino sólo en consideración a servicios públicos prestados; los cuales, no pudiendo transmitirse, hacen que tampoco sean hereditarios los cargos de magistrado, legislador o juez.

”V. Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y distintos, y que a sus miembros se les puede impedir la opresión, haciéndoles sentir las cargas del pueblo y participar en ellas (...); proveyéndose las vacantes por elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las cuales todos o parte de los anteriores miembros sean reelegibles o no, según lo que las leyes ordenen.

”VI. Que todas las elecciones deben ser libres, y que todos los hombres que ofrezcan garantía suficiente de un interés común permanente y de amor a la comunidad tienen *derecho de sufragio*; y que no pueden ser gravados en su propiedad ni privados de ella por utilidad pública sin su consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni obligados por ninguna ley para el bien público, a la cual no hubieran dado por tal manera su asentimiento.

”VII. Que todo poder de suspender las leyes o su ejecución por cualquier autoridad sin el consentimiento de los

representantes del pueblo, es contrario a sus derechos y no debe ser ejercido”.

“VIII. Que en toda persecución criminal el hombre tiene derecho a averiguar la causa y naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce vecinos, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable; que no puede ser compelido a declarar contra sí propio; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares.

”IX. Que no deben exigirse fianzas excesivas, ni imponerse multas excesivas, ni castigos crueles y desusados.

”X. Que los mandamientos generales, en virtud de los cuales un funcionario o agente sea requerido para realizar registros en lugares sospechosos sin la prueba del hecho cometido, o para detener a una persona o personas sin identificarlas por sus nombres o cuyo delito no esté particularmente determinado y apoyado en pruebas, son ofensivos y opresivos y no deben ser autorizados.

”XI. Que en litigios relativos a la propiedad y en pleitos entre particulares, el antiguo juicio por jurado de doce hombres es preferible a cualquier otro, y debería considerarse sagrado.

”XII. Que la libertad de la prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y jamás puede ser restringida sino por un gobierno despótico.

”(…). XVI. Que la religión, o los deberes que nosotros tenemos para con nuestro Creador y la manera de cumplirlos, sólo pueden ser dirigidos por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por consiguiente, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia, y que es un deber de todos practicar entre sí la resignación, el amor y la caridad cristianos”.

Según CARBONELL, las precitadas disposiciones “se refieren más al sentido y los límites del poder público que a derechos fundamentales”³⁴⁸, a excepción de los *derechos políticos* reconocidos en las cláusulas V y VI que adelante explicaremos.

La anterior Declaración es la primera en reconocer los *derechos políticos* a los varones de raza blanca, censados como propietarios, excluyendo a los negros, esclavos y a las mujeres³⁴⁹. Además, la Declaración se inspiró en algunos derechos civiles ingleses, ampliando su contenido. Veamos.

En las cláusulas V y VI se reconocieron los derechos políticos como espina dorsal de la democracia: aunque la Declaración se refiere a que “todos los hombres tienen *derecho de sufragio*”, entiéndase que el titular de los derechos políticos fueron los *ciudadanos*. Por otra parte, la eliminación de los privilegios feudales para ocupar cargos públicos, los que no podrían heredarse; el derecho al sufragio para que los hombres pudieran elegir, ser elegidos y reelegidos, con fundamento en el principio de la *representación*. Estas cláusulas deben leerse en concordancia con la II, que expresó: “Que todo poder es inherente al pueblo y, en consecuencia, procede de él”; en otras palabras, se consagró la soberanía popular consubstancial con los derechos políticos, pero ese poder político debería estar dividido en tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, siendo elegidos sus miembros —incluyendo a los jueces—, siguiendo en parte las enseñanzas de JHON LOCKE y aún del barón de MONTESQUIEU³⁵⁰. De hecho,

348 Carbonell. Op. cit., p. 56.

349 Observamos que a las mujeres no se les reconocieron los derechos políticos porque no se consideraban ciudadanas. Explicaremos adelante que el derecho al sufragio a las mujeres se reconoció por primera vez en 1869, en el Estado de Wyoming (Estados Unidos), gracias al *Manifiesto de Senecca Falls* de 1848 liderado *Las Sufragistas*.

350 Charles Louis de Secondat, barón de la Brède et de Montesquieu (1689-1755), autor de *El Espíritu de las Leyes*, publicada en Ginebra en 1784; se aclara que sus ideas políticas para esta época ya se conocían en Norteamérica, por la sencilla razón de que se estaba encubando la revolución liberal burguesa contra la monarquía absolutista.

como se expresó, la Declaración tiene vocación democrática y revolucionaria —según su encabezamiento—, en una Convención elegida por los condados; 126 representantes la integraron, quienes el 15 de mayo de 1776 declararon su independencia de Inglaterra y, a su vez, crearon una comisión de 28 miembros que preparó el texto que deliberó y debatió —ejercicio de libertad de expresión— durante diez días, y finalmente votó su aprobación por unanimidad.

Además, la libertad de prensa es la columna vertebral de una sociedad democrática, ya que permite la libre expresión de las ideas, el libre debate, el pluralismo ideológico, y además ejercer control sobre el gobierno elegido popularmente:

“El sufragio estaba unido a la propiedad privada en todos los casos. Por ejemplo, en vísperas de la Revolución, en las zonas rurales de Virginia sólo podían votar los varones que poseyeran 20 hectáreas de terreno si carecían de vivienda, o 10 si contaban con una casa de al menos 3 metros cuadrados”³⁵¹.

Los *derechos civiles* se podrían agrupar en: (i) garantías penales —debido proceso—, y (ii) los demás derechos.

Con fundamento en la soberanía popular, en la cláusula VIII se consagró el *principio de legalidad*, según el cual “ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país”³⁵², es decir, que por mandato de la ley se podría privar de la libertad a las personas. Se reconocieron además el derecho a conocer la causa y la naturaleza de la acusación (los cargos), y el derecho a pedir pruebas como fundamento del derecho a la defensa; se prohibieron la autoincriminación, las multas excesivas

351 Heater, Derek. *Ciudadanía. Una breve historia*. Madrid: Alianza Editorial, 2007, p. 141.

352 El artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se asemejará a la norma de la Declaración de Virginia. Ver *supra*, p. 16.

y los castigos crueles; así mismo, se estableció la institución del jurado popular de doce hombres —escogidos del pueblo—, para el conocimiento, juzgamiento y condena por acusaciones penales por medio de un proceso criminal. En cuanto a las pruebas, la Declaración exige que se demuestre la existencia del delito para proceder a allanar domicilios y para privar de la libertad a las personas, con el fin de proteger la seguridad e intimidad; todos estos son elementos integradores del debido proceso.

El artículo I de la Declaración reconoce los derechos civiles a la libertad e igualdad, como derechos naturales e inherentes a todos los hombres. En las demás cláusulas se reconocieron como derechos civiles la propiedad privada y las libertades espirituales, siendo la tolerancia su fundamento, a fin de evitar las persecuciones religiosas de que fueron víctimas los puritanos en Inglaterra, libertades que se regían por la razón y no por la fuerza o la violencia; métodos característicos de los católicos y anglicanos (ingleses); inspirados en el cristianismo se erigieron en un deber recíproco de todos los hombres: el amor y la *caridad* con el prójimo —en otros términos la *fraternidad*—.

En virtud del principio de la representación política se exigió el consentimiento de los representantes del pueblo para establecer contribuciones (impuestos) y expropiar bienes de propiedad privada a particulares, por medio de un jurado de doce hombres que realizaban el juzgamiento, según la cláusula XI, respetando el debido proceso.

En la misma Convención de Williamsburg, el 28 de junio se aprobó la Constitución de Virginia, precedida de la citada Declaración de derechos civiles y políticos; es la más importante del modelo americano e influyente en las Declaraciones de Derechos de los siguientes Estados con sus respectivas Constituciones: Pennsylvania (1776), Maryland (1776), Delaware (1776), Carolina del Norte y Carolina del Sur (1776), Delaware (1776), Vermont (1777), Massachusetts (1780), New Hampshire (1784). Otras Constituciones no incluyeron las Declaraciones de derechos: Nueva Jersey (1776) y Nueva York (1777). “Rhode Island y Connecticut, que se habían limitado

a modificar “antes de la revolución” sus Cartas coloniales, constituyeron la excepción”³⁵³, “se limitaron a confirmar sus antiguas Cartas democráticas, reemplazando en nombre del Rey por el del pueblo”³⁵⁴. En otras palabras, los citados Estados fueron adoptando dichas Constituciones “antes de su federación final en unos Estados Unidos” que nació con la Constitución que se aprobaría en Filadelfia (1787), estableciendo un sistema político presidencialista y federalista.

Se resalta que “la totalidad de los Estados protegieron, bien en sus Constituciones, bien en sus Declaraciones de derechos, el derecho a la libertad religiosa”³⁵⁵ con el fin de garantizar la tolerancia religiosa:

“Las nuevas Constituciones representan el triunfo del concepto racional normativo de Constitución que ya se vislumbraba en la Declaración; se trata de Constituciones escritas, sistemáticas y codificadas. Todas han sido establecidas por Asambleas Constituyentes y especiales y algunas ratificadas por dos tercios del voto popular”³⁵⁶.

El anterior es el mejor escenario constituyente en un contexto eminentemente revolucionario para lograr la libertad de las colonias y de sus ciudadanos.

353 Cfr. Blanco Valdés, Roberto L. “El constitucionalismo de la revolución liberal: las dos orillas”. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Vol. I. *El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Edit. Dykinson, 2014, pp. 332 y 334.

354 Sánchez Viamonte. Op. cit., p. 97.

355 Celador Angón, Oscar. “Libertades religiosas y revoluciones ilustradas”. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. II. Siglo XVIII. Vol. II. Madrid: Edit. Dykinson, 2001, p. 55.

356 García-Pelayo. Op. cit., p. 333.

2.3 DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA

Como se expresó con anterioridad, el General GEORGE WASHINGTON, comandante del gran ejército revolucionario, fue el gran gestor de la independencia. En efecto, el Segundo Congreso Continental, el 2 de julio de 1776 acordó, con la participación de las colonias, a excepción de Nueva York, declarar la independencia, y el 4 de julio de 1776 se promulgó la Declaración de Independencia de los “Estados Unidos de América”³⁵⁷, con la participación de THOMAS JEFFERSON, JOHN ADAMS, ROGER SHERMAN, ROBERT LIVINGSTON y BENJAMÍN FRANKLIN (precursor de la abolición de la esclavitud), entre otros; todos ellos promotores de la libertad. La Declaración contiene un discurso elogiando el derecho a la libertad inglesa.

De la Declaración de independencia se resalta lo siguiente:

“Cuando, en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto, separado e igual, a que las leyes de la naturaleza, y del Dios de esa naturaleza, le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad le obliga a declarar las causas que lo impulsan a la separación.

”Sostenemos como verdades evidentes que todos los Hombres han sido creados iguales; que a todos confiere su Creador ciertos derechos individuales entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar

357 Barker. Op. cit., p. 10.

sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y su felicidad (...).

“La función del gobierno consiste en preservar estos derechos naturales: si incumple esta misión, los gobernados tienen el derecho de sublevarse”³⁵⁸.

Continúa el texto de la Declaración:

“(...). La historia del actual rey de la Gran Bretaña es una historia de agravios y usurpaciones repetidas, que tienen como mira directa la de establecer una tiranía absoluta en estos Estados (...).

”El Rey se ha negado a aprobar las leyes más favorables y necesarias para el bienestar público.

”(...) Ha entorpecido la administración de justicia al no aprobar las leyes que establecen los poderes judiciales.

”Ha hecho que los jueces dependan solamente de su voluntad, para poder desempeñar sus cargos y en cuanto a la cantidad y pago de sus emolumentos (...).

”Ha influido para que la autoridad militar sea independiente de la civil y superior a ella.

”Se ha asociado con otros para someternos a una jurisdicción extraña a nuestra Constitución y no reconocida por nuestras leyes; aprobando sus actos de pretendida legislación (...).

”Para imponernos impuestos sin nuestro consentimiento.

”Para privarnos, en muchos casos, de los beneficios de un juicio por jurado.

358 Touchard, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Edit. Tecnos, 1961, p. 354.

”Para transportarnos más allá de los mares, con el fin de ser juzgados por supuestos agravios.

”(…) Por tanto, los representantes de los **Estados Unidos de América** convocados en Congreso General, tomando como testigo al Juez Supremo del Universo de la rectitud de nuestras intenciones, en nombre y por la autoridad del buen pueblo de *estas Colonias*, solemnemente hacemos público y *declaramos*: Que *estas Colonias Unidas son, y deben serlo por derecho*, **Estados Libres e Independientes**, que quedan libres de toda lealtad a la Corona Británica (...) y que como Estados libres e independientes, tienen poderes suficientes para declarar la guerra (...).”

“Y, en apoyo de esta declaración, confiando firmemente en la protección de la Divina Providencia, comprometemos mutuamente nuestras vidas, nuestros bienes y nuestro honor sacrosanto”.

Las colonias se declararon como Estados libres e independientes, y por tanto se liberaron del poder del Rey y del poder del Parlamento ingleses, obteniendo su independencia (la *Libertad*) de la Gran Bretaña³⁵⁹.

La Declaración de Independencia contiene las siguientes partes esenciales: a) se responsabiliza a la Corona inglesa por las arbitrariedades cometidas contra las colonias, entre otras, el establecimiento de impuestos sin el consentimiento de los colonos; b) el reconocimiento de los derechos naturales a la vida, la igualdad, la libertad y la búsqueda de la felicidad para todos los hombres. “La Declaración expresa que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que hacen derivar sus justos poderes del consentimiento de los gobernados”³⁶⁰;

359 Mediante dos leyes tituladas *Unión With Scotland Act* (1706 y 1707), se terminó de configurar territorialmente la Gran Bretaña que comprende Inglaterra, Escocia y Gales. Cfr. Jaramillo Pérez y otros. Op. cit., p. 215.

360 Sutherland. Op. cit., p. 179.

c) separación de los poderes y en especial la separación del poder de los jueces del poder del Rey, garantizando su independencia y el establecimiento de los juicios por jurados; d) por eso “en el momento mismo de emanciparse, proclaman los derechos del hombre y la soberanía del pueblo; el acto de la emancipación lo lleva a cabo el pueblo de las colonias; ese acto se confunde e identifica con la construcción de la República democrática”³⁶¹, y e) “la existencia del Estado se fundamenta exclusivamente en el consentimiento de los individuos”³⁶². En síntesis, “las trece colonias americanas convertidas en Estados procedieron a darse de inmediato una Constitución”³⁶³; de esta forma son trece Estados constitucionales, por tanto, libres e independientes de la Corona inglesa:

“Desde el primer momento de su guerra de independencia los colonos americanos invocan derechos naturales y políticos como justificación primera de su actitud”³⁶⁴.

Es importante resaltar que la Declaración de los Derechos de Virginia (12 de junio) y el Acta de la Declaración Independencia (4 de julio) suscritos en 1776 coinciden en señalar que “todos los hombres”³⁶⁵ tienen unos derechos innatos e inalienables antes de entrar a la sociedad política, para lo cual celebran un pacto social; existían esos derechos previamente a la institucionalización del poder político del Estado. Se trata del primer reconocimiento de los derechos naturales con los calificativos de “inalienables” y “absolutos”, aproximándose a la “universalidad”. Se aclara que se excluía a los indígenas,

361 Sánchez Viamonte, Carlos. *El Poder Constituyente*. Buenos Aires: Edit. Bibliográfica Argentina, 1957, p. 339.

362 Jaramillo Pérez y otros. Op. cit., p. 332.

363 Garrorena Morales. Op. cit., p. 32.

364 García de Enterriá, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Edit. Civitas, 2001, p. 67.

365 Se aclara que en la Declaración se hacía una distinción: los *hombres* como titulares de los derechos civiles, y los *ciudadanos* como titulares de los derechos políticos, excluyendo a las mujeres.

a los esclavos negros y a las mujeres, porque “las personas de color no quedaban por tanto incluidas dentro del concepto genérico de «hombres»”³⁶⁶. “Era evidente que la economía, sobre todo en el Sur, estaba basada en el trabajo de los negros. Abolir la institución podría suponer incluso la ruina de muchos propietarios”³⁶⁷, porque los negros se consideraban bienes de propiedad de los hombres blancos.

En efecto, en los precitados instrumentos se destacan los derechos civiles a la igualdad, la vida, la libertad y la felicidad, y como derechos políticos el derecho al sufragio, en el cual se fundamentaría el origen democrático del poder, basado en el consentimiento del pueblo, por medio de elecciones libres y directas (soberanía popular); para mayor garantía de los derechos, el poder se limitaría dividiéndolo en tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial³⁶⁸. Así mismo, se establecerá más tarde el control de constitucionalidad de las leyes³⁶⁹. Se resalta de la Declaración de Independencia que la fuente del poder reside en el pueblo, rechazando el origen teocrático medieval del poder; se menciona como testigo al Juez Supremo del Universo y no se refiere en particular a un Dios y una religión determinada (artículo 16), significando franca y abierta tolerancia a las libertades espirituales: “la libertad religiosa es la madre de todas las libertades”³⁷⁰. Llama la atención que, ante el triunfo de la revolución, la generosidad de los americanos es infinita cuando en la Declaración se refieren a los británicos como “nuestros hermanos”, resaltando y recordándoles la *fraternidad* y el respeto por la tolerancia religiosa.

366 Fernández, Encarnación. *Igualdad y derechos humanos*. Madrid: Edit. Tecnos, 2003, p. 30.

367 Aparisi Miralles. *La Revolución Norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*. Op. cit., p. 322.

368 Persiste la influencia de Montesquieu.

369 Con la sentencia de febrero 24 de 1803 en el caso “Marbury contra Madison” a iniciativa del Juez John Marshall como un aporte del constitucionalismo norteamericano.

370 Matteucci. Op. cit., p. 37.

“Al independizarse de la Corona británica en 1776, las trece colonias se convirtieron en los trece Estados Unidos, y establecieron un Gobierno provisional regulado por los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”³⁷¹, que según Robert Barker es la primera Constitución³⁷².

En conclusión, la Declaración de Independencia es el documento fundacional del constitucionalismo estadounidense³⁷³.

2.4 LOS ARTÍCULOS DE LA CONFEDERACIÓN Y UNIÓN PERPETUA (LA PRIMERA CONSTITUCIÓN)

Estos Artículos “representan una Constitución de carácter provisional y transitorio en la que se recalcaba con mucha insistencia la soberanía de los distintos Estados integrante de la Unión”³⁷⁴, además “porque en la formación de la Unión intervinieron los Estados como entidades constituyentes, en virtud del Pacto de Confederación y perpetua unión entre los Estados”³⁷⁵; en este sentido el Pacto encarnaría el acto constituyente³⁷⁶ que precedería a la Constitución de 1787. Estas disposiciones tenían por objeto darle forma jurídico y político a una unidad de Estados independientes, siendo el Segundo Congreso Continental un órgano único, el cual actuaba por medio de Comités, con el fin de aprobar *Los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua*, el 15 de noviembre de 1777, entre los cuales se resalta lo siguiente:

“Nosotros, los suscritos representantes de los Estados, salud. Considerando que los representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso (...), acordamos

371 Barker, op. cit., p. 67.

372 Barker, op. cit., p. 10.

373 Jaramillo Pérez y otros. Op. cit., p. 330.

374 Stadtmuller, op. cit., p. 17.

375 Sánchez Viamonte. Op. cit., p. 95

376 Cfr. Sánchez Viamonte. Op. cit., p. 440.

establecer artículos de confederación y de Unión Perpetua entre los Estados de Nueva Hampshire (...).

”Artículo 1º. La denominación de esta Confederación será Estados Unidos de América.

”Artículo 2º. Cada Estado conservará su soberanía, libertad e independencia, así como todo poder, jurisdicción y derecho, que no hayan sido expresamente delegados por esta Confederación a los Estados Unidos, reunidos en Congreso.

”Artículo 3º. Esos Estados contraen, por la presente, una alianza firme de amistad recíproca, para su defensa común, la seguridad de sus privilegios y de su bienestar colectivo, asociándose para prestarse ayuda mutua contra cualquier fuerza o ataques que se dirijan en contra de todos, o de uno de ellos, por asuntos de religión, soberanía, comercio o por cualquier otro pretexto.

”Artículo 4º. Con el fin de afianzar y perpetuar mejor la amistad y el intercambio mutuos entre los pueblos de los diferentes Estados de esta Unión, los *ciudadanos* de cada uno de ellos, con excepción de los indigentes, vagabundos y prófugos de la justicia, tendrán derecho a todos los privilegios y libertades de que gozan los *ciudadanos* libres en los diversos Estados (...).

”Amplia fe y crédito deben darse, en cada uno de estos Estados, a las partidas, actas y procedimientos judiciales de los Tribunales y Magistrados de cualquier otro Estado”.

Obsérvese que en Norteamérica comienza a emplearse el vocablo *ciudadano* como titular de derechos políticos. En efecto, “los súbditos británicos se habían metamorfoseado, pues, en ciudadanos estadounidenses”³⁷⁷.

377 Heater. Op. cit., p. 135.

Continuamos con el articulado de la confederación:

“Artículo 5º: (...). La libertad de expresión y de discusión en el Congreso no dará motivo a acusaciones o averiguaciones en ningún Tribunal o lugar fuera del Congreso, y los miembros de éste se hallarán a salvo de arrestos y encarcelamientos durante el tiempo que empleen en dirigirse a él, asistir a sus sesiones y regresar de ellas, excepto que cometan actos de traición, delito grave o perturbación del orden público”³⁷⁸.

El Congreso Continental por medio de los artículos creó una Confederación de Estados de América. “Este Congreso es el único órgano de la Confederación y no estaba dotada de un órgano ejecutivo y sólo embrionariamente poseía una organización judicial. Se trataba de una entidad harto débil”³⁷⁹.

“Trece años de gobierno sin gobierno—1776 a 1789—marcan la iniciación de los Estados Unidos en la vida independiente”³⁸⁰, sin una Constitución para los trece Estados que dejaron de ser colonias. “Durante la mayor parte de la Revolución Americana, el Congreso Continental dirigió el esfuerzo de guerra sin

378 Recordemos que el *Bill of rights* contenía una norma similar para proteger a los miembros del Parlamento inglés. De la disposición norteamericana se infieren dos instituciones que, en su orden comentamos, así: la “*inviolabilidad parlamentaria*”, que significa que los miembros del Congreso Continental no podrían ser perseguidos en ningún Tribunal por sus opiniones o lo que expresaran durante las discusiones en los debates parlamentarios, o por sus votos en el Congreso. La “*inmunidad parlamentaria*” significa que a dichos miembros del Congreso Continental se les protegería su libertad contra detenciones, encarcelamientos arbitrarios e investigaciones penales, cuyos móviles provinieran de persecuciones políticas de la Corona inglesa. Las dos instituciones de origen parlamentario garantizaban la independencia política del Congreso Continental frente a la Corona inglesa.

379 García-Pelayo. Op. cit., p. 334.

380 Cárdenas Nannetti, Jorge. *Los Estados Unidos ayer y hoy*. Bogotá: Edit. Norma, 1998, p. 129.

contar con una estructura formal de Gobierno³⁸¹, por ello se necesitaba una reforma de los Artículos de la Confederación.

El escenario constituyente está más que abonado³⁸² para adelantar una reforma en una Convención Constituyente a los *Artículos de la Confederación y Unión Perpetua*. En efecto, en febrero de 1787 el Congreso Continental convoca una Convención para dicha reforma.

2.5 LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA

Desde el punto de vista de la organización del poder político, a partir de la declaratoria de independencia, los “trece Estados constitucionales decidieron formar una federación”³⁸³. Para ello, “el Congreso, entonces reunido en Nueva York, convocó una Convención de representantes especiales de los Estados para proponer una reforma a los Artículos de la Confederación que fortalecieran el Gobierno nacional”³⁸⁴; por tanto, en Filadelfia, en mayo de 1787, se reunió la Convención Constituyente con la participación de 55 miembros, con el propósito de revisar los Artículos de la Confederación y Unión Perpetua, pero no para expedir una Constitución. Sin embargo, JAMES MADISON propuso un borrador de Constitución que al final sería la base de la Constitución de Filadelfia. En el mes de julio, estando representados doce Estados, se eligió a Washington

381 Morris Richard B. *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*. México: Edit. Libreros Mexicanos Unidos, 1962, p. 48.

382 Importante resaltar el Tratado de Paz de septiembre 3 de 1783, entre la Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norte América, por medio del cual se da por terminada la guerra y la Corona reconoció la independencia de los Estados Unidos con su territorio, el cual cedió en su totalidad. De esta forma ya concurrían los tres elementos constitutivos de un Estado: el territorio, la población y sólo faltaba la organización de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), por medio de una Constitución.

383 Garrorena Morales. Op. cit., p. 32.

384 Barker. Op. cit., p. 68.

como Presidente de la Convención Constituyente, y el 17 de septiembre de 1787 se votó el texto definitivo de la Constitución de Filadelfia, ratificada por las Convenciones Estatales elegidas por el pueblo, entrando en vigencia el 25 de junio de 1788. Constitución que adolecía de una (parte dogmática) Declaración de Derechos³⁸⁵, es decir, que no contenía un *Bill of Rights*:

“La ausencia de una declaración de derechos en la Constitución de los Estados Unidos no se debe a que los constituyentes menospreciaran esos derechos sobre todo al hecho de que no consideraban que fuera necesario enunciarlos en un texto constitucional de carácter federal (...), se entendía que los habitantes de las colonias tenían todos los derechos. Este entendimiento de los derechos tenía como premisa la idea de que a las personas les correspondían una serie de derechos naturales, que no dependían de su enunciación positiva para tener existencia y para que tuvieran que ser respetados”³⁸⁶.

“Según el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, el poder constituyente nacional lo ejerce el pueblo de la Unión como una sola entidad al dictar la Constitución”³⁸⁷. Sin embargo, “el vocablo soberanía no aparece en la Constitución de los Estados Unidos”³⁸⁸.

Algunos Estados de la Unión ratificaron la Constitución con la condición de que se le introdujeran enmiendas, a fin de

385 A manera de información la Constitución hizo referencia a la religión en el **artículo 6º**, cuyo texto expresa: “(...) Los senadores y representantes (...) se obligan mediante juramento o promesa a sostener esta Constitución; pero nunca se exigirán una declaración religiosa como condición para ocupar ningún mandato o empleo público de los Estados Unidos”. Se recordará que los “Padres puritanos” huyeron de Inglaterra por la persecución religiosa de que fueron víctimas por el Rey Jacobo I, y además en algunas de las citadas Constituciones de Norteamérica se establecían cláusulas discriminatorias contra algunas iglesias.

386 Carbonell. Op. cit., p. 168.

387 Sánchez Viamonte. Op. cit., p. 339.

388 Sánchez Viamonte. Op. cit., p. 340.

incluir en su texto un *Bill of Rights*, es decir, una Declaración de Derechos (a iniciativa de George Mason), lo cual se convirtió en un compromiso político implícito hacia el futuro³⁸⁹. En efecto, la Constitución norteamericana nació solo con la parte orgánica de siete artículos, y la cláusula de reforma (Artículo V), con procedimiento rígido, más solemne y exigente que el previsto para el ejercicio de la acción legislativa, el cual servirá para hacer posible lo que su propio establecimiento significa: que la Constitución es superior a la ley y que, precisamente, por serlo, debe ser modificada de forma peculiar³⁹⁰.

Además, la Constitución estableció un sistema federal, una forma de gobierno democrática: la división de los poderes legislativo (el Congreso), ejecutivo (Presidente) y judicial (Corte Suprema de Justicia). Es la primera Constitución escrita, rígida y codificada en la historia constitucional del mundo occidental, y con un breve contenido aún hoy vigente.

Acerca de la Constitución, THOMAS PAINE escribió:

“Una Constitución no es el acto de un gobierno, sino el acto de un pueblo que crea un gobierno: un gobierno sin Constitución es un poder sin derecho (...); una Constitución es anterior a un gobierno: y el gobierno sólo es la criatura de la Constitución”³⁹¹.

“La Declaración de Independencia (1776), los Artículos de la Confederación y Perpetua Unión entre los Estados (1776), y la Constitución Federal (1787) son actos constituyentes sucesivos, mediante los cuales se consagra la unidad

389 Barker. Op. cit., p. 69.

390 Blanco Valdés, Roberto L., *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, p. 106.

391 Paine, Thomas. *Los derechos del hombre*. Buenos Aires: Edit. Aguilar, 1962. Escrita en 1753, fue la obra más importante acerca de los derechos humanos.

nacional, que reconoce al pueblo de los Estados Unidos el carácter de titular definitivo del poder constituyente”³⁹².

La Constitución escrita y rígida, además, se caracterizaba por su supremacía: supremacía *política* y supremacía *jurídica*³⁹³.

2.6 SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN³⁹⁴

El artículo VI.2 de la Constitución estableció la cláusula de la supremacía de la Constitución en los siguientes términos:

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados, *serán la suprema ley* del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado”.

En efecto, “en caso de conflicto entre la Constitución (y los derechos reconocidos en ella) y las normas inferiores, los jueces están obligados a aplicar la primera”³⁹⁵.

392 Sánchez Viamonte. Op. cit., p. 339.

393 “Existirá *supremacía [jurídica]* de la Constitución allí donde sea posible expulsar del ordenamiento o, más sencillamente, inaplicar las normas opuestas a la norma *suprema*. Donde no, realmente lo que se manifestará será la *supremacía de la ley* perfectamente compatible con la superioridad *política* de la Constitución”. Cfr. Blanco Valdés. Op. cit., p. 134 (resaltado fuera del texto).

394 En *El Federalista* (Madison-Hamilton-Jay, N° LXXVIII, p. 332) se hallan los antecedentes del principio de la supremacía de la Constitución, así: “Una Constitución es de hecho una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así mismo como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo, y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria”. (Pritchett Herman, C., *La Constitución Americana*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 195.

395 Biglino Campos. Op. cit., p. 142.

Según GARCÍA DE ENTERRÍA³⁹⁶ la noción de Constitución norteamericana gira en torno a dos ideas: a) “la configura como una norma jurídica y no una declaración de naturaleza política, y como tal vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos, pudiendo ser alegada ante los tribunales que deben aplicarla para resolver los conflictos que se susciten”, y b) “es norma jurídica fundamental. Los poderes públicos son creados por la Constitución y derivan de ella su autoridad, por lo que no pueden contradecirla”³⁹⁷.

BIGLINO CAMPOS afirma que también con esta misma norma se origina el *principio de primacía* del Derecho Federal. La Constitución fue considerada Derecho porque los conflictos entre el orden federal, encabezado por la Constitución, y el sistema jurídico de los Estados miembros se enfocaron, como problemas jurídicos, en que “los jueces se encuentran con dos disposiciones aplicables al mismo caso y con contenido contradictorio [que] aparece como una garantía del sistema federal, pero de naturaleza fundamentalmente normativa”³⁹⁸.

2.7 LA SENTENCIA EN EL CASO *MARBURY VS. MADISON*

“Esta idea de la supremacía de la Constitución, en especial de textos rígidos, determinó el nacimiento del control de constitucionalidad”³⁹⁹, que se materializa con la Sentencia de febrero 24 de 1803 de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. en el caso *Marbury vs. Madison*, redactada por el juez John Marshall, Presidente de la Corte, con los siguientes aportes: “otorga una supremacía normativa a la Constitución y considera al poder judicial como el garante de esa supremacía

396 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

397 Cfr. Biglino Campos. Op. cit., p. 172.

398 *Ibidem*, p. 171.

399 Goig Martínez, Juan Manuel y otros, “La defensa de la Constitución a través de la jurisdicción constitucional. Tribunal Constitucional”, en la obra colectiva *Configuración del Estado Constitucional en España* (coordinador Goig Martínez, Juan Manuel), Editorial Dykinson, Madrid, 2017, p. 88.

frente a los eventuales conflictos con la ley. La Constitución es una norma con fuerza jurídica superior a la ley que se garantiza mediante el control de constitucionalidad de las leyes otorgado a los jueces”⁴⁰⁰. De lo anterior se desprende una premisa: “las Constituciones son normas de superior jerarquía”⁴⁰¹.

En uno de sus apartes la sentencia dice:

“(…) ciertamente, todos aquellos que han elaborado Constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la nación y, consecuentemente, la teoría de cualquier órgano de este tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula”.

Otro aporte del constitucionalismo liberal norteamericano se desprende de las Constituciones (las Declaraciones) de los Estados Federados que, por primera vez, reconocían los derechos políticos a los varones de raza blanca con calidad de ciudadanos censados como propietarios, excluyendo a negros, mujeres⁴⁰² y esclavos, paradójicamente en nombre de la libertad e igualdad; por tanto, los derechos políticos habrán de incluirse en un nuevo *Bill of Rights*:

“Todas las Constituciones preveían, en mayor o menor medida, mecanismos aptos para favorecer la circulación de la clase política, con frecuentes elecciones, con la rotación de los cargos, con la imposibilidad de ser reelegidos tras un período de tiempo. Y todas reconocían la libertad de prensa y la libertad religiosa, aunque se creyese en Dios y en las verdades de la Biblia, estableciendo, incluso, algunas medidas económicas a favor de las iglesias”⁴⁰³.

400 Cfr. Jaramillo Pérez y otros. Op. cit., pp. 372 a 374.

401 *Ibidem*, p. 374.

402 Recordemos que las mujeres no tenían derechos políticos. Como se explicó, el derecho al sufragio a las mujeres se reconoció por primera vez, en 1869, en el Estado de Wyoming (Estados Unidos), gracias al *Manifiesto de Séneca Falls* de 1848, liderado por *Las Sufragistas*.

403 Matteucci. *Organización del poder y libertad*. Op. cit., p. 166.

Como se expuso, las trece colonias que lucharon por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos se transformaron en Estados soberanos, como se expresó, cada uno con su respectiva Constitución precedida de una Declaración de Derechos, técnica conocida como “la constitucionalización de los derechos, o sea, la transformación de estos derechos, en derechos protegidos jurídicamente, es decir, en verdaderos y propios derechos positivos”⁴⁰⁴. Dichas Constituciones siguieron vigentes a la fecha de la aprobación de la gran Constitución sin derechos; ¿Qué había que hacer? Reformar la Constitución de 1787 para reconocer los derechos civiles y políticos, y así establecer la parte dogmática de la Constitución.

Como se explicó, el Artículo V de la Constitución estableció un procedimiento rígido de reforma de la Constitución por medio del Congreso. Siguiendo este procedimiento, se procedió a realizar las diez enmiendas a la Constitución.

2.8 LAS ENMIENDAS A LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Como se advierte la Constitución de los Estados Unidos de Norte-América no contenía una parte dogmática (un *Bill of Rights*) que reconociera los derechos civiles y políticos, aspecto que generó muchas controversias y desconfianza al interior de la Convención Constituyente:

“Como quiera que sea, lo cierto es que los propios protagonistas de la Carta de Filadelfia prometieron expedir una carta de derechos o *Bill of Rights* tan pronto como se reuniera el primer Congreso electo luego de haberse ratificado la Constitución por las diferentes colonias que entonces existían”⁴⁰⁵.

404 Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 18 y 19.

405 Carbonell. Op. cit., p. 169.

En efecto, en 1789 el Congreso Federal propuso Diez Enmiendas, se aprobaron y el 15 de diciembre de 1791 entraron en vigencia. A la parte orgánica de la Constitución de Filadelfia se le agregó la siguiente parte dogmática:

Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos:

Artículos que como agregados y enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América propuso el Congreso y ratificación de los distintos Estados, en cumplimiento del quinto artículo de la Constitución.

Se destaca que la Primera Enmienda se relacione con las libertades espirituales, repetimos, por la experiencia que vivieron los Padres puritanos fundadores los Estados Unidos, huyendo de la Corona inglesa (Rey Jacobo I), por lo cual debía garantizarse la tolerancia, respetando los principios de libertad, igualdad y fraternidad. Los aportes se derivan de las Declaraciones que precedían a las Constituciones de los Estados federados, además de constitucionalismo inglés.

2.8.1 ENMIENDA 1. LIBERTAD DE CULTO, DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA; DERECHOS DE REUNIÓN Y PETICIÓN

“El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni pondrá cortapisas a la libertad de expresión o de prensa; ni coartará el derecho de la gente a reunirse en forma pacífica ni de pedir al Gobierno la reparación de agravios”.

Comenta MIGUEL CARBONELL:

“Si se quisiera hacer un recorrido histórico del todo simplificado sobre la evolución de las cuestiones constitucionales en materia religiosa, habría que apuntar que antes de la libertad religiosa se impone la tolerancia, la cual comienza a florecer cuando se produce la separación entre la iglesia y el Estado (...), la paridad de trato entre las diversas confesiones, de forma que el

Estado no solamente no estableciera una religión oficial, sino que tampoco pudiera beneficiar en particular a una confesión determinada”⁴⁰⁶.

2.8.2 ENMIENDA 4. ÓRDENES DE CATEO Y ARRESTO

“El derecho de la población a la seguridad en sus personas, sus casas, documentos y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios no deberá ser violado, y no habrán de expedirse las órdenes correspondientes si no existe una causa probable, apoyada por juramento o declaración solemne, que describa en particular el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso”.

Comenta MIGUEL CARBONELL:

“La enmienda contiene dos diferentes mandatos o límites a la autoridad. El primero es el que exige que todos los registros y detenciones sean razonables (entendiendo por tales que no sean arbitrarios, es decir, que tengan un sustento legal y no sean producto del simple capricho de alguna autoridad gubernamental); el segundo límite contenido en la enmienda es el que se refiere a la necesidad de que existan motivos o probables causas para la expedición de mandamientos que afecten a los bienes jurídicos protegidos por la propia enmienda (personas, domicilio, papeles y efectos)”⁴⁰⁷.

2.8.3 ENMIENDA 5. LOS DERECHOS EN LAS CAUSAS PENALES

“Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún otro concepto, sin un acto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo

406 Carbonell. Op. cit., p. 196.

407 Carbonell. Op. cit., pp. 206 y 207.

en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando éstas estén en servicio efectivo en tiempo de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligárseles a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darles usos públicos sin una compensación justa”.

2.8.4 ENMIENDA 6. EL DERECHO A UN JUICIO JUSTO

“En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del Estado y del distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá sido determinado conforme a la ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa”.

2.8.5 ENMIENDA 7. EL DERECHO A UN JUICIO CON JURADO

“En los juicios sujetos al *common law*, el derecho a someterlos al fallo del jurado será mantenido siempre que su cuantía exceda de 20 dólares, ningún hecho sobre el que recaiga sentencia de un jurado podrá ser objeto de nuevo examen por tribunal alguno de los Estados Unidos que no sea conforme a las reglas del *common law*”.

Las enmiendas 4, 5, 6 y 7 estructuran los distintos elementos de los derechos a la defensa y al debido proceso, en los que se resaltan los siguientes de origen inglés: la institución de los jurados para los procesos penales regulados con base en el principio de legalidad y la aplicación del *common law* en procesos civiles. Además, la propiedad privada estará protegida con el debido proceso.

Las anteriores son un extracto de las diez enmiendas a la Constitución de Filadelfia de 1791. Posteriormente, en 1868 y 1870, se introdujeron otras enmiendas relacionadas con derechos civiles y políticos con el siguiente tenor:

2.8.6 ENMIENDA 14. DERECHOS CIVILES

Sección 1ª:

“Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de éstos son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el cual residan. Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes. (...)”⁴⁰⁸.

Según MIGUEL CARBONELL:

“El objetivo fundamental de la enmienda catorce es proteger el principio de igualdad y precisar la existencia del debido proceso legal (*due process of law*)”⁴⁰⁹.

“En el año 1868, después de la Guerra Civil y con motivo de proteger a los esclavos emancipados de la discriminación de parte de los Estados donde vivían, se adoptó la Enmienda Decimocuarta, que dice (entre otras cosas) que: (...) ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal (...)”⁴¹⁰.

408 Esta reforma fue propuesta el 13 de julio de 1866 y ratificada el 9 de julio de 1868.

409 Carbonell. Op. cit., p. 215.

410 Barker. Op. cit., p. 80.

2.8.7 ENMIENDA 15. EL DERECHO AL SUFRAGIO

Sección 1ª:

“Ni los Estados Unidos ni ningún Estado podrán desconocer ni menoscabar el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos por motivo de raza, color o de su condición anterior de esclavos”.

El 1º de marzo de 1792 THOMAS JEFFERSON anunció públicamente la adopción de las primeras Diez Enmiendas a la Constitución consolidándose así el constitucionalismo moderno norteamericano, en la forma explicada anteriormente⁴¹¹.

En las enmiendas se observa la huella de la Carta Magna (1215) y las Declaraciones inglesas (1628 y 1689), en especial el reconocimiento a las libertades espirituales (Enmienda 1) al derecho a un debido proceso legal (*due process of law*), erigido sobre el principio de legalidad (Enmiendas 5 y 14), a fin de proteger, entre otros derechos, la libertad y la propiedad. Se resalta, además, que el titular de los derechos son los hombres y los *ciudadanos* —el individuo—, a diferencia de los “súbditos” ingleses que por mucho tiempo no tuvieron la calidad de ciudadanos en el *common law*, como se explicó.

En conclusión, el principio de la división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales son los pilares del Estado constitucional⁴¹².

Ya explicamos que se trata de un Estado con una Constitución como norma suprema; el valor normativo de la Constitución de los Estados Unidos. El poder sometido a la Constitución.

411 Cfr. Pisarello. “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”. En: Abramovich y otros. Op. cit., p. 24.

412 Biglino Campos. Op. cit., p. 72.

2.9 ESTADO CONSTITUCIONAL

“El Estado, para ser Estado constitucional, debe ordenarse conforme a una estructura determinada. La organización de tal Estado tiene, necesariamente, para merecer aquel nombre y aquella naturaleza de Estado constitucional, que planificarse en miras al fin; ese fin no es uno cualquiera, sino uno muy preciso y concreto: asegurar y proteger la libertad y los derechos del hombre, con todas las técnicas de seguridad consiguientes”⁴¹³.

Con el nacimiento del Estado constitucional en este escenario revolucionario se consolida el constitucionalismo liberal, entendiendo por constitucionalismo una “técnica dirigida a limitar el poder y garantizar derechos”⁴¹⁴. “Estado de derecho significa, así, una limitación del poder por el Derecho”⁴¹⁵, limitación establecida por medio de una Constitución; por ello nos referimos al Estado constitucional; lo de *liberal*, porque la revolución americana defendió como valor esencial la *libertad* en la formación de un nuevo Estado, por lo tanto con la libertad se consolidó la ideología del liberalismo norteamericano.

Finalizamos la configuración del Estado constitucional, que en palabras de LUIGI FERRAJOLI significa que: “el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución”⁴¹⁶.

¿Y los derechos políticos de las mujeres? En Estados Unidos se originaron movimientos contra la esclavitud con la participación destacada de las mujeres *Lucrecia Mott* y *Elizabeth*

413 Cfr. Bidart Campos. *Los derechos del hombre*. Op. cit., p. 92.

414 Pisarello, Gerardo. “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”. En: Abramovich, V.; Añón, M.J. y Courtis, Ch. (Comps.). *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: 2003, p. 24.

415 García-Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª ed. 11ª reimp. México: Alianza Editorial, 2005, p. 53.

416 Citado por Atienza Manuel, *Interpretación constitucional*, Universidad Libre, Bogotá, 2016, p. 77.

Cady Stanton, de donde surgió el feminismo que se plasmó en la Declaración de sentimientos o Manifiesto de Séneca Falls, movimiento político que daría lugar a las *Sufragistas* que lucharon por el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres y su representación política en el Congreso de los Estados Unidos para la aprobación de las leyes⁴¹⁷.

2.10 LAS SUFRAGISTAS Y LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER

En Séneca Falls (Nueva York), en una capilla metodista, se llevó a cabo una gran reunión (julio 19 y 20 de 1848), liderada por *Lucrecia Mott* y *Elizabeth Cady Stanton*, con el propósito de debatir los derechos civiles y políticos de la mujer, denunciando la sumisión de las mujeres en una *Declaración de sentimientos*, conocida también como *Manifiesto de Séneca Falls*, siguiendo el modelo de la Declaración de Independencia norteamericana, cuyo texto fue firmado por 68 mujeres y 32 hombres⁴¹⁸.

Del texto se resaltan los siguientes apartes: “todas aquellas leyes que sean conflictivas en alguna manera con la verdadera y sustancial felicidad de la mujer son contrarias al precepto natural y no tienen validez”; “el hombre nunca le ha permitido a la mujer que disfrute del derecho inalienable del voto”, que la obligaba a “someterse a unas leyes en cuya elaboración no tiene voz”, y que se le negaban derechos que se concedían a los hombres más ignorantes e indignos, tanto a indígenas como a extranjeros, por tanto reclaman como “deber de las mujeres de este país asegurar el sagrado derecho del voto”⁴¹⁹.

417 Pérez Garzón, Juan Sisinio, *Historia del feminismo*, 3ª ed., Editorial Catarata, Madrid, 2018, pp. 96-107, 285.

418 Pérez Garzón. Op. cit., pp. 100-101.

419 *Ibidem*.

Las luchas políticas de las *Sufragistas* culmina con el reconocimiento de los derechos políticos en el Estado de Wyoming (E.U.), en 1869, siendo el primer antecedente en la historia constitucional. En 1920 el Presidente Wilson hizo aprobar del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica la Decimonovena Enmienda a la Constitución de Filadelfia y se reconoció el derecho al sufragio a las mujeres, con lo cual se establece el sufragio universal.

2.11 LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA Y SUS APORTES AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Según GARCÍA-PELAYO “son los *Bills* de derechos de las Constituciones americanas los que inspiran, sin perjuicio de su originalidad, la Declaración francesa de 1879 y, a través de ella, al Derecho constitucional moderno”⁴²⁰.

GERMÁN J. BIDART CAMPOS señala, entre otros, los siguientes aportes:

“1) La Constitución escrita y codificada, revestida de rigidez y de supremacía.

”2) La división de poderes.

”3) La libertad individual y los derechos del hombre.

”4) El principio de legalidad, según el cual el gobierno de la ley sustituye al gobierno de los hombres”⁴²¹.

Según SÁNCHEZ VIAMONTE, “los Estados Unidos son la primera confederación que se constituye como Estado nacional,

420 García-Pelayo. Op. cit., p. 333.

421 Bidart Campos. *Los derechos del hombre*. Op. cit., p. 105.

unificado bajo el imperio de una Constitución escrita, única y uniforme para todo el país”⁴²².

JARAMILLO PÉREZ y RODRIGO UPRIMNY destacan entre los aportes un concepto especial de régimen republicano, la estructuración del sistema federal, el régimen presidencial, y una nueva concepción de la democracia, entendida como gobierno producto del equilibrio entre distintos grupos sociales⁴²³.

En nuestro concepto, además se deben resaltar los siguientes aportes:

- a. La democracia representativa. Los miembros del Congreso de los Estados Unidos son elegidos democráticamente y representan al pueblo norteamericano.
- b. La constitucionalización del principio No taxation without representation. Fruto del constitucionalismo inglés el Congreso no podrá establecer impuestos sin representación. En lo sucesivo sólo mediante ley expedida formalmente por el Congreso se podrán crear tasas, impuestos y contribuciones.
- c. A los hombres y a las mujeres se les asigna la calidad de *ciudadanos* (al cumplir determinada edad) y se les reconoce los derechos políticos de elegir y ser elegidos, y de ocupar cargos públicos. El anterior será un gran antecedente a la Declaración francesa que reconocerá a los hombres los derechos civiles, y los derechos políticos a los ciudadanos burgueses, como lo explicaremos adelante.

422 Sánchez Viamonte. Op. cit., p. 339.

423 Jaramillo Pérez y otros. Op. cit., p. 377.

- d. La Constitución escrita como norma. La supremacía de la Constitución (que se infiere del Artículo VI⁴²⁴, Sección 2 de la Constitución de Filadelfia) se garantiza mediante el control judicial de constitucionalidad de las leyes (*judicial review of legislation*)⁴²⁵, ejercido por una jurisdicción constitucional difusa.
- e. El Estado constitucional. El principio de la división de poderes, la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad de las leyes, como garantías para la defensa de la *libertad* y los derechos civiles y políticos, configuran el Estado constitucional con la primera Constitución escrita y rígida, y las Diez enmiendas.

“En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho”⁴²⁶.

En resumen, las Declaraciones inglesa y americana y las Diez Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, que reconocieron los derechos civiles y políticos, influyeron en la Revolución Liberal Burguesa en Francia (siglo XVIII), ampliando el conjunto de estos derechos con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, revolución que establece los principios de *libertad, igualdad y fraternidad*, inspirada en las revoluciones inglesa y norteamericana.

424 “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados, *serán la suprema ley* del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado”.

425 Con la sentencia del juez Marshall, en el Caso de Marbury contra Madison (1803), se hicieron operativos los principios de la Constitución como *norma* y la supremacía de la Constitución. Diferente será en Francia con la Constitución Política de 1791, porque la Constitución no se estructuró como *norma*, como se explicará oportunamente.

426 Atienza. Op. cit., p. 79.

3. REVOLUCIÓN FRANCESA

Históricamente la edad media francesa se divide en alta edad media (siglos V a X) y baja edad media (siglos XI a XV); estuvo dirigida por Dinastías reales que ejercieron el poder con exclusión de los estamentos feudales, consolidando progresivamente la monarquía absoluta (en cabeza de los tres Luises de la Casa Borbón –siglos XVII y XVIII–), y por ende, configurándose la formación del Estado absolutista nacional⁴²⁷, en medio de conflictos políticos-religiosos heredados de la división religiosa que desencadenó la Reforma de la Iglesia; el poder absoluto real persiguió a los protestantes (los hugotones) y neutralizó a la iglesia católica, surgiendo las guerras religiosas. En este escenario convergen los siguientes principios en conflicto: principios absolutistas (unidad nacional) *vs.* principios de la unidad de la iglesia católica. La intolerancia religiosa fue una constante en este proceso de formación del Estado absolutista más sólido en la Europa continental occidental, en especial en Francia.

En este escenario se explica además los orígenes religiosos de la Revolución Francesa⁴²⁸, conjuntamente con los orígenes o causas económicas, políticas, sociales y culturales.

3.1. DINASTÍAS DE LOS CAPETOS, VALOIS Y BORBONES⁴²⁹

Con la Dinastía de los Capetos –Hugo Capeto (987-996)– se inicia la formación de Francia y el proceso se extiende con los descendientes de la Dinastía de los Valois –Carlos de Valois–. Del Capeto Luis IX (1235-1270) desciende Roberto de Clermont, y

427 En Francia ya existía el Estado; se trataba del Estado monárquico absolutista en el cual el ejercicio del poder político supremo corresponde a un solo hombre, el Rey: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial; se caracteriza por la permanencia de un ejército; grandes recursos financieros y la sucesión del trono por el hijo primogénito. Cfr. Mousnier, Roland. Op. cit., p. 93.

428 Cfr. Dale K. Van Kley. *Los orígenes religiosos de la Revolución Francesa*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2002.

429 Asimov, Isaac. *La formación de Francia*. México: Alianza Editorial, 1982.

de él la Casa de Borbón: Antón de Borbón, Enrique IV, Luis XIII y los Luises absolutistas: XIII (1610-1643), XIV (1643-1715), XV (1715-1774) y XVI (1774-1793).

De la Casa de los Capetos, Felipe IV “El Hermoso” (1285-1314) se enfrentó al Papa Bonifacio⁴³⁰ VIII (1294-1303), persiguió a los judíos y prohibió la Orden de *Los Templarios*⁴³¹ confiscándoles sus bienes, y el Papa Clemente V decretó la supresión de la orden (1312), en el Concilio de Vienne. Esta es la bandera de la intolerancia religiosa católica que se combatirá con principios políticos y religiosos por los protestantes, y otras organizaciones no religiosas y esotéricas.

430 Conocido ampliamente por ser el autor de los procedimientos inquisitoriales y textos de derecho canónico.

431 Los *templarios* fue una *Orden Militar* y religiosa de hombres, creada en Jerusalén, en el año 1119, por Hugo de Payens y ocho franceses, en la época de las cruzadas (en el intervalo entre la primera y la segunda), con el objeto de conquistar y defender la Tierra Santa; se llamaron así porque su primera morada estaba ubicada junto al antiguo templo de Salomón (de Jerusalén) y contigua a la iglesia del santo sepulcro, construida por emperadores griegos; se les identificaba por la túnica blanca con una cruz roja, cabello corto y barba; los hermanos hacían votos de pobreza, obediencia y castidad; constituyeron un gran patrimonio financiero y edificaron sedes por toda Europa. San Bernardo (1090-1153) redactó sus Reglas e impulsó su reconocimiento en el Concilio de Troyes en 1129; tenían el apoyo de los Reyes europeos católicos y rendían cuentas sólo al Papa. En el Concilio de Viena el Papa Clemente V ordenó su supresión, a instancias de Felipe IV “El Hermoso”, rey de Francia, y la presión de los Dominicos; fueron acusados de herejía, brujería, sodomía, prácticas homosexuales, de escupir el Cristo, etc., y en juicio sin defensa, obligándolos a confesar; por medio de la tortura, fueron condenados a pena de muerte en la hoguera y sus bienes confiscados. Con fines altruistas, también durante las cruzadas, se fundó la *Orden Militar* de los *Caballeros de San Juan*, también llamados *Los Hospitalarios*, porque se dedicaron a asistir a los enfermos en el hospital de San Juan en Jerusalén; se distinguían por su túnica negra y una cruz blanca sobre el pecho. Todos ellos eran monjes-guerreros (vestían armadura de caballero y por encima la túnica de monje) que se unían por lazos de *fraternidad*, combinando los principios de la caballería y las *reglas* de los monasterios. “Cuando llegan las cruzadas y aparece el concepto de guerra santa se concluye que el guerrero puede santificarse con su acción violenta; de ahí nacen las Ordenes Militares”. Prieto, Fernando. *Historia de las ideas y de las formas políticas*. Vol. II. Edad Media. Madrid: Unión Editorial, 1998, p. 121.

3.2 EL PAPA BONIFACIO VIII CONTRA EL REY FELIPE IV

El conflicto tiene tres componentes: los impuestos al clero, la disputa por el poder político y el poder de juzgar. El Papa Bonifacio VIII, en 1300, celebró el primer “Año Santo” con un jubileo de indulgencias para recaudar dinero para el papado y revivió los decretos del Concilio de Letrán, que establecía exenciones de impuestos al clero. Felipe IV estableció un impuesto sobre las rentas del clero y el Papa proclamó la Bula *Unam sanctum* para reafirmar la supremacía del poder espiritual sobre el poder temporal y dispuso la excomunión del rey dejando sin efectos el juramento de lealtad de sus súbditos; en reacción el rey convocó una asamblea con representantes de la nobleza, el alto clero y los burgueses en representación de las ciudades, instalándose los llamados Estados Generales (1302), con el objeto de juzgar al Papa, quien en su defensa revivió la Bula *Salvator Mundi* que prohibía a los tribunales seculares juzgar obispos; se le desprestigió y se ordenó detenerlo, y en su reemplazo se nombró un arzobispo francés como Papa, que se llamó Clemente V (1305-1314), trasladándose la sede del Papado de Roma a Aviñón, y desde allí cinco Papas franceses dirigieron la Iglesia Católica; época del Papado de Aviñón (1305-1377), dejando una influencia católica al mejor estilo francés que los reyes controlaron.

En 1377 el debilitado trono Papal se reubicó en Roma con el Papa Gregorio XI, quien hizo reformas, entre otras, aumentar el quórum para elegir Papa con una votación de las dos terceras partes del Colegio Cardenalicio; después de su muerte se produjo el “cisma de occidente”, debilitando la unidad religiosa católica que sumada a otros errores de la iglesia de Roma prepararon el escenario para el protestantismo luterano y calvinista.

3.3 EL CISMA DE OCCIDENTE

En 1378 muere el último Papa de Aviñón, Gregorio XI y en una cuestionada y azarosa elección el Colegio Cardenalicio (cardenales franceses e italianos) designó a Urbano VI, de

origen italiano —satisfaciendo la presión romana que exigía un Papa con este origen—, quien se volvió arrogante, soberbio y violento; atacó a los cardenales-electores, provocando su reacción y ante la advertencia de ser depuesto convocó un nuevo Colegio y el anterior designó a otro Papa, Clemente VII, con el apoyo del Rey francés Carlos V (1364-1389); los cardenales que se opusieron fueron encarcelados, torturados y ejecutados; excomulgándose el uno al otro, originaron el Cisma de Occidente (1378-1418). En 1409 el Concilio de Pisa depuso a los dos Papas y eligieron a un tercero, el Papa Alejandro V, pero al no renunciar aquellos la Iglesia tuvo tres Papas, porque los dos iniciales, lo desconocieron. El Papa Juan XXIII (antipapa según los romanos: de joven fue pirata, empedernido mujeriego y se le acusó de envenenar al Papa para sucederlo) convocó el Concilio de Constanza (1414-1418), logrando la renuncia de un Papa, y deponiendo a los otros dos, se eligió al Papa Martín V (1417-1431). Esta división interna de la Iglesia, finalizando la Baja Edad Media, conduciría a otra ruptura entre el catolicismo del norte (el Papado de Avignón —Francia—) y el catolicismo del sur (el Papado de Roma), de la que se aprovecharon los Reyes europeos, especialmente los franceses; unos países obedecieron al primero y otros al segundo, debilitándose aún más el predominio del Papado en Occidente, abriendo el camino a la consolidación del Estado absolutista nacional francés, teñido con la sangre de las guerras de religión.

3.4 LAS GUERRAS DE RELIGIÓN (1559-1598)⁴³²

No solo lo religioso y lo político se entrelazó en el conflicto que condujo a los enfrentamientos a muerte entre hugonotes y católicos (fenómeno conocido como las guerras

432 Livet, Georges. *Las guerras de religión (1559-1598)*. Barcelona: Oikos-Tau, S.A., Ediciones, 1971. Kamen, Henry. *Los caminos de la tolerancia*. Madrid: Edic. Guadarrama, 1967. Verdoy, Alfredo. *Síntesis de historia de la iglesia, Baja edad media, reforma y contrarreforma (1303-1648)*. Madrid. Universidad Pontificia Comillas, 1994.

de religión)⁴³³, quienes disputándose la titularidad del poder político constituyeron partidos políticos, a fin de llegar al poder las dinastías que imperaban en el escenario del proceso de la formación del Estado absolutista, en el que reinó la intolerancia. En efecto, los hugonotes⁴³⁴ (apoyados por la burguesía comercial y mercantil), tenían la protección de la dinastía de Los Borbones y Los Chatillons, mientras los católicos (apoyados por la nobleza feudal) tenían el apoyo de la dinastía de los Guiza, partidarios del Duque Francisco. Adicionalmente, se suma al conflicto los intereses sociales y económicos de las dinastías que asediaban al Rey.

El 1° de enero de 1562 se profiere el *Edicto* que le reconoce a los hugonotes la libertad de culto fuera de las ciudades cerradas, pero el 1° de marzo de 1562 en la población de Wassy los protestantes estaban practicando su culto cuando sorpresivamente fueron masacrados por los católicos, originando la primera de siete guerras de religión, durante el período 1559-1598.

3.4.1 HUGONOTES, CATÓLICOS Y LOS POLÍTICOS

Entender las guerras de religión implica conocer las tendencias políticas de los credos religiosos imperantes en Francia, porque además se constituyeron en partidos políticos.

En el siglo XVI la Reforma Protestante se extendió, entre otros países, a Francia, alcanzando en 1550 con 400.000 seguidores (la sexta parte de la población), del movimiento calvinista; además existían 50.000 judíos. En 1536 JUAN CALVINO publicó su obra *Instituciones de la religión cristiana* dedicada al

433 Ver *supra* p. 98.

434 *Hugonotes* es un nombre cuyo origen no ha sido determinado y que se le dio a los protestantes franceses del siglo XVI, quienes fueron protagonistas de las guerras de la religión contra los católicos y víctimas de la persecución de la monarquía absolutista, que pretendía convertirlos al catolicismo.

rey de Francia, Francisco I (1515-1547) de la Dinastía de los Valois; era el producto del dolor causado por las injusticias cometidas contra los mártires franceses del Evangelio. Monjes (agustinos y franciscanos) difundieron el calvinismo en ciudades y campos franceses, principalmente en zonas antimonárquicas, en la que los pobres encontraron consuelo, refugio y protección espirituales. La burguesía halló apoyo en el calvinismo para impulsar sus negocios con la bendición a los préstamos con interés (prohibidos por el catolicismo), glorificando la riqueza adquirida por el trabajo de los comerciantes, sin importarle el origen de la persona (nacimiento) en cuanto a su linaje o estamento, lo que aseguraba cierta igualdad para la burguesía en ascenso socio-político. A todos estos seguidores se les denominó hugonotes. Este es el contexto religioso francés. Veamos el escenario político-religioso, en el que se gestan las relaciones entre la iglesia y el Estado.

Los *Hugonotes* necesitaban una ideología de la resistencia a la monarquía absoluta mediante la defensa de la monarquía limitada, por lo que merecieron el apelativo de monarcómacos, es decir, los que combaten la monarquía, cuyo objetivo político conducía a la ampliación de sus espacios religiosos, para lo cual se alinearon a un partido que apoyaba las dinastías de los Borbones y los Châtillons.

Los *Católicos* conformaban otro partido político, defendiendo el derecho divino del Rey, la independencia del Rey, la imposibilidad de que el Rey fuera depuesto por el Papa, negación del derecho de resistencia de opresión para el pueblo. Su lema era: “una fe, una ley, un Papa”. El partido católico era apoyado por la dinastía de los Guisa.

Los *Políticos* constituyeron el tercer partido, a partir de 1560, cuando un grupo de profesionales competentes – funcionarios, abogados, humanistas– que trataba de acabar con los enfrentamientos religiosos mediante un “acuerdo político”, por lo que recibieron el nombre de “*los políticos*”. La mayoría eran católicos y consideraban que la ruptura de la unidad religiosa de Francia era insuperable; continuar la lucha

religiosa significaría sacrificar inútilmente el Estado francés a los intereses de la iglesia. En consecuencia, buscaban mantener la unidad del Estado, aunque no se pudiera mantener la unidad religiosa. Los políticos eran todos monárquicos, querían dejar el aspecto religioso fuera del ámbito político, que es el propio de la figura del monarca⁴³⁵.

Al final sobresalieron los argumentos políticos en la fundamentación de la tolerancia, la que será el precedente del reconocimiento francés de los derechos civiles y políticos, y el principal antecedente en la historia del reconocimiento de los derechos humanos, a partir de las libertades espirituales. En medio del conflicto religioso los jesuitas se encargan de la educación con el fin de difundir el catolicismo en escuelas y colegios con el apoyo de los seminarios, bajo los auspicios de la Facultad de Teología de la Universidad de París.

Paradójicamente, las guerras de religión terminan con una masacre y con la firma del Edicto de Nantes.

3.4.2 LA MASACRE DE LA NOCHE DE SAN BARTOLOMÉ⁴³⁶

La Iglesia Católica presionó a la monarquía por el temor de que los hugotones se sustrajeran a la rígida obediencia hacia el rey, además de que ellos habían constituido un fuerte partido político, estableciendo en 1555 una iglesia en París. Muerto Francisco I de Valois, su hijo Enrique II (1547-1559), casado con Catalina de Médicis, iniciaron con el apoyo de los católicos la persecución de los hugotones. El Parlamento de París dictaba sentencias condenatorias contra los herejes y con el Edicto de Ecouren (1559) se procesaron y se condenaron sin juicio previo. Muere accidentalmente Enrique II y hereda el trono su hijo Francisco II (1559-1560), y con él se generan,

435 Cfr. Prieto Fernando. *Manual de historia de las teorías políticas*. Madrid: Unión Europea, 1996, pp. 279-286.

436 Walker, Joseph M. *Los hugotones. Una larga y amarga senda*. Barcelona: Edicomunicación S.A., 1997, obra que seguiremos en la narración de las guerras de religión en Francia, durante la monarquía absolutista.

como se dijo, las llamadas “guerras de religión”, culminando con la siguiente masacre.

En la noche del domingo 24 de agosto de 1572 sonaron las campanas de la iglesia de Saint Germain-l’Auxerrois, anunciando la cacería de los hugotones; la matanza se realizó durante cinco días en la que murieron aproximadamente 20.000 hugotones, incluidos niños y mujeres embarazadas; los que sobrevivieron fueron encarcelados y sus bienes despojados. Francisco II muere y le sucede su hermano Carlos IX (1560-1574), que siendo Rey de Francia ocurre la masacre. El cardenal de París felicitó públicamente por los hechos al Rey Carlos IX, haciéndole entrega de 800.000 libras a título de agradecimiento. El Papa Gregorio XIII celebró un *Te Deum* en el Vaticano. Esta matanza recrudeció los enfrentamientos entre los protestantes y los católicos.

3.4.3 EL EDICTO DE NANTES

El Rey Enrique IV (1589-1610), protestante, el 13 de abril de 1598 se convirtió al catolicismo pronunciando la siguiente frase: “París bien vale una misa”; este rey concedió el *Edicto de Nantes* (92 artículos, adicionado con los artículos particulares), aprobado por el Parlamento de París (1599), lo que significó el triunfo del partido “*Político*” y la disolución del partido Hugonote, reafirmando que Francia era y seguía siendo un reino católico, concediéndoseles libertad de conciencia y una relativa libertad de cultos, y reconociéndoles además el derecho político a ocupar cargos públicos. El Papa Clemente VIII, expresó: “Esto me crucifica”.

Lo sobresaliente del Edicto son las siguientes disposiciones:

“Enrique, por la Gracia de Dios rey de Francia y de Navarra, a todos los presentes y a los futuros súbditos, salud:

”Las súplicas y las reclamaciones que nos han hecho los súbditos de la religión, llamada protestante tanto sobre la no ejecución de lo que se les otorgaba por los referidos

edictos, como sobre lo que desearían que se añadiese para el ejercicio de su religión, para la libertad de sus conciencias y la seguridad de sus personas y de sus fortunas (...).

”Hemos, por medio de este edicto perpetuo e inviolable, dicho, declarado y ordenado, y decimos, declaramos y ordenamos lo siguiente:

”(...) III. (...) Que la Religión Católica, Apostólica y Romana, será repuesta, y restablecida en todos los lugares y sitios de éste nuestro reino y país, sometido a nuestra obediencia, donde estuviera prohibida, para ser pacífica y libremente ejercida sin ningún desorden ni impedimento.

”Prohibiremos muy expresamente a todas las personas de cualquier estado, cualidad o condición, con las penas que se señalan, que turben, molesten o inquieten a los eclesiásticos en la celebración del servicio divino, en el disfrute y percepción de los diezmos, frutos y rentas de sus beneficios, y demás derechos y deberes que les pertenezcan; y que todos los que durante los disturbios se hubieran apoderado de iglesias, inmuebles, bienes y rentas de dichos eclesiásticos y que las detenten y ocupen, les entreguen la entera posesión y el goce pacífico de los derechos, libertades y garantías que tuvieren antes de ser despojados. Se prohíbe también muy expresamente a los miembros de la llamada Religión Protestante que prediquen ni realicen cualquier otro ejercicio de su religión en las iglesias, inmuebles y moradas de los referidos eclesiásticos.

”VI. Y para no dejar ninguna ocasión de tumultos y de enfrentamientos entre nuestros súbditos hemos permitido y permitimos a los de la llamada Religión Protestante, vivir y morar en todas las villas y lugares, de éste nuestro Reino y país sometido a nuestra obediencia, sin ser investigados, vejados, molestados ni obligados a hacer nada contra su conciencia por el hecho de la religión ni tampoco, por esta causa, ser perseguidos en las viviendas y lugares que quisieran habitar (...).

”XIII. Prohibiremos muy expresamente a todos los fieles de la referida Religión practicarla en el ministerio, ordenación, disciplina o instrucción pública de niños y otros, en este nuestro Reino y país de nuestra obediencia, en lo referente a la religión, fuera de los lugares permitidos (...).

”XV. Se prohíbe así mismo el ejercicio público de la citada Religión en los ejércitos, salvo en los cuarteles de los jefes que la profesen, distintos siempre de aquél que sea morada de nuestra persona (...).

”XVII. Prohibimos a todos los predicadores, lectores y otros que hablen en público el uso de palabras, argumentos y propósitos tendientes a excitar al pueblo de la sedición (...).

”XVIII. Prohibimos también a todos nuestros súbditos, sea cual sea su condición, arrebatarse por fuerza o por inducción, contra la opinión de sus padres, a los niños de la referida Religión, para hacerles bautizar o confirmar en la Religión Católica, Apostólica y Romana; también estas prohibiciones se dirigen a los de la Religión Protestante (...).

”XXI. Los libros referidos a la citada Religión Protestante no pueden ser impresos ni vendidos públicamente, sino en aquellas villas y lugares donde el ejercicio público de la misma está permitido. Y los demás libros que se impriman en otras villas serán leídos y estudiados por nuestros funcionarios y nuestros teólogos como se establece en nuestras Ordenanzas. Prohibimos muy expresamente la impresión, publicación y venta de los libros, libelos y escritos difamatorios, bajo las penas contenidas en nuestras Ordenanzas.

”XXII. Ordenamos que no se haga diferencia ni distinción, a causa de la referida Religión, en la admisión de los escolares para ser instruidos en universidades, colegios y escuelas, y los enfermos y pobres en hospitales y beneficencia pública.

”XXVII. Para unificar lo mejor posible las voluntades de nuestros súbditos, como es nuestra intención, y para disminuir las quejas en el futuro: declaramos que todos los que hacen o hagan profesión de la citada Religión Protestante son capaces para obtener todos los estados, dignidades, oficios y cargos públicos de cualquier tipo, reales, señoriales o de las villas de vuestro citado Reino (...) y a ser admitidos y recibidos en estos sin discriminación.

”Se abstendrán nuestros jueces y tribunales de informar e inquirir sobre la vida, costumbres, religión y honesta conversación de los que son o sean investidos de cargos, tanto de una religión como de otra, sin tomarles más juramento que el de servir bien y fielmente al Rey, en el ejercicio de sus cargos (...).

”XXX. Para que la justicia sea administrada y concedida a nuestros súbditos, sin sospechas, resentimientos o favor, por ser uno de los principales medios para mantenerles en paz y concordia, hemos ordenado y ordenamos que en nuestro Tribunal del Parlamento de París se establezca una Sala, compuesta por un Presidente y 16 consejeros, que será denominada Sala del Edicto y conocerá no solamente de las causas y procesos de los fieles de la citada Religión Protestante (...).

”LXXIV. Los fieles de la referida Religión no podrán ser afectados ni gravados con ninguna carga ordinaria o extraordinaria, distinta de las de los católicos (...).”

No obstante, el anterior avance, los conflictos se reabrieron en 1619 y se extendió hasta la toma de La Rochela en 1629, fortín de los hugonotes.

El 18 de octubre de 1685 el Rey Luis XIV revocó el Edicto de Nantes.

Las consecuencias de este retroceso son: legalización de la destrucción de los templos de la iglesia reformada, prohibición

del culto y la enseñanza calvinistas; los pastores decidirían entre su conversión al catolicismo o el exilio, so pena de ser condenados a prisión y confiscados todos sus bienes.

Únicamente la Iglesia Católica sentaría los registros civiles de nacimiento, matrimonio y defunción, únicos documentos que serían auténticos ante los Tribunales Eclesiásticos que tenían competencia para resolver conflictos matrimoniales, divorcios, herencias, etc., lo que implicaba que los hugotones que carecían de dichos registros no tendrían derecho a heredar los bienes de sus padres, ni tampoco ejercer la patria potestad, custodia y educación de sus hijos. Los hugotones convertidos debían casarse y bautizar a sus hijos por los ritos católicos, quedando obligados a enviarlos a las escuelas católicas y a la catequesis, so pena de ser multados.

Solo hasta 1788 El Edicto de Tolerancia (1788) abrió la posibilidad para los franceses no católicos de inscribir los nacimientos y defunciones en los registros oficiales, sin embargo, excluyéndolos del acceso a los cargos públicos.

3.5 JEAN BODINO Y LA SOBERANÍA ABSOLUTA

El escritor político francés más importante del siglo XVI fue JEAN BODINO (1529-1596); se inició en la Orden de los Carmelitas y sin dejarse ubicar en el catolicismo ni en el protestantismo ejerció influencia social y religiosa con sus argumentos políticos, con el fin de definir la soberanía y consolidar el Estado-soberano-monárquico-absolutista existente en Francia. Se considera el ideólogo del partido “político”, siendo su jefe el canciller francés Michel de L'Hospital (1503-1573), quien mantenía el lema *Une foi, une loi, un roi*, aduciendo que “la causa de Dios no necesita ser defendida con las armas. “Nuestra religión no fue fundada, ni mantenida ni preservada por la fuerza de las armas”. Defendiendo a los protestantes afirmó: “(...) tratar de aplastarlos, sería poner en peligro a la sociedad, porque la mayoría son gente importante y nobles, quienes son pilares de la corona”.

El primero en definir el término soberanía, en su obra *Los seis libros de la República*⁴³⁷ (1576). Al respecto, expresó:

“(…) Es aquí necesario crear la definición de la soberanía, pues no hay ningún jurisconsulto, filósofo o político que la haya definido, aunque sea el punto más importante y más necesario en un tratado sobre la República. Y ya hemos dicho que la República es un recto gobierno de varias familias y de lo que es común con un poder soberano, es necesario aclarar el significado de poder soberano”⁴³⁸.

BODINO presenta dos definiciones de soberanía, a saber:

“La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República”.

“La soberanía es el poder supremo sobre súbditos y ciudadanos, sin restricciones legales”.

Los elementos de las definiciones se explican así:

“(…) es perpetua, es decir, no puede prescribir; absoluta, no está sometida a obligaciones o condiciones de tipo contractual; inalienable, no puede venderse como no puede venderse el patrimonio del Estado; indivisible, ya que la misma naturaleza del poder soberano no lo consiente”⁴³⁹.

Estos atributos de la soberanía facultaban al rey para “dictar la justicia, declarar la guerra y hacer la paz, nombrar oficiales, exigir contribuciones e imponer gravámenes, acuñar moneda,

437 La obra se publicó cuatro años después de la masacre de la noche de San Bartolomé, así como también se publicó un pequeño manual de hechicería para combatir las brujas.

438 bodino, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Edit. Aguilar, 1973, p. 11.

439 Matteucci. *Organización del poder y libertad*. Op. cit., p. 67.

establecer los pesos y medidas”⁴⁴⁰. “La soberanía es una fuerza de unificación, afirmación e independencia del Estado que reside en la persona del monarca”⁴⁴¹ y no en el pueblo o nación.

BODINO clasifica las formas de gobierno, y entre otras formas la del *Estado monárquico*, definido como “una especie de república en la cual la soberanía absoluta recae en un solo príncipe”, significando con ello que el Rey jerárquicamente se situaba por encima del Papa y del emperador, por lo cual el Rey estaba en una relación de superioridad sobre los partidos católico y protestante; para ello debía definirse entre la unidad nacional de Francia y la unidad religiosa, defendiendo la primera con el fin de que la religión estuviera sometida al Estado, ante la división religiosa existente en Francia.

ÉDGAR BODENHEIMER, siguiendo a GEORGE JELLINEK, expresa que el concepto moderno de soberanía debe:

“(...) buscarse en la lucha del rey de Francia contra la autoridad imperial y la del Papa (...) y los barones feudales. Al declarar que la soberanía era un atributo esencial del Gobierno, JEAN BODINO trataba de poner el fundamento teórico de la independencia del Estado nacional francés frente a la autoridad del emperador, del Papa y de los barones feudales. La soberanía significaba la suprema autoridad normativa del rey de Francia frente a todos los poderes rivales. BODINO reconocía una autoridad como superior al poder normativo del rey: la autoridad de las leyes de Dios y de la naturaleza”⁴⁴².

Comenta ANDERSON que: “BODINO fue el primer pensador que formuló la idea moderna del poder político como capacidad soberana de crear nuevas leyes e imponer su

440 *Ibidem*.

441 Borja. Op. cit., p. 920.

442 bodenheimer, Édgar. *Teoría del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 90.

obediencia indiscutible”⁴⁴³; este fue el fundamento político-jurídico para que los reyes justicieros (los tres luises,) ejerciendo el *ius puniendi*, persiguieran a sus disidentes religiosos y políticos, provocando las reacciones que conducirían al escenario propicio para una revolución sin precedentes en la historia constitucional del mundo occidental.

En efecto,

“(...) el soberano tiene el poder público y el signo máximo de su autoridad es la que crea la ley. Así, en BODINO, la primera expresión de la soberanía es a producción normativa. Ese poder de dar leyes será el primer atributo del príncipe soberano”⁴⁴⁴.

“La principal de las «marcas de la soberanía» es dictar la ley. La ley es la expresión de la soberanía; pero, de otro, la voluntad soberana se expresa mediante leyes. La confirmación de la noción de soberanía corre en paralelo a la construcción del concepto del Estado”⁴⁴⁵.

Posteriormente, los tres luises, ejercerán la prerrogativa legislativa y la prerrogativa judicial, como gobernantes soberanos, que perderán con la Revolución Francesa al establecerse el Parlamento, el único que ejercerá el poder de expedir las leyes.

Ocupémonos de la Revolución Francesa:

“Si se considera que la Revolución Francesa abarca los sucesos ocurridos entre la convocación de los Estados

443 Anderson. *El Estado absolutista*. Op. cit., p. 45.

444 Peces-Martínez. “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. En: Peces-Martínez y Fernández García (Dir.). *Historia de los Derechos Fundamentales*. T. I. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Op. cit., p. 228.

445 Biglino Campos. Op. cit., pp. 43 y 46.

Generales y la restauración de la monarquía, puede admitirse que, desde el punto de vista institucional, aquella contiene seis etapas. En efecto, durante los veinticinco años transcurridos entre los dos episodios indicados, fueron dictadas seis Constituciones.

”Esas seis etapas, sintéticamente, son las siguientes:

”a) Período de 1789 a 1792, que comprende la Declaración de derechos y la Constitución de 1791 y que podría llamarse etapa de la monarquía constitucional; b) Período de 1792 a 1795, que comprende la Convención, el predominio sucesivo de la Gironda y de la Montaña, el Terror y la reacción termidoriana; c) Período de 1795 a 1800, que comprende el período de la Constitución de 1795 y el Directorio; d) Período de 1800 a 1804, que comprende el Consulado y la Constitución del año VIII; e) Período que comprende el Imperio, y f) la Restauración, con la Carta otorgada en 1814”⁴⁴⁶.

La Revolución Francesa es el hecho político trascendental en la historia constitucional occidental, porque puso fin al absolutismo de los tres Luises, XIV (1643-1715), XV (1715-1774) y XVI (1774-1792) y, por ende, al “Antiguo Régimen”, y con él termina la “edad moderna” y comienza la “edad contemporánea”, afirma LÓPEZ ZURINI:

“La llamada Edad Moderna, etapa comercial del capitalismo o época de la acumulación originaria de capitales, es un período de transición entre el modo de producción feudal y el capitalista”⁴⁴⁷.

446 López Zurini, S. y M. *Nociones de historia de derecho político*. 2ª ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1971, pp. 125 y 126.

447 Vetencour y Guardia. Op. cit., p. 119.

Este lapso comprende los siglos XVI a XVIII, período de la desintegración de las relaciones feudales y el surgimiento del capitalismo preindustrial. El oscurantismo caracterizó la edad media y el racionalismo dominó la edad moderna. El pensamiento del hombre se apartó de lo sobrenatural y se concentró en lo natural, siendo la *razón* el medio para hallar la verdad.

Con el triunfo de la Revolución Francesa la burguesía liberal ascendió al poder; como fruto de esta revolución se reconocen los derechos civiles y políticos, abriendo camino a la configuración del Estado de derecho legal, y sustituyendo al Estado monárquico absolutista; posteriormente en la Revolución Industrial se reconocerán los derechos sociales, económicos y culturales, y configurándose el Estado social de derecho.

Desarrollaremos el marco histórico que precede a la revolución: el Antiguo Régimen.

3.6 ANTIGUO RÉGIMEN

El Antiguo Régimen (*Ancien Régime*) ha nacido de la sociedad feudal. Se suele llamar antiguo régimen al régimen social, económico, político y cultural que la Revolución Francesa destruyó⁴⁴⁸. Son características del régimen en el contexto francés: la *monarquía absolutista* inspirada en el derecho divino de los reyes (los luses justicieros), y la *feudalidad* con la división de la sociedad feudal en tres estamentos: la Nobleza, el Clero y el Tercer Estado.

Estudiemos cómo era el absolutismo monárquico en el contexto de la feudalidad y sus relaciones con el Papado antes de la revolución.

448 Cfr. Funck-Brentano, Frantz. *El Antiguo Régimen*. Barcelona: Edic. Destino, 1953, pp. 11 y 12.

3.6.1 LA CONCENTRACIÓN DE PODERES DE LOS LUISES (LA MONARQUÍA ABSOLUTISTA): REYES-JUSTICIEROS

“El poder personal del monarca será la expresión de la legitimidad de ejercicio de la monarquía absoluta”⁴⁴⁹, caracterizada principalmente por la centralización legislativa y la centralización de las jurisdicciones, por cuanto el Rey tomaba directamente las decisiones, con la asistencia de consejeros o secretarios, remitiéndolas a un Consejo para formalizar su ejecución. En efecto, el Rey detentaba el poder de expedir la legislación, especialmente leyes penales; tenía el monopolio de ordenar las *lettres de cachet* (o “pliegos sellados” para detener hombre y mujeres); nombraba a los jueces e integraba los Tribunales, manipulándolos para condenar a sus adversarios políticos y religiosos (*ius puniendi*). En esto consistía la fortaleza de su poder absoluto⁴⁵⁰; por ello, la denominación de Reyes-justicieros, porque tenían el poder de castigar y resolver en última instancia las apelaciones, aspecto que ampliaremos próximamente.

Examinemos brevemente los reinados de los tres Luises relacionados con los Papas, a fin de establecer la culminación del proceso del reconocimiento de los derechos civiles y políticos.

a. Luis XIV

Murió el rey Luis XIII en 1643 y heredó el trono su hijo Luis a la edad de cinco años, quien sería el Rey Luis XIV (1643-1715); su madre Ana de Austria gobernó por un breve tiempo, y luego encargó el gobierno al cardenal italiano Mazarino, quien se enfrentó exitosamente a la nobleza y al Parlamento en la guerra civil de La Fronda; con su consentimiento y bajo su dirección en 1648 el Parlamento de París aprobó una declaración de 27 artículos estableciendo que ningún impuesto sin el consentimiento del Parlamento sería legal; que ningún

449 Peces-Barba Martínez, Gregorio y Dorado Porras, Javier. “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*. T. III. Vol. I., Madrid, Dykinson 1998, p. 87.

450 Cfr. Prieto Sanchís. Op. cit., p. 20.

súbdito del rey podía permanecer detenido más de 24 horas sin ser interrogado ante el juez natural; este triunfo fortaleció la monarquía absoluta. En efecto, Luis XIV exclamaría: “*L’Etat c’est moi*” (El Estado soy yo); este rey se convirtió en el símbolo del “gran siglo”, y por ello VOLTAIRE lo denominó “El siglo de Luis XIV, El Rey Sol”, gobierno en que floreció La Ilustración, destacándose MOLIERE en la comedia moderna; CORNEILLE y RACINE con las tragedias; LA FONTAINE con las fábulas; en la filosofía PASCAL y DESCARTES, y surgieron grandes oradores como BOSSUET y FENELÓN.

Luis XIV intervino en la elección del Papa Clemente IX (1667-1669), comprometiéndolo a ceder ante sus pretensiones intervencionistas en los asuntos y en la jurisdicción eclesiásticos; a su muerte le sucedió el Papa Clemente X (1670-1676), quién en seis años se vio obligado a aceptar el control casi absoluto sobre el papado.

Con la bendición de Luis XIV se aprobaron los “Cuatro Artículos Galicanos” del filósofo y teólogo JACQUES BÉNIGNE BOSSUET (1627-1704), que se resumen así:

“1) El pontífice no tiene poder secular, aunque en lo espiritual es supremo; por lo tanto, los monarcas no están sometidos a nadie en los asuntos terrenales.

”2) El Papa está sometido a los Concilios Ecuménicos.

”3) La infalibilidad en cuestiones de fe del Papa está condicionada a la confirmación de su postura por toda la iglesia.

”4) El pontífice debe reconocer la inviolabilidad de las costumbres inmemoriales de la iglesia francesa, como el derecho de la Corona a designar obispos y a percibir las rentas de los obispados vacantes”⁴⁵¹.

451 Walker, *Los Hugotones*, op. cit., p. 149.

El galicanismo del rey golpeó fuertemente al papado y a los hugotones (los protestantes) con la revocación del Edicto de Nantes en 1685. Estas decisiones fortalecieron el absolutismo del rey Luis XIV, quien ordenó la enseñanza del galicanismo en las escuelas, colegios y seminarios. Expulsó del país a 500.000 hugotones; se excluyeron de los cargos públicos a los protestantes; se prohibieron los entierros de protestantes durante el día; los cementerios fueron puestos en manos del catolicismo francés; fueron abolidos los tribunales judiciales mixtos; se anularon los matrimonios entre católicos y protestantes. El Papa Inocencio XI (1676-1689) se opuso al absolutismo del rey y al galicanismo que defendía la autonomía e independencia de la iglesia católica –nacional– francesa por encima del papado romano. Sin embargo, el rey citó a una Asamblea de la Iglesia en St. Germain, en la que se decidió que los Papas no tienen derechos temporales sobre los reyes.

“En tiempos de Luis XIV estos principios de la política moderna –Estado-nación soberano, razón de Estado y lucha por la hegemonía– llegaron a su punto álgido. La religión servía para legitimar el absolutismo monárquico: en lugar de «un Dios, un Cristo, una fe», como en la Edad Media, ahora había «*un Dieu, une foi, une loi, un roi*»⁴⁵²: un Dios, una fe, una ley, un Rey, significando que la unidad religiosa era el corolario del absolutismo monárquico, según JOSEPH WALKER.

En el campo económico la agricultura no sólo se estancó, sino que la tierra cultivada se había reducido en un tercio y la clase campesina era agobiada por las penurias, vejaciones y los impuestos. No había libertad para el transporte de cereales, ni dentro ni hacia fuera del país⁴⁵³.

452 Küng, Hans. Op. cit., p. 187.

453 Rangel Couto, Hugo. *Guía para el estudio de la historia del pensamiento moderno*. México: Editorial Porrúa, 1986, p. 33.

b. Luis XV

Al fallecer Luis XIV le heredó el trono su biznieto a los cinco años de edad, conocido como Luis XV⁴⁵⁴ (1710-1774); su tío el Duque Felipe de Orleans ejerció el poder a título de Regente y como primer ministro el abate Dubois; afloraron la corrupción y los vicios que caracterizaron a Francia; a los trece años Luis XV se coronó como rey de Francia y se dedicó al libertinaje y a dilapidar su riqueza, delegando el gobierno en asesores economistas, entre otros John Law, que empobreció a Francia; sus amantes –Jeanne Antoinette Poisson, marquesa de Pompadour (1721-1764) y Jeanne de Bécu, condesa Du Barry (1743-1793)– influyeron en los destinos de Francia tomando grandes decisiones: protegiendo a los filósofos enciclopedistas y convenciendo al monarca para patrocinar y editar la Enciclopedia. MONTESQUIEU dijo que Francia estaba gobernada por mujeres; agonizante, Luis XV exclamó: “Después de mí, el diluvio”.

Durante el gobierno de Luis XV se expidió una legislación penal que permitía la utilización de la tortura para obtener la confesión y no permitía la defensa por medio de abogados, legislación que se utilizó para perseguir a los protestantes y a los enemigos políticos del gobierno. Como muestra de su poder, Luis XV expresaba: “No hemos recibido la corona sino de Dios, el derecho de hacer leyes nos pertenece, a Nos exclusivamente, sin dependencia ni participación de nadie”.

El Tribunal de Justicia de París condenó a los jesuitas a pagar multas elevadas (1761); el Parlamento disolvió la Orden (1762) y, finalmente, el rey los expulsó de Francia en 1764, porque dirigiendo los colegios y los confesionarios manipulaban la educación y se inmiscuían en política; se condenó sin garantías judiciales a trabajos forzados a 2.000 hugotones aproximadamente. Los jueces de inferior jerarquía presentaron

454 Contemporáneo de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

escritos al rey protestando por la coacción que ejercían de los católicos para condenar a los hugonotes. La persecución de los hugonotes y de los jesuitas condujo a violaciones sistemáticas de sus derechos humanos.

c. Luis XVI

Muerto Luis XV le sucedió en el trono Luis XVI (1774-1792), quien se casó con María Antonieta de Habsburgo (1755-1793). Fue un rey débil de carácter, pésimo político, y como mal administrador acudió a asesores económicos como Jacques Turgot (1727-1781) y Jacques Necker (1732-1804), quienes hicieron unas reformas financieras que afectaron gravemente a los estamentos feudales, en especial al tercer Estado y a los campesinos, causas que sumadas a la persecución religiosa de los hugonotes (detenciones arbitrarias, condenas a trabajos forzados, destierro, confiscaciones de bienes, multas, expatriación forzada y no deseada, la separación de los hijos de sus padres, etc.) abonaron el terreno para la revolución. El marqués de La Fayette (1757-1834) luchó para conseguir el reconocimiento a las libertades espirituales de los disidentes del catolicismo.

El rey dictaba una real orden para detener arbitrariamente a una persona sin exponérsele los cargos (expedía las *“lettres de cachet”* que adelante se explica), manteniéndolo en La Bastilla hasta su muerte sin adelantarse un proceso; en otros casos se enjuiciaba al inculpado condenándolo a pena de prisión, convertible en cadena perpetua. El Parlamento ejercía funciones judiciales; había tribunales eclesiásticos y de los Señores; éstos tenían competencia para juzgar delitos de injurias, escándalos y borracheras, suponiendo siempre la culpabilidad.

3.6.2 LA ORGANIZACIÓN SOCIO-ECONÓMICA FRANCESA (LA FEUDALIDAD)

En la segunda mitad del siglo XVIII y antes de la revolución de 1789, Francia tenía una población de veinticuatro a veinticinco millones de habitantes; veintidós millones eran campesinos, y unos seiscientos mil eran obreros; era una

sociedad feudal (con economía agraria); sin embargo, la manufactura y el comercio se desarrollaban progresivamente en la ciudad, donde la aristocracia dominaba las esferas sociales, aclarando que la agricultura estaba atrasada en relación con el comercio y la industria.

La sociedad francesa era feudal-estamental: la nobleza, el clero y el Estado llano o tercer Estado (la población restante), en conjunto, se denominaban Estados generales.

La nobleza se dividía en: nobleza de la Corte que vivía en el palacio de Versalles y la nobleza de provincia. El clero se dividía en alto clero: 3.000 obispos, canónigos y abades, poseedores de grandes riquezas y honores, y bajo clero: 5.000 entre sacerdotes y vicarios pertenecientes al tercer Estado, de los estratos de la plebe, en condiciones económicas precarias. Las dos terceras partes de la tierra pertenecían a la nobleza y la tercera restante al clero, por lo que las relaciones de producción feudal frenaban el desarrollo de la industria manufacturera y del comercio, lo que determinó que la creciente burguesía invirtiera sus capitales en el comercio y no en el sector agrario, acumulando grandes riquezas.

En los gobiernos de Luis XV y Luis XVI –en lo social y político–, los nobles gozaban de los privilegios reales y honoríficos; como terratenientes no pagaban impuestos; ocupaban los cargos militares, judiciales (los juzgados se compraban y se transmitían por herencia) y administrativos del Estado, y gozaban de otros favoritismos como las recompensas, pensiones y participaban del derroche de los caudales públicos de la corte real; en buena parte, compartía con el Rey la dirección del Estado, incluso administraba la justicia disponiendo arbitrariamente de la libertad de los hombres. La nobleza como estamento era excluyente y discriminatoria, es decir predominaba la desigualdad en relación con el tercer Estado.

El tercer Estado comprendía el resto de la población: burgueses, artesanos y labriegos o campesinos; la burguesía estaba conformada por abogados, médicos, profesores, notarios,

escribanos, comerciantes, banqueros, industriales, sin privilegios sociales y políticos, quienes no participaban en la conformación y ejercicio del poder político, por ello los burgueses estaban bajo el dominio del rey, de la nobleza y del clero y, por ende, no gozaban de libertad y menos de igualdad. Sin embargo, los burgueses se fueron formando intelectualmente en la filosofía política de la ilustración y en la economía de los fisiócratas en defensa de sus intereses.

En el tercer Estado también se hallaban los artesanos que ejercían un oficio manual y estaban organizados en gremios o corporaciones; los campesinos o labriegos constituían un gran número de pobres con la nascente clase obrera. La clase campesina era la más explotada: trabajaba las tierras del Señor feudal, pagándole en dinero y en especie; al clero le entregaba el diezmo y al Rey los impuestos.

En conclusión, “se formó así una burguesía de trabajo pacífico y libre administración. La ciudad se convirtió en una unidad política y el burgués en ciudadano, jurídica y políticamente autónomo, definido por su pertinencia a la ciudad”⁴⁵⁵.

Esta era la composición de la sociedad feudal francesa en el siglo XVIII, con una desigualdad política, social y económica profunda e irreconciliable: miseria, hambre, enfermedades y pobreza. De 600.000 habitantes de París, 119.000 eran indigentes; gran parte de éstos en la cárcel.

3.6.3 LOS GREMIOS O CORPORACIONES (MAESTROS, COMPAÑEROS Y APRENDICES) FRANCESES

Como se expresó, la producción económica se basaba en la tierra (la agricultura) y la forma de producción gremial

455 Schnapper, Dominique. *La comunidad de los ciudadanos. Acerca de la idea moderna de nación*. México: Alianza Editorial, 2001, p. 87.

se desarrollaba en los talleres artesanales, ubicados en los burgos⁴⁵⁶ y las villas. Según HENRI PIRENNE, el gremio medieval se podría definir “como una corporación industrial que gozaba del privilegio de ejercer exclusivamente determinada profesión, de acuerdo con los reglamentos sancionados por la autoridad pública”⁴⁵⁷. En otras palabras, “Gremio es una asociación de artesanos especializado por el tipo de trabajo profesional”⁴⁵⁸. En toda corporación o gremio de artesanos existía una jerarquía en que se ascendía por méritos, o mejor por trabajo: (i) el maestro era el jefe del taller; propietario de los utensilios de producción y de la materia prima; era un pequeño empresario independiente; (ii) los compañeros (u oficiales) eran los ayudantes del maestro, por el trabajo recibían un *salario* como premio, porque habían asimilado el aprendizaje, y después de adquirir otros conocimientos ascenderían a maestros, y (iii) los aprendices, quienes se iniciaban en el oficio bajo la dirección de los maestros; nadie podía ser admitido en el ejercicio de una profesión u oficio sin garantía de aptitud. El producto fabricado y las ganancias de su venta le pertenecían al maestro del taller; su clientela se limitaba a los habitantes de las villas o de los burgos, siendo el taller la tienda por medio de la cual el comprador se contactaba directamente con el vendedor. Esto en cuanto al aspecto económico⁴⁵⁹.

En relación con el aspecto político –inseparable del económico–, observamos que el origen de los oficios se debe

456 Proviene del vocablo germano *burgen*; inicialmente un lugar de refugio y protección; más tarde establecieron allí su residencia los comerciantes y artesanos, y el burgo se transformó en la *cité*, o centro económico, político, administrativo y religioso propicio para el asentamiento, desarrollo del comercio, el artesanado y a sus habitantes se les denominó “burgueses”. Cfr. Neissa. Op. cit., pp. 121 a 131. Los ciudadanos eran los habitantes de las ciudades (*cité*), esto es, de los burgos. En otras palabras, surgió de allí la ciudadanía burguesa francesa. Véase p. 194, los burgos en el resto de Europa.

457 Pirenne. *Historia económica y social de la Edad Media*. Op. cit., p. 134.

458 Vetencourt y Guardia. Op. cit., p. 106.

459 Pirenne. Op. cit., p. 136.

atribuir, entre otros aspectos, a la asociación voluntaria de los artesanos, quienes con permiso de la autoridad pública podían reunirse, observando unos *reglamentos* que regulaban la adquisición de materias primas, fijaban los salarios, precios, jornada de trabajo y número de compañeros y aprendices.

Entre las corporaciones se destacaban las de los albañiles y constructores, que se encargaron de construir las grandes catedrales góticas y los castillos medievales; generalmente tomaban el nombre de un santo patrono, como por ejemplo, la corporación de San Juan⁴⁶⁰. Existió una corporación denominada la Compagnonnage, especializada en tallar la piedra franca para la construcción de las catedrales, sometida a reglamentos muy severos.

Este era el contexto político, social, económico, cultural y religioso en Francia en vísperas de la revolución, sustentado en dos elementos estructurales de la *Ancien Régime*: la monarquía absoluta y la feudalidad que la burguesía derribará.

¿Cuál fue el fundamento político, social, económico y cultural de la burguesía para destruir estos elementos estructurales? Su pensamiento se apoyó principalmente en dos columnas: en la doctrina económica de los *fisiócratas* y en el pensamiento filosófico de la *Ilustración*. Además, el conflicto religioso católicos-hugonotes impulsó el avance de la ilustración hacia el triunfo de la revolución. La identificación de Francia con el catolicismo (ser francés era ser católico) se vio duramente comprometida por la existencia de los cuarenta o cincuenta mil judíos que esperaron hasta la Revolución para adquirir la ciudadanía francesa, o por el medio millón de calvinistas o hugotones que obtuvieron un mínimo estatus civil en 1788, tras

460 Pirenne. Op. cit., pp. 79, 131 a 136; Borja. Op. cit., pp. 439, 440, 665 y 666; Vetencourt. Op. cit., p. 107.

cien años de no existir oficialmente⁴⁶¹. Examinemos brevemente la doctrina económica de los *fisiócratas*.

3.7 LOS FISIÓCRATAS

En el campo económico el liberalismo burgués se fundamentó en la escuela de los fisiócratas, primer pensamiento económico que originó la economía política como una ciencia; era una doctrina económica que apareció en 1756 en Francia. Fisiocracia significa “el gobierno de la naturaleza”; fueron exponentes FRANÇOIS QUESNAY⁴⁶² (1694-1774); MERCIER DE LA RIVIERE (1720-1793); JACQUES TURGOT (1727-1781) y DUPONT DE NEMOURS (1739-1817). Los fisiócratas sostenían que el origen de la riqueza estaba en la tierra; creían en un orden natural originado por Dios, según el cual existía unas libertades naturales que permitía al individuo el goce legítimo de sus propiedades⁴⁶³, protegido por éstas leyes, es decir, que el individuo era el motor de la actividad económica; se debía invertir el capital citadino en el agro, con el objeto de explotar económicamente la tierra; defendieron el librecambismo, con base en los principios del *laissez faire* (dejar hacer-libertad de producción), *laissez passer* (dejar pasar-libertad de comercio); las aduanas impedían el comercio exterior porque entorpecían la exportación de los bienes y productos.

Esta doctrina económica revolucionó la sociedad francesa burgués, estimulándola a defender la propiedad como un derecho natural castigando a quienes atentaran contra ella; su aplicación engendró el conflicto entre el capital y el trabajo, por la elemental razón de que “(...) reforzaba y aseguraba la

461 Van Kley, Dale K. *Los orígenes religiosos de la Revolución Francesa*. Madrid: Edic. Encuentro, 2002, p. 18.

462 Escribió en la Enciclopedia artículos relacionados con la economía en el agro.

463 “Asegúrese a sus legítimos poseedores la propiedad de los bienes raíces y de las riquezas muebles, pues la seguridad de la propiedad es el fundamento esencial del orden económico de la sociedad” (François Quesnay).

iniciativa económica de los solos poseedores del capital, y no se preocupaba suficientemente de los derechos del hombre del trabajo, afirmando que el trabajo humano es solamente instrumento de producción, y que el capital es el fundamento, el factor eficiente, y el fin de la producción”⁴⁶⁴, conflictos que se agudizarían abonando el terreno para la Revolución Industrial.

En síntesis, la fisiocracia como doctrina económica fundamentó la riqueza en el cultivo de la tierra, contradiciendo la escuela del mercantilismo, cuya base era el oro y la plata, como también la economía medieval que giró alrededor de la posesión del feudo. Para los fisiócratas, la propiedad territorial era considerada como el fundamento del orden natural⁴⁶⁵. En otras palabras, la propiedad privada sería la fuente de riqueza y, por ende, un derecho que le pertenecía al individuo.

3.8 ILUSTRACIÓN

Según GUISEPPE RICUPERATI:

“El ilustrado es el burgués que crea las premisas ideológicas de la cultura que, mediante la Revolución Francesa, acaba definitivamente con el Antiguo Régimen y confirma un nuevo modelo de desigualdad, ya no por estamentos sino por clases”.

Es una época que corresponde al despotismo ilustrado. Sin embargo,

“(...) despotismo e ilustración son conceptos que se repelen mutuamente; la expresión correcta es Absolutismo Ilustrado, porque absoluto (*solutus a legibus*) significaba, en la terminología de la época, que el monarca no estaba sometido

464 Juan Pablo II. *Carta Encíclica Laborem Exercens*. Bogotá: Edic. Paulinas. 14 de septiembre, 2000, p. 36.

465 Cfr. Gómez Granillo, Moisés. *Breve historia de las doctrinas económicas*. México: Edit. Esfinge, 2005, pp. 44 a 53.

a las leyes ordinarias, pero sí a las leyes morales y a los pactos establecidos con los vasallos, mientras que al déspota se le solía identificar con el tirano que ejerce el poder, sin respeto a leyes ni derechos, para su exclusivo beneficio. Si el siglo XVII vio la culminación de la monarquía absoluta, de la que Luis XIV fue la encarnación perfecta, al XVIII se le identifica con el absolutismo ilustrado”⁴⁶⁶.

“El iluminismo o filosofía de la ilustración, es la versión castellana de la palabra alemana «*aufklärung*», y puede traducirse como «época de las luces»”⁴⁶⁷.

¿Qué es la ilustración? EMMANUEL KANT, contestó: “Un espíritu emancipado, un espíritu liberado del dogmatismo, de la autoridad”. El siglo XVII del rey Luis XIV se ha denominado el “Siglo de las Luces”, en contraposición del oscurantismo medioeval católico de los siglos anteriores, y por ello también se le conoce como el período del iluminismo:

“La corriente iluminista descansa en tres pilares ideológicos: el deísmo, el racionalismo y el ius naturalismo. El racionalismo consiste en admitir que la ley racionalmente elaborada por los hombres tiene, en sí misma y por sí sola, fuerza y potencia suficientes para estructurar la realidad política, haciendo que ésta sea tal cual se piensa y se manda que deba ser. El iusnaturalismo, o creencia en el derecho natural, es puramente *racional*. Este es un derecho ideal que se descubre y conoce por vía de la pura *razón*, como si se tratara de un código ideal de normas. El deísmo al descartar a las religiones positivas, desconocer la institucionalidad de la Iglesia, y prescindir del dogma, la revelación y el culto, propicia la tolerancia desde el campo puramente ideológico”⁴⁶⁸.

466 Domínguez Ortiz, Antonio. *Las claves del Despotismo Ilustrado, 1715-1789*. Barcelona: Edit. Planeta, 1990, pp. 3 y 4.

467 Bidart Campos. *Manual de Historia Política*. Op. cit., p. 198.

468 Bidart Campos. *Manual de Historia Política*. Op. cit., pp. 198 a 200.

Los defensores de esta corriente recibieron el nombre de los enciclopedistas, porque publicaron una vasta obra, compuesta de veintiocho volúmenes titulada “Enciclopedia o diccionario razonado de las ciencias, artes y oficios, por una sociedad de literatos ordenado por DIDEROT, y en la parte matemática, por D’ALEMBERT”.

¿Qué se entiende por enciclopedia? KANT respondió: “Un hombre que desprecia la tradición, el consentimiento universal, la autoridad, y osa pensar por sí mismo”. Las finalidades de la ilustración fueron: negar la existencia de Dios, erradicar la religión, cuestionar la inmortalidad del alma, atacar la iglesia y a las instituciones políticas conservadoras – la *razón* enfrentada a la fe cristiana –, movimiento antirreligioso catalogado de ateo porque además propugnó por separar la cultura de la religión; se desarrollaron las ciencias y el arte; hubo una profunda preocupación por el hombre, la naturaleza y el conocimiento. En fin, la Ilustración se propuso acabar “con el velo de la ignorancia, secreto y engaño que envuelve el poder de los príncipes”⁴⁶⁹:

“La razón humana es el valor número uno que lidera a la modernidad (...). Solo lo racional se considera verdadero. A la filosofía se le concede preferencia sobre la teología; a la naturaleza (ciencias naturales, filosofía natural, religión natural, ley natural) sobre la gracia; al ser humanos sobre lo específicamente cristiano”⁴⁷⁰.

Entre otros propósitos, la ilustración y la tolerancia religiosa se constituyeron en el medio de liberación espiritual de todos los “no católicos”. Es una nueva partida de las *libertades espirituales* (de conciencia, de culto y religiosa) fundamentadas en la tolerancia.

469 De Lucas, J. *¿Es posible engañar al pueblo?* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XV.

470 Kung. Op. cit., p. 191.

La enciclopedia comprendió el pensamiento revolucionario de la ilustración para que el Tercer estado razonara que su futuro era la revolución liberal burguesa, quebrando la unidad de fe religiosa que utilizaban los reyes para mantenerse en el poder, sustituyéndose la Biblia por la enciclopedia.

De los principales colaboradores con la Enciclopedia, entre otros, se señalan los siguientes: JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778); DENIS DIDEROT (1713-1784); JEAN LE ROND D'ALEMBERT (1717-1783); FRANÇOIS MARIE AROUET, VOLTAIRE (1694-1778), el barón PAUL D'HOLBACH (1723-1789) y CLAUDE HELVETIUS (1715-1771). Se destacan CHARLES LOUIS DE SECONDAT, barón de La Brede, y MONTESQUIEU (1689-1755), con los aportes que se exponen a continuación, no sin antes advertir que la Ilustración se afianzó en el principio de la separación de poderes y en la reformulación de los delitos y de las penas.

3.9 LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES

Con la obra *Del espíritu de las leyes*, el barón de MONTESQUIEU golpeó la monarquía absolutista con la teoría de la separación de los poderes. En efecto,

“(…) en cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. (...) Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad, falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos, como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes (...). Estos tres poderes se neutralizan produciendo la inacción. Pero

impulsado por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de concierto”⁴⁷¹.

La estrategia política de MONTESQUIEU estuvo dirigida a despojar al monarca absoluto (el Rey) del poder de legislar –el monopolio del *ius puniendi*– y asignarle esta competencia a una asamblea del pueblo, y la aplicación de la ley atribuírsela a los jurisconsultos que actuarían con independencia e imparcialidad y ceñidos al contenido democrático de la ley. “Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder”⁴⁷².

3.10 DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS Y EL IUS PUNIENDI MODERNO

“Una de las características típicas del absolutismo monárquico fue su política de centralización: por una parte, centralización legislativa y, por otra, centralización de las jurisdicciones”⁴⁷³, entre otras la penal. “El poder más terrible del príncipe y de los jueces que actúan en su nombre ha sido siempre, sin duda, el poder de castigar, de imponer condenas personales”⁴⁷⁴.

Según MONTESQUIEU “el poder de castigar y de juzgar es el más terrible y odioso de los poderes”. Como se dijo, los reyes ejercían el *ius puniendi* por medio de las *Lettres de Cachet*.

3.10.1 LAS LETTRES DE CACHET

Las *lettres de Cachet* (o pliegos sellados) era un medio punitivo que utilizaba el Rey para imponer su voluntad,

471 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1984, pp. 187-188 y 195.

472 Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, op. cit., p. 192.

473 Segura Ortega, Manuel. “La humanización del derecho penal y procesal penal en los siglos XVI y XVII”. En: *Historia de los derechos fundamentales*, T. I, *Tránsito a la modernidad*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, p. 460.

474 García de Enterría. Op. cit., p. 112.

no limitándose por ello a los asuntos de Estado y de policía, porque también intervenía en los conflictos familiares, para lo cual se adelantaba un procedimiento secreto con base en el pliego escrito que generalmente se destruía o se escondía en un lugar reservado de las torres de La Bastilla; como por ejemplo, el padre era el juez de sus hijos quien tenía derecho de pedir una *lettres de Cachet* cuando estaba en juego el honor de su familia, con el fin de que se encarcelara a su esposa o su hijo sin que se hubiera cometido un delito, bastaba un temor fundado de que se realizara o el visto bueno del cura párroco; el padre elegía la prisión, determinando el tratamiento cruel e inhumano a que sería sometido, pudiendo suavizar la pena. La madre también tenía derecho de solicitar la *lettres de Cachet* para detener a una hija que intentaba casarse contra su voluntad, disponiéndose su encierro en un reformatorio. Una joven viuda fue encarcelada porque no contraía matrimonio con un alguacil que era su amante; obtenía la libertad si se casaba antes de salir del lugar de reclusión casándose en la capilla del hospital general (centros de reclusión), porque todo atentaba contra las “buenas costumbres”. En algunos casos se omitía la separación de cuerpos evitando que un juicio civil se convirtiera en un burlesco, por lo cual era conveniente detener al marido o a la mujer, a fin de mantener la moralidad pública. El marido quedaba convertido en juez desde el momento en que su mujer era encarcelada. También era usual que los ministros del Rey Luis XV entregaban a sus amantes, como regalo de navidad, *lettres de Cachet*, con el nombre de la futura víctima en blanco, para que ellas lo llenaran⁴⁷⁵.

3.10.2 CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PENAL MODERNO

El sistema penal de la época se caracteriza por una serie de principios comunes⁴⁷⁶:

475 Cfr. Funck-Brentano, Frantz. Op. cit., pp. 193 a 218.

476 Cfr. Segura Ortega. *La humanización del derecho penal y procesal penal en los siglos XVI y XVII*. Op. cit., p. 460.

- a. Centralización o concentración del poder en el Rey;
- b. El *ius puniendi* queda en manos del Estado; de hecho, la totalidad de la legislación penal procede del monarca;
- c. Dependencia de la magistratura respecto del rey;
- d. Inusitada severidad de la legislación penal que afecta no solo al contenido de las penas, sino de manera muy especial al desarrollo de los procesos judiciales;
- e. Ambigüedad manifiesta de la legislación, lo cual permite a los jueces realizar interpretaciones de lo más dispares de manera que disminuye considerablemente la seguridad jurídica, y
- f. Como consecuencia de lo expuesto, ausencia de garantías efectivas para la defensa de los reos.

El panorama del *ius puniendi* medieval era el siguiente: estaba vigente la teoría del Derecho divino de los reyes, se trata del fundamento teocrático del poder político, es decir, que el poder del rey provenía de Dios; la idea de pecado aparece ligada con el delito; la ofensa a Dios supone la violación de las normas penales; la ley penal no era clara y la tipificación de los delitos era genérica; la ley no era igual para el noble y para el plebeyo. Junto a las penas de muerte y corporales existían también las penas pecuniarias que se ejecutaban sobre el patrimonio del delincuente y que lo privaban de sus bienes (confiscación); el producto económico de estas penas se repartía equitativamente entre el juez, la Cámara real y la persona que denunciaba el delito; algunos denunciantes (los delatores) buscaban algunas veces beneficios económicos, o cobrar venganzas, haya sido o no verdadera o falsa la denuncia. Un principio legal no era la presunción de inocencia sino la presunción de culpabilidad. Se practicaba el tormento judicial, teniendo en cuenta que la tortura fue concebida como medio de prueba y no como una pena, con la finalidad de obtener la confesión del inculpaado; las sentencias no se motivaban; los jueces eran corruptos⁴⁷⁷, y para que se

477 Cfr. Segura Ortega. *La humanización del derecho penal y procesal penal en los siglos XVI y XVII*. Op. cit., pp. 460 a 483.

reconociera la humanización del derecho penal se prescindió de las consideraciones religiosas en la penalización de las conductas: “En el Antiguo Régimen se atendía fundamentalmente a la perversidad moral de quien pecaba al romper el orden querido por Dios e impuesto por el soberano”⁴⁷⁸.

DIONISIO DIDEROT describe el *ius puniendi*, así:

“Parece que el juez se halla esforzado por encontrar un culpable. Al prisionero no se le dice la causa de su detención. Se comienza plantándole cuestiones capciosas. Se le esconden escrupulosamente los cargos y las informaciones. No se le carea con los testigos sino en último extremo. Llamaría gustosamente a todo ello el arte de hacer –no descubrir– culpables”⁴⁷⁹.

Existían los delitos de sangre aplicables en las familias protestantes: los hijos respondían conjuntamente por los delitos cometidos por sus padres.

Observaremos que el contractualismo luchó por el establecimiento del *principio de legalidad* que comenzó por aplicarse en el derecho penal. Además, el principio ruossuniano se incorporó en el Artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en los siguientes términos: la ley es la expresión de la voluntad general que explicaremos adelante.

3.10.3 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL⁴⁸⁰

El iusnaturalismo contractualista de THOMAS HOBBS y JOHN LOCKE inspiraron las obras de JUAN JACOBO ROUSSEAU

478 Prieto Sanchís. Op. cit., pp. 36 y 37.

479 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 68.

480 Ruiz Robledo, Agustín. *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2003; De Vicente Martínez, Rosario. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2004.

y del Barón de MONTESQUIEU⁴⁸¹ y CESARE BECCARÍA (1738-1794); ambos autores sentaron las bases del Derecho penal democrático con un sólido cimiento que se denominaría el *Principio de legalidad penal*. El *ius puniendi* del Estado de derecho liberal halló su fundamento en el Contrato Social y, a su vez, “el principio de legalidad constituye el primer principio limitador del *ius puniendi* estatal”⁴⁸².

El alcance del principio de legalidad es el siguiente: “Competente para tipificar los delitos y las penas y para establecer las formas de los juicios es sólo el legislador soberano”⁴⁸³.

MONTESQUIEU en la obra *Del espíritu de las leyes* “por primera vez señala la directa conexión que hay entre la libertad de los ciudadanos, la división de poderes y el principio de legalidad” al considerar que:

“En los Estados despóticos no hay leyes: el juez es su propia regla. En los Estados monárquicos hay una ley que el juez aplica en los casos en que es terminante; en los que no lo es, busca su espíritu. El Gobierno republicano es propio de la naturaleza de la Constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual se pueda interpretar ninguna ley cuando se trata de sus bienes, de su honor o de su vida”⁴⁸⁴.

BECCARIA humanizó el derecho penal y el derecho procesal penal con su obra *De los delitos y de las penas*⁴⁸⁵, escrita entre 1763 y

481 Del célebre barón de la Brede, expresó Beccaría: “La verdad indivisible me fuerza a seguir las trazas luminosas de este gran hombre”.

482 De Vicente Martínez. Op. cit., p. 13.

483 Prieto Sanchís. Op. cit., pp. 57 y 58.

484 Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Op. cit., p. 100.

485 Véase importantes estudios de la obra de Beccaría por los destacados penalistas Jorge Restrepo Fontalvo. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, y Nódier Agudelo. Bogotá: Edit. Temis, 2005.

1764. Esta doble influencia en la obra es evidente. Veamos⁴⁸⁶ un extracto de sus ideas compendiado por JUAN A. DELVAL⁴⁸⁷, y siguiendo a JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ⁴⁸⁸ se podría clasificar en el siguiente orden:

a. Principio de legalidad sustantivo

Son aquellos principios relacionados con el delito y la pena, definidos en la ley previamente; corresponden a la fórmula: no existe delito ni pena sin ley previa que los establezca:

- ¿Qué es la ley? “Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla”⁴⁸⁹.
- “Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”⁴⁹⁰.

Al respecto, PRIETO SANCHÍS comenta lo siguiente:

“Se consagra de este modo una legalidad en sentido amplio que reserva la definición de los delitos y de sus penas a la esfera legislativa, esto es, a quien ostenta el depósito de la soberanía”⁴⁹¹.

486 Beccaría, Cesar. *De los delitos y de las penas*. Estudio introductorio de Sergio García Ramírez. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 214, 215, 218, 219, 220.

487 Citado por Ruiz Robledo. Op. cit., pp. 51 y 52.

488 Llobet Rodríguez, Javier. *Cesare Beccaría y el derecho penal hoy*. San José de Costa Rica: Edit. Jurídica Continental, 2005, pp. 161 y 271.

489 La definición de la ley es concebida en el Estado originado en un contrato social celebrado por los hombres para salir del estado de naturaleza (estado de guerra).

490 El principio de legalidad de los delitos y de las penas: *nulla crimen sine lege y nulla poena sine lege*.

491 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 106.

Adelante identificaremos los principios de legalidad y de reserva en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

- “El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros”⁴⁹².
- “El fin de las penas no es atormentar ni afligir sino impedir al reo «causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales»”.
- “Las penas deben ser proporcionales a los delitos, ya que si se destinase una pena igual a delitos de diferente cuantía los hombres no encontrarían estorbo para cometer el mayor”.
- “La verdadera medida de los delitos es el «daño público», por los que no hay justificación para que las penas sean distintas según quien cometa el delito y sí para que sean las mismas tanto «para el primero como para el último ciudadano»”.
- “La pena de muerte no es útil ni necesaria, aunque se justifica en dos casos: cuando el delincuente, aun privado de libertad, tenga el poder que resulte peligroso para la forma de gobierno y cuando la muerte del reo constituya el único freno posible para detener la criminalidad”.
- “El mejor medio para evitar los delitos es perfeccionar la educación”.

El individualismo liberal contribuyó con un nuevo principio penal: el principio de la personalidad de la pena, esto es, la pena no podrá trascender de la persona del delincuente.

492 La ley como norma general es uno de los elementos del Estado de derecho.

b. Principio de legalidad procesal

Son aquellos principios relacionados con el juez natural y los procedimientos, definidos en la ley previamente:

- “(...) pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de la legislación tan principal y tan descuidada en casi toda Europa”.
- “La nueva finalidad asignada al proceso propugnaba un nuevo tipo de juez y de organización judicial. Ante todo, un juez independiente y separado del monarca o soberano, que reunía en su persona tanto el poder legislativo como ejecutivo, pero independiente así mismo de las partes en el proceso, es decir, imparcial, e incluso también independiente del resto de los demás jueces y tribunales (...), el juez deja de ser un enemigo del inculcado para convertirse en un sujeto imparcial”⁴⁹³.

Al respecto, expresaba MONTESQUIEU:

- “Las sentencias dictadas por el príncipe serían una fuente inagotable de injusticias y de abusos (...); no hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo”⁴⁹⁴.
- “Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado”⁴⁹⁵.

493 Prieto Sanchís. Op. cit., pp. 72 y 74.

494 Montesquieu. Op. cit., p. 151.

495 La creación del poder de juzgar separado del poder de legislar y estos dos poderes diferentes del poder ejecutivo.

- “La competencia del juez se limita a la verificación de los hechos y a su mecánica subsunción en la ley”⁴⁹⁶.
- “Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores. (...) ¿Quién será, pues, su legítimo intérprete? ¿El soberano, esto es, el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es solo examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes?”⁴⁹⁷.
- “Las penas deben aplicarse con prontitud, de tal manera que es necesario fijar plazos breves, pero suficientes para la presentación de las pruebas, para la celebración del juicio y para la ejecución de la pena”.
- La motivación de los fallos. “Las decisiones requieren una justificación interna que acredite la corrección del fallo a partir de las normas aplicables y de los hechos enjuiciados, por cuanto dicha motivación es el vehículo necesario para generar la vinculación al precedente y, con ello, laceración de una doctrina o estilo judicial frente o junto a la ley”⁴⁹⁸.

En cuanto al aspecto procesal, el sistema inquisitivo imperante en el antiguo régimen lo describe BECCARÍA en la siguiente forma, así como también se resalta el aspecto probatorio.

1) Sistema inquisitivo

Denominado por BECCARÍA “*proceso ofensivo*”; se caracteriza por la falta de imparcialidad del juez, quien se convierte en

496 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 64.

497 Según Montesquieu el juez es el parlante de la ley, es la boca de la ley, por tanto no interpreta sino aplica la ley.

498 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 82.

un abogado del fisco⁴⁹⁹; “el juez es, por consiguiente, enemigo del reo (...) No busca la verdad, sino que desea hallar el delito en la persona del acusado; prepara lazos en que se enrede su inocencia”⁵⁰⁰. En cuanto al procedimiento secreto del sistema inquisitivo BECCARÍA, expresó:

“(...) sean públicos los juicios, sean lo igualmente las pruebas del delito y la opinión (...) pondrá un freno a la fuerza y las pasiones (...), las acusaciones secretas son un desorden evidente (...). ¿Quién, podrá defenderse de la calumnia cuando va armado con el escudo más seguro de la tiranía, que es el secreto?”⁵⁰¹.

2) *Sistema probatorio inquisitivo*

“Es el modelo de pruebas legales, que atribuía a cada una de ellas un valor fijo o determinado, de manera que el juez no tenía más que «sumar» las que concurrían en el caso para llegar a una conclusión indubitada, con independencia de cuál fuese su convicción que, naturalmente, no puede responder al mero pálpito o a la intuición”⁵⁰².

El objeto de la prueba, “debe orientarse en lo sucesivo, no a la constatación de desviaciones morales o de enfermedades del carácter, sino a la comprobación de conductas y resultados externos y naturalísticos”⁵⁰³.

Finalmente, ¿cuál es la *filosofía de la ilustración* en relación con el *ius puniendi*?

499 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 108.

500 Beccaría. Op. cit., p. 82.

501 Beccaría. Op. cit., p. 151.

502 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 70.

503 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 69.

3.10.4 BECCARIA Y LA FILOSOFÍA PENAL DE LA ILUSTRACIÓN

Con este título PRIETO SANCHÍS explica el siguiente alcance:

“Su contribución esencial fue dotar al Derecho y al Estado de un fundamento racional o, lo que es lo mismo, individualista y generalmente consensual, con el espíritu humanitario y filantrópico, que había de horrorizarse ante la crueldad de los procedimientos y de los castigos”.

Dice este autor que:

“(…) en el tratado de BECCARIA se hallan los cimientos del Derecho penal liberal: primero, el derecho de castigar no tiene otro fundamento que el pacto social; segundo, sólo el soberano (el legislador) es depositario de ese derecho en la sociedad civil y lo ha de ejercer a través de leyes que reúnan ciertas condiciones (claridad, sencillez y concisión) y, tercero, las penas han de ser las estrictamente necesarias para conservar la seguridad pública, pues los castigos que excedan de esa medida se convierten en inútiles y con ello en injustos”⁵⁰⁴.

Finalmente,

“(…) la Declaración tiene, entre sus glorias inmarcesibles, la de haber formulado por primera vez como una norma jurídica el famoso «principio de legalidad de los delitos y de las penas»”⁵⁰⁵.

Concluye esta parte FERRAJOLI, diciendo:

“Fue con referencia al despotismo punitivo como el ius naturalismo ilustrado llevó adelante sus batallas contra la intolerancia política y religiosa y contra el arbitrio represivo

504 Prieto Sanchís. Op. cit., pp.106 y 107.

505 García de Enterría. Op. cit., p. 112.

del *Ancien régime*⁵⁰⁶, a fin de construir un nuevo modelo represor: el *ius puniendi* democrático en que se fundamenta el derecho penal democrático”.

El escenario de la prerrevolución era el siguiente: extrema pobreza en las capas inferiores del tercer Estado; derroche económico de los reyes; gravosa imposición de impuestos; expulsión de los jesuitas y deportación de los hugonotes; proliferación de detenciones arbitrarias basadas en las *lettres de Cachet* y condenas injustas; concientización iluminada en la razón de los burgueses de su ascenso al poder, estableciendo un Estado de derecho legal, sometido a una *Declaración de derechos civiles y políticos* que sepultara definitivamente el *antiguo régimen*, bajo las banderas de *libertad, igualdad y fraternidad*.

3.11 LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Durante el año 1789 del reinado de Luis XV se agudizaron las contradicciones económicas, sociales y políticas entre la nobleza, el clero y el tercer Estado, además del subyacente conflicto religioso de grandes proporciones que desembocaron en los siguientes hechos:

Presionado por los acontecimientos el Rey hace la convocatoria y posesión de los Estados Generales en Versalles⁵⁰⁷ (mayo 5), para lo cual el Rey “invita a la nobleza y al clero a unirse al Tercer Estado en una única cámara que decide por votos (*têtes*) y no por estamentos (*ordres*)”⁵⁰⁸. El clero y la nobleza

506 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Madrid, Trotta 1995, p. 24.

507 Se celebró una misa de apertura de los Estados generales y el arzobispo, dirigiéndose a Luis XVI, expresó: “Señor, el pueblo sobre el cual reináis ha dado pruebas inequívocas de paciencia. Es un pueblo mártir al que parece no habersele dejado la vida sino para hacerle sufrir más largo tiempo”.

508 Peces-Barba Martínez y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 177.

contaban cada uno con 300 diputados y el tercer Estado con 600; los dos primeros proponían votar por estamentos, y el último el voto por cabeza.

Como no hubo acuerdo, el tercer Estado se constituyó en Asamblea Legislativa (junio 17), por lo que el Rey decidió declarar la nulidad de la decisión (20 de junio), disponiendo cerrar la sala de reuniones, lo que obligó al tercer Estado a reunirse en la “sala del juego de la pelota”, en la que juraron “no separarse jamás hasta que la Constitución se estableciera”.

El Rey, el 23 de junio insiste en imponer su autoridad mediante la siguiente declaración:

“El Rey quiere que se mantenga plenamente la vieja disposición entre los tres Estados (...). El Rey declara que las resoluciones del tercer Estado son nulas y sin ningún valor (...). Todos los derechos de propiedad, sin excepción, serán protegidos firmemente. Su Majestad entiende, explícitamente, por propiedades, los diezmos, censos, rentas, derechos y deberes feudales y señoriales y, en general, todos los derechos y las prerrogativas útiles y honoríficas que están vinculadas a las tierras y a los feudos o que pertenezcan a las personas”.

Desobedecieron esta orden los diputados del tercer Estado y con ello quebraron definitivamente uno de los elementos de la estructura del Antiguo Régimen: el *absolutismo monárquico*.

Posteriormente la Asamblea Legislativa se transformó en la Asamblea Nacional Constituyente (julio 9), toma de La Bastilla (julio 14)⁵⁰⁹ —máximo símbolo de la monarquía feudal—, estallando la Revolución liberal burguesa,

509 Era una cárcel en la que se practicaban los tratos crueles, inhumanos, degradantes y la tortura. Los prisioneros que arbitraria e injustamente se encontraban allí obtuvieron la libertad por voluntad del pueblo.

La Asamblea Nacional en la sesión del 4 al 5 de agosto decreta la abolición de los privilegios y del régimen feudal, disponiendo lo siguiente: abolición de la servidumbre y de la Mano Muerta en todas sus formas; abolición de la justicia señorial; abolición de la venta de los cargos públicos y gratuidad de la justicia; abolición de las exenciones tributarias; igualdad para el pago de impuestos; admisión de todos los ciudadanos en la administración pública y en los cargos del ejército; con ello se derriba el segundo elemento de la estructura del “Antiguo Régimen”: la *feudalidad*, abriendo el camino para enarbolar las banderas de *libertad*, *igualdad* y *fraternidad*.

El 16 de marzo 1790 la Asamblea Constituyente, por iniciativa del Rey Luis XVI, derogó las *Lettres de Cachet*.

De esta forma la monarquía absolutista feudal perdió los elementos que estructuraba el Antiguo Régimen, ofreciendo un nuevo escenario que propició el tercer Estado para lograr la igualdad de derechos para sus miembros, concretamente la burguesía liberal ilustrada, sin las ataduras religiosas del catolicismo romano, ni ninguna otra. Es significativo que miembros del bajo clero (sacerdotes, párrocos y vicarios) se unieran con el tercer Estado ante la indiferencia y arrogancia del alto clero (obispos, canónicos y abades), quienes fueron objeto de insultos y ataques físicos populares, porque eran odiados por el pueblo francés⁵¹⁰, todo lo cual definitivamente debilitó al clero católico. En este contexto se redactó el siguiente documento, con la exclamación popular de *libertad*, *igualdad* y *fraternidad*, inspirada en la *razón*.

El 26 de agosto de 1789 la Asamblea Constituyente aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, por 1315 diputados.

510 Cfr. Van Kley. Op. cit., pp. 500-502.

Al respecto, destacamos de la Declaración el siguiente Preámbulo:

“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional⁵¹¹, considerando 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, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales⁵¹², inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del ejecutivo⁵¹³, pudiendo ser, en todo instante, comparados con el objeto de toda institución política, sean más respetados; y a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundándose desde ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución⁵¹⁴ y a la felicidad de todos.

”En consecuencia la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo⁵¹⁵, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano (...)”⁵¹⁶.

511 Obsérvese el origen de la Declaración expedida por una Asamblea representativa del pueblo francés.

512 El ius naturalismo contractualista como fundamentación filosófica.

513 Influencia de la teoría de la división de poderes de Montesquieu.

514 Dado que la Asamblea legislativa se transformó en una Asamblea Constituyente con el propósito de expedir una Constitución, que terminó siendo una Constitución Política; por tanto, el Estado absolutista sufriría su propia transformación en otra forma de Estado que se explicará adelante.

515 No se individualizó una deidad tradicional como Dios, Jahvé, Jehová, etc.; fue un buen comienzo para garantizar la tolerancia y por consiguiente las libertades espirituales.

516 “El término ciudadano fue honorífico y tuvo una connotación de igualdad y supresión de privilegios”. Borja. Op. cit., p. 120.

Previamente a la exposición de los derechos, precisemos algunos conceptos jurídicos:

“Los dos conceptos jurídicos principales de la Declaración son el «derecho subjetivo» y el de «ley». La ley se convertirá en la fuente principal del Derecho; la ley tiene como función garantizar los derechos que la Declaración ha establecido previamente; a la ley le corresponde determinar los límites del ejercicio de los derechos naturales. Lo característico del modelo francés es la afirmación de la relevancia de la ley frente a la relevancia de la Constitución, y en este caso es obvio que se está recurriendo a un concepto estricto de ley, que no incluye ni a la Constitución ni a la Declaración”⁵¹⁷.

Hay en la Declaración un eje temático alrededor del cual, en nuestro concepto, gira la mayor parte de su articulado, el principio de legalidad establecido en el artículo 6º, que dice: “La ley es la expresión de la voluntad general”.

El artículo 6º de la Declaración debe leerse de la siguiente forma: la ley, expresión de la voluntad general, “debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue”.

Sea lo primero advertir que la Declaración cita el vocablo “Ley” en once ocasiones, además de utilizar dos veces el adverbio “legalmente”, destaca GARCÍA DE ENTERRÍA.

¿Qué se entendía por ley y cuál tipo de ley es el referido en la Declaración?:

“El concepto de ley formal aparece tras el triunfo de la Revolución Francesa y hace depender la definición de la ley (...) del órgano del que produce, del Parlamento, que, a su vez, en cuanto es el único capaz de producirla, resulta

517 Cfr. Peces-Barba Martínez y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 259-263.

también definido con base en ella, como –único– órgano en el que recae el poder legislativo. La ley es, pues, el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del Parlamento (...). Como el Parlamento «forma» la voluntad general –cuya expresión es la ley–, se trata de una cualidad que es indelegable”⁵¹⁸.

Este era el concepto de ley, de ley formal. La voluntad general emanaba exclusivamente del Parlamento; por ello el ejecutivo no tenía competencia para expedir actos-normativos, regular, limitar o restringir el ejercicio de los derechos civiles y políticos; cualquier delegación de competencias del parlamento en otro órgano sería ilegal.

La *ley como norma general*, según GUSTAVO ZAGREBELSKY es la siguiente:

“(...) la generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin discriminación, está necesariamente conectado con algunos postulados del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley.

”El Estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso «no regulado» del poder. La generalidad de la ley comporta una «normatividad media», esto es, hecha para todos.

”La generalidad de la ley es además premisa para la realización del importante principio de la separación de poderes.

”La generalidad de la ley era, en fin, garantía de la imparcialidad respecto de su igualdad jurídica. Desde el

518 De Cabo Martín, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Edit. Trotta, 2000, pp. 29 y 32.

punto el punto de vista del Estado de derecho, sólo podía llamarse ley la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, a la norma general”⁵¹⁹.

Además de *general* la ley debe ser *abstracta*, “significa que no tiene en cuenta acciones particulares, sino que prevé una hipótesis típica, un número indefinido de acciones”⁵²⁰.

“La Declaración contiene una teoría política expresamente asumida y una serie de conceptos e instituciones que derivan de ella y sirven al establecimiento de una nueva forma de organización del poder; la teoría es la del contractualismo social, correlato del iusnaturalismo”⁵²¹.

Con las anteriores precisiones conceptuales, comenzaremos con el estudio propuesto.

Se divide la exposición descriptiva en dos partes: (i) los derechos civiles del hombre y (ii) los derechos políticos del ciudadano burgués⁵²². Esta división se puede explicar de la siguiente manera:

“Los derechos de la Declaración son atribuidos a dos titulares distintos: uno es el hombre y otro es el ciudadano. El hombre es el titular de los derechos naturales [civiles]. El ciudadano es ese mismo hombre que pertenece a una comunidad política (la nación) y que es el titular de ciertos derechos, ahora sí jurídicos porque están establecidos por

519 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Edit. Trotta, 2003, p. 29.

520 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 16.

521 Peces-Barba Martínez y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 250-251.

522 Son los derechos de primera generación que en el siglo XX se denominan derechos fundamentales por algunas Constituciones europeas.

la ley, que es la expresión de la voluntad de esa comunidad política, concretamente, los derechos políticos”⁵²³.

3.11.1 LOS DERECHOS CIVILES DEL HOMBRE

El artículo 2º de la Declaración preceptuó lo siguiente:

“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”.

“Los derechos naturales del artículo 2 son los mismo derechos que la Declaración pasa a detallar desde el artículo 4 en adelante; la referencia a la ley está presente en todos ellos, porque solo la ley puede ser la que determine el alcance real de cada uno”⁵²⁴.

Se observa la influencia del iusnaturalismo contractualista que origina el Estado, siendo sus fines preservar los derechos naturales de todos los hombres que firmaron el contrato social.

Los derechos civiles son los siguientes: la libertad, la propiedad y la seguridad (artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 y 17).

No es fácil metodológicamente clasificar con exactitud los precitados derechos civiles en orden temático por articulado, porque algunos de estos artículos si no se relacionan directamente con la libertad e igualdad, reconocen otros derechos que tienen vínculos indirectamente con la igualdad o libertad. No obstante, trataremos de seguir un orden lógico-jurídico.

523 Cfr. Peces-Barba Martínez, Gregorio y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros (2001), *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 253 y 254.

524 Peces-Barba Martínez y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 255.

a. La seguridad

“La libertad se traduce en una serie de libertades concretas, y la seguridad lo hace en las garantías penales y procesales (...). La seguridad (...), es desarrollada con amplitud por los artículos 7º, 8º y 9º. La seguridad puede considerarse como un derecho (o un valor) independientemente de los demás, en forma de «seguridad jurídica», o bien como un derecho que requiere, para su completa definición, la determinación de su objeto, que en el caso de la Declaración, si mantenemos la vinculación entre la seguridad y los tres artículos citados, sería la libertad”⁵²⁵.

Se considera a PAUL JOHAM ANSELM FEUERBACH⁵²⁶ como el padre de las fórmulas latinas generalmente utilizadas para enunciar el principio de legalidad sustantivo: *nulla crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*⁵²⁷. Estos principios deberán ser regulados por el legislador. “El único poder verdaderamente nuevo, revolucionario, democrático y vinculado con los intereses ciudadanos era el poder legislativo”⁵²⁸.

1) *Nulla crimen sine lege*⁵²⁹

El artículo 5º preceptúa:

525 García Manrique, Ricardo. “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 268 y 282.

526 En Alemania en 1810 presentó la formulación del principio de legalidad en su obra *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*.

527 Puy Muñoz, Francisco. *Las fórmulas del principio de legalidad. Los derechos fundamentales y libertades públicas* (II). Vol. I. Madrid: Din Impresores, S.L., 1993, p. 504.

528 Peces-Barba Martínez y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 177.

529 Seguiremos los comentarios de Sergio García Ramírez a la obra clásica de Beccaria, César. *De los delitos y de las penas*, con el fin de explicar su influencia en la humanización del derecho penal y procesal en la Declaración, transcribiendo las citas bibliográficas de este libro.

“La ley no tiene el derecho de prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena”.

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, interpretando el aporte de BECCARÍA, expresa:

“Ahí están, rebosantes, el *ius libertatis*, la génesis del *nullum crimen sine lege* y una terminante limitación al poder de tipificar, de estatuir delitos, que se concede o reconoce al Estado. Este encierra la *ratio* de la tipificación y reduce a lo indispensable, por ende, el ámbito de la conducta incriminada”⁵³⁰.

Al respecto, BECCARÍA comenta lo siguiente:

“(…) acerca de cómo y para qué se formaron las leyes, ratifica que los hombres «debieron sacrificar una parte de su libertad para disfrutar del resto, seguros y tranquilos. En suma, el conjunto de estas mínimas porciones posibles (de libertad depositada en el soberano) forma el derecho de penar».

”Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, sin que esta autoridad pueda residir más que en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por un contrato social (...) el daño a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”⁵³¹.

“Aquí se ponen bajo la ley el delito y la pena. Será la conquista crucial del pensamiento clásico”⁵³².

530 García Ramírez, Sergio. *Estudios jurídicos, “César Beccaría y la declaración de derechos de 1789”*. México: Universidad Nacional de México, 2000, p. 454.

531 Beccaría, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Trad. de Constancio Bernardo de Quiros. Puebla (México): Edit. Cajicá, 1957, pp. 64, 66 y 135.

532 García Ramírez. Op. cit., p. 455.

¿Cuáles son los requisitos de una buena ley penal?
“Claridad, sencillez y concisión”⁵³³.

2) *Nulla poena sine lege*

El artículo 8º expresa:

“La ley no debe establecer más penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”⁵³⁴.

El principio de *nulla poena sine lege* es explicado por BECCARÍA, en los siguientes términos:

“(…) para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes (...). Si hubiese una escala universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía o de libertad, del fondo de humanidad o de maldad de las distintas naciones”⁵³⁵.

“Cada punto de la propuesta de BECCARÍA, como cada uno del artículo 8º en que afloró aquella solicitud, tiene resonancias numerosas. El conjunto formaliza, para los tiempos venideros, la doctrina de la pena. Con escrúpulo, medida; sin complacencia ni desbordamiento. Se trata, ya, de una actitud diferente. Sería el principio del nuevo derecho y de la nueva experiencia penal”⁵³⁶.

533 Prieto Sanchís. Op. cit., p. 60.

534 Contiene los principios sustantivos *nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*.

535 Beccaría. Op. cit., pp. 135 y 185.

536 García Ramírez. Op. cit., p. 460.

Como se observa, “se trata de que solamente los representantes populares puedan fijar las conductas consideradas delictivas y las penas que deben imponerse a quienes las lleven a cabo”⁵³⁷, es lo que se denomina *reserva de ley*.

3) *Presunción de inocencia*

El artículo 9º reconoció la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

“Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona”.

“Por lo menos en dos ocasiones BECCARÍA se pronuncia, con naturalidad, a favor de la presunción de inocencia. Lo hace al estudiar la prueba testimonial”⁵³⁸.

Según BECCARÍA,

“(…) es necesario que haya más de un testigo, porque mientras uno afirma y otro niega, nada hay de cierto y prevalece el derecho de que todos deben ser creídos inocentes (...), si el delito es incierto, no se debe atormentar a un inocente, pues tal es, según las leyes, todo hombre a quien no se le haya probado delito alguno”⁵³⁹.

4) *Debido proceso*

El artículo 7º, dice:

“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las

537 Carbonell, Miguel. *Elementos de derecho constitucional*. México: UNAM, 2004, p. 130.

538 García Ramírez. Op. cit., p. 462.

539 Beccaría. Op. cit., pp. 80 y 88.

formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados. Pero todo ciudadano reclamado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia”.

La primera parte se refiere a órdenes llamadas también Cartas selladas:

“Esas órdenes arbitrarias aludían sin duda a las *lettres de cachet*, dictadas por el Rey, que permitían encarcelar a una persona sin respetar el procedimiento judicial ordinario. Mediante este instrumento, el rey ejercía la justicia «retenida»: aunque la función judicial estaba atribuida a los jueces, por delegación del rey, éste se reservaba la posibilidad de juzgar en persona (...). La reglamentación de la detención parece, pues, el objeto principal del artículo”⁵⁴⁰.

La segunda parte del texto trata de la resistencia.

“Esta «resistencia» recuerda inmediatamente a la que es declarada como derecho natural en el artículo 2, y su presencia tiene como misión limitarla de manera que solo pueda ser ejercida cuando el poder público actúe al margen de la ley”⁵⁴¹.

Sostiene SERGIO GARCÍA RAMÍREZ que:

“(...) el artículo 7º anuncia una serie de prevenciones procesales que se pudieran agrupar bajo el concepto de debido proceso. La delación y la pesquisa eran práctica común. Los caminos se hallaron poblados de pesquisidores, y los tribunales se colmaron de delaciones. Todo conspiraba para la comunicación secreta del delito o del pecado”⁵⁴².

540 García Manrique. Op. cit., p. 284.

541 García Manrique. Op. cit., p. 285.

542 García Ramírez. Op. cit., p. 459.

Según BECCARÍA:

“Esta costumbre hace a los hombres falsos y simuladores, porque cualquiera de ellos puede sospechar entre los demás un delator, es decir, un enemigo (...) ¿Quién será el que pueda defenderse de la calumnia armada con el más fuerte escudo de la tiranía, que es el secreto?”⁵⁴³.

BECCARÍA sostuvo que un error común, contrario a la finalidad social,

“(...) es dejar que el magistrado ejecutor de las leyes sea dueño de aprisionar a un ciudadano, de quitar la libertad a un enemigo suyo por frívolos pretextos o de dejar inmune a un amigo a despecho de los indicios más fuertes de la culpabilidad (...) la ley, por consiguiente, indicará cuáles sean los indicios de un delito que merezca la custodia del reo (...)”⁵⁴⁴.

Luego agrega en cuanto a la prisión preventiva:

“La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración de delito, a diferencia de cualquier otra. ¿Cuál es, pues, el derecho, si no el de la fuerza, que concede a un juez la facultad de penar a un ciudadano mientras se duda si es verdaderamente reo o inocente?: siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide”⁵⁴⁵.

De los artículos 5º, 7º, 8º y 9º emerge el derecho a la seguridad de la libertad de la persona humana en forma de garantías penales (sustantivas) y garantías procesales (adjetivas). Estos derechos y garantías deben concebirse en la concepción revolucionaria de la ley, entendida como “la expresión de la

543 Beccaría. Op. cit., p. 459.

544 Beccaría. Op. cit., p. 74, citado por García Ramírez. Op. cit., p. 460.

545 Beccaría. Op. cit., pp. 74 y 75.

voluntad general”. De la interpretación sistemática de los artículos 7º, 8º y 9º con el artículo 6º, emerge el principio de legalidad, en su doble manifestación: principio de legalidad sustantivo y principio de legalidad procesal.

El aporte revolucionario de la Ilustración es sintetizado por FERRAJOLI, así:

“El pensamiento ilustrado representa sin duda el momento más alto de la historia —nada honorable en su conjunto— de la cultura penalista: aunque solo sea porque se le debe la formulación más incisiva de la mayor parte de las garantías penales y procesales dentro de las formas del Estado constitucional de derecho”⁵⁴⁶.

b. La propiedad

Finalmente, la Declaración reconoció el derecho a la propiedad privada, como un derecho natural, así:

“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella a no ser que lo exija de manera evidente la necesidad pública legalmente constatada, bajo la condición de una indemnización justa y previa” (art. 17). “Es un derecho fundamental de los propietarios y no un derecho fundamental a la propiedad”⁵⁴⁷

En otras palabras, la propiedad privada sustituyó a la posesión feudal para reforzar jurídicamente los intereses de la burguesía, dando nacimiento a un nuevo derecho civil.

Entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, el artículo 2º incluyó el derecho a la propiedad,

546 Ferrajoli. Op. cit., p. 23.

547 Peces-Barba Martínez y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 184.

fundamento del liberalismo económico como fortín del individualismo capitalista.

La Declaración revolucionaria consolidó la sociedad liberal burguesa con fundamento en la igualdad formal ante la ley y, a su vez, normatizó la desigualdad económica entre dos clases antagónicas: burgueses y proletarios, generando un conflicto entre el capital y el trabajo; el trabajo no se reconoció como derecho, mientras que el capital se afianzó en el derecho a la propiedad. Desigualdades —política, económica y social—, anunciadas por JUAN JACOBO ROUSSEAU, en su obra *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*:

“El primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: Esto me pertenece, y halló gentes bastante sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Qué de crímenes, de guerras, de asesinatos, de miserias y de horrores no hubiese ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o llenando la zanja, hubiese gritado a sus semejantes: «Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos pertenecen a todos y que la tierra no es de nadie!»”⁵⁴⁸.

Según BECCARÍA, la propiedad es “un terrible y no necesario derecho”.

El reconocimiento en la Declaración del derecho a la propiedad privada sería la base jurídica del Código Civil de Napoleón, como se verá adelante.

Los derechos a la libertad y a la igualdad que se exponen a continuación tienen su fundamento en el artículo 1º que preceptúa:

548 Rousseau, Juan Jacobo. “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”. En: *El contrato social o principios de derecho político*. México: Edit. Porrúa, 2000, p. 129.

“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

“Una primera lógica atraviesa la Declaración: la que une la igualdad y la libertad bajo la idea de una definición de libertad como si debiera ser igual para todos”⁵⁴⁹.

Es importante recordar que la Asamblea Nacional aprobó:

“(…) resoluciones revolucionarias contra la iglesia, el primer Estado, más rico y poderoso del antiguo régimen; en primer lugar, y especialmente, para sanear la paupérrima situación de las finanzas del Estado (...), se nacionalizaron las propiedades de la iglesia, se limitaron los ingresos del clero, y fueron disueltos los monasterios y las órdenes religiosas (...). El objetivo era formar una iglesia nacional que disfrutara de gran independencia de Roma”⁵⁵⁰.

c. La igualdad

Dos normas de la Declaración se refieren a la libertad con las siguientes formulaciones:

El artículo 1º: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

En el antiguo régimen el nacimiento del hombre determinaba el estamento al que pertenecía, lo que justificaba los privilegios sociales y políticos, y por consiguiente la discriminación de los demás hombres. El reconocimiento de la igualdad a partir del nacimiento garantizaría además que los hombres fueran libres por naturaleza e iguales entre sí:

549 Bouretz, Pierre. “Igualdad y libertad: en busca de los fundamentos del vínculo social”. En: Stéphane Rials et al. *Los derechos del hombre* (la Declaración de 1789). Trad. de Rubén Sierra Mejía. Bogotá: Instituto para el Desarrollo de la Democracia, Luis Carlos Galán, 1995, p. 106.

550 Küng, Hans. Op. cit., pp. 199 y 200.

“No se trata, en consecuencia, de derechos que deban ser adquiridos o para cuyo goce y disfrute se tenga que acreditar algún requisito: se tienen por el hecho de ser persona, son derechos iniciales que permanecen con el sujeto a lo largo de toda su existencia”⁵⁵¹.

Consagra esta norma lo que BOBBIO califica como igualdad en derechos:

“(...) la igualdad en los derechos comprende todos los derechos fundamentales enumerados en una Constitución, como son los derechos civiles y políticos, es así tanto que se pueden definir fundamentales aquellos, y sólo aquellos, de los que deben gozar todos los ciudadanos sin discriminaciones”⁵⁵².

Adelante nos referiremos a la igualdad frente a la ley.

d. Las libertades

El artículo 4º define los alcances de la libertad, y los artículos 10 y 11 reconocen el derecho a las libertades de pensamiento, opinión, de expresión y religiosa, en el siguiente texto:

“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley (art. 4º).

”La libertad es el único derecho que se encuentra definido en la Declaración, aunque sea de forma negativa:

551 Carbonell. *Una historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 108.

552 Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Edit. Paidós, 1973, p. 75, y *Liberalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 43 y 44.

aparece como la facultad de hacer «todo lo que no dañe a los demás»⁵⁵³.

Se trata de la denominada “igualdad en la libertad”, según BOBBIO:

“(…) lo que significa que cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás”⁵⁵⁴.

1) Libertades de opinión y religiosa

“Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluidas las religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley” (art. 10).

En Francia las relaciones entre la iglesia y el Estado las sintetiza HANS KÜNG, así:

“La principal víctima de la revolución fue la iglesia católica, que perdió su poder secular sobre la educación, los hospitales y el cuidado de los pobres, sus extensas propiedades y una porción importante del clero. En lugar de una cultura guiada por la iglesia y el clero, arraigó una cultura republicana y secularizada (...). La Declaración de los Derechos del Hombre sustituyó al credo cristiano, y la Constitución del Estado sustituyó a la ley eclesiástica. El altar de la patria, en el que el patriota debía entregar su vida, reemplazó al altar y al sacrificio de la misa. Se sustituyeron muchos nombres de localidades, pueblos y calles con nombres patrióticos. La veneración de los mártires heroicos sustituyó a la veneración de los santos. La Marsellesa sustituyó al *Te Deum*. La ética ilustrada de

553 Carbonell, *Una historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 113.

554 Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Op. cit., p. 41.

las virtudes burguesas y la armonía social sustituyó a la ética cristiana”⁵⁵⁵.

Concordante con el Preámbulo de la Declaración, los hombres tenían el derecho a creer en un Ser Supremo, sin especificar una divinidad en particular (Dios, Jahvé, Jehová); sólo de esta forma se podría hacer homenaje a la tolerancia, a fin de evitar las persecuciones religiosas y vivir como hermanos fraternalmente. Es el máximo respeto al Estado laico.

2) *Libertad de expresión*

“La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; así, todo ciudadano puede hablar, escribir, imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley (art. 11)”.

La finalidad de la libertad de expresión “fue la de ser expresión del anhelo de asegurar frente a la coacción estatal o privada un cauce de oposición burguesa al monarca absoluto, y posteriormente de crítica al uso del poder público por sus depositarios en el seno del Estado liberal”⁵⁵⁶.

Esta norma proscribió la lista de los libros prohibidos por la Iglesia Católica. El Papa Pablo IV (1555-1559) aprobó en 1557 el *Index Librorum prohibitorum* (índice de libros prohibidos) censurando las obras de HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU, VOLTAIRE, DIDEROT, MONTESQUIEU y D’ALEMBERT con su *Encyclopédie*, disponiendo la quema de sus libros para impedir su circulación, condenando además a los editores. En otro índice la inquisición española incluyó *De los delitos y de las penas* de BECCARÍA, el 20 de junio de 1777, ordenando quemar el libro.

555 Küng, Hans. *La iglesia católica*. Op. cit., pp. 201 y 202.

556 Villaverde, Ignacio. “Introducción histórica a las libertades de información y expresión”. En: *VII AA. La libertad de información y expresión*. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: CEPC, 2002, citado por Carbonell, Miguel. Op. cit., p. 133.

Como pilares en la Declaración se reconocieron libertades que garantizarían el pluralismo ideológico en todas sus vertientes, como son la libertad que tiene todo hombre de opinar y expresar libremente sus pensamientos en forma verbal o por escrito; sólo así la tolerancia sería la luz que iluminaría la nueva sociedad política fundada en los derechos naturales. El hombre sería libre e igual entre los hombres mismos, el poder del Estado lograría hacer realidad estas aspiraciones.

Los anteriores son los derechos civiles de los hombres, y los siguientes son los derechos de los ciudadanos burgueses, los derechos políticos.

3.11.2 LOS DERECHOS POLÍTICOS DEL CIUDADANO BURGUÉS

El artículo 6° reconoce los derechos políticos, así:

“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de participar, personalmente o por medio de representantes, en su formación (...)”.

En efecto, todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la formación de la ley como expresión de la voluntad general. Distingue la norma a los titulares de los derechos políticos: “todos los ciudadanos tienen derecho a (...)”. ¿Quiénes eran ciudadanos? Los hombres burgueses, es decir, los que tenían propiedades o rentas y pagaban impuestos (sufragio censitario); solo estos hombres franceses podían participar políticamente, aspectos que ampliaremos adelante.

Este es el punto de partida para la exposición de los derechos políticos, a saber:

a. **Ius suffragi**

Se trata del derecho político de los ciudadanos burgueses de participar en el proceso de formación de la ley por medio de sus representantes, elegidos mediante el sufragio.

b. *Ius honorum*

En la segunda parte del artículo 6° se reconoció el derecho político de acceder a los cargos públicos, en los siguientes términos:

“(…) Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”.

Se complementa esta disposición con el artículo 1° que expresa: “Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común”. En efecto, se trata del ciudadano participante.

Estos derechos políticos se fundan en la igualdad formal frente a la ley: “Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos” (ante la ley); “contra lo que esta prescripción reacciona es contra la discriminación por nacimiento (el principio aristocrático). Nada más históricamente condicionado que admisibilidad en los cargos civiles”⁵⁵⁷; recordemos que los empleos y cargos en el Antiguo Régimen estaban exclusivamente reservados a los estamentos de la nobleza y el clero, discriminando y excluyendo a los demás hombres, entre otros, a la naciente burguesía, quien luchó por el reconocimiento del *ius honorum*, los cuales logró por la revolución:

“Igualdad ante la ley, en sentido estricto, en sus orígenes implica el rechazo de las exenciones, privilegios e inmunidades del Antiguo Régimen y una exigencia de la generalidad de las leyes, de eficacia *erga omnes* de las mismas, en el sentido de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales”⁵⁵⁸.

557 Bobbio. *Igualdad y libertad*. Op. cit., p. 73.

558 Fernández. *Igualdad y derechos humanos*. Op. cit., p. 58.

Además de los derechos políticos la Declaración contiene unas instituciones políticas que le sirven de fundamento a los derechos políticos, aclarando que el Rey de Francia se mantenía en el poder sin gobernar, por lo que subsistió el *principio monárquico* mientras vivió el Rey.

3.11.3 LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS

“El modelo contractualista que inspira la Declaración se traduce en una serie de ideas, principios políticos e instituciones políticas. Adviértase que este contenido político-institucional no altera la unidad de la Declaración como documento de reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, porque todo él está al servicio de la garantía de los mismos”⁵⁵⁹.

En nuestro concepto, las instituciones políticas son las siguientes:

a. Soberanía nacional, teoría de la representación política y la democracia representativa

Los derechos políticos tienen su fundamento además en el siguiente principio político:

“El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de aquella” (art. 3º).

Se sepulta definitivamente el Derecho divino de los reyes, y se erige la soberanía nacional como principio fundante del Estado legal de derecho, con fundamento en el contrato social⁵⁶⁰.

559 Peces-Barba Martínez y García Manrique. *Los textos de la Revolución Francesa*. En: Peces-Barba Martínez, y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 298 y 299.

560 Recordemos que la soberanía reside en el pueblo, según el Preámbulo de la presente Declaración.

En efecto, la soberanía nacional (el gobierno de las leyes) sustituyó la soberanía Real (el gobierno de los hombres): la soberanía residirá en la nación y no en el rey.

“Si el titular de la soberanía es la nación y no los ciudadanos que la componen, el poder electoral se atribuye a éstos solamente, como órganos encargados de designar a los representantes de la nación”⁵⁶¹. “Esta soberanía nacional solamente puede expresarse por medio de representantes. Desde este punto de vista, los electores tienen por única misión designar los representantes. Por lo demás, al participar en la votación no ejercen *un derecho*, sino que *ejercen una función*. Este concepto del electorado-función lleva lógicamente, no al sufragio universal, sino al sufragio restringido”⁵⁶², esto es, al sufragio censitario.

De esta forma se construye la teoría de la representación y se funda la democracia representativa, conviviendo con el principio monárquico.

No todos los franceses eran ciudadanos. Los derechos políticos se reconocieron a algunos hombres/burgueses, y como tal eran ciudadanos franceses. Sólo los ciudadanos pertenecientes a la burguesía participaban políticamente como titulares de los dWWerechos políticos, excluyendo a una clase en ascenso, los trabajadores, quienes tampoco tuvieron acceso a la propiedad privada; es decir que el sufragio no era universal sino restringido –censitario, tenían el derecho los ciudadanos que pagaban el censo o impuestos–; así mismo se excluyó a la mujer⁵⁶³, porque “las mujeres, por tanto, no quedaban incluidas dentro del concepto genérico de «hombres»”⁵⁶⁴. De

561 Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 5ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1970, p.177.

562 Hauriou, André, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 14ª ed., Ed. Ariel, Barcelona 1971, p. 347.

563 En Francia se reconoció a la mujer el derecho al sufragio en 1944.

564 Fernández. *Igualdad y derechos humanos*. Op. cit., p. 30.

esta forma la burguesía monopolizó el poder defendiendo sus intereses individualistas, generando desigualdades económica y política, para lo cual “el Estado burgués se definía como un Estado nacional”:

“Algunos autores juzgan que el contenido de este artículo es, por sí mismo, una revolución, comparable en sus efectos a la que produjo la separación entre el poder temporal y el poder espiritual”⁵⁶⁵.

b. La resistencia a la opresión

Con los derechos naturales e imprescriptibles a la libertad, la propiedad y la seguridad, la Declaración incluyó en el artículo 2º el derecho a “la resistencia a la opresión”, aclarando que es un derecho político de los ciudadanos considerados en conjunto: un pueblo soberano, fuente del poder político.

Consiste este derecho en que el pueblo podrá deponer del poder al gobernante y elegir uno nuevo que gobierne en función de la utilidad común, proteja los derechos civiles y políticos, y se someta a la ley como expresión de la voluntad soberana. Si esto no se cumple el pueblo podrá hacer resistencia a la opresión y a la tiranía, como un derecho natural de contenido político. Es una especie de revocatoria del mandato, a fin de evitar el absolutismo del poder.

c. La rendición de cuentas

El artículo 15, estableció lo siguiente: “La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración”.

565 Gélard, Patrice. “Article 3”. En: *VV. AA. La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789*. Paris: Económica, 1993, p. 89.

En el Estado absolutista⁵⁶⁶ el Rey era irresponsable por sus actuaciones y sus decisiones (actos) no tenían ningún control, porque era el soberano y ejercía plenamente el poder político, por consiguiente, predominaba el “*secreto del Rey*”. La Declaración introdujo la rendición de cuentas. Del artículo 15 se deriva el principio de responsabilidad de los agentes públicos y de los representantes, propio del Estado de derecho (el agente público estaba sometido a la ley, como expresión de la voluntad general), Estado que se cimienta en la soberanía del pueblo, como fuente del poder político, por lo cual los ciudadanos franceses adquirieron el derecho de pedir cuentas a los agentes y a sus representantes, por lo que también se reconocería el derecho a acceder a la información contenida en dichos actos.

EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA analiza el artículo 15, así:

“Significa que nadie podrá dar una orden o ejecutarla sin tener que ser llamado a rendir cuentas de ella. Como se ha dicho con acierto, la responsabilidad del Estado aparecerá como el corolario de los derechos del hombre.

”Es, pues, una manera de destacar el carácter fiduciario de toda función pública. La responsabilidad de los agentes viene a ser justamente (...) una derivación técnica del derecho de resistencia contra el poder arbitrario y la opresión, declarado básico, como sabemos, en el artículo 2 de la Declaración de 1978. Todos y cada uno han de actuar en bien del pueblo, para él y bajo su vigilancia, rindiendo cuentas”⁵⁶⁷.

566 Era usual que los Reyes vendieran los cargos públicos a los nobles, quienes ejercían funciones administrativas y judiciales como un privilegio real, y luego rendían cuentas al Rey para participarles de las ganancias y rendimientos económicos. Es por ello que la Revolución Francesa terminó con los privilegios propios del antiguo régimen.

567 García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid: Edit. Civitas, 2001, pp. 142 y 143.

De esta forma hemos explicado brevemente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Recordemos que el Tercer Estado se transformó en Asamblea Legislativa (junio 17 de 1789), reuniéndose en la “sala del juego de pelota”, en la que juraron “no separarse jamás hasta que la Constitución se estableciera”, lo cual no sucedió porque se aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la que Francia revolucionaria se gobernó desde 1789 hasta 1791 por la Asamblea Legislativa burguesa, que detentaba soberanamente el poder con un Rey que no gobernaba. ¿Qué faltaba? La Constitución.

3.12 PRIMERAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS LIBERALES BURGUESAS

El 13 de septiembre de 1791 el Rey Luis XVI sancionó la primera Constitución Política⁵⁶⁸ expedida por la Asamblea Constituyente —organizando una monarquía constitucional—, precedida de una segunda Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El artículo 1 de la Constitución expresó: “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. *Pertenece a la Nación*, y ningún sector del pueblo ni ningún individuo podrán atribuirse su ejercicio. La Nación,

568 Recuérdese que el constitucionalismo norteamericano aportó el modelo de la Constitución como norma, mientras que en Francia se configuró una Constitución Política como un programa, por las siguientes razones. En Francia se mantuvo la institución monárquica después de la Revolución de 1789 y los tres Estados convivieron con el Rey sin ser el soberano; en Norteamérica los colonos se independizaron del Rey inglés. El poder soberano se trasladó al Parlamento francés (la ley lo es todo, es la “voz del pueblo”; es la principal fuente del derecho: *supremacía* del Parlamento), lo que impidió la *supremacía* de la Constitución y por ende no se estableció el control judicial de constitucionalidad de las leyes y no se creó un Tribunal constitucional; en Francia se creó el control de legalidad de los actos administrativos. Se trata de dos modelos de Constitución diferentes. En Norteamérica se formó por primera vez el Estado constitucional de derecho (*supremacía* de la Constitución) y en Francia ya existía el Estado absolutista, que se transformó en un Estado de derecho legal (*supremacía* de la ley) —un Estado parlamentario—.

de quien únicamente emanan todos los poderes”, por lo cual “la teoría de la soberanía nacional es conciliable con el principio monárquico”⁵⁶⁹.

Es de anotar que la Constitución de 1791 excluyó los derechos políticos para las mujeres, al incluirlas en la categoría de los “ciudadanos pasivos”⁵⁷⁰.

El 22 de septiembre de 1792 se proclamó la I República francesa. El 21 de enero de 1793 ejecutaron al Rey en la guillotina y entierran definitivamente la monarquía, quedando en pleno ejercicio el Parlamento francés.

Posteriormente, mediante sufragio censitario, se eligieron los miembros de una Asamblea Constituyente, que el 24 de junio expidió la Constitución Política de 1793, ratificada mediante un referéndum constitucional, pero no entró en vigencia. En el artículo 25 estableció la soberanía popular al expresar: “La soberanía reside en el pueblo (...)”.

“Las consecuencias del paso de la soberanía nacional a la soberanía popular son importantes”⁵⁷¹, ya que el electorado al participar *ejerce un derecho*:

“La doctrina de la soberanía popular conduce a la democracia directa. En el pensamiento de ROUSSEAU, *la Voluntad general*, expresión de la soberanía popular, deber ser directamente manifestada por el pueblo mismo. La ley, que es la concreción de esta voluntad general, deberá ser establecida también por el pueblo en persona”⁵⁷².

Se construyó así el *principio democrático* y se afianzó el constitucionalismo liberal con un Parlamento burgués

569 Hauriou. Op. cit., p. 350.

570 Cfr. Jaramillo Pérez y otros. Ob. cit., p. 537.

571 Hauriou, ob. cit., p. 350.

572 *Ibidem*.

que expedía la ley como expresión de la *Voluntad general*, configurándose constitucionalmente el Estado legal de derecho al que nos referiremos adelante.

En la Constitución Política de 1793 se asimilan los conceptos de voluntad general, soberanía popular y representación política mayoritaria⁵⁷³.

¿Por qué es una Constitución Política? Según BLANCO VALDÉS una de las aportaciones esenciales de la revolución fue que:

“(...) se acuñó un concepto de ley que sólo es inteligible a partir del dato de su supremacía formal y material sobre cualquier otro producto normativo del Estado: la ley es suprema porque procede del órgano que ostenta esa misma posición. Será así como el principio de la supremacía de la ley contribuirá a la definición del rango más característico de nuestra cultura constitucional: me refiero a la ausencia del valor normativo de la Constitución. Concebida como un documento político de naturaleza orgánica, la Constitución careció de las características de una auténtica norma jurídica”⁵⁷⁴.

En la Constitución Política se estableció la supremacía (formal y material) de la ley excluyendo la supremacía de la Constitución, por tanto, la Constitución no tiene valor normativo y, por ello, no se estableció el control de constitucionalidad de las leyes. Se destacan los siguientes principios fundamentales:

“(...) división de poderes, separación del poder constituyente y de los poderes constituidos, teoría de la ley como expresión de la voluntad general, mandato representativo, distinción

573 Cfr. Jaramillo Pérez y otros. Ob. cit., pp. 545 y 546.

574 De Blanco Valdés, Roberto. *El constitucionalismo de la revolución liberal: las dos orillas*. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Vol. I. Libro I. Madrid: Edit. Dykinson, 2007, p. 354.

entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía, concepción restrictiva de los poderes del juez”⁵⁷⁵.

3.13 LA REVOLUCIÓN Y LOS APORTES AL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

El liberalismo burgués se erige sobre dos pilares y corresponde a los propósitos de la ilustración racionalista:

3.13.1 EL LIBERALISMO POLÍTICO

La esencia del pensamiento político liberal se halla en el artículo 1º de la Declaración al expresar que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

Estos derechos se fundamentaron en la ideología liberal; el liberalismo es la ideología de la libertad; es la doctrina de las libertades. El liberalismo como doctrina política tuvo, entre otros objetivos, la lucha por la satisfacción de los intereses de los individuos; por lo tanto, se entrelazan el liberalismo y el individualismo. El individualismo es la “doctrina según la cual el individuo constituye, en sí mismo, un fin que denomina toda la organización social”⁵⁷⁶; individualismo significa independencia y libertad del individuo. En efecto,

“(…) sin individualismo no hay liberalismo”⁵⁷⁷.

“Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades indi-

575 Troper, M. “La Constitution de 1971 aujourd’hui”. In: *Revue Francaise de Droit Constitutionnel*. N° 9 1991, pp. 11-12. Citado por Blanco Valdez. Op. cit., pp. 353 y 354.

576 Osorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 26ª ed. Buenos Aires: Edit. Heliasta, 1999, p. 509.

577 Bobbio. Op. cit., p. 16.

viduales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos”⁵⁷⁸.

El individuo es el centro de estos derechos; la ideología liberal burguesa concibió a favor del individuo la idea de que éste disponía de un campo de acción para realizar la libertad personal, en el que el poder político del Estado no tenía competencia para intervenir, salvo que se sometiera a normas jurídicas expedidas por el parlamento; según esta ideología, entre la persona humana y el Estado se establecen barreras horizontales, a fin de guardar perfecto equilibrio: los derechos como limitantes del poder.

La libertad política le abrirá el camino a la libertad económica.

3.13.2 EL LIBERALISMO ECONÓMICO

Otro de los triunfos de la burguesía, como se expresó, se consolidó con el reconocimiento del derecho a la propiedad privada, en el artículo 17, que expresa: “(...) la propiedad [es] un derecho inviolable y sagrado”.

Los fisiócratas lograron además que la propiedad se reconociera como derecho natural e imprescriptible del hombre (artículo 2º); en conclusión, “la propiedad [es] un derecho inviolable y sagrado, natural e imprescriptible”: fundamento del capitalismo y de la libertad económica con el siguiente alcance.

a. Libertad de producción (*laissez-faire*)

Dejar hacer es el nuevo eslogan burgués. Todo hombre podrá establecer empresas con el objeto de producir y distribuir los bienes libremente, es decir, sin sujetarse a las limitaciones

578 Pérez Luño, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Edit. Aranzadi, S.A., 2006, p. 27.

impuestas por los reglamentos a que estuvieron sometidas las corporaciones o gremios medievales.

b. Libertad de comercio (*laissez-passer*)

Dejar pasar es la regla de oro de la libre competencia; significa que producidos los bienes el empresario autónomamente fija los precios y libremente los coloca en el mercado nacional para su circulación y distribución, en el libre proceso de las fuerzas económicas; inclusive en el mercado exterior rigen las mismas ventajas y prerrogativas para la comercialización de los productos, exentos de aranceles aduaneros.

Era de suponer que los propietarios detentarían no sólo el poder económico sino también el poder político; de ahí el liberalismo burgués, excluyente de los que no pertenecieran a esta clase, o sea, los pobres; sería la fuerza productiva la que empujaría el nuevo modelo económico que pronto entraría en crisis.

Si este era el modelo perfecto del nuevo sistema político-económico, ¿cuál era el papel del Estado? Para la época del surgimiento de los derechos humanos de primera generación, como se trataba de un Estado abstencionista, porque actuaba inspirado en los lemas *laissez-faire* y *laissez-passer*, se llamaba Estado gendarme⁵⁷⁹ o de Policía, observador de la realidad político-económico-social. También recibe el nombre de Estado legal de derecho con unas características propias, y regido por unos principios.

579 El liberalismo político-económico engendró un Estado con precarias competencias, a saber: es un vigilante de las fronteras territoriales; mantiene el orden público interno; es un guardián de la propiedad privada; garantiza el mercado libre y la libre competencia, sin inmiscuirse en el proceso económico. En otras palabras, es un Estado no intervencionista en la economía.

3.14 PRIMACÍA DE LA LEY (ESTADO LEGAL DE DERECHO)

“El Estado de Derecho aparece con la afirmación de la soberanía nacional y con la necesidad de limitar el poder del monarca”⁵⁸⁰.

“El Estado Legal de Derecho se caracteriza por la afirmación de la primacía de la ley del Parlamento [y el] principio de legalidad, esto es, la sumisión de todos los poderes del Estado a las leyes”⁵⁸¹. Otros autores se refieren al principio del “*imperio de la ley*, [esto es] el sometimiento del Estado a la ley”⁵⁸².

La mayor parte de la doctrina coincide en señalar que el Estado de derecho, como su nombre lo indica, es el Estado sometido al derecho. En Francia ¿cuál derecho? La Ley, como expresión de la voluntad general. Con el “desarrollo del positivismo jurídico se condujo a la plena y consciente identificación del Derecho con la Ley, y del Estado de Derecho con el Estado legal”⁵⁸³, esto es, el sometimiento del poder a la ley.

3.15 LOS PRINCIPIOS DEL *ESTADO LEGAL DE DERECHO*

El Estado legal de Derecho se fundó en los siguientes principios⁵⁸⁴:

580 Biglino Campos. Op. cit., p. 155.

581 Biglino Campos. Op. cit., p. 155.

582 Sánchez Ferrer, Remedio, *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 154.

583 García-Pelayo. Op. cit., p. 53.

584 Lucas Verdú, Pablo. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 21.

3.15.1 LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES

Se infiere del artículo 16 de la Declaración que no tendría Constitución una sociedad en la cual no se determine la separación de poderes. En efecto, en el Parlamento residiría el poder político, ejerciendo predominio sobre los demás poderes, no sólo expidiendo las leyes sino además atribuyéndose la llamada reserva de ley, con el único fin de excluir al poder ejecutivo (el Rey) de la facultad de legislar para regular el ejercicio de los derechos civiles y políticos. El poder judicial no merecía la confianza del pueblo, por lo tanto, el juez se limitaba a ser un “parlante de la ley”, según la inspiración de MONTESQUIEU.

La separación de poderes es una “garantía de la libertad o freno de posibles abusos”⁵⁸⁵:

“De la separación de los poderes es posible desprender dos principios: el principio de legalidad y el principio de imparcialidad. Ambos son indispensables para garantizar la libertad”⁵⁸⁶.

3.15.2 EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

La Declaración de los Derechos, en nuestro concepto, es la positivización de los derechos naturales que le son inherentes al hombre frente al Estado, siendo los derechos limitaciones al poder del Estado:

“La declaración de esos derechos es una norma jurídica de derecho positivo que, al proclamarlos, da constancia de su reconocimiento como derechos públicos subjetivos del hombre frente al Estado”⁵⁸⁷.

585 Lucas Verdú. Op. cit., p. 24.

586 Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. *La división de poderes: orígenes y perspectivas actuales*. México: UNAM. Documento de trabajo, 2005, p. 5.

587 Bidart Campos. *Los derechos del hombre*. Op. cit., p. 27.

Con la Revolución Francesa culmina el proceso de formación de los derechos humanos de primera generación: los derechos civiles y políticos.

3.15.3 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio gira alrededor del postulado de JUAN JACOBO ROUSSEAU: “La ley como expresión de la voluntad general”:

“El principio de legalidad consiste en la distinción y subordinación de las funciones ejecutiva y judicial a la función legislativa; el principio de imparcialidad consiste en la separación e independencia del órgano judicial tanto del órgano ejecutivo como del órgano legislativo”⁵⁸⁸.

PÉREZ LUÑO resalta la importancia del principio de reserva de ley, en nuestro concepto consubstancial con el principio de legalidad; principios que constituyeron la espina dorsal sobre la cual se erigió la Declaración:

“El pensamiento liberal, en su lucha contra el absolutismo, había supuesto que la libertad quedaría perfectamente garantizada en cuanto el pueblo fuera quien detentara la titularidad y ejercicio del poder mediante el reconocimiento del principio de la soberanía popular, de la cual debería ser expresión la ley. De ahí la confianza de los autores de la Declaración de 1789 en la ley, que por ser emanación de la voluntad general parecía el instrumento más adecuado para determinar el contenido y los límites de los derechos fundamentales. En esta exigencia se funda el principio básico para el constitucionalismo liberal democrático de la reserva de ley, esto es, de la garantía de que la regulación del estatuto de las libertades es materia reservada al legislador y sustraída a la injerencia del gobierno”⁵⁸⁹.

588 Carbonell, *La división de poderes: orígenes y perspectivas actuales*. Op. cit., p. 5.

589 Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*. Op. cit., p. 70.

En efecto, en Francia se establecieron límites al ejercicio del poder absoluto de los reyes con el principio de legalidad, entendido en sentido estricto como la expresión soberana del pueblo, a través de la ley expedida formalmente por el Parlamento⁵⁹⁰.

Complementario a lo expuesto, los derechos reconocidos por la Declaración sólo podrían ser objeto de restricción o limitación por medio de la ley expedida formalmente por el Parlamento; el ejercicio de los derechos del hombre y del ciudadano solo serán regulados por ley; es lo que se denomina *principio de reserva de ley*. Al respecto, el artículo 4º de esta Declaración preceptúa:

“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”.

“La reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia”⁵⁹¹, “por ejemplo, cuando el legislador está facultado para regular una materia que se encuentra afectada por reserva de ley, no sólo no puede delegar tal regulación en el Poder Ejecutivo, sino que debe regularla efectivamente, creando las normas que requiera la institución que le ha reservado materialmente el poder constituyente”⁵⁹².

590 Rey Cantor, Ernesto. “Principio de legalidad y derechos humanos. Análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal”. En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Ponencia presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002, pp. 529 y ss.

591 Carbonell. Op. cit., p. 127.

592 Carbonell. *La división de poderes: orígenes y perspectivas actuales*. Op. cit., p. 7.

En efecto,

“La Declaración (...) convertía a la ley en el principal instrumento de protección de los Derechos del Hombre. Bastará evocar los célebres artículos 5º, 6º y 7º para mostrar que la tarea de proteger los Derechos del Hombre está esencialmente confiada al poder legislativo. (...)”⁵⁹³.

3.15.4 EL *IUS PUNIENDI* MODERNO

“El origen del principio de legalidad hay que hallarlo en la filosofía de la Ilustración, en aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio, solo entonces se añade a la idea de que el juez debe estar sujeto a la ley, la idea de que ésta ley no puede ser otra que la aprobada exclusivamente por un poder legislador que represente a los ciudadanos”⁵⁹⁴.

De esta forma se privó al Rey, entre otras atribuciones, de la potestad del *ius puniendi*, y por consiguiente el derecho penal y procesal se humanizó al erigirse en norma jurídica los principios de *nulla crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, regulados por ley expedida formalmente por el Parlamento: principio de legalidad. Así, se positivizó del pensamiento de BECCARÍA.

Los aportes se obtuvieron definiendo por ley: los delitos y las penas, el establecimiento de juzgados con jueces independientes e imparciales. Esa ley penal —general— se aplica por igual a la nobleza, el clero y la burguesía, sin discriminación, porque la ley “debe ser la misma para todos tanto cuando protege, como cuando castiga”.

593 Fromont, Miguel. *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia. Obra colectiva dirigida por Antonio López Pina. Madrid: Edit. Civitas, 1991, p. 48.

594 De Vicente Martínez. Op. cit., p. 17.

Finalmente, ANTONIO BALDASARRE afirma que “El principio de legalidad es el verdadero eje del concepto clásico de Estado de derecho”⁵⁹⁵, y a su vez el germen del constitucionalismo liberal.

Esta forma de Estado legal de derecho “en su formulación originaria es un concepto orientado contra el Estado absolutista”⁵⁹⁶ del antiguo régimen, por lo que también recibe el nombre de Estado moderno. “Existe una estrecha vinculación entre el Estado de Derecho y el Constitucionalismo”⁵⁹⁷. “El constitucionalismo es, ante todo, un proceso histórico con un objetivo muy preciso: establecer un Estado de Derecho”⁵⁹⁸.

Se finaliza afirmando que “en Europa, durante el Estado legal de Derecho, la Constitución no constituía una norma jurídica que gozara de aplicación inmediata. La ausencia de normatividad de la Constitución puede también explicarse porque no se logra implantar un control de constitucionalidad capaz de hacer valer la Constitución”⁵⁹⁹. Además, “las Constituciones no contenían normas que, en la jerarquía normativa, estuvieran en una posición superior a la ley”⁶⁰⁰. Las anteriores son caracterizaciones de las Constituciones Políticas, como se ha explicado.

Los principios de la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos del hombre serán parte estructural de la Constitución que configuró el Estado legal de Derecho.

595 Baldasarre, Antonio. *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 59.

596 García-Pelayo. Op. cit., p. 52.

597 López, Mario Juston. *Manual de derecho político*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984, p. 365.

598 Graña, Eduardo y Álvarez, César. *Principios de teoría del Estado y de la Constitución*. Buenos Aires: Edit. Ad Hoc, 2003, p. 239.

599 Biglinio Campos. Op. cit., p. 160.

600 *Ibidem*.

3.16 ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN

Como se expresó, “el constitucionalismo es un movimiento histórico-político que tiene como base una doctrina caracterizada por cierta «finalidad» y determinados «principios». La palabra constitucionalismo deriva de la palabra «constitución». Se trata de un tipo especial de Constitución, caracterizada por un particular contenido, que está definida en el artículo 16 de la Declaración”⁶⁰¹ que estableció lo siguiente: “Artículo 16. Toda sociedad que no asegure la garantía de los derechos, ni determine la separación de los poderes, no tiene Constitución”.

El principal objetivo era el de debilitar la monarquía absolutista (poderes concentrados en una sola persona: el Rey) con la separación de poderes, en manos de distintos ciudadanos. Además, esta norma se expidió no solo para salvaguardar los derechos de los hombres y ciudadanos, sino también evitando que el Ejecutivo invadiera el campo de acción de los individuos, para lo cual la revolución liberal impuso el mandato consistente en que los derechos solo podrían ser limitados o restringidos, en su ejercicio, por la ley expedida por el Parlamento, como manifestación de la voluntad general del pueblo soberano⁶⁰².

En efecto, el artículo 16 cristalizó la idea de la Constitución integrada estructuralmente con dos partes: la *dogmática*, con el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, y la *orgánica* con la división tripartita del poder, en legislativo, ejecutivo y judicial:

601 Justo López. Op. cit., p. 371.

602 Esta fórmula de limitación y control del poder político del ejecutivo se establecería en lo sucesivo en las Constituciones europeas y americanas, y además sería adoptada en el siglo XX en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin de imponer obligaciones internacionales a los Estados para el respeto de los derechos humanos, en el sentido de que sólo por ley expedida por el Parlamento se limitarían estos derechos, conquista revolucionaria que se llamaría el principio de legalidad.

“A partir de entonces el «contenido mínimo» de la «Constitución» del Estado constitucional estará caracterizado por estos dos elementos: a) la protección de los derechos naturales (en un principio entendidos como derechos de libertad); b) la separación de los poderes”⁶⁰³.

Así se configuraron las Constituciones Políticas francesas de 1791 y 1793.

¿Cuál era el escenario y el contexto de la revolución con la mujer como protagonista revolucionaria? A la par de los hombres, las mujeres marcharon por las calles de París protestando en los espacios públicos, formando parte del pueblo revolucionario, bajo los lemas de *libertad, igualdad y fraternidad*. Se destaca la marcha de cerca de 6.300 mujeres de París a Versalles, entre el 5 y 6 de octubre de 1789, para que el Rey Luis XVI y su esposa María Antonieta regresaran a París; fue una muestra de solidaridad femenina con la reina. Las principales líderes eran esposas de los grandes revolucionarios franceses que tenían como función propagar la *fraternidad*, atendiendo a los más pobres con vestuario y comida.

En medio de la división entre jacobinos y girondinos cerca de 200 mujeres crearon, en febrero de 1793, la Sociedad de Ciudadanas Republicanas Revolucionarias, lideradas por Claire Lacombe y Pauline León, y también las más adineradas establecieron los famosos salones o clubes parisinos donde en ocasiones se reunían los revolucionarios para los grandes debates políticos y culturales⁶⁰⁴.

El 22 de diciembre de 1789 la Asamblea Nacional, mediante un Decreto relacionado con la constitución de las asambleas representativas, reconoció el derecho al voto únicamente a los

603 Carbonell. *La división de poderes: orígenes y perspectivas actuales*. Op. cit., p. 1.

604 Cfr. Pérez Garzón. Ob. cit., pp. 49 y ss.

ciudadanos activos que fueran franceses, sin hacer mención a las francesas⁶⁰⁵, y alguna mujer se preguntó:

3.17 ¿Y LOS DERECHOS DE LA MUJER?

Resaltamos históricamente el papel revolucionario de una mujer llamada OLYMPE DE GOUGES⁶⁰⁶ (1748-1793), hija del poeta y clérigo *Le Franc de Pompignan*, activista, líder, oradora, autora de obras de teatro y diversas publicaciones periodísticas dirigidas a fortalecer el movimiento feminista y la emancipación de la mujer, combatiendo el esclavismo y el clericalismo; fundadora del club de las tricotadotas; en una de sus célebres frases, expresó: “Al cerrar a las mujeres las puertas del honor, el empleo y la fortuna, las obligáis, por así decirlo, a abrir las del crimen”. “El matrimonio es la tumba de la confianza y del amor”.

OLYMPE redactó e impulsó un proyecto de Declaración de los Derechos de la Mujer, con el siguiente preámbulo:

“Las madres, hijas, hermanas representantes de la nación, piden que se las constituya en asamblea nacional. Por considerar que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer (...). En consecuencia, el sexo superior tanto en belleza como en coraje, en los sufrimientos maternos, reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser supremo, los derechos siguientes de la mujer y de la ciudadana: Primer Artículo. «La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las

605 Cfr. Jaramillo Pérez y otros. Ob. cit., p. 537.

606 Hija de padres ilegítimos, casada y divorciada, contribuyó a formar la sociedad de las “Calceteras”. Se enfrentó con Robespierre señalándolo como traidor de la revolución y lo retó a lanzarse juntos al río Sena, con una bala de cañón atada a los pies: “Tu muerte librará al país de su mayor azote”. Como era de esperarse, Olympe perdió el desafío.

distinciones sociales solo pueden estar fundadas en la utilidad común» y el artículo undécimo, preceptuaba: «La libre comunicación de los pensamientos de las opiniones es uno de los derechos más preciosos de la mujer. Porque esta libertad asegura la legitimidad de los padres para con los hijos. Toda madre puede pues decir: yo soy la madre de un hijo que os pertenece, sin que ningún prejuicio bárbaro le fuerce a disimular la verdad. Salvo que tenga que responder de esta libertad en los casos determinados por la ley»⁶⁰⁷.

“En el epílogo que hizo para su articulado de derechos Olympe arengaba a las mujeres: Mujer, despiértate, el rebato de la razón se hace oír en todo el universo; reconoce tus derechos. ¡Oh, Mujeres, Mujeres, ¿cuándo dejaréis de estar ciegas? ¿Cuáles son las ventajas que habéis recogido en la revolución?!”⁶⁰⁸.

Como admiradora del Rey Luis XVI, le remitió el proyecto con una carta a la reina María Antonieta, sin ningún éxito, porque se interpretó como una admiradora de la Corona Real; por unos carteles subversivos que distribuyó fue sindicada del delito de socavar la República y defender a los girondinos, por lo cual incluyeron su nombre en la lista de prostitutas de París. Llevada a la cárcel *L' Abbaye* se le juzgó sin permitirle un defensor; alegó estar embarazada y sin embargo murió en la guillotina el 3 de noviembre de 1793, atribuyéndosele la siguiente frase: “Si la mujer tiene derecho al cadalso, también tiene derecho a la tribuna”⁶⁰⁸.

El mismo año de la muerte de Olympe en París se cerraron los clubes de mujeres. En 1794 los jacobinos aprueban en el Parlamento una ley prohibiendo la participación política de las mujeres, todo por la revolución.

607 Cita de Pérez Garzón. Ob. cit., p. 49.

608 Bensadon, Ney). *Los derechos de la mujer*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 50-51. González, Nazario. *Los derechos humanos en la historia*. México: Edit. Alfaomega, 2002, pp. 83 y 84

4. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Recordemos: ¿Cuál es la formulación y la estructura de estos derechos? Se diferencian los derechos civiles de los derechos políticos.

Los derechos se aseguran mediante su formulación como derechos subjetivos, que EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA explica así:

“Nos interesa ahora notar que esa estrecha vinculación entre norma objetiva y derecho subjetivo está expresamente presente en la Declaración de derechos, y que ésta es, quizá, su aportación fundamental a la historia de la formación del concepto de derecho subjetivo”⁶⁰⁹, es decir, que “corresponde a la esencia del derecho subjetivo el hecho de que sea atribuido o reconocido por parte del Derecho objetivo, que le presta, consiguientemente, su protección”⁶¹⁰.

En otras palabras, la Declaración en su conjunto es el Derecho Objetivo en cuanto que reconoce los derechos civiles, señalando como titular al hombre (sujeto activo), quien tiene la facultad –derecho subjetivo– de exigir su respeto y libre ejercicio frente y ante el Estado (sujeto pasivo). Entre el sujeto activo y el sujeto pasivo se configura una relación jurídica, respecto de la satisfacción del objeto del derecho. En efecto, el hombre (el titular del derecho civil) invoca su derecho frente o ante el Estado que es el obligado a respetar y garantizar dicho derecho, porque son exigibles y aplicables inmediatamente. Esta es la estructura de los derechos civiles formulados como derechos subjetivos.

609 García de Enterría. Op. cit., pp. 77 y ss.

610 García de Enterría. Op. cit., pp. 77, 78 y 80.

Por otro lado, el hombre ciudadano burgués es el titular de los derechos políticos, y como tal puede participar en el ejercicio del poder formando parte del Parlamento.

Estas características merecen la siguiente observación:

“Además de limitar al poder, el análisis histórico nos muestra cómo el objetivo de algunos derechos es el de compartir el poder, de extender al mayor número de personas posibles la cuota de poder, reservada hasta entonces a una minoría. En este caso, el poder no es solo algo externo a detener, sino algo a lo que nos queremos incorporar, y sumar nuevas voluntades a la formación de la voluntad del poder. Son los derechos de participación. Esta función de compartir el poder se dará inicialmente en relación con lo político (...)”⁶¹¹.

Por otra parte, los derechos civiles se caracterizan principalmente por la creación de obligaciones negativas a cargo del Estado, sin que implique la erogación de fondos públicos, por ejemplo, abstenerse de privar arbitrariamente a las personas de su vida, libertad, bienes; de considerar al autor de delito como responsable sin someterse a un debido proceso, etc.

En desarrollo de las obligaciones negativas se “supone en general una actitud pasiva o negativa del Estado, dirigida a respetar, a no impedir y a garantizar el libre y no discriminado goce de estos derechos”⁶¹². En otras palabras,

“(...) la obligación del Estado respecto de los derechos civiles y políticos es, en lo esencial y estricto, la de no violarlos, no lesionarlos mediante la acción u omisión,

611 Peces-Barba Martínez. Op. cit., p. 198.

612 Gross Espiell, Héctor. *Estudios sobre derechos humanos*. T. I. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p. 10.

en su caso, de un órgano o agente gubernamental o administrativo o de cualquier persona cuyo hacer sea imputable al hacer del aparato gubernamental o administrativo. Todo ello sin perjuicio, naturalmente, del deber genérico de establecer y garantizar la posibilidad de existencia y ejercicio de estos derechos”⁶¹³.

RODOLFO PIZA ESCALANTE destaca que:

“(…) los derechos de libertad son derechos del hombre «frente» al Estado y a los demás que, por lo tanto, implican un deber básicamente negativo, de no hacer, y que imponen al Estado abstenerse de violarlos él mismo, proteger al sujeto ante cualquier violación, y a lo sumo, activamente, establecer mecanismos jurídico-formales para su realización”⁶¹⁴.

MEGÍAS QUIRÓS enumera las siguientes características de los derechos civiles y políticos, así:

“En primer lugar, había que hacer referencia a la *titularidad individual y al carácter absoluto*. Siempre es un sujeto individual, una persona, el que aparece como sujeto o titular del derecho en cuestión, y a él compete su ejercicio y su disfrute. Esto es consecuencia de la filosofía que está en su base; el hombre es considerado en abstracto, *todos los hombres son igualmente libres* por que se prescinde de sus circunstancias concretas y reales, y *a todos corresponden los mismos derechos* por el hecho de ser hombre.

613 Gross Espiell, Héctor. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Instrumentos Internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia”. En: *Estudios Sobre Derechos Humanos*. Madrid: Edit. Civitas, 1998, p. 331.

614 Piza Escalante, Rodolfo. “Sistema Interamericano y Universal de los Derechos Humanos”. Conferencia Pronunciada en el seminario sobre la Convención interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Febrero. En: *Revista de Ciencia Jurídica*. N° 38. Mayo-agosto. San José: Universidad de Costa Rica, 1979, p. 203.

”En segundo lugar, podrían ser reconocidos como *derechos de autonomía*, en el sentido de que establecen frenos y límites a las actuaciones estatales en un doble sentido. Suponen, por un lado, el reconocimiento de ámbitos privados en lo que ni siquiera el Estado podría estar legitimado para intervenir sin el consentimiento del individuo. Por otro lado, tampoco puede el Estado interferir las relaciones intersubjetivas que tenga como fundamento uno de estos derechos y se ajusten a las reglas estatales.

”En tercer lugar, el valor que les da fundamento sería el de la *libertad*.

”En cuarto lugar, son derechos que – a diferencia de los de segunda generación– no implican que el Estado tenga que realizar gastos o disponer de recursos para su realización; es decir, no tiene que promocionar estos derechos, sino permitir que se ejerzan”⁶¹⁵.

De lo expuesto, se infiere claramente cuáles serían los sujetos activo y pasivo.

5. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

“En los derechos de la primera generación el sujeto titular de los derechos humanos aparece como la *persona aislada* en el ámbito de su estricto solipsismo y ensimismamiento, y para satisfacer unas necesidades, así mismo, individuales”⁶¹⁶.

El papel que juega el individuo, en su condición de titular o sujeto activo de los derechos civiles y políticos, es el siguiente:

615 Megías Quirós. Op. cit., pp. 99-101.

616 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 233.

“El individuo es objeto de una doble consideración por parte de la ley: como persona humana y como miembro activo del Estado. En cuanto persona a él le corresponden los derechos civiles, es decir, los derechos inherentes a su condición humana (...) y se extienden a todos los individuos (...). En cuanto miembro activo del Estado le corresponden los derechos políticos que le habilitan para tomar parte en la vida cívica de la comunidad a través de los diversos medios establecidos por la organización democrática para que haga valer su voluntad en la resolución de las cuestiones de interés general.

”El individuo tiene, en consecuencia, dos personalidades: una personalidad jurídica privada y otra pública. A la primera corresponden los derechos civiles, reconocidos por igual a todos los individuos que habitan en el territorio del Estado, independientemente de cualquier otra consideración; y a la segunda pertenecen los derechos políticos propios de la persona en cuanto miembro activo del Estado, es decir, en cuanto ciudadano. No todos los habitantes de un Estado son ciudadanos. Lo son tan sólo aquellos que cumplen los requisitos exigidos por la ley para la obtención de la ciudadanía, que es la calidad jurídico-política especial que acredita a la persona como miembro activo del Estado y que le habilita para ejercer los derechos políticos”⁶¹⁷.

El titular o sujeto activo de los derechos humanos de primera generación —derechos civiles— es la persona humana, y de los derechos políticos el ciudadano.

Con el fin de no reconocer los derechos políticos a los obreros y campesinos, el sufragio se restringió protegiendo los intereses de los burgueses; el derecho al voto solo lo ejercían

617 Borja. Op. cit., p. 253.

los ciudadanos que fueran propietarios o acreditaran cierta capacidad económica (sufragio censitario), lo que constituía una limitante para elegir y ser elegido, impidiéndole a los obreros y campesinos el acceso democrático en la participación de los asuntos del Estado. Así mismo, se excluía a la mujer por cuanto se consideraba incapaz, según el derecho civil, razones por las cuales el sufragio no era universal.

Durante la Revolución Industrial los obreros y las mujeres luchaban para conquistar el sufragio universal, con el fin de formar parte de los parlamentos por medio de la elección, y desde este órgano de representación obtener el reconocimiento de sus derechos por medio de la ley, situación que encontraría respuestas democráticas durante el siglo XIX, en el contexto del nacimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, gracias a los movimientos obreros y de las mujeres que luchaban por el reconocimiento de la *representación* política en el Parlamento, para lo cual el sufragio universal era una necesidad, como se explicará en el capítulo segundo del presente libro.

En síntesis, son derechos civiles oponibles al Estado y de aplicación inmediata, mientras que los derechos políticos garantizan la participación del ciudadano en la conformación y ejercicio del poder del Estado.

El sujeto pasivo obligado a respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos civiles es el Estado. La obligación que asume el sujeto pasivo (el Estado) es la de omisión, o de no hacer, es decir, de abstención.

En cuanto a los derechos políticos, el Estado deberá garantizar la participación del ciudadano en los asuntos del Estado.

6. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS?

Los derechos civiles son los siguientes: a la vida, la libertad física, la seguridad y la integridad física y moral de la persona humana, la propiedad privada, la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia privada, la libertad de pensamiento, de opinión, de expresión, las libertades espirituales (de conciencia, de culto y religiosa), la libertad de locomoción, etc., los derechos a la defensa y al debido proceso apuntalados en el principio de legalidad.

Los derechos políticos del ciudadano burgués son los siguientes: el derecho al sufragio (activo y pasivo) y a la participación democrática directa en la vida política del Estado, o por medio de representantes.

Como conclusión del capítulo, termina así la formación de los derechos humanos de primera generación (derechos civiles y políticos) en el desarrollo de las tres revoluciones burguesas: revolución inglesa (1688 y 1689), revolución norteamericana (1776) y revolución francesa (1789).

Para reflexionar y comenzar el siguiente, recordemos a BOBBIO:

“El siglo de la libertad en realidad fue el siglo de la libertad o libertades que había conquistado la burguesía contra las clases feudales, o, de manera más precisa, fue el siglo no de la libertad sino del liberalismo, es decir, de un cierto modo de entender y de llevar a cabo la libertad que rompía cadenas antiguas, forjaba y remachaba otras aún más duras y fuertes”⁶¹⁸.

618 Bobbio. *Igualdad y libertad*. Op. cit., p. 137.

Finalmente, la impronta que nos legaron las revoluciones liberales burguesas de los siglos XVII y XVIII son: libertad e igualdad.

¡Burgueses de todos los países, uníos!

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

Igualdad. “Ustedes están en Cristo Jesús, y todos son hijos de Dios gracias a la fe. Todos se han revestido de Cristo, pues todos fueron entregados a Cristo en el bautismo. Ya no hay diferencias entre judío y griego, entre esclavo y hombre libre; no se hace diferencia entre hombre y mujer, pues todos ustedes son uno solo en Cristo Jesús”.



(Carta de San Pablo a los Gálatas 3: 26-28).

Distintas tendencias históricas explican el proceso de formación del reconocimiento de los derechos humanos de segunda generación en el siglo XX (1917-1920)⁶¹⁹, remontándose sus antecedentes inmediatos a la primera mitad del siglo XIX, y mediatos en la finalización del siglo XVIII, es decir, a la época post-Revolución Francesa. En especial será el siglo XIX en el cual se encubran estos derechos, escenario en el cual se desarrollará el presente capítulo.

Del contexto socio-político-económico sobre el que se erige el Estado liberal de derecho se infiere que los derechos

619 Constitución de Querétaro, México (1917), Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (1918) y Constitución de Weimar, Alemania (1919).

civiles y políticos no serían los únicos y últimos para proteger a las generaciones futuras. Al respecto, es importante resaltar el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793, que expresa: “A ninguna generación le está permitido imponer sus propias leyes a las generaciones futuras”, por lo que las nuevas condiciones económicas, sociales, políticas, culturales y religiosas engendrarían nuevos derechos humanos en una edad histórica posterior en la Europa occidental, por los movimientos obreros.

Por consiguiente, recurrimos nuevamente al genio de la revolución liberal burguesa francesa, JUAN JACOBO ROUSSEAU, que, como buen visionario político, señaló que la aparición de la propiedad privada es la fuente de la desigualdad entre los hombres, y sería la causa de todas las desgracias sociales. Además, en su obra *Discurso sobre la Economía Política*, el brillante ginebrino vaticinó lo siguiente: “(...) lo que hay de más necesario y quizás, de más difícil en el gobierno, es una integridad severa para hacer justicia a todos, y sobre todo para proteger al pobre contra la tiranía del rico”⁶²⁰.

ROUSSEAU avizoró hacia el futuro la desigualdad entre burgueses y obreros, fundada en la propiedad privada, derecho civil reconocido por la Revolución Francesa y protegido por la Iglesia católica para el desarrollo del capitalismo durante el cual aparecerá el movimiento obrero impulsor de los derechos sociales.

¿Cuál será el escenario en el que se formarán los derechos sociales?

De una sociedad feudal estamental se transitará a la modernidad (la sociedad de clases), en la que se sustituyen señores feudales por burgueses, siervos de la gleba por obreros, quienes se trasladan del feudo a las ciudades, arrastrando los rezagos feudales –feudalismo/capitalismo–.

620 Rousseau, Juan Jacobo. “Discurso sobre la Economía Política”. En: *Ouvres Complètes*. París: Gallimar, 1964, p. 191.

¿Cuál será el contexto?

“En el siglo XIX la Iglesia se aferra a defender el antiguo régimen, «los sagrados derechos de los principios», y a atacar al liberalismo, al socialismo, al sindicalismo de clase, a los derechos fundamentales (...).

”(...) será el siglo de la reacción de la Iglesia católica contra los intentos modernizadores del neocatolicismo; el pensamiento pontificio defiende los sagrados derechos de los príncipes frente al liberalismo, la democracia y los derechos fundamentales.

”En ese escenario aparecerá la llamada cuestión social y el origen del movimiento obrero”⁶²¹, que se gestan en el desarrollo de la Revolución Industrial.

1. REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

“La Revolución Industrial comportó un cambio *cualitativo* de alcance *universal*, según el cual se transformaron las condiciones *técnicas y sociales* de la producción [que] presupone necesariamente el desarrollo del capitalismo industrial, sienta las bases técnicas y sociales que permiten su crecimiento y evolución posterior. La Revolución Industrial es, exactamente, la etapa en que hace su aparición la sociedad capitalista industrial, el momento histórico en que se articulan los cambios sustanciales propios de la sociedad capitalista industrial. Solo la aparición, no su crecimiento posterior. Lo que nos delimita históricamente la Revolución Industrial es esa transformación social profunda, ese cambio social cualitativo”⁶²².

621 De Dorado Porras, Javier y Peces-Barba Martínez, Gregorio. “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales”. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Vol. I. Libro I. Madrid: Edit. Dykinson, 2007, pp. 7 y 41.

622 Baldó Lacomba, Marc. *La Revolución Industrial*. Madrid: Edit. Síntesis, pp. 17, 19 y 20.

Con el objeto de hallar el nacimiento de los derechos humanos de segunda generación, nos ubicaremos en la época de la pre-*Revolución Industrial*, advirtiendo que “la economía europea atravesó una «crisis general» durante el siglo XVII, última fase de la transición general de la economía feudal a la economía capitalista”⁶²³; concretamente nos ocuparemos de un período un poco más amplio comprendido entre 1500 a 1800 (edad moderna), con el objeto de hacer una exposición descriptiva en el siguiente orden, en el proceso de la formación del capitalismo en Europa y en especial en Inglaterra, siguiendo a HELGA SCHULTZ⁶²⁴: la artesanía, la manufactura, el mercantilismo y la Revolución Industrial, señalando “que el capitalismo comenzó en forma comercial antes de constituirse en forma industrial”⁶²⁵, por tanto explicamos brevemente el surgimiento de los artesanos, mercaderes, comerciantes, burgueses y los banqueros, aclarando que el mercantilismo es una *doctrina económica*⁶²⁶ que tuvo su origen y vigencia en el nacimiento y auge del Estado monárquico absolutista; por tanto, el desarrollo de los temas se organiza cronológica y metodológicamente, a fin de facilitar didácticamente el estudio del advenimiento de la Revolución Industrial, sin olvidar que “la identidad europea había sido en la edad media cosa del clero y de su cultura latina”⁶²⁷.

1.1 EN INGLATERRA

La agricultura en Inglaterra tuvo aumentos en su productividad, ubicándose como el país más desarrollado de Europa occidental, debido a varios factores socio-económicos que el presente trabajo nos impide profundizar. Por ello la

623 Hobsbawm, Eric J. *En torno a los orígenes de la revolución industrial*. Madrid: Siglo XXI, 2003, p. 7.

624 Schultz, Helga. *Historia económica de Europa, 1500-1800*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

625 Borja. Op. cit., p. 890.

626 “La *Historia de la Economía* es la historia de los acontecimientos económicos, la *Historia del Pensamiento Económico* es la historia de las ideas económicas y cuando éstas constituyen una escuela estamos en presencia de las *Doctrinas Económicas*”. Moisés Gómez Granillo. *Breve historia de las doctrinas económicas*. 22ª ed. México: Edit. Esfinge, 2005.

627 Schultz. *Historia económica de Europa, 1500-1800*. Op. cit., p. 18.

posesión de la tierra daba prestigio en la sociedad, además de poder económico, social y político, inclusive religioso dependiendo del poseedor.

Según el marxismo, *la acumulación primitiva del capital* se produjo con el despojo de la tierra y la expulsión violenta de los campesinos hacia la ciudad y sus chozas arrasadas (siglos XV y XVI). El Parlamento inglés expidió las denominadas *leyes de cercamiento* que permitieron a la nobleza usurpadora “legalizar” la propiedad (1740-1750); es el derecho fundado en la sangre que consolidó la concentración de tierras en grandes propiedades, despoblando y empobreciendo los campos. En estas leyes se ordenaba: “el cercado de los campos, prados y pastos abiertos y comunes y de las tierras libres y comunales de la parroquia”; estos gastos deberían ser costeados por los pequeños propietarios, quienes se veían obligados a abandonar el predio ante la imposibilidad de pagar el cercado.

La formación del pre-capitalismo se inicia con la artesanía.

1.1.1 LA ARTESANÍA

La artesanía surgió en el campo y luego se extendió a las ciudades medievales⁶²⁸.

En un taller se desarrollaba el trabajo artesanal en un hogar campesino denominado la “Casa Grande”, en la que el amo, la esposa y la servidumbre (compañeros y aprendices) tejían y cocían, horneaban el pan y mataban los animales domésticos (cabras, cerdos, gallinas) para su consumo, siendo el maestro artesano el que aportaba su capital y trabajo. Se dedicaban a la sastrería, panadería, zapatería, herrería, carpintería, ebanistería, etc.; ejercían de molineros, tejedores, toneleros y carreteros. Por la especialidad del oficio se agrupaban en *gremio*; aprendían el oficio en los gremios en las ciudades; los artesanos cultivaban en sus propias granjas, pero no eran propietarios de las tierras, ya que pertenecían a la nobleza o al clero, siendo explotados

628 Cfr. Barnes. Op. cit., pp. 200, 204 y ss.

como lacayos. No se dividían el trabajo en el taller; maestro y oficiales fabricaban toda la pieza. Se trataba de una producción campesina para el consumo localista que beneficiaba a estos señores feudales en las ciudades; no existía una separación entre productor y medio de producción.

Los talleres aparecieron primero en Inglaterra y después en Francia.

También hubo otras formas de producción artesanal. Los artesanos especializados en tallar la piedra bruta para la construcción de castillos, monasterios y catedrales fueron los primeros en organizarse *fraternalmente* para defender sus intereses laborales, en especial la regulación legal del horario de trabajo y el salario, reconocidos más tarde como derechos sociales.

a. El registro de vagabundos y el Castillo de Bridewell

La expulsión del campesinado los convierte en mendigos, vagabundos, bandidos, salteadores, ladrones y prostitutas, que conforman una gran masa de miserables sin trabajo en las ciudades.

En 1530 se establece el registro de vagabundos para clasificar a los que estaban inhabilitados para trabajar, a quienes se autorizaba para mendigar y los que podían trabajar eran castigados con azotes, el destierro y la ejecución por pedir limosna; a petición del clero católico el Rey autorizó destinar el Castillo de Bridewell (1550) para recoger a esos desocupados, cuya finalidad era la reforma de los internados por medio del trabajo vigilado y una férrea disciplina; se trabajaba forzosamente a cambio de techo y comida. Se construyó una tribuna desde la que, previo el pago de una suma de dinero, la gente presenciaba los castigos de los reclusos-trabajadores; se originan así las que se llamaron posteriormente *Houses of correction* inglesas⁶²⁹.

629 Melossi, Darío y Pavarini, Massimo. *Los orígenes del sistema penitenciario*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2005, pp. 32 y 33. Lyons, Lewis. *Historia de la tortura*. México: Edit. Diana, 2005, p. 112.

b. La ley del trabajo

En el reinado de Isabel Tudor (1558-1603) el Parlamento expidió la *Ley del Trabajo* (1563), basada en el trabajo general obligatorio para hombres y mujeres. Quienes no trabajasen en ninguno de los oficios enumerados expresamente en la ley forzosamente trabajarían en la agricultura; regulaba el régimen uniforme del aprendizaje, fijando un plazo de seis años para ser artesanos, el cual incluía niños, reconociendo que los hijos de los maestros eran agremiados desde su nacimiento; la fijación anual de los salarios normales (“justos”) sin imponer ningún límite máximo por los jueces de paz nombrados por el Rey, quienes decidían la forma de cómo aplicarse; se establecían medidas disciplinarias contra ciertos funcionarios que no castigaban las infracciones a la ley: el cepo durante dos días con sus noches⁶³⁰.

c. La ley de pobres

En 1597 en el reinado de Isabel se dictó la ley de pobres que se proponía acabar con los mendigos aptos para trabajar en las ciudades; se castigaba el abandono del puesto de trabajo, lo que coartaba la libertad de locomoción.

d. La ley de salarios máximos

El Parlamento inglés expidió la *Ley de salarios máximos*. No se reconocía un salario mínimo, sino que imponía un salario máximo (seis peniques diarios) como tope económico; su finalidad consistía en que empleadores y trabajadores de común acuerdo pactaban un salario que no podría sobrepasar el límite, so pena de sanción de veinte chelines (el equivalente a los salarios de seis meses). La jornada diaria de trabajo se extendía a las 14 horas (5 a.m. a 7 p.m.). En reacción contra este régimen laboral los artesanos organizaron reuniones secretas con el objeto de exigir un aumento de salario y reducción de la jornada laboral, reuniones que fueron penalizadas por el

630 Heckscher, Eli F. *La época mercantilista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, pp. 209 a 295.

Parlamento en el reinado de Enrique VI (1422-1461). De esta forma se dieron los primeros pasos para la conformación de las *asociaciones* de los trabajadores.

e. Las casas de corrección y el trabajo forzoso

Las *Houses of correction* inglesas, que debían servir sea para dar trabajo a los desocupados, sea para obligar a trabajar a quien se rehusaba a hacerlo, concentraba a los hijos de los pobres, con la intención de que la juventud se acostumbrara y educara en el trabajo. El trabajo forzoso tenía por finalidad doblegar la resistencia de la fuerza de trabajo, al obligar al trabajador a aceptar el ofrecimiento del primer patrón que le pidiera trabajar.

En efecto, la mendicidad se transformó en delincuencia, por lo que debió ser penalizada⁶³¹.

f. El *ius puniendi* artesanal

Eduardo III (1327-1377) expidió el *Estatuto de los trabajadores del campo* que penalizó las siguientes conductas:

“Debido a que esos mendigos, recalcitrantes, mientras pueden vivir de limosna se niegan a trabajar, entregándose a la ociosidad y al vicio y al robo; se prohíbe que nadie, bajo la indicada pena de encarcelamiento, so color de caridad o limosna, dé cosa alguna a los mismos que estén en condiciones de trabajar, o trate de favorecer a sus deseos; de suerte que, de ahora en adelante, se vean compelidos a trabajar para subvenir a las necesidades de su vida”⁶³².

“Negarse a trabajar parece haber sido el único acto que se consideraba de intención criminal”.

631 Melossi y Pavarini. Op. cit., pp. 32 y 33.

632 De Buen Lozano, Néstor. *Derecho de la seguridad social, Manual*. México: Edit. Porrúa, 2006, p. 6.

Una ley de 1601 facultaba al juez para detener y encarcelar a los desocupados⁶³³.

1.1.2 LA MANUFACTURA

La manufactura, del latín *manus* que significa mano y de *factura* que quiere decir hechura, es decir, obra hecha a mano. No se utilizaba aún la máquina; participaba la familia en la producción; las mujeres hilaban y los hombres tejían y hacían pequeños artículos de hierro⁶³⁴; había exceso de mano de obra en el campo:

“La manufactura tiene doble origen:

”a) Concentración de los trabajadores de diversos oficios en un solo local, cada uno de los cuales contribuye con su especialidad a la obtención de un bien un tanto complicado. Un ropero, por ejemplo, es el resultado del trabajo de carpinteros, herreros, pintores, etc.

”b) Reunión de muchos trabajadores en un mismo local, que ejecutan el mismo trabajo, o trabajos similares, como es el caso de la fabricación de alfileres (ejemplo clásico para poner de manifiesto la división del trabajo)”⁶³⁵.

Se trata del desarrollo económico a lo largo del siglo XVI. La producción de los tejidos para su exportación por medio de los *mercados* se hacía en *talleres* establecidos en el campo y en las ciudades. El *mercader* fue la figura central de la protoindustria y la causa decisiva de la nueva dimensión dada en la edad moderna al comercio en mercados lejanos⁶³⁶. El *mercader* proporcionaba la materia prima (lino y algodón) para que el tejedor trabajara en su propio taller-habitación y el producto (las telas) se vendiera al mercader para su exportación, por

633 Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 33.

634 Por esta época gobernaba a Inglaterra Jorge II (1727-1760), perteneciente a la casa de los Estuardo.

635 Gómez Granillo. Op. cit., p. 215.

636 Schultz. Op. cit., pp. 114 a 135.

lo que no había una relación de trabajo asalariado sino una compra-venta de los bienes producidos; existía una separación entre productor y medio de producción.

Posteriormente se incrementaron las plantaciones de moreras y la cría del gusano de seda por los terratenientes, quienes se hicieron *empresarios*, y el campesino pasó a ser *obrero* de la seda, con una mayor dependencia, acumulándose riqueza, porque aquellos se apropiaban del salario del tejedor mediante el tributo que le debía pagar el campesino-obrero. Las manufacturas eran establecimientos grandes que, junto con las instalaciones y las herramientas, eran de propiedad de un empresario, en los que se ejecutaba bajo el mismo techo el trabajo, con inspectores y capataces, las cuales se distinguían de las fábricas de la era industrial sólo por la técnica, porque no había máquinas.

Las guerras entre los monarcas generaron manufacturas de armas, municiones y uniformes para los soldados. Los mercaderes que por encargo de los reyes abastecían a los ejércitos fueron, en su sentido originario, *empresarios* con lazos económicos estrechos con el Estado (alianza de empresarios y funcionarios de la nobleza) que se beneficiaban enriqueciéndose con sus contratos estatales, engendrando los privilegios estatales. Estos empresarios fueron comerciantes o artesanos en los comienzos de sus oficios. Sin embargo, los *empresarios* no fueron en absoluto burgueses, porque éste no nació hasta la Revolución Industrial, concluye SCHULTZ.

El trabajo asalariado en las manufacturas acabó con la Casa Grande al introducirse el trabajo a destajo en el hogar, concluyen los citados autores.

a. Las casas de trabajo

En Ámsterdam, hacia la mitad del siglo XVII, se consolidaron las *Rasp-Huis* (Casas de Trabajo) que se originaron principalmente para combatir la delincuencia juvenil, como una solución que hallaron los magistrados de la ciudad. La primera

casa se inauguró en un convento en 1596, y con el producido se financiaba su sostenimiento. En la casa los vagabundos, malhechores y holgazanes (ex campesinos y ex artesanos) se recluían como castigo y eran ocupados en algún trabajo, por un tiempo indefinido, después de considerar sus culpas, quedando a disposición del productor mercantilista; el trabajo se hacía en celdas y consistía en raspar con una sierra una madera fina hasta hacerla polvo. Se reconocía un pequeño salario dependiendo del comportamiento, a discreción del director. Se imponían penas corporales, de deportación, destierro y la pena de muerte por infracciones al Reglamento de la casa que imponía una rígida disciplina que sometía a los trabajadores-presos a la autoridad: se prohibía blasfemar, leer, cantar, jugar, etc., generando un efecto intimidatorio dentro y fuera de la casa, en particular con los trabajadores libres para que aceptaran las condiciones impuestas⁶³⁷. También se denominan manufacturas forzosas.

La historia de las manufacturas es también la historia de las huelgas, y en esa medida es la prehistoria de la era de las fábricas, levantamientos que terminaron en los tribunales con condenas en la horca o de presidio (1716-1762).

b. El mercader y el comerciante

En el derecho romano los *mercatores* fueron los antiguos comerciantes.

Como se explicó, en la época (protoindustrial) de los mercaderes el trabajo no era asalariado. ¿Cómo surgen los mercaderes? Explica PIRENNE que en el curso del siglo X se conforman unas *caravanas* de mercaderes que se organizan como *hermandades*, en la que los hermanos se unen por un juramento de fidelidad y se dedican a comprar y vender en común mercancías que se transportan en carretas custodiadas por hombres armados, de un lugar lejano en que se producían en abundancia, a fin de revenderlas en otro lugar en los que su escasez aumentaba el valor, y los beneficios eran repartidos

637 Melossi y Pavarini. Op. cit., pp. 35 a 43.

proporcionalmente según los aportes hechos por cada miembro a la asociación. Este acelerado crecimiento económico enfrentó a los mercaderes con la nobleza y el clero, pero obtuvieron respaldo de los monarcas, porque pagaban impuestos. El comercio hizo del mercader un hombre que gozó *de hecho* la libertad y luego fue el gran comerciante en los burgos y ciudades, quien luchó por la libertad como un *derecho*.

c. Los burgos, las ciudades y los burgueses

En el capítulo anterior se expuso el origen de los burgos⁶³⁸ y las ciudades sin hacer distinciones entre sí; sólo afirmaremos que el *mercado* sedentario y permanente se ha considerado como lugar de origen de la ciudad, según GARCÍA-PELAYO⁶³⁹, quien además nos informa que la mayoría de las ciudades se componían de tres estratos: clérigos, caballeros y mercaderes. Cuando predominan los caballeros nos encontramos con las ciudades de linaje (de consumo), y cuando son los mercaderes, con las ciudades *mercantiles* (de producción) en las que existían mercados sedentarios y permanentes, a los que nos referiremos en el presente trabajo; ampliaremos su papel e influencia en las *relaciones sociales de producción*, en la transformación del artesano y el campesino feudales (sin salario-economía cerrada: relación social de servidumbre) en el obrero (con salario) y el Señor en patrono, que constituirían las nuevas clases de burgueses y proletarios (explotación asalariada-economía abierta: relación social de “libertad”), motor socio-económico del capitalismo desarrollado: producción masiva asalariada de mercancías, en la que las relaciones sociales giraban exclusivamente alrededor del *dinero*.

“En ninguna civilización la vida urbana se ha desarrollado independientemente del comercio y de la industria. A partir de los siglos X y XI se produce un renacimiento comercial en

638 Ver Los burgos en Francia..

639 Cfr. García-Pelayo, Manuel, *La ciudad mercantil medieval*, Editorial Fundacion Manuel Garcia Pelayo, Caracas, 2001, pp. 9 y 14.

Europa”⁶⁴⁰ con el comercio a larga distancia, por cuanto se generalizó el comercio con la gran producción destinada al *mercado*. En efecto, en este período de la edad media (siglos XI y XIII) el crecimiento del comercio contribuyó efectivamente a la aparición de los burgos y las ciudades, vinculados al *renacimiento comercial*, con un notable crecimiento de la población urbana, pero la mayor parte seguía siendo rural.

El burgo era una pequeña comunidad bajo el control de los Señores nobles y el clero —reconocían a los reyes—, cercada y amurallada se situaba fuera de los castillos o de los monasterios (porque no había espacio), poseían una catedral (además de lugar de adoración, servía de almacén de granos, vinos, cervezas y de reunión de los comerciantes) casas de madera y piedra, con sus talleres y habitaciones, que se ubicaban frente a la puerta de los puentes del río, vendiendo las mercancías producidas por otros. Los habitantes de este lugar se denominarán *burgueses*, dedicados al comercio y la industria, sujetos a las restricciones y regulaciones feudales, quienes se enriquecieron aceleradamente, entrando en conflicto político y económico con los Señores feudales (principalmente con el clero que se resistía a perder su poder), lo que los indujo a la creación de las *Comunas*, con el fin de obtener el reconocimiento de los burgos como comunidades urbanas autónomas, y después de muchas luchas armadas conquistaron las *libertades* civil y económica para *asociarse* libremente, porque la búsqueda del reconocimiento de la *libertad* y la *propiedad* se convirtieron políticamente en su razón de ser⁶⁴¹, explica BARNES, permitiéndonos la siguiente síntesis descriptiva.

Se explicó que había artesanos rurales (bajo el dominio señorial en el feudo: no escogían su trabajo) y urbanos (libres en los burgos: escogían su trabajo, arte u oficio). Éstos trabajaban en

640 Cfr. Pirenne, Henry. *Las ciudades de la edad media*. Madrid: Alianza Editorial, 1971, p. 89.

641 “*El aire de la ciudad os hace libres*” (proverbio alemán). Gracias a las ciudades la libertad vuelve a ocupar su lugar en la sociedad como un atributo natural del ciudadano, para disfrutar como un *derecho* todos los *burgueses*, la cual va unida a la libertad territorial (la propiedad), en la que encontrará paz y seguridad económica, comenta Pirenne. Op. cit., pp. 129 y 130.

familia, apoyados por aprendices y jornaleros; las herramientas y materias primas les pertenecían, y vendían sus artículos en el taller o el mercado del burgo; en un estado avanzado de la economía el artesano fue un pequeño empresario que se convirtió progresivamente en *comerciante* que carecía de un lugar propio en el medioevo; unidos por intereses comunes (comerciales) para el bienestar y la seguridad del grupo crearon unas corporaciones (o asociaciones) denominadas las *Guildas*⁶⁴²; hubo dos clases:

- *Guildas de comerciantes*. Asociaciones de comerciantes y miembros del clero constituidas en una ciudad, unidos por un juramento; disponían de un local propio para reunirse; unas y otras tenían por finalidad mantener el monopolio del comercio con el fin de enriquecerse y ocupar un lugar privilegiado en la sociedad; la prosperidad comercial los enriqueció y socialmente fueron adquiriendo un status superior.
- *Guildas de artesanos*: éstas se crearon por la exclusión de los artesanos de la gilda de comerciantes, otorgándoseles el privilegio de ejercer exclusivamente la actividad artesanal; tenían su bandera y su sello para identificarse por su oficio; existía una unidad económica, social y religiosa entre sus miembros; se debían entre sí fidelidad, socorro, solidaridad y ayuda *fraternal*; se reunían para practicar algún culto religioso (ante un altar manteniendo un cirio encendido), comer y beber como *hermanos*, bajo la devoción de un santo patrono. El artesano trabajaba 10 horas diarias delante de la ventana del taller para ser visto públicamente y ser vigilado; la Gilda se componía de tres estratos: maestros (los que mandan), oficiales (los que sirven) y aprendices (los que aprenden), quienes eran entregados por sus padres y vivían en la casa del maestro como un miembro de la familia, quien tenía la obligación de alimentarlo y vestirlo, y además podía castigarlo.

642 García-Pelayo. Op. cit., pp. 29 y ss.

Había un tribunal que juzgaba y condenaba a sus miembros por infracciones a los *reglamentos*, pero se procuraba otorgar la libertad cuando eran detenidos; se visitaba al enfermo y se le apoyaba económicamente, lo mismo que al declarado en bancarrota, o al fallecer se suministraba ayuda a la viuda y a los huérfanos; crearon asilos para pobres. Estas Guildas también se conocen con el nombre de los *gremios*. Otra forma de asociación eran las *Hansas*: unión de comerciantes de diferentes ciudades.

Concluye PIRENNE diciendo que “la iniciativa privada no podía obtener éxito si no era mediante la asociación”.

Según BARNES, el burgo provocó la división del trabajo entre la ciudad y el campo, porque éste se dedicó exclusivamente a la agricultura y aquella al comercio y a la industria. En efecto, el campo se subordinó a la ciudad, determinando una nueva civilización urbana en lo económico, social, político, cultural y religioso, explica PIRENNE.

La ciudad es la cuna de la burguesía; aparte de dar nacimiento a la decisiva fuerza histórica de la burguesía, no todos los habitantes de la ciudad tenían categoría de ciudadanos, sino que una parte estaba en situación de súbditos. Esta condición podía deberse a motivos religiosos (los judíos), económicos (pago de una suma para pertenecer), profesionales (exigencia de estar matriculado a una Guilda o Gremio, o al adquirir el grado de maestro), dice GARCÍA-PELAYO. La aparición de las grandes ciudades señala la ruina de la edad media y el comienzo de la edad moderna, comenta BARNES, período que corresponde a la crisis general del feudalismo, según VILLAR.

d. Las ferias y los mercados

Cuando el burgo creció aumentaron los *mercados*, diferenciándose de las *ferias*; aquéllos eran locales y se hacían semanalmente, y cuando el comercio se extendió geográficamente aparecieron las ferias que cubrían negocios internacionales

(mercancías extranjeras) y eran estacionales. Se inauguraban con la bendición de la Iglesia Católica; generalmente coincidían con las festividades religiosas y se regían por la costumbre mercantil; constituían delitos el acaparamiento y la reventa de mercancías que se sancionaban con penas de confiscación, cárcel y destierro, comenta BARNES.

e. Los banqueros templarios (las letras de cambio)

Además de las explicaciones dadas acerca de la Orden de los templarios⁶⁴³, éstos se caracterizaron por haber sido muy poderosos económicamente y ofrecer protección militar, por lo cual:

“(...) en poco tiempo hizo que se les confiaran importantes sumas de dinero, e incluso depósitos financieros públicos para que los custodiasen y gestionasen. Por estas razones, el ámbito de las actividades financieras era el que más atraía la atención de la Orden. Las «casas» templarias, repartidas por Europa y por Tierra Santa, funcionaban como bases para la circulación de las «letras de cambio» que permitían transferir a distancia sumas de dinero son correr el riesgo de mover físicamente grandes cantidades de metales preciosos, [por eso] fueron los primeros banqueros”⁶⁴⁴.

Además, los templarios custodiaban tesoros reales y en las cajas de la Orden se depositaban grandes fortunas privadas.

1.1.3 EL MERCANTILISMO

El mercantilismo surgió –en la edad moderna: 1500 a 1750–, con los Estados nacionales (o Estados modernos –soberanos–), y su primera configuración histórica fue el *absolutismo*. Como se expresó⁶⁴⁵, es una doctrina económica que consiste en “el enriquecimiento de las naciones mediante la acumulación

643 Ver *supra*, p.

644 Montesano, Marina. “Los banqueros de Europa templarios”. En: *Revista Historia National Geographic*. N° 137. Madrid, 2015, pp. 68 y ss.

645 Ver *infra*, p. 187.

de metales preciosos” y es contraria a la doctrina económica medieval basada en el feudo. Un Estado económicamente es sólido cuantos más metales tiene en sus arcas; para lograrlo debe vender al exterior (exportaciones) más de lo que compra (importar), marginando la agricultura.

Según SCHULTZ el mercantilismo propugnaba una zona económica unida y cerrada en sus fronteras mediante restricciones aduaneras, con el objeto de limitar las importaciones; no buscaba proteger las manufacturas locales y cuidar a los comerciantes, sino a los ingresos estatales, entre otros, los impuestos que debían pagar la agricultura y las manufacturas, a fin de dominar el comercio en interés del Estado absolutista y no para favorecer a los artesanos y comerciantes de las ciudades mercantiles medievales, las que fueron perdiendo su autonomía, pero contribuyó a una mayor estima de la persona humana, resultante del creciente valor de su fuerza de trabajo. El objetivo de las monarquías absolutistas era la unidad económica para sostener la burocracia, la corte real y el ejército de los grandes Estados territoriales financiando las guerras entre sí, contribuyendo a que los Señores feudales se sometieran a los reyes poderosos económicamente.

Los grandes descubrimientos geográficos (América, 1492) abrieron nuevas fuentes de ingresos económicos a las monarquías europeas con el saqueo del oro, la plata y el cobre de los pueblos indígenas americanos y la explotación de tabaco, azúcar, café, algodón, etc., facilitando nuevas materias primas para la producción industrial y la apertura de nuevos mercados europeos.

A partir de 1760 los inventos van a sustituir la *manufactura* por *máquina* de *factura*, expone PIERRE VILLAR⁶⁴⁶, y comienza el proceso de la Revolución Industrial.

646 Villar, Pierre. “La transición del feudalismo al capitalismo”. En: *El Feudalismo*. Madrid: Edit. Ayuso, 1976, p. 58.

1.1.4 REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

“La sustitución de la energía humana y animal por la máquina de *vapor* (1760-1840: primera revolución), primero, y después por la *electricidad* (1840-1914: segunda revolución), marcó el comienzo de la *Revolución Industrial*”, por lo que introdujo innovaciones en la agricultura, transportes, comercio y finanzas; las nuevas formas de energía fueron el eje sobre el cual la industria entró en la edad moderna⁶⁴⁷. En la década de los años 70 del siglo XX comienza la *Revolución Tecnológica*, tema del tercer capítulo.

Se entiende “por revolución industrial el proceso del paso del trabajo manual, en el oficio y la manufactura, a la producción maquinizada (fabril)”⁶⁴⁸. Es la transformación del *taller en fábrica*.

Examinemos cómo fue este proceso exclusivamente en Europa occidental: en Inglaterra con la formación de la burguesía y el proletariado industriales (1760-1860) y en Francia (1794-1850).

a. Causas de la Revolución Industrial

Los historiadores⁶⁴⁹ enumeran las siguientes causas:

1) *Aumento de la población*

Desde el siglo XVIII se produjo un descenso de la mortalidad (hambre, guerras, epidemias); la natalidad aumenta y los campesinos emigran del campo a las ciudades —por el despojo violento de sus parcelas—, en búsqueda de trabajo y

647 Cfr. Ashton, T.S. *La Revolución Industrial 1760-1830*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 80 y 102.

648 MIJAILOV, M.I. *La Revolución Industrial*. Bogotá: Edit. Cupido, 1998, p. 9.

649 Corbella Madueño, José; Caballero González, Carlos y Álvarez León, Esteban. *Historia Universal*. México: McGraw Hill, 2000. Sánchez, Humberto y otros. *Historia Universal*. 2ª ed. México: Pearson Education, Prentice may, 2005. Lemus Delgado, Daniel y Morales Sandoval, Claudio. *Historia Moderna y Contemporánea. Desde la fragmentación del sistema feudal hasta el Congreso de Viena*. México: Limusa, 2007. Brom, Juan. *Esbozo de Historia Universal*. México: Grijalbo, 1973.

mejores condiciones de vida, generando la transformación del trabajador agrícola en obrero.

La explosión demográfica contribuyó al aumento de la población y la correlativa concentración de la propiedad industrial gestó al capitalista industrial. El crecimiento poblacional proporcionó la *mano de obra (el trabajo)*, y los capitalistas se forjaron de la confluencia gradual de los intereses de los propietarios rurales, banqueros, cambistas, mercaderes, comerciantes, intereses que se concentraron en los grandes recursos económicos (el capital). Así se gestaron dos clases sociales antagónicas: burgueses y proletarios.

2) *Mejoramiento de la agricultura*

El despojo violento de las parcelas contribuyó a concentrar tierras en grandes propiedades apoyadas en las *leyes de cercamiento*, como se expresó anteriormente. La introducción de mejoras técnicas –como la sembradora, la trilladora y la segadora– favorecieron la Revolución Industrial con estas formas:

- a. Las mejoras técnicas redujeron el número de campesinos necesarios para trabajar la tierra, proporcionando mano de obra para la industria.
- b. Los grandes beneficios de los terratenientes fueron invertidos en la agricultura, el comercio y las nuevas industrias.
- c. Las necesidades de metales para los instrumentos agrícolas como arados metálicos, herraduras, etc., y más tarde la maquinaria, provocaron el desarrollo de la industria metalúrgica y de la siderurgia.

3) *Expansión del comercio exterior*

A mediados del siglo XVIII Inglaterra y otros países introdujeron en América el cultivo de algodón con esclavos negros, obteniendo materias primas abundantes y baratas que transformaban en productos textiles que luego vendían a Sudamérica, Asia y el resto de Europa, lo cual abrió nuevos

mercados, permitiendo Inglaterra acumular un gran capital por muchos decenios.

4) *Los inventos*

Sencillamente la Revolución Industrial es una revolución económica originada por los cambios tecnológicos, conocidos como los inventos que se aplicaron a la industria para mayor producción económica; es la Ciencia Natural y Aplicada. “La innovación es un proceso que, una vez iniciado, tiende a acelerarse”⁶⁵⁰.

Recordemos que la época feudal se caracterizó por el desarrollo de la producción agrícola utilizando el arado, la azada, la pala (y otros instrumentos de trabajo manuales), el buey, el asno y el caballo.

a. *La industria textil*

La fabricación de paños y telas se hacía con lana en el “telar de mano” (se escogía la lana, se limpiaba y se peinaba; después se hilaba, tejía, lavaba, blanqueaba o teñía, etc.) en talleres, en casas de familia (hombres, mujeres y niños); en algunos casos el proceso se realizaba con molinos movidos por caballos y era la actividad económica más rentable en Inglaterra. Los terratenientes feudales sustituyeron la explotación agrícola de la tierra por la siembra de pastos para las ovejas y extraer su lana, como se expresó. Según ASHTON los ingleses debían vestirse con prendas nacionales; ni los muertos tuvieron derecho a ser enterrados cubiertos con algo que no fuera de lana inglesa.

La producción algodonera fue la primera en industrializarse, superando con ello a la tradicional industria de la lana, porque el algodón ofrecía muchas ventajas: la fibra de algodón es dura y resistente; había abundante y barata materia prima en América,

650 Ashton, T.S. *La Revolución Industrial, 1760-1830*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 90.

e Inglaterra disponía de muchos mercados para vender los tejidos de algodón. Esta industria fue el motor de la economía y el primer paso de la Revolución Industrial.

La invención de la “lanzadera volante” de JOHN KAY en 1733 aumentó cuatro veces la velocidad de las tejedoras, disminuyendo la cantidad de trabajo humano. “La hiladora mecánica” de JAMES HARGREAVES en 1764, que se llamó la “hiladora de Jenny” era movida de forma manual; la “Water frame” de RICHARD ATRWIGHT 1769, era una máquina de hilar movida por energía hidráulica; ELÍAS HOWE inventó la máquina de coser en 1846; ALEXANDER GRAM BELL inventó el teléfono en 1876; THOMAS ALBA EDISON inventa la luz eléctrica.

Cuando EDMUND CARTWRIGHT inventó en 1785 el telar mecánico el *taller* se fue transformando en fábrica, en la que se instalaría luego la moderna *maquinaria* en las ciudades y no en otro lugar (casas de familia), porque los trabajadores por ser numerosos no podían reunirse en éstas, constituyéndose una forma moderna de concentrar, controlar y vigilar el trabajo, a fin de evitar, entre otras, los primeros intentos de organización solidaria de los obreros. Se establece la división del trabajo, porque cada obrero realizaba una parte del producto.

La aparición de la máquina propiamente dicha, es decir, un instrumento mecánico movido por energía independiente de la fuerza humana que se emplea en la industria, la agricultura (segadoras movidas por vapor), la minería (extracción de agua de las minas) y el transporte (sobre todo el ferrocarril y los barcos a vapor), incrementó la producción tecnificándola. Este desarrollo tecnológico en la industria hizo posible la aparición de la fábrica, en la que se emplean máquinas, energía y capital. A largo plazo la fábrica acabó con la artesanía y la manufactura, explica CORBELLA CORBELLA.

b. *El vapor como fuerza motriz*

JAMES WATT inventó la máquina de vapor funcional (la idea de elevar el agua por medio del fuego) en 1769; esta invención

revolucionó las “fábricas textiles”, por cuanto las mismas se movían por energía hidráulica impulsadas por ruedas y se hallaban ubicadas en las orillas de los ríos caudalosos y distantes de las ciudades. La máquina de vapor se activaba con carbón mineral, lo que permitió que las fábricas se instalaran cerca de las poblaciones hacia las que concurrían los campesinos desplazados, como se expresó anteriormente, concentrándose así la producción y expandiéndose las ciudades, en las que se establecieron las grandes fábricas industriales, lo que significó el inicio de la fase del capitalismo industrial porque las fábricas industriales (máquinas) sustituyeron la artesanía y la manufactura (el trabajo manual), aprovechándose de la explotación del obrero y gracias al empleo de la máquina para fabricar mercancías. ROBERT FULTON inventa el barco de vapor en 1807, revolucionando el transporte.

La invención mecánica revolucionó la industria aumentando la producción, pero se requirió su aplicación a los medios de comunicación, a fin de ampliar el mercado de venta de las mercancías, por medio de carreteras, canales (en ríos y en el mar) y ferrocarriles. La gran revolución en el transporte consistió en la utilización del vapor para mover la locomotora y el barco de vapor. En 1812 GEORGE STEPHENSON inventó la locomotora; en 1825 se inauguró el primer ferrocarril entre las ciudades de Stockton y Darlington (Inglaterra), y en 1807 navegó el primer barco de vapor en el río Hudson en Estados Unidos: El Proletariado tiene como núcleo central a los obreros que trabajan en las fábricas textiles, donde se utiliza la fuerza hidráulica y la máquina de vapor, como en las industrias del metal, cerámica, vidrio y minas”⁶⁵¹.

c. *El uso del carbón y del hierro*

Otro sector en que se produjo el desarrollo económico fue la industria siderúrgica, es decir, la producción de hierro; se conseguía fundiendo mineral de hierro en los hornos, alimentados de carbón

651 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: PECES-BARBA y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 146.

vegetal obtenido a partir de la madera. El hierro fue el material con el cual se elaboraron las máquinas; con el uso del hierro colado se hicieron los rieles para la fabricación de los ferrocarriles, por el cual transitarían las locomotoras del tren; con el hierro se fabricaron los barcos de vapor y otras máquinas. Estos medios de transporte creaban grandes mercados entre las ciudades para la distribución de mercancías, empleando numerosos obreros.

b. Consecuencias de la Revolución Industrial

Los inventos mencionados, además del aumento de la producción, generaron consecuencias y conflictos económicos, políticos y sociales en las relaciones obrero-patronales en Inglaterra, debido al apetito insaciable de la burguesía por acumular dinero a costa de la explotación de los obreros, a quienes colocó en una penosa y vergonzosa situación económica y social, tras la cruel y despiadada “disciplina laboral” que se convirtió en un poder punitivo patronal, fenómeno político-social dentro del cual van germinando progresivamente los *derechos sociales* por la lucha de los trabajadores.

1) Transformaciones socio-económicas

Como se expresó, la ruina de la edad media (feudal) gesta el germen de la edad moderna (capitalista). Se sustituye el artesano por el obrero, la herramienta por la máquina, el feudo por la ciudad, el taller por la fábrica, el gremio por el sindicato, y fruto de estas transformaciones sobre el mercantilismo se construye el capitalismo. En fin, los tejedores abandonan el telar por la máquina, porque con ésta el trabajo era más productivo y más barato, explica BARNES. En otras palabras, la fábrica desplaza al taller, y en ella se hacían los obreros y concentran las máquinas. Como organización general de la fábrica aparece la empresa, comenta CORBELL. “El concepto de empresa surge como complementario del concepto nuclear de comercio”⁶⁵². En fin, se sustituye la posesión del feudo por la posesión del capital.

652 Cazzetta, Giovanni. “Trabajo y empresa”. En: *El Estado moderno en Europa, instituciones y derecho*. Madrid: Edit. Trotta, 2004, p. 143.

2) *La sociedad industrial se divide en clases sociales*

La pertenencia a un estamento feudal ya no es un factor del nacimiento (herencia de privilegios), es el capital que posee –el propietario de los medios de producción: la tierra, la fábrica, las máquinas, las materias primas y el dinero–, el que le asigna su status social en la *sociedad industrial*. En efecto, la Revolución Industrial trajo consigo la consolidación de dos clases sociales antagónicas: los burgueses y proletarios –el que lucha por un salario– y, por consiguiente, la lucha entre sí por sus intereses económicos, sociales, políticos y culturales contrapuestos, y consecuentemente el empobrecimiento de la nueva clase social: el *proletariado* sin reconocimiento de derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales porque, como se explicó, los derechos tenían un “fundamento”: la propiedad privada. Al empresario-propietario socialmente se le dibuja como el mejor de los hombres posibles ante la potencial “*peligrosidad*” del “pobre”⁶⁵³. La sociedad inglesa que estaba constituida por *estamentos* se transforma en *clases sociales*.

3) *El trabajo como una mercancía*

El trabajo se consideró como una mercancía que se compraba por un mísero salario, que posteriormente se reconocerá como un derecho humano social; hombres y mujeres fueron explotados inhumanamente en esta etapa de acumulación del capital:

“La expresión del capitalismo será para los trabajadores el hambre, la falta de condiciones higiénicas, el trabajo de los niños y de las mujeres. Será la formación de la burguesía y su hegemonía la causa principal de la aparición del proletariado obrero”⁶⁵⁴.

653 Cfr. Cazzetta. Op. cit., p. 141.

654 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 146.

4) *Capital, empresa, trabajo y salario*

“Cada vez más unidos en las relaciones económicas impuestas por el desarrollo de la sociedad industrial, trabajo y empresa son, en el *derecho* que caracteriza casi todo el siglo XIX, dimensiones programáticamente separadas”⁶⁵⁵.

La razón estriba en que los empresarios capitalistas imponen la legislación comercial (son los miembros del Parlamento y los obreros no tenían representación política), sin importarles que el trabajo, el salario y la seguridad social debían reconocerse como derechos sociales:

“La pobreza y la explotación de los trabajadores se extienden en el siglo XIX como consecuencia del desarrollo de la sociedad industrial y de su espíritu impulsor, que es el capitalismo. El trabajador se ha convertido en un proletario que vende su fuerza de trabajo, encadenado a su máquina durante quince horas. Las mujeres y los niños serán utilizados como más baratos y, por consiguiente, para disminuir los salarios, para trasladar a familias enteras del campo a la ciudad y para crear una reserva de mano de obra para el futuro”⁶⁵⁶.

5) *El ius puniendi industrial*

“Desde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada —como siempre— sobre un prejuicio que impone *miedo*”⁶⁵⁷, inicialmente en la fábrica y luego en la cárcel. Veamos:

Entrada la edad moderna la situación de pobreza era extrema y de alarmante notoriedad; en el reinado de Carlos II (1660-1685) el Parlamento-Convención expidió la Ley de

655 Cazzetta. Op. cit., p. 137.

656 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 151.

657 Zaffaroni. Op. cit., p. 33.

Residencia (1662), obligando a los pobres a trasladarse de cualquier lugar en que recibieran apoyos caritativos, a fin de no despilfarrar los recursos de las ciudades: una forma disfrazada de ocultar la pobreza:

“Con el pauperismo que crece en la era de la Revolución Industrial, crecen también el delito y la rebelión. El delito, las revueltas, los incendios dolosos son la respuesta necesaria y espontánea de la fracción más pobre del proletariado. El grito «pan o sangre» serpentea en Inglaterra”⁶⁵⁸.

El robo de materia prima o bienes con valor superior a los 12 peniques se castigaba con flagelación, mutilación y la deportación⁶⁵⁹. Este es uno de los antecedentes de los delitos contra la propiedad; una ley de 1777 autorizaba a los patronos para registrar o allanar las tiendas o las habitaciones de los obreros; otra ley estableció los “Comités del estambre”, que tenía como atribución reprimir los fraudes y la tardanza en la entrega de los trabajos, y los inspectores nombrados al efecto constituyeron una policía industrial; además se estableció un tribunal para sentenciar a los trabajadores por el cobro de deudas pequeñas, por préstamos que hacía el patrono para atender emergencias sociales tales como nacimientos, enfermedades y defunciones⁶⁶⁰.

Se estableció en Inglaterra la *poor-law-Bastilles* (Bastillas de la ley sobre los pobres), que era una especie de *Casa de Trabajo* en la que la vida era como la de una prisión. “El *reglamento* interno de la casa, además de asegurar un nivel de vida inferior, si fuera posible, al de una cárcel, pone una serie de limitaciones a la libertad personal, típicas de la cárcel; además, el trabajo que se desempeña en ellas es totalmente inútil, insignificante, pensando más en función de disciplina y de domesticación que de producción”⁶⁶¹. Se trataba de un *trabajo forzado* improductivo económicamente:

658 Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 59.

659 Lyons. Op. cit., p. 87.

660 Ashton. Op. cit., p. 84.

661 Cfr. Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 61.

“El aumento excepcional de la oferta de trabajo que hacía totalmente obsoleta la vieja fórmula del trabajo carcelario, en beneficio del aspecto intimidatorio y terrorista de la casa de trabajo y, más todavía, de la cárcel, transforma el panorama de los centros de reclusión. No se trata de que no se trabaje más en la cárcel; el trabajo carcelario no se descarta *a priori*, sólo emerge al primer plano el carácter punitivo, disciplinante del trabajo antes que su valorización económica. Y todo esto porque el nivel de inversión de capital, con la introducción de la máquina, para cualquier trabajo productivo, había aumentado de tal manera que el trabajo en las cárceles no podía hacerse más que con grandes pérdidas. Además, la abundancia de fuerza de trabajo «libre» era tal que el trabajo forzado ya no necesitaba ofrecer la función de regulación de los salarios, como había sido en la época mercantil”⁶⁶².

Las pérdidas que se producían en las Casas de Trabajo influyen en la improductividad económica fabril y determina inexorablemente la conveniencia de crear verdaderas *cárceles* en el sentido moderno como se les conoce actualmente, para aprovechar en las fábricas la excesiva y dócil fuerza de trabajo humana, dispuesta a obedecer con disciplina la dirección, vigilancia y autoridad patronales, por la necesidad familiar de subsistir y no volver a la casa-cárcel, porque supuestamente ahora el trabajo era “libre”: son los albores del derecho a la libertad de trabajo en la concepción jurídica burguesa.

Por el año de 1750 la “fiebre de las cárceles” (tifoidea aguda) azotó estos centros; unos reclusos que estaban siendo juzgados al acudir a la audiencia contagiaron al juez, los jurados y el alcalde; todos murieron. ¿Cómo era la situación carcelaria? En la época industrial existía la prisión de Newgate⁶⁶³ que albergaba, además de deudores morosos, a delincuentes comunes, rebeldes, transgresores religiosos, etc., que eran acompañados por su familia y sus mascotas,

662 Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 63

663 Construida en 1188 por orden del Rey Enrique II.

porque no tenían medios de subsistencia, por lo que las mujeres eran víctimas de abusos sexuales no solo de los otros reclusos sino además de los carceleros, canjeando sexo por comida; las condenadas por prostitución continuaban con su oficio en la prisión; todo tenía que pagarse como la comida, velas, carbón, la cama y las cobijas; a los reos se les cobraba la temporal liberación de sus cadenas para poder calentarse junto al fuego; algunos que habían cumplido la pena se veían obligados a permanecer en la prisión por carecer de dinero para cancelar los gastos por su reclusión, es decir, continuaba preso por deudas civiles, explica LYONS.

En 1782 en las cárceles inglesas había un total de 4.439 reclusos, de los cuales la mitad estaban detenidos por deudas⁶⁶⁴.

El Parlamento en 1779 aprobó la Ley Penitenciaria que estableció que los reclusos habrían de realizar “labores de tipo más difícil y servil, en las que se precisa principalmente de empeñoso trabajo”, por ejemplo, trabajar en las obras públicas, comenta LYONS. Los reclusos eran una especie de servidores públicos sin sueldo; éstos trabajaban esporádicamente para el Estado, privados de la libertad: “En resumen, como DISRAELI llegó a decir, la reforma de 1834 anuncia al mundo que en Inglaterra ser pobre es un delito”⁶⁶⁵.

En conclusión, la cárcel es un mecanismo de opresión punitivo fruto de la Revolución Industrial; es el aporte al modernismo de la libertad e igualdad burguesas.

Obviamente que la persecución punitiva patronal-estatal incidió en la deplorable situación de la clase obrera.

c. Situación de la clase obrera en Inglaterra⁶⁶⁶

664 Cfr. Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 64.

665 Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 61.

666 Con este título véase la obra de FEDERICO ENGELS, un análisis marxista del escenario y del contexto de la formación de la clase obrera inglesa.

El paso “al sistema de fábrica marca contemporáneamente la edad de oro del joven capitalismo y el período más negro de la historia del proletariado”⁶⁶⁷. Veamos:

- Inicialmente en las fábricas no existía límite en la jornada laboral; se trabajaba hasta que el cuerpo resistiera; posteriormente se limitó a las 18 luego a 16, 14 y 12 horas diarias, como fruto de las reclamaciones obreras.
- Mujeres y niños (de 5 o 6 años) eran vinculados masivamente y en forma envilecida y humillante se iniciaban en el aprendizaje, sin remuneración y carentes de educación, y habitaban viviendas miserables sin agua ni luz. Los niños eran “asistidos” por la iglesia anglicana para ingresar al ejército laboral a la edad de seis a ocho años; era la forma socorrida de aliviar la pobreza. Los que habitaban en el campo a partir de las cinco de la madrugada tenían que recorrer largas distancias para llegar a la fábrica a cumplir con la extenuada jornada laboral. La explotación infantil era una política laboral impulsada por el Parlamento. El slogan, decía: Si los salarios eran altos, “Coged a los niños”, lo que no era excusa para pagar los impuestos.
- En condiciones infrahumanas los hombres, mujeres y niños trabajaban hacinados en pequeñas e inapropiadas edificaciones adaptadas para la industria; en pésimas condiciones de seguridad, de salubridad e higiene estaban obligados a producir, exponiéndose frecuentemente a los accidentes de trabajo, con una tasa alta de mortandad laboral; mal alimentados y con pocas horas de sueño exponían la salud y la vida, hasta que se desarrolló una enfermedad denominada la “fiebre fabril” que cobró miles de víctimas; para cubrir los gastos del tratamiento de la enfermedad el patrono prestaba al obrero dineros con intereses que deducía del

667 Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 58.

salario, y en algunos casos los hijos trabajan sin salario para cubrir la deuda, como también los gastos funerales. Los trabajadores se envejecían prematuramente.

- Una organización del trabajo se podía asegurar por la fuerza y la autoridad física del capitalista, quien coordina con su *vista*, con su *voz*, con sus *órdenes* el buen funcionamiento del proceso productivo, bajo el dominio de un capataz que controlaba y vigilaba los obreros sometidos por el *miedo*, ante la deplorable necesidad de subsistir con sus familias.
- Establecido un pírrico salario los pagos eran más o menos regulares y escalonados en la medida que la escasez de la moneda (oro o plata) se solucionaba, por lo que se acudió a las fichas y los vales que recibían con descuentos los tenderos para vender el mercado al trabajador; este ingreso era insuficiente para alimentar la familia⁶⁶⁸.

Para aliviar la situación la burguesía industrial dispuso “una contribución en dinero que se daba a los pobres de acuerdo con el precio corriente del pan (en realidad un modo de evitar la instauración de un salario mínimo)”⁶⁶⁹.

En el caso de los accidentes de trabajo, sólo se resarcían en la hipótesis improbable de que el trabajador demostrase la culpa del empleador”⁶⁷⁰.

- Lo anterior es muestra del “innegable uso de la igualdad ante la ley como arma en manos de los más fuertes contra los más débiles y la absoluta indiferencia hacia los problemas sociales ínsita en el formalismo de la ley”⁶⁷¹, que sólo se ocupaba del movimiento comercial que progresivamente condujo a la expedición de

668 Cfr. Ashton. Op. cit., pp. 134 y 135.

669 Melossi y Pavarini. Op. cit., p. 59.

670 Cazzetta. Op. cit., p. 146.

671 Cazzetta. Op. cit., p. 142.

una legislación comercial, mientras el trabajo no se reconocía como un derecho social. En síntesis, no había protección social:

- “La miseria obrera será una ley constitutiva del capitalismo en expansión. El explotado es, al menos en el origen de la sociedad industrial, el trabajador de gran empresa. Trabaja de doce a quince horas; lo más duro es la regularidad y la repetición, con pausas muy limitadas, y el horario de las comidas muy escaso; trabajo continuo, sin vacaciones ni días de fiesta. Esta situación durará al menos hasta 1850. En esas condiciones, con una situación sanitaria pésima, la enfermedad y el hambre hacen bajar la producción. La defección de los trabajadores lleva a la necesidad de contratar a mujeres y niños (...).

“La burguesía industrial sigue siendo religiosa, puede justificar la miseria y la explotación de los obreros”⁶⁷².

La explotación laboral indujo a los obreros a formular peticiones ante el Parlamento exigiendo que se prohibiera la “disciplina laboral” como método inhumano en el desarrollo del trabajo, pero no obtuvieron respuesta, por cuanto las curules en las Cámaras estaban ocupadas por la aristocracia terrateniente y los burgueses industriales, es decir, los trabajadores no tenían representación en el Parlamento.

Los obreros atribuyeron la causa de todos sus males a un enemigo: “el hombre de hierro” (la máquina), porque reducía los salarios y, en el peor de los casos, los privaba del trabajo y de los medios de subsistencia. Ello generó un movimiento obrero conocido como el “antimaquinismo”.

“La cuestión social, es decir, la toma de conciencia de la situación deplorable de pobreza y explotación de los

672 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 151.

obreros generará el movimiento obrero. Por su parte, el proletariado, la clase obrera, tardará tiempo en tomar conciencia de su situación y de sus posibilidades”⁶⁷³.

d. El luddismo

En 1760 los obreros de Blackburn destruyeron la “hiladora de Jenny”, y en 1769 tal conducta se tipificó como delito y fue sancionada con la pena de muerte. En 1779, en el Condado de Lancaster, cerca de 8.000 obreros destruyeron las máquinas con un movimiento denominado “luddismo”, por su líder NED LUDD (1811-1816); caracterizado por la desorganización y carencia ideológica, el que se reprimió con la fuerza militar estatal. Esta experiencia indujo a los obreros a adquirir una “conciencia de clase”; “el hecho de que tienen intereses comunes y les muestra su fuerza proveniente de su concentración en gran número”⁶⁷⁴ los llevó a unirse solidariamente, abriéndose lentamente el camino hacia la conquista y consolidación del derecho de asociación.

En la ciudad de Halifax, en 1796, se fundó el sindicato de los trabajadores productores de tejidos de lana; en 1799 se creó la asociación de los tejedores de algodón, formándose el movimiento denominado *Unionismo*, cuyo objetivo era organizar huelgas contra los industriales y los obreros disidentes.

Los capitalistas industriales presionaron al Parlamento y obtuvieron en 1799 que se expidiera una ley que tipificó como conducta punible el hecho de que cualquier obrero se asociara con otro u otros obreros, con el objeto de pedir aumento de salario o reducción de la jornada de trabajo; los obreros podrían ser procesados ante los tribunales y condenados a una pena hasta de tres meses de prisión.

En 1800 el Parlamento inglés, presionado por la burguesía industrial, expidió la llamada “Ley de Asociaciones”, en

673 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 155.

674 Brom. Op. cit., p. 182.

términos similares a la ley expedida el año anterior, pero con penas muy leves. Sin embargo, la clase obrera con una conciencia de clase más sólida entró en la clandestinidad. “*Los obreros fundaban organizaciones secretas y, al ingresar en ellas, prestaban juramento solemne de cumplir las órdenes de la hermandad*”⁶⁷⁵. El *modus operandi* se asemejaba a la organización de los gremios o corporaciones de artesanos.

Por la época de 1800 la Gran Bretaña se convirtió en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda.

e. Movimientos obreros por la representación política en el Parlamento, y por el sufragio universal (los derechos políticos)

La clase proletaria adquirió conciencia de que el Parlamento sólo representaba los intereses de la burguesía industrial excluyendo la participación política de los obreros, por lo que emprendió un movimiento con el objeto de obtener una reforma electoral que abriera el camino a la representación política obrera. No obstante, lo anterior, la burguesía industrial tampoco tenía representación en la Cámara de los Comunes, por cuanto los grandes terratenientes (conformaban el partido de los *Torys-conservadores*) dominaban políticamente dicha Cámara. En efecto, el derecho al sufragio era censitario.

En 1775 existían en Inglaterra 150.000 electores y tenían derecho a ser elegidos los ciudadanos que demostraran tener un ingreso anual no inferior a 300 libras esterlinas. En 1780 se constituyó el Comité Electoral de Westminster, exigiendo el establecimiento de la representación política y el reconocimiento del derecho al sufragio universal, ya que la Cámara de los Comunes estaba integrada por 658 diputados, 254 de ellos representaban las “localidades podridas”, o sea aquellas localidades con reducido número de ciudadanos y sin importancia político-económica.

675 Mijailov. Op. cit., p. 69.

En 1792 un zapatero llamado THOMAS HARDY fundó la “Sociedad Correspondiente de Londres”, que rápidamente tuvo 80.000 afiliados, lo que significaba una gran cuota política, y contribuyó a una gran agitación política en Inglaterra; obviamente, dicho movimiento claudicó porque el Gobierno ordenó la detención y juzgamiento de su fundador. En consecuencia, se votó en el Parlamento una ley que erigió en delito la actividad política. Sin embargo, se realizaron grandes marchas, protestas y mítines políticos obreros contra el gobierno.

El 16 de agosto de 1818 los obreros promovieron una concentración política en el campo de San Pedro en la ciudad de Manchester con el objeto de exigir el reconocimiento del sufragio universal, y la policía masacró mujeres y niños, hecho que indignó al país generando actos de protesta con la participación de políticos burgueses que se sumaron al movimiento obrero. Todo terminó con la expedición de las “leyes de la mordaza”: supresión de la libertad de prensa, limitación del derecho de reunión, y se facultó a la policía para realizar registros domiciliarios. No obstante, la protesta proletaria continuó con mayor organización y claridad políticas con el fin de obtener el reconocimiento legal del derecho de asociación⁶⁷⁶.

¿En concreto, qué pretenderán los trabajadores? “(...) potenciarán el sufragio universal y el derecho de asociación e impulsarán desde un creciente protagonismo de los partidos políticos y de los sindicatos de la clase trabajadora los nuevos derechos económicos, sociales y culturales. La amenaza de los conflictos de clases, a partir de la progresiva organización de la clase trabajadora y de la formación de partidos obreros”⁶⁷⁷ contribuyó a fortalecer la lucha de los trabajadores por el reconocimiento de sus derechos.

676 Jorge IV (1820-1830), quien era por la época el Rey de Inglaterra, también pertenecía a la dinastía de los Hannover.

677 Peces-Barba y Dorado, *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 42.

f. Las tradeuniones

FRANCIS PLACE, el sastre de CHARING CROSS, apoyado por JOSEPH HUME, en 1824, líderes del *Unionismo*, emprendieron una campaña política y lograron del Parlamento la derogación de las leyes que prohibían la libertad de asociación de los obreros; en consecuencia, las asociaciones obreras dejaron de ser secretas y, por ende, se proliferaron en el país solicitando *aumentos de salarios*. En 1825 se expidió una nueva ley que legalizó las asociaciones obreras, pero sancionaba a aquellos obreros que impidieran a otros realizar sus trabajos, lo cual condujo a la creación de organizaciones sindicales llamadas “*Tradeuniones*”⁶⁷⁸.

ROBERT OWEN y JOHN DOHER en 1830 son los autores de la idea de formar con las asociaciones de obreros una fuerte Unión Nacional de Trabajadores. Este avance social abonó el terreno para la reforma electoral de 1832, cuyo resultado significó que se destinaran 65 curules en la Cámara de los Comunes para los representantes de las nuevas ciudades industriales (Manchester y Liverpool) que surgieron durante la Revolución Industrial, es decir que los nuevos diputados representaban a la burguesía industrial (integraban el partido de los Whigs-liberales), pero no a los movimientos obreros que se sacrificaron por dicha conquista política, aspirando a que se le otorgara el derecho al sufragio. De todas formas, la burguesía liberal ganó por primera vez las elecciones en Inglaterra y el sufragio se extendió a 813.000 votantes; recuérdese que el poder político lo detentaba la aristocracia terrateniente, desde la *Revolución Gloriosa* de 1689.

En 1832 una mujer de la nobleza presentó una petición al Parlamento, solicitando se reconociera el derecho al voto de la mujer sin respuesta favorable. Este sería el nacimiento de las sufragistas inglesas.

En 1833 la aristocracia terrateniente y la burguesía industrial impulsaron unas reformas contradictorias:

678 El Rey que gobernaba a Inglaterra era Guillermo IV (1830-1837) de la casa de los Hannover.

representadas en el Parlamento aprobaron unas leyes de abolición de la esclavitud, de reducción de la jornada laboral en las fábricas de hilados y tejidos, y que suprimía el “subsidio de pobreza”, llegándose al extremo de separar a los hombres de las mujeres con el objeto de evitar la procreación, por cuanto “los pobres no tenían derecho a tener una familia”. En 1834, en la localidad inglesa de Tolpuddle, por la creación de una organización de trabajadores del campo, seis de ellos fueron condenados y desterrados a Australia.

En 1834 se fundó la *National Consolidated Trades Union* y en 1860 se creó la *London Trades Concil* una especie de federación de *tradeunidos* locales que luchó por el reconocimiento del sufragio universal para los trabajadores y sus derechos sindicales otorgándole una estructura y reconocimiento jurídico⁶⁷⁹. El anterior es uno de los puntos de partida del sindicalismo en Europa con tendencia a la internacionalización, que examinaremos adelante con el nacimiento de las *Internacionales Obreras*.

g. El Cartismo y la representación política en el Parlamento

No obstante, el triunfo político de la burguesía y el desencanto proletario, la lucha obrera continuó para obtener posteriormente reivindicaciones sociales, económicas y políticas, lo que generó en 1835 el gran movimiento independiente de masas obreras denominado *El Cartismo*, que redactó la Carta del Pueblo (“la Constitución del Pueblo”), el cual contaba en 1836 con dos grandes asociaciones: la Asociación de Obreros de Londres y la Gran Liga del Norte.

La finalidad del *Cartismo* fue la de transformar el régimen político electoral inglés por la vía revolucionaria, con el objeto

679 Cfr. Fariñas Dulce, M.J. “El origen de los derechos de los trabajadores: las internacionales obreras”. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Vol. I. *El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Edit. Dykinson, 2014, pp. 384 y 385.

de obtener *representación política* en el Parlamento, para lo cual expuso ante el Parlamento el siguiente programa político contenido en la Carta: el sufragio universal para los varones mayores de 21 años y con residencia no inferior a seis meses en un lugar determinado, el voto secreto, circunscripciones electorales iguales, reelección anual del Parlamento, abolición del “censo de propiedad” para los candidatos a ser elegidos para el Parlamento y el pago de la dietas para los parlamentarios⁶⁸⁰.

El Cartismo tuvo gran resonancia en toda Inglaterra por las numerosas y grandes manifestaciones nocturnas acompañadas con antorchas exigiendo el reconocimiento de los derechos sociales y *participación política* en el Parlamento, en las que participó la pequeña y media burguesía. En la ciudad de Londres se inauguró el Primer Congreso de Diputados Cartistas, el 4 de febrero de 1839, y se llamó *Convención de las Clases Industriales de la Gran Bretaña*, la que aprobó una petición con un proyecto de reglamento electoral suscrita por 1.250.000 obreros. En 1842 presentaron otra petición de contenido social y económico: limitación de la jornada de trabajo, supresión de las “casas obreras”, abolición de la ley de los menesterosos y del monopolio de las industrias y la tierra; en fin, denunciaron la grave y lamentable situación de los obreros que por la miseria económica morían, petición que obtuvo 3.000.000 de firmas y que fue rechazada por el Parlamento, ante lo cual surgió la huelga general en todas las fábricas denominada “Mes Santo”. Entre 1843 y 1848 se adelantaron muchas huelgas y se logró del Parlamento la expedición de leyes de reivindicación laboral: la prohibición de los trabajos del subsuelo para las mujeres y los niños (1842), la reducción de la jornada laboral a cinco horas y media para los niños trabajadores de la industria textil (1844), el establecimiento de la jornada laboral en diez horas (1847). Este es el aporte revolucionario del Cartismo a los derechos sociales.

En el campo político, los cartistas obtuvieron la *representación política* en el Parlamento para los obreros calificados y la

680 Una mujer descendiente de la dinastía de los Hannover llamada Victoria (1837-1901) gobernó por esta época a Inglaterra.

pequeña burguesía, reconociéndoseles el *suffragio secreto* (1867). Fruto de las luchas obreras se reconocieron los primeros derechos sociales en Inglaterra por leyes expedidas por el Parlamento. En 1860 en Inglaterra terminó la Revolución Industrial consolidándose el capitalismo.

Por esta época se agudizó y agravó el conflicto entre el *capital* y el *trabajo* conocido históricamente como la “*cuestión obrera*” o “*cuestión proletaria*”:

“Tal cuestión —con los problemas anexos a ella— ha dado origen a una justa reacción social, ha hecho surgir y casi irrumpir un gran impulso de *solidaridad* entre los hombres del trabajo y, ante todo, entre los trabajadores de la industria.

”La llamada a la *solidaridad* y a la acción común, lanzada a los hombres del trabajo —sobre todo a los del trabajo sectorial, monótono, despersonalizador en los complejos industriales, cuando la máquina tiende a dominar sobre el hombre— tenía un importante valor y su elocuencia desde el punto de vista de la ética social. Era la reacción *contra la degradación del hombre como sujeto del trabajo*, y contra la inaudita y concomitante explotación en el campo de las ganancias, de las condiciones de trabajo y de prevalencia hacia la persona del trabajador. Semejante reacción ha reunido al mundo obrero en una comunidad caracterizada por una gran *solidaridad*”⁶⁸¹.

Esta solidaridad se denominaría por los franceses *fraternidad* y como un valor se incorporaría a la Constitución de 1848. Los católicos se refieren a la *caridad* como un principio cristiano que invocarán los gobernantes liberales para sostener el aparato burocrático del Estado laico. El siglo XIX es la época del florecimiento del laicismo. “Los fundamentos en los que se apoya

681 Juan Pablo II. *Laborem Exercens*. Op. cit., pp. 34 y 35.

la *laicidad*⁶⁸² son: la libertad de conciencia, la emancipación personal, la igualdad de todos los ciudadanos y la defensa del interés general. Su pretensión es liberar todo el espacio público de cualquier intervención de una ideología religiosa”⁶⁸³.

El anterior es el contexto religioso en el que se desarrolla la Revolución Industrial tanto en el escenario inglés como en el francés, en cual se consolidará el capitalismo con los conflictos obreros/patronales, bendecidos por la miseria, la pobreza y la explotación de los trabajadores que también desempeñarán su papel revolucionario en la Francia, por el reconocimiento de los derechos sociales.

h. El sufragio de las mujeres

Con este título se publicó el libro de HARRIET TAYLOR MILL (esposa de JHON STUART MILL), en el que expresaba: “Lo que queremos para las mujeres es igualdad de derechos, igualdad de privilegios sociales, no una situación diferente, una especie de sacerdocio sentimental”. HARRIET propuso tres soluciones para alcanzar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer: educación, nuevas leyes y participación política. Fallecida HARRIET, en 1869 JHON STUART MILL publica el libro titulado *El sometimiento de la mujer*, y en homenaje a ella difunde dichas propuestas femeninas, el cual se publicó en los E.U., y se tradujo al francés, italiano, alemán, etc.⁶⁸⁴.

En 1848 se funda el *Queen's College*, Centro universitario para mujeres, y un selecto grupo de feministas promovieron en 1856 ante el Parlamento inglés el derecho al sufragio con el

682 “La *laicidad* consiste en liberar al espacio público de toda influencia ejercida por una religión o por una filosofía comprensiva. No debe confundirse la laicidad, que supone neutralidad frente a las opciones religiosas, personales, con laicismo que supone una postura beligerante frente a la religión y a las iglesias”. Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: PECES-BARBA y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 20.

683 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Op. cit., p. 59.

684 Pérez Garzón, *Historia del feminismo*, ob. cit., p.109.

respaldo de más de 26.000 firmas⁶⁸⁵; el rechazo fue evidente. Publican un periódico feminista y establecen la Editorial Victoria Press, solo para publicar obras de mujeres. En 1866 presentan una solicitud de sufragio universal con el fin de reformar la ley, sustituyendo el vocablo *man* (hombre) por el de *person* (persona); el apoyo fue con 1.499 firmas; al menos se debatió y se rechazó con 193 votos en contra y 73 votos a favor. En 1867 se creó el movimiento feminista permanente *National Society for Woman's Suffrage* (NSWS), logrando que se abrieran las puertas en la Universidad de Oxford. En 1900 logran las mujeres votar en las elecciones municipales y ser alcaldesas. En 1914 el movimiento contaba con más de 100.000 seguidoras, que promovieron masivos mitines y manifestaciones, lo que condujo a que los hombres crearan la *Liga Antisufragio*, y unas mujeres crearon otro, en 1908. En 1911 murieron dos mujeres y hubo muchas heridas frente al Parlamento inglés, tras la disolución de una manifestación, donde ellas lanzaron bombas incendiarias y rompieron vidrieras de almacenes; más de 1.000 mujeres sufragistas fueron encarceladas. Emmelines Pankhuerts estuvo encarcelada en doce ocasiones; fue recibida por el Presidente Wilson de los E.U. Se inicia la Primera Guerra Mundial, y las mujeres se dedican a curar a los soldados como enfermeras; el gobierno inglés amnistió a todas las sufragistas presas, y la opinión pública se inclinó a favor de las sufragistas⁶⁸⁶.

El 28 de mayo de 1917 el Parlamento inglés dicta la ley concediendo el derecho al sufragio de la mujer.

1.2 EN FRANCIA

La Revolución Industrial también tuvo notoria relevancia en Francia, en cuanto a la consagración por primera vez de los *derechos sociales y económicos* en una Constitución.

685 *Ibidem*, p. 109.

686 *Ibidem*, pp. 109 a 115.

Examinaremos a continuación dicho proceso revolucionario con sus características especiales, ubicándonos en la quinta etapa de la Revolución Francesa, que corresponde al imperio de Napoleón y luego, en la sexta, con la restauración de la monarquía, en cabeza del Rey Luis XVIII, que explicaremos adelante.

Estudiaremos muy brevemente los rasgos sobresalientes de la Revolución Francesa y las fases posteriores, a fin de ubicar la expedición de la Constitución Política de 1848 de la segunda República Francesa, en la cual se reconocieron derechos económicos, sociales y culturales, y se consagró, entre otros, la **fraternidad** como principio fundante del Estado moderno.

Expresamos anteriormente que la revolución de 1789 condujo a Francia a la abolición de la monarquía absolutista y el hundimiento del feudalismo, quedando obviamente rezagos feudales, porque la economía era predominantemente agraria y retrasada, por lo que la Revolución Industrial tardó en desarrollarse en Francia y su proceso fue menos ágil que en Inglaterra, ya que la producción industrial inicialmente fue reducida (por ejemplo, en 1810 la industria francesa contaba con 200 máquinas de vapor, mientras en Inglaterra existían 5.000), caracterizándose por una lenta transformación de las técnicas de producción; se obstaculizó el desarrollo del comercio por la imposición de impuestos a la venta de mercancías de una región a otra; los artesanos no podían vender libremente sus mercancías a los comerciantes, sino a agrupaciones de especuladores y acaparadores; la mayoría de la población se conformaba por campesinos siervos que aún se sometían a los señores feudales, y por ello era evidente que la producción en la agricultura era del 70% y del 30% en la artesanía y la industria, en la etapa previa a la revolución de 1789. Contribuyó en el retraso económico las revoluciones internas y el extenso período de Napoleón en el poder, preocupado más por el expansionismo territorial francés en Europa que por su industrialización, hasta que fue vencido en Waterloo.

1.2.1 LA LEY LE CHAPELIER

Como se expresó anteriormente, gobernaba por la época anterior a la revolución el Rey Luis XV (1715-1774), y durante la revolución el Rey Luis XVI (1774-1792) pertenecientes a la dinastía de los Borbones. Se recordará que por esta época se sucedieron las etapas de la Asamblea Constituyente (1789-1791) y la Asamblea Legislativa (1791-1792), órganos dedicados a salvaguardar los intereses individualistas de la burguesía, excluyendo a los obreros. En el contexto de la desaparición del Antiguo Régimen, la ley de 2-17 de marzo de 1791 abolió definitivamente la reglamentación del régimen gremial de las corporaciones de oficios, sustituyéndola por la libertad para contratar y la libertad de ejercicio de profesión. El 14-17 de junio de 1791 se expidió la Ley *Le Chapelier*, por la que se estableció la prohibición para los trabajadores de hacer coaliciones (asociaciones sindicales), una forma para asegurar los intereses políticos-económicos de la burguesía liberal en el poder, debilitando el proceso organizativo de los trabajadores; en concreto se prohibió la libertad de asociación. En 1864 una ley estableció el delito de coalición ante la peligrosidad obrera.

Entre los artículos se destacan:

- a. La exterminación de toda especie de corporación de ciudadanos del mismo estado y profesión. Siendo una de las bases fundamentales de la Constitución Francesa, se prohíbe su restablecimiento de hecho, bajo ningún pretexto o forma.
- b. Los ciudadanos de igual estado o profesión, patronos, aquellos que tengan tienda abierta, los obreros y compañeros de cualquier arte, no podrán, mientras se encuentren reunidos, nombrar ni presidente, ni secretario, ni síndico, mantener registros, realizar arrestos o deliberaciones, formar reglas sobre sus pretendidos intereses comunes.

- c. (...) VII. Si la libertad individual de patronos y obreros fuese atacada por amenazas o violencias, de parte de esas coaliciones, los autores de dichos actos violentistas serán perseguidos como perturbadores del orden público.
- d. VIII. Los agrupamientos de obreros que tuviesen por objetivo obstaculizar la libertad que la Constitución otorga al trabajo de la industria, y oponerse a los reglamentos de policía o a la ejecución de juicios sobre esta materia, serán vistos como agrupamientos sediciosos y, por consecuencia, serán castigados.

1.2.2 NAPOLEÓN Y EL CÓDIGO CIVIL

En la fase inicial de la primera República Francesa (1800 a 1850), gobernó Napoleón Bonaparte durante diez años (1804-1814), período que se denominó el I Imperio (y corresponde a la quinta etapa de la Revolución Francesa), durante el cual se expidió el Código Civil de los propietarios/burgueses, en 1804, protegiendo el derecho sagrado e inviolable de la propiedad privada –con fundamento en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que se incorporó en la Constitución Política francesa de 1791, adquiriendo la propiedad el reconocimiento de un derecho civil– y consagrando la libertad e igualdad civiles burgueses, así como también se erigió el principio de la *autonomía de la voluntad*, sobre el cual giraba la libre contratación entre los particulares (los hombres “juraban” el cumplimiento de los contratos, lo que refleja la influencia religiosa del catolicismo), con clara vocación individualista y discriminatoria respecto de la mujer, considerada como incapaz y con un desigual reconocimiento de sus derechos civiles y excluida del reconocimiento de los derechos políticos:

“Pero es más: se trata del código, una especie de ley-madre, auténtica Constitución –como se ha dicho muchas veces– del nuevo orden burgués.

”Al Código Civil como Constitución y, en su centro, la propiedad individual con un valor estrictamente constitucional. Toda la codificación, en sus tres libros gira, por decirlo de alguna manera, en torno a ella: si el primer libro se dedica a las personas, lo hace sobre todo en su calidad de propietarias; el segundo se dedica a la propiedad entendida estáticamente; el tercero de manera dinámica, es decir, todas esas instituciones (actos entre vivos y por causa de muerte) que permiten su circulación. La propiedad aparece como un poder absoluto sobre la cosa; la cosa casi se identifica con el fundo rústico, el viejo depósito de la riqueza”⁶⁸⁷.

El contrato civil también comprende las relaciones de trabajo. El artículo 1781 del Código Civil establece que “las condiciones de trabajo se prueban por la palabra del empleador: en caso de duda en las controversias de trabajo, se le da fe a cuanto dice el sujeto socialmente respetable”⁶⁸⁸, lo que demuestra la desprotección legal de los trabajadores, quienes forjarán con su sangre el reconocimiento de sus derechos sociales.

Con el aporte napoleónico se produce la *Codificación* en el campo del Derecho privado (1804), y por otro lado, se hace evidente que con el *Constitucionalismo* ya se había producido el aporte en el campo del Derecho público⁶⁸⁹ con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), y las Constituciones de 1791 y 1793, en el contexto de un proceso constituyente burgués.

A continuación, los obreros querrán ser constituyentes.

687 Grossi, Paolo. “Propiedad y contrato”. En: Mauricio Fioravanti (Ed.). *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Madrid: Edit. Trotta, 2004, p. 130.

688 Cazzetta. “Trabajo y empresa”. En: *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*. Op. cit., p. 141.

689 Peces-Martínez. “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”. En: Peces-Martínez y Fernández García (Dirs.). *Historia de los Derechos Fundamentales. T. I. Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*. Op. cit., pp. 229 a 231.

1.2.3 ¿UN PROCESO CONSTITUYENTE OBRERO?

El exilio de Napoleón permitió la restauración monárquica; asumió el poder Luis XVIII (1815-1824), de la casa de los Borbones (corresponde a la sexta etapa de la revolución); se expidió la Constitución de 1814 que estableció la división de poderes y el sufragio censatario. Le sucedió en el trono Carlos X (1824-1830), quien impuso un gobierno absolutista restringiendo las libertades públicas reconocidas por la revolución, ante lo cual reacciona la Cámara recordándole al Rey las limitaciones del poder contenidas en la Carta de 1814.

Carlos X decretó la disolución de la Cámaras, la abolición del voto a las tres cuartas partes de los electores y de la libertad de prensa, atentando contra los intereses de la burguesía, lo que desató la revolución de 1830 promovida por la burguesía con el apoyo de las masas populares, especialmente por los obreros, en defensa de los derechos reconocidos en la Constitución.

Los diputados de la burguesía liberal llevaron al poder a Luis Felipe, Duque de Orleáns (1830-1848) quien, como era de suponerse, defendió los intereses de esta clase a costa del sacrificio de la clase obrera que vivía en la miseria, pero el acceso al poder lo obtuvo la aristocracia financiera por el apoyo económico que le brindaba al Rey, lo cual desplazó a la burguesía industrial, la pequeña burguesía y la clase campesina de la participación política, azotando económicamente a la clase obrera; por lo tanto, se hizo evidente la exigencia de conquistas políticas; se luchó por el reconocimiento del sufragio universal; se produjo una grave crisis económica que se extendió de 1837 a 1846; se realizaron manifestaciones y barricadas con los trabajadores que condujeron al triunfo de la revolución; invadieron las Cámaras y se constituyó un “gobierno provisional burgués”, integrado por cinco miembros: Garnier-Pagés, Arago, Ledru Rollin, Lamartine y Louis Blanc, el cual derribó a la monarquía y estableció la segunda República Francesa (1848-1852), llevando al poder por elección a Luis Napoleón-Bonaparte (1840-1870) –sobrino del gran Napoleón– instaurándose así el II Imperio. Este gobierno reconoció el derecho al sufragio universal para los hombres y

redujo la jornada de trabajo de 12 a 10 horas; así mismo, convocó una Asamblea Constituyente y se expidió la Constitución de 1848.

Es importante traer a colación algunos hechos de gran trascendencia político-social, porque la clase obrera fue la actora de los mismos. El día 24 de febrero, unas horas antes de la proclamación oficial de la Segunda República, los obreros fijaron unos carteles en las calles de París que contenían la “*Declaración de El Pueblo Soberano*”, de la cual se destaca lo siguiente:

“Todos los ciudadanos deben estar armados y defender las barricadas hasta que hayan alcanzado el disfrute de sus derechos como ciudadanos y trabajadores:

”(...). Todo ciudadano es elector;

”Libertad absoluta de pensamiento y prensa;

”Derecho de asociación política e industrial para todos...

”Hermanos, permanezcamos serenos y dignificados como el derecho, como fuerza, en nombre de la libertad, igualdad y fraternidad humanas”⁶⁹⁰.

Los trabajadores formularon *Un programa de reformas (La Reforme, 1848)*, que expresa, entre otros aspectos, lo siguiente:

“Todos los hombres son hermanos.

”Donde no existe la igualdad, la libertad es una mentira.

”La sociedad sólo puede vivir por la desigualdad de las aptitudes y la diversidad de las funciones. Pero aptitudes superiores no deben conferir derechos mayores. Imponen deberes más altos (...).

690 Véase Sánchez Albornoz, Sonsoles Cabeza. *Los movimientos revolucionarios de 1820, 1830 y 1848 en sus documentos*. Barcelona: Edit. Ariel, 1998, p. 115.

”Los trabajadores han sido *esclavos*, han sido *siervos*, hoy son *asalariados*; es preciso tratar de hacerlos pasar al estado de *asociados*.

”Un poder democrático es el que tiene la soberanía del pueblo por principio, el sufragio universal por origen, y, por objetivo, la realización de esta fórmula: Libertad, Igualdad, Fraternidad”⁶⁹¹.

LAMARTINE divulgó *El manifiesto a Europa* de 1848, anunciando a todos los demás Estados que Francia era una República, por cuanto había derrocado a la monarquía y

“El sentido de estas tres palabras (Libertad, Igualdad y Fraternidad) aplicadas a nuestras relaciones exteriores es: emancipación de Francia de las cadenas que pesan sobre su principio y su dignidad (...)”⁶⁹².

De los anteriores documentos resaltamos los siguientes aportes:

- a. Que todos los hombres son hermanos.
- b. Que todo ciudadano es elector.
- c. La soberanía reside en el pueblo.
- d. La conquista del derecho de asociación, en lo político y en lo laboral era importantísima porque los obreros se organizaban en “*sociedades secretas*”, con el fin de defender sus derechos y planear las barricadas: “la fuerza real de las sociedades secretas yacía en las clases trabajadoras, que poseían una fuerza disciplinada, siempre preparada para la acción en el momento que se les avisara”⁶⁹³.
- e. En el *Manifiesto a los delegados de las corporaciones*, se expresó lo siguiente: “El pueblo, esa multitud de

691 Sánchez Albornoz. Op. cit., pp. 126 y 127.

692 *Ibidem*, pp. 119 y 120.

693 Jones, J. *The 1848 Revolutions*. Londres: Editorial, 1981, p. 81.

productores cuya herencia es la miseria, el pueblo sólo ha existido hasta hoy para procurar a sus explotadores los disfrutes que ellos, los parias de la sociedad, nunca han conocido. Sí, es con su trabajo como el pueblo hace a los burgueses, los propietarios, los capitalistas; sí, es el pueblo el que hace a todos los felices de la tierra”⁶⁹⁴.

- f. El fundamento ideológico del movimiento obrero estaba cimentado sobre la fraternidad, aunada a los principios de libertad e igualdad.

Las reivindicaciones sociales de la clase obrera se cristalizaron en la Constitución de 1848.

1.2.4 LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1848

Esta Constitución contiene un Preámbulo y una parte dogmática; se extractan los principios del Preámbulo y a continuación se transcriben las normas que reconocen los derechos, respectivamente:

“En presencia de Dios, y en nombre del pueblo francés, la Asamblea Nacional proclama:

”I. Francia se constituye en República. Al adoptar esta forma definitiva de gobierno se propone como finalidad (...) asegurar un reparto cada vez más equitativo de las cargas y de las ventajas de la sociedad, aumentar *el bienestar de cada uno* (...).

”II. La República francesa es democrática, una e indivisible.

”III. Reconoce derechos y deberes ante Dios y superiores a las leyes positivas.

”(...). IV. Tiene como principio la libertad, la igualdad y la fraternidad.

694 Sewell, W.H. Jr. *Trabajo y revolución en Francia. El lenguaje del movimiento obrero desde el antiguo régimen hasta 1848*. Madrid: Editorial, 1992, p. 340.

”Tiene como fundamento: la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público.

”(…). VII. Los ciudadanos deben amar la patria, servir a la República, defenderla incluso al precio de su vida, participar en las cargas del Estado en proporción a su fortuna; deben asegurarse, por el trabajo, medios de existencia, y por la previsión, posibilidades para el futuro; deben contribuir al bien común ayudándose entre ellos fraternalmente y al orden general observando las leyes morales y las leyes escritas que rigen la sociedad, la familia y el individuo.

”VIII. La República debe proteger al ciudadano en su persona, su familia, su religión, su propiedad y trabajo, y poner al alcance de cada uno la instrucción indispensable para todos los hombres; debe, por una asistencia fraterna, asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, sea procurando trabajo en los límites de sus posibilidades, sea otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajo.

”Con el fin de realizar estos deberes, y para garantizar estos derechos, la Asamblea Nacional, fiel a las tradiciones de las grandes asambleas que han iniciado la Revolución Francesa, decretan la Constitución de la República que sigue:

”Capítulo II

”*Derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución.*

” (…). Art. 5°. La pena de muerte es abolida en materia política.

”Art. 6°. La esclavitud no puede existir en ningún territorio francés.

”Art. 7º. Cada uno profesa libremente su religión y recibe del Estado, para el ejercicio de su culto, una protección igual. Los ministros de las religiones reconocidas actualmente por la ley, o de las que sean reconocidas en el futuro, *tienen el derecho de percibir una remuneración del Estado*.

”Art. 8º. Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse, de reunirse pacíficamente y sin armas, de hacer peticiones, de manifestar sus pensamientos por medio de la prensa (...).

”Art. 9º. La enseñanza es libre (...).

” (...). Art. 11. Todas las propiedades son inviolables. Sin embargo, el Estado puede exigir el sacrificio de una propiedad por causa de utilidad pública, legalmente constatada, y mediante una justa y previa indemnización.

”Art. 12. La confiscación de bienes no podrá nunca ser restablecida.

”Art. 13. La Constitución garantiza a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria. La sociedad favorece y fomenta el desarrollo del trabajo por la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad de relaciones entre el patrono y el obrero, las instituciones de previsión y de crédito, (...) proporciona la asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin medios económicos y que sus familias no pueden socorrer”.

1.2.5 LIBERTAD, IGUALDAD Y FRATERNIDAD

Para resaltar el aporte constitucional obsérvese que a los valores libertad e igualdad de la Revolución Francesa de 1789 se le adicionó en la Constitución de 1848 el valor de la fraternidad, como aporte de la lucha de los obreros franceses que no tuvieron otra alternativa que *solidarizarse* entre sí para defenderse del poder económico de la burguesía; se organizaron en *asociaciones “secretas”*, por razones obvias de seguridad para sus miembros que se consideraban como *hermanos* que luchaban por

el derecho y la libertad al trabajo, por una jornada de trabajo y por el aumento de salarios.

“La Constitución francesa de 1848 recoge por primera vez el derecho al trabajo”⁶⁹⁵. Así mismo, se reconoció el derecho a la propiedad privada, pero con la aclaración de que podría ser expropiada con previa indemnización, prohibiendo su confiscación, en un ambiente de auge de la corriente política denominada el *socialismo utópico*, cuyo objetivo era el de ofrecer salidas democráticas al grave conflicto obrero-patronal, sin desconocer el poder político de la burguesía y sus privilegios.

Entre otros destacados autores se encuentra LUIS BLANC (1813-1832), quien sostuvo que “cada hombre tiene derecho al trabajo y a la satisfacción de sus necesidades”; propuso el establecimiento de fábricas nacionales, auspiciadas por el Estado y dirigidas por la clase obrera, mediante un proyecto que denominó “*Los talleres sociales*”, en el que se vislumbraba la intervención del Estado en la economía, cuando BLANC propuso lo siguiente: “Se considerará al gobierno como el regulador supremo de la producción y se le investirá, para realizar su tarea, de un gran poder”. Fue el autor de la fórmula del “Estado de derecho democrático y social”. Estas ideas políticas sirvieron de plataforma de un gran movimiento obrero denominado el “*blanquismo*”.

PEDRO J. PROUDHON (1809-1865) publicó un opúsculo titulado “*¿Qué es la propiedad?*”, y para responder formuló la célebre frase: “*La propiedad es un robo*”; defendió la clase proletaria y el derecho al trabajo, como única forma productiva; la tierra y la empresa son estériles e inútiles sin el trabajo.

El constitucionalista español MANUEL GARCÍA-PELAYO resalta la importancia de la Constitución de 1848, en los siguientes términos:

695 Pisarello, Gerardo. *El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia*. Op. cit., p. 25.

“Decisiones políticas fundamentales de la nueva Constitución son la República democrática y el reconocimiento de derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas; toma como principios la libertad, la igualdad y la fraternidad, y como bases la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público. Así, pues, junto a la tradición revolucionaria individualista entran en consideración instituciones y valores de carácter social, signo del influjo de las ideas socialistas y católicas que habían intervenido en su redacción. La tabla de derechos es más amplia que las de las constituciones monárquicas, pero el interés fundamental de la constitución en este aspecto radica ante todo en que por primera vez, si bien de una manera tímida, se establecen derechos de individuos y de corporaciones a prestaciones del Estado”⁶⁹⁶.

Del aporte constitucional de la revolución de 1848 podemos resaltar lo siguiente:

En primer lugar, la fraternidad es el principal aporte como fundamento de los derechos sociales, económicos y culturales; fue fruto de la ideología socialista; socialista porque desde 1830 se utilizaba en Francia este vocablo y el movimiento obrero se afianzaba en esta ideología, y además porque los obreros adquirieron conciencia de clase y entendieron que deberían relacionarse como *hermanos* solidarios, para defenderse de la burguesía y del Estado; en segundo lugar, se consolidó la llamada *democracia liberal* como régimen político, siendo su base el sufragio universal; en tercer lugar, se expidieron Constituciones escritas con el establecimiento de la división tripartita de los poderes; y en cuarto lugar,

“(...) la fórmula del «Estado democrático y social» (...) apareció por primera vez en la Revolución de París de 1848, en aquel compromiso concertado entre los pequeños partidos demoliberales y las primeras asociaciones del

696 García-Pelayo. *Derecho constitucional comparado*. Op. cit., p. 481.

movimiento obrero francés de ese período (...). Iba referida al derecho al trabajo que entonces fue configurado como un derecho fundamental. Esto se explica porque la Revolución de 1848 fue consecuencia de una grave crisis económica con un paro masivo”⁶⁹⁷.

Acerca de la fraternidad, es vital transcribir lo que los españoles explican acerca de este valor, en los siguientes términos:

“La fraternidad es heredera de ideas de la (...) secularización de la idea cristiana de caridad (...). La solidaridad y la fraternidad laicas están estrechamente ligadas con la idea de filantropía. Es un término de origen griego y significa *amante de la humanidad* (...). Además de afrontar esas lacras y esas necesidades radicales de la pobreza o de la enfermedad, la filantropía extendió la fraternidad a la lucha contra la intolerancia, contra la tortura y derivaba del sentido de humanidad, de raíz estoica (...). En Francia fue la idea de fraternidad laica, difundida de la filantropía, la que impulsó la lucha contra la esclavitud. Así un grupo de abogados y clérigos, con CONDORCER, LAFAYETTE y MIRABEAU formaron la *Société de Amis des Noirs* y se consiguió que en 1794, en plena Revolución, la Convención la aboliese”⁶⁹⁸.

Valga la pena traer a colación la siguiente anécdota: en 1989 E. FAURÉ, en su condición de presidente de la Comisión Preparatoria de las Celebraciones relacionadas con la conmemoración de la Revolución Francesa de 1789, expresó las siguientes palabras: “No se conmemoran los excesos, las masacres y todo eso. La fraternidad es lo que celebramos. En torno a la «fiesta de la reconciliación nacional»”⁶⁹⁹.

697 Abendroth, Wolfgang y otros. “El Estado de derecho democrático y social”. En: *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 15 y 16.

698 Peces-Barba, *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 205, 209 y 210.

699 Véase Haberle, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Edit. Mínima Trotta, 1998, p. 33.

1.2.6 LA LUCHA DE LOS OBREROS POR EL SUFRAGIO UNIVERSAL

“(...) la lucha por el derecho de asociación y el sufragio universal, encontramos el núcleo de la fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. (...).

”El paso previo e imprescindible será la toma de conciencia de las necesidades de los trabajadores, en esta materia, y el largo camino que recorren para alcanzar la mayoría edad política. La conquista del derecho de asociación y de sufragio universal para todos será su hito principal”⁷⁰⁰.

1.3 LA LUCHA DE LAS MUJERES SE UNIRÁ A LA DE LOS OBREROS, QUE TAMBIÉN BUSCABAN EL RECONOCIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y LOS DERECHOS POLÍTICOS

1.3.1 LA LUCHA DE LA MUJER POR LOS DERECHOS POLÍTICOS

“Se tardó mucho en considerar a la mujer como individuo y como ciudadana. (...).

“En los primeros años del siglo XIX la vida de la mujer se destinaba al matrimonio y desde su nacimiento tenía que prepararse para una boda católica (...).

“La mujer era el alma del hogar con un papel basado en la domesticidad y en la maternidad. La abnegación era la virtud que más se destacaba en un modelo preferido por la ideología dominante (...).

“La situación y el papel de la mujer en el siglo XIX abrirá también un nuevo espacio para los derechos humanos. Será la condición de inferioridad, de discriminación

700 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Edit. Dykinson, 1999, pp. 33 y 37.

jurídica, de valoración cultural la que exigirá una nueva categoría de derechos. Son los derechos de la mujer que pretenden un tratamiento específico para promover su igualdad frente al hombre (...)⁷⁰¹.

Por otra parte, también la lucha comprendía:

“El derecho de la mujer a participar en el consentimiento y en la formación de la toma de decisiones, en la participación política y en la educación”⁷⁰², se trata de los derechos políticos.

Examinando estas luchas del feminismo hallamos que las mujeres de la burguesía se organizaron políticamente como republicanas, siendo pertenecientes a las logias femeninas de la masonería francesa, lo cual les dio un *status* especial para crear la *Liga Francesa para el Derecho de las Mujeres*, siendo Presidente de honor el célebre escritor Víctor Hugo, y simultáneamente se creó la Unión de Mujeres Socialistas, y a su vez se fundaron periódicos como *La Ciudadana* y *La Fronda*, con más de 200.000 ejemplares por tiraje, en los cuales también participan mujeres católicas. En 1909 se estableció la Unión Francesa para el Sufragio de las Mujeres (UFSF), liderada por la socialista Marie Vérone⁷⁰³.

En 1945 el Parlamento francés dicta la ley concediendo el derecho al sufragio de la mujer.

Verifiquemos la situación de miseria vivida por las familias sin trabajo y el tratamiento que se le dio a la mendicidad como una solución a la cuestión social, durante una época determinada.

701 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 27, 178 y 180.

702 *Ibidem*.

703 Pérez Garzón. Op. cit., pp. 29 y ss.

1.3.2 EL HOSPITAL GENERAL DE PARÍS

La Asamblea Constituyente francesa estableció, en 1790, el “Comité para la extinción de la mendicidad” que, entre otras, se ocupó de vigilar el funcionamiento del Hospital General de París, fundado en 1656 (176 establecimientos); una solución a la problemática social que se trató de resolver con el aislamiento e internamiento de delincuentes con pobres: con los enfermos se recluirían los locos, pobres, deudores morosos, criminales y ladrones (condenados y detenidos preventivamente y sin juicio), mendigos, discapacitados, ancianos, prostitutas, viudas, huérfanos, enfermos de venéreas e inadaptados sociales, vagos (decentes e indecentes), etc., que en su mayoría no sabían leer ni escribir. Se parecían más a un asilo o una cárcel que a un centro hospitalario, en las que se destacó la importancia del trabajo de los reclusos, pero a los diez años de su fundación empezaron las pérdidas económicas; se trató de solucionar la mendicidad con la represión, entrando en conflicto con la vieja tradición cristiana de la asistencia a los pobres y a los enfermos, y en contradicción con la *fraternidad*⁷⁰⁴, una de las divisas de la Revolución Francesa.

La grave situación socio-económica de la clase obrera francesa e inglesa, en el desarrollo de la Revolución Industrial, ofreció el escenario apropiado para nuevas ideologías políticas diferentes a la liberal y conservadora predominantes en el espacio público durante el laicismo del Estado:

“Los fundamentos en los que se apoya la laicidad son: la libertad de conciencia, la emancipación personal, la igualdad de todos los ciudadanos y la defensa del interés general. Su pretensión es liberar todo el espacio público de cualquier intervención de una ideología religiosa”⁷⁰⁵.

704 Cfr. Munck, Thomas. *Historia social de la ilustración*. Barcelona: Edit. Crítica, 2000, pp. 226 y 227. Cfr. Melossi y Pavarini. Op. cit., pp. 53 y 77.

705 Peces-Barba y Dorado. *Capítulo I: Derecho, Sociedad y Cultura*. En: Peces-Barba y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 59.

1.4 LOS APORTES DEL MARXISMO

Por la década de los años 40 del siglo XIX floreció en Europa una nueva ideología política, el *marxismo*, basada en tres fuentes ideológicas del siglo XIX: la filosofía clásica alemana, la economía política clásica inglesa y el socialismo francés⁷⁰⁶. La presentación del marxismo en la sociedad europea se realizó con “El manifiesto del partido comunista”.

1.4.1 EL MANIFIESTO DEL PARTIDO COMUNISTA

En la segunda mitad del siglo XIX CARLOS MARX (1818-1833) y FEDERICO ENGELS (1820-1895), en la obra “*El Manifiesto del Partido Comunista*” (1848), formularon la teoría de la lucha de clases, señalaron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como clasista, excluyente y discriminatoria de la clase trabajadora⁷⁰⁷, denunciaron la explotación burguesa del proletariado y definieron el Derecho, expresando que “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase elevada a la ley”. El marxismo aportó la ideología política que generó movimientos obreros socialistas organizados como sindicatos y partidos políticos obreros, con el objeto de independizarse de las alianzas con la burguesía liberal. Las luchas obreras crearon la necesidad reivindicativa de que se reconocieran unos *derechos económicos y sociales*, logro obtenido mediante leyes; la ideología marxista basada en la realidad político-social europea abrió el camino hacia los *derechos sociales*, a fin de lograr una *igualdad material*.

706 Véase Rey Cantor, Ernesto. *Teorías políticas clásicas de la formación del Estado*. 5ª ed. reimp. Bogotá: Editorial E.R.C., 2008, pp. 271 a 280.

707 Acerca de los derechos a la propiedad y a la seguridad, MARX expresó: “el derecho del hombre a la *propiedad privada* es el derecho a disfrutar de su patrimonio y a disponer de él abiertamente (*a son gré*), sin atender al resto de los hombres, independientemente de la sociedad, del derecho del interés personal. Esa libertad individual y su aplicación constituyen el fundamento de la sociedad burguesa. La *seguridad* es el concepto social supremo de la sociedad burguesa, el concepto de policía, de acuerdo con el cual toda la sociedad existe para garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de la persona, de sus derechos y de su propiedad”. MARX, CARLOS. *La cuestión judía*. 2ª ed. Barcelona: Edit. Martínez Roca, 1971, p. 244, citado por ESCAMILLA HERNÁNDEZ, JAIME. *El concepto del derecho en el joven Marx*. México: Ediciones Armella, 1991.

De la obra maestra del marxismo se extractan los siguientes apartes:

El prólogo de la obra comienza expresando:

“Un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo”.

“La historia de todas las sociedades que han existido hasta nuestros días no es otra que la historia de las luchas de clases.

”(…). Nuestra época, la época de la burguesía, se caracteriza, sin embargo, por haber *simplificado* las contradicciones de clase. Toda sociedad se va dividiendo paulatinamente en dos campos antagónicos, en dos grandes clases, diametralmente opuestas la una a la otra: burguesía y proletariado.

”(…). Una vez que el obrero ha sufrido la explotación del fabricante, una vez que aquel haya recibido su salario al contado, se convierte en la presa de los otros miembros de la burguesía: del arrendador, del almacenero, del prestamista prendario, etc.”⁷⁰⁸.

Finaliza la obra expresando:

“¡Que las clases dirigentes tiemblen ante la idea de una revolución comunista! Los proletarios no pueden perder más que sus cadenas.

”¡*Proletarios de todos los países uníos!*”⁷⁰⁹.

Estas denuncias políticas contribuyeron a que los proletarios adquirieran conciencia de clase, con fundamento en el socialismo científico, se asociaran laboralmente como sindicatos y como

708 Marx, Carlos y Engels, Federico. *El Manifiesto del Partido Comunista (1848)*. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, 2000, pp. 38, 40 y ss.

709 Marx y Engels. *El Manifiesto del Partido Comunista*. Op. cit., pp. 113 y 114.

partidos políticos obreros revolucionarios; conquistas logradas con luchas sociales de los trabajadores e intelectuales marxistas, desde 1848 a la primera guerra mundial (1914-1918),

“(…) que giraron en torno a las denominadas *Internacionales Obreras* que fueron la manifestación institucional del internacionalismo proletario y del movimiento obrero, que tuvo como objetivo la lucha social y solidaria de trabajadores de distintos países encaminada a una revolución mundial o cuando menos a una solidaridad internacional en la lucha política por los derechos humanos de carácter solidario e igualitario”⁷¹⁰.

1.4.2 PRIMERA INTERNACIONAL DE LOS TRABAJADORES

En 1863 en Londres se promovió un primer gran encuentro sindical con la propuesta de constituir una Asociación Internacional de Trabajadores⁷¹¹. En efecto, el 28 de septiembre de 1864, en Londres, con la inspiración de CARLOS MARX, se fundó la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT) con la participación de representantes sindicales franceses, alemanes, italianos, polacos y suizos. Con esta Asociación se creó la comúnmente denominada *Primera Internacional del Trabajo*, la cual consideraba que los trabajadores organizados como movimiento sindical debían luchar en cada país por el reconocimiento de los derechos a la limitación de la jornada laboral a ocho (8) horas, los derechos políticos (elección de trabajadores en el Parlamento), el derecho a la huelga, la educación estatal, la protección social de las mujeres y niños, en el marco de la lucha de clases para profundizar las contradicciones económicas a fin de agudizar la

710 Fariñas Dulce, M.J. *El origen de los derechos de los trabajadores: las internacionales obreras*. En: Peces-Barba Martínez, Gregorio y otros. *Historia de los derechos fundamentales*. T. III. Siglo XIX. Vol. I. *El contexto social, cultural y político de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Madrid: Edit. Dykinson, 2014, pp. 383 y 384.

711 Se propuso un programa de reivindicaciones alrededor de la creación de una *Cámara Sindical* de conciliación laboral entre patronos y trabajadores; una *Sociedad de Socorros Mutuos* encargada de los seguros de enfermedad, riesgos laborales, pensiones de vejez y derecho de huelga, y la internacionalización del movimiento obrero y la colaboración entre todos los trabajadores europeos. Cfr. Fariñas Dulce. Op. cit., pp. 387 y 388.

crisis del capitalismo, con el objeto de derrotarlo y construir una sociedad socialista, basada en la *igualdad material*. “Se consiguió que la Asociación Internacional de Trabajadores se convirtiera en la representante organizativa de todos los movimientos obreros y sindicales de Europa”⁷¹². No obstante, internamente había profundas divisiones políticas en la Asociación, lo que condujo a su disolución en julio de 1876, en Filadelfia (E.U.)⁷¹³.

Por esta época se estableció el Partido Alemán de Trabajadores; en Francia en 1879 se estableció el Partido de los Trabajadores y se reconocieron los derechos de asociación y de huelga; un año después se creó la Asociación General Alemana de Mujeres. En 1876 se creó la Liga Francesa de los Derechos de la Mujer. En Austria se reconocieron los derechos de asociación (1869), la jornada laboral máxima de once (11) horas y la seguridad social (1888). En 1872 se estableció la socialdemocracia como partido político.

En 1881, el Canciller del Imperio Alemán Otto von Bismarck en un discurso ante el Parlamento se refirió al bienestar de los trabajadores para lo cual propuso y se aprobaron leyes de 1883, 1884 y 1889 creando seguros sociales de enfermedad, de accidentes de trabajo y de invalidez-vejez conocido comúnmente como el modelo *bismarckiano* de Seguridad Social; “fue una estrategia para debilitar a la vigorosa socialdemocracia y a los sindicatos socialistas”⁷¹⁴.

1.4.3 SEGUNDA INTERNACIONAL DE LOS TRABAJADORES

En París, el 14 de julio de 1889 (celebración del centenario de la revolución francesa), se propuso la creación de la *Segunda Internacional de Trabajadores*, con la participación de partidos políticos socialistas de la mayor parte del mundo; los trabajadores estaban seguros de la caída del sistema capitalista

712 Fariñas Dulce. Op. cit., p. 388.

713 Cfr. Fariñas Dulce. Op. cit., pp. 388 a 391.

714 Cfr. Fariñas Dulce. Op. cit., pp. 405-406.

a través de la revolución socialista mundial, a fin de instaurar un Estado socialista, con dictadura del proletariado (MARX muere en 1883 y ENGELS en 1895). Esta propuesta se materializa en Bruselas en 1891 y se establece la *Segunda Internacional de Trabajadores* de inclinación marxista, teniendo como meta fundacional el reconocimiento de la jornada laboral de ocho (8) horas. “La lucha de clases se planteó como lucha política, ideológica, jurídica y parlamentaria, y no solamente sindical”, lo que contribuyó a la creación de partidos políticos obreros en Europa. “La socialdemocracia alemana se mostró partidaria de la integración de los sindicatos en la lucha política de la clase obrera, pero bajo la figura central del partido en cuanto era considerado la forma más genuina de representación política de los trabajadores”. En Inglaterra las *trade unionistas* crearon el partido laboralista⁷¹⁵.

En este contexto se expidieron leyes, en Francia, en 1893, reconociendo el derecho a la seguridad e higiene en las fábricas, y en 1895 se estableció la Confederación General del Trabajo Francés y el derecho laboral consideró los accidentes de trabajo, en 1898. En este año el Parlamento italiano aprobó leyes relacionadas con el seguro obligatorio contra enfermedades, accidentes y pensiones por ancianidad:

“A la mayoría de los trabajadores franceses estas concesiones limitadas no les parecieron suficientes. La agitación socialista ascendió constantemente. Disputas ideológicas dividieron a los diversos grupos socialistas, primero consiguieron llevar un total de 50 miembros a la Cámara de diputados en 1890, 54 en 1906, 76 en 1910 y 101 en 1914. Un Partido Socialista Unificado se organizó en 1905.

”Los trabajadores franceses sentían más interés por la política que los ingleses y eran de temperamento más revolucionario que los alemanes. Sus sindicatos utilizaron la huelga como un arma política, además de económica, y sus líderes trataron del día en que la solidaridad de las

715 Cfr. Fariñas Dulce. Op. cit., pp. 388-395.

clases obreras llegaría a tal grado, que una huelga general nacional obligaría al gobierno burgués a dimitir”⁷¹⁶.

Elogiando el aporte del marxismo, el constitucionalista alemán PETER HABERLE expresó lo siguiente:

“(…) pero también las provocaciones que han de agradecerse a MARX/ENGELS y que quizá contribuyeran a producir el Estado social alemán”⁷¹⁷.

Comenzando la primera guerra mundial, en 1914 se desintegra la Segunda Internacional de Trabajadores y continúa el proceso de gestación del Estado Social como brevemente lo explica FARÍÑAS DULCE, así:

“La democracia además de política debería ahora ser también una *democracia social* y el Estado además de liberal y democrático debía constituirse en un Estado Social, capaz de frenar la revolución obrera y de crear mecanismos jurídicos de protección social lo más completo posible”⁷¹⁸.

1.4.4 LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA. *RERUM NOVARUM*

Finalizando el siglo XIX, la Iglesia Católica, con el Papa León XIII, expidió la Encíclica *Rerum Novarum*, y con ella se edificó la *Doctrina Social de la Iglesia*.

La Iglesia Católica fijó su posición ante la grave situación de miseria de la clase obrera al finalizar el siglo XIX, como consecuencia de la Revolución Industrial y la consolidación del capitalismo monopolista o imperialista, con la llamada *Doctrina Social de la Iglesia*, mediante la Encíclica *Rerum Novarum* que podría considerarse, además, como una respuesta al *Manifiesto del Partido Comunista*.

716 Bruñi, Geoffrey. *La Europa del siglo XIX (1815-1914)*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 200 y 201.

717 Haberle. Op. cit., p. 68.

718 Fariñas Dulce. Op. cit., p. 408.

El Papa León XIII (1878-1903), el 5 de marzo de 1891, expidió la Carta Encíclica denominada *Rerum Novarum*, integrada por las siguientes partes: como introducción *existencia y gravedad de la cuestión obrera*; primera parte, *el remedio propuesto por el socialismo*, y segunda parte, *solución propuesta por la Iglesia*.

Refiriéndose a la *existencia y gravedad de la cuestión obrera*, la Iglesia Católica reconoce que:

“(…) 2. Efectivamente, los aumentos recientes de la industria y los nuevos caminos por los que van las artes, el cambio obrado en las relaciones mutuas de amos y jornaleros, el haberse acumulado las riquezas en unos pocos y empobrecido la multitud (...).

”6. Pero es ella difícil de resolver y no carece de peligro. Porque difícil es dar la medida justa de los derechos y deberes, en que ricos y proletarios, capitalistas y operarios, deben encerrarse. (...).

”8. Como quiera que sea, vemos claramente, y en esto convienen todos, que es preciso dar pronto y oportuno auxilio a los hombres de la ínfima clase, puesto que sin merecerlo se halla la mayor parte de ellos en una condición desgraciada o innmerceda.

”*Causas del malestar obrero.*

”(…) poco a poco ha sucedido hallarse los obreros entregados, solos e indefensos, por la condición de los tiempos, a la inhumanidad de sus amos y a la desenfrenada codicia de sus competidores (...). Juntase a esto que la producción y el comercio de todas las cosas está casi todo en manos de pocos, de tal suerte, que unos cuantos hombres opulentos y riquísimos han puesto sobre la multitud innumerable de proletarios, un yugo que difiere poco del de los esclavos”⁷¹⁹.

719 León XIII. *Rerum Novarum*. Bogotá: Ediciones Paulinas, 2000, pp. 2, 5 y 6.

De esta forma, la Iglesia Católica reconoció con claridad el antagonismo clasista entre burgueses y proletarios, la acumulación desmedida de riquezas en manos de los primeros, generando con ello la miseria y el hambre de los segundos.

Al referirse al *remedio propuesto por el socialismo*, el Papa León XIII defiende el derecho a la propiedad privada, en los siguientes términos:

“Más el haber dado Dios la tierra a todo el linaje humano, para que use de ella y la disfrute, no se opone de manera alguna a la existencia de propiedades privadas”.

Más adelante agrega: “Dedúcese de aquí también, que la propiedad privada es claramente conforme a la naturaleza”⁷²⁰.

Como *solución propuesta por la Iglesia*, el Papa justifica la desigualdad humana, diciendo que:

“(…) en la sociedad civil no pueden todos ser iguales (...). Porque ha puesto en los hombres la naturaleza misma grandísimas y muchísimas desigualdades (...) y a la necesaria desigualdad de estas cosas síguese espontáneamente la desigualdad en la fortuna”⁷²¹.

“*Definiendo las relaciones entre el capital y el trabajo*”, la Iglesia enumera los deberes que corresponden al proletario y al obrero, así:

“Poner de su parte íntegra y fielmente el trabajo que libre y equitativamente se ha contratado; no perjudicar en manera alguna el capital, ni hacer violencia personal a sus amos; al defender sus propios derechos abstenerse de la fuerza, y nunca armar sediciones ni hacer juntas con hombres malvados que mañosamente les ponen delante desmedidas esperanzas y grandísimas promesas, a los que sigue casi

720 León XIII. *Rerum Novarum*. Op. cit., pp. 9 y 10.

721 León XIII. *Rerum Novarum*. Op. cit., p. 17.

siempre un arrepentimiento inútil y la ruina de sus fortunas. *Y estos los deberes de los ricos y patronos*: no considerar a los obreros como esclavos, respetar en ellos la **dignidad de la persona** y la nobleza que a esa persona añade lo que se llama carácter de cristiano. Que, si se tiene en cuenta la razón natural y la filosofía cristiana, no es vergonzoso para el hombre ni lo rebaja el ejercer un oficio por salario, pues le habilita el tal oficio para poder sustentar honradamente su vida. Que lo que verdaderamente es vergonzoso e inhumano es abusar de los hombres, como si no fueran más que cosas, para sacar provecho de ellos, y no estimularlos en más de lo que dan de sí sus músculos y sus fuerzas”⁷²².

Entre otras soluciones propuestas por la Iglesia, se encuentran las siguientes:

“*Engendrando la verdadera fraternidad.*

”Estas dos clases, si a los preceptos de Cristo obedecieren, no sólo en amistad, sino en verdadero amor de hermanos, se unirían”⁷²³.

La Iglesia Católica llama a las clases sociales a reconciliarse entre sí; a que burgueses y proletarios se unan como hermanos para lograr la verdadera *fraternidad*: “El Estado debe promover y defender el *bienestar* del obrero en general”⁷²⁴.

Este propósito se logra con las siguientes actuaciones de la autoridad pública:

“(…) debe la autoridad pública tener cuidado conveniente del *bienestar* y provecho de la clase proletaria; (...).

”Exige, pues, la equidad que la autoridad pública tenga cuidado del proletariado haciendo que le toque algo de lo

722 León XIII. *Rerum Novarum*. Op. cit., pp. 19 y 20.

723 León XIII. *Rerum Novarum*. Op. cit., pp. 25 y 26.

724 León XIII. *Rerum Novarum*. Op. cit., p. 32.

que él aporta a la utilidad común, que con casa en qué morar, vestido con qué cubrirse y protección con qué defenderse de quien atenta a su bien, pueda con menos dificultades soportar la vida”⁷²⁵.

También el Papa León XIII resalta la importancia del *derecho de asociación*, con base en La Biblia, en los siguientes términos:

“Mejor es que estén dos juntos que no uno solo, porque tienen la ventaja de su compañía. Si uno cayere no tiene quién lo levante”⁷²⁶. Y también: “El hermano ayudado del hermano es como una ciudad fuerte”⁷²⁷.

No obstante, el reconocimiento anterior, la Carta Encíclica propone limitaciones al derecho de asociación, así:

“Hay algunas circunstancias en que es justo que se opongan las leyes a esta clase de sociedad, como es, por ejemplo cuando de propósito pretenden algo que a la probidad, a la justicia, al bien del Estado, claramente contradiga”⁷²⁸.

No olvidemos que a mediados del siglo XIX los obreros se desenvolvían a través de sociedades secretas, jurando guardar sigilo de lo que en ellas ocurriera, obviamente por razones de seguridad. De ahí se estrecharon los lazos de hermandad alrededor de la *solidaridad o fraternidad*.

En conclusión, en el siglo XIX los movimientos revolucionarios obreros, inicialmente bajo el influjo de la ideología liberal de 1789, y en 1848 con la ideología socialista, gestaron los derechos humanos de segunda generación: derechos sociales, económicos y culturales.

725 León XIII. *Rerum Novarum*. Op. cit., pp. 33 y 34.

726 Eclesiastés 4: 9-10. Cita de LEÓN XIII. Op. cit., p. 47.

727 Proverbios 18: 19. Cita de LEÓN XIII. Op. cit., p. 47.

728 León XIII. *Rerum Novarum*. Op. cit., pp. 48 y 49.

1.5 EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El reconocimiento de los derechos sociales inicialmente se logró por medio de leyes, en Inglaterra; posteriormente dicho reconocimiento ascendió a la Constitución, en Francia (1848), en forma provisional, como se expresó. En los albores del siglo XX los precitados derechos humanos –sociales, económicos y culturales– se consagraron en las Constituciones, en América y después en Europa, “para elevar su jerarquía y asegurar su cumplimiento”⁷²⁹, lo que se denominó *constitucionalismo social*. En otras palabras, estos derechos se *constitucionalizaron*, a fin de abrigoarlos con el principio de la *supremacía de la Constitución*, en el cual HANS Kelsen fundamentó el control de constitucionalidad de las leyes como garantía de los derechos humanos, creando la jurisdicción constitucional a cargo de un tribunal constitucional.

El constitucionalismo social es consustancial con el Estado social de derecho, que explicaremos adelante.

Comencemos por América, concretamente, México.

1.5.1 CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO

En los primeros años del siglo XX (finalizando la Primera Guerra Mundial) se reconocieron los derechos económicos, sociales y culturales con la Constitución de Querétaro (México) de febrero 5 de 1917, expedida por un Congreso Constituyente integrado por 200 diputados aproximadamente, fruto de la revolución mexicana (1910 y 1911) promovida por campesinos y obreros, liderados por Emiliano Zapata y Pancho Villa, quienes exigían reformas radicales en materia laboral, agraria y educacional, con el objeto de proteger a los desposeídos: campesinos y obreros.

Es la primera Constitución que reconoce los *Derechos Sociales, Económicos y Culturales*.

729 Borja. Op. cit., p. 169.

Es digno de destacar en esta fase histórica la consagración de los derechos sociales, y de ahí la denominación de “constitucionalismo social”⁷³⁰. Esta Constitución consagró los siguientes derechos: el derecho de la persona a la protección de la salud (art. 4°); “La enseñanza es libre pero laica (...). En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria” (art. 3°); “toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa” (art. 4°); el deber de los patronos de proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas (art. 123); la libertad de expresión (arts. 6° y 7°); la propiedad social (art. 27); “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil” (art. 123); la rectoría económica del Estado y el dominio de la nación sobre los recursos naturales (arts. 27 y 28); la reforma agraria basada en la abolición de los latifundios y la dotación de tierras, bosques y aguas en favor de los campesinos y de las comunidades (art. 27). El título sexto de la Constitución se denomina “Del trabajo y de la previsión social”; el artículo 123 establece que el Congreso deberá expedir leyes sobre el trabajo, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes bases, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo: jornada de ocho horas, un día de descanso a la semana, protección laboral a las mujeres durante los tres meses anteriores al parto y un mes después; el salario mínimo, exceptuado de embargo, compensación o descuento; para trabajo igual debe corresponder salario igual; horas extras, responsabilidad patronal por los accidentes de trabajo, el derecho a formar sindicatos y a hacer huelgas y paros; el despido sin justa causa daría derecho al trabajador a exigir del patrono el cumplimiento del contrato o a indemnización. En el artículo XXVII se enumeran unas condiciones que, de ser incluidas como cláusulas en los contratos de trabajo serían

730 La Primera Guerra Mundial marca el paso del constitucionalismo liberal (derechos civiles y políticos) al constitucionalismo social, según el cual se incorpora a las constituciones vigentes una nueva categoría de derechos, los derechos sociales y económicos, proceso que suele denominarse de **constitucionalización**, por oposición al proceso de **desconstitucionalización**, al surgir el fascismo y el nazismo sometiendo el derecho al Estado.

nulas, como las jornadas inhumanas, el salario inferior a un mínimo, el pago del salario en cantinas, fondas, etc.

En otras palabras, la Constitución de Querétaro consagró lo que se denomina “justicia social”, entendiendo por ella:

“(…) el sistema ideológico por virtud del cual la organización del Estado se funda en el constante mejoramiento económico, social y cultural de la población (...) a través de los imperativos que tienden a proteger a la sociedad y sus grupos, clases y círculos sociales vulnerables o marginados como los menores de edad, la familia, los indígenas, los campesinos, los trabajadores, y la comunidad nacional en lo que se refiere a la salud y a la vivienda”⁷³¹.

Este es el primer antecedente de los derechos humanos de segunda generación, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales.

Examinemos la primera revolución socialista en el mundo; el marxismo-leninismo en la práctica. La revolución de los obreros rusos.

1.5.2 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL PUEBLO TRABAJADOR Y EXPLOTADO

En marzo de 1917 abdicó del poder del Zar y se estableció un gobierno provisional, el cual reconoció los derechos políticos de la mujer: su derecho a elegir y a ser elegidas⁷³².

Posteriormente se expidió la *Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado*, aprobada el 12 de enero de 1918, por el III Congreso de los Soviet de toda Rusia, tras el triunfo de la revolución bolchevique de octubre de 1917, protagonizada

731 Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Edit. Porrúa, México, 1998, pp. 813 y 583.

732 Pérez Garzén. Ob. cit., p. 132.

por los líderes marxistas VLADIMIR ILICH LENIN, LEÓN TROSKY y JOSÉ STALIN, entre otros; esta Declaración socialista tiene la huella del “*Manifiesto del partido comunista*”.

La revolución bolchevique triunfó mientras las guerras entre los Estados europeos avanzaban vertiginosamente. En Rusia el gobierno del Zar Nicolás II llegaba a su final por la grave crisis económica y política que soportaba el pueblo ruso, situación caótica a la que contribuyeron los liberales, los nobles y comerciantes, con el mismo propósito de derrotar al Zar, quien el 15 de marzo de 1917 abdicó al poder en la ciudad de Pskov, erigiéndose un gobierno provisional revolucionario integrado por miembros de la Duma. En abril siguiente LENIN regresó a Petrogrado y concentró el poder en los Soviet (consejo de obreros y soldados); con la participación de JOSÉ STALIN y LEÓN TROSKY, entre otros, en el mes de octubre los bolcheviques se tomaron el poder, abriendo el camino al primer régimen socialista en el mundo, basado en la filosofía marxista-leninista (ideología que determinaría el expansionismo del partido comunista en Europa, en la primera mitad del siglo XX) y erigiendo el Estado socialista. El 10 de julio de 1918 se incorporó a la Constitución de la República Socialista Soviética de Rusia, en la sección primera, la “Declaración sobre Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado”, lo que simbolizó el triunfo universal de la clase proletaria, con la *solidaridad* de los campesinos explotados por el régimen zarista.

La Declaración preceptúa:

“1. Queda abolida la propiedad privada de la tierra. Se declara patrimonio de todo el pueblo trabajador toda la tierra, con todos los edificios, el ganado de labor, los aperos de labranza y demás accesorios agrícolas.

”2. Se confirma la ley de los soviets sobre el control obrero y el Consejo Superior de Economía del Pueblo, con objeto de asegurar el poder del pueblo trabajador sobre los explotadores y, como primera medida, para que las fábricas, talleres, minas, ferrocarriles y demás medios de producción

y de transporte pasen por entero a ser propiedad del Estado obrero y campesino.

”3. Se confirma el paso de todos los bancos a propiedad del Estado obrero y campesino, como una de las condiciones de la emancipación de las masas trabajadoras del yugo del capital.

”4. *Queda establecido el trabajo obligatorio para todos*, con el fin de suprimir las capas parasitarias de la sociedad.

” (...).

”El poder debe pertenecer completa y exclusivamente a las masas trabajadoras y a sus representantes plenipotenciarios, los soviets de diputados, obreros, soldados y campesinos”.

La Declaración socialista de 1918, fundada en el marxismo-leninismo, es la respuesta a la Declaración burguesa basada en el liberalismo individualista de 1789; la segunda inspirada en la libertad económica con la sacralización de la propiedad privada y, la primera, en la obligatoriedad del *trabajo* con la abolición de la propiedad y el establecimiento de la propiedad estatal de los medios de producción.

Con esta fórmula desaparecerían las desigualdades socio-económicas entre los hombres que ROUSSEAU había denunciado durante la Revolución Francesa, por cuanto la *dictadura del proletariado* garantizaría una real “justicia social”.

La Declaración rusa significó además el triunfo obrero por la dignificación del derecho al trabajo al garantizárselo a todos los seres humanos, lo que contribuyó a la *igualdad material* de los trabajadores ante la Constitución, la ley y el Estado, a fin de dar plena realización a la máxima de CARLOS MARX: “*A cada uno según sus necesidades, de cada uno según sus capacidades*”. En otras palabras, mientras las personas ejerzan dignamente su derecho al trabajo, podrán satisfacer las necesidades esenciales de su familia y el Estado socialista será el garante real de los derechos

a una alimentación balanceada, a la salud, a la seguridad social, a la educación, a la cultura, a la recreación, etc.

Había transcurrido un año de la expedición de la Constitución de Rusia, y en Alemania se dictó una Constitución (1919) de elocuente contenido social.

1.5.3 CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

Finalizando la Primera Guerra Mundial en Alemania, un movimiento revolucionario sustituyó el régimen monárquico imperial por una república. Guillermo II renunció a los tronos de Alemania y Prusia, siendo reemplazado por Friedrich Ebert, el 9 de noviembre de 1918; ese movimiento lo integraba el partido social demócrata con la alianza del partido popular, con representación en la Asamblea Nacional de Weimar, la cual expidió el 11 de agosto de 1919 la Constitución que lleva su nombre, con el siguiente Preámbulo:

“El pueblo alemán, unido en sus estirpes, y animado del deseo de renovar y consolidar su Reich en la libertad y la justicia, servir a la paz interior y exterior y fomentar el *progreso social*, se ha dado la presente Constitución”.

En el artículo 4º estableció una importante norma relacionada con la primacía del derecho internacional, cuyo texto expresa:

“Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho Alemán del Reich”.

“(…) esta Constitución posee todo un complejo normativo de reglas de carácter social. Junto a todo esto incluye de un modo muy consciente –si bien como una parcial concesión a las masas trabajadoras que rápidamente se inclinaban hacia la izquierda– la idea central de 1918 en el sentido de que había que socializar la gran industria; y la fijó en la forma de un artículo que hiciera posible la socialización

de todos los medios de producción. Como una ulterior concesión del gobierno y de los partidos políticos principales a las masas de electores, la Constitución de Weimar se vio en la necesidad de recoger en el artículo 165 la idea del Soviet en forma de autogestión y de participación de los trabajadores en la dirección de la fábrica”⁷³³.

La segunda parte de la Constitución alemana se denomina *Derechos y deberes fundamentales de los alemanes*. Se reconocen, entre otros, los siguientes derechos:

“Art. 109. Todos los alemanes son iguales ante la ley.

”Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos (...”).

“Art. 119. (...) La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado”.

“Art. 120. La educación de la prole para el desarrollo corporal, espiritual y social constituyen el deber supremo y un derecho natural de los padres, velando por su cumplimiento la comunidad política (...”).

“Art. 122. La juventud será protegida contra la explotación, así como contra el abandono moral, espiritual o corporal”.

“Art. 124. Todos los alemanes tienen derecho a constituir uniones o asociaciones para fines que no infrinjan la ley penal (...).

“Art. 125. Se garantizan la libertad y el secreto del voto. Las leyes electorales dictarán las disposiciones complementarias”.

733 Abendroth, Wolfgang. *El Estado de derecho democrático y social como proyecto político*. Op. cit., pp. 17 y 18.

“Art. 128. Todos los ciudadanos son admisibles, sin distinción, a los cargos públicos con arreglo a las leyes y según su capacidad y aptitudes”.

El título IV de la segunda parte de la Constitución trata de la *educación y enseñanza*, así:

“Art. 143. Se atenderá a la educación de la juventud mediante establecimientos públicos (...)”.

“Art. 145. Existe una obligación general escolar (...). En las escuelas primarias y complementarias, tienen carácter gratuito la enseñanza y los medios de estudio”.

Estas son las normas más importantes sobre el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales.

“De este modo esta Constitución positivó aquellas concepciones jurídicas sustanciales que habían sido expresadas con la vieja fórmula del «Estado de Derecho democrático y social», nacida de la Revolución Francesa de 1848”⁷³⁴.

El título V de la segunda parte se relaciona con la *vida económica*, así:

“Art. 151. El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia *digna del hombre* (...)”.

“Art. 153. La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes (...); La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general”.

“Art. 155. (...) El cultivo y explotación de la tierra es un deber de su propietario para con la comunidad (...)”.

734 Abendroth. Op. cit., p. 18.

Con el fundamento social que emerge de las disposiciones anteriores, se estableció la expropiación y la cogestión en las siguientes normas:

Los artículos 156 y 165 de la citada Constitución rezaban, respectivamente, lo siguiente:

“Art. 156. El Reich puede en virtud de ley, previa indemnización, y aplicando analógicamente las normas en vigor para la expropiación, transformar en propiedad colectiva la propiedad de empresas privadas susceptibles de socialización. Puede participar por sí o atribuir a los Lander o a los municipios la participación en la administración en empresas o sociedades económicas, o bien garantizarse de otro modo una influencia prevalente en ellas.

”El Reich puede, además, en caso de urgente necesidad, establecida mediante ley, colocar en régimen de explotación común empresas y sociedades sobre la base de la autogestión y con el propósito de asegurar la colaboración de todos los factores de la producción, dando participación en la administración a patronos y obreros (...)”.

“Art. 165. Los empleados y obreros están llamados a colaborar en pie de igualdad y en comunidad con los empresarios para establecer los salarios y condiciones de trabajo, así como a participar en el desarrollo económico global de las fuerzas de producción (...)”.

En la parte final de la *vida económica* (Título V), se reconocieron los siguientes derechos sociales:

“Art. 157. La mano de obra gozará de la protección especial del Reich.

”Se establecerá en todo el Reich un derecho obrero uniforme”.

“Art. 159. Se garantiza a todos y en todas las profesiones la libertad de asociación para la defensa y mejora de las condiciones del trabajo y económicos. Todos los acuerdos y medidas que pretenden restringir o impedir esta libertad son contrarios a derecho”.

“Art. 161. El Reich creará un amplio *sistema de seguros* para poder, con el concurso de los interesados, *atender a la conservación de la salud* y de la capacidad *para el trabajo*, a la protección de una *maternidad* y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida”.

“Art. 162. El Reich procurará una regulación internacional de las relaciones jurídicas referentes a los trabajadores, a fin de proporcionar a toda la clase obrera de la Humanidad un *minimum* general de *derechos sociales*”.

“Art. 163. (...) A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales dictarán las disposiciones complementarias”.

“En esta línea es importante destacar el reconocimiento jurídico que la Constitución hizo de los convenios colectivos”⁷³⁵.

Esta es una Constitución de gran contenido social porque, en primer lugar, se reconocieron derechos sociales, como el derecho al trabajo, a la educación, a la salud y a la seguridad social; en segundo lugar se estableció que la propiedad cumpliría una *función social*, con el objeto de regular su expropiación con indemnización previa; en tercer lugar, se insertó el principio de la *dignidad humana*, como rector de la vida económica; en cuarto lugar, se logró uno de los sueños de la clase obrera:

735 Fariñas Dulce. Op. cit., p. 409.

la consagración constitucional de la *autogestión*, que consiste en la participación de los obreros en la administración de las empresas, junto con los patronos. En síntesis, se sientan las bases de la prevalencia del interés común sobre el interés particular, como un principio constitucional, con lo que se demostró la crisis del liberalismo clásico, abriendo las compuertas para el *intervencionismo de Estado*.

Este es otro antecedente de los derechos humanos de segunda generación.

El 1° de octubre de 1920 se expidió la Constitución de Austria, bajo la inspiración de HANS Kelsen, estableciendo un Tribunal Constitucional, titular de la jurisdicción constitucional y, por ende, encargado del control de constitucionalidad de las leyes, primer órgano judicial de protección de los derechos humanos en el mundo.

En conclusión, las Constituciones de Querétaro y de Weimar sirvieron de modelos inspiradores para las Constituciones que se expidieron en Occidente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y la Constitución Rusa, con la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, fue el modelo socialista para la Constitución de la República Popular de China de 1949, la Constitución Cubana de 1976 y otras de Europa oriental.

1.6 GÉNESIS DE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Además del reconocimiento constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales, en un Tratado público internacional, mediante el cual se selló la paz una vez concluida la Primera Guerra Mundial –el Tratado de Versalles–, se destinó una parte al derecho al trabajo, porque la guerra no solo legó a la humanidad orfandad, viudez, mutilados y refugiados, sino también un grueso cordón de desempleados, en completo abandono y miseria, es decir, el género humano fue el gran perdedor, lo que confirmó la violación de los derechos por

los Estados y, consecuentemente, condujo a la génesis de la internacionalización de los derechos, proceso que JUAN ANTONIO TRAVIESO define así:

“La internacionalización consiste en el proceso que llevan a cabo los Estados con miras a procurar la protección de los derechos humanos fuera de los mismos Estados”⁷³⁶.

Se aclara y reitera que esta es la génesis, el punto de partida de la incorporación de unos derechos en la normativa internacional; “el término *derechos humanos* se introduce en la escena internacional con la creación de las Naciones Unidas”⁷³⁷.

1.6.1 TRATADO DE VERSALLES

Concluida la Primera Guerra Mundial (1914-1918) las Potencias Aliadas, los Estados Unidos de América, el Imperio Británico, Francia, Italia y el Japón, por una parte, y Alemania, por la otra, celebraron el *Tratado de Paz de Versalles*, dando nacimiento a la Sociedad de las Naciones (junio 28 de 1919), y en la Parte XIII titulada *Trabajo*, sección primera “Organización del Trabajo”, se creó la *Organización Internacional del Trabajo* (OIT), precedida de las siguientes consideraciones:

“Considera que la Sociedad de las Naciones tiene por objeto establecer la paz universal, y que esta paz no puede fundarse sino sobre la base de la *Justicia Social*”.

“Considerando que existen condiciones de trabajo que implican para gran número de personas injusticia, miseria y privaciones, lo cual engendra tal descontento que la paz y la armonía universales peligran; y teniendo en cuenta que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo,

736 Travieso, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Edit. Heliasta, S.R.L., 1993, p. 235.

737 Chipoco, Carlos. “La protección universal de los derechos humanos”. En: *Estudios básicos de derechos humanos*. T. I. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 2001, p. 184.

en lo que respecta a la fijación de las horas de trabajo, al reclutamiento de la mano de obra, a la lucha contra el paro, a la garantía de un salario que asegure condiciones de existencia convenientes, a la protección de los trabajadores contra las enfermedades generales o profesionales o los accidentes resultantes del trabajo, a la protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, a las pensiones de vejez y de invalidez, a la defensa de los intereses de los obreros ocupados en el extranjero, a la afirmación del principio de la libertad sindical, a la organización de la enseñanza profesional y técnica, y a otras medidas análogas;

”Considerando que la no adopción, por una nación cualquiera, de un régimen de trabajo realmente humano, constituye un obstáculo a los esfuerzos de las demás naciones, deseosas de mejorar las condiciones de los obreros en su propio país;

”Las Altas Partes contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad, así como por el deseo de asegurar una paz mundial, han convenido lo siguiente:

”Capítulo primero

”Organización

”Artículo 387. Se crea una organización permanente encargada de laborar por la realización del programa expuesto en el Preámbulo”.

De esta forma nació la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que más tarde sería un órgano especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a partir de 1945.

A continuación del artículo 426 del Tratado de Versalles se encuentra un anexo, relacionado con la primera reunión de la Conferencia del Trabajo a realizarse en Washington, con el siguiente orden del día:

“1. Aplicación del principio de la jornada de ocho horas y de la semana de cuarenta y ocho horas.

”2. Cuestiones relativas a los medios de prevenir el paro y de remediar sus consecuencias.

”3. Empleo de las mujeres:

”a) Antes o después de dar a luz (incluso la cuestión de indemnización de maternidad).

”b) Durante la noche.

”c) En los trabajos insalubres.

”4. Empleo de los niños:

”a) Edad de admisión al trabajo.

”b) Trabajos de noche.

”c) Trabajos insalubres.

”5. Extensión y aplicación de los convenios internacionales adoptados en Berna en 1906 sobre prohibición del trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, y la del uso del fósforo blanco (amarillo) en la industria de las cerillas”.

En la sección II, el artículo 427 trata de los *Principios Generales*, en los siguientes términos:

“Reconociendo las Altas Partes contratantes que el bienestar físico, moral e intelectual de los asalariados industriales es de importancia esencial desde el punto de vista internacional, (...) persuadidas como lo están, de que el trabajo no debe considerarse simplemente como un artículo de comercio, estiman que existen métodos y principios para la reglamentación de las condiciones de

aquél, que todas las comunidades industriales deberán tratar de aplicar hasta donde lo permitan las circunstancias especiales en que puedan encontrarse.

”Entre estos métodos y principios, juzgan las Altas Partes contratantes ser de importancia y urgencia los siguientes:

”1° El principio fundamental arriba indicado de que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o artículo de comercio.

”2° El derecho de asociación para todos los fines que no sean contrarios a las leyes, tanto para los asalariados como para los patronos.

”3° El pago a los obreros de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, según el criterio de la época y el del país de que se trate.

”4° La adopción de la jornada de ocho horas, o de la semana de cuarenta y ocho horas, como finalidad que deba perseguirse dondequiera que no se haya logrado todavía.

”5° La adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas, por lo menos, que deba comprender los domingos, siempre que sea posible.

”6° La supresión del trabajo de los niños, y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y procurar su desarrollo físico.

”7° El principio del salario igual, sin distinción de sexo, cuando se trate del trabajo de valor igual.

”8° Las reglas que se dicen en cada país respecto de las condiciones de trabajo, deberán asegurar una retribución económica equitativa a todos los trabajadores que residan legalmente en el país.

”9° Cada Estado deberá prestar un servicio de inspección, en el que se incluirá a las mujeres, a fin de conseguir la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores”.

Estas fueron las bases jurídicas para la expedición de los *Convenios de la OIT*, es decir, instrumentos internacionales de protección del derecho al trabajo, por una efectiva *justicia social*. Podría decirse que este fue el primer paso de *internacionalización* de los derechos humanos de segunda generación, sin olvidar las luchas obreras en el siglo XIX, por lograr las reivindicaciones laborales, a sangre y fuego, gracias a la *solidaridad o fraternidad* de los obreros.

1.6.2 APOORTE DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES A LOS DERECHOS SOCIALES

JESÚS ANTONIO CARRILLO SALCEDO señala que la sociedad de las naciones aportó a la protección de los derechos fundamentales a través de distintos causes, a saber:

”- el régimen jurídico de protección de las minorías nacionales, inspirado en el principio de *no discriminación* y que, a pesar de sus innegables límites y deficiencias, constituyó un mecanismo de salvaguardia y protección de derechos humanos;

”- el régimen de mandatos que, aunque aplicable únicamente a las colonias de los Estados vencidos, supuso la admisión de obligaciones jurídicas internacionales de la potencia mandataria respecto de la población sujeta a mandato;

”- la prohibición de la esclavitud en la Convención de Saint-Germain-en-Laye, que tenía por finalidad revisar las disposiciones del Acta General de Bruselas de 1890, y en la Convención de Ginebra de 25 de septiembre de 1926, relativa a la supresión de la esclavitud en todas sus formas, así como la trata de esclavos;

”- las Convenciones de 28 de octubre de 1933 y 10 de febrero de 1938, relativas al estatuto internacional de los refugiados;

”- finalmente, el régimen de protección de los trabajadores a través de la acción confiada a la Organización Internacional del Trabajo”⁷³⁸.

¿Cómo se transformó el Estado de derecho con las conquistas de la clase obrera en un *Estado social de derecho*? “El proceso de transformación del Estado es simultáneo al proceso de transformación del sistema capitalista”⁷³⁹. En efecto, aparece una nueva forma histórica del Estado social de derecho que también se llamará *Estado del bienestar*. En nuestro concepto, por tres períodos históricos atraviesa la formación y consolidación del Estado del bienestar: el período de consolidación (1945-1955), el período de expansión (1955-1975) y el período agónico (1975-2008). La mayoría de los autores consideran que el Estado del bienestar es un fenómeno que aparece en las economías capitalistas tras la Segunda Guerra Mundial. Examinemos las dos formas de Estado mencionadas:

1.7 ESTADO SOCIAL DE DERECHO

“En términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (Estado de derecho liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas”⁷⁴⁰.

Según ANTONIO E. PÉREZ LUÑO “el individualismo no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores

738 Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Ed. Tecnos, 2000, pp. 31 y 32.

739 Ochando Claramunt, Carlos. *El Estado del bienestar*. Barcelona: Edit. Ariel, 2002, p. 28.

740 García-Pelayo. Op. cit., p. 18.

social y económicamente más deprimidos”⁷⁴¹, por la sencilla razón de que el reconocimiento del derecho a la propiedad privada aseguraría la protección económica de la burguesía determinando la desigualdad social, económica y política de los trabajadores, generando *injusticia social*. Recuérdese que los derechos políticos sólo se reconocieron a los ciudadanos franceses que podían demostrar ser propietarios de bienes inmuebles o tener rentas, excluyendo a los trabajadores de la participación democrática en los asuntos del Estado.

La situación no era de esperar mucho tiempo; forzosamente se abandona el dogma del *laissez faire* a favor de la *intervención del Estado en la economía* que permitiera “garantizar el pleno empleo y el aumento de las rentas del trabajo con la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones sociales necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad”⁷⁴².

El anterior proceso de transformación aportó el reconocimiento de unos nuevos derechos, los *derechos sociales*, que son “aquellos derechos que tienen por objetivo limitar las desigualdades que existen en una sociedad determinada, tendiendo a establecer un mínimo de igualdad real”⁷⁴³. La configuración normativa de los derechos sociales aparejó la transformación del Estado de derecho liberal en *Estado social de derecho*. De esta forma el ser humano fue conquistando el reconocimiento a la *igualdad material*, con un complemento indispensable, su reconocimiento a la *dignidad humana*. El “principio de la dignidad humana es, entonces, que todo hombre, en cualquier posición social en que se encuentre inicialmente, debe ser puesto en condiciones de tener igualdad de oportunidades de autorrealización”⁷⁴⁴.

741 Pérez Luño, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Edit. Tecnos, 1991, p. 223.

742 Cfr. Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Op. cit., p. 224.

743 Graña y Álvarez. Op. cit., p. 271.

744 Baldasarre. Op. cit., pp. 78 y 79.

De esta forma, se introduce en el plexo de los derechos humanos el principio de la *justicia social*:

“(...) para el liberalismo sincero o progresivo, la *justicia social* se condensa en el intervencionismo de Estado, tendencia propensa al reconocimiento de ciertas reivindicaciones de los trabajadores, pero sin destrucción de las bases capitalistas de la sociedad burguesa”⁷⁴⁵.

La *justicia social* surgió de la injusta explotación de la clase obrera por la burguesía titular del poder económico capitalista.

El reconocimiento de los derechos sociales engendró una nueva forma de Estado: *Estado social de derecho* sobre el que se erigió el *constitucionalismo social*:

“La idea del Estado social fue constitucionalizada por primera vez en 1949 por la Ley Fundamental (Constitución) de la República Federal Alemana, al definir a ésta en su artículo 20 como un «Estado federal democrático y social», y en su artículo 28 como un «Estado democrático de derecho»”⁷⁴⁶.

Con el reconocimiento del sufragio universal –todos los ciudadanos son titulares de los derechos políticos (incluidos los obreros)– la democracia se constituyó en uno de los principales principios fundamentales de las Constituciones. De ahí la denominación *Estado social democrático de derecho*.

“Este proceso de expansión de los derechos sociales en las democracias constitucionales puede verse reflejado en lo que se conoce como el Estado de bienestar”⁷⁴⁷.

745 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. T. II. 6ª ed. Buenos Aires: Editora Bibliográfica Omeba, 1968, p. 482.

746 García-Pelayo. Op. cit., p. 17.

747 Graña y Álvarez. Op. cit., p. 280.

1.8 ESTADO DE BIENESTAR

Se define como:

“(...) un *sistema social* desarrollado en las democracias capitalistas industrializadas como Gran Bretaña, después de la Segunda Guerra Mundial y que permaneció más o menos intacto hasta mediados de los años setenta”⁷⁴⁸.

“Locución que se emplea para describir, dentro de los regímenes democráticos con economía de mercado, una serie de políticas de orden social que persiguen proporcionar a la población más pobre de un país, en forma gratuita y con cargo a fondos y asistencia estatales, los servicios básicos y otras prestaciones que mejoren su calidad de vida”⁷⁴⁹.

“De esta manera, el Estado de bienestar se caracteriza, en términos generales, por: a) constituirse a partir de un amplio pacto social cuyos principales involucrados son los trabajadores y las clases medias urbanas, incluidos los empresarios; b) busca atender las necesidades de los grandes sectores populares, principalmente a través de servicios de salud y educación; c) cumple un papel estabilizador de la demanda interna muy importante mediante el impulso del consumo gubernamental; d) al renunciar las clases trabajadoras a los grandes conflictos no regulados, se garantiza la paz social; e) existe un importante ámbito de libertades políticas aunado a un extenso sistema democrático; f) postula un marco de crecimiento continuo, sostenido y equilibrado; g) existe un sistema fiscal y hacendario redistributivo, y h) se constituye un sector público regulador, inspector y agente productor subsidiario (aunque en algunos casos se vuelve un productor primario) muy extenso”⁷⁵⁰.

748 Cfr. Ochando Claramunt. Op. cit., p. 28.

749 Borja. Op. cit., p. 397.

750 Carbonell, Miguel (Coord.). *Diccionario de derecho constitucional*. México: Edit. Porrúa, UNAM, 2002, p. 229.

“En este sentido, las características del Estado de Bienestar han sido la consagración constitucional de una igualdad concebida como una igualdad de oportunidades, y no ya como una mera igualdad jurídica formal; y una política destinada a permitir la participación real y creciente en el producto o renta de todos los sectores sociales”⁷⁵¹.

En nuestro concepto, se trata de la realización de una aparente *fraternidad*.

En concreto, ¿Cuál es la diferencia entre el Estado social de derecho y el Estado del bienestar?

CARLOS OCHANDO CLARAMUNT, siguiendo a RODRÍGUEZ CABRERO, explica la diferencia en la siguiente forma:

“(…) mientras el *Estado del bienestar* se concibió como un conjunto de instituciones «complementarias» de las economías corporativas en expansión, «evolutivas» y no rupturistas con las instituciones económicas capitalistas, y «**negociables**» entre capital y trabajo bajo el arbitrio del Estado, el *Estado social* se concibió como un conjunto de instituciones «compensatorias» de los costes del crecimiento económico capitalista, «subordinadas» a los intereses económicos y sociales dominantes y «**dictadas**» desde arriba bajo la presión de los conflictos sociales”.

En otras palabras, el Estado social se caracterizó por las luchas sindicalizadas de los trabajadores que lograron que la clase capitalista dictara las normas reconociendo las conquistas laborales, mientras que el Estado de bienestar se caracteriza porque dichas conquistas son negociables entre patronos y trabajadores, reconociendo éstos el capitalismo alrededor de la propiedad privada.

El Estado de Bienestar logró su consolidación y expansión a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial (1945),

751 Graña y Álvarez. Op. cit., p. 281.

y entró en crisis con el neoliberalismo y la globalización (1975), como lo explicaremos en el tercer capítulo.

Finalmente, realizaremos un salto histórico para ubicarnos en 1981 y elogiar el pensamiento que revolucionó a la Iglesia Católica noventa años después del *Rerum Novarum*, con la visión del reconocimiento del derecho del trabajo como uno de los derechos humanos de segunda generación más importante.

1.8.1 *LABOREM EXERCENS*

Para celebrar el 90° aniversario de la *Rerum Novarum*, el Papa Juan Pablo II expidió la Carta Encíclica *Laborem exercens* (sobre el trabajo), el 14 de septiembre de 1981, de la cual merece, por su profunda importancia, destacar lo siguiente:

“(...) con su trabajo el hombre ha de procurarse el pan cotidiano, contribuir al continuo progreso de las ciencias y la técnica, y sobre todo a la incesante elevación cultural y moral de la sociedad en la que vive en comunidad con sus *hermanos*. Y «trabajo» significa todo tipo de acción realizada por el hombre independientemente de sus características o circunstancias (...).

”La llamada a la *solidaridad* y a la acción común, lanzada a los hombres del trabajo –sobre todo a los del trabajo sectorial, monótono, despersonalizador en los complejos industriales, cuando la máquina tiende a dominar sobre el hombre– tenía un importante valor y su elocuencia desde el punto de vista de la ética social. Era la reacción *contra la degradación del hombre como sujeto del trabajo*, y contra la inaudita y concomitante explotación en el campo de las ganancias, de las condiciones de trabajo y de providencia hacia la persona del trabajador. Semejante reacción ha reunido al mundo obrero en una comunidad caracterizada por una gran *solidaridad*.

”Tras las huellas de la Encíclica *Rerum Novarum* y de muchos documentos sucesivos del Magisterio de la Iglesia se debe

reconocer francamente que fue justificada, *desde la óptica de la moral social*, la reacción contra el sistema de injusticia y de daño, que pedía venganza al cielo, y que pesaba sobre el hombre del trabajo en aquel período de rápida industrialización. Esta situación estaba favorecida por el sistema socio-político liberal que, según sus premisas de economismo, reforzaba y aseguraba la iniciativa económica de los solos poseedores del capital, y no se preocupaba suficientemente de los derechos del hombre, del trabajo, afirmando que el trabajo humano es solamente instrumento de producción, y que el capital es el fundamento, el factor eficiente, y el fin de la producción (...).

”Si el trabajo —en el múltiple sentido de esta palabra— es una obligación, es decir, un deber, es también a la vez una fuente de derechos por parte del *trabajador*. Estos *derechos* deben ser examinados en el amplio *contexto del conjunto de los derechos del hombre* que le son connaturales, muchos de los cuales son proclamados por distintos organismos internacionales y garantizados cada vez más por los Estados para sus propios ciudadanos (...). Los *derechos humanos que brotan del trabajo*, entran precisamente dentro del más amplio contexto de los derechos fundamentales de la persona”⁷⁵².

De esta forma, hemos explicado históricamente la segunda generación de los derechos humanos.

1.8.2 CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Históricamente hemos explicado que se trata de un nuevo catálogo de derechos humanos que tiene como destinatarios a un grupo de seres humanos empobrecidos que se encuentran en condiciones semejantes de desprotección ante el avance y consolidación del *capitalismo (los proletarios)*.

752 Juan Pablo II. *Laborem exercens*. Bogotá: Ediciones Paulinas, 2000, pp. 3, 35, 36, 76 y 77.

“En la tradición constitucional se habla de «derechos sociales», y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se habla de «derechos económicos, sociales y culturales»”⁷⁵³. En principio nos referiremos a los derechos sociales.

En cuanto a la estructura y formulación de los derechos sociales y su ejercicio la doctrina presenta dos posturas, una conservadora y otra de avanzada cuantitativa y cualitativamente estimable que sintetizan, en su orden, los siguientes autores:

ABRAMOVICH y COURTIS precisan las características de los derechos sociales, citando doctrinantes de tendencia conservadora, en la siguiente forma: “(...) que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables y su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos (...)”⁷⁵⁴, y que además son mandatos dirigidos esencialmente al legislador futuro⁷⁵⁵, lo que acarrea la no exigibilidad de los derechos sociales y la ausencia de posibilidad de ser *justiciables*:

“Los objetores de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales parten de diferenciar la naturaleza de estos derechos con la de los derechos civiles y políticos. La pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en que el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención [no hacer], mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas [o de hacer] que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público”⁷⁵⁶.

753 Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian. *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. México: Edit. Fontamara, 2003, p. 55.

754 Abramovich, Añón y Courtis. Op. cit., pp. 55 y 56.

755 Baldasarre. Op. cit., pp. 34 y 37.

756 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Edit. Trotta, 2002, p. 21

En tratándose de estos derechos otros autores apoyan esta postura doctrinal al estimar que,

“(…) corresponde al Estado una *obligación de hacer*, dado que tales derechos tienen que realizarse a través o por medio del Estado. En este ámbito, el Estado debe actuar como promotor y protector del bienestar económico y social, en otras palabras, tiene que convertirse en garante del bienestar de todas las personas dependientes de su jurisdicción, para que éstas desarrollen sus facultades al máximo, individual y colectivamente”⁷⁵⁷.

Para GROS ESPIELL estos derechos “suponen la consideración de las necesidades económicas, sociales y culturales de los individuos e implican una actitud positiva del Estado para realizar las acciones dirigidas a satisfacer esas necesidades”⁷⁵⁸. En otros términos:

“(…) el Estado tiene, esencial, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer: la obligación de brindar los medios materiales para que los servicios de asistencia económica, social, sanitaria, cultural, etc., provean los elementos y medios necesarios de satisfacerlos. Son derechos, en cuanto a las personas humanas –de acuerdo con lo que establezca el Derecho aplicable–, que implican la aptitud de demandar que el Estado respete esos derechos brindando los medios necesarios para ello. Pero no pueden suponer –con carácter general– la facultad directa e inmediata de exigir al Estado, concreta y específicamente, la prestación que está en la esencia del reconocimiento del Derecho. La obligación del Estado radica en el imperativo deber de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas y financieras, los recursos necesarios para la satisfacción de esos derechos económicos, sociales y culturales”⁷⁵⁹.

757 Fix-Zamudio y Valencia Carmona. Op. cit., p. 415.

758 Gross Espiell. Op. cit., p. 10.

759 Gross Espiell. “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Instrumentos Internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia”. En: *Estudios Sobre Derechos Humanos*. Op. cit., p. 331.

En sentido contrario, MEGÍAS QUIRÓS enumera las siguientes características de los derechos sociales en una posición de avanzada:

“Desde el punto de vista de su objetivo y finalidad, de acuerdo con todo lo dicho en el apartado anterior, los denominados derechos sociales, económicos y culturales representan una explicitación de las exigencias de la igualdad material en particular en lo relativo a la satisfacción de las necesidades básicas (...).

”Ahora bien, no todos los derechos sociales son derechos prestacionales. Alguno de los más característicos derechos sociales, como la libertad sindical y el derecho a la huelga, son, desde el punto de vista de su estructura, derechos de libertad en los que la obligación correlativa del Estado y de los terceros *no consiste en otorgar determinadas prestaciones positivas, sino un deber negativo de abstención, de no injerencia, de no intromisión*. Respecto de tales derechos, la obligación principal del Estado y de los terceros, aunque no la única, es la de no obstaculizar su ejercicio” ⁷⁶⁰ (resaltado fuera del texto).

En la misma dirección ANTONIO E. PÉREZ LUÑO sostiene que:

“Los derechos sociales tienen como principal objeto asegurar la participación en la vida política, económica y cultural y social de las *personas individuales*, así como de los *grupos* en los que se integran. GURVITCH los definió en fórmula que puede considerarse clásica, como «los derechos de participación de los grupos y de los individuos, derivados de su integración en colectividades y que garantizan el carácter democrático de éstas»”.

“Esta definición permite advertir los caracteres más salientes de los derechos sociales. Así, pueden entenderse tales derechos, en *sentido objetivo*, como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su

760 Magías Quirós. Op. cit., pp. 114-116.

función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que, en *sentido subjetivo*, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas por parte de los poderes públicos”⁷⁶¹.

Siguiendo la misma línea argumentativa consideramos que el Estado debería propender por la *igualdad material* ante la ley, a fin de garantizar la igualdad real de oportunidades de las personas de escasos recursos económicos al trabajo, a la educación, a la vivienda, a la salud, a la seguridad social, con el objeto de vivir dignamente, para ello “(...) se hace necesaria la igualdad *material* como consecución de una meta que se concreta en la realización de la igualdad de oportunidades”⁷⁶². La *igualdad de oportunidades* la precisa BOBBIO, en los siguientes términos:

“El principio de la igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales”⁷⁶³.

Esta corriente de la doctrina también hace especial referencia sobre la naturaleza de las obligaciones que surgen de los derechos sociales, económicos y culturales, y, consecuentemente, sobre su exigibilidad o justiciabilidad, mostrando una clara oposición a la postura conservadora:

“La estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado y los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones

761 Pérez Luño, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Edit. Tecnos, 1995, pp. 183 y 184.

762 Borja. Op. cit., p. 256.

763 Bobbio. *Igualdad y libertad*. Op. cit., p. 78.

positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos (...)

”El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos *exigibles* (resaltado fuera del texto).

”[Esto es, la] *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho (...)

”Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno [derecho subjetivo] no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida”⁷⁶⁴.

En otras palabras, hablar de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exigibles y justiciables acarrea su reconocimiento como derechos subjetivos, en tal sentido, nos apoyamos en la postura clásica de Kelsen, según la cual:

“Tal derecho en el sentido subjetivo sólo existe cuando en el caso de una falta de cumplimiento de la obligación, la sanción que el órgano de aplicación jurídica –especialmente un tribunal– tiene que dictar sólo puede darse por mandato del sujeto cuyos intereses fueron violados por la falta de cumplimiento de la obligación (...).

“Tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico otorgado por el derecho objetivo, es decir, tener

764 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Edit. Trotta, 2000, pp. 24, 25 y 37.

el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja”⁷⁶⁵.

Otros tratadistas de avanzada los denominan *derechos sociales fundamentales* con adscripción a los derechos subjetivos. En efecto, “los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia”⁷⁶⁶.

Su caracterización de fundamentales, en nuestro concepto, radica en que son derechos humanos que sitúan a la persona humana en condiciones de igualdad *material* frente al Estado, con el objeto de ésta, en su condición de titular, pueda reclamar de la autoridad pública (principalmente los jueces) el deber de protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. Con el reconocimiento de estos derechos se establecen unas barreras verticales entre las clases menos favorecidas económicamente (clase trabajadora) y los grupos que detentan el poder económico (empresarios e industriales burgueses) con el fin de que se respete la dignidad de la persona humana.

En síntesis, coincidimos con RODOLFO ARANGO en calificar a los derechos sociales como fundamentales y subjetivos; por lo tanto, estos derechos humanos son *exigibles* del Estado y, por ende, deberían ser *justiciables*, pero ello dependerá de la formación humanística y democrática de los jueces, para lo cual éstos deberán dictar sentencias estableciendo obligaciones a cargo del Estado garantizado el ejercicio de los derechos sociales.

Finalmente, los derechos sociales debieran además caracterizarse por la creación normativa (derecho objetivo) de *obligaciones positivas* a cargo del Estado que sean exigibles, bajo la técnica de los derechos subjetivos.

765 Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Editorial Trillas, México, 1994, pp. 142-143.

766 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Edit. Legis, Bogotá, 2005, p. 37.

1.8.3 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

“En los derechos de la segunda generación, el sujeto titular será la *persona situada* en los contextos en que operen los grupos o entes comunitarios en los que se desarrolla su existencia como ser social y en función del logro de intereses que rebasan la mera individualidad para proyectarse también hacia metas sociales y colectivas”.⁷⁶⁷

En nuestro concepto, los titulares de los derechos sociales son las personas –los trabajadores–, y en algunos casos los grupos de personas, como, por ejemplo, un sindicato; todo depende del derecho humano de que se trate. En principio, las personas podrán ser titulares de los derechos económicos y culturales. En otras palabras, se trata del sujeto activo en la relación jurídica.

En tratándose de los derechos sociales, el sujeto pasivo podrá ser el Estado y los particulares, por cuanto en materia laboral son los grandes empleadores, siendo el Estado el gran garante para todos los efectos de los derechos sociales, económicos y culturales.

Sin embargo, la determinación del sujeto pasivo no deja de ofrecer algunos problemas, sostiene IGNACIO ARA PINILLA.

“En este punto no han faltado opiniones que han insistido en la ausencia de determinación del sujeto pasivo de los derechos sociales. Frente a esta opinión, entiendo que debe ser ratificada la consideración de que los derechos sociales, al igual que sucede en el caso de los derechos humanos de primera generación, tienen un sujeto pasivo concreto que viene representado (...) por el resto de los individuos que componen la comunidad política que, en este caso, se presentan ocasionalmente integrados en, y actúan a través de, un ente artificial que es el Estado”⁷⁶⁸.

767 Pérez Luño. *La tercera generación de los derechos*. Op. cit., p. 233.

768 Ara Pinilla. Op. cit., pp. 105 y 106.

No obstante, lo anterior, consideramos que el Estado es “el obligado primario para posibilitar la realización de los derechos sociales fundamentales. Esto significa que los derechos sociales humanos en la práctica deben ser transformados en derechos sociales fundamentales para poder realizarse”⁷⁶⁹, si nos estamos refiriendo al Estado de derecho, democrático y social.

1.8.4 ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES?

Estos derechos son los siguientes: derecho al trabajo, derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo, derechos sindicales (a organizar sindicatos, a la huelga, derecho a la negociación colectiva), derecho a la seguridad social, derecho a la salud, derecho a la alimentación, derecho a la educación, derecho a la calidad de vida, derecho a los beneficios de la cultura, el arte y la ciencia, derecho a la orientación y a la formación profesionales, derecho a la constitución y protección de la familia, derecho a la protección especial de las madres trabajadoras y los menores trabajadores, el derecho a la protección especial de los ancianos, de los minusválidos y de los trabajadores extranjeros.

Para finalizar este capítulo, decimos que la impronta de la Revolución Industrial del siglo XIX fue la **fraternidad**.

El constitucionalista alemán PETER HABERLE, resaltando el aporte del valor de la **fraternidad**, sostiene lo siguiente:

“El desarrollo futuro del tipo *Estado constitucional* habrá de ser siempre comparado de nuevo con la Declaración de Derechos del Hombre de 1789, considerándola actualizada en cuanto a la **fraternidad**”⁷⁷⁰ (negrillas fuera del texto).

¡Proletarios de todos los países uníos!

769 Arango. Op. cit., p. 91.

770 Haberle. Op. cit., p. 94.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

Fraternidad. “Pues bien, esto es lo que Yahweh decía a sus profetas: Tomen decisiones justas, actúen con sinceridad, sean compasivos con sus hermanos. No opriman a la viuda ni al huérfano, al extranjero ni al pobre; no anden pensando cómo hacerle el mal al otro”

(Zacarías 7: 9 -10).



“No se les llama así sólo por ser los más recientes en su reconocimiento y proclamación, sino porque, de alguna manera, han incorporado aspectos nuevos a la misma concepción de todos los derechos humanos”⁷⁷¹.

¿Cuál es el contexto *económico, social, político, cultural y religioso* en que se están formando los derechos humanos de tercera generación? Se denomina “Revolución Tecnológica”, o la tercera revolución industrial o revolución del conocimiento, según LUIS T. DÍAZ MÜLLER, quien considera que esta revolución:

“(…) camina al mismo tiempo que el proceso de la globalización abriendo las puertas a las nuevas tecnologías como tema principal del desarrollo global. Con la caída del Muro de

771 García, Carmelo. *Los derechos humanos en la situación actual del mundo*. Madrid: PPC, Editorial y Distribuidora S.A., 1999, p. 144.

Berlín, se inició la fase actual del proceso de la globalización (1989-1990 en adelante)”⁷⁷².

1. REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

Cronológicamente la tercera generación de derechos emerge en la segunda mitad del siglo XX, aproximadamente en la parte final de la década de los años 60; fluye y se desenvuelve en las tormentosas aguas de la *Revolución Tecnológica*, irradiada por fenómenos de la economía, el *Neoliberalismo* y la *Globalización* –que explicaremos brevemente conscientes de su profundidad y complejidad– que inciden en la transformación política, social y cultural del orbe y la humanidad, por cuanto aumentan “el crecimiento de la desigualdad tanto en los países ricos como pobres”⁷⁷³, produciendo consecuencias transnacionales que limitan ilegítimamente además el ejercicio y goce de los derechos humanos de primera y segunda generación.

Previamente al desarrollo del tema, y a manera de introducción, citaremos a IGNACIO RAMONET, a fin de hacer un paralelo entre la *Revolución Industrial* (siglo XIX) y la *Revolución Tecnológica* (siglos XX y XXI):

“De la misma forma que la Revolución Industrial había permitido el reemplazo del músculo por la máquina, la actual Revolución Informática apunta al reemplazo del cerebro (al menos de un número cada vez más importante de sus funciones) por la computadora. Esta «cerebralización general» de los medios de producción (lo mismo en la industria que en los servicios) es acelerada por la explosión de nuevas investigaciones en las telecomunicaciones y por la proliferación de los cybermundos”⁷⁷⁴.

772 Díaz Müller, Luis T. *El derecho al desarrollo y al nuevo orden mundial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 55.

773 Fox, Jeremy. *Chomsky y la globalización*. Barcelona: Edit. Gedisa, 2001, p. 26.

774 Ramonet, Ignacio. *La planète des désordres en Géopolitique du Chaos*. Manière de Voir 3. Le Monde Diplomatique (LMD), abril, 1997, p. 26.

Los nuevos descubrimientos e invenciones llamada “*tecnología moderna*” han contribuido al desenvolvimiento e impulso de la *Revolución Tecnológica* (la informática), en las postrimerías del siglo XX y en los albores del siglo XXI, como, por ejemplo, la computadora, la internet, el fax, el teléfono celular, los *Personal Communications Systems* (PCS), la fibra óptica, los robots, los semiconductores, el satélite, los cables, etc. Los aportes tecnológicos unieron “al mundo electrónicamente en forma de redes mundiales de ordenadores y dispositivos de comunicación, y permitían que el comercio y la especulación mundiales fueran más rápidos y sencillos de llevar a cabo”⁷⁷⁵, modernizando así las transferencias electrónicas del dinero, etc.; en otras palabras, es el nuevo mundo de las telecomunicaciones al servicio del capitalismo financiero.

La informática al servicio de las telecomunicaciones produjo un fenómeno que los expertos denominan la “*revolución de la información*”, consistente en una nueva capacidad de procesar y transmitir la información a tan bajo costo y alta velocidad que las barreras geográficas y temporales a las operaciones mundiales perdieron gran parte de su relevancia anterior”⁷⁷⁶.

Los aportes electrónicos redujeron las distancias planetarias abriendo la globalización de los mercados –las transacciones financieras–: las transmisiones de mensajes de un lado a otro del planeta, la proyección de la imagen televisada a cualquier lugar del mundo y desde cualquier parte, y a la hora que sea la comunicación por telefonía celular complementa la información (las cámaras de televisión registran los hechos en el instante en que suceden; transmiten desde el lugar en que se desarrolla un conflicto armado); todo apropiado para un nuevo orden mundial que girará alrededor del *Neoliberalismo* y la *Globalización*.

775 Chomsky, Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., p. 28.

776 Hewitt de Alcántara, Cynthia y Minujin, Alberto. *Globalización y Derechos Humanos*. (Prólogo). Bogotá: UNICEF y Santillana, 1999, p. 17.

“CHOMSKY utiliza frecuentemente el término *neoliberalismo*. Se emplea, especialmente en Estados Unidos, para indicar las creencias teóricas que conforman la base de la globalización económica”⁷⁷⁷.

La nueva tecnología facilitará la masificación y “el crecimiento de la propaganda empresarial para socavar la democracia (...) es el control de la verdad por parte de las grandes empresas”⁷⁷⁸, con el objeto de controlar la opinión pública. Por ello, nos ocuparemos de la erosión de la democracia y de la soberanía.

La Revolución Tecnológica removi6 la vida social local, “porque las relaciones y actividades sociales ya no se detienen a «orillas del río», las fronteras territoriales resultan cada vez más insignificantes”⁷⁷⁹.

1.1 EL NEOLIBERALISMO

PERRY ANDERSON comenta que el *neoliberalismo* nació después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, en pleno apogeo del capitalismo desarrollado por medio de las empresas multinacionales y corporaciones transnacionales.

“Fue una reacción teórica y política vehemente contra el Estado intervencionista y de bienestar. Su texto de origen es *Camino a la servidumbre*, de FRIEDRICH HAYEK, escrito ya en 1944 (...). Su propósito era (...) preparar las bases de otro tipo de capitalismo, duro y libre de reglas, para el futuro”⁷⁸⁰.

777 Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., p. 49.

778 Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., p. 33.

779 Held, David. *La democracia y el orden global*. Barcelona: Edit. Paidós, 1997, p. 153.

780 Anderson, Perry. “El despliegue del neoliberalismo y sus lecciones para la izquierda”. Tomado de: Sader, Emir y Gentili, Pablo (Comp.). *La trama del neoliberalismo. Mercado, crisis y exclusión social*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1997, citado por Vega Cantor, Renán. *Neoliberalismo: Mito y realidad*. Bogotá: Ediciones Pensamiento Crítico, 1990, pp. 15 y 16.

Afirma ANDERSON que el capitalismo tuvo su “edad de oro” durante las décadas de los cincuenta y sesenta –en el contexto de la guerra fría–, pero en 1973 entró en crisis el modelo económico, por una larga y profunda recesión, bajas tasas de crecimiento con altas tasas de inflación.

“Las raíces de la crisis (...) estaban localizadas en el poder excesivo y nefasto de los sindicatos y, de manera general, del movimiento obrero, que había socavado las bases de la acumulación privada con sus presiones reivindicadas sobre los salarios y con su presión parasitaria para que el Estado aumentase cada vez más los gastos sociales (...). El remedio, entonces, era claro: mantener un Estado fuerte, sí, en su capacidad de romper el poder de los sindicatos y en el control del dinero, pero parco en todos los gastos sociales y en las intervenciones económicas. La estabilidad monetaria debería ser la meta suprema de cualquier gobierno”⁷⁸¹.

Margaret Thatcher y Ronald Reagan, en la década de 1980, impulsaron el neoliberalismo con las siguientes directrices: “Reducción de impuestos, desregulación, liberalización de los mercados, reducción del papel del Gobierno en la economía, monetarismo y privatización”⁷⁸².

Las nuevas aspiraciones condujeron, según CHOMSKY,

“(...) a seguir un formato estándar llamado el «Consenso de Washington»: liberalizar el comercio y las fronteras, dejar que los mercados determinen el precio (establecer correctamente el precio) acabar con la inflación (estabilidad macroeconómica), privatizar. El Gobierno no debería interferir en nada”⁷⁸³.

¿Quién direcciona la economía estatal?

781 Anderson. Op. cit., pp. 16, 17 y 18.

782 Cita de Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., p. 66.

783 Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., p. 54.

1.1.1 LOS BANCOS GLOBALES Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES “INTERVIENEN” ECONÓMICAMENTE LA “INTERVENCIÓN” DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA NACIONAL

Se trata de volver a una novedosa fase de reactivación económica del libre comercio —a los principios clásicos liberales del *laissez faire* y *laissez passer*: la libertad de las fuerzas económicas—, con el objeto de reabrir las compuertas de las fronteras estatales, estimulando la inversión extranjera y el ingreso de divisas, bajo el imperio de unas nuevas leyes del mercado global inspiradas internacionalmente. Como consecuencia de este fenómeno económico el mercado global subyuga al Estado *nacional* y con ello erosiona la “soberanía” convirtiéndose en una “coladera” estatal porque —entre otros aspectos del fenómeno—, la dirección de la economía la asumen los bancos globales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio, etc.) y las empresas transnacionales (Ford, Coca-Cola, Marlboro, Nike, etc.⁷⁸⁴): soberanía residual, según ULRICH BECK.

En otras palabras, se debilita *la intervención del Estado en la economía*, entendida como la regulación económica de la producción, distribución y consumo de bienes y mercancías, y fijación de precios *dentro* del Estado nacional, es decir, se sustituye el liberalismo económico por el neoliberalismo —caracterizado por la producción transnacional—, golpeando certeramente los derechos sociales, económicos y culturales, y el modelo de organización político-jurídica: el Estado bienestar:

“Según la teoría neoliberal, para que el capitalismo funcione mejor debe excluirse la intervención del Estado (mediante impuestos y controles). Los mercados deberían desregularse, «liberalizarse» y dejar que encuentren su propia lógica de funcionamiento. Los impuestos y todo tipo de control gubernamental son una intromisión en el libre comercio”⁷⁸⁵.

784 Chomsky denomina a esta alianza “gobierno mundial *de facto*”.

785 Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., p. 36.

En conclusión, la “*intervención*” del Estado en la economía nacional es intervenida económicamente por los bancos globales y las empresas transnacionales, es decir que las competencias de las autoridades nacionales se ven limitadas por la “autoridad” de los bancos y las empresas porque, como lo expresa DAVID HELD,

“(...) las medidas económicas de un Estado deben ser compatibles con los movimientos de capital regionales y globales, a menos que el Gobierno Nacional quiera arriesgarse a sufrir graves desbarajustes entre sus objetivos y los flujos de la economía internacional”⁷⁸⁶.

1.1.2 LAS PRIVATIZACIONES DE LAS EMPRESAS ESTATALES Y LA AGONÍA DE LAS CONQUISTAS LABORALES

Forma parte de la inyección neoliberal un componente curativo: la política de la reducción del tamaño del Estado –llamada estratégicamente “modernización del Estado”: reformas a las Constituciones Políticas y una legislación que se ajuste a los intereses económicos transnacionales–, mediante las *privatizaciones* de los bienes, industrias (termoeléctricas) estatales y servicios públicos como la salud, educación, cultura, transporte, vivienda, recreación, agua, electricidad, gas, aseo, etc., reduciendo así el gasto presupuestal estatal. En efecto, el Estado nacional “soberano” vende sus bienes y servicios a bajos precios a empresas multinacionales o capitalistas privados nacionales (en la mayoría de los casos en alianza), so pretexto de que la administración pública es deficiente, mediocre y paquidérmica, todo para “mejorar” la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad, gracias a la eficiencia de la empresa privada, lo que indefectiblemente provoca el despido masivo de servidores públicos con indemnizaciones irrisorias. Todo parece marchar bien, pero la nueva medicina no logra combatir el “cáncer

786 Held. Op. cit., p. 164.

estatal”: la corrupción política anidada en el narcotráfico⁷⁸⁷, porque la inyección neoliberal produce el efecto contrario: mantener una clase política corrupta al servicio del poder transnacional que progresivamente elimina el poder estatal, mientras sepulta los trabajadores, erradicando así la pobreza. Veamos. Reforma administrativa del Estado que se materializa con disolución y liquidación de empresas estatales, supresión de cargos, empleos, reducción de planta de personal, etc., cumpliendo así con las órdenes del nuevo patrono transnacional: dejar a los trabajadores (sin trabajo) y a sus hijos (sin educación, cultura, salud, recreación) como personal cesante con lo único que posiblemente posee: una vivienda financiada por el “capital salvaje”, o “capitalismo depredador”, como lo denomina CHOMSKY. La “modernización del Estado” comprende además la desarticulación de las organizaciones sindicales “legalmente” constituidas, porque la carga prestacional frena el desarrollo industrial, la prosperidad económica y el aumento de capitales; por lo tanto, debe acabarse el *Estado de bienestar*, es un estorbo para el desarrollo global del nuevo modelo económico.

¿Será que los derechos *sociales, económicos y culturales* dejarán de ser una obligación “de hacer” a cargo del Estado para ser asumida por los nuevos dueños de las industrias y los servicios privatizados, protegiendo los trabajadores? No, porque la privatización exige el reemplazo de la mano de obra burocratizada (e improductiva) por nueva fuerza de trabajo tecnificada, lo que justifica el despido laboral, a fin de facilitar una nueva contratación con personal cesante que no tiene otra opción que aceptar bajos salarios y limitadas prestaciones sociales –gracias al patrocinio de una legislación regresiva, fruto de la creatividad de la clase política “nacionalista”–; a esta estrategia la denominan “políticas económicas de generación de

787 La corrupción es una severa amenaza al desarrollo sustentable de los pueblos, según la Conferencia de Johannesburgo (Sudáfrica), 2002. En la mayoría de los Estados en vía de desarrollo un sector de la clase política (en “buena” parte financiada electoralmente por las transnacionales) es la patrocinadora de la hemorragia fiscal y la gran consumidora del presupuesto estatal para su propio sostenimiento. La preocupación internacional concientizó a los Estados a celebrar la *Convención Interamericana contra la corrupción* (2000).

empleo” (el pleno empleo). Los demás trabajadores sin empleo y sin propiedad emigran a países desarrollados seducidos por el sueño americano (dólares) o europeo (euros); es la llamada “transnacionalización de los trabajadores” o “exportar puestos de trabajo”. Los trabajadores sedentarizados serán cada día más pobres, pero encontrarán alivio en algunas iglesias “divulgadoras” del mensaje evangélico que exportan los países ricos para los países pobres, tras la erosión de la autoridad de la Iglesia Católica occidental: –estrategias *transculturales*–, que reviven el anhelo medieval de “la dicha en el más allá”.

1.1.3 EL NUEVO ORDEN MUNDIAL UNIPOLAR

La caída –en los años 90– del socialismo autoritario y burocratizado en la Unión Soviética y en los Estados socialistas de Europa oriental –“régimen carcomidos por la corrupción política”–, simbolizada con la destrucción del muro de Berlín que significó la terminación de la guerra fría, contribuyó a que “gran parte de su riqueza [fuera] absorbida por los intereses comerciales de Occidente”⁷⁸⁸ y, por ende, a la expansión global del capitalismo y a la creación de un *nuevo orden mundial unipolar, bélico y hegemónico*⁷⁸⁹ (el predominio económico-político norteamericano) y, por consiguiente, al afianzamiento y prosperidad del neoliberalismo, entre otras circunstancias, porque significó la consolidación del capitalismo financiero en cabeza del capitalismo global, ante la ausencia de nuevas alternativas económicas que garantizaran la *igualdad social* que en el pasado lograron las revoluciones socialistas neutralizando al capitalismo, reconociendo los derechos del pueblo trabajador y explotado. Con el neoliberalismo predomina el llamado “capitalismo salvaje” generador de la desigualdad y la discriminación sociales, lo que significa la constatación de la tesis de los ideólogos del capitalismo: “el triunfo absoluto del

788 Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., p. 28.

789 Según denominación de Díaz Müller, Luis T. “Globalización y derechos humanos”. En: *Globalización de derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 39.

mercado prácticamente a nivel mundial, la imposibilidad de cualquier otra política que no emanara del pensamiento único neoliberal y la instauración de un *nuevo orden internacional*⁷⁹⁰.

1.1.4 EL MENSAJE PASTORAL CRISTIANO

Para que lo anteriormente expuesto no deje la sensación de análisis marxista trasnochado, acudimos a la intervención del Papa Juan Pablo II en Cuba que, en enero de 1998, entre otros aspectos, expresó lo siguiente con la elocuente claridad que lo caracterizó:

“(...) resurge en varios lugares una forma de neoliberalismo capitalista que subordina la persona humana y condiciona el desarrollo de los pueblos a las fuerzas ciegas del mercado, gravando desde sus centros de poder a los países menos favorecidos con cargas insoportables. Así, en ocasiones, se imponen a las naciones, como condiciones para recibir nuevas ayudas, programas económicos insostenibles. De este modo se asiste en el concierto de las naciones al enriquecimiento exagerado de unos pocos a costa del empobrecimiento creciente de muchos (...); para muchos de los sistemas políticos y económicos hoy vigentes el mayor desafío sigue siendo conjugar *libertad y justicia social, libertad y solidaridad*, sin que ninguna quede relegada a un plano inferior” (resaltado fuera del texto).

Es la Iglesia Católica —por medio de su máximo vocero, el Papa JUAN PABLO II—, la que denuncia semejante y profunda desigualdad social en el mundo globalizado, en un país pobre del Caribe con gobierno de tendencia socialista: Cuba; denuncia que reiteró el PAPA FRANCISCO en reciente visita al país caribeño y a los Estados Unidos de Norte América.

790 Moreno, Isidoro. “Mundialización, globalización y nacionalismo: la quiebra del modelo de Estado-Nación”. En: Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (Comp.). *Estado Constitucional y globalización*. México: Edit. Porrúa, UNAM, 2001, p. 67.

Bajo la iluminación papal continuamos explicando las bondades de la Revolución Tecnológica.

1.2 LA GLOBALIZACIÓN

“La literatura acerca de la globalización es casi tan confusa como los procesos que busca interpretar”⁷⁹¹.

En la época del final de la década de los años sesenta del siglo XX,

“(…) el profesor de la universidad de Toronto, MARSHALL McLUHAN, acuñó la expresión «aldea global» para denotar el acercamiento que se estaba produciendo entre los pueblos a raíz de las grandes transformaciones tecnológicas y comunicacionales que estaban poniendo en interacción directa a los individuos y sociedades de diferentes latitudes y que estaba conformando la comunidad mundial”⁷⁹².

“**Globalización.** Neologismo aún no aceptado por el diccionario castellano (derivado del inglés *globalisation*) con el cual se designa la internacionalización e *interdependencia* de las economías nacionales en el marco de un planeta que tiende a ser una sola unidad económica y un solo gran mercado financiero, monetario, bursátil y comercial que funciona las 24 horas del día”⁷⁹³.

“Globalización significa que todos dependemos unos de otros. Las distancias importan poco ahora. El proceso de globalización significa que esa red de dependencias llega a los más remotos recovecos del planeta, pero poco más (por lo menos hasta ahora)”⁷⁹⁴.

791 Twining, William. *Derecho y globalización*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2003, p. 119.

792 Citado por Fazio Vengoa, Hugo. “La globalización: entre los imaginarios y la realidad”. En: Fabio López de la Roche (Ed.). *Globalización, incertidumbres y posibilidades*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1999, p. 4.

793 Borja. Op. cit., p. 468.

794 Bauman, Zygmunt. “El desafío ético de la globalización”. En: *Pánico en la globalización*. Bogotá: Fica, 2002, pp. 46 y 49.

Según JOSEPH E. STIGLITZ —premio nobel de economía en 2001—, la *globalización*,

“(…) es la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costos de transporte y comunicación, y el dismantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras. (...). La globalización es enérgicamente impulsada por corporaciones internacionales que no sólo mueven el capital y los bienes a través de las fronteras sino también la tecnología”⁷⁹⁵.

Por su parte, ULRICH BECK considera que

“(…) la *globalización* significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales (...); el concepto de globalización se puede describir como un *proceso* (antiguamente se habría dicho: como una dialéctica) que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas —«un poco de esto, otro poco de eso, tal es la manera como las novedades llegan al mundo»⁷⁹⁶.

Este sistema moderno de la economía —la *globalización*— ha contribuido a erosionar la soberanía del Estado *nacional*, con el establecimiento de un “mercado moderno” *sin fronteras*, por la sencilla razón de que los *mercados financieros globalizados* impusieron sus reglas —es decir, “*sus condiciones*”— en todo el planeta tierra. La “*condicionalidad*” son los requisitos que los prestamistas internacionales imponían a países subdesarrollados en precaria situación económica a cambio de su cooperación⁷⁹⁷, como por

795 Stiglitz, Joseph E. *El malestar en la globalización*. Bogotá: Editorial Nomos, 2002, p. 34.

796 Beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización?, falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998, pp. 29 y 30.

797 Cfr. Stiglitz. Op. cit., p. 35.

ejemplo, limitaciones a la política interior gubernamental, imposición de condiciones para reformar la Constitución, adaptación de la legislación laboral, congelación de pensiones, reforma tributaria, diseño del presupuesto de renta y gastos, etc. En otros términos, se transfiere el poder (de decisión) del Estado nacional al poder económico transnacional:

“(...) países de la Europa occidental, más Canadá, Japón y Estados Unidos, incluida Gran Bretaña, han delegado la responsabilidad de fijar los tipos de interés nacional a sus bancos europeos, abandonando así los controles nacionales del capital y eliminando las barreras formales entre los mercados internos e internacionales”⁷⁹⁸.

En efecto, Estado nacional

“(...) se limita a la administración de un *poder formal* que le es delegado por una instancia superior detentadora del *poder real*, con el único fin de que sirva de instrumento para la implementación de políticas diseñadas *en otra instancia y en otro lugar*, que responde a intereses muy puntuales”⁷⁹⁹.

Este es el nuevo orden mundial excluyente de los trabajadores y violador del derecho al *trabajo*, siendo el obrero sustituido por los inventos tecnológicos que lo desplazan, pero él no destruirá los inventos electrónicos (la computadora, etc.), tal como lo hiciera el obrero con la máquina (el telar mecánico), en el siglo XIX; y si no es desplazado es despedido. En este orden de ideas, “el capitalismo destruye el trabajo” porque se violan los derechos humanos de **libertad e igualdad** y se arrasa con el valor político-jurídico **fraternidad**. Y se trata de violaciones cuyos efectos se extienden en el tiempo: ¿hasta cuándo? Globalización continúa, continúa la pobreza, porque como dice BECK “los nuevos ricos ya no «necesitan» a los nuevos pobres”.

798 Held. *Global Transformations*. Sin datos editoriales, 1999, p. 216.

799 Salbuchi, Adrian. *El cerebro del mundo. La cara oculta de la globalización*. Bogotá: Edit. Solar, 2004, p. 48.

Con razón el Papa JUAN PABLO II en la Encíclica *Laborem Exercens* expone la problemática en los siguientes términos:

“A escala mundial, el desarrollo de la civilización y de las comunicaciones ha hecho posible un diagnóstico más completo de las condiciones de vida y del trabajo del hombre en toda la tierra, y también ha manifestado otras formas de injusticia mucho más vastas de la que, en el siglo pasado⁸⁰⁰, fueron un estímulo a la unión de los hombres del trabajo para una solidaridad particular en el mundo obrero”⁸⁰¹.

Las multinacionales del mercado financiero “*invierten*” cuantiosos recursos económicos en países pobres con débiles gobernantes comprometidos a impulsar una legislación “flexible” —sin trabas laborales, tributarias, fiscales, ambientales y ecológicas— (“eliminación de las trabas a la inversión”⁸⁰²), que permitirá construir industrias, fábricas, embotelladoras y ensambladoras, porque el subdesarrollo ofrece una población obrera flotante, dispuesta a vender su fuerza de trabajo por bajos salarios, y los bienes y mercancías producidos (en el tercer mundo), se exportan exentos de aranceles aduaneros, con destino a los mercados del planeta para ser vendidos a altos precios (en el primer mundo). El argumento de los pulpos transnacionales es “abrir nuevas fuentes de trabajo y empleo para la clase obrera”, sofisma patrocinado por la clase política corrupta de Estados dependientes que ofrecen a las multinacionales estímulos e incentivos tributarios en detrimento de la pequeña y mediana industria nacional, como sucede en Indonesia, Pakistán, Corea, Tailandia y la mayoría de los países de Latinoamérica: “es cierto que el hombre está destinado y llamado al trabajo; pero, ante todo, el trabajo está «*en función del hombre*» y no el hombre «*en función del trabajo*»”⁸⁰³.

800 Se está refiriendo a los efectos de la *Revolución Industrial* del siglo XIX.

801 Juan Pablo II. Op. cit., p. 37.

802 Terminología de Ulrich Beck.

803 Juan Pablo II. Op. cit., p. 28.

El despido masivo laboral –obreros de la empresa privada y servidores públicos– carece de protección judicial efectiva, porque en algunos países en América los jueces de los tribunales constitucionales por temor, por compromisos o conveniencias políticas no declaran inconstitucionales esas leyes regresivas en materia laboral, y los jueces y tribunales de instancia, siguiendo el ejemplo de sus superiores las aplican, excluyendo los Convenios de la OIT que favorecen los intereses del trabajador, y los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos son ignorados. En síntesis, el agonizante poder (ejecutivo, legislativo, judicial) del Estado nacional se encuentra al servicio de las transnacionales:

“El reino del mercado, la interdependencia global, el predominio de la ciencia y la tecnología, y el neoliberalismo caracterizan a este tipo de globalización”⁸⁰⁴.

Lo importante no es el respeto a la dignidad de la persona humana del trabajador; sino el respeto a los grandes productores de capital que los gobiernos débiles se desviven por exaltar y condecorar; no importan las estadísticas de la mortalidad infantil, lo que amerita admiración son las cifras de la acumulación de riquezas. Lo ideal es el “hombre competitivo”, aquel que “únicamente busca aprovechar al máximo la riqueza y el poder, y que se somete a las relaciones del mercado, a la explotación y a la autoridad externa, antihumano e intolerable en el sentido más profundo de la palabra”⁸⁰⁵. Este es el nuevo prototipo de hombre triunfador.

Todo lo anterior pareciera justificarse, según ALBERT J. DUNLAP:

“La empresa pertenece a las personas que invierten en ella; no a sus empleados, sus proveedores ni la localidad donde está situada”⁸⁰⁶.

804 Díaz Müller. Op. cit., p. 55.

805 Chomsky, Noam. *Por razones de Estado*. Barcelona: Edit. Ariel, 1975, p. 67.

806 Bauman, Zygmunt. *La globalización, consecuencias humanas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 13.

“De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”⁸⁰⁷.

En conclusión,

“(...) la globalización está precedida por una revolución tecnológica que es, ante todo, una revolución comunicacional. Este formidable avance permite que cunda por el planeta un discurso único de características autoritarias antiliberales, que estimula un ejercicio del poder punitivo mucho más represivo y discriminatorio pero de orden mundial”⁸⁰⁸.

¿Cuáles son las causas de la aparición de los derechos de tercera generación? Entre otras: “la crisis ecológica, la revolución tecnológica, la reivindicación de la solidaridad como principio político-jurídico y la crisis del Estado bienestar y del sistema democrático-representativo”⁸⁰⁹. Veamos cómo es el panorama en un examen empírico de lo que viene sucediendo en países pobres en los que el Estado social democrático de derecho es débil, como, por ejemplo, en Latino América.

1.2.1 ¿SE HA EROSIONADO LA SOBERANÍA DEL ESTADO-NACIONAL?

“Si la soberanía es la capacidad legítima y no cuestionada de tomar las decisiones políticas y de sancionar el derecho dentro de una comunidad dada”⁸¹⁰. ¿Qué clase de Estado existe en el

807 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., pp. 28 y 29.

808 Zaffaroni. Op. cit., p. 51.

809 Rodríguez Palop, María Eugenia. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. 2ª ed. Madrid: Edit. Dykinson, 2010, pp. 32 y 33.

810 Held. Op. cit., p. 195.

mundo globalizado? ¿Queda algo del Estado nacional (soberano) y democrático? Son numerosos los enfoques ofrecidos por los autores para responder los interrogantes, pero advirtamos lo siguiente:

“A los gobiernos se les confían las capacidades del Estado en la medida en que mantengan el imperio de la ley”⁸¹¹.

“La globalización significa ante todo una cosa: *desnacionalización*, es decir, erosión, pero también posible transformación del Estado nacional en un Estado transnacional. (...) Por ello, muchos autores ven en el advenimiento de la era global el final del Estado nacional y, con él, de la democracia. (...) En efecto, los Estados transnacionales son en primer lugar *no-Estados nacionales*, y por tanto también *no Estados territoriales*”⁸¹².

Si está agonizando el Estado nacional, ¿qué sucederá con la soberanía?

“En la edad de la globalización, la alternativa es la siguiente: pérdida de soberanía nacional o colaboración transnacional”⁸¹³.

“Los controles y regulaciones nacionales verán muy limitada su efectividad si son incongruentes con las condiciones internacionales”⁸¹⁴.

Según IMER B. FLORES⁸¹⁵:

“(...) la consecuencia más directa es la pérdida de la capacidad de las economías nacionales para determinar unilateralmente su agenda. La razón es obvia: el Estado-nación ha dejado de ser el principal agente –y, con más

811 Held. Op. cit., p. 181.

812 Beck. Op. cit. pp. 34, 152, 154 y 156.

813 Beck. Op. cit., pp. 159, 188.

814 Hel. Op. cit., p. 164.

815 Flores, Imer B. “Notas sobre globalización (y derechos humanos)”. En: *Globalización y derechos humanos*. Op. cit., p. 52.

razón, el único—que actúa en esta era. Por ende, el concepto de *soberanía* como su principio aglutinador se encuentra, si no en peligro, como lo preconizaba RAYMOND VERNON⁸¹⁶, al menos en proceso de redefinición o, lo que es peor, de revisión restrictiva, como diría MARCOS KAPLAN⁸¹⁷.

Para JUAN PABLO CÓRDOBA ELÍAS,

“(...) el Estado-nación, la entidad soberana moderna, varía como categoría histórico-política con el fenómeno globalizador: el carácter y orientación de su arquitectura jurídica, social e institucional se modifica y se ejerce en un marco de plena expresión de los intereses de los grupos dominantes o de la mayoría de la población, ambos ejes reguladores de la toma de decisiones”⁸¹⁸.

Finalmente, LUIS T. DÍAZ MÜLLER, considera que:

“la crisis de la soberanía clásica era casi inevitable. El derecho a la globalización se transformó en un conjunto de interdependencias (política, económica, militar, tecnológica). Este conjunto de interdependencias llevó a la crisis de la soberanía:

”1) El concepto de soberanía entra en una tensión fundamental con el modelo de la globalización;

”2) La soberanía adquiere un carácter relacional y funcional al movimiento del sistema mundo globalizado (sic)”⁸¹⁹.

816 Véase Vernon, Raymond. *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*. Nueva York: Basic Books, 1971, p. 26.

817 Cfr. Kaplan, Marcos. “El sistema internacional: límites, paradojas y posibilidades”. En: Valdés Ugalde, José Luis y Valadés, Diego (Coords.). *Globalidad y conflicto. Estados Unidos y la crisis de septiembre*. México: UNAM, 2002, p. 167.

818 Córdoba Elías, Juan Pablo. “Reflexiones sobre la globalización y el Estado-nación”. En: *Globalización y derechos humanos*. Op. cit., p. 26.

819 Díaz Müller, Luis T. “Globalización y derechos humanos”. En: *Globalización de derechos humanos*. Op. cit., pp. 37 y 38.

En nuestro concepto, en el Estado nacional (también llamado Estado moderno, como se expresó en el primer capítulo), el poder político —en las Constituciones bajo la formulación de poder público: legislativo, ejecutivo y judicial— se ha debilitado progresivamente porque la legislación si no es impuesta por los Estados de alta tecnología, lo es por las grandes transnacionales y los bancos mundiales, de tal manera que el poder ha dejado de ser soberano; así mismo, el gobierno (poder ejecutivo) recibe órdenes del citado engranaje internacional para ser cumplidas en un maltrecho Estado con una soberanía que perdió su hegemonía nacional para convertirse en una *coladera* del capital internacional. En este orden de ideas, se afecta la democracia de los Estados del tercer mundo, lo que se vislumbra con facilidad en los Estados de América Latina. El poder judicial “tiene” que aplicar la legislación nacional pre-elaborada en el orden internacional desprotegiendo a los servidores del Estado y a los trabajadores particulares, que terminarán sin trabajo y sin seguridad social. De esta forma el poder público perdió la energía soberana del poder político; en consecuencia, ¿podríamos referirnos al Estado social, democrático de derecho, fruto de las revoluciones liberales burguesas y revoluciones sociales?

“Una soberanía electrónica, globalizante, sin fronteras nacionales parece crecer y amenazar la libertad. Más, al mismo tiempo, la tecnología puede ser el instrumento útil para ampliar la soberanía popular y hacerla, quizás, menos impotente”⁸²⁰.

En conclusión, ¿qué aporta la ideología neoliberal de la globalización? Pobreza. ¿Qué hacer? “Es difícil elevar la voz contra el poder mundial del mercado mundial”, concluye BECK.

¿Si se ha erosionado el Estado nacional (soberano), también lo sería el Estado social, democrático de derecho? ¿Subsistiría el Estado del bienestar? En primer lugar, resolvamos la siguiente pregunta:

820 Bergalli, Roberto y Resta, Eligio. *Soberanía: un principio que se derrumba*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996, p. 10.

1.2.2 ¿SE HA EROSIONADO LA DEMOCRACIA?

La idea de democracia se vincula con la idea de los derechos políticos, en su efectivo ejercicio ciudadano para la realización de aquella: “Los *derechos políticos* se refieren a aquellos tipos de derechos que crean la posibilidad de *participar* en el ejercicio del poder”⁸²¹.

En ejercicio de los derechos políticos, reconocidos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, los ciudadanos burgueses participan en el proceso de formación de la ley, personalmente (democracia directa) o por medio de sus representantes (democracia indirecta o representativa), como se explicó en el primer capítulo; formas de democracia imperantes en la primera parte del siglo XX, en que los Parlamentos o Congresos *representando* al pueblo, votaban las leyes consultando el bien común y el pueblo elegía a los gobernantes por la promesas económicas y laborales que les hacían. Por medio de las elecciones se establecía una relación política de representación entre gobernantes y gobernados.

En la segunda parte del siglo se ha demostrado que los proyectos de reformas constitucionales y de proyectos de leyes (reformas económicas, fiscales, presupuestales laborales, etc.) no tienen una origen democrático y representativo, porque son diseñados por el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, representando no a los pueblos sino al capitalismo salvaje, consultando el bien individualista; ahora la relación política-económica es entre gobernantes y los gerentes de la banca mundial; es una interconexión global asegurada con cadenas más que relaciones libres e iguales. ¿De cuál poder constituyente hablamos?, ¿Qué clase de democracia es ésta, en la que la participación política no es la de los ciudadanos en el ejercicio del poder, sino la participación del capital extranjero en las deprimentes economías nacionales, destruyendo la *representación nacional* y cercenando los principios democráticos? ¿Dónde quedaron las promesas populares? ¿La soberanía no

821 Held. Op. cit., p. 92.

reside en el pueblo!, sino en el pueblo reside o, mejor, resiste el peso del aplastante dinero globalizado y corruptor. La clase política elegida “popularmente” en algunos de los países de Latinoamérica representa los intereses de los Estados Unidos y otras potencias mundiales que financian con sus capitales las elecciones locales y los avezados políticos corruptos los invierten en la compra-venta de votos que han institucionalizado con sus acostumbradas prácticas, aprovechando la degradación de la pobreza de sus electores; ello sin contar con la nefasta intervención financiera del narcotráfico lavando dinero en las urnas; es la era de la compra de votos con el dinero plástico: las tarjetas de crédito, o con los dólares o euros ilícitos que atestan a los países pobres. En otras palabras, dos clases de capitales compran las “democracias” latinoamericanas: el capital “lícito” transnacional y el capital ilícito globalizado del narcotráfico, señalado como enemigo de los que acumulan riquezas “lícitas” en los bancos globalizados, reductos financieros en los que también se consignan los “ahorros” de algunos políticos y gobernantes, llamados paraísos fiscales; unos y otros dineros envilecen más a los pueblos asfixiados por el desempleo. ¿Esta intervención económica extranjera será “lícita”, porque fortalece nuestras democracias? Si es así, agradezcamos a los países consumidores del producto exportado por el narcotráfico, con la mirada complaciente o cómplice de no pocas autoridades en algunos de los países latinoamericanos. Al final de las transacciones económicas todos serán más ricos y los trabajadores cada día más pobres “democráticamente”, si es que tienen trabajo.

Si este es el destino de la democracia *representativa*, para qué hablamos de la democracia *participativa* (o democracia semidirecta), si la única participación efectiva es la de los capitales transnacionales que desmoronan las economías nacionales y debilitan la efectividad del ejercicio de los derechos sociales para acumular más riqueza, mientras se acumula más pobreza, “democráticamente”, con un poder constituyente dependiente del poder de las transnacionales.

En adelante no seremos ciudadanos sino *súbditos* del poder económico transnacional que dirige nuestra suerte “democrática”,

siendo los gobernantes nacionales dependientes de los que gobiernan el planeta, gracias a su poder de corrupción. En conclusión, “la internacionalización de la producción, las finanzas y otros recursos económicos erosiona inexorablemente la capacidad de un Estado individual para controlar su propio futuro democrático”⁸²².

Lo anterior lo resume magistralmente MIGUEL CARBONELL, en la siguiente forma: “Las empresas tienen hoy más poder que buena parte de los Estados-nación; cuentan con mayores recursos económicos y se pueden mover a una velocidad que no puede seguir ningún Estado”⁸²³.

Con el propósito de fortalecer la democracia y el ejercicio de los derechos políticos, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración del Milenio*, por medio de la Resolución del 13 de septiembre de 2000, mediante la cual entre sus valores enumera la *Libertad* estableciendo lo siguiente:

“(…) La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con gobiernos democráticos y participativos basados en la voluntad popular”. En el numeral V., bajo el título *Derechos humanos, democracia y buen gobierno*, dice lo siguiente:

“24. No escatimaremos esfuerzo algún por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidas, incluido el derecho al desarrollo.

“25. Decidimos, por tanto:

“(…)

“Aumentar en todos nuestros países la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia y del

822 Held. Op. cit., p. 166.

823 Carbonell, Miguel. “Los derechos en la era de la globalización”. En: *Estado constitucional y globalización*. Op. cit., p. 340.

respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las minorías.

“Trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios, en que puedan participar realmente todos los ciudadanos de nuestros países”.

Esperamos que los Estados Miembros de la ONU apliquen los valores y principios contenidos en la Declaración del Milenio para evitar que agonice el Estado del bienestar.

Acrescienta la crisis global otro “aporte” del capitalismo salvaje para continuar con el desmantelamiento del Estado que ya no es derecho, sino “contrahecho”.

1.2.3 NUEVA GESTIÓN PÚBLICA

“Los modos de gobierno neoliberales impulsan la transformación de la mentalidad burocrática en identidad empresarial: los empleados del Estado ya no se consideran funcionarios ni garantes de un «bien público» definido en términos cualitativos, sino participantes interesados y responsables del mercado, de quienes se exige que contribuyan a lograr que las adelgazadas «empresas» del Estado alcancen éxitos económicos.

“En los primeros años de la década de 1980, las burocracias estatales se vieron arrolladas a escala mundial por un novedoso modelo de administración pública conocido como «nueva gestión pública»”⁸²⁴.

Con esta deplorable desinstitucionalización del Estado (nueva gestión pública) en sus distintas variantes, agoniza en el cementerio global sepultado por el capitalismo depredador con la última conquista social que dejó la lucha obrera.

824 Manfred B., Steger y Ravi K., Roy. *Neoliberalismo, una breve introducción*. España: Alianza Editorial, 2011, p. 32.

1.2.4 EL ESTADO DEL BIENESTAR AGONIZANTE

Como se infiere de lo anteriormente expuesto, el neoliberalismo globalizado conlleva a la supresión de la fuerza humana laboral, auspiciada por una legislación impuesta por los Estados ricos a los Estados pobres, en respuesta al capitalismo salvaje de las transnacionales mundiales, desarticulando las organizaciones sindicales como estrategia para doblegar al obrero aislado e indefenso, dejándolo en un vacío social sin salud, educación, vivienda ni alimentación. Es un fenómeno económico que lentamente expone al Estado de bienestar en una agonía democrática que comienza a mediados de la década de los años setenta y se extiende hasta la presente, con la exclusión de los trabajadores al acceso democrático del poder político. ¿Cómo se reorganizarían laboralmente los “trabajadores” sin trabajo? Solo la *fraternidad* los uniría por el rescate y vigencia democrática de los derechos humanos, con la protección de las Cortes o Tribunales internacionales de derechos humanos que hagan efectivos los instrumentos internacionales que reconocen estos derechos, ya que los jueces “constitucionales” no hacen efectiva la aplicación inmediata de los derechos sociales fundamentales.

Iniciando el siglo XXI contribuye a la agonía del Estado de bienestar el nuevo modelo del “derecho de castigar” (*ius puniendi*), impuesto por las economías globalizadas a los Estados (“legisladores”) en general, y en especial a los Estados del tercer mundo, en los que la desgastada clase obrera, incluidos los intelectuales, pretenderán infructuosamente liberarse protestando del yugo transnacional, porque la nueva tipificación de delitos transnacionales el terrorismo no tendrá retorno y podría aplicársele erosionándose además el principio constitucional de *legalidad*. Se trata del *derecho penal del enemigo*.

1.2.5 IUS PUNIENDI GLOBALIZADO

Según LUIS T. DÍAZ MÜLLER, con los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas en Nueva York y al Pentágono en Washington ha surgido un nuevo orden

mundial, unipolar, hegemónico, basado en la doctrina de la “guerra preventiva” y el “eje del mal”⁸²⁵. En otras palabras, es la llamada “guerra global contra el terrorismo”, como una nueva forma de la globalidad política.

“La lucha contra el terrorismo pone también al descubierto el tema del «contraterrorismo» y del «terrorismo de Estado», lo cual a su vez trae a la mesa de discusión pública el tema de la «justiciabilidad» y de la «rendición de cuentas» por parte de los jefes de gobierno y de altos funcionarios, así como el de la «impunidad» y las «responsabilidades» de Estado frente a las víctimas, los ofendidos y el conjunto de la comunidad internacional”⁸²⁶.

Se ha pretendido sin éxito adoptar una legislación internacional que defina y sancione el delito de terrorismo, a fin de condicionar a los desmoronados Estados nacionales a expedir leyes penales, definiendo el nuevo tipo penal con unas penas desproporcionadas, con el objeto de juzgar a los “enemigos” de los intereses económicos transnacionales, so pretexto de proteger la seguridad y la paz transnacionales, mientras los crímenes de lesa humanidad siguen en la impunidad.

Al respecto, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, expresa lo siguiente:

“Una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad *robotizada* y, por ende, *despersonalizada*. Por supuesto, esta pesadilla por fortuna es y será falsa, porque la seguridad respecto de nuestra conducta futura —como se sabe— no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo”⁸²⁷.

825 Cfr. Díaz Müller. Op. cit., pp. 18 y 19.

826 González, Oscar. “Los derechos humanos en México en el marco de la globalización”. En: Díaz Müller (Comp.). *Globalización y derechos humanos*. México: UNAM, 2003, pp. 79 y 81.

827 Zaffaroni. Op. cit., p. 21.

Recapitulando la historia, podemos ir concluyendo que ayer los herejes y las brujas fueron los enemigos de la organización feudal matizada por el catolicismo; en la actualidad son los “terroristas” los enemigos de una organización económica globalizada que ha desorganizado el Estado democrático, social de derecho, desintegrándolo silenciosamente, con graves violaciones a los derechos humanos y gran dosis globalizada de impunidad.

¿Será que esta nueva legislación que estructura el derecho penal del enemigo sustituye el derecho internacional de los derechos humanos? La respuesta la tendrán los tribunales y cortes internacionales de derechos humanos, ante la debilidad institucional de algunos tribunales y cortes constitucionales de países que han sucumbido “soberanamente” ante el poder económico-político transnacional alimentado por la corrupción, habida consideración de que el *ius puniendi* se desplazó del legislador ordinario de los “Estados de derecho” hacia el poder económico transnacional, explotando el miedo colectivo ante los supuestos atentados terroristas que se proyectarían en el futuro, so pretexto de la seguridad global que sería el bien jurídico protegido, en el que subyace los intereses económicos transnacionales siendo lo que realmente se quiere proteger, sin importar las violaciones a los derechos humanos que se ejecuten contra pueblos indefensos estigmatizados como “enemigos” globales, así se cometan crímenes de lesa humanidad, que quedarían en la impunidad.

2. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

Consideraremos las características generales de los derechos humanos de tercera generación, y posteriormente estudiaremos las características específicas de cada uno de estos derechos, aclarando que se trata del reconocimiento de unos derechos en su fase de formación, por lo que en el escenario internacional

se han adoptado *Declaraciones*, sin que exista voluntad política de los Estados Miembros de la Naciones Unidas para celebrar y ratificar tratados internacionales y, por consiguiente, adquirir obligaciones internacionales de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, que sería el paso siguiente a la adopción de las Declaraciones internacionales, esto es, la codificación como tratados internacionales, por lo que presentaremos una somera y breve descripción expositiva.

Los derechos humanos de tercera generación tienen diversas denominaciones: derechos colectivos de la humanidad o derechos de las nuevas generaciones, o derechos de solidaridad⁸²⁸, o derechos de vocación comunitaria, derechos difusos, derechos de la sociedad tecnológica⁸²⁹.

“Quienes sustentan la existencia de esta tercera generación de derechos los denominan también **Derechos de Solidaridad**, pudiéndose realizar así una relación con el planteamiento de la Revolución Francesa de «libertad, igualdad y fraternidad», reservando el concepto de libertad para la primera, el de igualdad para la segunda y el de solidaridad (fraternidad) para la tercera generación de derechos”⁸³⁰.

“Con este punto de vista se abre la idea de la fraternidad, de solidaridad, que estará en la base de la cultura política y jurídica moderna, como substrato imprescindible de los derechos sociales”⁸³¹.

828 Denominación que se le atribuye a Karel Vasak (1977).

829 Rodríguez Palop, María Eugenia. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Op. cit., p. 43.

830 Ribera Neumann, Teodoro y Viguera Figueroa, Hernán. “Los Derechos de la Tercera Generación”. En: *Boletín Informativo*. Año XVII. N° 182. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Junio, 2001, p. 12.

831 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, p. 10.

“Se trata de los «derechos de la solidaridad» organizados alrededor de la fraternidad”⁸³². Consideramos que deben denominarse *derechos de la fraternidad*, por la sensibilidad social —ayuda y socorro mutuos entre los seres humanos del planeta— que conlleva a su reconocimiento, a respetar y a garantizar su libre y pleno ejercicio; plexo de derechos que conduce a que todos los seres humanos del mundo se comporten como verdaderos hermanos fraternales, a fin de defenderse del capitalismo salvaje y financiero; por eso:

“(…) son siempre necesarios *nuevos movimientos de solidaridad de los hombres del trabajo y de solidaridad con los hombres del trabajo*. Esta solidaridad debe estar siempre presente allí donde lo requiere la degradación social del sujeto del trabajo, la explotación de los trabajadores, y las crecientes zonas de miseria incluso de hambre”⁸³³.

Es por ello que:

“(…) la tercera generación de los derechos exige asegurar la coexistencia pacífica entre países, pueblos e individuos en los que la violencia, financiada o auto sostenida, deshilacha el tejido social hasta romperlo suprimiendo incluso los más elementales derechos humanos”⁸³⁴.

Otra caracterización general de estos derechos se relaciona con la identificación de:

“(…) los llamados intereses difusos, colectivos, transpersonales o supraindividuales.

”Esta terminología se emplea para designar a los sujetos a los que el derecho de la tercera generación está destinado

832 Rodríguez Palop. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Op. cit., p. 87.

833 Juan Pablo II. Op. cit., p. 39.

834 Ávila Ortiz, Raúl. “Derecho Electoral y Derechos Humanos de Tercera Generación en América Latina”. En: *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México: UNAM, 1999, p. 47.

a proteger, y aquí nos damos cuenta que no se trata de un individuo (Derechos Humanos de la Primera Generación). Tampoco se trata de una clase social (Derechos Humanos de la Segunda Generación); aquí, en la «Tercera Generación» se trata de un grupo humano. (...) Este grupo humano del que hablamos se compone de individuos con diversas características, de varios y distintos grupos sociales o clases; su composición es el total de la población de un lugar determinado; por ello, los destinatarios de los derechos de la tercera generación, tienen un «interés» *difuso*, debido a que tiende a difundirse en todo un grupo humano que puebla una región de la tierra; *colectivo*, porque afecta a toda una colectividad; *transpersonal* porque rebasa al interés personal; *supraindividual*, porque va más allá del interés individual”⁸³⁵.

“Una característica de los derechos de la tercera generación es el reconocimiento de su naturaleza histórica y su evolución progresiva, al unísono con la misma evolución de la conciencia de humanidad que los seres humanos van construyendo”⁸³⁶.

La generalidad en la caracterización de los derechos humanos de tercera generación conlleva a unas implicaciones en el ámbito de la titularidad de los mismos derechos.

3. TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y SUS IMPLICACIONES EN EL ÁMBITO DE SU TITULARIDAD

Bajo este título PÉREZ LUÑO hace las siguientes precisiones con el objeto de delimitar el ejercicio de la titularidad de los derechos humanos de tercera generación. Al respecto, expresa:

“La mutación opera sobre los presupuestos y objetivos que delimitan el ejercicio de esa titularidad. En los derechos

835 Herrera Ortiz. Op. cit., p. 11.

836 García. Op. cit., p. 115.

de la primera generación el sujeto titular de los derechos humanos aparece como la persona *aislada* en el ámbito de su estricto solipsismo y ensimismamiento, y para satisfacer unas necesidades, asimismo, individuales. En la segunda generación, el sujeto titular será la persona *situada* en los contextos en que operan los grupos o entes comunitarios en los que desarrolla su existencia como ser social y en función del logro de intereses que rebasan la mera individualidad para proyectarse también hacia metas sociales y colectivas. El sujeto titular de los derechos humanos de la tercera generación es ahora la persona *interconectada*, a redes planetarias de información y comunicación”⁸³⁷ (subrayado fuera del texto).

Al respecto, MEJÍAS QUIROS, expresa lo siguiente: “Los derechos de solidaridad comportan formas de titularidad colectivas, pues afectan a intereses *difusos* y/o a bienes que son patrimonio de todos, de modo que a *todos* compete el ejercicio de su defensa y de su tutela”⁸³⁸.

Se refuerza la argumentación:

“Ciertamente, a primera vista, parecería que el titular de los nuevos derechos ha de ser necesariamente una colectividad difusa e indeterminada, que bien podría estar organizada jurídicamente (una asociación, un municipio, un Estado, la comunidad internacional) en torno a ciertos intereses colectivos y a fin de lograr determinados objetivos (...).

”En efecto, la puesta en marcha de los derechos de [tercera] generación exige el esfuerzo combinado de la comunidad internacional, del Estado y de todos los seres humanos, precisamente porque se hallan encaminados a la defensa y protección de intereses colectivos, pero su titularidad se predica de sujetos individuales considerados en abstracto

837 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 233.

838 Mejías Quirós. *Manual de derechos humanos*. Op. cit., p. 123.

(como pudiera ser el caso del derecho a la paz) o situados (como ocurre con el derecho al desarrollo...)»⁸³⁹.

Con estas precisiones conceptuales viene una pregunta.

4. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN?

Siguiendo un sector mayoritario de la doctrina los derechos humanos de tercera generación reconocidos en instrumentos internacionales⁸⁴⁰ son: el *derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado*, el *derecho a la paz*, el *derecho al desarrollo* y el *derecho al patrimonio común de la humanidad*, que explicaremos con brevedad.

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO⁸⁴¹, agrega los siguientes: la libertad informática, las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho de los pueblos al desarrollo, el derecho al cambio de sexo, el derecho al aborto libre y gratuito.

“El valor que sustenta estos derechos es la *solidaridad*. La idea de solidaridad como medio para humanizar la sociedad deriva de la virtud cristiana de la fraternidad. La solidaridad se plantea desde una cultura de la colaboración deseable, dependiendo de las posibilidades de formación y voluntariedad personal. Además, la solidaridad promueve la interdependencia económica, cultural y política de toda la humanidad”⁸⁴².

No obstante, la nueva tendencia doctrinal citada, nos referiremos a los cuatro derechos que hemos anunciado con el

839 Rodríguez Palop. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Op. cit., pp. 161 y 175.

840 Rodríguez Palop, María Eugenia. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. 2ª ed. Madrid: Edit. Dykinson, 2010, p. 120.

841 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 33.

842 Ugarte Artal, Carolina. *Las Naciones Unidas y la educación en derechos humanos*. Pamplona (España): Editorial Eunsa, 2004, pp. 151 y 152.

fin, entre otras, de delimitar el tema. Además, sólo citaremos los primeros instrumentos internacionales que reconocen los citados los derechos humanos para establecer su *nacimiento* en la normatividad positiva y no su desarrollo normativo posterior, siguiendo la misma metodología que hemos empleado para los derechos humanos de primera y segunda generación. Así mismo no nos ocuparemos del debate doctrinal acerca de la naturaleza, estructura y formulación de los derechos humanos de tercera generación, sino tan sólo presentaremos descriptivamente la normativa internacional, a manera de información.

4.1 EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

La problemática que se desenvuelve en relación con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios provenientes de una voraz producción industrial altamente tecnificada y globalizada —el *desarrollo económico*—, generó en la mitad del siglo XX (finales de la década de los sesenta y comienzos de los setenta) un replanteamiento acerca de la desprotección de los recursos naturales renovables que por la deforestación, emisión de gases, uso indiscriminado de químicos y descarga de desechos tóxicos contribuyeron a la contaminación de las aguas, el aire y el suelo del globo terrestre, provocando así el deterioro de los ecosistemas más allá de las fronteras de los Estados, en detrimento de la comunidad internacional que se vio comprometida a dar respuesta acerca del papel del hombre como tal, frente a la explotación sistemática de tales recursos naturales. De ahí nacen las necesidades del hombre a disfrutar del paisaje, de respirar aire puro, beber agua saludable, explotar tierras fértiles para consumir sus frutos y alimentos no contaminados, como productos de la *madre tierra*, es decir, el derecho que tiene el ser humano, una colectividad o un pueblo a disfrutar de un “*ambiente sano y ecológicamente equilibrado*”.

“En este contexto de crisis ecológica, crisis de civilización y crisis de la modernidad, que parece descubrirse en los años sesenta, en el que empieza a hablarse de la necesidad de recoger en los Ordenamientos jurídicos nacionales y en los textos

internacionales una nueva categoría de derechos ecológicos”⁸⁴³; reiteramos que sólo nos referiremos a éstos últimos.

En adelante el planeta y los pueblos que lo habitan girarán alrededor de una gran tensión –técnico-social, económica, política y cultural–, por la confrontación entre el *desarrollo económico* y el *ambiente sano y ecológicamente equilibrado*, siendo sus autores y actores los países desarrollados, y los receptores de ese impacto los países en vía de desarrollo, en el marco de un nuevo orden mundial unipolar a partir de la caída del muro de Berlín. No olvidemos que “la globalización influye en los medios de comunicación, en la cultura, en la política, en la guerra, en las finanzas, en la emigración y en el *medio ambiente*”⁸⁴⁴:

“La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo”⁸⁴⁵.

Como simple referencia, mencionaremos la Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas, en Ramsar, 1971 –conocida comúnmente como la Convención de los humedales de Ramsar–, por tratarse del primer instrumento internacional citado por la mayoría de los autores como punto de partida en el proceso de formación de los derechos humanos de tercera generación –el derecho a un ambiente sano–, y en especial en el *nacimiento* de una nueva disciplina del derecho: el derecho internacional ambiental, gracias a los movimientos ecologistas que reivindican la inserción del derecho al medio ambiente en el elenco de los derechos humanos⁸⁴⁶.

843 Rodríguez Palop. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Op. cit., p. 56.

844 Held. Op. cit., p. 10.

845 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., pp. 29 y 30.

846 Rodríguez Palop. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Op. cit., p. 56.

4.1.1 DECLARACIÓN DE LA CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO HUMANO

La Confederación de Naciones Unidas sobre el Medio Humano se reunió en Estocolmo (Suecia), y el 16 de junio de 1972 adoptó la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*; también se adoptó el Plan de Acción o recomendaciones para el Medio Humano con 108 puntos. Su objetivo principal “consistía en procurar la protección del medio ambiente en función del ser humano”⁸⁴⁷.

Según la internacionalista MÓNICA PINTO, la Conferencia enuncia tres principios que se basan en la conjunción de los conceptos de soberanía, responsabilidad y cooperación de los Estados⁸⁴⁸.

Esta Declaración contiene seis puntos enunciados como *Proclama* y 26 *Principios*.

En la *Proclama* de la Declaración, se expresa que:

- a. El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.

847 Rojas Quiñonez, Claudia María. *Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 37.

848 Pinto, Mónica. *El Derecho internacional, vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 125.

- b. La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta el bienestar de los pueblos y el desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos.
- c. El hombre debe hacer constantemente recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día la capacidad del hombre de transformar lo que lo rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio por él creado, especialmente en aquel en que vive y trabaja.
- d. En los países en desarrollo, la mayoría de los problemas ambientales está motivada por el subdesarrollo. Millones de personas siguen viviendo muy por debajo de los niveles mínimos necesarios para una existencia humana decorosa: privadas de alimentación y vestido, de vivienda y educación, de sanidad e higiene adecuados. Por ello los países en desarrollo deben dirigir sus esfuerzos hacia el desarrollo, teniendo presentes sus prioridades y la necesidad de salvaguardar y mejorar el medio. Con el mismo fin, los países industrializados deben esforzarse por reducir la distancia que los separa de los países en desarrollo. En los países industrializados los problemas ambientales están generalmente relacionados con la industrialización y el desarrollo tecnológico.

- e. El crecimiento natural de la población plantea continuamente problemas relativos a la preservación del medio, y se deben adoptar normas y medidas apropiadas, según proceda, para hacer frente a esos problemas. *De cuanto existe en el mundo, los seres humanos son lo más valioso*. Ellos son quienes promueven el progreso social, crean riqueza social, desarrollan la ciencia y la tecnología y, con su duro trabajo, trasforman continuamente el medio humano. Con el progreso social y los adelantos de la producción, la ciencia y la tecnología, la capacidad del hombre para mejorar el medio se acrece cada día que pasa.

- f. Hemos llegado a un momento de la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo, atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que depende nuestra vida y nuestro bienestar. Por el contrario, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente, podemos conseguir para nosotros *y para nuestra posteridad* unas condiciones de vida mejores en un medio más en consonancia con las necesidades y aspiraciones del hombre. Las perspectivas de elevar la calidad del medio y crear una vida satisfactoria son grandes. Lo que se necesita es entusiasmo, pero, a la vez, serenidad de ánimo; trabajo afanoso, pero sistemático. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar, en armonía con ella, un medio mejor. *La defensa y el mejoramiento del medio humano, para las generaciones presentes y futuras*, se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas.

De los *Principios* de la Declaración, se resaltan los siguientes:

“*Principio I.* El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas a un medio de calidad tal que le permita llegar a una vida digna y gozar de bienestar, *y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.* A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el *apartheid*, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera, quedan condenadas y deben eliminarse.

”*Principio II.* Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga⁸⁴⁹.

”*Principio III.* Debe mantenerse y, siempre que sea posible, restaurarse o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables. (...).

”*Principio IV.* El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestre y su hábitat, que se encuentra actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. *En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestre.*

”*Principio V.* Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparte los beneficios de tal empleo.

849 Esta norma constituye, entre otras, “el primer paso rumbo a la adopción del patrimonio común de la humanidad”. PUREZA, JOSÉ MANUEL. *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?* Madrid: Edit. Trotta, 2002, p. 365.

”(...).

”*Principio VII.* Los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilizaciones legítimas del mar.

”*Principio VIII.* El desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida.

”(...).

”*Principio XIII.* A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo *de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población*”.

”*Principio XIV.* La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio”.

”*Principio XVII.* Debe confiarse a las instituciones nacionales competentes la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados con miras a mejorar la calidad del medio”.

”*Principio XIX.* Es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las

colectividades, inspiradas en el sentido de responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana.

”(...).

”*Principio XXI.* De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional⁸⁵⁰.”

”(...)

”*Principio XXV.* Los Estados se asegurarán de que las organizaciones internacionales realicen una labor coordinada, eficaz y dinámica en la conservación y mejoramiento del medio”.

Los *principios* se podrían sintetizar así: 1) Libertad e igualdad; 2) Preservación de los ecosistemas; 3) Restaurar o mejorar la capacidad de la tierra; 4) Preservar y administrar juiciosamente el patrimonio natural; 5) Uso racional de los recursos no renovables; 6) Lucha contra la contaminación; 7) Medidas para impedir la contaminación de los mares; 8) Desarrollo económico y social; 9) Asistencia financiera y económica; 10) Países en desarrollo; 11) Políticas ambientales; 12) Conservación y mejoramiento del medio; 13) Enfoque coordinado e integrado del desarrollo; 14) Planificación racional; 15) Planificación a los asentamientos humanos; 16) Políticas demográficas; 17) Planificación, administración y control de los recursos ambientales; 18) Utilización de la ciencia y la tecnología; 19) Educación ambiental; 20) Investigación y desarrollo científico; 21) Derecho soberano sobre la explotación de recursos; 22) Responsabilidad

850 Véase el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992, p. 292.

e indemnización por contaminación; 23) Aplicabilidad de las normas de cada país; 24) Acuerdos bilaterales y multilaterales; 25) Labores coordinadas para conservación y mejoramientos, y 26) Eliminación y destrucción de armas nucleares.

Como se señaló, en la Conferencia se adoptó un Plan de Acción que giró “alrededor de tres aspectos fundamentales: el programa global de evaluación del medio humano; las actividades de ordenación del medio humano y las medidas internacionales auxiliares de la acción nacional e internacional de evaluación y ordenación”⁸⁵¹.

Se destaca que:

“(…) si bien el eje central del texto de la declaración gira en torno a la protección del medio ambiente humano, en él se destaca la necesidad de compatibilizar la protección internacional del medio ambiente con el desarrollo económico, con especial referencia a los Estados económicamente más débiles (los Principios 13 y 14 de la Declaración tratan de la necesidad de emplear un enfoque integrado y planificado del desarrollo, que tenga en cuenta los criterios ambientales, a fin de lograr una racional ordenación de los recursos ambientales y conciliar las exigencias de desarrollo económico y de protección y mejora del medio ambiente)”⁸⁵².

En otros términos,

“(…) los Estados se permiten coincidir en la necesidad de adoptar planes para enfrentar la protección del ambiente sin detener el desarrollo, de allí que algunas de las formulaciones de la Conferencia sean normas programáticas que requieren reglamentación nacional e internacional”⁸⁵³.

851 Rojas Quiñonez. Op. cit., p. 41.

852 Rojas Quiñonez. Op. cit., pp. 38 y 39.

853 Pinto. Op. cit., p. 126.

En esta conferencia se proclamó la institución del *desarrollo sostenible*⁸⁵⁴ que veinte años más tarde retomó la primera *Cumbre para la Tierra*, en Río de Janeiro, en 1992, con mayor precisión conceptual. Además,

“(…) el mérito principal de la conferencia de Estocolmo es haber alertado a la opinión internacional sobre la necesidad que tiene el hombre de medir los riesgos que hace correr al único compañero de que dispone en el planeta: el medio ambiente”⁸⁵⁵.

Los gobiernos que participaron en la Conferencia de Estocolmo crearon el *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente* (PNUMA), como autoridad mundial para la cooperación internacional para el mejoramiento del medio ambiente. Por Resolución 2997 de 15 de diciembre de 1972, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó el Consejo de Administración (con 58 Estados), una secretaría del medio ambiente y el fondo para el medio ambiente del PNUMA.

4.1.2 DECLARACIÓN DE TOKIO

En 1983 la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la *Comisión sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, por medio de la Resolución 38/161. En Tokio (Japón) el 27 de febrero de 1987, se adoptó la llamada *Declaración de Tokio*, en la cual se precisaron las atribuciones de dicha Comisión, en los siguientes términos:

“a) reexaminar las cuestiones críticas relacionadas con el medio ambiente y el desarrollo y formular unas propuestas de acción innovadoras, concretas y realistas para afrontarlas;

854 “La *sustentabilidad* designa un modelo que puede sostenerse ecológica, social y económicamente, y que pasa, necesariamente, por una reorientación de las relaciones entre el hombre y la naturaleza en un sentido más benigno, y por una explotación del medio más racional y ajustada a las necesidades humanas reconsideradas y moderadas”. Rodríguez Palop. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Op. cit., p. 50.

855 Giolitto, Pierre. *Pedagogía del medio ambiente*. Barcelona: Edit. Herder, 1984, p. 124.

”b) reforzar la cooperación internacional sobre el medio ambiente y el desarrollo, y evaluar y proponer nuevas formas de cooperación que puedan romper con las modalidades existentes e influir así en las políticas y acontecimientos en la dirección del cambio necesario;

”c) incrementar el nivel de comprensión y compromiso respecto de la acción por parte de los individuos, las organizaciones voluntarias, el mundo de los negocios, las instituciones y los gobiernos”.

En la Declaración, además, se expresó lo siguiente:

“La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo exhorta ahora todas las naciones del mundo a que, conjunta e individualmente, integren el desarrollo sostenible en sus objetivos y adopten los siguientes principios que les sirvan de guía en sus normas de actuación:

”1) *Avivar el crecimiento*

”La pobreza constituye una fuente importante de degradación medioambiental que no solamente afecta a un amplio número de personas en los países en desarrollo, sino que también socava el desarrollo sostenible de la comunidad entera de naciones, tanto de los países industrializados como en desarrollo. Se ha de estimular el crecimiento económico, especialmente en los países en desarrollo, a la par que se ha de robustecer la base de los recursos medioambientales. Los países industrializados pueden y deben contribuir a vivificar el crecimiento económico mundial (...).

”2. *Cambiar la calidad de crecimiento*

”El crecimiento que se consiga ha de ser de un nuevo tipo, en el que la continuidad, la equidad, la justicia social y la seguridad estén fuertemente entrelazadas y considerables como principios y objetivos sociales. Una firme y segura política energética medioambiental

constituye un componente indispensable de los que antecede. La educación, la comunicación y la cooperación internacionales pueden ayudar a conseguir estos objetivos (...).

”3. Conservar y reforzar la base de recursos

”La sostenibilidad requiere la conservación de las fuentes medio-ambientales, como por ejemplo el aire puro, el agua, los bosques y los suelos; también requiere el mantenimiento de la diversidad genética y la utilización eficaz de la energía, el agua y las materias primas (...).

”4. Asegurar un nivel sostenible de población

”Las políticas demográficas deberían formularse e integrarse con otros programas de desarrollo económico y social; como por ejemplo la educación, los cuidados médicos y la expansión de los medios de existencia de los pobres (...).

”5. Reorientar la tecnología y afrontar los riesgos

”La tecnología engendra riesgos, pero ofrece también los medios de afrontarlos. En los países en desarrollo se necesita reforzar enormemente la capacidad de innovación tecnológica. La orientación del desarrollo tecnológico ha de cambiar también en todos los países, con objeto de prestar mayor atención a los factores medioambientales. Es necesario contar con mecanismos institucionales nacionales e internacionales que puedan evaluar las repercusiones potenciales de las nuevas tecnologías antes de pasar a un uso generalizado de las mismas (...).

”6. Integrar el medio ambiente y la economía en la toma de decisiones

”Los objetivos medioambientales y económicos pueden y deben ser mutuamente complementarios. La sostenibilidad requiere la aplicación de amplias responsabilidades por las

repercusiones resultantes de las decisiones que se tomen. Aquellos que tomen tales decisiones programáticas han de ser responsables de los efectos que dichas decisiones tengan sobre el capital de recursos medioambientales de sus respectivas naciones. Se ha de concentrar más en las fuentes del daño medioambiental que en los síntomas. (...).

”7. Reformar las relaciones económicas internacionales

”Un crecimiento sostenible a largo plazo requiere unos cambios ambiciosos que produzcan flujos comerciales, de capitales y tecnológicos que sean más equitativos y estén mejor sincronizados con los imperativos medioambientales. (...).

”8. Reforzar la cooperación internacional

”La introducción de una dimensión medioambiental incorpora un elemento adicional de urgencia y de mutuo interés, ya que, de no reconocerse la interacción entre la degradación de los recursos y el incremento de la pobreza, correríamos el riesgo de que todo se desbordara y se creara un problema ecológico mundial. Se ha de conceder alta prioridad a la vigilancia medio-ambiental, la evaluación, la investigación y el desarrollo y la gestión de los recursos en todos los campos del desarrollo internacional. (...)”.

Se destaca el quinto principio relacionado con la reorientación de la tecnología, porque tiene por finalidad proteger el medio ambiente en aquellos países en desarrollo, adoptando mecanismos técnicos y normativos nacionales e internacionales, frente a la penetración tecnológica con el objeto de prestar mayor atención a los factores medio ambientales, como por ejemplo, que los Estados expidan Constituciones que reconozcan el derecho colectivo al medio ambiente y establezcan mecanismos de protección procesal (por ejemplo, las acciones populares) con una legislación permanente y estable que garantice el acceso democrático ciudadano a los procedimientos administrativos y judiciales.

4.1.3 DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO

En un informe que rindió la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD), conocido ampliamente como el informe de la Comisión Brundtland, “*Nuestro futuro común*” (1987), se introdujo el concepto de **desarrollo sostenible**; como alternativa se propuso “satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”. Con base en este informe, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, durante la cual se adoptó la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, en Río de Janeiro, en junio 14 de 1992, conocida también como la Cumbre para la Tierra. Esta Declaración tuvo, entre otros objetivos, reafirmar, ratificar y desarrollar la Conferencia de Estocolmo. En la Conferencia de Río además se aprobó el *Programa 21*⁸⁵⁶, como un proyecto programático amplio de acción sobre el desarrollo mundial sostenible, a fin de alcanzar los propósitos que emergen de la *Declaración de Río*. Con el objeto de garantizar el apoyo a la realización de este programa, en el seno de las Naciones Unidas se crearon dos órganos: la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, y el Comité Interinstitucional sobre el Desarrollo Sostenible, que tiene como objetivo asegurar la cooperación de todo el sistema en el seguimiento de la Cumbre.

La Declaración de Río comprende un *Pedámbulo*, que expresa lo siguiente:

856 La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución de septiembre 13 de 2000 adoptó la *Declaración del Milenio*, en la cual reafirma los principios del desarrollo sostenibles incluidos en el Programa 21, en el numeral IV, Protección de nuestro entorno común, inspirados en un valor denominado El respeto de la naturaleza (num. 6).

“Reafirmando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, y tratando de basarse en ella.

”Con el objetivo de establecer una alianza mundial y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas.

”Procurando alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial.

”Reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la *Tierra*, en nuestro hogar”.

La Declaración contiene veintisiete Principios. Para satisfacer el propósito metodológico del presente trabajo, se transcriben los de mayor relevancia:

Principio 1. Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

Principio 2. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional⁸⁵⁷.

857 Véase el Principio 21 de la Declaración sobre el medio humano.

DEMETRIO LOPERENA ROTA denomina este principio la “*soberanía limitada*”, que explica en los siguientes términos:

“La parte de la biosfera⁸⁵⁸ que cada Estado tiene bajo su administración no puede ser tratada como si no existieran vecinos afectados por sus decisiones o como si las futuras generaciones pobladoras de ese mismo solar no fuesen a existir. La soberanía estatal está limitada físicamente por la capacidad de carga que tiene el ecosistema. No puede autorizar emisiones a la atmósfera que sobrepasen su capacidad autodepurativa”⁸⁵⁹.

En otras palabras, si bien el Estado ejerce su poder soberano dentro de su jurisdicción territorial (suelo, mar territorial, espacio aéreo, espectro electromagnético, órbita geoestacionaria), ello no lo faculta para realizar actividades de aprovechamiento de los recursos naturales, cuyos efectos impliquen daños ambientales que afecten otros Estados vecinos; por ejemplo, que los efectos de la exploración y explotación de una mina de carbón, o de un yacimiento petrolero trasciendan los límites territoriales. Esto significa que la soberanía del Estado tiene nuevos límites: *soberanía erosionada* o *soberanía residual*.

Del Principio 2 emerge el *principio de prevención del daño ambiental transfronterizo*.

Principio 3. *El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presente y futuras.*

Principio 4. A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte

858 **Biosfera.** “Conjunto de biocenosis o comunidades que se encuentran en la tierra. La biosfera comprende, por tanto, el conjunto de seres vivos distribuidos en el medio aéreo, terrestre y acuático”. Arenas Muñoz, José Antonio. *Diccionario técnico y jurídico del medio ambiente*. Madrid: Mc Graw Hill, 2000, p. 112.

859 Loperena Rota, Demetrio. *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Edit. Civitas, 1998, p. 35.

integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. (...).

Principio 7. Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que dispone.

“En esta formulación se condensan las dos vertientes del *principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas*. La primera, en una óptica retrospectiva, conecta la diferenciación de cargas a la distinta responsabilidad de los Estados en la degradación medioambiental; la segunda, en una visión prospectiva, la asocia a las diferentes posibilidades técnicas y económicas de mantenimiento de un desarrollo sostenible”⁸⁶⁰.

Principio 10. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la *participación* de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la *información* sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la *información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades*, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la *información* a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos

860 Pureza, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?* Op. cit., p. 371.

judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Principio 13. Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y los otros daños ambientales. (...).

Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el *criterio de precaución* conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Principio 16. Las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el *criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación*, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

Principio 17. Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad que probablemente haya producido un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente. (...).

Principio 20. Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.

Principio 21. Debería movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una

alianza mundial orientada a lograr el *desarrollo sostenible* y asegurar un mejor futuro para todos (...).

Principio 25. La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables.

Principio 27. Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de *solidaridad* en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

Se destacan los siguientes *principios*: acceso ciudadano a la información ambiental, participación democrática en los procesos de adopción de decisiones administrativas, acceso ciudadano a la justicia, el criterio de precaución, los costos ambientales, el impacto ambiental, la participación de la mujer y de los jóvenes, la solidaridad (*fraternidad*) de las personas y los Estados en la aplicación de los principios consagrados en la Declaración.

Asimilar y entender el contenido, concepto y alcances técnico-jurídicos del derecho a un “ambiente sano y ecológicamente equilibrado” requiere del manejo de un léxico técnico y especializado que nos permitirá acceder al conocimiento no solo de los instrumentos internacionales anteriormente transcritos, sino también los que se han adoptado con posterioridad. Veamos:

a. Medio ambiente

“Concepto muy amplio, que puede considerarse como la suma del medio físico, el medio natural y el medio socio-cultural en que nos desenvolvemos. Dentro de lo que podríamos considerar como medio físico se puede hablar del agua, del aire, o del suelo. Sobre este medio físico se asienta un medio natural: flora y fauna (medio biótico). Por último, existe un medio cultural y social propio del desarrollo de la especie humana (...); hay una serie de valores que hay que

proteger y respetar (patrimonio histórico-artístico, valores culturales, costumbres, etc.)”⁸⁶¹.

“La fusión de «medio» y de «ambiente» en una sola palabra, se justifica al aceptar en un solo concepto las ideas de tiempo y espacio, de objeto y sujeto, y de acción y reacción, que son el fundamento mesológico de la ecología”⁸⁶².

Sin embargo, consideramos que la denominación correcta es la de “ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, además porque “desde el punto de vista conceptual, el medio ambiente es «científica y jurídicamente indefinido» y «de contenido esencialmente difuso e indeterminado»”⁸⁶³.

El medio ambiente tiene dos elementos básicos:

- *El ecosistema*. Examinemos algunas definiciones:

“Conjunto de organismos vivos inmersos en un medio de características definibles, sometido todo ello a un *incesante* proceso de ajuste y regulación. O lo que es lo mismo, la interacción en el tiempo y en el espacio de una serie de factores bióticos⁸⁶⁴ y abióticos”⁸⁶⁵.

861 Arenas Muñoz. *Diccionario técnico y jurídico del medio ambiente*. Op. cit., p. 551.

862 Sarmiento, Fausto O. *Diccionario de ecología: paisajes, conservación y desarrollo sustentable para Latinoamérica*. Editorial Abya Yala 2001, Ecuador, 2001, p. 138.

863 Ruiz, José Juste. *Derecho internacional del medio ambiente*, p. 5, citado por Rojas Quíñonez. Op. cit., p. 73.

864 *Biótico*. “Relativo al medio o a los factores propios de los seres vivos”. Arenas Muñoz. Op. cit., p. 114.

865 *Abiótico*. “Término empleado para designar un medio *carente de vida* (humedad, luz, salinidad, etc.). Igualmente se emplea para designar aquellos factores ambientales que son independientes de los seres vivos”. Arenas Muñoz. Op. cit., p. 3.

“Conjunto formado por un biotopo (parte abiótica) y biocenosis⁸⁶⁶ (parte biótica)”⁸⁶⁷.

En concreto dos son los elementos del *ecosistema*: i) el biótico: medio con vida (especies animales y vegetales), y ii) el abiótico: medio carente de vida (humedad, luz, salinidad, etc.).

En otras palabras,

“los organismos vivos, en el proceso de adecuación a la naturaleza, han creado un complejo régimen de vinculaciones entre ellos y con el medio ambiente, llamado *ecosistema*”⁸⁶⁸.

- *La biodiversidad*. Examinemos dos definiciones:

“También conocida como *diversidad específica*, es una medida del número de especies y del número de individuos de cada una de ellas dentro de un ecosistema determinado”⁸⁶⁹.

“La totalidad de genes, de especies y de ecosistemas de cualquier área en el planeta. Es el contenido biológico total de organismos que habitan un determinado paisaje, incluyendo su abundancia, su frecuencia, su rareza y su situación de conservación”⁸⁷⁰.

b. Ecología

El primero en usar este término fue el biólogo alemán ERNST K. HAECKEL en 1873. Del griego *oikos*: casa, medio, y *logos*: tratado, estudio, o discurso; es el estudio de la casa.

866 *Biocenosis*. Término acuñado por Mobius (1877). “Parte viva del ecosistema. Constituida por el conjunto de comunidades de animales y vegetales que ocupan un biotopo de características definidas. El conjunto de biocenosis constituye la biosfera o parte viva del planeta”. Arenas Muñoz. Op. cit., p. 106.

867 Vicén Carreño, M. y Vicén Antolin, C. *Diccionario de términos ecológicos*. Madrid: Edit. Paraninfo, 1996, p. 63.

868 Borja. Op. cit., p. 357.

869 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 108.

870 Sarmiento. Op. cit., p. 37.

Examinemos varias definiciones: “El término «*ecología*» designa una ciencia biológica que estudia las relaciones de los seres vivos entre sí y con su medio”⁸⁷¹.

La ecología es la “ciencia que se dedica al estudio de las relaciones recíprocas entre el medio y los organismos y de los organismos entre sí”⁸⁷².

“Es la ciencia natural que estudia las relaciones sistemáticas entre los individuos, dentro de ellos y entre ellos y el medio ambiente (definición funcional). Es el estudio científico de la distribución y abundancia de los organismos que interactúan entre sí y con su medio ambiente en un tiempo y espacio definidos (definición estructural)”⁸⁷³.

Otra definición es la siguiente:

“Es una de las llamadas ciencias naturales y su objeto de estudio son las relaciones en general entre un organismo viviente y su entorno”⁸⁷⁴.

c. Recursos naturales

Son “todos aquellos bienes que pueden ser obtenidos directamente de la naturaleza y que, como tales, o tras sufrir un proceso de transformación, sirven para satisfacer necesidades humanas”⁸⁷⁵.

Los recursos naturales son de dos clases: renovables y no renovables.

871 Giolitto. Op. cit., p. 22.

872 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 311.

873 Sarmiento. Op. cit., p. 76.

874 Cfr. Borja. Op. cit., p. 342.

875 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 778.

- *Recursos renovables*. Son aquellos recursos “que se auto-generan en los procesos naturales”⁸⁷⁶, como por ejemplo, el oxígeno, el aire, el agua, etc.
- *Recursos no renovables*. Son aquellos recursos “que no se regeneran o que tienen un tiempo de renovación tan alto que una vez agotadas sus reservas pueden ser declarados como extinguidos”⁸⁷⁷, por ejemplo, las minas de carbón, los minerales, el petróleo, etc.

d. Desarrollo sostenible

Se denomina también desarrollo sustentable, desarrollo sostenible o ecodesarrollo: una legislación “es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de la tecnología y el cambio institucional están todos en armonía y mejoran la potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas tanto actuales como las futuras”⁸⁷⁸ (definición original del *Informe Brundtland*).

En la Conferencia Mundial de Estocolmo sobre el medio humano, como se expresó, se proclamó la institución del desarrollo sostenible.

En la Conferencia de Río se adoptó el concepto de desarrollo sostenible,

“(...) el cual ha permitido un cambio en la apreciación del medio ambiente y su relación con la economía y los procesos productivos. En realidad, se trata de un término síntesis; con anterioridad, muchas personas creían que la defensa del medio ambiente y de la ecología significaría, necesariamente, un abandono de muchas de las actividades

876 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 778.

877 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 778.

878 Sarmiento. Op. cit., p. 68.

y procesos productivos que necesitan de recursos naturales para su gestión. Por otra parte, otras personas consideraban que el desarrollo económico e industrial de la humanidad necesariamente generaría la destrucción de los bienes y recursos naturales del planeta.

“El concepto de desarrollo sostenible significa que es posible conciliar esos dos elementos. Hoy, mucha gente entiende que el desarrollo económico de la humanidad —y la satisfacción de sus necesidades en el plano productivo, económico, para proveer suficiente comida, recursos y condiciones a los habitantes del planeta— es posible realizarlo en conjunción con el medio ambiente si se actúa en forma planificada, protegiendo los recursos generadores de vida como el agua, los bosques y otros elementos centrales de la ecología, y si se utilizan técnicas más modernas de explotación de los suelos, de renovación de los recursos, y de diseño de las estrategias productivas”⁸⁷⁹.

“En 1992, un grupo de estudiosos compuesto por EDITH BROWN-WEISS, ANTONIO CANÇADO TRINDADE, GÜNTHER HANDL, ALEXANDER KISS, MCCAFFREY y DINAH SHELTON concluyó que existe una íntima relación entre el desarrollo y medio ambiente, desarrollo y derechos humanos, y medio ambiente y derechos humanos. Sostuvo que el concepto de *desarrollo sustentable*, que puede ser considerado como la expresión de tales vínculos, lleva al reconocimiento del derecho de las generaciones futuras a un medio ambiente sano. (...) El deterioro del escenario en que se desarrolló la vida humana impide o al menos obsta al goce y ejercicio de los derechos humanos”⁸⁸⁰.

“El concepto de desarrollo sostenible encierra varios elementos básicos que le confieren una identidad propia, distinta del simple derecho al desarrollo. En primer lugar,

879 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual de Derechos Humanos*, Edit. Varitec, S.A., San José de Costa Rica, 1999, p. 137.

880 Pinto. Op. cit., p. 134.

el desarrollo sostenible añade una dimensión ambiental, en cuya virtud se exige que el proceso de que se trata se produzca de un modo compatible con la preservación del entorno humano. En segundo lugar, el desarrollo sostenible mantiene un elemento de justicia distributiva, puesto que toma en consideración las necesidades especiales de los países en desarrollo, en especial de los más atrasados o vulnerados. En tercer lugar, el desarrollo sostenible presenta una dimensión temporal innovadora, ya que contempla no solamente las necesidades de las generaciones presentes sino también las de las generaciones futuras”.

1) Contenido y alcance jurídicos del desarrollo sostenible

Es importante precisar el contenido y alcance jurídicos del desarrollo sostenible.

Como se expresó anteriormente, en el Informe Brundtland, “*Nuestro futuro común*” (1987), el *desarrollo sostenible* se presenta en doble concepto en los siguientes términos:

“El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales:

”- el concepto de «necesidades», en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante;

”- la idea de limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la organización social a la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras”⁸⁸¹.

881 Brundtland. *Nuestro Futuro Común*. Bogotá: Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, 1988, p. 67.

El *desarrollo sostenible* tiene dos objetivos: “el objetivo actual, es el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes; el objetivo futuro, consiste en no comprometer el futuro de las futuras generaciones restringiendo sus alternativas de desarrollo”⁸⁸².

2) Medio ambiente y desarrollo

Sostiene GRO HARLEM BRUNDTLAND que:

“(...) el «medio ambiente» es donde vivimos todos, y el «desarrollo» es lo que todos hacemos al tratar de mejorar nuestra suerte en el entorno en que vivimos. Ambas cosas son inseparables. Además, las cuestiones de desarrollo han de ser consideradas como decisivas por los dirigentes políticos que perciben que sus países han alcanzado un nivel hacia el cual otras naciones han de tender. Muchos de los caminos de desarrollo que siguen las naciones industrializadas son verdaderamente impracticables. Y las decisiones en materia de desarrollo que toman estas naciones, debido a su gran potencia económica y política, tendrán una repercusión profunda sobre la capacidad de todos los pueblos de mantener el progreso humano para las generaciones venideras”⁸⁸³.

Obsérvese la íntima relación entre el derecho a un ambiente sano y el derecho al desarrollo; adelante nos ocupamos de este derecho humano.

e. Principios ambientales

De los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a un “ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, se infieren los siguientes principios ambientales:

882 Madrigal C., Patricia. *La legislación como un instrumento para el desarrollo sostenible*. San José de Costa Rica: IIDH, 1995, p. 229.

883 Brundtland. *Nuestro Futuro Común*. Bogotá: Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, 1988, p. 8.

1) Principio de la pedagogía del medio ambiente

En la Conferencia de Estocolmo (1972), en la Recomendación 96 se acordó “el desarrollo de la educación en materia de medio ambiente”, con el objeto de “acometer a fondo la crisis mundial del medio ambiente”. La UNESCO cumple la misión de expedir “las disposiciones necesarias para establecer un programa educativo internacional de enseñanza interdisciplinaria, escolar y extra escolar, relativo al medio ambiente, que recubra todos los grados de enseñanza y que se dirija a todos, jóvenes y adultos, con vistas a dar a conocer la sencilla acción que podrían realizar dentro de los límites de sus medios, para cuidar y proteger el medio ambiente”.

En efecto, “la pedagogía del medio ambiente debe conseguir que cada individuo adquiera conciencia de la responsabilidad personal en materia de protegerlo”⁸⁸⁴.

2) Principio de autogobierno

El Principio 2 de la Declaración de Río establece que “los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales”.

El alcance de este principio consiste en que, con fundamento en la soberanía nacional de los Estados, éstos tienen el derecho de disponer de sus propios recursos, siempre y cuando no tengan una trascendencia relacionada con el patrimonio común de la humanidad, que adelante se considerará.

3) Principio de solidaridad

Conocido también como el *principio de cooperación* internacional para la protección del medio ambiente. Se infiere de la Declaración de Río, que establece el deber de los Estados de “cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar,

884 Giolitto. *Pedagogía del medio ambiente*. Op. cit., p. 123.

proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra” (Principio 7).

La solidaridad en materia ambiental tiene, entre otras, las siguientes dimensiones:

- *Solidaridad interterritorial.* La dinámica de los recursos naturales “impone *de facto* una solidaridad entre los habitantes del Planeta, ya que todos disfrutamos de ellos, aunque no en la misma medida”⁸⁸⁵; por ejemplo, el aprovechamiento de cuotas partes de la atmósfera o el mar. En la utilización de los cursos de agua internacionales, como los ríos que atraviesan dos o más Estados (río Amazonas), o en altamar, en relación con la pesca y conservación de los recursos vivos que allí habitan. Dicha solidaridad implica que tanto los Estados, los pueblos y los seres humanos deben proteger y conservar esos recursos naturales en la cuota que les corresponda. De este principio se desarrolla otro conocido como el principio del *uso equitativo y razonable de los recursos compartidos*.
- *Solidaridad con otras generaciones.* “El fundamento de la solidaridad con las futuras generaciones, reconociéndoles el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado”⁸⁸⁶. Se infieren del Principio 3 de la Declaración de Río, según el cual “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. En otras palabras, las generaciones presentes deben ejercer el derecho al desarrollo de tal forma que respondan *solidariamente* con las necesidades del desarrollo ambiental de las generaciones futuras. Importante destacar que se trata de un reconocimiento de derechos humanos a los *concebidos* y a los *no nacidos*,

885 Loperena Rota. Op. cit., p. 88.

886 Loperena Rota. Op. cit., p. 89.

pero que *nacerán*, quienes merecen solidaridad de parte de sus antecesores y progenitores para una mejor calidad de vida.

4) *Principio de participación ciudadana*

Es un principio que se relaciona íntimamente con la *democracia participativa*, reconocida en instrumentos internacionales como derechos humanos políticos. El Principio 10 de la Declaración de Río, en nuestro concepto, distingue dos aspectos que por separado enunciamos en la siguiente forma:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la *participación* de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. (...), así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. (...) Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

El primer aspecto del Principio anteriormente transcrito se relaciona con el *acceso a los procedimientos*, diferenciando: los procedimientos *administrativos* (i), y los procedimientos *judiciales* (ii).

La preceptiva internacional establece la participación democrática de los ciudadanos en todos los *procedimientos administrativos* que se adelanten ante las autoridades públicas en el Estado, relacionadas con actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente, garantizando que cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, pueda intervenir en dichos procedimientos, como por ejemplo, la Ley 99 de 1993 del “Medio ambiente”, expedida por el Congreso de Colombia, que reconoce el derecho ciudadano a intervenir en los procedimientos administrativos ambientales, previamente a la adopción de una decisión administrativa definitiva (un acto administrativo).

Así mismo, la norma internacional establece el deber estatal de proporcionar el acceso ciudadano efectivo a los *procedimientos*

judiciales, como, por ejemplo, cualquier persona podrá ejercer las *acciones populares* que procedan contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar, entre otros derechos e intereses colectivos, el derecho al goce de un ambiente sano, ante las autoridades judiciales competentes. La sentencia que se profiere en estos *procesos constitucionales* tendrá efectos *inter partes* y *erga omnes* (Ley 472 de 1998, sobre el ejercicio de las acciones populares).

El Principio 10, en su texto, continúa con lo siguiente:

“En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la *información* sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la *información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades*. (...) Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la *información* a disposición de todos”.

El segundo aspecto del Principio anteriormente transcrito, se relaciona con el *acceso a la información*, y también se relaciona con el principio de *publicidad* de los *datos* oficiales que afectan a la biosfera. “La publicidad de los datos de actividades públicas o privadas que puedan tener significativas consecuencias”⁸⁸⁷ garantizaría el libre acceso a la opinión pública, quien los debe conocer para que los ciudadanos permanezcan informados y ejerzan control sobre la administración estatal: por ejemplo, en los bancos de datos –públicos o privados– podrá figurar información relacionada con el grado de contaminación de los ríos y del aire, en determinado sector de una gran ciudad, la intensidad de la humedad, caracteres de la acción erosiva del hielo, la deforestación de un bosque, etc.

En el derecho internacional ambiental las nuevas tendencias procuran abrir nuevos espacios al denominado *derecho de acceso a*

887 Cfr. Loperena Rota. Op. cit., p. 69.

la información sobre el medio ambiente⁸⁸⁸. Se trata de la participación del pueblo en la toma de decisiones administrativas y el acceso a la justicia en asuntos ambientales. En efecto, el pueblo debe tener conocimiento de los procedimientos de participación, tener libre acceso a los mismos y saber cómo utilizarlos. Sin reserva alguna, las autoridades públicas tienen el deber de poner a disposición del público las informaciones (exactas, detalladas y actualizadas) sobre el medio ambiente que les soliciten, en particular, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera: en forma escrita, visual (videos, películas, documentales, CD, etc.), oral o electrónica. El acceso a la información debe ser gratuito y sin necesidad de invocar un interés particular al solicitante.

Además, se exige que las informaciones sobre el medio ambiente estén cada vez más disponibles en bases electrónicas de datos a las que el público pueda tener fácilmente acceso por medio de las redes públicas de telecomunicaciones. Si la autoridad niega el acceso a la información, la legislación deberá prever una acción o recurso ante un órgano judicial competente, independiente e imparcial preestablecido por la ley, quien adelantará un procedimiento breve, ágil y sencillo, a fin de reexaminar la solicitud ciudadana de información y ordenar el acceso a la misma.

Como se expresó, en los derechos de tercera generación, entre otros, el derecho a un medio ambiente, los seres humanos tienen un “interés” *difuso*, porque tiende a difundirse en todo un grupo humano que puebla una región de la tierra. En términos específicos, “la biosfera con sus parámetros adecuados pertenece *pro indiviso* a cada uno de los seres humanos, ya que su uso y disfrute se realiza en común”⁸⁸⁹. En ese orden de ideas, la persona tiene un interés en el *todo* y como tal podría acceder democráticamente a la información oficial relacionada con ese

888 Cfr. Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, adoptada en la Conferencia Ministerial “Medio ambiente para Europa”, celebrada en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998.

889 Loperena Rota, Demetrio. *El derecho al medio ambiente adecuado*. Madrid: Edit. Civitas, 1996, p. 66.

derecho colectivo, así como también todos los seres humanos son interesados.

En esta forma, los intereses difusos se relacionan directamente con la democracia participativa, porque todos y cada uno de los seres humanos tiene interés en preservar, conservar y proteger el derecho a un ambiente sano, y es por ello que democráticamente se les debe garantizar el acceso ante las autoridades administrativas y judiciales, en los procedimientos o procesos que ante ellas se adelanten.

5) *Principio “El que contamina, paga”*

El Principio 16 de la Declaración de Río, expresa:

“Las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el *criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación*, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

Este principio,

“lleva aparejadas las siguientes consecuencias para el titular de la actividad potencialmente contaminante:

”- Ha de costear las medidas preventivas que se determinen.

”- Ha de cesar en sus emisiones o cambiar los niveles cuando sea requerido legalmente.

”- Ha de pagar las multas que eventualmente puedan imponérsele por incumplimiento de sus obligaciones.

”- Ha de reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados”⁸⁹⁰.

6) Principio de precaución

“El principio de precaución establece la necesidad de actuar ante la presunción de un riesgo importante aunque no exista evidencia científica”⁸⁹¹.

“En materia ambiental existen unos riesgos ciertos e incertidumbre científica sobre el alcance de algunos daños que se están produciendo. El principio de precaución exige que cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite la misma, o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño, científicamente no comprobado todavía, no llegue a producirse”⁸⁹².

La Declaración de Río, en el Principio 15, consagra lo siguiente:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el *criterio de precaución* conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Según DINAH SHELTON,

890 Loperena Rota. Op. cit., p. 68.

891 Bermejo Gómez de Segura, Roberto. “Libre comercio *versus* sostenibilidad”. En: *La protección de los bienes comunes de la humanidad*. Madrid: Edit. Trotta, 2006, p. 53.

892 Loperena Rota. Op. cit., pp. 92 y 93.

“(…) frente a una amenaza de daño irreparable al ambiente, la falta de certeza científica no debe emplearse como pretexto para retrasar la adopción de medidas para prevenirlo”⁸⁹³.

7) *Principio de prevención*

“La prevención, al contrario que la precaución, se proyecta sobre consecuencias perjudiciales ciertas de algunas actividades. El tratar de evitarlas con anticipación es una exigencia de la racionalidad. El ejemplo más típico de procedimiento tendiente a evitar consecuencias no deseables es el de la evaluación del *impacto ambiental*”⁸⁹⁴.

El Principio 17 de la Declaración de Río, expresa lo siguiente:

“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

El precisar el concepto de *impacto ambiental* necesariamente implica referir previamente los conceptos de *prevención ambiental* y el de *evaluación de impacto ambiental*.

La *prevención ambiental* es la “determinación que se hace, con carácter previo a la ejecución de un proyecto, de las consecuencias ambientales que la ejecución del mismo podría llevar aparejadas”⁸⁹⁵.

Por *evaluación de impacto ambiental* se entiende:

893 Shelton, Dinah. *Certitude et indertitude scientifiques*, *Rze*, número especial, 1998, p. 39, citado por Rojas Quiñonez. Op. cit., p. 179.

894 Loperena Rota. Op. cit., p. 94.

895 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 739.

“(...) el conjunto de estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad causa sobre el medio ambiente. La evaluación de impacto ambiental es un procedimiento encaminado a predecir los efectos que las distintas acciones de un determinado proyecto puedan originar sobre los distintos elementos del medio en que se localiza. El procedimiento gira en torno al estudio de impacto ambiental”⁸⁹⁶.

Impacto ambiental es el “efecto o incidencia que un determinado proyecto, obra o actividad humana (bien en su conjunto o en alguna de sus fases) causa sobre alguno de los elementos del medio ambiente (agua, suelo, vegetación, fauna, etc.)”⁸⁹⁷.

El principio de acceso a la información se relaciona además con el principio de prevención. En efecto, en el Congreso Mundial de las Asociaciones de Derecho Ambiental, celebrado en Limoges en noviembre de 1990, se adoptaron unas Recomendaciones, entre otras, la siguiente:

“El contenido de este derecho (se refiere al medio ambiente) debe comportar el derecho a una información adecuada para los particulares y para las asociaciones, así como el acceso y la participación en las decisiones que puedan tener un impacto ambiental”.

8) *Principio de prevención del daño ambiental fronterizo*

El Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, reconoce que:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos

896 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 392.

897 Arenas Muñoz. Op. cit., p. 476.

en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”⁸⁹⁸.

Del anterior principio se destacan dos aspectos:

“(...) en primer lugar, la responsabilidad del Estado se deriva no solo de sus propias actuaciones sino de todas aquellas sobre las que ejerce control, sean públicas o privadas, ya se realicen dentro de su territorio o fuera de él bajo su control, por ejemplo, en barcos, aviones u otros objetos espaciales de su nacionalidad.

”Y en segundo lugar, el principio supera el carácter interestatal de las contaminaciones fronterizas y obliga a los Estados frente a la comunidad internacional, al hablar de que dichas contaminaciones no han de perjudicar no solo el medio ambiente de otros Estados sino también las zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional, es decir, el altamar, el espacio aéreo, los fondos marinos, la Antártida y el espacio ultraterrestre”⁸⁹⁹.

“Por último y como sintetizador de los principios indicados, es necesario establecer el *principio de primacía de la conservación de la naturaleza* sobre la liberación comercial”⁹⁰⁰, que se explicaría diciendo que en caso de conflicto entre el capitalismo salvaje y la conservación de la naturaleza, prevalecerá ésta. Se relaciona también este principio con “la eficacia práctica de los tratados medioambientales vigentes, y para hacerlos prevalecer frente a tratados como los patrocinados por la O.M.C.”⁹⁰¹.

898 Véase el Principio 2 de la Declaración de Río de 1992, p. 292.

899 Rojas Quiñones. Op. cit., p. 158.

900 Gómez de Segura. Op. cit., p. 68.

901 Gordillo, José Luis. “A vueltas con lo común”. En: *La protección de los bienes comunes de la humanidad*. Op. cit., p. 19.

Para finalizar, una definición del *derecho al medio ambiente adecuado* podría ser la siguiente: “es el derecho a usar y disfrutar de una biosfera con determinados parámetros físicos y biológicos de modo que pueda desarrollarse con la máxima plenitud nuestra persona”⁹⁰².

4.1.4 CARACTERIZACIONES DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Se ha escrito mucho específicamente acerca de las caracterizaciones del derecho a un ambiente sano, y en general de los demás derechos colectivos.

“Después de haber hecho referencia a *la solidaridad como valor subyacente esencial a estos derechos*, parece conveniente detenerse en su carácter colectivo. Es necesario reconocer unos derechos y deberes humanos de carácter colectivo que se impongan a la satisfacción de los derechos humanos individuales cuando estos atenten contra la satisfacción de los primeros. El aspecto colectivo de los derechos de tercera generación repercute en las condiciones para la realización efectiva de los demás derechos: ¿Podemos imaginar escenarios posibles de disfrute de los derechos humanos individuales de primera o segunda generación sin garantizar colectivamente un mundo justo, un medio ambiente adecuado y el reconocimiento de una pluralidad cultural, lingüística e ideológica como mejor referente de las posibilidades de desarrollo y optimización humana en un mundo cada vez más global e interconectado?”⁹⁰³.

La respuesta tendrá que ser negativa, por la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

En efecto, el derecho a un ambiente sano que libremente sea gozado por todos los seres humanos en condiciones de

902 Loperena Rota, *El derecho al medio ambiente adecuado*, op. cit., p. 69.

903 Escámez, J., “Valores emergentes y los derechos humanos de la tercera generación”. En: *Revista Española de Pedagogía*, N° 211, Editorial Revista Española de Pedagogía, Madrid, 1998, p. 442. Citado por Ugarte Artal. Op. cit., p. 152.

igualdad real, facilitaría la realización real de los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, en una sociedad democráticamente justa en la cual el pueblo tendría pleno desarrollo económico erradicando la pobreza: una justicia social globalizada.

Desde otro punto de vista, el derecho a un ambiente sano que tienen todos los seres humanos sobre los elementos de la biosfera traspasa los límites territoriales de los Estados erosionando indefectiblemente su soberanía, lo que implica un replanteamiento conceptual de su clásico absolutismo, en lo cual incide –en términos generales– el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este orden de ideas, la comunidad internacional ha sido quien ha dedicado el mayor desarrollo del tema, así lo podemos constatar en distintos instrumentos internacionales de las últimas décadas, persiguiendo la mundialización de estos fines. Una muestra evidente de este interés es la Declaración del Milenio (2000) de la Asamblea general de la Naciones Unidas, que además de establecer dentro de “los valores fundamentales esenciales para las relaciones internacionales el *respeto por la naturaleza*” y como una de las prioridades de la organización “la lucha contra la degradación y la destrucción de nuestro planeta”, dedica todo su título IV de una manera específica a considerar el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, del cual resaltamos el siguiente aparte: “Decidimos, por consiguiente, adoptar una *nueva* ética de conservación y resguardo en todas nuestras actividades relacionadas con el medio ambiente (...)”⁹⁰⁴ (resaltado fuera del texto).

4.1.5 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Se presentan diversos enfoques jurídicos al respecto, a saber:

904 Ídem.

“El individuo, pero sobre todo el Estado, uno y otro en los planos individual y colectivo, aparecen como sujetos activo y pasivo de las relaciones jurídicas y procesos sociales que entrañan la necesidad de preservar los entornos en que se sustenta y transcurre la vida humana y natural”⁹⁰⁵.

En otro sentido, el autor francés ROBERT PELLOUX sostiene lo siguiente:

“Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar, como nación, pueblo, comunidad internacional, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre, no sólo a los derechos estrictamente individuales, sino incluso a los derechos colectivos, que, a menudo, no son más que derechos individuales que se ejercen colectivamente”⁹⁰⁶.

“Es un derecho individual y colectivo, simultáneamente (...) el derecho al uso y disfrute del medio ambiente en sus parámetros adecuados corresponde a la totalidad de los seres humanos que habitan la tierra. Precisamente esta característica lo hace oponible *erga omnes*. Es un derecho individual al uso y disfrute de una cosa de titularidad común: *usus in res communis*”⁹⁰⁷.

El Principio 1 de la Declaración de Río, preceptúa: “Los *seres humanos* constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible (...)”.

El sujeto activo del derecho por lo general es una colectividad social como un pueblo, una comunidad indígena, una comarca, un municipio, etc. También podría ser sujeto activo el Estado en cuanto tiene el derecho de aprovechar sus propios recursos

905 Ávila Cruz. Op. cit., p. 54.

906 Pelloux, Robert. “Vrais et faux droit de l’homme. Problèmes de definition et de classification”. En: *Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*. Paris, 1981-1, pp. 67-68, citado por Ara pinilla. Op. cit., p. 135.

907 Loperena Rota. *El derecho al medio ambiente adecuado*. Op. cit., pp. 56, 58 y 65.

frente a otros Estados y podría ser, además, el sujeto pasivo por cuanto tiene la *responsabilidad* de velar porque sus actuaciones no causen daños al medio ambiente de otros Estados (Principio 2).

En síntesis,

“(…) la ecología representa, en suma, el marco global para un renovado enfoque de las relaciones entre el hombre y su entorno, que redunde en una utilización racional de los recursos energéticos y sustituya el crecimiento desenfrenado, en términos puramente cuantitativos, por un uso equilibrado de la naturaleza que haga posible la calidad de vida. La inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, la contribución decisiva a su desarrollo y a su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos”.

4.2 EL DERECHO AL DESARROLLO

Se le conoce también como el derecho al desarrollo de los pueblos. En pleno auge del *neoliberalismo* y de la *globalización*, en la década del 80 del siglo XX, las Naciones Unidas toma conciencia de la miseria y pobreza a que están sometidos muchos países denominados sub-desarrollados por las potencias del capitalismo financiero, diferencias profundas que colocan a los seres humanos en condiciones de desigualdad para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y, por ende, para la realización de los derechos civiles y políticos: “Es cada vez más hondo el abismo que se abre entre los que tienen y los que necesitan, un mundo donde pocos tienen mucho y muchos tienen poco”⁹⁰⁸.

En otras palabras, es un problema de *desarrollo* de los pueblos que, colocados en una balanza, unos pocos tienen el mayor peso para arrastrar a todos los países que carecen de peso para competir en equilibrio económico.

908 Galeano, Eduardo. “Una mirada a la escuela del crimen”. En: Vega Cantor, Renán (Ed.). *Neoliberalismo: Mito y Realidad*. Obra colectiva. Op. cit., p. 114.

“La distribución desproporcionada de riqueza y miseria, la existencia de países y continentes desarrollados y no desarrollados, exigen una justa distribución y la búsqueda de vías para un justo *desarrollo* de todos”⁹⁰⁹.

“Se percibe de manera cada vez más clara que el desarrollo no solo atañe a la economía. Constituye un problema social por excelencia, pues afecta todos los aspectos de la sociedad, no solo de la vida social, sino de la vida individual y de la mentalidad de los hombres que viven en sociedad. Enjuicia al mismo tiempo las ciencias físicas y el conjunto de las técnicas aplicadas al descubrimiento y la explotación de las riquezas naturales, incluso de las riquezas vegetales y animales”⁹¹⁰.

Por estas y otras razones las Naciones Unidas convocó a los Estados miembros a una conferencia sobre el *Desarrollo*.

Declaración sobre el derecho al desarrollo

La Asamblea General de la Naciones Unidas, por medio de su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, adoptó la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, y en el Preámbulo expresó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“(...). *Reconociendo* que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan. (...).

”*Recordando* las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

909 Juan Pablo II. *Laborem Exercens*. Op. cit., pp. 11 y 12.

910 Virally, Michel. *El devenir del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 483.

”*Confirmando* que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable y que la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que componen las naciones”.

En el artículo 1º, se preceptuó:

“1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”.

DÍAZ MÜLLER resalta lo siguiente:

“a) El carácter inalienable del derecho del desarrollo.

”b) La libre determinación.

”c) La dimensión integral del concepto de desarrollo.

”d) El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación: incluyendo el derecho a la soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales”⁹¹¹.

“2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.

911 Díaz Müller. Op. cit., p. 22.

“Artículo 2.

”1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

”2. Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad del pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo.

”3. Los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste.

”Para la declaración sobre derecho al desarrollo queda claro que la persona es el sujeto central del desarrollo y su beneficiario.

”De tal manera, que en esta materia debería buscarse una solución integral: el derecho al desarrollo es un derecho individual y colectivo. Es una responsabilidad global.

”En lo que concierne al Estado, también aparece con claridad su rol en el proceso de desarrollo”⁹¹².

Comentando el numeral 3 del artículo 2º de la Declaración, DÍAZ MÜLLER señala lo siguiente:

912 Díaz Müller. Op. cit., p. 22.

“(…) es evidente que la Declaración no atribuye al Estado la responsabilidad exclusiva del derecho al desarrollo. El Estado aparece como partícipe, casi podría decirse como corresponsable de las políticas de desarrollo, y en ningún caso se le asigna el papel de actor, titular o sujeto de este derecho exclusivo”⁹¹³.

“Artículo 3.

”1. Los Estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales para la realización del derecho al desarrollo. (...).

”Artículo 4.

”1. Los Estados tienen el deber de adoptar, individual y colectivamente, medidas para formular políticas adecuadas de desarrollo internacional a fin de facilitar la plena realización del derecho al desarrollo. (...).

”Artículo 6.

”(…). 2. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales.

”Artículo 7.

”Todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales (...).”

913 Díaz Müller. Op. cit., pp. 22 y 23.

4.2.2 CARACTERIZACIONES SOBRE EL DERECHO AL DESARROLLO

“El desarrollo es un proceso global en la medida que comprende un conjunto de factores económicos, políticos, culturales, tecnológicos, y naturalmente el orden jurídico. Se trata de un concepto multidimensional”⁹¹⁴.

“(…) el derecho al desarrollo, concebido como el derecho de todo hombre y pueblo a mejorar constantemente su estructura de oportunidades vitales y a disfrutar de condiciones de vida dignas, libre de sujeciones externas, implica tanto como un derecho individual cuanto un derecho colectivo que requieren un determinado orden internacional y políticas nacionales consistentes con la promoción del desarrollo humano.

”En una y otra dimensiones, individual y colectiva, el derecho al desarrollo supone, según no solo la doctrina sino también la propia Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, de las Naciones Unidas de 1986, una obligación pasiva sobre toda la comunidad internacional y de los Estados Nacionales, lo mismo que de actores privados dentro del derecho económico internacional, para asegurar índices cualitativamente suficientes de desarrollo humano, mediante la cooperación y la solidaridad económica transnacional y la positivización doméstica de ese derecho, a la vez que la responsabilidad activa de individuos y pueblos para asumir el ejercicio de los derechos concomitantes. La manifestación concreta de un orden internacional más equitativo aparecería en agendas bilaterales y multilaterales en que la deuda externa y la vinculación ventajosa de los países en desarrollo a los beneficios de la economía mundial se refractarán internamente en mayor acceso, precisamente, *al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales* que, a su vez, amplíen el marco de libertades *civiles y políticas*, es decir, desarrollo económico constante junto con una estrategia

914 Díaz Müller. Op. cit., pp. 26 y 27.

de satisfacción de necesidades básicas de la población”⁹¹⁵ (resaltado fuera del texto).

“El derecho y el bienestar de las personas no debe ser únicamente resultado de su esfuerzo personal sino, además, de los esfuerzos generales del propio Estado y de la comunidad internacional.

”Implicito está aquí el principio de *solidaridad*, el cual debe regir el esfuerzo nacional e internacional tendiente al beneficio económico, social y cultural –y, en general– al desarrollo integral de todos los ciudadanos del planeta”⁹¹⁶.

En cuanto a los esfuerzos nacionales e internacionales que deberán alcanzarse garantizando el desarrollo para eliminar la pobreza, las Naciones Unidas en la Declaración del Milenio (2000) expresan:

“12. Resolvemos, en consecuencia, crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza.

”13. El logro de esos objetivos depende, entre otras cosas, de la buena gestión de los asuntos públicos en cada país. Depende también de la buena gestión de los asuntos públicos en el plano internacional (...).”.

Otra visión de las caracterizaciones del derecho al desarrollo es presentada por JOSÉ JUSTE RUIZ:

“El derecho al desarrollo posee pues un carácter multidimensional, que no se limita a los aspectos puramente cuantitativos (crecimiento económico, aumento de la producción y del comercio, incremento de la riqueza) sino que incluye una dimensión social y cultural, con un objetivo final

915 Ávila Ortiz. Op. cit., p. 53.

916 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual de Derechos Humanos*, op. cit., p. 134.

de justicia. El derecho al desarrollo se configura, así, como un derecho complejo, que reclama un mejoramiento cuantitativo y cualitativo de las condiciones de vida de los individuos y de los pueblos. Es por lo tanto un derecho individual, predicable para cada uno de los componentes del grupo social cuyo desarrollo se persigue; pero es también derecho colectivo, porque se ha fraguado en relación con las necesidades de los pueblos. Es también un derecho de amplio espectro, que incluye diversos elementos de progreso económico, social, cultural, político y humano, cuya realización no puede alcanzarse más que mediante una acción positiva y progresiva en los planos internacional y nacional”⁹¹⁷.

De lo anterior, se deriva quiénes son los sujetos activo y pasivo del derecho al desarrollo.

4.2.3 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Con fundamento en el artículo 1.1, CARLOS VILLÁN DURÁN considera lo siguiente: “Se configura, así, como un derecho *síntesis* al englobar la totalidad de los derechos humanos, de doble titularidad (individuo y pueblos), pluridimensional y, como todo derecho humano, universal e inalienable”⁹¹⁸.

El artículo 2º señala como *sujeto activo* del derecho al desarrollo a la “persona humana y a todos los pueblos”. La Resolución 41 “se encargó de subrayar que, en caso de duda, se debe considerar que el derecho de los individuos es superior al de los pueblos”⁹¹⁹.

En similar forma, se señala como *sujeto pasivo* de este derecho a los Estados y a la comunidad internacional, aclarando que en la relación jurídica se vinculan, por lo general, como sujetos pasivos las grandes corporaciones internacionales (como, por

917 Juste Ruiz. Ob. cit., p. 325.

918 Villán Durán, Carlos, “La seguridad preventiva como nuevo riesgo para los derechos humanos”. En: *La seguridad preventiva como nuevo riesgo para los derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 35.

919 De Castro Cid. Op. cit., p. 316.

ejemplo, Coca-Cola), apadrinadas por las grandes potencias económicas (EE.UU.) y con el silencio cómplice o manipulado de los gobiernos débiles de los Estados sub-desarrollados.

4.3 EL DERECHO A LA PAZ

En los derechos humanos de tercera generación, como lo anotamos, se halla el *derecho a la paz*.

“A partir de la Carta de las Naciones Unidas la comunidad internacional ha iniciado un proceso todavía inconcluso de positivación del *derecho a la paz* como un derecho humano autónomo (...), expresión no sólo de las exigencias de la solidaridad internacional, sino también de los derechos humanos progresivamente incorporados al moderno derecho internacional de los derechos humanos”⁹²⁰.

“De sobra es conocido que hay pocos anhelos tan humanos como el deseo de paz. La mayor parte de las personas aspiran, por encima de cualquier otra cosa, a desarrollar su existencia en paz. (...) El concepto de paz que ahora estamos manejando, no obstante, debe ir más allá de la ausencia de guerra, porque, desde nuestra perspectiva, no se puede hablar de verdadera paz si no es en una situación en la que se cumplen unos requisitos mínimos de respeto a la libertad y de justicia”⁹²¹.

La Asamblea General de las Naciones Unidas expidió la Resolución 33 del 15 de diciembre de 1978, por la cual se aprobó la *Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz*, y la Resolución 39 de noviembre 12 de 1984, por la cual se aprobó la *Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz*.

Veamos estos instrumentos internacionales que reconocen el *derecho humano a la paz*.

920 Villán Durán, *La seguridad preventiva como nuevo riesgo para los derechos humanos*, op. cit., p. 37.

921 De Castro Cid. Op. cit., p. 314.

4.3.1 **DECLARACIÓN SOBRE LA PREPARACIÓN DE LAS SOCIEDADES PARA VIVIR EN PAZ**

“La Asamblea General,

”Recordando que en la Carta de los pueblos de las Naciones Unidas proclamaron que estaban resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra y que uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas es el de mantener la paz y la seguridad internacionales. (...).

”Reafirmando el derecho de las personas, los Estados y toda la humanidad a vivir en paz.

”Consciente de que, puesto que las guerras comienzan en la mente de los hombres, es allí donde debe construirse la defensa de la paz.

”Recordando la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos del 7 de diciembre de 1995.

”Recordando así mismo la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, y teniendo presente que en éste último se establece, entre otras cosas, que toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.

”Artículo 1.1.

”Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz. El respeto de ese derecho, así como de los demás Derechos Humanos, redundará en el interés común de toda la humanidad y es una condición indispensable para el adelanto de todas las naciones, grandes y pequeñas, en todas las esferas”.

4.3.2 DECLARACIÓN SOBRE EL DERECHO DE LOS PUEBLOS A LA PAZ

“Reafirmando que el propósito principal de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, (...),

”Consciente de que en la era nuclear el establecimiento de una paz duradera en la Tierra constituye la condición primordial para preservar la civilización humana y su existencia;

”Reconociendo que garantizar que los pueblos vivan en paz es el deber sagrado de todos los Estados;

”1. Proclama solemnemente que los pueblos de nuestro planeta tienen el derecho sagrado a la paz;

”2. Declara solemnemente que proteger el derecho de los pueblos a la paz y fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado;

”3. Subraya que para asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz se requiere que la política de los Estados esté orientada hacia la eliminación de la amenaza de la guerra, especialmente de la guerra nuclear, a la renuncia del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y al arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;

”4. Hace un llamamiento a todos los Estados y a todas las organizaciones internacionales para que contribuyan por todos los medios a asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz mediante la adopción de medidas pertinentes en los planos nacional e internacional”.

“En el plano de las relaciones interhumanas la potencialidad de las modernas tecnologías de la información ha permitido,

por vez primera, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Ello ha posibilitado que se adquiriera conciencia universal de los peligros más acuciantes que amenazan la supervivencia de la especie humana. El desarrollo actual de la industria bélica sitúa a la humanidad ante la ominosa perspectiva de una hecatombe de proporciones mundiales capaz de convertir nuestro planeta en un inmenso cementerio. De ahí, que la temática de la paz haya adquirido un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades insatisfechas de los hombres y de los pueblos del último período de nuestro siglo, y que tal temática entrañe una inmediata proyección subjetiva”⁹²².

4.3.3 CARACTERIZACIONES SOBRE EL DERECHO A LA PAZ

“El contenido jurídico de un derecho a la paz, a vivir en paz, como derechos de los pueblos, de la humanidad, el individuo frente al Estado, sería un catálogo de los siguientes derechos: un derecho que tienen los individuos de reclamar frente a sus gobiernos, un derecho del pueblo a participar en las decisiones de su gobierno referentes a la guerra y a la paz e incluiría el ya derecho humano de la libre expresión de las ideas, pero en el contexto sería dirigido a la libertad de reunión y asociación de organizaciones para trabajar por la paz y las condiciones de la paz, el derecho de rehusarse a participar en la guerra o en la matanza de seres humanos, el derecho de la mayoría de los pueblos de obtener la verdad acerca de las acciones que toma el gobierno sobre la paz”⁹²³.

En cuanto al desafío bélico y la paz PÉREZ LUÑO expresa lo siguiente:

“El desarrollo actual de la industria bélica sitúa a la humanidad ante la ominosa perspectiva de una

922 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 29.

923 Ávila Ortiz. Op. cit., p. 52.

hecatombe de proporciones mundiales capaz de convertir a nuestro planeta en un inmenso cementerio. De ahí, que la temática de la paz haya adquirido un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades insatisfechas de los hombres y de los pueblos del último periodo de nuestro siglo, y tal temática entrañe una inmediata proyección subjetiva”⁹²⁴.

El Papa JUAN PABLO II, refiriéndose a todos los derechos humanos en interacción con la paz, en la Carta Encíclica *Laborem Exercens*, expresó lo siguiente:

“El respeto de este vasto conjunto de los derechos del hombre, constituye *la condición fundamental para la paz del mundo contemporáneo*: la paz, tanto dentro de los pueblos y de las sociedades como en el campo de las relaciones internacionales”⁹²⁵.

El esfuerzo de la comunidad internacional alrededor del fortalecimiento del derecho a la paz continúa avanzando, de acuerdo con ello, se ha convertido en uno de los principales propósitos de la ONU, siendo evidente en la consagración que de ello se realiza en cada instrumento, así, por ejemplo, lo constata la Declaración del Milenio (2000) en la cuál es evidente la mención de la paz a lo largo de todo el documento, y del que resaltamos el siguiente aparte, del Título II, numeral 9:

“(…) Aumentar la eficacia de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y de la seguridad, dotando a la Organización de los recursos y los instrumentos que necesitan en sus tareas de prevención de conflictos, resolución pacífica de controversias, mantenimiento de la paz y reconstrucción después de los conflictos (...)”.

924 Pérez Luño. *La tercera generación de derechos humanos*. Op. cit., p. 29.

925 Juan Pablo II. Op. cit., p. 76.

4.3.4 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

“Tal y como han proclamado numerosas Declaraciones Internacionales, son tanto las personas individuales, como las colectividades, las poseedoras de un derecho a la paz”⁹²⁶.

“Según contribuciones relevantes en la materia, la **titularidad** del derecho a la paz corresponde a los Estados (gobiernos), los pueblos (sociedades), los individuos (personas físicas) y la humanidad (comunidad internacional y otros actores sociales)”⁹²⁷.

En este punto, HÉCTOR GROS ESPIELL sostiene lo siguiente:

“El derecho a la paz, en este sentido, es uno de los derechos más complejos y que plantea más interrogantes al jurista. ¿Por qué? Porque el derecho a la paz hoy día se ha intentado conceptualizar como un derecho del cual pueden ser titulares, según los diferentes casos o situaciones, los Estados, los pueblos, los individuos y la humanidad. Como otros *nuevos* derechos, el derecho a la paz es un derecho a la vez individual y colectivo. En cuanto derecho individual es un Derecho Humano. En cuanto derecho colectivo puede ser un derecho de distintos sujetos colectivos: el Estado, los pueblos, las naciones, la humanidad. Se ha podido decir, de tal modo, como lo ha hecho PETTI, que como derecho individual tiene efectos internos e internacionales y como derecho colectivo tiene también efectos internos e internacionales”⁹²⁸.

En conclusión, los derechos humanos se relacionan estrechamente entre sí:

“(...) sin desarrollo no se puede hablar de libertad, y sin paz es imposible hablar de derecho a la vida, mientras que el

926 De Castro Cid. Op. cit., p. 314.

927 Ávila Ortiz. Op. cit., p. 51.

928 Gros Espiell. “El derecho a la Paz”. En: *Derechos Humanos y vida internacional*. Op. cit., pp. 125 y 126.

agotamiento de las reservas de recursos atenta directamente contra los derechos de las futuras generaciones de seres humanos. (...) sin paz, el desarrollo es imposible; sin desarrollo, los derechos humanos son ilusorios; sin derechos humanos, la paz no es más que violencia”⁹²⁹.

4.4 EL DERECHO AL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

“La comunidad internacional es una comunidad de Estados (...). La humanidad, entidad distinta de la simple sociedad interestatal, se constituye en comunidad de participación en el disfrute de los espacios y bienes calificados como patrimonio común de la humanidad, no conservando los Estados más que un limitado y controlado derecho de gestión. Comunidad de Estados y comunidad de personas y de pueblos, la comunidad internacional que el Derecho internacional anticipa es, también, necesariamente, una comunidad de bienes”⁹³⁰.

“Hablar de una propiedad común de toda la humanidad significa, hoy en día, tanto como reconocer que existen algunos bienes que, por su propio valor, no pueden pertenecer a seres humanos aislados o a comunidades o Estados. Significa que el respeto que nos merece la dignidad humana implica que algunos bienes pertenecen a la humanidad en su conjunto, y no se puede disponer de ellos sino de la forma en que lo disponga la humanidad (...).

”La declaración de un bien o una zona geográfica como patrimonio común de la humanidad implica, por tanto, varias consecuencias: en primer lugar, y como es evidente, que nadie puede apropiarse de ella; en segundo lugar, que debe existir una autoridad internacional que gestione su uso y conservación; en tercer lugar, que cualquier beneficio que surja como consecuencia de su explotación debe ser

929 De Castro Cid. Op. cit., pp. 311 y 321.

930 Pureza. Op. cit., pp. 73, 161, 247-248.

compartido equitativamente por toda la humanidad; en cuarto lugar, que las áreas o recursos designados como propiedad común podrán ser utilizados sólo con fines prácticos y en beneficio de todos; por último, que dichas áreas o recursos serán protegidas y preservadas para su uso por las generaciones futuras”⁹³¹.

Este derecho humano se reconoció en la *Convención para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en su 17ª reunión celebrada del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972, en París.

4.4.1 CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL, CULTURAL Y NATURAL

“Constatando que el patrimonio cultural y el patrimonio natural están cada vez más amenazados de destrucción no solo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que se agrava con fenómenos de alteración o destrucción aún más terribles.

”Considerando que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural y natural constituye un empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo.

”Considerando que la protección de ese patrimonio a escala nacional es, en muchos casos incompleta dada la magnitud de los medios que requiere y la insuficiencia de los recursos económicos científicos y técnicos del país en cuyo territorio se encuentra el bien que ha de ser protegido.

”Lo que significa que el conjunto de los Estados Partes en la Convención asume un deber de contribuir a la

931 De Castro Cid. Op. cit., p. 321.

salvaguardia y preservación de aquellos bienes culturales particularmente importantes, a través de mecanismos de asistencia técnica y financiera, pero también que esa asistencia debe canalizarse hacia el Estado territorial sin la mínima intención de sustituir a ese Estado y de sobrepasar sus competencias soberanas”⁹³².

“(…).

”Considerando que las Convenciones, recomendaciones y resoluciones internacionales existentes a favor de los bienes culturales y naturales, demuestran la importancia que une para todos los pueblos del mundo, la conservación de sus bienes únicos e irremplazables de cualquiera que sea el país a que pertenezcan.

”Considerando que ciertos bienes de patrimonio cultural y natural presentan un interés excepcional que exige que se conserven como elementos de patrimonio mundial de la comunidad entera.

”Considerando que, ante la amplitud y la gravedad de los nuevos peligros que les amenazan, incumbe a la colectividad internacional entera participar en la protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional teniendo una asistencia colectiva que sin reemplazar la ley del Estado interesado la complete eficazmente”.

”Considerando que es indispensable adoptar para ello unas disposiciones convencionales que establezcan un sistema eficaz de protección colectiva del patrimonio cultural y natural de valor excepcional organizada de una manera permanente y según métodos científicos y modernos”.

El artículo 1 contiene las siguientes definiciones, considerando como *patrimonio cultural*:

934 Pureza. Op. cit., p. 346.

- a. *Los monumentos.* Obras arquitectónicas, de escultura o pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.
- b. *Los conjuntos.* Grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad de integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia.
- c. *Los lugares.* Obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

El artículo 2, preceptúa que:

“Se considerarán *patrimonio cultural*:

”Los monumentos naturales contruidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

”Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas, que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico.

”Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural”.

El artículo 3 establece: “incumbirá a cada Estado Parte en la presente Convención identificar y delimitar los diversos bienes situados en su territorio y mencionados en los artículos 1 y 2”.

El artículo 4 preceptúa:

“(…) cada uno de los Estados Partes, en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico”.

El artículo 5, expresa:

“Con el objeto de garantizar una protección y una conservación eficaces y revalorizar lo más activamente posible el patrimonio cultural y natural situado en su territorio y en las condiciones adecuadas a cada país, cada uno de los Estados Partes en la presente Convención procurará dentro de lo posible:

”a) Adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general.

”b) Instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban.

”c) Desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural.

”d) Adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio, y

”e) Facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo”.

El artículo 6.1, preceptúa:

“Respetando plenamente la soberanía de los Estados en cuyos territorios se encuentre el patrimonio cultural y natural a que se refieren los artículos 1 y 2 sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio, los Estados Partes en la presente Convención reconocen que constituye un patrimonio universal en cuya protección la comunidad internacional entera tiene el deber de cooperar”.

El artículo 6.2, establece:

“Los Estados Partes se obligan, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención, a prestar su concurso para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural de que se trata el artículo 11, párrafos 2 y 4, si lo pide el Estado en cuyo territorio esté situado”.

El artículo 6.3, expresa:

“Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención se obliga a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural de que traten los artículos 1 y 2 situado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención”.

El artículo 7, preceptúa:

“Para los fines de la presente Convención, se entenderá por protección internacional del patrimonio mundial, cultural y natural, el establecimiento de un sistema de cooperación y asistencia internacional destinados a secundar a los Estados Partes en la Convención en los esfuerzos que desplieguen para conservar e identificar ese patrimonio”.

”De este modo, se trata de un sistema organizado en dos tiempos. Por un lado, los bienes culturales cuya excepcional relevancia determina su pertenencia al patrimonio cultural común de la humanidad permanecen sujetos a las competencias soberanas del Estado en el que se ubican. La soberanía del Estado territorial debe respetarse plenamente (art. 6.1), y ese principio es exactamente el que fundamenta la competencia exclusiva del Estado para la identificación y delimitación de los bienes que, situados en su territorio, forman parte del patrimonio mundial (art. 3). No obstante, el ejercicio de los derechos de soberanía y de los comunes derechos reales sobre tales bienes encuentra un límite infranqueable en el interés de la comunidad internacional en la protección y conservación de esos bienes (MONDEN y WILS, 1986: 336). En otras palabras, sin marginar el trasfondo mínimo de derechos inherentes a la soberanía del Estado, este interés de la comunidad internacional comprime los atributos tradicionales de la soberanía territorial y les añade un importante conjunto de obligaciones. En efecto, la Convención de 1972 pone énfasis en el necesario equilibrio entre el componente de autoridad y el componente funcional de la soberanía del Estado territorial: junto a los inalienables derechos de soberanía, incumben a los propios Estados obligaciones primarias de

tutela. Se incluye aquí un importante y decisivo conjunto de obligaciones de resultado: al margen de la identificación y delimitación, también la protección, conservación, rehabilitación y transmisión a las generaciones futuras (art. 4), para lo que el Estado adoptará las medidas jurídicas, financieras, científicas y educativas necesarias.

”Por otro lado, la Convención impone a la comunidad internacional en su conjunto –o, más precisamente, a la comunidad de Estados partes en la Convención, dado que se trata, en realidad, de un marco jurídico formado por obligaciones de un valor exclusivamente convencional– un deber de cooperación con el Estado territorial, bien a través de la obligación de cooperar de carácter general, bien a través de mecanismos institucionales apropiados (PUREZA, 1989). En cualquiera de los dos casos, ese deber de cooperación, previsto en el artículo 6.1, se concretará siempre respetando debidamente la plena soberanía del Estado territorial, por lo que nunca será más que un factor subsidiario de las medidas nacionales y destinado a completarlas eficazmente. A este efecto, la Convención determina «el establecimiento de un sistema de cooperación y asistencia internacional destinado a secundar a los Estados Partes en la Convención en [sus] esfuerzos» de conservación e identificación (art. 7)”⁹³³.

El artículo 8 crea un Comité intergubernamental, en los siguientes términos:

“1. Se crea en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura un Comité Intergubernamental de protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional, denominado «el Comité del Patrimonio Mundial». Estará compuesto de 15 Estados Partes en la Convención, elegidos por los Estados Partes en ella, constituidos en Asamblea General durante las reuniones ordinarias de la Conferencia General de la

933 Pureza. Op. cit., pp. 346-347.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura”.

La recomendación sobre la protección de los bienes culturales muebles, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en París, el 28 de noviembre de 1978, en el artículo 1º define los bienes culturales muebles, en los siguientes términos:

“Son bienes culturales muebles todos los bienes amovibles, expresión o testimonio de la creación humana o de la evolución de la naturaleza. Tienen valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico”.

4.4.2 CARACTERIZACIONES SOBRE EL DERECHO AL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

“Se construye en torno a los principios de no apropiación y de exclusión de la soberanía, el principio de uso pacífico, el principio de la libertad de acceso, exploración e investigación científica y el principio de la gestión racional de los recursos y de su reparto equitativo en beneficio de toda la humanidad, e implica «el reconocimiento de la existencia de ciertos intereses comunes y superiores que sobrepasan los objetivos inmediatos y superiores de los Estados» y que involucra «la idea de una participación de la comunidad internacional en la gestión del patrimonio común y en el reparto equitativo de sus recursos, que excluya toda apropiación o reclamación unilateral de soberanía y que comporte su utilización pacífica»⁹³⁴.

4.4.3 SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

En tratándose del *sujeto activo* del derecho humano del patrimonio común es la *humanidad*, por la cual se entiende “un conjunto de hombres y pueblos diferenciados y no idénticos que

934 Ávila Ortiz. Op. cit., p. 55.

desean preservar su propia personalidad sin negar por ello su pertenencia común al género humano”⁹³⁵.

En cuanto al *sujeto pasivo* de este derecho, el Estado es el responsable, tanto interna como internacionalmente, por el *patrimonio común de la humanidad*.

“(…) los derechos y libertades de la *tercera generación* se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada *contaminación de las libertades* (*liberties pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”⁹³⁶.

En una apretada síntesis, culminamos la breve explicación de los derechos humanos de tercera generación, y para no pasar por desapercibida la *Declaración de Johannesburgo*, nos ocuparemos a continuación de:

5. LA CUMBRE PARA LA TIERRA

5.1 CONFERENCIA DE JOHANNESBURGO (SUDÁFRICA)

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en Johannesburgo (Sudáfrica), celebró la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable, del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, con la participación de 191 Estados, 104 Jefes de Estado, un gran número de ONG ambientalistas y representantes del poder transnacional, en la que se adoptaron la *Declaración de Johannesburgo* y un Plan de Aplicación.

935 Ávila Ortiz. Op. cit., p. 55.

936 Pérez Luño. *Estado Constitucional y Generaciones de Derechos Humanos*. Op. cit., p. 1258.

KOFI ANNAN, Secretario General de las Naciones Unidas, entre los preparativos para la Cumbre de Johannesburgo publicó un Informe analizando el resultado de la aplicación del Programa 21 para el Desarrollo Sostenible, adoptado en Río de Janeiro (Brasil), en la Cumbre para la Tierra, 1992, entre éste año y el 2002, con la siguiente evaluación: la población mundial alcanzó la cifra de 6 mil millones en el año 2000; se espera que la cifra aumente a 8 mil millones en el 2025; la tasa mundial de pobreza en los países en desarrollo se redujo del 29% en 1990 al 23% en 1998; el número total de personas que viven en la pobreza disminuyó ligeramente de 1.300 millones a 1.200 millones; se estima que para el año 2025 alrededor del 54% de la población de los países en desarrollo residirán en las áreas urbanas; a medida que aumente la movilización de personas hacia las áreas urbanas, aumentará también el número de pobres en las ciudades; existen por lo menos 1.100 millones de personas sin acceso a agua potable segura; más del 8% de los niños en los países en desarrollo mueren antes de alcanzar la edad de 5 años; más de 113 millones de niños de edad escolar de los países en desarrollo no asisten a la escuela, siendo el 60% de éstos niñas; aproximadamente 815 millones de personas en todo el mundo están desnutridas; hay 36 millones de personas que viven con el VIH/SIDA; la expansión agrícola, para satisfacer la demanda creciente de alimentos, ha ocasionado un impacto adverso de grandes proporciones sobre los bosques, las praderas y los humedales; el agua potable es cada vez más escasa; más de 11.000 especies se consideran amenazadas y por encima de 800 especies se han extinguido debido a la pérdida de su hábitat; cerca del 50% de la producción de maderas cultivadas en el mundo se utilizan como leña combustible y el 90% de ella se consume en los bosques en desarrollo; alrededor del 27% de los arrecifes coralinos del mundo se ha perdido, por efecto de cambios climáticos; las emisiones de sustancias que destruyen la capa de ozono han alcanzado su máximo nivel⁹³⁷.

937 Información obtenida en Internet, disponible en:
www.johannesburgsummit.org

Lo anterior le permitió a NITIN DESAI⁹³⁸ concluir lo siguiente: “Si no hacemos algo para cambiar nuestros patrones de desarrollo, pondremos en riesgo la seguridad de la Tierra y sus habitantes a largo plazo”.

Con base en lo expuesto, la propuesta central giró alrededor de una pregunta: ¿En qué medida el mundo podría cambiar de rumbo para lograr un futuro sostenible? KOFI ANNAN identificó cinco áreas claves como centrales para las negociaciones en la Cumbre de Johannesburgo: agua y sanidad, energía, salud, productividad agrícola, biodiversidad y ecosistemas⁹³⁹.

Como consideraciones previas del Informe en el que se proponía un Plan de Acción, se resumen, entre otras, las siguientes:

“(…) Ha habido un progreso muy limitado en la reducción de la pobreza en los países en desarrollo, y la globalización, por sí misma, no ha beneficiado a la mayoría de la población mundial.

”(…) El enfoque de la Cumbre es reafirmar el compromiso político y la determinación, para ejecutar el plan de acción sobre el desarrollo sostenible, mediante nuevas iniciativas prácticas basadas en asociaciones (...)”.

En el Informe⁹⁴⁰ se proponía un Plan de Acción con diez puntos⁹⁴¹: mundialización para el desarrollo; mayor nivel de vida en las zonas rurales y urbanas; cambio de hábitos de consumo; mejoras en la salud; aprovechamiento de la energía; mejor gestión del agua; aportar recursos financieros; desarrollo de África; política internacional común para

938 Secretario General de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU.

939 Publicaciones varias de la ONU.

940 Naciones Unidas. Informe del Secretario General, “Progresos realizados en las actividades preparatorias de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible”. Documento A/56/379, de septiembre 19 de 2001.

941 Sólo se resaltan los títulos de la propuesta.

generar desarrollo sostenible y protección de la biodiversidad aportando soluciones a los problemas de pesca desmedida; explotación insostenible de los bosques y contaminación marina desde las áreas continentales.

De acuerdo a nuestro trazado metodológico, destacamos de la *Declaración de Johannesburgo*, lo siguiente:

“Desde nuestros Orígenes al Futuro

”1. Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable en Johannesburgo, Sudáfrica desde el 2 al 4 de septiembre de 2002, reafirmamos nuestro compromiso con el desarrollo sustentable.

”2. Nos comprometemos a construir una sociedad global humana, equitativa y conocedora de la necesidad de la dignidad humana para todos.

”3. A principios de esta Cumbre, los niños del mundo nos hablaron en una voz simple pero clara que el futuro les pertenece a ellos, y consiguientemente nos desafiaron a asegurar que mediante nuestras acciones ellos heredarán un mundo libre de indignidad e indecencia ocasionado por la pobreza, la degradación ambiental y los modelos insustentables de desarrollo.

”4. Como parte de nuestra respuesta a estos niños, que representan nuestro futuro colectivo, todos nosotros, viniendo desde cada rincón del mundo, informados por experiencias diferentes de vida, estamos unidos y conmovidos por un hondo sentido de necesidad urgente de crear un mundo nuevo de esperanza. (...).

”De Estocolmo a Río de Janeiro a Johannesburgo

”8. Hace treinta años, en Estocolmo, acordamos sobre la necesidad urgente de responder al problema del deterioro

ambiental, hace diez años, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, acordamos que la protección del ambiente, y desarrollo social y económico son fundamentales para el desarrollo sustentable, basado en los Principios de Río. Para lograr tal desarrollo, adoptamos el programa global, Agenda 21, y la Declaración de Río, a los cuales reafirmamos nuestro compromiso. La Cumbre de Río fue un hito importante que estableció una nueva agenda para el desarrollo sustentable.

”9. Entre Río y Johannesburgo las naciones del mundo se reunieron en varias conferencias importantes bajo la guía de las Naciones Unidas, incluyendo la Conferencia de Monterrey sobre Financiamiento para el Desarrollo, así como también la Conferencia Ministerial de Doha. Estas conferencias definieron para el mundo una visión extensa para el futuro de la humanidad. (...).

”Los desafíos que enfrentamos

”11. Reconocemos que la erradicación de la pobreza, el cambio de los modelos de producción y consumo, y la protección y administración de la base de recursos naturales para el desarrollo económico y social son objetivos transversales de, y requerimientos esenciales para el desarrollo sustentable.

”12. La línea profunda que divide la sociedad humana entre los ricos y pobres y la siempre creciente brecha entre los mundos desarrollados y en desarrollo presenta una amenaza importante a la prosperidad, seguridad y estabilidad global.

”13. El ambiente global continúa sufriendo. La pérdida de la diversidad biológica continúa, las reservas pesqueras continúan reduciéndose, la desertificación clama por tierra más y más fértil, los efectos adversos del cambio climático son ya evidentes, los desastres naturales son más frecuentes y

más devastadores y los países en desarrollo más vulnerables, y el aire, el agua y la contaminación marina continúan privando a millones de una vida decente.

”14. La globalización agregó una nueva dimensión a estos desafíos. La integración rápida de los mercados, la movilidad de capitales y aumentos significativos en los flujos de inversión alrededor del mundo han abierto nuevos desafíos y oportunidades para la búsqueda del desarrollo sustentable. Pero los beneficios y los costos de la globalización están irregularmente distribuidos, con países en desarrollo enfrentados a dificultades especiales para hacer frente a este desafío. (...).

”Nuestro Compromiso con el Desarrollo Sustentable

”(...

”19. Reafirmamos nuestros votos para poner un particular énfasis en, y dar atención prioritaria a la lucha contra las condiciones mundiales que presentan severas amenazas al desarrollo sustentable de nuestra gente. Entre estas condiciones están: el hambre crónico, la desnutrición, la ocupación extranjera, los conflictos armados, los problemas de drogas ilícitas, el crimen organizado, la corrupción, los desastres naturales, el tráfico ilícito de armas, el tráfico de personas, el terrorismo, la intolerancia y la incitación al odio racial, étnico, religioso y de otros tipos, la xenofobia, y las enfermedades endémicas, transmisibles y crónicas, en particular el VIH/SIDA, la malaria y la tuberculosis.

”20. Estamos comprometidos a asegurar que el fortalecimiento de las mujeres y la emancipación, y la igualdad de género están integradas en todas las actividades comprendidas dentro de la Agenda 21, las Metas de Desarrollo del Milenio y el Plan de Implementación de Johannesburgo. (...).

”28. También acordamos proveer asistencia para aumentar las oportunidades de generación de empleo, generador de

ingreso, tomando en cuenta la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales al Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). (...).

”El Multilateralismo es el Futuro

”(...

”33. Nos comprometemos a monitorear periódicamente hacia el logro de nuestros objetivos y metas de desarrollo sustentable.

”Hacer que suceda

”34. Estamos de acuerdo que este *debe* ser un proceso incluso, involucrando a todos los grupos principales y a los gobiernos que participaron en la histórica Cumbre de Johannesburgo.

”35. Nos comprometemos a actuar juntos, unidos por una determinación común de salvar nuestro planeta, promover el desarrollo humano y lograr la prosperidad universal y la paz.

”36. Nos comprometemos con el Plan de Implementación de Johannesburgo y con el rápido logro de las metas de tiempos, socio-económicas y ambientales contenidas en el mismo.

”37. Desde el continente africano, Cuna de la Humanidad, nos comprometemos solemnemente ante los pueblos del mundo, y las generaciones que con seguridad heredarán esta tierra, que estamos convencidos a asegurar que nuestra esperanza colectiva para el desarrollo sustentable se concreta”.

De la anterior Declaración se destacan las siguientes causas y consecuencias de la problemática considerada en la *Conferencia de Johannesburgo*:

En primer lugar, se hace el balance de los efectos producidos de la Declaración de Estocolmo hacia la Declaración de Río de Janeiro, y de ésta a la Cumbre de Johannesburgo, en que se adoptó la presente Declaración, siendo conscientes de que la *globalización* ha producido unos beneficios y costos irregularmente distribuidos en favor de los países altamente industrializados, en detrimento de los países en desarrollo.

En segundo lugar, el anterior fenómeno de la economía contemporánea conduce a profundizar la creciente brecha entre ricos y pobres, lo que constituye una amenaza global.

En tercer lugar, el ambiente global continúa deteriorándose, en distintas modalidades, como la pérdida de la diversidad biológica, se reducen las reservas pesqueras, la desertificación requiere de tierra más fértil, son más protuberantes los efectos adversos del cambio climático, los desastres naturales son más frecuentes, y los países en desarrollo más vulnerables.

¿Cuáles son las causas?: “Las causas principales son las características estructurales del sistema capitalista, que se pueden resumir en las siguientes tendencias: crecer fuerte e ilimitadamente, mundializarse y convertir al mercado en el instrumento regulador exclusivo de la actividad económica”⁹⁴².

Son estas las causas determinantes del deterioro del medio ambiente *mundial* a que se refiere el artículo 13 de la *Conferencia de Johannesburgo*. Es decir, vuelve el conflicto entre el capitalismo salvaje y la naturaleza; la única solución es la aplicación del *principio de primacía de la conservación de la naturaleza* sobre la liberación comercial (maximizar los beneficios), con una clara política de los Estados de someterse a este principio para preservación del ambiente sano para nuestros hijos, nietos, biznietos, etc., lo cual no resulta fácil si la economía del mercado global no se autorregula para

942 Gómez de Segura. Op. cit., p. 41.

conservar la naturaleza por encima del capital, en lo que denomina FRANCISCO OST la “auto-organización ecológica de las empresas”.

En cuarto lugar, estos efectos devastadores (se refiere a los mencionados en el artículo 13) y las siguientes condiciones mundiales amenazan seriamente el desarrollo sustentable: el hambre crónico, la desnutrición, la ocupación extranjera, los conflictos armados, los problemas de drogas ilícitas, el crimen organizado, la corrupción política, los desastres naturales, el tráfico ilícito de armas, el tráfico de personas, el terrorismo, la intolerancia y la incitación al odio racial, étnico, religioso y de otros tipos, la xenofobia y las enfermedades endémicas, transmisibles y crónicas, en particular el VIH/SIDA, la malaria y la tuberculosis.

“¿Se puede seguir manteniendo esa piedra angular (individualismo posesivo) en una época en que en nombre del derecho de propiedad y de la libertad de empresa se emiten gases de efecto invernadero o se están destruyendo los grandes pulmones del planeta?”⁹⁴³.

En quinto lugar, los niños se hicieron presentes en la Cumbre de Johannesburgo y alegaron que “el futuro les pertenece a ellos”, y por lo tanto los Estados se comprometieron a actuar juntos, unidos por una determinación común de salvar nuestro planeta, promover el desarrollo humano y lograr la prosperidad universal y la paz.

En sexto lugar, acordaron los Estado aumentar las oportunidades de generación de empleo, de conformidad con la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales de la OIT.

Estos propósitos tienen un común denominador: la indivisibilidad de la dignidad humana y la solidaridad (mejor

943 Gordillo. Op. cit., p. 19.

fraternidad) entre los pueblos del planeta, a fin de erradicar la pobreza y miseria globales.

“La Cumbre de Johannesburgo (2002) no avanzó en el planteamiento de un nuevo modelo de desarrollo sustentable y sostenido para las mayorías, que incorpora el tema del medio ambiente al tema del desarrollo. En fin, las Naciones Unidas (PNUD) no han sido capaces, quizá por falta de interés de las grandes potencias, de plantear un nuevo orden mundial democrático, justo y sostenido”⁹⁴⁴.

Sin embargo, consideramos que mientras se abra más la brecha entre países desarrollados y países en desarrollo, es decir, la concentración de riqueza (propiedad privada transnacional) por un lado, y el aumento vertiginoso de la pobreza por el otro, la realización real del desarrollo sostenible tardaría mucho, a fin de lograr una justicia social globalizada. Al respecto, compartimos la breve y elocuente consideración del especialista en la materia, ALBERTO RAMOS GARBIRAS, cuando sostiene lo siguiente:

“Desarrollo sostenible significa **que la propiedad privada debe tener una función ecológica**; en otras palabras, que la explotación de la tierra y los recursos no sea excesiva debiendo quedar la base sustentable: los recursos naturales también para las generaciones futuras”⁹⁴⁵.

“¿Qué predicción hace CHOMSKY, si es que hace alguna, para el mundo que sucumbe a la globalización? CHOMSKY nos presenta una sencilla elección:

”O: nos doblegamos a la injusticia y a la tiranía globales.

”O: nos unimos a la lucha por la justicia, la democracia y la libertad”⁹⁴⁶.

944 Díaz Müller. Op. cit., p. 76.

945 Ramos Garbiras, Alberto. *Temas ambientales*. 3ª ed. Cali: Imprenta Departamental del Valle del Cauca, 2002, p. 43.

946 Fox. *Chomsky y la globalización*. Op. cit., pp. 77 y 78.

Para finalizar, podríamos afirmar que los derechos humanos de tercera generación corresponden en la actualidad a lo que llamaríamos *constitucionalismo de la fraternidad o de la solidaridad*. “Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada”⁹⁴⁷.

A grandes rasgos, estas son las tres generaciones de los derechos humanos; estimamos que por razones pedagógicas y metodológicas se justifica la presentación histórica de los derechos humanos en “generaciones”, a fin de facilitar su comprensión para quienes se inician en su estudio, como se advirtió en el primer párrafo de este libro.

6. HACIA UNA DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con fundamento en lo expuesto, es decir, en las *generaciones de los derechos humanos*, presentamos a consideración de los lectores/ alumnos la siguiente definición de *Derechos Humanos*:

“Los derechos humanos son aquellas facultades que todos los seres humanos tienen para vivir dignamente como hermanos fraternales, reconocidos en las Constituciones y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

La explicación general de los elementos de esta definición, es la siguiente:

En primer lugar, todos potencialmente tenemos el derecho a nacer, aunque no tengamos el status del “*ser*”; cuando se nace, jurídicamente hablando, el ser humano tiene el derecho a seguir viviendo, gozando como mínimo de los siguientes derechos: a ser iguales formal y materialmente

947 Pérez Luño. “La tercera generación de derechos humanos”. Op. cit. p. 42.

ante la ley, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, condiciones sociales, económicas y políticas; a la personalidad jurídica; a alimentarse; a vestirse; a estudiar; a la salud y la seguridad social; al trabajo y a vivienda dignos; a igual salario por trabajo igual; a una remuneración equitativa y satisfactoria; a circular por el territorio; a fundar una familia; a ejercer las libertades espirituales e intelectuales; a opinar y a expresarse; a asociarse y reunirse con otros seres humanos; a ser libre y no ser detenido arbitrariamente, en el evento de imputársele la comisión de un delito, los derechos a que se presuma su inocencia, a la defensa y a un debido proceso, respetando el principio de legalidad; a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a vivir en paz con los demás seres humanos que integran su pueblo y el derecho de ese pueblo a gozar de todos los derechos humanos, independientemente de imposiciones y dominaciones económicas de otros pueblos extranjeros a fin de desarrollarse económica, social, religiosa y culturalmente; en segundo lugar, todos los seres humanos debemos vivir y compartir como verdaderos *hermanos fraternales*, o como lo establece el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a “comportarse *fraternalmente* los unos con los otros”: *sólo así se vivirá dignamente y se mantendrá la paz entre las personas, los pueblos indígenas, comunidades tribales o de afrodescendientes en el marco de la comunidad internacional.*

En segundo lugar, todos los derechos humanos no solo se deben garantizar en tiempo de paz, sino también en el marco de los conflictos armados internacionales e internos que padece la población civil.

Finaliza el Siglo XX y comienza el Siglo XXI con un luchador por la concientización del respeto por los derechos humanos de tercera generación en el planeta: JUAN PABLO II, quien hace un llamado a todos los seres humanos a reconciliarse *fraternalmente* como verdaderos hermanos, recordando el Evangelio según San Mateo: “5. Felices los que trabajan por la paz, porque serán reconocidos como hijos de Dios”.

El eslogan en el siglo XXI, sería el siguiente:

¡Hermanos de todos los países del mundo unidos!

Gracias YAHVÉH por darnos una oportunidad más de vida para seguir escribiendo para los pobres, los humildes y sin voz ante el poder, y enseñar los derechos humanos a las generaciones que están por venir.

**ERNESTO REY CANTOR
GIOVANNA ALEJANDRA REY ANAY
ÁNGELA MARGARITA REY ANAYA**

BIBLIOGRAFÍA

ABENDROTH, WOLFGANG Y OTROS (1986). “EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL”. EN: *EL ESTADO SOCIAL*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.



ALEXY, ROBERT S.F. “LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO”. EN: *REVISTA DERECHOS Y LIBERTADES*. Nº 8. MADRID, ENERO-JUNIO.

ALLEN, J.W. (1991). *A HISTORY OF POLITICAL THOUGHT IN THE SIXTEENTH CENTURY*. LONDRES.

ANDERSON, PERRY (1997). “EL DESPLIEGUE DEL NEOLIBERALISMO Y SUS LECCIONES PARA LA IZQUIERDA”. TOMADO DE: SADER, EMIR Y GENTILI, PABLO (COMP.). *LA TRAMA DEL NEOLIBERALISMO. MERCADO, CRISIS Y EXCLUSIÓN SOCIAL*. BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, CITADO POR VEGA CANTOR, RENÁN (1990). *NEOLIBERALISMO: MITO Y REALIDAD*. BOGOTÁ: EDICIONES PENSAMIENTO CRÍTICO.

ANDERSON, PERRY (2002). *EL ESTADO ABSOLUTISTA*. MÉXICO: SIGLO XXI EDITORES.

- APARISI MIRALLES, ÁNGELA (1955). *LA REVOLUCIÓN NORTEAMERICANA, APROXIMACIÓN A SUS ORÍGENES IDEOLÓGICOS*. MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.
- ARA PINILLA, IGNACIO (1994). *LAS TRANSFORMACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS*. MADRID: EDITORIAL TECNOS.
- ARAGÓN REYES, MANUEL (2001). *TEMAS BÁSICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. T. III. MADRID: EDITORIAL CIVITAS.
- ARANGO, RODOLFO (2005). *EL CONCEPTO DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES*. BOGOTÁ: EDITORIAL LEGIS.
- ASHTON, T.S. (2008). *LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL, 1760-1830*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- ASIMOV, ISAAC (1982). *LA FORMACIÓN DE FRANCIA*. MÉXICO: ALIANZA EDITORIAL.
- ASIMOV, ISAAC (1983). *LA FORMACIÓN DE AMÉRICA DEL NORTE*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL.
- ASIMOV, ISAAC (1985). *LA FORMACIÓN DE INGLATERRA*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL.
- ÁVILA ORTIZ, RAÚL (1999). “DERECHO ELECTORAL Y DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN EN AMÉRICA LATINA”. EN: *DEMOCRACIA Y REPRESENTACIÓN EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI*. MÉXICO: UNAM.
- BALDASARRE, ANTONIO (2001). *LOS DERECHOS SOCIALES*. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- BALDÓ LACOMBA, MARC. *LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL*. MADRID: EDITORIAL SÍNTESIS.
- BARBERO, VALENTINA Y GIRARDELLO, GRAZIELLA (2001). *DICCIONARIO AKAL DE LAS RELIGIONES*. MÉXICO: EDICIONES AKAL.

- BARNES, HARRY ELMER (1976). *HISTORIA DE LA ECONOMÍA DEL MUNDO OCCIDENTAL*. MÉXICO: UNIÓN TIPOGRÁFICA EDITORIAL.
- BAUMAN, ZYGMUNT (2002). “EL DESAFÍO ÉTICO DE LA GLOBALIZACIÓN”. EN: *PÁNICO EN LA GLOBALIZACIÓN*. BOGOTÁ: FICA.
- BAUMAN, ZYGMUNT (2004). *LA GLOBALIZACIÓN, CONSECUENCIAS HUMANAS*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- BECCARÍA, CÉSAR (1957). *TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS*. TRAD. DE CONSTANCIO BERNARDO DE QUIROS. PUEBLA (MÉXICO): EDITORIAL CAJICÁ.
- BECCARÍA, CESAR (2000). *DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS*. ESTUDIO INTRODUCTORIO DE SERGIO GARCÍA RAMÍREZ. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- BECK, ULRICH (1998). *¿QUÉ ES LA GLOBALIZACIÓN? FALACIAS DEL GLOBALISMO, RESPUESTAS A LA GLOBALIZACIÓN*. BARCELONA: EDICIONES PAIDÓS.
- BENSADON, NEY (2001). *LOS DERECHOS DE LA MUJER*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- BERGALLI, ROBERTO Y RESTA, ELIGIO (1996). *SOBERANÍA: UN PRINCIPIO QUE SE DERRUMBA*. BARCELONA: EDICIONES PAIDÓS.
- BERMEJO GÓMEZ DE SEGURA, ROBERTO (2006). “LIBRE COMERCIO VERSUS SOSTENIBILIDAD”. EN: *LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES COMUNES DE LA HUMANIDAD*. MADRID: EDITORIAL TROTTA.
- BEUCHOT, MAURICIO (1995). *DERECHOS HUMANOS. IUSPOSITIVISMO Y IUSNATURALISMO*. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
- BEUCHOT, MAURICIO Y SALDAÑA, JAVIER (2000). *DERECHOS HUMANOS Y NATURALEZA HUMANA*. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

- BIANCHI, ALBERTO B. (2009). *HISTORIA DE LA FORMACIÓN CONSTITUCIONAL DEL REINO UNIDO*. BUENOS AIRES: EDITORIAL CÁTEDRA JURÍDICA.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (1974). *LOS DERECHOS DEL HOMBRE*. BUENOS AIRES: EDITORIAL EDIAR.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (1991). *TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*. BUENOS AIRES: EDITORIAL ASTREA.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (1994). *MANUAL DE HISTORIA POLÍTICA*. BUENOS AIRES: EDITORIAL EDIAR.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN Y CARNOTA, WALTER F. (2000). *DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO*. T. II. BUENOS AIRES: ED. EDIAR.
- BOBBIO, NORBERTO (1973). *IGUALDAD Y LIBERTAD*. BARCELONA: EDITORIAL PAIDÓS.
- BOBBIO, NORBERTO (1999). *LIBERALISMO Y DEMOCRACIA*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- BOBBIO, NORBERTO S.F. *EL TIEMPO DE LOS DERECHOS*. MADRID: EDITORIAL SISTEMA.
- BODENHEIMER, ÉDGAR (1942). *TEORÍA DEL DERECHO*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- BODINO, JEAN (1973). *LOS SEIS LIBROS DE LA REPÚBLICA*. MADRID: EDITORIAL AGUILAR.
- BORJA, RODRIGO (1998). *ENCICLOPEDIA DE LA POLÍTICA*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- BOURETZ, PIERRE (1995). "IGUALDAD Y LIBERTAD: EN BUSCA DE LOS FUNDAMENTOS DEL VÍNCULO SOCIAL". EN: STÉPHANE RIALS ET AL. *LOS DERECHOS DEL HOMBRE* (LA DECLARACIÓN DE 1789). TRAD. DE RUBÉN SIERRA MEJÍA. INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA, LUIS CARLOS GALÁN.

- BREWER-CARÍAS, ALLAN (2005). *MECANISMOS NACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*. SAN JOSÉ DE COSTA RICA: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
- BROM, JUAN (1973). *ESBOZO DE HISTORIA UNIVERSAL*. MÉXICO: GRIJALBO.
- BRUÑÍ, GEOFFREY (2001). *LA EUROPA DEL SIGLO XIX (1815-1914)*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- CABANELLAS, GUILLERMO (1968). *DICCIONARIO DE DERECHO USUAL*. T. II. 6ª ED. BUENOS AIRES: EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA OMEBA.
- CARBONELL, MIGUEL (2001). *LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTUALIDAD, UNA VISIÓN DESDE MÉXICO*. BOGOTÁ: INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA.
- CARBONELL, MIGUEL (2004). *ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. MÉXICO: UNAM.
- CARBONELL, MIGUEL (2005). *UNA HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MÉXICO: UNAM, PORRÚA, CNDH.
- CARBONELL, MIGUEL (COORD.) (2002). *DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA, UNAM.
- CARBONELL, MIGUEL Y SALAZAR, PEDRO (2005). *LA DIVISIÓN DE PODERES: ORÍGENES Y PERSPECTIVAS ACTUALES*. MÉXICO: UNAM. DOCUMENTO DE TRABAJO.
- CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO (2000). *SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y DERECHOS HUMANOS EN DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO*. MADRID: EDITORIAL TECNOS.
- CAZZETTA, GIOVANNI (2004). "TRABAJO Y EMPRESA". EN: *EL ESTADO MODERNO EN EUROPA, INSTITUCIONES Y DERECHO*. MADRID: EDITORIAL TROTTA.

- CHASTENET, JACQUES (1947). *EL PARLAMENTO DE INGLATERRA*. BUENOS AIRES: EDITORIAL ARGOS.
- CHEVALLIER, JEAN JACQUES (1997). *LAS GRANDES OBRAS POLÍTICAS DESDE MAQUIAVELO HASTA NUESTROS DÍAS*. BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS.
- CHIPOCO, CARLOS. “LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”. EN: *ESTUDIOS BÁSICOS DE DERECHOS HUMANOS*. T. I. SAN JOSÉ DE COSTA RICA: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, IIDH.
- CHOMSKY, NOAM (1975). *POR RAZONES DE ESTADO*. BARCELONA: EDITORIAL ARIEL.
- COHN, HAIM H. (1996). *LOS DERECHOS HUMANOS EN LA BIBLIA Y EN EL TALMUD*. BARCELONA: EDITORIAL RIOPIEDRAS.
- COOK, CHRIS (2004). *DICCIONARIO DE TÉRMINOS HISTÓRICOS*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL.
- CORBELLA MADUEÑO, JOSÉ; CABALLERO GONZÁLEZ, CARLOS Y ÁLVAREZ LEÓN, ESTEBAN (2000). *HISTORIA UNIVERSAL*. MÉXICO: MCGRAW HILL.
- DALE K. VAN KLEY (2002). *LOS ORÍGENES RELIGIOSOS DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA*. MADRID: EDICIONES ENCUENTRO.
- DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (2006). *DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MANUAL*. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA.
- DE CABO MARTÍN, CARLOS (2000). *SOBRE EL CONCEPTO DE LEY*. MADRID: EDITORIAL TROTTA.
- DE CASTRO CID, BENITO (2003). *INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS*. MADRID: EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.
- DE LUCAS, J. (1991). *¿ES POSIBLE ENGAÑAR AL PUEBLO?* MADRID: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.

DE PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN Y ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCOJAVIER (1998). “LOS DERECHOS EN LA REVOLUCIÓN INGLESA”. EN: *HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. T. I. GREGORIO PECES-MARTÍNEZ Y EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (DIRS.). *TRÁNSITO A LA MODERNIDAD SIGLOS XVI y XVII*. MADRID: EDITORIAL DYKINSON.

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO (2004). *EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL*. VALENCIA: EDITORIAL TIRANT LO BLANCH.

DECLARACIÓN DE RÍO DE 1992, PRINCIPIO 2.

DÍAZ MÜLLER, LUIS T. (2003). “GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS”. EN: *GLOBALIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS*. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

DÍAZ MÜLLER, LUIS T. (2004). *EL DERECHO AL DESARROLLO Y AL NUEVO ORDEN MUNDIAL*. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

DICCIONARIO DE TÉRMINOS HISTÓRICOS.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, ANTONIO (1990). *LAS CLAVES DEL DESPOTISMO ILUSTRADO, 1715-1789*. BARCELONA: EDITORIAL PLANETA.

DONNELLY, JACK (1994). *DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES*. MÉXICO: EDITORIAL GERNIKA.

DUVERGER, MAURICE (1970). *INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DERECHO CONSTITUCIONAL*. BARCELONA: EDITORIAL ARIEL.

ESCÁMEZ, J. (1998). “VALORES EMERGENTES Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACIÓN”. EN: *REVISTA ESPAÑOLA DE PEDAGOGÍA*. N° 211. MADRID.

FAZIO VENGOA, HUGO (1999). “LA GLOBALIZACIÓN: ENTRE LOS IMAGINARIOS Y LA REALIDAD”. EN: FABIO LÓPEZ DE LA ROCHE (ED.). *GLOBALIZACIÓN, INCERTIDUMBRES Y POSIBILIDADES*. BOGOTÁ: TERCER MUNDO EDITORES.

- FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN (2003). *IGUALDAD Y DERECHOS HUMANOS*. MADRID: EDITORIAL TECNOS.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, PLÁCIDO S.F. *EL JUEZ NATURAL DE LOS PARLAMENTARIOS*. MADRID: EDITORIAL CIVITAS.
- FERRAJOLI, LUIGI (2001). *DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GALANTISMO PENAL*. MADRID.
- FIORAVANTI, MAURIZIO (1996). *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. APUNTES DE HISTORIA DE LAS CONSTITUCIONES*. MADRID: EDITORIAL TROTТА.
- FIORAVANTI, MAURIZIO (2001). *CONSTITUCIÓN*. MADRID: EDITORIAL TROTТА.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR Y VALENCIA CARMONA, SALVADOR (2001). *DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y COMPARADO*. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA.
- FLEINER, THOMAS (1999). *DERECHOS HUMANOS*. BOGOTÁ: EDITORIAL TEMIS.
- FOX, JEREMY (2001). *CHOMSKY Y LA GLOBALIZACIÓN*. BARCELONA: EDITORIAL GEDISA.
- FRANCISCO Y VALIENTE, TOMÁS (1992). *EL DERECHO PENAL DE LA MONARQUÍA ABSOLUTA, SIGLOS XVI, XVII Y XVIII*. MADRID: EDITORIAL TECNOS.
- FROMONT, MIGUEL (1991). *LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. ALEMANIA, ESPAÑA, FRANCIA E ITALIA. OBRA COLECTIVA DIRIGIDA POR ANTONIO LÓPEZ PINA. MADRID: EDITORIAL CIVITAS.
- FUNCK-BRENTANO, FRANTZ (1953). *EL ANTIGUO RÉGIMEN*. BARCELONA: EDICIONES DESTINO.

GARCÍA CÁRCCEL, RICARDO (1990). *LA INQUISICIÓN*. MADRID: EDITORIAL ANAYA.

GARCÍA DE CORTÁZAR, JOSÉ ÁNGEL Y RUIZ DE AGUIRRE (1977). *MANUAL DE HISTORIA UNIVERSAL. EDAD MEDIA*. MADRID: EDICIONES NÁJERA.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (2001). *LA LENGUA DE LOS DERECHOS. LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO EUROPEO TRAS LA REVOLUCIÓN FRANCESA*. MADRID: EDITORIAL CIVITAS.

GARCÍA HERNÁN, DAVID (2007). *HISTORIA UNIVERSAL. XXI CAPÍTULOS FUNDAMENTALES*. MADRID: EDITORIAL SILEX.

GARCÍA MANRIQUE, RICARDO S.F. “SENTIDO Y CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DE 1789 Y TEXTOS POSTERIORES”. EN: *HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. T. II. SIGLO XVIII. VOL. III.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO (2000). *ESTUDIOS JURÍDICOS, “CÉSAR BECCARÍA Y LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE 1789”*. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

GARCÍA, CARMELO (1999). *LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SITUACIÓN ACTUAL DEL MUNDO*. MADRID: PPC, EDITORIAL Y DISTRIBUIDORA S.A.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL (1984). *DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL S.A.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL (2001). *LA CIUDAD MERCANTIL MEDIEVAL*. CARACAS.

GÉLARD, PATRICE (1993). “ARTICLE 3”. EN: *VII AA., LA DÉCLARATION DES DROITS DE L’HOMME ET DU CITOYEN DE 1789*. PARIS: ECONÓMICA.

GIOLITTO, PIERRE (1984). *PEDAGOGÍA DEL MEDIO AMBIENTE*. BARCELONA: EDITORIAL HERDER.

- GÓMEZ GRANILLO, MOISÉS (2005). *BREVE HISTORIA DE LAS DOCTRINAS ECONÓMICAS*. 22ª ED. MÉXICO: EDITORIAL ESFINGE.
- GONNARD, RENÉ (1968). *HISTORIA DE LAS DOCTRINAS ECONÓMICAS*. 8ª ED. MADRID: EDITORIAL AGUILAR.
- GONZÁLEZ, NAZARIO (2002). *LOS DERECHOS HUMANOS EN LA HISTORIA*. MÉXICO: EDITORIAL ALFAOMEGA.
- GONZÁLEZ, ÓSCAR (2003). “LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN”. EN: DÍAZ MÜLLER (COMP.). *GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS*. MÉXICO: UNAM.
- GRAÑA, EDUARDO Y ÁLVAREZ, CÉSAR (2003). *PRINCIPIOS DE TEORÍA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN*. BUENOS AIRES: EDITORIAL AD HOC.
- GROS ESPIELL, HÉCTOR (1995). “EL DERECHO A VIVIR Y EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO”. EN: *DERECHOS HUMANOS Y VIDA INTERNACIONAL*. MÉXICO: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.
- GROSS ESPIELL, HÉCTOR (1998). “LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: POSIBILIDADES Y LIMITACIONES PARA LOGRAR SU VIGENCIA”. EN: *ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS*. MADRID: EDITORIAL CIVITAS.
- GROSS ESPIELL, HÉCTOR (1985). *ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS*. T. I. CARACAS: EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA.
- GROSSI, PAOLO (2004). “PROPIEDAD Y CONTRATO”. EN: MAURICIO FIORAVANTI (ED.). *EL ESTADO MODERNO EN EUROPA. INSTITUCIONES Y DERECHO*. MADRID: EDITORIAL TROTTA.
- HÄBERLE, PETER (1994). “EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”. TRAD. DE M.J. FARIÑAS. EN: SAUCA, J.M. (ED.). *PROBLEMAS ACTUALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: BOE-UNIVERSIDAD CARLOS III.

- HABERLE, PETER (1998). *LIBERTAD, IGUALDAD, FRATERNIDAD. 1789 COMO HISTORIA, ACTUALIDAD Y FUTURO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*. MADRID: EDITORIAL MÍNIMA TROTTA.
- HEATER, DEREK (2007). *CIUDADANÍA. UNA BREVE HISTORIA*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL.
- HECKSCHER, ELÍ F. (1943). *LA ÉPOCA MERCANTILISTA*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- HELD, DAVID (1999). *GLOBAL TRANSFORMATIONS*. SIN DATOS EDITORIALES.
- HELD, DAVID (1997). *LA DEMOCRACIA Y EL ORDEN GLOBAL*. BARCELONA: EDITORIAL PAIDÓS.
- HERRERA ORTIZ, MARGARITA (2003). *MANUAL DE DERECHOS HUMANOS*. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA.
- HEWITT DE ALCÁNTARA, CYNTHIA Y MINUJIN, ALBERTO (1999). *GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS HUMANOS*. (PRÓLOGO). BOGOTÁ: UNICEF Y SANTILLANA.
- HOBSBAWM, ERIC J. (2003). *EN TORNO A LOS ORÍGENES DE LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL*. MADRID: SIGLO XXI.
- JELLINEK, GEORG (2000). *LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO*. ESTUDIOS PRELIMINARES DE ADOLFO POSADA Y MIGUEL CARBONELL. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
- JONES, J. (1981). *THE 1848 REVOLUTIONS*. LONDRES.
- JUAN PABLO II (2000). *CARTA ENCÍCLICA LABOREM EXERCENS*. BOGOTÁ: EDICIONES PAULINAS.
- KAMEN, HENRY (1967). *LOS CAMINOS DE LA TOLERANCIA*. MADRID: EDICIONES GUADARRAMA.

- KAPLAN, MARCOS (2002). “EL SISTEMA INTERNACIONAL: LÍMITES, PARADOJAS Y POSIBILIDADES”. EN: VALDÉS UGALDE, JOSÉ LUIS Y VALADÉS, DIEGO (COORDS.). *GLOBALIDAD Y CONFLICTO. ESTADOS UNIDOS Y LA CRISIS DE SEPTIEMBRE*. MÉXICO: UNAM.
- KÜNG, HANS (2003). *LA IGLESIA CATÓLICA. BREVE HISTORIA UNIVERSAL*. BARCELONA: GRUPO EDITORIAL RANDOM HOUSE MONDADORI, S.L.
- LA ENCICLOPEDIA*. VOL. 8. BOGOTÁ: SALVAT, 2004.
- LAPORTA, F. (1987). “SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS”. EN: *DOXA*. N° 4.
- LASSALLE RUIZ, JOSÉ MARÍA (2001). *JOHN LOCKE Y LOS FUNDAMENTOS MODERNOS DE LA PROPIEDAD*. MADRID: EDITORIAL DYKINSON.
- LEMUS DELGADO, DANIEL Y MORALES SANDOVAL, CLAUDIO (2007). *HISTORIA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA. DESDE LA FRAGMENTACIÓN DEL SISTEMA FEUDAL HASTA EL CONGRESO DE VIENA*. MÉXICO: LIMUSA.
- LEÓN XIII S.F. *RERUM NOVARUM*. BOGOTÁ: EDICIONES PAULINAS.
- LIVET, GEORGES (1971). *LAS GUERRAS DE RELIGIÓN (1559-1598)*. BARCELONA: OIKOS-TAU, S.A. EDICIONES.
- LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER (2005). *CESARE BECCARÍA Y EL DERECHO PENAL HOY*. SAN JOSÉ DE COSTA RICA: EDITORIAL JURÍDICA CONTINENTAL.
- LOPERENA ROTA, DEMETRIO (1996). *EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE ADECUADO*. MADRID: EDITORIAL CIVITAS.
- LOPERENA ROTA, DEMETRIO (1998). *LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL*. MADRID: EDITORIAL CIVITAS.
- LÓPEZ MONROY, JOSÉ DE JESÚS (2001). *SISTEMA JURÍDICO DEL COMMON LAW*. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA.

- LÓPEZ ZURINI, S. Y M. (1971). *NOCIONES DE HISTORIA DE DERECHO POLÍTICO*. 2ª ED. BUENOS AIRES: COOPERADORA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.
- LÓPEZ, MARIO JUSTON (1984). *MANUAL DE DERECHO POLÍTICO*. 2ª ED. BUENOS AIRES: EDICIONES DEPALMA.
- LUCAS VERDÚ, PABLO (1975). *LA LUCHA POR EL ESTADO DE DERECHO*. BOLONIA: PUBLICACIONES DEL REAL COLEGIO DE ESPAÑA.
- LYONS, LEWIS (2005). *HISTORIA DE LA TORTURA*. MÉXICO: EDITORIAL DIANA.
- MACAULAY TREVELYAN, GEORGE S.F. *HISTORIA POLÍTICA DE INGLATERRA*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- MADRIGAL C., PATRICIA (1995). *LA LEGISLACIÓN COMO UN INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE*. SAN JOSÉ DE COSTA RICA: IIDH.
- MAQUIAVELO, NICOLÁS (1933). *EL PRÍNCIPE*. COMENTADO POR NAPOLEÓN BONAPARTE. MADRID: EDICIONES IBÉRICA.
- MAQUIAVELO, NICOLÁS S.F. *DISCURSOS SOBRE LAS DÉCADAS DE TITO LIVIO*. EXTRACTOS.
- MARTÍNEZ DE VALLEJO, FUSTER B. (1992). “LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES”. EN: BALLESTEROS J. *LOS DERECHOS HUMANOS. CONCEPTO, FUNDAMENTO, SUJETOS*. MADRID: EDITORIAL TECNOS.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, MIGUEL ÁNGEL (1999). *LA CUNA DEL LIBERALISMO. LAS REVOLUCIONES INGLASAS DEL SIGLO XVII*. BARCELONA: EDITORIAL ARIEL.
- MARX, CARLOS (1971). *LA CUESTIÓN JUDÍA*. 2ª ED. BARCELONA: EDITORIAL MARTÍNEZ ROCA, CITADO POR ESCAMILLA HERNÁNDEZ, JAIME (1991). *EL CONCEPTO DEL DERECHO EN EL JOVEN MARX*. MÉXICO: EDICIONES ARMELLA.

- MARX, CARLOS Y ENGELS, FEDERICO (2000). *EL MANIFIESTO DEL PARTIDO COMUNISTA (1848)*. BOGOTÁ: EDICIONES CIENCIA Y DERECHO.
- MATTEUCCI, NICOLA (1998). *ORGANIZACIÓN DEL PODER Y LIBERTAD, HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO*. MADRID: EDITORIAL TROTTA.
- MEGÍAS QUIRÓS, JOSÉ JUSTO (2006). *MANUAL DE DERECHOS HUMANOS*. NAVARRA (ESPAÑA): EDITORIAL THOMSON ARANZADI.
- MELOSSI, DARÍO Y PAVARINI, MASSIMO (2005). *LOS ORÍGENES DEL SISTEMA PENITENCIARIO*. MADRID: SIGLO VEINTIUNO EDITORES.
- MIJAILOV, M.I. (1998). *LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL*. BOGOTÁ: EDITORIAL CUPIDO.
- MONTESQUIEU (1984). *EL ESPÍRITU DE LAS LEYES*. BUENOS AIRES: EDITORIAL HELIASTA.
- MORENO, ISIDORO (2001). “MUNDIALIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y NACIONALISMO: LA QUIEBRA DEL MODELO DE ESTADO-NACIÓN”. EN: *ESTADO CONSTITUCIONAL Y GLOBALIZACIÓN*.
- MOUSNIER, RONALD (1986). *LA MONARQUÍA ABSOLUTA EN EUROPA DEL SIGLO V A NUESTROS DÍAS*. MADRID: EDICIONES TAURUS.
- MUNCK, THOMAS (2000). *HISTORIA SOCIAL DE LA ILUSTRACIÓN*. BARCELONA: EDITORIAL CRÍTICA.
- NEISSA DE MANTILLA, ANA CARMEN (1984). *HISTORIA DE LA EDAD MEDIA*. BOGOTÁ: EDITORIAL EDUARDO SALAZAR.
- NOBLET, ALBERT (1944). *LA DEMOCRACIA INGLESA*. MÉXICO: EDICIONES CASTILLA.
- OCHANDO CLARAMUNT, CARLOS (2002). *EL ESTADO DEL BIENESTAR*. BARCELONA: EDITORIAL ARIEL.

- OSORIO, MANUEL (1999). *DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES*. 26ª ED. BUENOS AIRES: EDITORIAL HELIASTA.
- OST, F. (1996). *NATURALEZA Y DERECHO. PARA UN DEBATE ECOLÓGICO EN PROFUNDIDAD*. BILBAO: EDITORIAL MENSAJERO.
- PAINE, THOMAS (1962). *LOS DERECHOS DEL HOMBRE*. BUENOS AIRES: EDITORIAL AGUILAR.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO (1988). “SOBRE EL PUESTO DE LA HISTORIA EN EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”. EN: *ESCRITOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: EUDEMA.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO (1999). *CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES. TEORÍA GENERAL*. MADRID: UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO (1999). *DERECHOS SOCIALES Y POSITIVISMO JURÍDICO*. MADRID: INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, DYKINSON.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO Y DORADO PORRAS, JAVIER S.F. “DERECHO, SOCIEDAD Y CULTURA EN EL SIGLO XVIII”. EN: *HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. T. III. VOL. I. SIGLO XVIII.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO Y OTROS (2001). *HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. T. II. VOL. I. *EL CONTEXTO SOCIAL Y CULTURAL DE LOS DERECHOS. LOS RASGOS GENERALES DE EVOLUCIÓN*. MADRID: EDITORIAL DYKINSON.
- PECES-BARBA, GREGORIO (1990). “LOS DERECHOS HUMANOS: LA MORALIDAD DE NUESTRO TIEMPO”. EN: *AA.VV. GARANTÍA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES*. MADRID: MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES.

- PECES-BARBA, GREGORIO (2004). *LECCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: EDITORIAL DYKINSON.
- PECES-BARBA, GREGORIO Y OTROS (1987). *DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS*. MADRID: EDITORIAL DEBATE.
- PELLOUX, ROBERT (1981-1). “VRAIS ET FAUX DROIT DE L’HOMME. PROBLÈMES DE DEFINITION ET DE CLASSIFICATION”. IN: *REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET Á L’ETRANGER*.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. (1991). *DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN*. MADRID: EDITORIAL TECNOS.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. (1995). *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: EDITORIAL TECNOS.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. S.F. “CONCEPTO Y CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS” (ACOTACIONES A LA PONENCIA DE FRANCISCO LAPORTA). EN: *DOXA*. Nº 4. MADRID.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE (1991). “LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS”. EN: *REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES*. Nº 10. SEPTIEMBRE-DICIEMBRE. MADRID.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE (1998). “ESTADO CONSTITUCIONAL Y GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS”. EN: FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. *LIBER AMICORUM*. VOL. II. SAN JOSÉ DE COSTA RICA.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE (2006). *LA TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS*. NAVARRA: EDITORIAL ARANZADI, S.A.
- PÉREZ REYES, JOSÉ LUIS (2011). *EL DISCURSO DE LOS DERECHOS. UNA INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS*. MADRID: UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS.
- PINTO, MÓNICA (1997). *TEMAS DE DERECHOS HUMANOS*. BUENOS AIRES: EDITORES DEL PUERTO.

- PINTO, MÓNICA (2004). *EL DERECHO INTERNACIONAL, VIGENCIA Y DESAFÍOS EN UN ESCENARIO GLOBALIZADO*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- PIRENNE, HENRY (1971). *LAS CIUDADES DE LA EDAD MEDIA*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL.
- PIRENNE, HENRY (1980). *HISTORIA ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA EDAD MEDIA*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- PISARELLO, GERARDO (2003). "EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO CONSTITUCIONAL: MEJORES GARANTÍAS, MÁS DEMOCRACIA". EN: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M.J. Y COURTIS, CH. (COMPS.). *DERECHOS SOCIALES. INSTRUCCIONES DE USO*. MÉXICO.
- PIZA ESCALANTE, RODOLFO (1979). "SISTEMA INTERAMERICANO Y UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS". CONFERENCIA PRONUNCIADA EN EL SEMINARIO SOBRE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ). FEBRERO. EN: *REVISTA DE CIENCIA JURÍDICA*. N° 38. MAYO-AGOSTO. SAN JOSÉ: UNIVERSIDAD DE COSTA RICA.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS (2007). *LA FILOSOFÍA PENAL DE LA ILUSTRACIÓN*. LIMA: EDITORIAL PALESTRA.
- PRIETO, FERNANDO (1996). *MANUAL DE HISTORIA DE LAS TEORÍAS POLÍTICAS*. MADRID: UNIÓN EDITORIAL.
- PRIETO, FERNANDO (1998). *HISTORIA DE LAS IDEAS Y DE LAS FORMAS POLÍTICAS*. VOL. II. EDAD MEDIA. MADRID: UNIÓN EDITORIAL.
- PUECH, HENRI-CHARLES (1981). *LAS RELIGIONES CONSTITUIDAS EN OCCIDENTE Y SUS CONTRACORRIENTES, HISTORIA DE LAS RELIGIONES*. T. I. MÉXICO: SIGLO XXI EDITORES.
- PUREZA, JOSÉ MANUEL (2002). *EL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD. ¿HACIA UN DERECHO INTERNACIONAL DE LA SOLIDARIDAD?* MADRID: EDITORIAL TROTTA.

- PUY MUÑOZ, FRANCISCO (1993). *LAS FÓRMULAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS (II)*. VOL. I. MADRID: DIN IMPRESORES, S.L.
- RAMONET, IGNACIO (1997). *LA PLANÉTÉ DES DÉSORDRES EN GÉOPOLITIQUE DU CHAOS. MANIÈRE DE VOIR 3. LE MONDE DIPLOMATIQUE (LMD)*, ABRIL.
- RAMOS GARBIRAS, ALBERTO (2002). *TEMAS AMBIENTALES*. 3ª ED. CALI: IMPRENTA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA.
- RANGEL COUTO, HUGO (1986). *GUÍA PARA EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO MODERNO*. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. T. III. 19ª ED. MADRID.
- REY CANTOR, ERNESTO (2002). “PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL”. EN: VEGA GÓMEZ, JUAN Y CORZO SOSA, EDGAR (COORDS.). *INSTRUMENTOS DE TUTELA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL*. MEMORIA DEL VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. 1ª. ED. MÉXICO, UNAM.
- REY CANTOR, ERNESTO (2008). *TEORÍAS POLÍTICAS CLÁSICAS DE LA FORMACIÓN DEL ESTADO*. 5ª REIMP. BOGOTÁ: EDITORIAL E.R.C.
- RIBERA NEUMANN, TEODORO Y VIGUERA FIGUEROA, HERNÁN (2001). “LOS DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN”. EN: *BOLETÍN INFORMATIVO, ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. AÑO XVII. N° 182. JUNIO.
- RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA (2010). *LA NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN*. 2ª ED. MADRID: EDITORIAL DIKYNSON, UNIVERSIDAD CARLOS III.
- RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA (2011). *CLAVES PARA ENTENDER LOS NUEVOS DERECHOS HUMANOS*. MADRID: EDITORIAL CATARATA.

- ROJAS QUIÑONEZ, CLAUDIA MARÍA (2004). *EVOLUCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS Y DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA*. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.
- ROMERO, JOSÉ LUIS (1997). *LA EDAD MEDIA*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO (1964). “DISCURSO SOBRE LA ECONOMÍA POLÍTICA”. EN: *OUVRES COMPLÉTES*, PARÍS: GALLIMAR.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO (2000). “DISCURSO SOBRE EL ORIGEN DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES”. EN: *EL CONTRATO SOCIAL O PRINCIPIOS DE DERECHO POLÍTICO*. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA.
- RUIZ ROBLEDO, AGUSTÍN (2003). *EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD PUNITIVA*. VALENCIA: EDITORIAL TIRANT LO BLANCH.
- SALBUCHI, ADRIAN (2004). *EL CEREBRO DEL MUNDO. LA CARA OCULTA DE LA GLOBALIZACIÓN*. BOGOTÁ: EDITORIAL SOLAR.
- SÁNCHEZ BRINGAS, ENRIQUE (1998). *DERECHO CONSTITUCIONAL*. 3ª ED. MÉXICO: EDITORIAL PORRÚA.
- SÁNCHEZ DE MADARIA, ELENA (1998). *CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE HISTORIA*. MADRID: ALIANZA EDITORIAL.
- SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO (2002). *EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SU SISTEMA DE FUENTES*. 2ª ED. VALENCIA: EDITORIAL TIRANT LO BLANCH.
- SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO (1993). *INTRODUCCIÓN AL ESTADO CONSTITUCIONAL*. BARCELONA: EDITORIAL ARIEL.
- SÁNCHEZ, HUMBERTO Y OTROS (2005). *HISTORIA UNIVERSAL*. 2ª ED. MÉXICO: PEARSON EDUCATION, PRENTICE MAY.

- SARMIENTO, FAUSTO O. S.F. *DICCIONARIO DE ECOLOGÍA: PAISAJES, CONSERVACIÓN Y DESARROLLO SUSTENTABLE PARA LATINOAMÉRICA*. CENTRO DE ESTUDIOS PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE, UNIVERSIDAD DE GEORGIA, ATHENS, CLACS-UGA.
- SCHNAPPER, DOMINIQUE S.F. *LA COMUNIDAD DE LOS CIUDADANOS. ACERCA DE LA IDEA MODERNA DE NACIÓN*. MÉXICO: ALIANZA EDITORIAL.
- SCHULTZ, HELGA (2001). *HISTORIA ECONÓMICA DE EUROPA, 1500-1800*. MADRID: SIGLO VEINTIUNO DE ESPAÑA EDITORES.
- SEGURA ORTEGA, MANUEL S.F. “LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LOS SIGLOS XVI Y XVII”. EN: *HISTORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. T. I. TRÁNSITO A LA MODERNIDAD.
- SEWELL, W.H. JR. (1992). *TRABAJO Y REVOLUCIÓN EN FRANCIA. EL LENGUAJE DEL MOVIMIENTO OBRERO DESDE EL ANTIGUO RÉGIMEN HASTA 1848*. MADRID.
- SONSOLES CABEZA, SÁNCHEZ ALBORNOZ (1998). *LOS MOVIMIENTOS REVOLUCIONARIOS DE 1820, 1830 Y 1848 EN SUS DOCUMENTOS*. BARCELONA: EDITORIAL ARIEL.
- STIGLITZ, JOSEPH E. (2002). *EL MALESTAR EN LA GLOBALIZACIÓN*. BOGOTÁ: EDITORIAL NOMOS.
- TRAVIESO, JUAN ANTONIO (1993). *HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS*. BUENOS AIRES: EDITORIAL HELIESTA, S.R.L.
- TREVELYAN G., MACAULY (1996). *LA REVOLUCIÓN INGLESA: 1688-1689*. 6ª REIMP. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.
- TWINING, WILLIAM (2003). *DERECHO Y GLOBALIZACIÓN*. BOGOTÁ: UNIVERSIDAD DE LOS ANDES.

- UGARTE ARTAL, CAROLINA (2004). *Las Naciones Unidas y la Educación en Derechos Humanos*. PAMPLONA (ESPAÑA): EDITORIAL EUNSA.
- VALENCIA VILLA, HERNANDO (1997). *Los Derechos Humanos*. MADRID: EDITORIAL ACENTO.
- VAN KLEY, DALE K. (2002). *Los Orígenes Religiosos de la Revolución Francesa*. MADRID: EDICIONES ENCUENTRO.
- VERDOY, ALFREDO. SÍNTESIS DE HISTORIA DE LA IGLESIA, *Baja Edad Media, Reforma y Contrarreforma (1303-1648)*. UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS, SIN MÁS DATOS DE EDICIÓN.
- VERNON, RAYMOND (1971). *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of U.S. Enterprises*. NUEVA YORK: BASIC BOOKS.
- VETENCOUR, LOLA Y GUARDIA, AMELIA (1987). *Historia de la Economía Mundial*. CARACAS: UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA.
- VICÉN CARREÑO, M. Y VICÉN ANTOLIN, C. (1996). *Diccionario de Términos Ecológicos*. MADRID: EDITORIAL PARANINFO.
- VILLÁN DURÁN, CARLOS (2001) “LA SEGURIDAD PREVENTIVA COMO NUEVO RIESGO PARA LOS DERECHOS HUMANOS”. EN: *LA SEGURIDAD PREVENTIVA COMO NUEVO RIESGO PARA LOS DERECHOS HUMANOS*. ESPAÑA: UNIVERSIDAD DE DEUSTO.
- VILLAR, PIERRE (1976). “LA TRANSICIÓN DEL FEUDALISMO AL CAPITALISMO”. EN: *EL FEUDALISMO*. MADRID: EDITORIAL AYUSO.
- VILLAVERDE, IGNACIO (2002). “INTRODUCCIÓN HISTÓRICA A LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN”. EN: *VII AA. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN*. ACTAS DE LAS VII JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. MADRID: CEPC.

VIRALLY, MICHEL (1998). *EL DEVENIR DEL DERECHO INTERNACIONAL*. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.

WALKER, JOSEPH M. (1997). *LOS HUGOTONES. UNA LARGA Y AMARGA SENDA*. BARCELONA: EDICOMUNICACIÓN S.A.

WECKMANN, LUIS (1994). *LA SOCIEDAD FEUDAL, ESENCIA Y SUPERVIVENCIAS*. MÉXICO: EDITORIAL JUS.

WWW.JOHANNESBURGSUMMIT.ORG

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (2006). *EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL*. BUENOS AIRES: EDITORIAL EDIAR.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2003). *EL DERECHO DÚCTIL*. MADRID: EDITORIAL TROTTA.



Las generaciones de los Derechos Humanos
Libertad - Igualdad - Fraternidad

Se terminó de producir en diciembre de 2022.

Para su elaboración se utilizó papel bond beige de
70 gramos en páginas interiores y papel propalcote de
250 gramos para la carátula.

Las fuentes tipográficas empleadas son Baskerville
11,5 puntos en texto corrido, Baskerville (Bold)
18 puntos en títulos y Baskerville (Bold)
11,5 puntos en subtítulos.



ÁNGELA MARGARITA REY ANAYA

Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia (2000), con especialización en Derechos Humanos de la Escuela de Administración Pública (ESAP) (2002), magíster en *International Human Rights and Humanitarian Law* de la American University (2021) y en Derecho Penal Internacional de la Universidad Granada (2019). Actualmente es experta por Colombia ante el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belém Do Para (MESECVI-OEA).

Fue diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia y se desempeñó como jefe de delegación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Órganos Convencionales de la Organización de las Naciones Unidas (Ginebra y Nueva York), y de la Conferencia de Revisión y las Asambleas de los Estados Parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Kampala y La Haya). Adicionalmente, fue agente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica) en los procedimientos de supervisión de sentencias.

Es profesora y consultora en Derechos Humanos y Relacionamento Comunitario. Es instructora de entrenamiento estratégico en el fortalecimiento institucional de organizaciones de la sociedad civil y experta en gerencia de proyectos.

Autora de publicaciones relacionadas con la protección internacional de los derechos humanos. Fue miembro del Comité de Honor de la Cátedra Mario Villarroel Lander de la Fundación Gregorio Peces-Barba para el Estudio y Cooperación en Derechos Humanos (Madrid, España) y actualmente es miembro de la Academia Colombiana de Derecho Internacional.

Fundadora y directora ejecutiva de la Fundación *United for Justice* (Unidos por la justicia), organización no gubernamental que busca contribuir a la realización de los derechos a la verdad, justicia y reparación de víctimas de graves violaciones de derechos humanos a través, entre otros, del diseño de litigio estratégico nacional e internacional.

En tres capítulos se explican brevemente las *Generaciones de los Derechos Humanos*.

En la primera generación los derechos civiles y políticos son fruto de las revoluciones liberales burguesas (Inglaterra, Colonias Inglesas en Norte América y Francia); en la segunda, los derechos económicos, sociales y culturales, surgieron en el contexto de la Revolución Industrial y, en la tercera, los derechos a un ambiente sano, a la paz, al desarrollo y al patrimonio común de la humanidad, nacen en el escenario de la Revolución Tecnológica, irradiada por el neoliberalismo y la globalización.



En los valores político-jurídicos de *libertad, igualdad y fraternidad* se erigen las tres generaciones de los derechos humanos.

Cátedra GERARDO MOLINA



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales



ISBN 978-628-7580-20-6

