

Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos

Carlos Hecker Padilla

Abogado

Magister en Derecho Económico Internacional

Resumen: En su obra *Filosofía y Derechos Humanos*, Angelo Pappacchini define los derechos humanos como aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna.

Esta, por supuesto, es una definición moderna, resultado de una larga evolución que comenzó con la creación de las primeras reglas sociales y que aún hoy no ha culminado. Como veremos en el presente artículo, en este proceso evolutivo pueden distinguirse claramente tres etapas: en la primera, los derechos humanos constituyen más bien prerrogativas de unos pocos privilegiados, sin alcanzar el carácter general que los caracteriza hoy en día; la segunda etapa contempla el período llamado "de la constitucionalización" de los derechos humanos, donde muchos de ellos alcanzan el estatus de *derecho fundamental*, generalizando su campo de protección al abarcar a toda la población. Finalmente, nos encontraremos frente una tercera etapa (época actual), caracterizada por la supranacionalización de estos derechos, vale decir, por una protección que ya no sólo se restringe a su consagración en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos, sino que también del derecho internacional.

Luego, el presente estudio tiene por finalidad analizar minuciosamente cómo ha evolucionado la concepción occidental de los derechos humanos, permitiendo al lector comprender el estado actual de esta materia, y paralelamente crear conciencia de que a pesar de haber conseguido logros importantes, la humanidad tiene todavía mucho camino por recorrer antes de sentirse y declararse satisfecha al respecto.

Los derechos humanos constituyen una noción controvertida, vapuleada por unos y apropiada por otros, y que a pesar de poder parecernos un asunto zanjado en el mundo occidental, se encuentran hoy en día en el centro de las discusiones y análisis jurídicos, como veremos, no sin razón.

Tradicionalmente se considera “que todo comienza con la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, [sin embargo,] a pesar de ser la opinión mayoritaria, [esta afirmación] peca de ser muy restrictiva”¹. Dicho texto de inspiración liberal no es en ningún caso el primero en su género, a decir verdad, no es más que el resultado final de una corriente de pensamiento que no ha cesado de evolucionar desde tiempos inmemoriales.

En este contexto, es posible distinguir tres o incluso cuatro etapas cronológicas relativas a la evolución de los derechos humanos. La primera comprende el período que media entre la antigüedad y 1776, época que se caracteriza por “la formulación de derechos como una reacción contra los excesos del poder absolutista y para la protección de sus personas y bienes, generalmente con el carácter de pacto de atribución de concesiones o privilegios [...] a ciertos grupos, [...] y no de reconocimiento de derechos absolutos y generalizados”². La segunda etapa es aquella que podría denominarse *de los derechos modernos*, que comienza en 1776 con la llamada constitucionalización de los derechos y que se extiende hasta 1948; se trata de un período caracterizado por la consagración a nivel constitucional de dichos derechos, y aun más importante, éstos pasan ahora a ser “reconocidos ya no como privilegios o concesiones a favor únicamente de un grupo o estamento de la sociedad, sino como un concepto general y universal, por considerar que los derechos humanos pertenecen a toda persona”³. La tercera etapa comprende el período desde 1948, en que se dicta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hasta nuestros días, y cuya principal característica la constituye, por una parte, el reconocimiento y protección de los llamados derechos de inspiración social o de segunda generación, y por otra, la internacionalización de los derechos humanos, puesto que su respeto y protección ya no interesa exclusivamente al reducido ámbito estatal, sino que a la comunidad internacional en su conjunto. Durante esta última etapa, hicieron también su aparición los llamados derechos de inspiración tercermundista⁴ o de tercera generación, como lo son el derecho a un medio ambiente libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho de acceso al agua, etc., inspirando a algunos autores a hablar de una cuarta etapa en la evolución de los derechos humanos, incluyendo aquí también todos los derechos derivados del progreso tecnológico, como la bioética⁵. Finalmente debe

¹ El autor agradece a Eduardo Andrades Rivas su colaboración, críticas y opiniones, sin las cuales el presente artículo habría tardado mucho más en ver la luz.

“...que tout commence avec la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, [cependant] quoique très répandue [cette appréciation] est évidemment réductrice” Cabrillac, R., Frison-Roche, M.-A., Reyet, T., *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 14^e edición, 2008, pp. 7–8.

² García, J. A., *Teoría de los derechos humanos*, Culiacán, Sinaloa, México, 1991, p. 24.

³ *Ibid.*

⁴ Buscando una expresión menos peyorativa, podríamos hablar de derechos de inspiración moderna o de derechos resultantes de inquietudes actuales.

⁵ Véase. Turpin, D., *Libertés Publiques & Droits Fondamentaux*, éditions du Seuil, Paris, 2004, p. 8 ; Perez Luño, A., *La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales*, *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 96 y 97 ; Motello, M., “Los derechos del

agregarse que según algunos habría incluso una quinta generación de derechos, comprendida por aquellos derechos provenientes del movimiento feminista y aquellos relativos al control del cuerpo humano y la genética destinados a protegernos de lo que denominan la mercantilización del interior de la vida⁶. Ahora bien, ya que a nuestro juicio lo anterior no es más que una discusión terminológica, seguiremos el criterio tradicional que distingue sólo tres grandes etapas en la evolución histórico-jurídica de los derechos humanos y que engloba las distintas generaciones en que pudieren dividirse estos últimos.

1. Primera etapa: Situación de los derechos humanos desde la antigüedad hasta 1776

a) Los derechos humanos en la antigüedad

Gran parte de la doctrina estima que durante la antigüedad la noción de derechos individuales era desconocida y que “[la] omnipotencia sagrada del Estado le confería un derecho ilimitado, frente al cual la pretensión a cualquier derecho del individuo hubiera parecido sencillamente desprovista de todo sentido”⁷. No obstante estas ideas preconcebidas, si efectuamos un análisis más profundo de los textos antiguos, veremos que es posible encontrar varias referencias tanto directas como indirectas a los derechos humanos, aunque evidentemente sólo se trate de una redacción casuística y no de declaraciones de principios a las que estamos acostumbrados en la actualidad.

De este modo, ya en el código de Hammurabi, realizado hacia el año 1769 a.C. es posible encontrar algunos esbozos de reconocimiento de ciertos derechos humanos, y más importante aún, de su prólogo puede desprenderse que las leyes que lo componen tienen un origen divino⁸ y que en consecuencia incluso el soberano debe someterse. Este texto regulaba “la conocida Ley del Talión, estableciendo el principio de proporcionalidad de la venganza, es decir, la relación entre la agresión y la respuesta. En su momento supuso una innovación (aunque hoy nos parezca un principio extremadamente brutal), ya que era una

hombre de las tercera y cuarta generaciones”, in *Estudios de derecho procesal –nuevas demandas– nuevas respuestas*, v. 2, Platense/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 943–951.

⁶ Gallardo, H., “Nuevo Orden Internacional, derechos humanos y Estado de Derecho en América Latina”, en *Revista Crítica Jurídica* N° 22 (julio/agosto 2003), p. 260.

⁷ Lions, M., “Los derechos humanos en la historia y en la doctrina”, en René Cassin y otros, *Veinte años de evolución de los derechos humanos* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM), 1974, p. 480.

⁸ “Luego, Anu y Bel me llamaron por mi nombre, Hammurabi, el príncipe glorioso, que teme a Dios, y me exhortaron a instituir la autoridad de la justicia en este país, a destruir a los malvados y a los malhechores, con la finalidad de que los más fuertes no sean capaces de causar perjuicio a los más débiles; para que yo gobierne al pueblo de las cabezas negras a la manera de Shamash y que ilumine el país para favorecer el bienestar de la humanidad”, traducción del acadio al francés por fray Jean-Vincent Schneil.

forma eficaz de contención de la venganza sin límite a la cual anteriormente estaban sometidas las personas. El Código no distingue entre derecho civil y derecho penal, simplemente se trata de una sucesión de leyes que enumeran las situaciones posibles y cómo se debe proceder en consecuencia”⁹.

Analizando el fondo del texto, podemos encontrar en el artículo 2¹⁰ una referencia indirecta al derecho de propiedad, según el cual “[s]i uno embrujó a otro y no puede justificarse, el embrujado irá al río, se arrojará; si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa; si el río lo absuelve y lo devuelve salvo, el brujo es condenable a muerte y el embrujado tomará su casa”. Aun cuando se trate de un artículo perteneciente a la esfera del derecho penal, resulta posible entrever la existencia de un derecho de propiedad primitivo, perceptible gracias al uso de expresiones como *heredará su casa* o *tomará su casa*.

Es cierto que resulta difícil afirmar que aparezca en forma clara el derecho de propiedad en esta norma, puesto que para ello sería necesaria una protección jurídica de la cual carece, sin embargo, a nuestro parecer se trata de una disposición interesante, que permite apreciar, aunque de forma primitiva, la existencia de cosas que pertenecen a alguien y que no se encuentran sujetas directamente a la potestad real.

El mismo cuerpo legal nos muestra en su artículo 127, esta vez con una claridad bastante mayor, una referencia al derecho al honor. Según él, “[s]i uno ha dirigido su dedo contra una sacerdotisa o la esposa de otro, y no ha probado, se lo arrojará ante los jueces y se marcará su frente”. Aquí estamos realmente en presencia de un derecho claramente reconocido y cuyo goce se encuentra garantizado en virtud de una severa sanción impuesta contra quien lo infrinja.

Estos ejemplos, a pesar de tratarse de casos específicos tratados en forma casuística y primitiva, nos demuestran que los derechos del hombre han sido desde siempre objeto de estudio y de una más o menos exhaustiva protección, por lo que sería erróneo sostener que durante la antigüedad el poder del gobernante no tenía límite alguno.

Pero para encontrarnos frente a derechos elaborados de forma más moderna y similar a la actual hay que esperar la llegada de los siglos V y IV a.C. en Atenas,

⁹ “... la coneguda Llei del Talió, establint el principi de proporcionalitat de la venjança, és a dir, la relació entre l’agressió i la resposta. En el seu moment va suposar una innovació (encara que ara ens sembli un principi extremadament brutal), ja que era una forma eficaç de contenció de la venjança sense límit a la qual anteriorment estaven sotmeses les persones. El Codi no distingeix entre dret civil i dret penal, simplement és una successió de lleis que enumeren els possibles casos i el que s’ha d’obrar en conseqüència”. Disponible en el sitio web catalán de Amnistía Internacional <http://www.amnistiacaatalunya.org/edu/cat/historia/inf-orig.html> (Consulta: 18 de abril de 2010)

¹⁰ Resulta importante precisar que el texto original no se encuentra dividido en artículos. El articulado actual es una división arbitraria creada hacia 1902 por su traductor Jean-Vincent Schneil.

gracias a la democracia directa de Pericles. Se trata de una sociedad igualitaria donde todos los ciudadanos, ricos como pobres, contribuyen en la gestión de la agenda pública¹¹; igualdad que, es preciso aclarar, no se encontraba fundada en la naturaleza humana, sino en la calidad de *ciudadano de la polis*, por lo que las mujeres y los esclavos carecían prácticamente de todo derecho.

La libertad de que gozaban los ciudadanos les otorgaba un cierto número de derechos, como la *isegoria*¹², la *isogonia*¹³, la *isokratia*¹⁴, el derecho a la vida¹⁵, la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, la libertad de movimiento, etc.¹⁶; sin embargo, dichos derechos así concebidos no podrían constituir exclusivamente ventajas, pues iban siempre unidos a sus correlativos deberes; en este sentido, los ciudadanos estaban siempre sujetos a un sistema de responsabilidad muy riguroso que incluso podría llegar a privarlos de parte o incluso de la totalidad de sus derechos, en caso de no dar cumplimiento a sus deberes¹⁷.

Pero quizás la innovación más interesante aportada por la Grecia clásica tuvo lugar en materias como la creación de leyes y la administración de justicia, así gracias al código de Dracón (reemplazado posteriormente por el de Solón debido a la severidad extrema de sus preceptos) la autoridad de la aristocracia fue poco a poco siendo sometida al poder de la ley. Con sus diversos pensadores, esta época fue muy importante para el desarrollo de distintas concepciones filosóficas que permitirán, algunos siglos más tarde, el desarrollo de teorías que desembocarán en el reconocimiento de los derechos humanos y su posterior consagración en textos legales.

Es en Roma y con mayor precisión en la Ley de las Doce Tablas, donde se logra por primera vez llevar al campo jurídico el desarrollo del pensamiento helénico, permitiendo establecer una reglamentación mucho más compleja en relación a la persona humana. Así como lo hicieron los griegos, los romanos fundaban su sistema jurídico-político en la noción de ciudadano (*Cives* y *Pater Familias*), única persona susceptible de ser considerada como sujeto de derecho por derecho propio (*sui iuris*); pero “[a]unque la aplicación práctica del concepto de individuo libre sea restringida, la Ley de las XII Tablas [...] no deja de reflejar un espíritu de libertad, ya que asegura a cada ciudadano la libertad, la propie-

¹¹ Lions, M., op. cit., N° 7, pp. 480–481.

¹² Igualdad en el derecho a expresarse ante las asambleas políticas.

¹³ Igualdad por causa de nacimiento.

¹⁴ Igualdad de poder.

¹⁵ Derecho respetado sólo en ciertas polis, principalmente en Atenas; pero infringido sistemáticamente en otras, como era el caso de Esparta.

¹⁶ Porrua, F., “Bosquejo histórico de las garantías individuales o derechos humanos de la antigüedad hasta la Constitución Mexicana de 1824”. *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 20, México, 1990, p. 122.

¹⁷ Cabrillac, R., Frison-Roche, M. A., Revet, T., op. cit., N° 1, pp. 8–9

dad y la protección de sus derechos”¹⁸. Sin embargo, hacia el siglo III a.C., la situación variará radicalmente, pues a pesar de conservar sus derechos civiles y políticos, el poder absoluto del *Pater Familias* sobre el resto de su familia (*alieni iuris*) irá menguando en provecho de estos últimos, que ya no son considerados como parte de una universalidad jurídica, sino como verdaderos seres humanos capaces de acceder y gozar de derechos que antes carecían¹⁹.

Es esta República Romana²⁰ la que permite dicha evolución del pensamiento jurídico, por cuanto establece ciertas reglas o virtudes republicanas que van modernizando el trato hacia la persona; la más importante de dichas virtudes es la *humanitas*, rasgo distintivo de la civilización clásica cuyo origen se encuentra en Grecia algunos siglos atrás. En todo caso, y aun cuando “[l]a consideración del hombre como individuo es en verdad un aporte de Grecia, [es Roma la que le] atribuye su calidad política activa, es decir, la de ciudadano. Se sabe que el hombre es hijo de Dios (o de los dioses, en el concepto de la Roma pagana) y por ello su vida y honor tienen un carácter casi sagrado”²¹.

El derecho a la vida es entonces uno de los más importantes derechos humanos que comenzaban a desarrollarse tímidamente. De este modo, se decidió la protección del *nasciturus* desde el momento de la concepción²², no sólo en lo que respecta a sus derechos eventuales relativos a los bienes, sino que pasa a ser considerado como un ser vivo, un germen de persona humana, a quien sólo le falta el nacimiento para adquirir dicha condición. Un razonamiento como el recién expuesto tuvo importantes consecuencias en materia jurídica, tales como diferir la ejecución de la sentencia que condena a muerte a la mujer embarazada o impedir la aplicación de torturas o tormentos de cualquier tipo sobre su persona²³.

Si la vida del *nasciturus* fue protegida, *a fortiori* lo fue también la de las personas (tanto *sui iuris* como *alieni iuris*) y posteriormente también la de los esclavos, aun cuando estos últimos fueron durante largo tiempo considerados sólo como cosas, y como tales, pertenecientes al derecho de los bienes. Esta evolución introdujo importantes modificaciones en la cotidianidad romana; así, el *Pater Familias* pierde el derecho de aplicar el *ius vitae et necis* (derecho

¹⁸ Lions, M., op. cit., N° 7, p. 481

¹⁹ Costa, J.-C., *La condición de la persona en Roma y los derechos humanos*, Aequitas Virtual, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Del Salvador, Buenos Aires, Argentina, pp. 5-8.

²⁰ 509 a.C. - 27 a.C.

²¹ Andrade Rivas, E., *Apuntes de Historia del Derecho*, Universidad Del Desarrollo, Chile, 2009, p. 8.

²² Costa, J.-C., *Protección al concebido y los problemas modernos provenientes de la fecundación extracon-temporánea*, Aequitas Virtual, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Del Salvador, Buenos Aires, Argentina, p. 2 <http://www.salvador.edu.ar/juri/aequitasNE/nodos/NASCITURUS.pdf> (Consulta: 20 de abril de 2010).

²³ *Ibid*, p. 7.

a la vida y la muerte) sobre sus hijos sin el acuerdo del resto del núcleo familiar y sobre su mujer bajo cualquier respecto; se considera asimismo como "homicida" al amo que toma la decisión de matar a su esclavo sin motivo justificado; etc²⁴.

Otros derechos reconocidos por los romanos eran el derecho de propiedad, la *provocatio ad populum*²⁵, la *Tria nomina*²⁶, el *ius suffragii*²⁷; pero sin lugar a dudas, el derecho más importante era el hábeas corpus, en que en virtud del *Interdictum de homine libero exhibendo*, el magistrado podía solicitar la exhibición del hombre libre injustamente detenido o condenado²⁸. Dentro de esta evolución relativa a la protección de la persona, podríamos también agregar que en el año 212 el emperador Antonino Caracalla otorgó la ciudadanía a todos los hombres libres de Roma; sin embargo, debemos recalcar que aquello no se trató de un gesto altruista ni destinado a otorgar mayores libertades públicas a los habitantes, sino que simplemente fue una maniobra tendiente a recolectar una mayor cantidad de impuestos para financiar los gastos del Imperio.

Por último, no debe olvidarse la influencia que el cristianismo tuvo en la evolución del pensamiento jurídico romano en relación con los derechos humanos. En este sentido, ciertas contribuciones deben destacarse debido al impacto que tuvieron en los años venideros; así, surge la obligación para el emperador de gobernar en pos del bien común; desaparece progresivamente la esclavitud; se hace ilícita la utilización de un derecho para perjudicar a un tercero (forma arcaica de la teoría del abuso del derecho); surge la idea de la función social de la propiedad, etc. Pero la contribución quizás más interesante consiste en un cambio profundo en la concepción relativa a los orígenes de los poderes y obligaciones del soberano; así, Teodosio II y Valentiniano III proclaman en 429 que "es propio de la dignidad del que reina declararse sujeto a las leyes. Nuestro poder no es otro que el poder de las leyes y hay algo más grande que mandar, que es someter su poder a las leyes"²⁹.

Podemos entonces constatar que durante la antigüedad los derechos humanos no eran en ningún caso una noción desconocida, y que al contrario, formaban parte de diversos sistemas jurídicos alcanzando un nivel de desarrollo considerable, que lamentablemente involucionó en el Medioevo luego de la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476.

²⁴ *Ibid.*, p. 8.

²⁵ Derecho a apelar respecto de la aplicación de penas abusivas o injustas (en especial la pena de muerte) ante el pueblo reunido en comicios.

²⁶ Derecho a tener un nombre y poder utilizarlo.

²⁷ Derecho a voto.

²⁸ Kishimoto, C., "Hábeas corpus" en V.A. *Garantías Constitucionales*, Editorial Suárez, Mar del Plata, Argentina, 1997. Disponible en internet <http://www.profesorjimenez.com.ar/libro2/E-3.pdf> (Consulta: 19 de abril de 2010). Véase Costa, J.-C., *Op. Cit.*, n° 22, p. 8.

²⁹ Andrades Rivas, E., *op. cit.*, N° 21, p. 34.

b) Los derechos humanos en la Edad Media

Generalmente se asocia la Edad Media con una época oscura dominada principalmente por la superstición y donde los abusos contra la persona y demás derechos emanados de dicha condición estaban a la orden del día. Sin embargo, si bien algo puede haber de verdad en ello, dicha visión no refleja la real situación del desarrollo jurídico en materia de derechos humanos, el cual permitió la aparición de diversos e importantes mecanismos tendientes a la protección de la persona.

Después del desplome del Imperio Romano de Occidente con la abdicación de Rómulo Agústulo en el 476, la Europa occidental se encontró acéfala; aprovechándose de esta anarquía y sobre sus cenizas, varios pueblos bárbaros establecieron sus propios reinos (visigodos, francos, vándalos, etc.). Dichos pueblos, con una ciencia jurídica bastante menos desarrollada que la romana, impusieron su nuevo derecho en la totalidad del territorio que ahora ocupaban; pero, y tal como veremos, la influencia que el Derecho Romano y el cristianismo dejaron sobre ellos es incuestionable.

En primer lugar, debe precisarse que es justamente bajo la fe católica que los diversos reinos encuentran un punto de unión; Europa como tal no existía, sino que era la Cristiandad. El Derecho no pudiendo escapar a esta realidad se ve fuertemente influenciado por la religión (sin llegar al extremo de confundirse con ella como es el caso de otras culturas, especialmente la Islámica) lo que nos permite visualizar a partir de la Alta Edad Media algunos ejemplos interesantes de protección de los derechos humanos.

Así, entre los órganos políticos del Reino Visigodo, encontramos los Concilios Nacionales de Toledo, los que, entre otras actividades, velaban por la integridad de los gobiernos. En relación con nuestro tema de estudio, en el año 683, bajo el gobierno del Rey Ervigio, el XIII Concilio de Toledo crea el llamado Habeas Corpus Visigodo, del cual se beneficiaban los miembros del Aula Regia³⁰ y del Oficio Palatino³¹, y según el cual los miembros de dichos órganos no podrían ser detenidos ni privados de la posesión de sus bienes en ausencia de indicios graves y de un proceso previo en su contra.

Ahora bien, ejemplos como el que acabamos de destacar son en realidad situaciones de excepción en una época en que la pirámide social permitía la perpetración impune de prácticamente cualquier tipo de abuso, aceptando incluso

³⁰ Órgano compuesto por miembros de la nobleza que tenía como misión aconsejar al rey en las cuestiones del reino, tanto civiles como militares, y en lo concerniente a la administración de justicia.

³¹ Órgano de carácter burocrático que tenía a su cargo las distintas ramas de la administración pública.

de hecho (pero no de *iure*³²) la esclavitud en la persona del siervo o vasallo. Hubo que esperar varios siglos para que hiciese su aparición un nuevo texto que sometiese el poder real a las leyes; fue en 1188, bajo el reinado de Alfonso IX y con ocasión de la convocación de las Cortes Leonesas, que se redactó la llamada Carta Magna Leonesa. Se trató de un texto muy innovador para su época y garantizaba entre otros la inviolabilidad del domicilio³³, la obligación para el Rey de convocar las Cortes antes de decidir si entrar en guerra o firmar la paz³⁴, la sanción para el juez en caso de negación de justicia³⁵, etc. Pero no es sino hasta 1215 en que aparece la más conocida e importante de las declaraciones medievales relativas a los derechos humanos y a las libertades; se trata de la Carta Magna de Juan sin Tierra.

La idea de este nuevo documento consistía en limitar el arbitrio real³⁶, para ese entonces ilimitado; es así como gracias a sus disposiciones "la Carta Magna sirve de fundamento a tres ideas esenciales que la historia inglesa permitió desarrollar: el gobierno sometido a la ley (*rule of law*), la separación de poderes gracias al lazo existente entre el impuesto y la representación en el Parlamento (no hay imposición sin representación) y la garantía de las libertades"³⁷.

Su disposición más conocida es el artículo 39, según el cual "[N]ingún hombre libre³⁸ podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier

³² Debe tenerse en cuenta que se trataba de una sociedad profundamente católica, y que dicha religión defendió siempre la idea de que todos los hombres son hijos de Dios y que en virtud de dicha condición, nadie puede ser sometido a la esclavitud. Sin embargo, ciertas excepciones se permitieron, como fue el caso de los árabes y judíos, quienes por no formar parte de la sociedad cristiana, podían en ciertos casos (principalmente por causa de una guerra) ser esclavizados.

³³ "Establezco además que ni yo ni nadie de mi reino destruiremos o invadiremos casa ajena ni cortaremos viñedos o árboles de otros".

³⁴ "Juro también que ni yo ni nadie entraremos por fuerza en casa de otro ni haremos daño en ella ni en su heredad".

³⁵ "Decreto también que si algún juez negase justicia al querellante o la postergase maliciosamente y hasta el tercer día no aplicara el derecho, aquél presente ante alguna de las nombradas autoridades testigos por cuya declaración se manifieste la verdad del hecho; y obliquesse a la justicia a pagar doblados al querellante tanto la cuantía de la demanda como los gastos. Si por casualidad todos los jueces de aquella tierra negaran justicia al querellante, presente el testimonio de buenos hombres, por medio de los cuales pruebe (sus derechos); y luego, sin incurrir en pena, tome prenda en lugar de los jueces y alcaldes tanto por la cuantía de la demanda como por los gastos, para que los justicias le paguen el doble, y también paguen el doble por el daño que pudiera sobrevenir a aquel a quien prendara".

³⁶ Si bien la Carta Magna ha pasado a la historia como un triunfo de los defensores de los derechos humanos, no debe olvidarse que su real fundamento se encuentra en presión ejercida sobre la persona del Rey por los barones y otros "notables" del reino, quienes condicionaron su apoyo a una serie de condiciones y concesiones que se verían plasmadas en aquel documento.

³⁷ "...la Magna Carta est à l'origine de trois idées essentielles dont l'histoire anglaise a permis le développement : le gouvernement par la loi (*rule of law*), la séparation des pouvoirs grâce au lien entre l'impôt et la représentation au Parlement (pas de taxation sans représentation) et la garantie des libertés", Digithèque MJP, Université de Perpignan <http://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1215.htm> (Consulta:

²⁰ de abril de 2010).

³⁸ Es importante precisar que en el lenguaje de la Carta Magna, la expresión "hombre libre" equivale a hidalgo o miembro de la baja nobleza en Castilla, no a "commoner", que era el plebeyo.

otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino". Esta norma resulta fascinante, puesto que establece una verdadera prohibición de detener a una persona sin motivo, y a pesar de su similitud con el *Hábeas Corpus Visigodo*, la Carta Magna denota una evolución notable en materia de razonamiento jurídico, permitiendo la aparición de una diferencia substancial entre ambos textos: la protección ya no está exclusivamente destinada a proteger a miembros de la nobleza, sino que a todo hombre libre del reino.

Ahora bien, limitar el análisis de este texto al solo artículo 39 sería un error; ya que la Carta Magna garantiza también una serie de derechos individuales y colectivos, tales como la libertad de movimiento³⁹, la imposibilidad de procesar a alguien sin medios de prueba que justifiquen tal decisión, etc. Sin embargo, a nuestro juicio, la disposición más importante de este texto es el artículo 61, el cual establece todo un sistema destinado a reparar el daño causado por el incumplimiento a alguna de las normas de la Carta Magna, pero más importante aun, gracias a esta norma el rey subordina su poder expresamente a las leyes, pudiendo, al menos en teoría, ser juzgado y condenado en caso de violar alguna de las normas⁴⁰.

³⁹ "Art. 41 "Todos los mercaderes podrán entrar en Inglaterra y salir de ella sin sufrir daño y sin temor, y podrán permanecer en el reino y viajar dentro de él, por vía terrestre o acuática, para el ejercicio del comercio, y libres de toda exacción ilegal, con arreglo a los usos antiguos y legítimos. Sin embargo, no se aplicará lo anterior en época de guerra a los mercaderes de un territorio que esté en guerra con nosotros. Todos los mercaderes de ese territorio hallados en nuestro reino al comenzar la guerra serán detenidos, sin que sufran daño en su persona o en sus bienes, hasta que Nos o nuestro Justicia Mayor hayamos descubierto como se trata a nuestros comerciantes en el territorio que esté en guerra con nosotros, y si nuestros comerciantes no han sufrido perjuicio, tampoco lo sufrirán aquéllos".

Art. 42 "En lo sucesivo todo hombre podrá dejar nuestro reino y volver a él sin sufrir daño y sin temor, por tierra o por mar, si bien manteniendo su vínculo de fidelidad con Nos, excepto en época de guerra, por un breve lapso y para el bien común del Reino. Quedarán exceptuadas de esta norma las personas que hayan sido encarceladas o puestas fuera de la ley con arreglo a la ley del reino, las personas de territorios que estén en guerra con Nos y los mercaderes –que serán tratados del modo indicado anteriormente".

⁴⁰ Art. 61 "POR CUANTO HEMOS OTORGADO TODO LO QUE ANTECEDE por Dios, por la mejor gobernación de nuestro Reino y para aliviar la discordia que ha surgido entre Nos y nuestros barones, y por cuanto deseamos que esto sea disfrutado en su integridad, con vigor para siempre, damos y otorgamos a los barones la garantía siguiente:

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.

Si Nos, nuestro Justicia Mayor, nuestros agentes o cualquiera de nuestros bailios cometiese algún delito contra un hombre o violase alguno de los artículos de paz o de la presente garantía, y se comunicase el delito a cuatro de los citados veinticinco barones, los cuales podrán usar de apremio contra Nos y atacarnos de cualquier modo, con el apoyo de toda la comunidad del Reino, apoderándose de nuestros castillos, tierras, posesiones o cualquier otro bien, excepto nuestra propia persona y las de la reina y nuestros hijos, hasta que consigan efectivamente la reparación que hayan decretado. Una vez obtenida satisfacción, podrán volver a someterse a la normal obediencia a Nos.

Todo hombre que lo desee podrá prestar juramento de obedecer las órdenes de los veinticinco barones para la consecución de estos fines y de unirse a ellos para acometernos en toda la medida de

c) Los derechos humanos en la "América Española"⁴¹

El continente americano fue descubierto en 1492⁴² y como consecuencia de la profunda fe católica profesada por los reyes castellanos, el trato dado a los indios fue objeto de debate desde los primeros años de la conquista; fue aquella inquietud la que dio origen a la noción de "justos títulos personales"⁴³, vale decir, determinar cuál era el estatus jurídico del indígena, cuestión de suma importancia considerando los abusos cada vez más recurrentes cometidos por los conquistadores.

En este sentido, y contra la idea de dichos conquistadores e incluso del mismo Colón, los reyes se inclinaron tímidamente por la idea de dar un buen trato y no esclavizar a los indios, aun cuando no adoptaron realmente ninguna política clara al respecto. Debe recordarse que en aquella época dos importantes tesis se oponían; la primera y más generalizada, influenciada fuertemente por el pensamiento aristotélico, sostenía que los indios debían, por su propio bien, ser esclavizados y considerados como simples cosas, puesto que sufrían de una imbecilidad natural comparable con la de los negros. La segunda tesis, nacida en virtud de los profundos valores católicos de España y compartida por los círculos intelectuales, postulaba que los indígenas poseían un alma y que en consecuencia no se trataba realmente de cosas, sino que de personas⁴⁴.

su poder. Damos permiso solemne e irrestricto de prestar dicho juramento a cualquier hombre que así lo desee y en ningún momento prohibiremos a nadie que lo preste; mas aún, obligaremos a cualquiera de nuestros súbditos que no quiera prestarlo a que lo preste por orden nuestra.

Si alguno de los veinticinco barones muere o abandona el país o se ve impedido por otra razón de ejercitar sus funciones, los restantes elegirán a otro barón en su lugar, según su libre arbitrio, y el elegido prestará el mismo juramento que los demás.

En caso de discrepancia entre los veinticinco barones sobre cualquier asunto que se haya sometido a su decisión, el juicio de la mayoría presente tendrá la misma validez que un pronunciamiento unánime de los veinticinco, tanto si éstos estuviesen todos presentes como si alguno de los convocados estuviera impedido de comparecer o no hubiera querido hacerlo.

Los veinticinco barones jurarán obediencia fiel a los artículos anteriores y harán que sean cumplidos por los demás en la medida del poder que tengan.

No intentaremos conseguir de nadie, ya por acción nuestra ya por medio de terceros, cosa alguna por la cual una parte de estas concesiones o libertades pueda quedar revocada o mermada. Si se consiguiese semejante cosa, se tendrá por nula y sin efecto y no haremos uso de ella en ningún momento, ni personalmente ni a través de terceros".

⁴¹ Habla de los veinticinco barones del Reino de Castilla o de España con el objeto de simplificar la lectura. El Estado español como lo conocemos hoy (aun cuando se trata de un tema debatido hasta nuestros días) no hizo su aparición sino hasta 1876 bajo el reinado de Alfonso XII, en virtud de la llamada Constitución de la Restauración, obra de Antonio Cánovas del Castillo.

⁴² Durante el presente estudio utilizaremos la expresión Descubrimiento de América para señalar el punto de partida de la exploración española en el continente americano. Sin embargo, es necesario precisar que la fecha en que América fue descubierta sigue siendo objeto de debate hoy en día; unos se inclinan por la tesis más conocida considerando que dicho descubrimiento tuvo lugar el 12 de octubre de 1492 con la llegada de Colón a las Antillas. Otros estiman que habría sido realmente Leif Eriksson y sus vikingos los primeros europeos en haberse asentado en el Nuevo Mundo hacia el siglo X, estableciéndose en la zona canadiense de Vinland.

⁴³ Noción opuesta a la de "justos títulos territoriales", vale decir, determinar cuales eran los títulos que justificaban los derechos de la Corona castellana en las tierras del continente americano.

⁴⁴ Rodríguez, N., "La Bula Sublimis Deus. Fundamento de los derechos humanos de los indios", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 32, México 2002, p. 484

La actitud tibia de la Corona se modificará poco tiempo después con un documento de vital importancia que verá la luz en Medina del Campo (Valladolid) el 23 de noviembre de 1504; nos referimos al Testamento y Codicilo de la Reina Isabel I de Castilla, en virtud del cual solicita evitar cualquier daño a los aborígenes e incitar su conversión al catolicismo⁴⁵, siendo aquel texto un vital precedente para la posterior promulgación de las Leyes de Burgos de 1512 y 1513. El segundo antecedente para inclinar la balanza en pos de un mejor trato para los indios fue una dura homilía titulada *Ego vox clamantis in deserto*⁴⁶, pronunciada por Antonio de Montesinos en Santo Domingo en 1551, contra los numerosos abusos cometidos contra los indígenas por parte de los españoles; la conmoción que causó llegó rápidamente a España, donde la Corona decidió someter el asunto a la Junta de Burgos.

Las Leyes de Burgos dictadas por el Rey Fernando II, en cierta medida honrando los deseos de su reina, muerta en 1504, valdrán para ella el título de “promotora de lo que hoy se conoce como derechos humanos”⁴⁷; se trataba de un texto compuesto por 35 leyes⁴⁸ que dio nacimiento a un cuerpo normativo muy elaborado, y al mismo tiempo destinado a la protección de los indios. Entre otros derechos, se contemplaba el buen trato que debía darse a los indígenas, su alimentación, el trabajo alternado en las minas, la prohibición de hacer trabajar a la mujer embarazada y a los niños y niñas menores de 14 años⁴⁹.

Lamentablemente, y a pesar de las leyes en vigor, las malas costumbres existentes en cuanto al trato que se daba a los nativos, no cesaron del todo; en respuesta a ello, surgió una verdadera Carta Magna de la libertad de los indios⁵⁰,

⁴⁵ “Ytem. Por quanto al tiempo que nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las islas e tierra firme del mar Océano, descubiertas e por descubrir, nuestra principal intención fue, al tiempo que lo suplicamos al Papa Alejandro sexto de buena memoria, que nos fizo la dicha concession, de procurar inducir e traer los pueblos dellas e les convertir a nuestra Santa Fe católica, e enviar a las dichas islas e tierra firme del mar Océano prelados e religiosos e clérigos e otras personas doctas e temerosas de Dios, para instruir los vezinos e moradores dellas en la Fe católica, e les ensennar e doctrinar buenas costumbres e poner en ello la diligencia debida, según como más largamente en las Letras de la dicha concession se contiene, por ende suplico al Rey, mi Sennor, mui afectuosamente, e encargo e mando a la dicha Princesa mi hija e al dicho Príncipe su marido, que ansí lo hagan e cumplan, e que este sea su principal fin, e que en ello pongan mucha diligencia, e non consientan e den lugar que los indios, vezinos e moradores en las dichas Indias e tierra firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas e bienes; mas mando que sea bien e justamente tratados. E si algún agravio han rescebido, lo remedièn e provean, por manera que no se exceda en cosa alguna de lo que por las Letras Apostólicas de la dicha concession nos es inyungido e mandado”.

⁴⁶ Soy la voz que clama en el desierto.

⁴⁷ De acuerdo a lo expuesto por Monseñor Antonio Cañizares Llovera, Agencia Informativa Católica Argentina (AICA online), 12 de agosto de 2005.

http://aica.org/index.php?module=displaystory&story_id=7630&edition_id=475&format=html&fech=2005-08-12 (Consulta: 20 de abril de 2010).

⁴⁸ En 1512 fueron dictadas las primeras 35 leyes, y posteriormente, en 1513, fueron agregadas otras 4 leyes complementarias.

⁴⁹ Andrades Rivas, E., op. cit., N° 21, p. 203.

⁵⁰ Rodríguez, N., op. cit., N° 44, p. 490.

la Bula Pontificia *Sublimis Deus* de 9 de julio de 1537, en virtud de la cual el Papa Pablo III reconocía la perfecta racionalidad del indio, que eran verdaderos seres humanos capaces de recibir la fe y que no podían ser privados por ningún motivo de su libertad ni de sus propiedades, aun cuando no estuviesen sometidos a la fe de Cristo. Bajo la influencia de este texto, los reyes decretaron rápidamente al indio como una persona y un vasallo de la Corona, lo que tuvo como consecuencia que a pesar de los abusos, la esclavitud no prosperó jamás en Hispanoamérica⁵¹.

Empero, la situación de los indios en América se mantenía crítica, tanto así que el emperador Carlos V⁵² vislumbró incluso la posibilidad de ordenar la retirada de sus nacionales del Nuevo Mundo. No obstante su decepción, y por consejo de Francisco de Vitoria, el emperador estimó imprudente dejar a los indios a su suerte, decidiendo permanecer en América y dictar, en 1542, las Leyes Nuevas⁵³ con el fin de establecer mejoras en cuanto a su protección. Poco tiempo después será su hijo Felipe II quien, siguiendo los pasos de su padre, ordenará en 1573 la modificación de la expresión *Conquista* por la de *Pacificación y población*⁵⁴, con la finalidad de mostrar claramente el espíritu que debía inspirar a todo aquel que quisiera participar en ella.

Podemos constatar fácilmente que la situación ocupada por el hombre en el Nuevo Mundo era un tema de actualidad en las discusiones jurídicas de la época y que nuevamente (así como ocurrió en la época clásica) fue gracias a la influencia de la Iglesia Católica que fueron dictados muchos textos destinados a proteger y mejorar progresivamente la condición de vida de los indígenas, ello a pesar de los numerosos abusos que de facto tendrían lugar y que persistirían durante toda la época llamada indiana. Parece oportuno, a estas alturas del estudio, hacer notar que aun cuando la mayor parte de los países de la Europa Occidental adherían a la fe católica, sólo los soberanos españoles decidieron someter el debate a sus juristas; un verdadero avance en relación a otras potencias coloniales como Portugal y más tarde Inglaterra, Francia, Holanda o Bélgica, donde la cuestión de los derechos de las poblaciones nativas en los territorios ocupados por ellas fue zanjada directamente por sus soberanos decidiendo esclavizarlos o simplemente exterminarlos⁵⁵.

⁵¹ Campos Harriet, F., *Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición, Chile, 1997, p. 61.

⁵² Carlos I de España.

⁵³ El adjetivo nuevas debe entenderse en relación a las antiguas Leyes de Burgos.

⁵⁴ Capítulo XXIX de las Ordenanzas de 1573: "Los descubrimientos no se den con título y nombre de conquistas, pues habiéndose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre dé ocasión ni color para que se pueda fazer fuerça ni agravio a los indios".

⁵⁵ Andrades Rivas, E., op. cit., N° 21, p. 202.

2. Segunda etapa: Los derechos humanos entre 1776 y 1948

Esta segunda etapa en la evolución de los derechos humanos no es tan extensa cronológicamente como la primera, sin embargo, el desarrollo vertiginoso de ideas liberales, así como de la ciencia jurídica, que tendrá lugar en este período, harán de él el más importante en lo que concierne los derechos humanos. La razón es simple, tal y como lo hemos señalado, la noción de derechos humanos ya no es aquel concepto restringido y destinado exclusivamente a favorecer a ciertos grupos privilegiados de la sociedad; se trata ahora de un término que se quiere general y universal, y que aspira (fundado en el pensamiento de autores pertenecientes a la escuela del Derecho Natural)⁵⁶ a que toda persona pueda beneficiarse de él, puesto que estos derechos son inherentes a la naturaleza humana.

a) Siglos XVIII y XIX: La constitucionalización de los derechos humanos

Luego de una larga evolución de más de treinta siglos, los primeros derechos humanos modernos reconocidos y protegidos de una manera más o menos cercana a como lo hacemos hoy en día, comienzan a ver la luz gracias a textos de inspiración liberal⁵⁷ creados por jóvenes repúblicas en desacuerdo con las desigualdades y abusos cometidos por los soberanos de las monarquías europeas.

i) *La Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776*

En el siglo XVIII, de la mano con la evolución del pensamiento jurídico, los juristas ya no se sentían en condiciones de tolerar los abusos cometidos por las monarquías tiránicas y despóticas. El ejemplo más evidente de esta evolución fue la guerra de independencia de los Estados Unidos, donde las trece colonias, fundándose esencialmente en los reiterados abusos cometidos por la Corona Británica, decidieron independizarse de la metrópolis en 1775 y proclamaron el 4 de julio de 1776 su famosa Declaración de Independencia⁵⁸, primer texto

⁵⁶ Grocio, Hobbes, Locke, Rousseau.

⁵⁷ Estos textos dieron lugar a los llamados "derechos humanos de primera generación"; derechos civiles y políticos inherentes a todo ser humano frente a la autoridad del Estado y que imponen a este último el deber de respetarlos, generalmente a través de obligaciones de no hacer. En otros términos, el Estado no debe impedir, salvo en los casos previstos por la Constitución, el ejercicio y goce de dichos derechos. Sobre este punto, véase Turpin, D., op. cit., N° 5, p. 7, Aguilar, M., "Las tres generaciones de los Derechos Humanos", en CODHEM, *Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, N° 30, 1998, p. 93.

⁵⁸ Este texto tuvo como antecedente directo la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, de 12 de junio de 1776, la cual comprendía principios como el de igualdad, separación de poderes, libertad de prensa, soberanía nacional, etc. Se trata del primer ejemplo moderno en reconocer dichos derechos por escrito, sin embargo su influencia internacional fue escasa en comparación con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) o la posterior Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

moderno en contemplar los derechos humanos más importantes: La vida, la libertad⁵⁹, la búsqueda de la felicidad, etc.

En todo caso, debe recalcarse que este documento no tendría nada de extraordinario si no fuese, por una parte, por el *Bill of Rights*⁶⁰ de 1791, que vino a complementar la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y por otra parte, por tratarse del antecedente principal de la más importante y célebre declaración de derechos humanos de todos los tiempos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

ii) La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

A pesar de la importancia de este texto, que merece siempre un examen en profundidad, nos detendremos en él exclusivamente para realizar un análisis somero de los motivos que propiciaron su creación, así como de su contenido y de cuál ha sido su influencia tanto en la evolución del pensamiento jurídico como en los textos posteriores relativos al tema.

Hacia fines del siglo XVIII, la independencia de las colonias británicas en América del Norte y las ideas propias del llamado Siglo de las Luces, comenzaban a preocupar al resto de las monarquías europeas, y no sin razón; esta revolución político-cultural iba a instalarse en la escena mundial para modificarla definitivamente.

Los abusos, el arbitrio del soberano y la desigualdad reinantes en aquella época en Francia se suelen señalar como los causantes de los actos que llevaron a la Revolución⁶¹ y a la consiguiente Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La falta de resultados luego de la reunión de los estados generales convocados por el rey Luis XVI en mayo de 1789, provocó la reacción

⁵⁹ "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness".

⁶⁰ Se trata de un texto que contiene una serie de enmiendas a la Constitución norteamericana, destinadas a proteger su espíritu de libertad, garantizando derechos inalienables y definiendo ciertos principios "fundadores" del modelo norteamericano. De este modo, se encuentran particularmente protegidas las libertades de expresión y de prensa (1ª enmienda), la libertad de poseer armas de fuego (2ª enmienda), la protección contra las requisiciones y allanamientos abusivos (4ª enmienda), la garantía de un proceso justo (5ª enmienda), la protección de los derechos del acusado (6ª enmienda), el principio del veredicto entregado por el jurado (6ª y 7ª enmienda), y la protección contra las penas crueles o desmedidas (8ª enmienda). La 9ª enmienda, por su parte, pretende recordar que las libertades de los ciudadanos norteamericanos son vastas y que no se limitan exclusivamente a aquellas enunciadas por la Constitución y sus enmiendas.

⁶¹ Según muchos autores, se trataría de una afirmación más romántica que real, pues ven en ella más bien excusas destinadas a sublevar al pueblo, siendo las verdaderas causas mucho más complejas. Véase De Tocqueville, A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, éditions Gallimard, Francia, 2007, en especial el libro II y específicamente los capítulos I «Pourquoi les droit féodaux étaient devenus plus odieux au peuple en France que partout ailleurs», pp. 85 y ss., y XI «De l'espèce de liberté qui se rencontrait sous l'ancien régime et de son influence sur la Révolution», pp. 191 y ss.

del tercer estado proclamándose Asamblea Nacional, ante lo cual el soberano debe ceder aceptando que la nobleza y el clero puedan deliberar en conjunto con ella. Es así como el 9 de julio del mismo año, los estados generales en su conjunto se autoproclaman Asamblea Constituyente, la cual estaría encargada de crear una nueva Constitución para la nación francesa, disponiendo consiguientemente de poderes superiores a los del mismo rey, y ello, “por cuanto aquélla [debería] establecer cuáles [serían] los derechos y deberes recíprocos [tanto] del rey [como] de la nación”⁶².

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue promulgada el 26 de agosto de 1789; la libertad y la igualdad fueron las mayores victorias del texto. La idea de luchar contra el arbitrio real y que al mismo tiempo, el ejercicio de la libertad no afecte los derechos de otro⁶³, le permitieron alcanzar un nivel de coherencia sin precedentes; en virtud de estos principios y basada en la idea de “[que] ningún ser humano [pueda] poseer un derecho divino a dirigir Francia”, el artículo 3 hizo residir la soberanía en la nación, al mismo tiempo que el artículo 6 disponía que “la ley es la expresión de la voluntad general”. Fueron estas nociones, junto a otras ideas destacables en materia de procedimiento, derecho administrativo y derecho civil, las que hicieron de la Declaración de 1789 un modelo a seguir por los textos constitucionales posteriores.

Su influencia se extendió mucho más allá de las fronteras francesas y asimismo, mucho más allá de las aspiraciones de sus propios autores. Con el Primer Imperio⁶⁴ “[l]a ocupación francesa, la circulación de obras filosóficas y las transacciones comerciales internacionales detonaron el fenómeno revolucionario en el continente”⁶⁵; pero esta inspiración se extendió incluso más allá del Atlántico, influenciando el movimiento independentista de los reinos americanos dependientes de la Corona española, los que una vez independientes, incluyeron los derechos individuales consagrados en la Declaración de 1789 en sus propios textos constitucionales. Por lo demás, “las naciones hispanoamericanas fueron adoptando el sistema jurídico basado en el Derecho Romano por vía de su recepción en la codificación napoleónica, que vino a desplazar paulatinamente al llamado Derecho Indiano, que ya había plasmado las instituciones básicas del Derecho de Castilla en cuanto a la organización de la familia y de la propiedad”⁶⁶.

⁶² ...car elle [devrait] établir quels [seraient] les droits et les devoirs réciproques [tantôt] du roi [tantôt] de la nation”. Nicollier, P., *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789*, Fribourg, 1995, p. 8, <http://www.liberte.ch> (consulta: 19 de abril de 2010).

⁶³ Vidal, F., “Del ius romano a los derechos humanos de la Convención Americana”, p. 13; disponible en el sitio de Internet de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artdeliusromano/?searchterm=derechos%20humanos> (Consulta: 20 de abril de 2010).

⁶⁴ Régimen instaurado por Napoleón Bonaparte en reemplazo del Consulado y que se extendió desde 1804 a 1814.

⁶⁵ Nicollier, P., op. cit., N° 62, p. 21.

⁶⁶ Vidal, F., op. cit., N° 63, p. 14.

Durante el siglo XIX la situación de los derechos humanos no evolucionó mayormente, se trata más bien de una época en que los derechos y principios logrados por las jóvenes repúblicas se extendieron por todos los rincones del mundo y se integraron en los distintos sistemas jurídicos y textos constitucionales, inspirados especialmente en la codificación napoleónica. Ahora bien, a pesar de que los derechos humanos permanecieron casi inmóviles durante este período en Europa, la situación en Hispanoamérica fue bastante distinta, no sólo debido a la incorporación de dichos principios en las legislaciones internas, sino que también debido a la aparición de un movimiento abolicionista destinado a proscribir la esclavitud⁶⁷.

Sin embargo, las desigualdades y los abusos no tardarían en reaparecer –quizás sería más honesto decir que jamás desaparecieron del todo–; pero esta vez ya no provenían de antiguas monarquías despóticas, sino que de sus sucesores republicanos, dando nacimiento a las doctrinas sociales, el intervencionismo moderado e incluso el colectivismo marxista⁶⁸.

a) Siglo XX: Desprecio por los derechos humanos y posterior supranacionalización

Es a todas luces evidente que dentro de la llamada época contemporánea la primera mitad del siglo XX fue la más dura para los derechos humanos; dos guerras mundiales y la aparición de corrientes antiindividualistas que mostraban un total desprecio por la persona, pusieron en jaque aquello que demoró tantos siglos en consolidarse.

Luego de la Gran Guerra, la humanidad se encontraba consternada, aparecía como una necesidad imprescindible la creación de un organismo internacional destinado a velar porque atrocidades como las que tuvieron lugar entre 1914 y 1919 no se volvieran a reproducir. Fue entonces creada la Sociedad de las Naciones, destinada a conservar la paz en el mundo (principalmente en Europa), a resolver los conflictos en forma pacífica, y también a mejorar la calidad de vida de las personas; siguiendo este impulso, muchos textos fueron acordados y gracias a ellos fueron reconocidos, por ejemplo, los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas; fue creada la OIT, y los derechos individuales de todo ser humano pasaron a tener un reconocimiento universal⁶⁹.

⁶⁷ Las leyes destinadas a abolir la esclavitud fueron dictadas: en Haití en 1803, en México en 1810, en Chile en 1823, en Colombia y en Panamá en 1851, en Ecuador en 1852, en Argentina en 1853, en Venezuela y en Perú en 1854, en Cuba en 1880 y en Brasil en 1888.

⁶⁸ Lions, M., op. cit., N° 7, p. 484.

⁶⁹ Vidal, F., op. cit., N° 63, p. 14.

i) La corriente antiindividualista

α) El marxismo

A pesar de los muchos y vanos esfuerzos que el mundo hacía en aquella época para evitar que los derechos de las personas continuasen siendo vapuleados, un nuevo peligro amenazaba a Europa; en 1917 había triunfado en Rusia la Revolución Bolchevique, imponiendo sobre la denominada URSS⁷⁰ la doctrina marxista, conduciendo inevitablemente a la negación de cualquier derecho individual, la opresión de la libertad, un desprecio absoluto por el derecho de propiedad, la sistemática persecución de la Iglesia⁷¹ y la contradictoria aparición de una verdadera nueva clase social privilegiada: “Los Jerarcas Comunistas”, que se encontraban muy por encima del resto del pueblo, insensibles con respecto a la suerte de este último⁷². Se trata de la primera de una serie de corrientes antiindividualistas que se propagarían como un cáncer por el mundo y que sumirían nuevamente a Europa en un largo conflicto, pero esta vez a una escala nunca vista.

β) El fascismo italiano

Cinco años más tarde, en 1922⁷³ y como reacción al comunismo hace su aparición en Italia el fascismo. Se trata de una corriente que critica el racionalismo reinante en los siglos XVIII y XIX, y en cierta medida postula una idea de vuelta al pasado, a una época en que “fuerzas oscuras y naturales [actuaban] directamente sobre la afectividad del ser humano: la sangre, la raza, la familia, y especialmente *las tradiciones del pasado*”⁷⁴⁻⁷⁵. La rápida propagación de las ideas marxistas, unida al temor de la sociedad italiana de sufrir ella también la concomitante *nivelación hacia abajo*, provocaron el ascenso al poder de un sistema que despreció los derechos humanos más elementales; el ser humano ya no era considerado más que un simple medio al servicio de un fin superior, el Estado (traducción jurídica de la Nación), el cual trasciende la persona y en el que cada individuo debe encontrarse presto a sacrificarse por él⁷⁶.

⁷⁰ Y también sobre los demás países sometidos a su esfera de influencia.

⁷¹ No sólo la Iglesia Católica fue perseguida, sino que toda organización que celebrara oficios destinados al culto divino.

⁷² Gomez, R., “¿Qué queda del Marxismo?” *Revista Palabra*, octubre de 1983, disponible en Internet http://www.mercaba.org/Filosofia/Marx/marx_06.htm (Consulta: 17 de abril de 2010).

⁷³ El fascismo aparece realmente en Italia en 1919 con la creación de los *fasci italiani di combattimento* (fascios italianos de combate) por parte de Benito Mussolini, pero es recién en 1922 cuando éste comienza a gobernar como Primer Ministro.

⁷⁴ Lions, M., op. cit., N° 7, p. 485.

⁷⁵ Un claro ejemplo de esta vuelta atrás fascista fue el llamado saludo fascista adoptado por Mussolini inspirado en el antiguo saludo romano, y que sería posteriormente incorporado por Adolf Hitler en Alemania y por Francisco Franco en España.

⁷⁶ Lions, M., op. cit., N° 7, p. 487.

La democracia y el sistema liberal eran considerados como mecanismos extremadamente débiles, y por ende incapaces de bloquear la difusión y proliferación del comunismo. De acuerdo a sus postulados, sólo una dictadura potente, dotada de un partido único, sería capaz de llevar al país hacia la gloria que merecía. Pero para lograrlo, las libertades provenientes del siglo XVIII, tales como la libertad de prensa, la libertad de reunión o la libertad de movimiento fueron restringidas y en su momento suprimidas; el derecho de propiedad también se vio afectado, las expropiaciones (sin su correlativa indemnización, claro está) contra los judíos y sus supuestos protectores, y contra los burgueses capitalistas, fueron cada vez más numerosas; peor aún, los arrestos y detenciones arbitrarias, así como el exterminio sistemático de todos los opositores al régimen, fueron tolerados por los dirigentes y por el pueblo imbuidos por un sentimiento nacionalista fanático.

χ) El nacionalsocialismo alemán

Aunque se les suele comparar o incluso asimilar, a diferencia del fascismo italiano, el nacionalsocialismo alemán no aparece como respuesta o reacción a otras corrientes, ni en particular contra el marxismo; se trata del resultado de un pensamiento que venía desarrollándose desde hacía ya varios años, a través de la puesta en práctica, de forma más o menos estricta, de los razonamientos abstractos de grandes autores alemanes como Nietzsche, Spengler y Heidegger.

Claramente se trata de una corriente filosófica mucho más elaborada intelectualmente que el movimiento italiano, aun cuando analizados desde un punto de vista meramente fáctico, ambos actuaron casi de la misma manera. Desde el punto de vista teórico, lo primero a señalar es que para este sistema, el Estado trasciende el ser humano, sin embargo, el primero no es, a su vez, sino un medio al servicio de la más alta finalidad: el *Volk*⁷⁷, entidad superior siempre en busca de la primacía racial y cultural⁷⁸. Por otra parte, y quizás fundada en el pangermanismo del siglo XIX, esta corriente no aspiraba a verse restringida exclusivamente a las fronteras alemanas, se trataba de una verdadera visión de mundo, destinada a mejorar la situación mundial, en crisis en aquella época, como consecuencia de las malas gestiones capitalistas y del comunismo.

Ahora bien, mirado a través de un prisma puramente fáctico, hacia 1933 la República fue rápidamente reemplazada por una dictadura de partido único; la mayor parte de las libertades fueron restringidas; las propiedades de los judíos y de los burgueses fueron expropiadas sin indemnización; los arrestos, deten-

⁷⁷ El término *Volk* significa literalmente "Pueblo", sin embargo, durante los años de gobierno nacionalsocialista, su significación fue excesivamente extendida y manipulada con fines propagandísticos y fanáticos.

⁷⁸ Lions, M., op. cit., N° 7, pp. 487-489.

ciones y deportaciones de homosexuales, opositores al régimen y miembros de *razas inferiores* alcanzaron niveles descomunales, dando lugar a una verdadera carnicería durante la Segunda Guerra Mundial.

ii) El mundo reacciona : “¡Nunca más!”

Como hemos visto, la primera mitad del siglo pasado se vio dominada por una serie de ideologías que negaban el carácter de fin en sí mismo del ser humano; las tres corrientes analizadas mostraron a lo largo del tiempo un total menosprecio por la humanidad y *a fortiori* por los derechos emanados de la personalidad.

Dado el fracaso de la Sociedad de las Naciones, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, surgió la necesidad crear un organismo que fuese capaz de velar por que los derechos humanos fuesen respetados y que al mismo tiempo, pudiese someter, al menos teóricamente, los Estados a su potestad. Fue así como el 24 de octubre de 1945 se ratificó la Carta de Naciones Unidas, donde los estados signatarios se obligaron a promover “el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”⁷⁹, dando lugar al periodo que podríamos llamar de la *Supranacionalización de los derechos humanos*, ya que “su protección ya no sería exclusivamente de la jurisdicción interna de los Estados, sino que ahora de la comunidad internacional; [los países] al tomar mayor conciencia de que las violaciones a los derechos fundamentales trascendían las fronteras nacionales, [consideraron que] se requería de una colaboración interestatal para afrontar eficazmente su protección”⁸⁰.

Desde la creación misma de la ONU, y siempre con el recuerdo de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, los estados se preocuparon de desarrollar instrumentos destinados a promover el respeto y la protección de los derechos del hombre a una escala mucho mayor.

El primer antecedente lo constituye la novena conferencia interamericana de Bogotá, de 30 de abril de 1948, donde dos días más tarde fue aprobada la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el seno de la OEA, reafirmando la existencia de derechos esenciales de toda persona, sin distinción de raza, nacionalidad, religión y sexo. Más tarde, el 10 de diciembre de 1948 fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, texto fundamental que hoy en día constituye uno de los más importantes pilares de la forma contemporánea de concebir al ser humano.

⁷⁹ Carta de Naciones Unidas, art. 1 N° 3 (Capítulo I: Propósitos y Principios).

⁸⁰ Tapia, S., “Breves consideraciones acerca de la Declaración Universal de Derechos Humanos, su contenido y trascendencia internacional”, en *CODHEM, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, N° 22, 1996, p. 267.

3. Tercera etapa: Los derechos humanos a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948

Esta etapa es sin duda la más importante del largo recorrido de los derechos humanos; es el momento en que llegan a término todas las discusiones políticas y filosóficas relativas a los derechos de las personas. La humanidad, consciente de la importancia que debe darse a todo ser humano, y con el fin de que este último pueda desarrollar al máximo sus capacidades, considera indispensable que los derechos y las libertades inherentes a la condición humana sean reconocidos y respetados. Persiguiendo dicha finalidad, varias fueron las declaraciones que se adoptaron, sin embargo y a pesar de las buenas intenciones, las violaciones contra los derechos humanos ha continuado hasta hoy, revistiendo incluso la forma de torturas o de exterminaciones masivas⁸¹.

a) Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948

En el seno de Naciones Unidas fue adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, por 48 votos a favor y ninguno en contra⁸². Su importancia reside principalmente en dos puntos; en primer lugar, se trata del primer texto internacional relativo a los derechos humanos en adoptar la naturaleza de convención⁸³, obligando entonces (al menos teóricamente) a los Estados a respetarla.

Por otra parte, se trata de un texto que no sólo contempla la protección de los derechos humanos llamados "tradicionales", sino que incorpora simultáneamente una serie de denominados derechos "sociales"⁸⁴, como el derecho a la seguridad social; la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad y para el libre desarrollo de la personalidad; el derecho al trabajo; el derecho a formar sindicatos; el derecho a gozar de feriados y vacaciones pagados y periódicos; etc. Estos derechos sociales

⁸¹ Sin perjuicio de que dichas formas de vulneración de los derechos humanos siguen, incluso hoy, teniendo lugar en diversas partes del mundo.

⁸² Debe en todo caso precisarse que se contabilizaron 8 abstenciones (URSS, Unión Sudafricana, Ucrania, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Arabia Saudita y Bielorrusia), que se explican fácilmente por la delicada situación relativa a los derechos humanos que se vivía en dichos países (Violación sistemática de las libertades en los países del bloque comunista, Apartheid y su implicación en la cuestión de la independencia de Namibia en el caso de la Unión Sudafricana, y el islamismo extremo en Arabia Saudita).

⁸³ Aun cuando la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada con algunos meses de anterioridad, ella no tuvo el carácter de convención, sino solamente de declaración de principios.

⁸⁴ Estos derechos sociales constituyen los que se conoce bajo el nombre de "derechos humanos de segunda generación"; imponen al Estado una obligación de hacer, exigiendo de su parte prestaciones positivas destinadas a satisfacer los derechos de la población, por supuesto, en la medida de lo posible. Véase Turpin, D., op. cit., N° 5, p. 7; Aguilar, M., op. cit., N° 57, p. 93.

son realmente el resultado de una lucha constante entre obreros y patrones durante el siglo XIX (y comienzos del siglo XX) destinada a mejorar la precaria situación de los primeros y que tuvo como consecuencia la consagración de diversos principios dentro de los distintos regímenes jurídicos nacionales; sin embargo cabe precisar que el texto analizado fue el primero en establecer un reconocimiento internacional de dichos derechos, y, aun más importante, con los Estados como garantes de su respeto.

Más allá de todas las alabanzas que puedan formularse a esta Declaración, ella ha sido también el blanco de numerosas críticas. En este sentido, Alfred Verdross remarca, acertadamente a nuestro entender, que uno de los puntos débiles de la Declaración es el hecho de no conferir una acción directa o un derecho de petición hacia los órganos de la ONU con el fin de asegurar la realización efectiva de los derechos, "lo cual demuestra que, a pesar de la Declaración, los individuos siguen siendo meros sujetos de derecho interno y no de derecho internacional"⁸⁵.

Por otra parte, se critica que como la Asamblea General de la ONU no tiene competencia legislativa, la Declaración no sería más que un conjunto de principios sólo obligatorios moralmente; según las palabras del Dr. Lino Rodríguez Arias, habría sido prudente la creación de un órgano permanente, con la fuerza y autoridad suficientes como para forzar a los países a respetar los derechos emanados de la Declaración⁸⁶. Sin embargo, consideramos, al seguir la tesis del reconocido internacionalista uruguayo Héctor Gros Espiell, que resulta posible afirmar que la Declaración tiene valor jurídico y como tal, fuerza obligatoria, ya que constituiría un desarrollo o una interpretación de la Carta de Naciones Unidas, y revistiendo uno de dichos caracteres, debe considerarse obligatoria para los miembros de la ONU en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta, los que recomiendan actuar separada o conjuntamente en vista de lograr un respeto universal efectivo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Otro argumento que apoya nuestra postura es la Proclamación de Teherán de 1968, adoptada unánimemente y la cual, en su artículo 2, dispone que la Declaración de 1948 constituye una obligación para todos los miembros de la comunidad internacional; en otras palabras, ya no se trata de meras líneas directrices a seguir, sino que verdaderas reglas de Derecho destinadas a ser cumplidas y respetadas por los Estados⁸⁷.

⁸⁵ Verdross, A., *Derecho Internacional Público*, 6ª edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, España, 1978, p. 542.

⁸⁶ Rodríguez, L., *Ciencia y Filosofía del Derecho*, citado por Tapia, S., op. cit., N° 80 p. 274.

⁸⁷ Tapia, S., op. cit., N° 80, p. 275.

b) Otras convenciones relativas a los derechos humanos

Durante los años que siguieron a la Declaración Universal de Derechos Humanos, las naciones, ahora agrupadas en un marco regional, decidieron elaborar sus propias declaraciones, poniendo acento en las particularidades y necesidades propias de cada región, creando al mismo tiempo órganos destinados a la investigación y a sancionar las conductas consideradas como contrarias al libre ejercicio de los derechos por ellas reconocidos. Nos referiremos aquí a dos de las convenciones más conocidas en esta materia: La Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969.

i) Convención Europea de Derechos Humanos de 1950

El texto fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950, teniendo como objetivo, de acuerdo al preámbulo, la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En cuanto a su contenido, no hay realmente una innovación mayor en cuanto a los derechos y libertades protegidos, ya que son prácticamente los mismos que aquellos ya protegidos por una serie de otras declaraciones. Debemos admitir, sin embargo, que este texto tiene la particularidad de actualizarse y por ende mejorarse constantemente a través de protocolos adicionales, entre los cuales encontramos los de: 1952 (derecho de propiedad, elecciones y educación), 1963 (detenciones civiles, desplazamientos y expulsión), 1983 (prohibición de aplicar la pena de muerte en tiempos de paz), 1984 (expulsión de extranjeros, apelaciones en materia criminal, doble incriminación, igualdad entre marido y mujer), 2000 (prohibición general de la discriminación), 2002 (abolición total de la pena de muerte).

Pero lo verdaderamente novedoso de este texto se encuentra en su Título II, con la constitución de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual funciona de forma permanente y que según el artículo 19 tiene como finalidad asegurar el respeto de los compromisos acordados por las Altas Partes contratantes de la presente Convención y de sus Protocolos. Ante la Corte puede acudir cualquier país signatario (art. 33), pero también cualquier persona natural, ONG, o agrupación de particulares que se considere víctima de una violación contra alguno de los derechos reconocidos por el texto (art. 34); sin embargo, y de acuerdo al artículo 35, para que la acción pueda admitirse, es necesario, siguiendo los principios de derecho internacional general, haber agotado todas las instancias de derecho interno.

ii) La Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969

La idea sobre la creación de esta Convención es bastante similar a su homónima europea, pero se diferencian en que la Convención Americana "es un

genuino Tratado Internacional de Derechos Humanos, por cuanto establece obligaciones para los Estados, pero a favor de individuos que están sometidos a su jurisdicción, [no estableciendo] obligaciones entre los Estados; ya que su finalidad específica viene a ser la protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales”⁸⁸. En este sentido, es el artículo 1.1 del texto el que dispone que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

A pesar de dicha diferencia, y tal como lo hemos señalado, las dos convenciones tienen mucho en común; los derechos que garantizan son prácticamente los mismos y los órganos destinados a velar por su protección también lo son, pues ambas disponen de una Comisión⁸⁹ y de una Corte, cada una con funciones y atribuciones similares. No obstante ello, las repercusiones de las decisiones emanadas de cada una difieren bastante entre ambos marcos regionales y ello como consecuencia de diversos factores.

En cuanto al sistema europeo, “[e]l Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estado en la vanguardia de la comunidad internacional a la hora de establecer, con éxito, una maquinaria institucional que responsabiliza a los Estados de las violaciones de derechos humanos. Es destacable su eficacia, pues sus decisiones son respetadas y ejecutadas de forma prácticamente uniforme por todos los Estados miembros, que reforman regularmente su legislación nacional para cumplir con las sentencias del Tribunal”⁹⁰.

Como puede apreciarse, se trata de una situación que se encuentra lejos de producirse en el continente americano, no como consecuencia de una eventual inactividad de la Comisión o de la Corte Interamericana, sino que es simplemente el resultado de la mala calidad de las reglas destinadas al control del cumplimiento de las sentencias. Si en el viejo continente el Consejo de Europa delegó la tarea de hacer cumplir las decisiones de la Corte al

⁸⁸ Vidal, F., op. cit., N° 64, p. 22

⁸⁹ La Comisión Europea de Derechos Humanos, emanación del Consejo de Europa, fue suprimida en 1998 (al entrar en vigor el segundo protocolo de la Convención Europea de 1994), con miras a acelerar el procedimiento. Véase Dondero, F., “Sistema Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Similitudes y Diferencias”, disponible en el sitio web de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Perú.

http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Ensayo_de_Derechos_Humanos.pdf (consulta: 20 de abril de 2010)

⁹⁰ Kay, R., “The European Human Rights System as a System of Law”, *Columbia Journal of European Law*, 55, 64-67, N° 51 (invierno 2000), citado por Mann, L., “El Tribunal Europeo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Diferencia de Metodología y sus Implicaciones”, p. 48, en Waisman, V., *Cuerpos Nuestros. Redefiniendo la Justicia*, CLADEM, Perú, 2004.

Comité de Ministros, en el seno de la organización americana la situación no resulta clara. En primer lugar, la verificación de la correcta ejecución de sus decisiones corresponde a la misma Corte, pero también a la Comisión, y en último lugar, también a la Asamblea General de la OEA, transformándolo en un sistema complejo y desprovisto de todo poder persuasivo sobre los Estados.

Otra situación que refuerza esta verdadera impotencia jurídica de los órganos interamericanos es el hecho de que Estados Unidos, la nación más poderosa del mundo, aun no ha adherido a la Convención Americana. Dicho Estado, que presume ser la cuna de la libertad y el principal promotor de los derechos humanos y libertades personales en el mundo, con su actitud no sólo expande un mal ejemplo a sus vecinos del Sur, sino que además los alienta a involucrarse en un peligroso doble estatus, evadiendo, por una parte, su responsabilidad dentro del cuadro interamericano, y por otra, dejando a la región desprovista de una cultura de respeto y protección de los derechos humanos, cada vez más necesaria en el mundo globalizado en que nos encontramos⁹¹.

La Corte Penal Internacional constituye un ejemplo de lo que acabamos de exponer. Creada en 1998 en la ciudad de Roma como tribunal independiente y permanente⁹², tiene como objetivo juzgar a las personas acusadas de haber cometido atrocidades como genocidios, limpiezas étnicas y en general, todo tipo de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, a pesar de que por el sólo hecho de existir, ya implique ello una inquietud mundial destinada a la protección de los derechos humanos, el mundo jamás estará a salvo mientras potencias como Rusia, China, Israel o Estados Unidos no ratifiquen el tratado; llegamos así a una paradoja según la cual la segunda mitad del siglo XX y los comienzos del siglo XXI constituyen la época en la cual los derechos humanos lograron por fin el tan anhelado consenso sobre su protección internacional, pero al mismo tiempo se trata del periodo en que más han sido vulnerados.

Para comprender esta reflexión no debe uno limitarse a pensar en que los derechos humanos pueden ser violados exclusivamente en casos de guerra (interna o externa) o similares; hoy en día un nuevo fenómeno viene produciéndose con la deslocalización de empresas y la consiguiente llegada de inversionistas inescrupulosos a países que constituyen verdaderos *paraísos*

⁹¹ Mann, L., op. cit., N° 90, p. 49.

⁹² Estas dos características (independencia y permanencia) suponen un verdadero avance en lo tocante al respeto de los derechos humanos, garantizando el derecho a un proceso justo y llevado a cabo por un tribunal creado con anterioridad a la perpetración de un eventual crimen. La idea principal fue la de evitar desde ese momento los tribunales ad hoc, verdaderas aberraciones jurídicas donde los vencedores hacían las veces de juez y de parte, y donde la sed de venganza era muy superior a la sed de justicia; ejemplo de ello lo constituyen los tristemente célebres procesos de Nuremberg y de Tokio.

*sociales*⁹³; las condiciones de trabajo y de vida de las personas empleadas⁹⁴ por dichas empresas son en muchos casos lamentables, situación susceptible incluso de empeorar si el Estado receptor de la inversión se alía con los inversionistas en la búsqueda de beneficios altos y en corto tiempo, sin preocuparse de las consecuencias⁹⁵.

Pero debe tenerse cuidado con los *a priori*, pues la idea tampoco puede ser la de sostener que los pobres Estados menos desarrollados nada pueden hacer y que se ven entre la espada y la pared sin saber si recibir o no a los malvados inversionistas que quieren aprovechar las ventajas que en sus propios países no poseen. Ello, pues es muy frecuente que la situación en que los desastres económicos que se imputan a la inversión extranjera sean en realidad fruto de malas gestiones y negociaciones por parte del estado receptor de la inversión, y ello a su vez como consecuencia, no de la presión financiera o internacional, sino que de la corrupción o de la simple falta de interés sobre la suerte que pueda correr la población⁹⁶. Por lo que el argumento de infracciones a los contratos o tratados cometidas por los inversionistas son en la gran mayoría de los casos, excusas para evitar indemnizarlos.

Es por ello que en un tema tan delicado como éste, la solución debe buscarse muy cuidadosamente, y creemos haberla encontrado en una incómoda situación intermedia, en que por una parte el Estado y por otra el inversionista respeten los derechos básicos de las personas. Para que lo primero pueda ocurrir, es necesario que se respete la posibilidad de cada Estado soberano de modificar su legislación y adaptarla a los nuevos tiempos, permitiéndoles adaptar sus normativas sociales, de seguridad social, medioambientales, etc.; para que a su vez, la segunda situación tenga lugar, es necesario que los mismos inversionistas sigan normas de conductas acordes con el respeto de los derechos fundamentales, y más importante aún, que los propios Estados receptores de dicha inversión extranjera adopten una actitud fuerte destinada a proteger a sus ciudadanos.

⁹³ Con esta expresión queremos hacer referencia a países cuyos ordenamientos jurídicos, principalmente en materia de derecho laboral o de seguridad social, no propenden a la protección de los trabajadores, sino más bien a la recepción de inversión extranjera a cualquier costo.

⁹⁴ Aunque a veces son incluso entregadas al inversionista como mano de obra esclava.

⁹⁵ El hecho de que un Estado se alíe con los inversionistas en búsqueda de beneficios muchas veces destinados a las castas gobernantes puede parecer extraño o chocante, sin embargo, debe tenerse presente que se trata de una situación lamentablemente frecuente y que en algunos países como Birmania o China constituye la regla general. Para ilustrar estas situaciones recomendamos analizar los casos que han afectado a las empresas UNLOCAL y TOTAL-FINA-ELF en Birmania, ROYAL DUTCH SHELL y CHEVRON en Nigeria, FIRESTONE en Liberia y CHICCO en China.

⁹⁶ Basta analizar someramente algunos casos derivados de la llamada crisis argentina para darse cuenta de lo mal negociados que estuvieron los contratos de concesión del servicio de distribución de agua potable, otorgando garantías y derechos excesivos a los inversionistas, con el sólo fin de atraer capital foráneo dentro del territorio y sin pensar en las implicaciones que ello tendría en el mediano y largo plazo. En este sentido, ver *Enron c. Argentina*, *LG&E c. Argentina*, *Azurix c. Argentina*, *CMS c. Argentina*. Fallos disponibles en el sitio web del Ciadi, <http://icsid.worldbank.org>

Conclusiones

Hemos podido apreciar que los derechos humanos constituyen una noción compleja que si bien ha sido el objeto de inquietud e intentos de protección desde los albores de la humanidad, ha sido al mismo tiempo tratada con menosprecio durante muchos períodos. El balance en todo caso no debe ser pesimista, pues grandes logros han sido efectivamente alcanzados, tanto en el ámbito regional como mundial; siendo evidentemente la Declaración Universal de Derechos Humanos el más importante de todos.

Para lograr una protección adecuada en esta materia, se requiere que los tribunales encargados de resolver las causas relativas a derechos humanos –y en especial si se trata de la justicia internacional– se encuentren exentos de todo tipo de presión o dependencia de los poderes económicos o políticos dominantes, principio que afortunadamente se ha ido asentando cada vez más en la sociedad mundial.

Sin embargo, esta sensación de meta cumplida no debe tampoco llevarnos a un estancamiento jurídico respecto al concepto en estudio, especialmente en el mundo en que vivimos hoy en día. El riesgo de ver los derechos humanos vulnerados en forma solapada, bajo un aparente manto de legalidad, ha ido *in crescendo* este último tiempo con la evolución del derecho económico internacional y en especial con la reciente aparición del Derecho de las Inversiones Internacionales y el mal uso que al mismo puede dársele.

En suma, los derechos humanos gozan en el presente de una correcta pero aún insuficiente protección; las persecuciones en Sudán, el genocidio en Nigeria, o los problemas de acceso al agua en Bolivia, del trabajo de niños en China y la mano de obra esclava en países como Birmania o la República Democrática del Congo, constituyen ejemplos de ello y nos demuestran que queda todavía mucho camino por recorrer.