

EL IMPACTO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

Carlos Hakansson

Abstract: *"The Universal Declaration of Human Rights meets sixty years, but their impact on modern constitutions has not been the most favourable to becoming the single source of reference for the recognition of the rights at the international level, in fact has resulted in a incontinence approval treaty specialized in this field. While the structure of the catalogues of rights in the constitutions of European and Latin American fifties have been influenced by this international instrument, have also been receiving the call fragmentation and inflation rights, the tendency to declare rights without worrying about their proper protection".*

Sumario: 1. La tradición constitucional en el reconocimiento de los derechos y libertades; 2. La Declaración Universal de Derechos Humanos en el marco del Derecho internacional; 3. El impacto de la Declaración Universal en las constituciones iberoamericanas; 4. El panorama después de sesenta años.

1. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Las primeras declaraciones de derechos, desde la Carta Magna inglesa de 1215 hasta la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se inspiraban en esa idea medular del derecho constitucional: limitar el poder para proteger una esfera de derechos y libertades a los ciudadanos. Ello fue posible gracias a que la doctrina de los derechos nació sobre las siguientes bases. En primer lugar, la firme creencia en una naturaleza del hombre con su igualdad esencial y dignidad; y, segundo, la existencia de un amplio acuerdo sobre lo fundamental (lo mismo que de-

cir un consenso ético social básico)¹. ¿Cuáles eran estos presupuestos? En concreto nos referimos aquellos que dieron origen a lo que hoy conocemos como derecho constitucional y que se encuentran, precisamente, en los países creadores y difusores del constitucionalismo (El Reino Unido, los Estados Unidos y Francia). Por ejemplo, la Declaración de Independencia Americana (1776) nos dice que existen ciertas verdades auto evidentes que no necesitan demostración, como determinados derechos inalienables, como “la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”². Sin embargo, el principal presupuesto se ha perdido ya que los derechos y libertades tradicionalmente reconocidos ya no son adscritos a la simple naturaleza del ser humano sino sólo a una condición del mismo, es decir, ya sea a la mujer, al niño, al anciano en situación de abandono, etc. Un problema surgido por la proliferación de instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos a partir de la Declaración Universal de 1948.

2. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la mansión de Dumbarton Oaks (agosto-octubre 1944), se llevó a cabo una conferencia con la finalidad de elaborar un proyecto para la creación de una organización internacional que reemplazara a la Sociedad de las Naciones³; en ella, si bien el tema de los derechos humanos no tenía

1. En el mismo sentido véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Colex, Madrid, 1997, p. 349.

2. El párrafo completo de la Declaración dice: “[s]ostenemos como certeza manifiesta que todos los hombres fueron creados por igual, que su Creador los ha dotado de ciertos Derechos inalienables, que entre ellos se encuentran la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad”; cfr. El texto de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del 4 de Julio de 1776. De acuerdo con Fioravanti “[s]i la Revolución francesa tiende a combinar, en los términos que ya hemos visto, el modelo individualista con el estatista, definiéndose por oposición con el pasado de antiguo régimen y excluyendo totalmente la componente historicista, la revolución americana, por su parte, tiende a combinar individualismo e historicismo, excluyendo de sus propios horizontes las filosofías estatistas europeas de la soberanía política. Y precisamente en esta combinación algunos ven la mejor expresión posible del constitucionalismo moderno en materia de derechos y libertades”; cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Trota, 2ª ed., Valladolid, 1998, p. 77.

3. Dumbarton Oaks es una mansión en Georgetown (Washington D.C), donde los representantes de China, la URSS, EE.UU. y el Reino Unido se reunieron para formular propuestas para la creación de una institución de alcance internacional que finalmente se convirtió en la Organización de las Naciones Unidas.

la trascendencia actual también estaba considerado. Pero fue un año más tarde, en la Conferencia de San Francisco (abril de 1945) cuando los representantes de los cuatro países líderes (EE.UU., Francia, Inglaterra, y la entonces URSS) decidieron efectuar cambios sustantivos en aquella primera conferencia de 1944, especialmente en materia de derechos humanos. Las propuestas podemos resumirlas en dos:

- a) Expresar de manera clara el conjunto de los derechos humanos entre los que debían figurar los derechos económicos, sociales y culturales.
- b) La necesidad de crear la Comisión de Derechos Humanos como una de las más importantes al interior de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Sin embargo era necesario estudiar debidamente estos derechos que, al ser derivados de la dignidad humana, por su especial naturaleza, son indivisibles e interdependientes, que no fueron creados por los Estados pues su origen es anterior, y que toda comunidad política tiene el deber de estar a su servicio para su plena protección y garantía. Por ello, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, preocupada en que sus fines sean debidamente interpretados por la Comunidad internacional, encomendó a la Comisión redactar un catálogo que esté inspirado precisamente en estos derechos, lo que significó la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual fue aprobada el 10 de Diciembre de 1948 por la Asamblea General, marcando así una nueva etapa en el Derecho internacional⁴. Posteriormente, la misma Comisión que elaboró la Declaración, se le encomendó un Convenio de Derechos Humanos que sirva de complemento a esta y que a su vez conceptualice tanto los Derechos Civiles y Políticos como los Económicos, Sociales y Culturales.

De esta manera, el sistema universal está compuesto por un conjunto de instrumentos y organismos creados gracias a la ONU. Las principales

4. Sobre la Declaración Universal Álvarez Vita nos dice que "(...) la Conferencia Internacional de Derechos Humanos que se celebró en Teherán en 1968 -20 años más tarde- señaló el carácter de obligatoria observancia para toda la comunidad internacional de la Declaración Universal. Por si ello despertase alguna inquietud desde el punto de vista estrictamente jurídico del derecho internacional, sus disposiciones son citadas como fundamento de muchas decisiones importantes tomadas por órganos de las Naciones Unidas (...)"; cfr. ÁLVAREZ VITA, Juan, *El Derecho al Desarrollo*, Editorial Cuzco, Lima, 1988, p. 18; al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.; véase la Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968.

fuentes de este sistema son la Carta de Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y, finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁵. En este trabajo nos ocuparemos de analizar el fenómeno cultural y generacional de la Declaración Universal en las constituciones iberoamericanas al cumplir sesenta años de aprobación por la comunidad internacional.

La Declaración Universal puede observarse como un referente que permite evaluar, en términos generales, la adecuación del comportamiento de los Estados en materia de derechos humanos pero en el ámbito internacional. No olvidemos que la Declaración tiene un especial significado para las Naciones Unidas por tratarse del punto de partida, con más fuerza moral que jurídica, y el código básico de referencia para la actividad desarrollada por sus instituciones, tanto en su tarea de codificación como las actividades de control desarrolladas por la Comisión de Derechos Humanos. En efecto, la Declaración Universal ha cumplido una importante función moralizadora que ha inspirado los posteriores desarrollos normativos en materia de derechos humanos⁶, tanto en el plano internacional como nacional; una consideración afirmada por la Conferencia de Viena de 1993. Pero con relación a su contenido, consideramos que la Declaración debió restringirse a los derechos fundamentales sin incluir otros de dudosa procedencia y que lamentablemente han sido recogidos por algunas constituciones iberoamericanas, como la peruana de 1993; nos estamos refiriendo al llamado derecho al descanso y disfrute del tiempo libre, tomados por los constituyentes del artículo 24 de la Declaración Universal de 1948⁷. Por otro

5. A estos instrumentos hay que agregar los instrumentos internacionales que regulan situaciones particulares, como son aquellos que prohíben la discriminación hacia la mujer, los derechos del niño, la prevención y sanción contra la tortura, la esclavitud, entre otros.

6. En su preámbulo descubrimos una clara referencia a las consecuencias del nazismo cuando nos dice que “[c]onsiderando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias (...)”.

7. Efectivamente, en el mencionado artículo de la Declaración se lee que “[t]oda persona tiene derecho, al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. En el artículo 2, inciso 22, de la Constitución peruana de 1993 encontramos similar reconocimiento “[a] la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

lado, su origen y naturaleza debió estar llamada a convertirse en el único documento internacional sobre esta materia y no en la fuente de los demás pactos y tratados especializados sobre derechos humanos.

Si bien la Declaración Universal ha servido de modelo a las constituciones iberoamericanas contemporáneas, su contenido tiene todo lo necesario para haber sido considerada como el único documento internacional de los derechos humanos; en su preámbulo destacamos el reconocimiento de la libertad, la justicia y la paz que tienen como base a la dignidad humana⁸. También encontramos el reconocimiento a los derechos sociales (salud, educación, etc.), una clara influencia de la Constitución mexicana de 1917 que fue la primera en recogerlos en su catálogo de derechos⁹.

Pero tiempo más tarde, la comunidad internacional consideró necesaria la elaboración de unos pactos que desarrollarán los derechos reconocidos en la Declaración; unos instrumentos que de alguna manera han olvidado su importancia pero que, irónicamente, la histórica Declaración francesa de los derechos del hombre y ciudadano de 1789 y el *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana siguen siendo un referente para el constitucionalismo¹⁰, pese a que la primera es una declaración de la libertad mientras que la segunda es una jurisdicción de la libertad.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, también conocidos como los pactos de Nueva York, incluyen el desarrollo de la totalidad de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal. Cada uno de los pactos regulan por separado una especial categoría de derechos. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos se ocupa de los derechos clásicos a la vida, la integridad, la prohibición de la tortura, la libertad personal, la tutela judicial efectiva, las libertades de pensamiento, opinión, asociación y reunión, el derecho a la intimidad y a la vida familiar, a la personalidad jurídica o los derechos específicos de las minorías. El Pacto de Derechos

8. "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...);" cfr. El preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

9. La declaración de derechos sociales se encuentra en los artículos 3, 27, 28 y 123 de la Constitución mexicana de 1917, y se refieren a la educación, al agro, al régimen de propiedad y al aspecto laboral; véase a CARPIZO, Jorge, MADRAZO, Jorge, "El Sistema Constitucional mexicano", en GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (coords.), *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 576.

10. Las diez primeras enmiendas de la Constitución estadounidense (1787) constituyen el *Bill of Rights* y fueron incorporadas en bloque en 1791.

Económicos Sociales y Culturales, en cambio, recoge el derecho al trabajo y su desarrollo en condiciones dignas, los derechos sindicales, a la seguridad social, la protección familiar, educación y cultura¹¹. El disfrute de ambos responde a los principios de igualdad en interpretación favorable a los derechos humanos que deben ser respetados por todos los Estados.

La adopción de los dos pactos constituye un cambio en el tratamiento de los derechos humanos por la comunidad internacional, ya que se trata de normas que imponen obligaciones jurídicas directamente vinculantes para los Estados partes. No obstante, ha de señalarse que mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos define obligaciones autoaplicables, asumiendo los Estados el deber de reconocimiento y garantía inmediata de los derechos¹², el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se concibe más bien como un instrumento donde los Estados asumen el compromiso para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la adopción de medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos reconocidos.

El contenido del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos puede dividirse en dos grandes materias. Por una parte se reconoce un catálogo de derechos y libertades; por otra, el Pacto contiene una parte orgánica en la que se crea una institución denominada el Comité de Derechos Humanos¹³, integrado por dieciocho miembros de gran integridad moral y competencia profesional. Dichos miembros son elegidos y desempeñan sus funciones a título personal en calidad de expertos¹⁴. La elección de los mismos se produce en el seno de una reunión de los Estados partes del pacto, gracias a una lista de candidatos elaborada por el Secretario General donde se incluyen las propuestas presentadas por los Estados¹⁵. El mandato es de cuatro años y se renueva por mitades para garantizar la continuidad de sus trabajos¹⁶. En cambio, en el Pacto

11. Véanse los artículos del 7 al 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

12. Véase el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

13. Véase CASTAÑEDA OTSU, Susana, "La Jurisdicción Supranacional", en *Derecho Procesal Constitucional*, volumen II, Jurista editores, 2004, pp. 1028-1030; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos", *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, Año VII, Nro. 6, Huancayo (1998), pp. 53-137.

14. Véase el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

15. Véase el artículo 30 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

16. Hay que señalar que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no ha creado ningún órgano especial de control, asignando más bien al ECOSOC las funciones de

internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece que los informes que presenten los Estados partes sobre los avances y medidas adoptadas para la progresiva realización de estos derechos serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas¹⁷, quien enviará copias al Consejo Económico y Social para que los examine conforme a lo dispuesto por el pacto¹⁸.

Para terminar esta primera parte, consideramos que la Declaración Universal de los derechos humanos debía convertirse en el referente de los Estados democráticos al momento de redactar el catálogo de derechos en sus constituciones, pero su impacto ha dado lugar a una serie de documentos que la han relegado, como es el caso de los pactos internacionales de Nueva York y las convenciones regionales, tanto americana como europea. En nuestra opinión el contenido de la Declaración Universal era suficiente para aprobar un solo tratado e incorporar la creación de un órgano supranacional para la protección de los derechos, por la vía un protocolo facultativo suscrito por los Estados que deseen someterse a su competencia contenciosa¹⁹. Por eso, consideramos que la Declaración Universal en vez de

supervisión previstas en el mismo pacto; véase su artículo 16.2. Cabe decir también que el ECOSOC puso en práctica distintos medios para cumplir las funciones asignadas, hasta que mediante la Resolución 1985/17, de 28 de mayo, se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para establecer un órgano que sea paralelo al Comité de Derechos Humanos.

17. El artículo 16, inciso 2(b), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales nos dice que “[e]l Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos”; una disposición similar encontramos en el artículo 40, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

18. Véase el artículo 16, incisos 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos también establece que “[e]l Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto” (cfr. Artículo 40); y además que “[e]l Comité presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual sobre sus actividades”; (cfr. Artículo 45).

19. Una afirmación que suscitará cierta polémica pues, como sabemos, la Declaración Universal se aprobó mediante Resolución de la Asamblea General y es un documento con más fuerza moral que jurídica; sin embargo, teniendo en cuenta su contenido, la comunidad inter-

ser un referente para el desarrollo e interpretación judicial de los catálogos de derechos humanos en las constituciones de cada Estado, ha dado lugar a un activismo normativo de la comunidad internacional para aprobar un conjunto de instrumentos a escala mundial, pero de dudosa observancia en los países en vías de desarrollo.

De esta manera, para tener una aproximación al problema de la proliferación de textos internacionales que reconocen derechos fundamentales, a nivel regional nos encontramos con la convención europea de derechos humanos (1950), la convención americana de derechos humanos (1969), así como la carta africana de derechos humanos y de los pueblos (1981); por otra parte descubrimos un conjunto de acuerdos internacionales para reconocer derechos en un Estado o condición particular como la convención sobre la esclavitud de 1926 (ampliada por un protocolo de 1953), la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), y la convención sobre los derechos del niño (1989), entre otros. Todos ellos reconocen y detallan un conjunto de derechos que, expresamente o en vías de interpretación, se encuentran recogidos en la Declaración Universal de 1948²⁰, propiciando

nacional pudo haber aprobado un solo tratado internacional que reconociera universalmente los mismos derechos y sus mecanismos de protección para evitar, en la medida de lo posible, una proliferación de tratados y convenciones internacionales. Como mencionamos, se trata de una afirmación polémica por las distintas circunstancias que atravesó la humanidad al final de las guerras mundiales, así como el comienzo y final de la guerra fría, pero no carente de algún sentido pues creemos que lo más importante es la calidad que la cantidad de normas, es decir, el efectivo reconocimiento y protección de los derechos humanos en una sola norma internacional que en varias independientes.

20. Por ejemplo, en el mismo preámbulo podemos comprobarlo cuando nos dice que "(...) los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"; además, el artículo 2 reconoce el derecho que "[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"; el artículo 4 que "[n]adie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas"; y el artículo 5 que nos dice que "[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"; cfr. El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

una inflación y fragmentación de los derechos y libertades, un fenómeno que también observamos en las constituciones iberoamericanas.

3. EL IMPACTO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

Al aprobarse la Declaración Universal de los derechos humanos se dio lugar a una corriente imparable de acuerdos internacionales que repercutieron en las constituciones europeas continentales e iberoamericanas. De esta manera, las llamadas constituciones surgidas después de las guerras mundiales fueron especialmente sensibles para la incorporación de extensos catálogos de derechos y libertades; por eso observamos en la actualidad una cantidad de derechos reconocidos en sus textos. Una tendencia que nos parece que es algo desproporcionada, y un tanto irreal si la medimos en función al grado de su aplicación efectiva, sobre todo en los países en vías de desarrollo.

En su mayor parte este incremento se debe a la incorporación de prestaciones del Estado de contenido económico y social. Un crecimiento que conduce a la desnaturalización del concepto inicial de los derechos; pues, el proceso de añadir nuevas prestaciones sociales podría resultar negativo para la idea de Constitución. Por lo menos provocaría su desprestigio en los ciudadanos al constatar que muchos de ellos no son de aplicación inmediata.

En una primera etapa histórica en la elaboración de constituciones, las constituciones iberoamericanas, anteriores a las guerras mundiales, combinaron los derechos individuales procedentes de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con la Carta de Derechos de la Constitución Norteamericana de 1787, que se incorporó con las diez primeras enmiendas en 1791²¹. En un solo catálogo las primeras constituciones iberoamericanas combinaron dos modelos distintos, pues la Declaración francesa de 1789 es un documento filosófico y no jurídico como el *Bill of Rights* estadounidense; como sostiene KRIELE “[p]ara los franceses, la Declaración (de los derechos humanos) es tan sólo una obra maestra de la oratoria, los artículos están ahí en su pureza

21. La Carta de Derechos estadounidense, conocida como el *Bill of Rights*, está compuesta por las diez primeras enmiendas de la Constitución y fueron aprobadas en bloque en 1791.

abstracta, en el brillo de su majestad y del dominio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal puede usarlos para apoyar una pretensión o para fundar una decisión. Los franceses escriben para la enseñanza del mundo entero; los constituyentes americanos, en cambio, han redactado los artículos de sus declaraciones para la utilidad y el agrado de sus conciudadanos”²².

La influencia francesa en la emancipación de las colonias españolas y creación de sus primeras instituciones independientes, llevo a los países iberoamericanos a abusar en el reconocimiento de derechos y libertades en la historia de sus textos constitucionales, pese a incorporar artículos de la Constitución norteamericana de manera casi literal. La redacción de los derechos reconocidos en la Constitución argentina es semejante al *Bill of Rights* estadounidense de 1791 porque declara los derechos reconocidos en grandes párrafos en lugar de su sólo enunciado²³, a diferencia del resto de constituciones iberoamericanas después de las guerras mundiales que son similares y que por un lado parecen influencias por la Constitución española de 1978, y por otro, del derecho internacional público como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁴. En efecto, en algunas constituciones iberoamericanas se reconocen derechos como “a la paz”²⁵ o “al desarrollo”. La razón se debe a utilizar como fuente de inspiración los pactos, convenciones o declaraciones internacionales que tienen una naturaleza distinta, pues, se redactan como aspiraciones de la comunidad internacional y carecen de garantías²⁶.

El desborde normativo que desencadenó la Declaración Universal a escala mundial no es tan preocupante por la cantidad de tratados, pactos y

22. Véase SCHNUR, Roman, en KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 206.

23. Véase la Constitución argentina de 1853/60 enmendada en 1994 que, pese a su reforma total, sigue teniendo un gran parecido con la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787.

24. Es más, la disposición final número cuarta establece que los derechos en la Constitución peruana se interpretarán conforme a ellos.

25. El derecho a la paz también se encuentra en la Constitución colombiana (artículo 22) pero de acuerdo con su artículo 85 no le reconoce aplicación directa ante los tribunales.

26. La paz, el desarrollo y el patrimonio común de la humanidad son conocidos como derechos de tercera generación por la comunidad internacional.

convenciones suscritas sino por la difusión de algunos problemas de fondo que pueden, irónicamente, ser contraproducentes para los derechos humanos; entre ellos la inflación y fragmentación y de los derechos y libertades, los derechos sociales y los deberes en los textos constitucionales; finalmente, el más grave de todos, la relativización del ser humano como único titular de los derechos, al encontrarse casi desplazado por el concepto o idea de grupo.

a) *La cantidad de derechos y libertades (la inflación de los derechos)*

Los catálogos de derechos y libertades son extensos y detallados por influencia de los tratados internacionales de derechos humanos. Se pueden contabilizar casi más de cuarenta derechos; por otra parte, si bien es cierto que la redacción del catálogo difiere del estilo de la Constitución estadounidense, todas suelen incluir de manera casi literal la enmienda novena de la Carta de 1787 que dice: la enumeración de derechos no es exhaustiva y que no deberá interpretarse como una negación o disminución de otros derechos que retiene el pueblo²⁷. En los actuales regímenes autoritarios de Bolivia, Ecuador y Venezuela por ejemplo²⁸, se reconocen derechos que no se encuentran debidamente garantizados. Por eso, la incorporación de la novena enmienda norteamericana (cláusula de los derechos implícitos o innominados) responde más a los modelos judicialistas que normativistas; en efecto, el reconocimiento y protección de otros derechos constitucionales requiere una concepción del Derecho distinta a la ofrecida por el positivismo, que es la corriente jurídica dominante en las constituciones iberoamericanas²⁹. En todo caso, esta cláusula será más o

27. Véanse los artículos 33, 50, 94 y 3 de las constituciones de Argentina (artículo 33), Colombia (artículo 94), Perú (artículo 3) y la Constitución venezolana de 1961 (artículo 50).

28. En la actualidad los Estados de Bolivia y Ecuador se encuentran en un polémico proceso constituyente, en el cual no habrá discusión para incorporar y "reconocer" derechos y libertades en generosas declaraciones pero sin una adecuada y real garantía cuando esos textos sean aprobados y entren en vigencia, un proceso similar atravesó el Estado venezolano años atrás.

29. La frontera entre judicialismo y normativismo debe quedarnos clara para comprender los presupuestos de la novena enmienda de la Constitución norteamericana, en ese sentido Pereira Menaut nos dice que "el Derecho es plural, no monista. La visión judicialista ayuda a percibir esa pluralidad porque, si el Derecho consiste en sentencias que resuelven casos concretos, *ex definitione* no formará un sistema completo, cerrado ni perfecto. Un normativista

menos retórica en relación con el grado de independencia e inamovilidad que posean los jueces.

b) *El detalle de derechos constitucionales (la fragmentación de los derechos)*

El extenso catálogo o lista de derechos sólo se obtiene detallando los derechos fundamentales originarios de libertad, igualdad y participación. A su vez, vemos que la libertad de expresión subyace en la libertad de enseñanza, la libertad de asociación en los derechos de sindicación y de fundar partidos políticos. El derecho de participación también lo encontramos en el reconocimiento a intervenir en asuntos públicos, etc. La causa puede deberse a que los constituyentes prefieren especificar los derechos y libertades para evitar que la judicatura interprete la Constitución; la aparición de los tribunales constitucionales y su jurisprudencia en algunos Estados iberoamericanos y europeos a empezado a cambiar esta idea.

c) *Los derechos sociales*

La Declaración Universal recoge los derechos sociales a la salud, bienestar, educación y la cultura³⁰. Como no es difícil de constatar, la realiza-

extremo será, posiblemente, monista y sistemático y querrá convencernos de que el Derecho consiste sólo en normas; en cambio, un judicialista extremo siempre tendrá que admitir principios y *regulae iuris* generales, aunque sólo sean las producidas por la jurisprudencia y sus comentadores"; cfr. PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría...*, cit., p. 269.

30. El artículo 25 de la Declaración Universal establece que "1. [t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". El artículo 26 de la Declaración nos dice que "[t]oda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los medios respectivos. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos". Finalmente, el artículo 27 recoge el derecho que toda persona tiene "(...) a tomar parte libremente en la

ción de las prestaciones sociales es desigual en los países iberoamericanos y está sujeta a las condiciones económicas de cada momento. Por ese motivo, su constitucionalización afecta el desarrollo de un sentimiento constitucional entre los ciudadanos cuando la precariedad económica impide hacerlos efectivos³¹.

La Constitución chilena no contiene disposiciones que autoricen la intervención del Estado en la economía aunque sí reconoce algunos derechos sociales³²; como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que goza de garantía jurisdiccional³³, el derecho a la salud³⁴, que en la práctica se manifiesta en las prestaciones que el Estado realiza a los desposeídos y la libertad de optar al sistema público o privado de salud, siendo justiciable este derecho. Entre los derechos que no gozan de garantía judicial mencionamos el derecho a la gratuidad de la educación básica³⁵, el derecho a una remuneración justa³⁶ a la negociación colectiva, y a la huelga, prohibiéndose su ejercicio para determinados gremios³⁷.

vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

31. Sobre la extensión del catálogo de derechos y libertades de la Constitución peruana, la opinión de Sardón es que desde la Carta de 1979 “(...) contuvo la más extensa de las enumeraciones de los derechos del hombre que jamás hayamos tenido en el Perú. Ella llevó al extremo el llamado constitucionalismo social —introducido entre nosotros por la Constitución de 1920— al establecer los derechos a la vivienda decorosa, a la seguridad social universal, al seguro de desempleo y un muy largo etcétera. ¿Cuál es el problema con esta clase de dispositivos constitucionales? Ellos expresan aspiraciones legítimas, pero, a ser planteadas como derechos, levantan las expectativas ciudadanas a un punto que el Estado —más aún si se trata de uno pobre y subdesarrollado como el nuestro— no puede necesariamente atender. Esta clase de normas no son, entonces, políticamente inofensivas”; cfr. SARDÓN, José Luis en el estudio preliminar de CHIRINOS SOTO, Enrique, *La Constitución de 1993*, Nerman, Lima, 1996, p. 1. En el mismo sentido, véase PÉREZ CAMPOS, Magaly, “Reforma Constitucional en el área de los Derechos Fundamentales: elementos para la discusión” en el colectivo *Una Constitución para el Ciudadano*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas, 1994, p. 360.

32. Cabe advertir al lector que en la Constitución chilena el catálogo de derechos están contenidos en un solo texto, a diferencia de las constituciones iberoamericanas contemporáneas que separan los derechos individuales de los sociales por una decisión de los constituyentes, que a llevado a la doctrina chilena a decir que su Constitución no contiene un catálogo de derechos sociales, sino más bien unas aspiraciones sociales reconocidas constitucionalmente.

33. Véase el artículo 19, inciso 8, de la Constitución chilena de 1980.

34. Véase el artículo 19, inciso 9, de la Constitución chilena de 1980.

35. Véase el artículo 19, inciso 10, de la Constitución chilena de 1980.

36. Véase el artículo 19, inciso 16, de la Constitución chilena de 1980.

37. MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 57.

Los derechos sociales en la Constitución peruana no están protegidos por la acción de amparo; sin embargo se tomaría como una política impopular si los excluye de los textos constitucionales, pues, la acepción de Constitución que existe en Iberoamérica se encuentra más cercana a un mandato al legislador; recordemos que las constituciones no nacieron para resolver el problema de la pobreza ni los problemas sociales, nacieron para limitar el ejercicio del poder político, por eso, incorporar largos catálogos de derechos sociales podría volverse en contra de la Constitución si el Estado no cuenta con los medios económicos para realizarlos³⁸. Una solución intermedia que evite una interpretación insolidaria de la Constitución podría ser reconociendo los derechos y aspiraciones sociales en sus preámbulos como una declaración de intenciones del constituyente.

d) *Los deberes en los textos constitucionales*

La inclusión de artículos relativos a los deberes cívicos parece contradictoria con el fin de una carta magna y también es herencia de los tratados sobre derechos humanos³⁹. La Constitución es una herramienta para asegurar los derechos de los ciudadanos y las leyes existen para establecer sus obligaciones. La aparición de los “deberes” está en concebir a la Constitución como un documento que organiza al Estado y a la Sociedad⁴⁰; entre ellos destacamos: el deber de honrar al país y a sus símbolos patrios⁴¹, de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, el obrar con

38. En el mismo sentido, Martínez Estay nos dice que “(...) la constitucionalización de derechos sociales tiene pocos efectos prácticos. No supone más que la incorporación a la Constitución de un programa de política-social, que, de no ser dotado de contenido por el legislador, no da origen a ningún derecho en sentido jurídico”; cfr. *ibid*, p. 333.

39. Por ejemplo, tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966) incorporan una expresa referencia a los deberes del individuo respecto a los demás (véase el preámbulo de cada pacto internacional).

40. La Comisión de bases para la reforma constitucional del Perú convocada por el Gobierno transitorio del Presidente Valentín Paniagua (2001) consideró la necesidad de mantener el título a los deberes de la persona sosteniendo que “[e]n la medida que todo derecho conlleva uno o más deberes frente a los demás, se considera conveniente incorporar una enumeración de deberes ciudadanos tomando en cuenta lo dispuesto por la Carta de 1979, sin perjuicio de los demás que estén previstos en la Constitución o en la ley”; cfr. *Comisión de Bases para la reforma constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima, 2001, p. 33.

41. Véase el artículo 22 de la Constitución chilena, y el artículo 38 de la Constitución peruana.

solidaridad, el respeto a las autoridades democráticas, el mantenimiento de la paz⁴². También es posible encontrar el deber de respetar, cumplir y defender la constitución⁴³.

e) *El titular de los derechos se ha desdibujado*

Es el problema más grave producido por la proliferación de los tratados internacionales de derechos humanos. Como sabemos, un presupuesto de los derechos que se encuentra en crisis es aquel que daba por supuesta la vinculación indisoluble entre los derechos y el ser humano. Este golpe a la titularidad única de los derechos comienza con el final de la segunda guerra mundial⁴⁴. Como mencionamos, el Estado se convierte en cada vez más asistencialista, el reconocimiento de derechos sociales pasa de las leyes a la Constitución con excepción de algunos países como el Reino Unido y Canadá por ejemplo. La forma de las constituciones europeas continentales e iberoamericanas desde mediados del siglo XX empezó a experimentar un giro a partir de los derechos, un cambio que todavía está en marcha. Actualmente ese vínculo tiene unas fisuras ya que, en la práctica, el ser humano no sólo viene siendo titular de los derechos por su naturaleza y dignidad sino por alguna condición en concreto que el legislador determine oportunamente.

Si el ser humano es único poseedor de los derechos en razón de su dignidad, una de las peores cosas que le podría ocurrir al constitucionalismo es que éste dejara de ser su titular. Son pocos los problemas que afectarían tanto al contenido de los derechos⁴⁵, pues, si se pierde el titular de los de-

42. Véase el artículo 95 de la Constitución colombiana de 1991.

43. Véase el artículo 38 de la Constitución peruana de 1993.

44. Como afirma el Profesor Pereira Menaut "(...) hoy no siempre se proclaman los derechos del hombre sólo por ser hombre –como persona humana, según dice el art. 40 de la Constitución irlandesa–, y ni siquiera por ser ciudadano, sino por tener alguna condición particular, como ser trabajador, mujer, anciano (...), sin que ninguno de tales requerimientos específicos añada más calidad de hombre ni de ciudadano. No parece tratarse sólo de la corruptela de unos principios teóricos correctamente planteados en la ley o constitución, sino que varias magnas cartas posteriores a 1945 incorporan tales incorrecciones ya en su propio tenor literal: derechos de presos (art. 25.2 de la española), de los jóvenes y de los viejos (cfr. constituciones portuguesa y española), etc."; cfr. PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría...*, cit., p. 353.

45. Véase el trabajo de CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho*, n. 3, Universidad de Piura (2002), pp. 25-53.

rechos se perdería con él su fundamento. Por eso, ya poco importa que la discusión se centre en si los derechos son “una concesión del soberano” o “que tienen un carácter absoluto”, “si su naturaleza es positiva”; cuando el golpe de gracia está en crear una confusión en torno a la titularidad de los derechos y libertades.

En pleno siglo XXI, cuando la humanidad posee la más amplia protección de los derechos en el orden nacional y supranacional, su titular ya no es tan claro para la constitución⁴⁶. En efecto, hoy en día ya no se reconocen sólo los derechos del ser humano sino los derechos del grupo, es decir, del niño, de la mujer, del anciano en situación de abandono, los homosexuales, etc. Sin contar que las constituciones contemporáneas encargan a los poderes públicos que hagan efectiva la libertad de los individuos y los grupos, incluyendo los partidos políticos, sindicatos, etc. Según el tenor de estas constituciones parece como si los grupos fueran titulares originarios de estos derechos, lo cual crea una mayor confusión e incertidumbre. Consideramos que este problema reside en una nueva sensibilidad en torno a los derechos y libertades, dado que un error contemporáneo es pensar que la única razón para respetar o proteger a algo o alguien es que sea titular de ciertos derechos, lo que se convierte en una posición bastante discutible. De esta manera tenemos que el cuidado a las plantas y los animales supone el reconocimiento previo de unos derechos como si tuviesen dignidad. Las cumbres internacionales que culminan con alguna declaración de derechos deben realzar a la persona humana y su dignidad como su único titular.

4. EL PANORAMA DESPUÉS DE SESENTA AÑOS

Si nos detenemos en la evolución de los catálogos de derechos y libertades en las constituciones, hace ciento cincuenta años no había más que unas pocas declaraciones que eran más bien cortas. Es evidente reconocer que el final de las guerras mundiales se produjo una nueva sensibilidad en torno a los derechos humanos, pues ya no bastaba su reconocimiento por las constituciones estatales. La emblemática Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 requería de un esfuerzo jurídico y global por parte de la comunidad internacional para que, por medio de generosos catálogos de derechos y tribunales supranacionales para su pro-

46. En el mismo sentido, véase PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría...* cit., p. 355.

tección, se lograra realizarlos por todo el mundo. El llamado derecho al desarrollo dio lugar a la creación de los organismos no gubernamentales (más conocidas como ONG) para la difusión, entre otras tareas, de los derechos humanos pero estimulando también su politización y burocratización en las instancias estatales creadas expresamente para su protección. De esta manera, observamos hoy en día que las organizaciones no gubernamentales que proclaman, el aborto, la eutanasia, la defensa cerrada del medio ambiente como un bien en sí mismo y no por la protección de la naturaleza humana y su dignidad; así como el reconocimiento de los derechos de los homosexuales al matrimonio, por ejemplo, nos revela que algo no ha andado bien en la difusión de los derechos humanos en las últimas décadas y que se necesitan algunas precisiones así como esclarecimientos para evitar mayor confusión⁴⁷; entre ellas la idea errónea que pueda existir más de un titular de los derechos fundamentales.

Al final de este trabajo, podemos decir después de sesenta años de aprobada la Declaración Universal no ha servido para que los catálogos de derechos humanos en las constituciones de muchos Estados iberoamericanos reflejen un acuerdo sobre lo fundamental, es decir, no se elaboran con la idea de constituirse en un acto de fe de sus redactores, sino más bien han pasado a ser sólo un acuerdo sobre lo procedimental, una técnica legislativa. Por tanto, para que la píldora del día siguiente, el aborto y la clonación sean admitidas bastará un reconocimiento expreso por el sistema jurídico estatal y, con una mayoría ocasional en el parlamento. No obstante, de acuerdo con una visión iusnaturalista de los derechos, por más que se hayan cumplido los procedimientos formales (proyectos de ley, discusión, debate, promulgación y reforma) los ciudadanos no deberán reconocer la legitimidad de esos actos dado que son prácticas inconstitucionales.

Se puede observar además la gran contradicción que existe en el derecho constitucional contemporáneo, ya que, si bien existen tratados internacionales que reconocen a los derechos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otras declaraciones de la ONU; numerosas instituciones de garantía para

47. En el mismo sentido véase MASSINI, Carlos, "El concepto de derechos humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación" en AA.VV., *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2005, p. 659.

su protección⁴⁸, pero, pese a este soporte normativo se difunden muchos errores: su titular (el ser humano) se encuentra desdibujado, se empiezan a jerarquizar los derechos humanos, se cree además que ellos pueden entrar en conflicto unos con otros, y frente a esto el aborto y la amenaza de clonación humana. Sin contar además que las consecuencias del once de septiembre también han repercutido en el mundo entero devaluando más los catálogos de derechos humanos, ya que no es extraño encontrar fuera de ellos más controles, más seguridad, más refuerzos policiales, más preguntas que contestar y cuestionarios que resolver, y un cierto temor al momento de visitar o transitar por lugares o zonas propicias para un inesperado atentado terrorista a escala mundial. Todas ellas son medidas extremas que refuerzan la seguridad, pero siempre a costa de la libertad individual.

Cabe decir que el constitucionalismo nunca estuvo exento de problemas para su realización a escala mundial, que sigue siendo un camino largo y, por momentos, agrietado; también duro y, a veces, trágico; incluso para los países más desarrollados de donde justamente proceden estos errores conceptuales; sin embargo, si el objetivo primero y último de la Constitución es la defensa de derechos y libertades, pensamos que vale la pena enfrentarlos doctrinalmente. Los pasajes de la polémica obra de GEORGE ORWELL, *1984*, donde se nos relata un mundo futuro donde no existe la intimidad y libertad de pensamiento, nos ayudan a valorar los derechos de las generaciones futuras y su defensa con otras novelas que nos llenen de sentimientos de esperanza y solidaridad. Como la *Antígona*, que gracias a SÓFOCLES se convirtió en la heroína capaz de asumir los valores éticos más profundos y pagarlos con su vida, todo un símbolo de resistencia contra cualquier forma de tiranía y violación a los derechos fundamentales.

Los ciudadanos de una comunidad política no podrán sentirse seguros si no le son reconocidos todos los derechos constitucionales con igual jerarquía en las declaraciones de derechos humanos y que siempre incluya la cláusula de los derechos implícitos. El principio de unidad de la carta magna y la fuerza normativa de todas sus disposiciones, nos llevan a comprender que todos los derechos fundamentales gozan de igual importancia para la plena realización de la persona; la vida, dignidad, igualdad y libertad son atributos de la persona humana por el solo hecho de existir

48. Debemos añadir que en Europa existen los criterios de Copenhague, para condicionar el ingreso de un nuevo socio de la Unión Europea si no respeta los derechos fundamentales.

y de estar dotado de una conciencia moral; por tanto, son indisponibles para legisladores y jueces. Pensamos que el problema no ha sido la falta de declaraciones universales de las libertades, pues luego de sesenta años existen demasiadas, sino de una efectiva jurisdicción nacional y supranacional para conocer el contenido constitucional de los derechos, que no hay conflictos entre ellos, y la protección por igual de todas las libertades sin distinguirlas en jerarquías⁴⁹.

49. Sobre estos problemas, véanse los trabajos de TOLLER, Fernando, SERNA, Pedro, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000; CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una Teoría General*, Universidad de Piura, Palestra editores, Lima, 2007; CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos, análisis y crítica del conflictivismo*, segunda edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

Copyright of *Persona y Derecho* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.