

HACIA UN CONCEPTO Y PRÁCTICA UNIVERSALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

PARTE I: EL CONCEPTO

**Salvatore Chiaracane
Colaboración Especial**

RESUMEN

La manera de entender los derechos fundamentales es variable de un sitio a otro o de una a otra época, dependiendo del valor máximo que en el ámbito del Estado o de la sociedad organizada, con base en las estructuras o situaciones sociales, económicas, geográficas, étnicas, religiosas, históricas y políticas, se le atribuye a la exigencia de que los ordenamientos jurídicos se hagan garantes de ciertos derechos asumidos como fundamentales para todos los seres humanos que viven en esa comunidad.

Desde el comienzo, hay que hacer énfasis en que el término, y el concepto correspondiente, de "derechos fundamentales" es diferente del término, y correspondiente concepto de "derechos humanos", toda vez que el término derechos humanos tiene un sentido cerrado y absoluto, en consecuencia de estar única e integralmente relacionado con el hombre y con exclusión de cualquier otro contexto o especificación, mientras que, en cambio, el término derechos fundamentales tiene un sentido abierto y relativo, en consecuencia de estar relacionado no solamente con el hombre sino también con otros elementos diferentes como circunstancias, casos, región, sociedades y ordenamientos jurídicos o morales.

En el referido contexto, los derechos son asumidos como fundamentales dependiendo de esas circunstancias, esos casos, esas regiones, esas sociedades y esos ordenamientos jurídicos o morales.

Uno de los aspectos más relevantes del presente trabajo consiste en tratar de demostrar que es importante analizar y evaluar no solamente la extensión de los derechos que han sido asumidos como fundamentales en el ámbito del sistema jurídico interno de cada país o del sistema jurídico Internacional, sino también el desarrollo histórico y espacial y, sobre todo, la gradual universalización del concepto correspondiente, a los fines de garantizar toda protección no solamente a todo ser humano, se encuentre donde se encuentre, sino también a la entera comunidad humana.

Palabras claves: Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Constituciones, Declaraciones Universales, Comunidad Internacional.

ABSTRACT

The way of understanding fundamental rights varies from place to place depending upon the relationship between the social, economic, geographic, ethnic, religious, historical and political structures or situations and the maxim value which in that context the state or the organized community recognize in order to the exigency that its law system guarantee certainly rights for all human beings leaving in that community.

From the beginning, it's important to note that the term, and the correspondent concept, of "fundamental rights" is different from the term, and the correspondent concept, of "human rights". The term human rights is closed and absolute, according his unique and totally relationship with man, without any other contest or specification. The term "fundamental rights" is open and relative, according his relationship not only with man but also with everything different from man, just like circumstances, cases, countries, societies and law or moral systems. In that context, rights are assumed as fundamental rights according these circumstances, these cases, these countries, these societies, these law or moral systems only.

One of the aspects more relevant of this work, is to show that is important not only lo analyze and value the extension of the categories of rights which were assumed like fundamental in the contest of the domestic or Intemational law system, but also the historical and territorial development, and, most of all, the gradual universalization of the correspondent concept, in order to protect not only all human being, wherever he is leaving, but also the entire human community.

Key Words: Fundamental Rights, Human Rights, Constitutions, Universal Declarations, Intemational Community.

CONTENIDO

PARTE I: EL CONCEPTO

INTRODUCCION

I -SIGNIFICADO DE DERECHO FUNDAMENTAL.

- 1 - Derecho normal y derecho fundamental.
- 2 - Carácter absoluto o relativo del criterio distintivo.
- 3 - Alcance del criterio distintivo.
- 4 - Una teoría jurídico formal de los derechos fundamentales .
- 5 - Características de los derechos fundamentales.

II - DESARROLLO HISTORICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

- 1 - Etapas en el tiempo.
 - 1.1 - La teoría de los tres períodos.
 - 1.2 - La teoría de los dos períodos.
- 2 - Etapas en el espacio.
 - 2.1 - Espacio Global.
 - 2.2 - Espacios Regionales.

III - INFLUENCIA DE OTRAS DISCIPLINAS EN LA CONFIGURACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

- 1 - Principios filosóficos. Principios religiosos. Principios sociales. Principios económicos. Principios políticos.

IV - LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA .

- 1 - La novedosa Constitución de diciembre de 1999.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Parafraseando al conocido administrativista italiano Renato Alessi, según el cual hay tantas nociones de servicio público como son los autores que se ocuparon de ellas (Alessi, R, 1956,2), es posible igualmente sostener que hay tantas nociones de derechos fundamentales cuanto son los sujetos que se han ocupado de ellas, no solamente en el ámbito específicamente jurídico, a su vez estrictamente relacionado con las orígenes románicas, germánicas, anglosajonas o, de cualquier otra forma arraigadas en esa porción del hemisferio que se suele identificar como mundo occidental para diferenciarlo de la parte restante recaída bajo el influjo o la influencia de otros pueblos y culturas, sino también en el ámbito de los diferentes espacios geográficos y las diferentes categorías culturales, territoriales, sociales, económicas, políticas, antropológicas, étnicas y religiosas, las cuales estén relacionadas nada más y nada menos que con todos los seres humanos que residen en el planeta tierra.

La pluralidad y diversidad de puntos de vista ha determinado y determina pluralidad y diversidad de nociones y correspondientes conceptos y definiciones, de manera que el presente estudio introductorio al tema de los derechos fundamentales no puede sino estar encaminado, por un lado, a buscar el mínimo denominador común que es necesario identificar para intentar conformar con base en él un punto de convergencia universal hacia el cual orientar no solamente la elaboración conceptual sino también el análisis de la puesta en práctica de los principios correspondientes que en nombre de los derechos fundamentales se han desarrollado en cualquier lugar donde haya existido y existe una cualquier comunidad constituida por seres humanos. Por otro lado, la reseñada perspectiva busca, por lo menos, estimular la reflexión sobre aquellos elementos conceptuales y fenomenológicos los cuales, representando, como diría Bobbio, los signos de la religión civil de nuestros tiempos, contribuyen a desvelar la cada vez más creciente atención que en cada rincón del mundo sigue prestándose al tema de los derechos fundamentales del hombre.

En el ámbito de la cultura que se ha dado en llamar occidental, es sabido, por ejemplo, que la famosa y sugestiva declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789 y sancionada por el rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, abrió camino a la Revolución Francesa, así como es sabido que en esa misma oportunidad se implementó la famosa y espectacular técnica, o, mejor dicho, máquina para decapitar a los reos de muerte, vigente hasta hace poco, sea cual fuere la razón formal o legalmente justificativa para infligir la sanción capital, en el ámbito del ordenamiento jurídico en que la guillotina, de la cual estamos hablando, fue introducida. Desapercibidos quedan, por lo general, aunque no sean menos relevantes, los motivos y las razones que pudo apreciar la Asamblea General Francesa al aceptar las propuestas avanzadas por el médico, ex jesuita, Joseph Ignace Guillotin, el cual, a los iluminados representantes populares del nuevo sistema de poder fundamentado en la defensa de los derechos del hombre y del ciudadano, hizo entender «las finalidades humanitarias» a las cuales estaba inspirada la máquina que dio muerte también al rey que había sancionado la mencionada declaración, por cuanto la guillotina había sido concebida para ahorrar inútiles sufrimientos a los condenados a la pena capital (Lefebvre, G. 1949). Los excesos y los abusos en la masiva utilización práctica de ese espantoso instrumento, como por ejemplo el hecho de que la piel de los degollados se convirtió en una importante materia prima en el sector, asistido por el Estado, de la manufactura del cuero para confeccionar hasta pantalones (Meyers Grossers, c/p Harro von Senger, 1992), nada restan al principio que consagraba una fundamental conquista de los condenados a muerte para que se despidieran de la vida sin tener que aguantar demasiados sufrimientos.

Absit iniuria verbis, hay que hacer énfasis, en las aseveradas finalidades humanitarias de la guillotina ya no en la perspectiva de la configuración, ni siquiera en términos de antecedente, de los supuestos en virtud de los cuales la Comunidad Internacional, además en el ámbito del derecho internacional, se determinó sucesivamente a la creación del Derecho Humanitario, sino más bien para entender el alcance del concepto que se tenía en esa época sobre la dignidad humana, la cual empezaba a tener sus tímidos reconocimientos a través de la manera con la cual los constituyentes franceses decidieron tratar de evitar inútiles sufrimientos, sin distinción de sexo, edad, religión o nacionalidad, al individuo al cual había que darse la muerte.

Igual reconocimiento, amplio e indistinto, no puede decirse que hayan tenido los demás principios relacionados con la dignidad humana a que se refiere la propia declaración. En efecto, como veremos en el curso de la presente exposición, no es difícil descubrir que el concepto de hombre a que hace referencia la mencionada declaración no es ilimitadamente extenso como para abarcar a todos indistintamente los seres del universo susceptibles de pertenecer al género humano, por cuanto el destinatario de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, así como de las Declaraciones Americanas y sobre todo las Declaraciones Inglesas a partir de la Magna Carta de 1215, no parece ser el hombre universal, sino más bien el Hombre Europeo adulto de sexo masculino y, además, de consistente renta propia.

Entre los primeros en sorprenderse por la utilización abstracta del término «hombre» en esa Declaración, fue Joseph de Maistre, un contemporáneo de esa declaración, el cual, al referirse, más específicamente, a la Constitución de 1795, expresó la siguiente crítica: «La Constitución de 1795, como sus hermanas mayores, está hecha para «el hombre». Pero no hay el hombre en el mundo. Yo he visto en mi vida franceses, italianos, rusos, etcétera ... pero en cuanto al hombre, yo declaro no haberlo encontrado en mi vida» (Sánchez Viamonte, C. 1961, 19). Lo cual pone en evidencia la falta de claridad que existía entonces respecto a la utilización abstracta del término «hombre» en tales declaraciones, para nada contribuyendo a su esclarecimiento la inmediata y directa respuesta que el escritor francés Paul Janet dio a Joseph de Maistre en los siguientes términos: «..Cuando Dios creó al primer hombre, nuestro tecnócrata hubiera podido decirle que él no conocía el hombre en general, sino únicamente a ingleses, franceses y rusos. ¿Era acaso Adán inglés o ruso? ¿Qué era? Hombre y nada más. Es tan propio del genio del cristianismo, como de la filosofía, vincular los hombres a un tipo común y, en cierta medida, a una idea pura. La Revolución no se ha equivocado, pues, al proclamar los derechos del hombre» (Idem).

En efecto, dicha contundente afirmación no puede evitar que el análisis histórico confirmara que los constituyentes franceses, los patriotas americanos o los iluminados gobernantes ingleses, nunca tuvieron pensado que los proclamados derechos pudieran referirse también a las mujeres, a los negros de las colonias, a los enemigos de la revolución, a los que no eran Europeos o descendientes de Europeos (Harro von Senger, 1992, 16 y ss). Además, la Convención Nacional Francesa tuvo la oportunidad de confirmar expresamente en la primavera del 1793 que «los niños, los locos, los menores, las mujeres, los presidiarios hasta que se rehabiliten, no pueden ser ciudadanos» (MCBride Stetson, D. c/p Harro von Senger, 1992).

Nada se quiere restar, por esas razones, a la relevancia, efectivamente significativa, que dichas Declaraciones, junto a las declaraciones y eventos que las precedieron y las declaraciones y eventos que las siguieron, tuvieron en el ámbito del proceso histórico que culminó en la etapa fundamental representada por la Declaración Universal de los derechos del Hombre proclamada en el seno de las Naciones Unidas, con caracterización, esta sí, verdadera y efectivamente "universal".

Sin embargo, hay que darle el justo relieve a la advertencia preliminar de acuerdo a la cual la investigación dirigida a la búsqueda de lo que hay que entender por derechos fundamentales no puede dejarse sugestionar apriorística y acriticamente por las enfáticas declaraciones por medio de las cuales, aún en el medio de eventos históricos muy trascendentes y por medio de actos y órganos legitimados para hacerlo tanto en el orden interno como en el orden internacional, se haya afirmado el descubrimiento o el reconocimiento de determinadas situaciones jurídicas, subjetivas y/u objetivas, a las cuales se les pudiera denominar o caracterizar como derechos fundamentales, es decir derechos de los cuales no se puede prescindir en el ámbito de un contexto determinado, significando el término «fundamental», de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española (Madrid 1992), «lo que sirve de fundamento o es lo principal en una cosa».

Ahora bien, una situación jurídica, subjetiva u objetiva, es decir el derecho subjetivo u objetivo, puede considerarse fundamental cuando su titular no puede prescindir de ella en el curso de su existencia, en caso de derecho subjetivo, y, en caso de derecho objetivo, bajo la premisa de acuerdo a la cual los derechos existen en cuanto haya quien los reconozca y los haga valer, cuando los ordenamientos jurídicos que tengan la capacidad y la fuerza de garantizarlos, los consideren elementos principales, fundamentales e imprescindibles de su estructura. Cuando se habla, en cambio, de «derechos humanos» o «derechos del hombre», se quiere poner de relieve que el titular por excelencia de esa situación jurídica subjetiva susceptible de ser considerada fundamental es el hombre, aunado todo esto a la casi general convicción de que «existen derechos fundamentales que el hombre posee por el mero hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados» (Truyol y Seria, A. c/p Segado, F.F., 1994, 127).

No podemos prescindir de considerar que la simple y genérica utilización del adjetivo «fundamental» para calificar a ciertas situaciones jurídicas, subjetivas y/u objetivas, no siempre puede llevar a determinar resultados unívocos sino más bien diferentes, sobre todo en caso de variar el contexto en el cual procede dicha utilización. Hay situaciones, por ejemplo, que pudieran ser fundamentales en Venezuela de manera diferente que en Estados Unidos, fundamentales en la República Francesa de la Revolución de manera diferente que en la actual, fundamentales en el resto de Europa de manera diferente que en otra parte del mundo occidental u oriental, fundamentales en el siglo XIX de manera diferente que en el XX u el 2002 u otros períodos anteriores u sucesivos, etcétera, etcétera, en cuyo caso los resultados necesariamente tendrían que variar toda vez que las situaciones jurídicas a ser consideradas como fundamentales estarían reflejando puntos de vista caracterizados por ámbitos temporales, territoriales o circunstanciales diferentes.

Esto no quiere decir que no es posible configurar una situación jurídica de la cual se pueda decir que es «fundamental», sin más, es decir sin ninguna otra referencia aparte de la calificación de fundamental a la situación que se considera efectivamente fundamental. En este caso, el contexto de referencia, o, mejor dicho, la ausencia de cualquier contexto de referencia, a que está dirigida la calificación de fundamental tiene la tendencia a presentarse como ilimitado, absoluto.

Es esta una sugerencia, o una proposición o, si se quiere, una simple postura avanzada en el ámbito del amplio y calificado debate recién desarrollado por la doctrina italiana a raíz de la elaboración de una teoría "jurídicoformal" sobre los derechos fundamentales tal y como concebida, sostenida y defendida por Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, L. 1999, I). El mencionado autor propone una más restringida definición del adjetivo universal - en el sentido de estar dirigida esa

calificación a abarcar la totalidad más formal que numérica de los sujetos los cuales, por integrar las clases o categorías de las «personas» o de los «ciudadanos» o de los «jurídicamente hábiles», son, como tales, titulares de los derechos subjetivos que les atribuyen directamente las normas generales del ordenamiento jurídico - ajustada a la que él considera una teoría «formal», o «estructural» sobre los derechos fundamentales, por cuanto los conceptos de esa teoría se originan y se relacionan entre sí, en conformidad con el nivel teórico correspondiente, es decir el nivel de la teoría general del derecho, el cual no es el mismo de los otros niveles correspondientes a la dogmática jurídica, la axiología jurídica y política, la sociología y la economía. De manera que son fundamentales, de acuerdo a esa teoría «formal» que examinaremos más adelante, los derechos universales e indisponibles de la persona física o del ciudadano o del jurídicamente hábil (Id).

Otra cosa es que los varios y diferentes contextos a los cuales es posible referir la califica de fundamental atribuida a un conjunto determinado de situaciones jurídicas subjetivas de las cuales el titular por excelencia es el hombre, estarían encaminados hacia la total integración u homogeneización, o, si se quiere, globalización, hasta comprender o referirse de igual manera a la totalidad del género humano residente en el universo, con prescindencia de raza, color de la piel, sexo, nacionalidad, religión, convicción, condición física o social, y así seguidamente, a los fines de incluir a todos los seres vivientes que son concebidos y nacen como hombres en cualquier lugar del mundo. Sería como decir que la situación jurídico subjetiva que es fundamental por y para un Europeo tendría la potencialidad y la tendencia a ser fundamental también para y por un Chino, para y por un Arabe, un Ruso, un australiano, un Indiano, etcétera, etcétera, hasta englobar a todos los seres humanos como integrantes de la misma comunidad.

Llegar a ese resultado, o, mejor dicho, estar encaminados hacia esa tendencia, no es un logro que pudiera decirse ya conseguido solamente en virtud del hecho de que existan declaraciones unilateralmente consideradas de carácter universal a favor de los derechos fundamentales del hombre. Es cierto que el eco de unos determinados eventos históricos, tales como la revolución francesa, la revolución norteamericana y la revolución hispanoamericana, se propagó con efectos contagiosos más allá de los limitados ámbitos territoriales y temporales en que aquellas se habían producido. Pero es igualmente cierto que dichos eventos, aun cuando hayan conferido a los triunfadores la legitimación para poder dictar las leyes fundamentales para el desarrollo de los pueblos y naciones que se iban a constituir sobre las cenizas de la revolución, no les confirieron también la titularidad de la representatividad de todos los demás habitantes del planeta tierra, tanto como para proceder, unilateralmente, a hacer declaraciones de carácter universal en nombre y a favor de hombres, o seres vivientes pertenecientes a la raza humana, de los cuales nunca supieron, escucharon o intentaron imaginarse el punto de vista al respecto.

Hay unos autores Chinos (Shen Baoxiang, Wang Chengquan y Li Zerui, c/p Harro von Singer, 1992, 7) que sostienen, por ejemplo, que la teoría del derecho natural encaminada a defender los derechos humanos, cuales la libertad, la igualdad y el acceso al bienestar, fue una invención de los filósofos de la clase burguesa para contrastar los privilegios que por autoridad de la religión estaban conferidos a los clérigos medievales, convirtiéndose, después, en sólida arma ideológica de esa misma clase para emprender su lucha en contra de la autocracia feudal, de manera que, en nombre de los derechos humanos, la clase burguesa pudo reemplazar al poder feudal en los correspondientes privilegios.

En el mismo sentido, con base en la sospecha en virtud de la cual la política del Mundo Occidental estaría dirigida al conseguimiento del dominio internacional, durante y después de la época de las colonias, la presencia actual de bases militares en el Tercer Mundo y la parcialidad

que se desvelaría en las decisiones ejecutivas tomadas por el Consejo de Seguridad de la ONU, pues bien, por todo eso y otras cosas más, los países Arabes y Musulmanes tienen la sensación que los países Occidentales impusieron a los demás una Declaración Universal que no sería otra cosa sino una elaboración partidaria programada por sus propios juristas (Abu-Sahlieh, S.A.A., 1991,20), mientras que, siendo los derechos humanos, de acuerdo a la concepción musulmana, privilegios que corresponden únicamente al pueblo que obedece a Dios, la correlativa declaración, tal y como se desprende del Proyecto de Declaración Islámica de Taef de 1981, debería estar conforme con los principios del Corán y la Summa del Profeta (Idem, 23; Sanada, Y 1992, 89).

Resulta, además, que en el curso de las discusiones sobre el proyecto de Declaración Universal por ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, la delegación de Brasil pidió que se incluyera en la segunda parte del art.I, el cual hacía y hace referencia a que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos, una referencia a Dios, para afirmar que los seres humanos son creados por Dios a su imagen y semejanza. La representación China objetó que las concepciones de su país eran diferentes de la concepción Cristiana. Las representaciones de Uruguay y Ecuador declararon que ninguna mención de Dios debería hacerse en los documentos de la ONU (Verdoodt, A. c/p Abu-Sahlieh, S.A.A.,1991, 23), y así fue.

Por lo que se refiere a la sociedad Africana tradicional, debido, entre otras cosas, a los varios problemas ambientales, a las luchas tribales, a las intervenciones coloniales, al comercio de los esclavos, no hay derechos fundamentales que se reconozcan y garanticen para todos los hombres, existiendo más bien un conjunto de derechos que se consideran humanos ya no para estar dirigidos a todo hombre, sino para estar asignados al individuo que esté calificado como miembro de una comunidad o familia y también de acuerdo a los méritos que ese individuo tenga frente a su comunidad o familia, por cuanto la única vía que queda al individuo para salvaguardar su propia dignidad humana es la pertenencia a su propia comunidad o familia (Donnelly, J. c/p Sanada, Y, 1992, 90).

Por otro lado, la idea en virtud de la cual hay que reconocer un conjunto de derechos fundamentales cuya aplicación debe ser garantizada a todos los individuos de una determinada sociedad, es totalmente extraña a la tradición Hindú, en conformidad con la cual sigue vigente en el ámbito de la sociedad Indiana el sistema de las castas, caracterizado no solamente por la arrogancia de las castas superiores y el servilismo de las inferiores, sino también por una especial dimensión total de la cosmología temporal toda vez que, a través de la teoría de la reencarnación o transmigración de las almas, la existencia de los individuos, los cuales pueden nacer y renacer varias veces, está relacionada con el pasado, el presente y el futuro, de manera que es posible conseguir varios niveles de derechos en el curso de la transmigración (Sanada, Y 1992,90).

En cambio, en el ámbito de las naciones socialistas, tales y como la hoy desaparecida Unión Soviética, no es posible admitir la configuración de unos derechos fundamentales los cuales el Estado tiene que reconocer y garantizar, por cuanto al individuo corresponden aquellos derechos que única y efectivamente determine la estructura social del Estado (Idem, 91), con una pequeña diferencia respecto de la concepción vigente en la República China, en el ámbito de la cual resisten milenarias tradiciones que permiten el reconocimiento de determinados derechos fundamentales, los cuales pero pueden y hasta deben ser sacrificados en vista del bien común y del interés público (Idem, 91).

La reseña panorámica, representativa aún de manera no exhaustiva de las divergencias que en la materia es posible registrar en el ámbito de pueblos y culturas diferentes, no puede, en todo caso, restar importancia al hecho de que el primer intento para conferir la justa dimensión y

caracterización universal al contexto de referencia a que está dirigida la califica de fundamental atribuida a determinadas situaciones jurídicas subjetivas activas de las cuales el titular por excelencia es el hombre, lo representó - contando con el punto de vista de las cinco potencias ganadoras en la segunda guerra mundial y otras cincuenta naciones signatarias y la adhesión, posteriormente, a nivel planetario, de casi todas las naciones del mundo - la adopción en San Francisco, el 26 de junio de 1945, de la Carta de las Naciones Unidas, entrada en vigor el 24 de octubre de 1945 y más conocida, sucesivamente como Estatuto de las Naciones Unidas (Del Giudice, F. y Verrilli, A. 1997, 69).

En realidad, dicho Estatuto no proporciona ninguna definición respecto de lo que hay que entender por «derechos humanos y libertades fundamentales», sino que proclama, en su Preámbulo, «la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres» (Meneses, D.,1995, 24; Sperduti, G.,1964, 808) asignando a la Asamblea General de la ONU y al Consejo Económico y Social, en conformidad con los artículos 55 y 56, la función de promover, entre otras cosas, siendo uno de los propósitos fundamentales de la ONU, conforme lo prevé el ordinal 3 del artículo 1, «el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades».

De esa manera, aún cuando el único efecto jurídico de carácter obligatorio para los Estados signatarios de la Carta no iba más allá de la sencilla obligación de cooperar con los organismos de la ONU en la promoción de algo que todavía no estaba bien definido o identificado siendo simplemente indicado con el término de derechos humanos y libertades fundamentales, y con exclusión, por lo tanto, sic stantibus rebus, de la obligación de predisponer un correspondiente sistema de protección efectivo en el ámbito de la que se ha dado en llamar jurisdicción doméstica y en el ámbito internacional, pues bien, se crearon, por primera vez, las bases sobre las cuales edificar, en un contexto universal, la configuración de las situaciones jurídicas subjetivas activas que hay que considerar fundamentales, y por lo tanto tratar de garantizar y proteger, con respecto a todos los seres humanos del planeta tierra, sea cual fuere el lugar de su existencia.

Aquí tenemos, entonces, el punto de partida proyectado hacia un contexto universal para la configuración de estándares comunes en la interpretación de los derechos fundamentales, susceptibles de determinar, en primer lugar, la adhesión conceptual por parte de pueblos y naciones que tienen culturas, ideologías, religiones, hábitos, tradiciones, idiomas e idiosincrasias diferentes, y, en segundo lugar, la adopción de sistemas, internos e internacionales, de protección que garanticen el disfrute cotidiano de esos derechos por parte de todos indistintamente los seres humanos en cualquier lugar del mundo.

PARTE PRIMERA: CONCEPTO

I - Significado de derecho fundamental

1 - Derecho normal y derecho fundamental Hay que empezar por entender que fundamental significa servir de fundamento o ser lo principal en una cosa, de manera que se utiliza el calificativo de "fundamental", para diferenciarlo del que no alude a esas características y se le llama "normal". Al referir, luego, esos adjetivos alternativamente o en términos eventualmente de comparación o diferencia, al sustantivo «derecho», cabe preliminarmente precisar que por "derecho", antes de calificarlo de normal o fundamental, hay que entender a una situación

jurídica activa la cual se traduce en la posibilidad de un «agere licere», o sea una conducta, o una pretensión de conducta, dentro de un ámbito positivamente determinado. Para llegar, luego, a calificar ese derecho o esa situación jurídica como fundamental o normal, es preciso relacionar, a su vez, esos términos con el contexto, genérico o específico, general o particular, absoluto o relativo, en el ámbito del cual dichos términos están llamados a ejercer su operatividad. En caso de que el contexto de referencia sea el ordenamiento jurídico, abstractamente considerado, la calificación de ese derecho o situación jurídica activa como fundamental o normal se determina, respectivamente, en virtud de la mayor o menor intensidad y relevancia del valor que la sociedad atribuye en un determinado momento histórico a la exigencia de que el ordenamiento jurídico se haga garante de ese derecho o situación jurídica activa (De Vergottini, D., 1993, 258).

En el ámbito del primer ordenamiento republicano de los Romanos y también de algunos libres municipios de la Edad Media, las situaciones jurídicas activas susceptibles de la máxima relevancia estaban única y exclusivamente atribuidas a aquellos sujetos los cuales se convertían en titulares de esas situaciones por revestir la posición jurídica de cives, a los cuales correspondía también el poder de decisión en relación con todas las cuestiones de interés general. Hubo también ordenamientos jurídicos, tales como los Estados Monásticos, los ordenamientos territoriales feudales, los Ordenes militares religiosos y buena parte del Estado patrimonial, en el ámbito de los cuales todo se resolvía en términos de autoridad (Giannini, M.S. 1993, 11, 229), en el sentido de que el valor máximo residía en lo que concebía como tal la suprema autoridad.

La idea abstractamente clara de una ley encaminada a poner orden entre las fuerzas de que se iba componiendo la sociedad en formación, empezó a vislumbrarse en el ámbito de la sociedad feudal, tanto como para lograr únicamente la configuración de unas pocas situaciones jurídicas activas las cuales, al concretarse en el reconocimiento de algunas libertades de diferente contenido y alcance y variamente repartidas en el ámbito de corporaciones, estamentos sociales, ciudades y pueblos (García Pelayo, M. c/p De Vergottini, D. 1993, 241), no estaban dirigidas a todos indistintamente los individuos que conformaban dicha sociedad sino que se inclinaban a caracterizar como bastante normal un régimen de desigualdad que ofrecía garantías solamente a un número siempre más restringido de individuos, y, por lo tanto, no se produjo, en el ámbito de dicha sociedad, ningún valor especialmente intenso y relevante tanto como para caracterizar de fundamentales a esas situaciones jurídicas de limitado alcance.

La identificación entre derecho y razón caracterizó, sucesivamente, la caída del absolutismo, una vez que el individuo, al descubrir «su soberanía» (Hauriou, A. 1933), se sustituye al soberano, determinando asimismo el nuevo régimen de libertades, entendidas estas como la capacidad jurídica del individuo de hacer todo lo que no puede hacer daño a otro individuo, siendo la exigencia de garantizar la libertad de los otros el único límite excepcional a la libertad individual. En ese contexto, la soberanía del individuo se concibe como una esfera de libertad que se concreta en una serie de derechos, es decir facultades de actuar pertenecientes «por naturaleza» al individuo para dar forma concreta a su libertad y, en cuanto tales, el ordenamiento jurídico, según las teorías iusnaturalistas, las valoriza simplemente declarándolas, aún cuando la intensidad y relevancia de esa atribución de valor por parte de la sociedad no alcanza el reconocimiento de la exigencia de que el ordenamiento jurídico, entonces en formación, se hiciera garante de esos derechos. Por otro lado, siguiendo la teoría de los derechos públicos subjetivos, las aludidas facultades son atribuidas al individuo por el ordenamiento positivo en cuanto éste las reconozca como derechos frente a un deber de abstención por parte del poder público. El Estado de derecho que se instaura sobre las ruinas del Estado absoluto, se caracteriza, según esa doctrina, por la atribución de una posición jurídica diferente a la persona física que

participa de la plurisubjetividad del ordenamiento, toda vez que esa persona de súbdito se convierte en ciudadano, es decir titular de derechos, y de muchas otras situaciones jurídicas activas, que nunca se le habían atribuido como súbdito, representando, por otro lado, esos derechos una serie de vínculos por el Estado (Giannini, M.S. 1993, 11, 220), los cuales, también en ese caso, son igualmente desprovistos de la intensidad y relevancia necesaria como para que esos vínculos se convirtieran en una exigencia de reconocidas garantías.

En el ámbito de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, destaca la clasificación que de todas esas situaciones jurídicas activas propuso G. Jellinek (1910), al configurar cuatro status del ciudadano: (status) subjectionis, (status) libertatis, (status) civitatis y (status) activae civitatis, relacionados, respectivamente, con las sujeciones como súbdito, los derechos de libertad, los derechos cívicos y los derechos políticos y representando el punto más débil del sistema el aspecto relacionado con los derechos de libertad, por cuanto no homogéneos, según Giannini (Idem), con los otros derechos. Sin embargo, el valor estrictamente formal de esa clasificación, de corte meramente científico y especulativo, no la hace representativa de alguna significación en orden a la medida de la relevancia que por ese medio pudiera haber sido expresado en orden al reconocimiento de la exigencia de que la sociedad se hiciera garante de esos derechos en algún momento histórico determinado.

Una vez individuada esa parte de los derechos que se consideran expresión de la libertad individual, la cual, en la concepción del Estado liberal, se contraponen al poder Estatal, empiezan a configurarse lo que se ha dado en llamar «derechos de libertad», o «libertades civiles», los cuales se caracterizan por estar íntimamente coligados a la personalidad del individuo, siendo relacionados, sobre todo, con la libertad personal, de pensamiento, religión, reunión y económica, y, por lo tanto, dirigidos a proteger y garantizar dichas libertades en el sentido de excluir cualquier intromisión limitativa o coercitiva por parte del poder Estatal, tanto como para llegar a considerarlas como «libertades negativas» (De Vergottini, D. 1993, 167). A esa categoría se agregan, con la llegada del Estado democrático, los llamados «derechos políticos», encaminados, principalmente, a permitir que el ciudadano participara a la determinación de la dirección política bajo la forma del electorado activo y pasivo y la asociación política. En el Estado social de derecho se disuelve la contraposición entre libertad individual y poder público, toda vez que los poderes públicos han de promover más que garantizar la libertad, sustituyéndose a los derechos del individuo los derechos de la persona humana, la cual se identifica con el sujeto más débil a quien está dirigido, en el nombre de la solidaridad social, el respaldo del Estado, de manera que se pasa a valorizar, en ese contexto, a los llamados «derechos sociales», relacionados, principalmente, con la pretensión del ciudadano a recabar del Estado prestaciones que faciliten el goce de servicios (trabajo, asistencia, seguro social, estudio, cultura, salud) que requieran de la disponibilidad de recursos económicos públicos, de manera que el rol activo del Estado en ese contexto configura las que se ha dado en llamar «libertades positivas» (Idem).

Al estar relacionados esos derechos con la persona humana, no se les puede cuestionar la calificación de «derechos humanos». Lo cual no quiere decir que, por eso mismo, se les puede calificar también de fundamentales. Los derechos de la persona que de tal manera se han ido configurando hasta conformar las categorías de los derechos de libertad, derechos políticos y derechos sociales, se convierten en derechos fundamentales sólo cuando son elevados a categoría fundamental del orden político, por cuanto los derechos fundamentales tienen que expresar y reflejar valores y estos valores se les atribuye la sociedad. Dicho en otros términos, los derechos, o las correspondientes situaciones jurídicas activas, se pueden considerar fundamentales sólo cuando en relación a ellos se determina la máxima intensidad y relevancia del valor que la

sociedad atribuye en un determinado momento histórico a la exigencia de que el ordenamiento jurídico se haga garante de ellos. Son derechos normales, en cambio, aquellos derechos sobre los cuales ese valor no recae sino en menores grados de intensidad y relevancia.

2 - Carácter absoluto o relativo del criterio distintivo: Aún cuando no pareciera una operación sencilla lo de determinar con exactitud cuándo y cómo, con cuáles fórmulas o procedimientos, la sociedad o el ordenamiento jurídico atribuyeron o han ido atribuyendo ese valor fundamental a todas o simplemente algunas de las situaciones jurídicas activas tanto como para que se diferenciara de las demás situaciones jurídicas que se iban caracterizando como derechos normales o, simplemente, como derechos, sin embargo, una vez asumido que el criterio distintivo entre los derechos fundamentales y las demás situaciones jurídicas activas, reside en el valor absoluto que puedan tener los derechos asumidos como fundamentales en el ámbito de un determinado ordenamiento jurídico y con relación a un determinado momento político, social e histórico, hay que seguir analizando los momentos y los procedimientos a través de los cuales se ha ido marcando esa caracterización.

La configuración de algunas libertades como derechos fundamentales, según comenta Giannini (1993, 11, 227), es una realización que en el ámbito del ordenamiento inglés, en virtud del rol primario del poder judicial que se había constituido en garante de los derechos por cuanto estaba a su cargo la interpretación de la constitución consuetudinaria, se había llevado a cabo a partir del siglo pasado, al igual que en el ámbito del ordenamiento norteamericano en virtud de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema; mientras que, en los demás países, inclusive los europeos, « la elevación de los derechos de la persona a la categoría de fundamento del orden político se enmarca en una evolución constitucional cuya génesis se retrotrae al constitucionalismo de entreguerras, por lo menos a nivel de discusión doctrinal, eclosionando con toda intensidad a partir de 1945» (Segado, EF. 1994, 53).

De manera concreta, la atribución de ese valor máximo casi siempre se ha dado en una forma muy genérica, en virtud de la enfática introducción en el ámbito de los ordenamientos constitucionales de fórmulas casi sacramentales como las que dicen que el Estado reconoce los derechos y las libertades fundamentales del hombre, ejemplo de las cuales encontramos en el art. 10.1 de la Constitución Española de 1978, que eleva la dignidad de la persona y los derechos inviolables que les son inherentes a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social (Segado, F.F. 1994, 46), aún cuando «es el Tribunal a quien corresponde su canalización jurídica y la concreción de su operatividad, por lo que bien puede sostenerse, como se ha apuntado (Luis Aguiar de Luque c/p Segado, F.E, 1994, 43), que el Constituyente dejó en manos del Tribunal Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los derechos fundamentales acorde con la Constitución».

Asimismo, cuando el art. 2 de la Constitución de la República Italiana de 1948 proclama que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea singularmente que en las formaciones sociales en las cuales se desarrolla su personalidad, otra cosa no significa, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana (Sent. 3 de julio de 1956, n.11, c/p Paladin, L. 1995, 560), sino el reconocimiento de aquellos derechos que conforman el patrimonio imprescindible de la personalidad humana y que pertenecen al hombre en su carácter de ser libre. En el mismo sentido, se ha comentado, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, que simplemente proyectando hacia el futuro con la mirada al pasado las dos cláusulas generales de 'Estado de derecho' y 'Estado Social', dichas cláusulas han operado como elemento dinamizador de la interpretación de los derechos fundamentales (Amirante, Ibidem).

De esa manera, cada ordenamiento estaría encaminado a tener su propia categoría de derechos fundamentales, los cuales, aunque relacionados en cada sistema con los derechos de libertad, o derechos humanos o derechos del hombre por cuanto asumidos como inherentes a la persona humana, estarían enmarcados en el ámbito del concepto que en cada país se tiene o se haya tenido en relación a esos derechos, sin tomar en cuenta, es decir, los varios y diferentes puntos de vista que se tengan o se hayan tenido al respecto en la mayoría, por lo menos, de los países del mundo, aparte de la influencia que pueda ejercer en mayor o menor medida en cada ordenamiento el derecho comparado.

Asimismo, se ha comentado que hay algunos países occidentales los cuales están convencido de que los derechos humanos no existan en los países no occidentales, así como hay algunos países no occidentales los cuales opinan, en cambio, que los derechos humanos no son sino una invención del mundo occidental toda vez que cada sociedad tiene su propia concepción de los derechos humanos (Sanada, Y. 1992, 38), y, por consiguiente, de los derechos que hay que asumir como fundamentales en el ámbito de esa sociedad.

Análogamente, no es difícil encontrar, también en textos enciclopédicos, quien asevere que no es posible una precisa definición de expresiones como libertades civiles, derechos civiles, derechos naturales u derechos del hombre, siendo utilizadas dichas expresiones con significado intercambiable para configurar algo relacionado con la dignidad humana y la libertad individual, como es característica de las democracias del mundo occidental, en el ámbito de las cuales se considera que el Estado existe para servir al individuo y no viceversa (Collier's Encyclopedia, 1967, 87).

Sin embargo, siendo el hombre, con prescindencia de raza, color de la piel, sexo, nacionalidad, religión, convicción, condición física y social, el punto de referencia y titular por excelencia de los derechos asumidos, o susceptibles de ser asumidos, como fundamentales, no puede ese valor fundamental tener como único y limitado contexto de referencia una determinada o unas determinadas sociedades, un determinado o unos determinados países, un determinado o unos determinados ordenamientos jurídicos, y ni siquiera un determinado conjunto de sociedades u países caracterizados por representar el mundo occidental u el mundo oriental u otra clase de agrupaciones políticas, sociales, culturales, étnicas, religiosas o geográficas, siendo su contexto de referencia obligatoria la humanidad, la cual, como tal, tiene su residencia en todo el planeta.

Sería ilógico y sin sentido que la humanidad, en la cual están incluidos todos los hombres, todos los individuos, todas las personas, todos los seres humanos del mundo, tuviera como referente a este u el otro Estado, a este u aquél país, por lo menos desde que existe la Comunidad Internacional. Con ese término, pues, no estamos indicando una entidad abstracta sino una verdadera y propia comunidad, la cual, sustituyendo a la República Cristiana surgida de las ruinas del Imperio Romano y caracterizada como este último por la supremacía de una autoridad superior, el Papa y el Emperador, sobre las demás entidades territoriales o patrimoniales encaminadas a conformar las bases estructurales de los estados modernos, tuvo, de acuerdo a la mayoría de los estudiosos, su origen y proyección universal en la época inmediatamente sucesiva a la paz de Westfalia de 1648, caracterizándose por las relaciones paritarias entre los estados miembros de la Comunidad. Pese a los tentativos de hegemonización que se han sucedido en las épocas anteriores y siguen sucediéndose en la época actual, y con prescindencia de las teorías (teoría del derecho natural, positivistas, normativista pura, sociológica francés, realista) que han sido utilizadas como soporte jurídico conceptual, la Comunidad Internacional - la cual no hay que confundir con la Sociedad de las Naciones o la ONU, no representando estas sino organizaciones creadas en el ámbito de la propia Comunidad Internacional - mantiene su caracterización

universal, la cual se ha ido acentuando a medida que la erosión de los grandes imperios coloniales haya llevado a la afirmación de nuevos centros soberanos e independientes de poder político en regiones y pueblos ya dominados y controlados por los colonizadores (Giuliano, c/p Del Giudice, F. y Verrilli, A. 1997, 6). Por lo tanto, la Comunidad Internacional, se la entienda como una comunidad de Estados caracterizados por el hecho de ejercer un poder de gobierno o como una comunidad universal de los hombres en el ámbito de la cual el Estado Comunidad es el sujeto jurídico (Idem, 16), tiene su propio ordenamiento jurídico, sus organizaciones, su forma de expresar valores, dictar reglas, actuar e intervenir, buscando, en principio, multiplicar las relaciones entre sus miembros en vista del progreso y mejoramiento de las condiciones de vida de la humanidad.

En el ámbito del ordenamiento jurídico internacional, son los Estados quienes, de acuerdo a la manera con que han ido y siguen arreglando con carácter obligatorio las relaciones entre ellos, contribuyen a la formación de los principios consuetudinarios o crean las normas jurídicas correspondientes, de manera que el individuo, *sic stantibus rebus*, es considerado, en ese contexto, ya no como destinatario, es decir sujeto, de derechos sino objeto de esas normas. Situación esta que se ha modificado cuando, a partir del fin de la segunda guerra mundial, la Comunidad Internacional comenzó a advertir la exigencia de conferir dimensión y caracterización universal al contexto de referencia a que se dirige la califica de fundamental atribuida a las situaciones jurídicas activas encaminadas a configurar la efectiva protección del individuo en cuanto persona humana, a fin de que la propia Comunidad Internacional se hiciera cargo de la protección del individuo en caso de que éste no estuviera suficientemente protegido por los ordenamientos internos.

Ahora bien, dichas situaciones jurídicas activas - con prescindencia de la discordancia en doctrina (Idem, 101) en relación a la idoneidad de esas situaciones como para determinar o no el reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo, considerado, en el primer caso, como capaz de ser destinatario de derechos y obligaciones que se derivan de normas internacionales, y, en el segundo caso, como simple beneficiario en el ámbito de unas relaciones entre los Estados -, han sido expresamente asumidas como fundamentales por la propia Comunidad Internacional, la cual, haciéndose cargo, en primer lugar, de su promoción, así como establecido en la Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945, en segundo lugar, de su individuación o reconocimiento, así como pautado en la Declaración Universal de los Derechos del hombre adoptada el 10 diciembre de 1948, y, en tercer lugar, de su efectiva exigibilidad, es decir el establecimiento de obligaciones a cargo de los Estados y garantías a favor de los individuos, así como determinado en virtud del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, adoptado en Nueva York el 19 diciembre de 1966 y entrado en vigor el 25 de Marzo de 1976, el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 3 de enero de 1976, y los Protocolos adicionales correspondientes (Verrilli, A., 1998,165), ha procedido a atribuirles, sucesiva, gradual y progresivamente, el valor máximo y absoluto para que el ordenamiento jurídico internacional se hiciera garante de ellas.

3- Alcance del criterio distintivo: Cabe, aquí, mencionar la advertencia de Giannini (1993, 11, 222), de acuerdo al cual no se puede transferir en teoría general y en términos absolutos lo que es solamente un problema de derecho positivo, y por lo tanto, histórico y diferenciado, como lo es el problema de los derechos fundamentales.

Siguiendo, entonces, a Giannini, es posible relevar que hay muchos textos, sobre todo a partir del '700, inclusive el más conocido, aunque ni primero ni único, texto de la declaración francesa de

1789, que abundan en la enunciación de libertades o de principios encaminados a sostener o propiciar derechos de libertades, los cuales pero no tienen el mismo valor positivo y para entender su alcance hay que hacer referencia al contexto del sistema en el cual la declaración se coloca. Cuando, por ejemplo, el artículo 6 de la declaración francesa de 1793 afirma que no es justo hacer a los demás lo que no te gusta que te hagan a ti, no está proporcionando sino una «declaración enunciativa de principios de ética social» los cuales no son aptos para convertirse en preceptos jurídicos de inmediata realización. Mientras que, en cambio, cuando en la declaración de 1789 se encuentra sostenido el principio de acuerdo al cual ninguna ley criminal puede tener efecto retroactivo, se está proporcionando una «declaración enunciativa de un principio general del sistema jurídico positivo», respecto del cual no queda sino averiguar si ese precepto es realizable en el contexto del sistema a que la declaración se dirige. Ahora bien, en el ordenamiento revolucionario francés, la declaración de 1789 si bien preveía los que se le ha dado en llamar derechos del hombre, dejaba pero a cargo de la Asamblea la disciplina legislativa de esos derechos, convirtiéndose, por lo tanto, la declaración en simple enunciación programática y representando la resultante disciplina positiva la concreta configuración preceptiva de esos derechos.

En caso de que preceptos como aquellos que se acaba de mencionar, son acogidos en el ámbito de un ordenamiento caracterizado por una Constitución rígida que sea asistida por una jurisdicción de constitucionalidad de las leyes, tenemos que los preceptos son absolutamente realizables, o, mejor dicho, exigibles. En cambio, donde haya una constitución flexible aunque con jurisdicción de constitucionalidad, o una constitución flexible sin jurisdicción de constitucionalidad, pues bien, ese precepto, y los demás que tengan las mismas características inclusive las declaraciones enunciativas de libertad, no son para nada realizables.

De manera que, para medir el valor, máximo o normal, que las libertades o derechos de libertad han adquirido en el ámbito del ordenamiento jurídico, hay que empezar por analizar las técnicas o las maneras con las cuales esas libertades o derechos de libertad han sido acogidas por el ordenamiento, y en ese contexto se han detectado, según Giannini, tres vías, entre las más seguidas o las más importantes que se han sucedido en las varias épocas, a saber:

- 1) Una de las primeras técnicas adoptadas se desarrolla a través de la configuración de una declaración enunciativa de principio que tenga por objeto la libertad, en cuyo caso, la correspondiente norma meramente enunciativa de libertad tiene el mismo rol que las demás normas enunciativas de principio, es decir son simplemente utilizables en la interpretación y aplicación de otras normas, o sirven como directivas (en las constituciones flexibles) o preceptos (en las constituciones rígidas) por el legislador;
- 2) Otra técnica consiste en la configuración de la libertad como un legítimo interés que tenga garantía constitucional, en cuyo caso, la libertad nunca puede llegar a representar un derecho subjetivo pleno, absoluto, aunque se encuentre con esa denominación en las propias constituciones, por cuanto, dichas manifestaciones fundamentales de la personalidad del individuo están sometidas al control que sobre ellas mantiene el ejercicio de potestades públicas que actúan en el interés público, y concretándose la garantía constitucional en la reserva de ley que fuera de algún modo limitativa de la atribución y la medida de esas potestades;
- 3) Una tercera técnica prevé la configuración de la libertad como objeto de un derecho fundamental del individuo, en cuyo caso la libertad representa un derecho subjetivo pleno y absoluto, y como tal presupone que las enunciativas constitucionales de esas libertades contengan una descripción muy minuciosa y detallada de ellas, al igual que las normas que

regulan derechos subjetivos en el ámbito de las relaciones entre particulares, así como presupone un preciso límite a la interferencia de los poderes públicos, cuyas actuaciones encaminadas a la salvaguarda del interés público no pueden comprimir de ninguna manera esos derechos, por cuanto los derechos fundamentales son absolutos ya sea con respecto del poder público, ya sea con respecto de cualquier otro sujeto jurídico.

Ahora bien, no hay problema respecto de la atribución del valor fundamental a determinados derechos de libertad cuando las declaraciones enunciativas de esos derechos representen también declaraciones enunciativas de principios acogidos por el ordenamiento en el ámbito de un texto formal y sustancialmente constitucional o en el ámbito de una práctica judicial consuetudinaria, tal y como la de common law, que tenga el mismo valor constitucional.

Ese valor fundamental ha sido cuestionado, cuando las declaraciones enunciativas de esos derechos hayan sido contenidas en actos - tales como los Preámbulos, las Declaraciones, y las Cartas de los derechos, más conocidas como «Bills of rights» - los cuales, aunque parecidos a los textos constitucionales, es pero posible que no lo sean desde el riguroso punto de vista sustancial o formal.

La tendencia, por lo que se refiere a los preámbulos, es la de asimilarlos a normas programáticas, las cuales si bien vinculan directamente a los órganos constitucionales no vinculan sino indirectamente a los ciudadanos, mientras que sirven como criterios de interpretación de la constitución (Háberle, P. c/p De Vergottini, D. 1993, 175), y, por cuanto no idóneas como para determinar la realización o la exigibilidad inmediata de las declaraciones enunciativas de principios a que hagan referencia, no son susceptibles, por si solos, de configurar derechos fundamentales.

Las declaraciones contienen, en cambio, unas enunciaciones articuladas y preceptivas de algunos principios fundamentales relacionados, sobre todo, con la posición del ciudadano en la sociedad y cuyo texto se encuentra formalmente separado del texto constitucional por cuanto, en virtud de la influencia ejercida por la doctrina iusnaturalista, los derechos del hombre se consideraban naturales e innatos y, por lo tanto no necesitaban de ninguna atribución constitucional sino, más bien de ser reconocidos y declarados (De Vergottini, D., *Ibidem*).

El originario «bill of rights» inglés tenía su antecedente en las cartas de los derechos feudales por cuanto el contenido de ambos actos tenía la tendencia a configurar sobre todo confirmaciones o garantías de derechos consuetudinarios y tradicionales limitados a determinados grupos sociales.

Actualmente, en el ámbito de los ordenamientos de common law, se entiende por «Bill of rights» el conjunto de las normas relacionadas con las garantías de los derechos fundamentales, las cuales normas pueden estar incorporadas al texto constitucional (Constitución Indiana de 1950 y Constitución Irlandesa de 1922), o ser agregadas sucesivamente a través del procedimiento de revisión constitucional (las veinte y seis y seis enmiendas de la Constitución Norteamericana y las enmiendas de 1982 en la Constitución Canadiense). No existiendo constitución escrita en el ámbito del ordenamiento inglés, tampoco existen "bills of rights» de ese último tipo (*Idem*, 244).

Pareciera imponerse, al respecto, la tendencia a superar la diversificación entre texto constitucional y contenido de declaraciones y preámbulos, los cuales, inclusive los «bills of rights» relacionados con los derechos fundamentales, han sido considerados también como parte integrante de los textos constitucionales. Tal es el caso, además, de la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789, la cual, en virtud del reenvío expreso que a ella hace el preámbulo de la Constitución de 1958, ha sido considerada por la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés como parte integrante del texto constitucional (*Idem*, 166). De todas formas, aparte de unas pocas excepciones, la atribución del valor fundamental a determinados

derechos de libertad ha sido, por lo general y sobre todo a partir de la Constitución Belga de 1831, directamente efectuada en los textos constitucionales, tal y como, por ejemplo, en la Constitución Italiana de 1948, y no solamente por la siempre mayor importancia que ha ido asumiendo la materia de los derechos fundamentales, sino también para evitar dudas sobre el carácter inmediatamente preceptivo de las disposiciones correspondientes (Idem, 176).

La relación, luego, entre las situaciones jurídicas activas asumidas como fundamentales en el ámbito de los ordenamientos internos y aquellas asumidas como tales en el ámbito de la Comunidad Internacional, no es posible resolverla únicamente bajo la simple perspectiva de la relación entre derecho interno y derecho internacional, acogiéndose a la teoría dualista que considera «el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y separados, que no se confunden jamás» (Rousseau, C. 1966, 9), o a la teoría monista que rechaza la separación radical entre derecho internacional y derecho interno y considera que ambos aspectos del derecho se entrelazan y forman dos componentes o aspectos de un ordenamiento jurídico único (Idem), por cuanto, de ser así, el problema quedaría limitado en la averiguación de las razones, de orden consuetudinario o convencional, por las cuales los Estados quedarían obligados o solicitados a incorporar en sus propios ordenamientos internos las situaciones jurídicas activas asumidas como fundamentales en el ámbito de la Comunidad Internacional, además de las técnicas utilizadas o utilizables para efectuar útilmente dicha incorporación y los remedios o sanciones en caso de incumplimiento.

En realidad, la perspectiva no puede ser sino única, por cuanto íntimamente conexas con la visión universal que únicamente en el ámbito de la Comunidad Internacional es posible tener respecto de los derechos que se consideran fundamentales para todo ser humano, los cuales, al ser inherentes a la naturaleza humana, reenvían, en primer lugar, al concepto de identidad universal del hombre, en virtud del cual la persona humana tiene los mismos derechos, y aspira a las mismas libertades sea cual fueren su raza, etnia, sexo, opiniones y nacionalidad (Dupuy, c/p Del Giudice, F. y Verrilli, A., 1997, 104).

Tanto es así que la propia Declaración Universal de los derechos del hombre, la cual, en razón de su naturaleza jurídica de simple texto general, aunque votado en forma solemne por la Asamblea de las Naciones Unidas, no tenía carácter contractual y, por lo tanto, carecía de obligatoriedad entre los Estados participantes, posteriormente a su promulgación fue asumiendo carácter obligatorio para todos los Estados de la Comunidad Internacional, al ser incorporada al derecho internacional consuetudinario, en virtud de la práctica de los Estados encaminada a hacer continua y constante referencia a esa declaración como texto fundamental de los derechos del hombre, tal y como fue expresamente reconocido por el Acta final de la Conferencia Internacional sobre derechos humanos celebrada en Teherán en 1968, según la cual « la Declaración 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» (O'Donnell, D. 1989, 24).

Así las cosas, al hacer continua y constante referencia a esa declaración como texto fundamental de los derechos del hombre, ya sea en el ámbito de las relaciones y actuaciones internacionales ya sea mediante el explícito reenvío a esa declaración, en los textos constitucionales adoptados, enmendados o integrados sucesivamente a la promulgación de esa declaración, así como de otras declaraciones y pactos internacionales análogos, los Estados miembros de la Comunidad Internacional no hicieron y no hacen sino asumir singularmente como propio el valor fundamental que la Comunidad Internacional en su conjunto ha atribuido a determinados

derechos de libertad, para que sea, en primer lugar, el ordenamiento jurídico de cada Estado quien se haga directamente garante de esos derechos.

Con referencia, por ejemplo, a la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional Español tuvo la oportunidad de precisar, en una sentencia del 15 de junio de 1981 (Segado, EF. 1994,48), que «los derechos fundamentales de la persona responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo el ordenamiento jurídico».

Otra cosa es, en cambio, que la propia Comunidad Internacional, una vez asumido como propio ese valor, le atribuya la máxima intensidad y relevancia con relación a la exigencia de hacerse, a su vez, directamente garante de esos derechos, tal y como, en principio, lo hace:

- en primer lugar, a través de la actividad institucional correspondiente ejercida por las organizaciones públicas internacionales, entre las cuales destaca la ONU, la cual, incluyendo entre sus unes, conforme lo prevé el artículo 1 ° de su estatuto, «él de promover y fomentar el respeto de los derechos y las libertades fundamentales del hombre sin distinción de raza, sexo, lengua u religión», actúa en esa dirección a través de sus órganos, principales y subsidiarios, e instituciones especializadas, sobre todo a nivel normativo, dictando recomendaciones u adoptando declaraciones y convenciones, y a nivel administrativo, en virtud de sistemas de controles y asistencia (Del Giudice, F. y Verrilli, A., 1997, 108);
- en segundo lugar, promoviendo la más amplia normativa a nivel convencional, la cual, a través de la individuación puntual y precisa de un número siempre mayor de derechos de la persona humana, de carácter social, político, cultural, civil, económico, etc., prevea una serie muy detallada de derechos que los Estados se obliguen a respetar conjuntamente a una serie de organismos y procedimientos internacionales por medio de los cuales llevar a cabo la defensa de esos derechos;
- en tercer lugar, propiciando y fortaleciendo la configuración de sistemas regionales de protección de los derechos fundamentales, de manera que se caracterice, en un espíritu de colaboración y no de contraste, un sistema descentralizado de la tutela internacional.

4 - Una teoría jurídico formal de los derechos fundamentales. Abriendo sin embargo un amplio e interesante debate entre los especialistas de la materia en los foros doctrinarios del país en que se formuló originariamente la propuesta (Ferrajoli, L. Zolo, D. Jori, M. Guastini, R. Vitale, E. Bonanate, L. en Teoría Política, Milán, 1998 N° 2 y 1999 N° 1; Ferrajoli, L. 2001), hay también quien propone una definición de derechos fundamentales la cual no solamente pueda prescindir de cualquier contexto de referencia sino también sea válida y eficazmente utilizable en todos los contextos posibles sin determinar ningún tipo de incompatibilidad. En ese orden de ideas, es el italiano Ferrajoli quien propone que los derechos fundamentales se definan como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden "universalmente" a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del "status" de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas" (Ferrajoli, L. 2001). Desde luego, para entender plena y correctamente esa definición hay que estar

estrictamente apegados al sentido técnico jurídico de los términos que la componen, de manera que no parece superflua la correspondiente aclaratoria previa que proporciona al respecto el propio autor al aseverar que por derecho subjetivo hay que entender cualquier expectativa de signo positivo (= de prestaciones) o de signo negativo (= de no ser lesionado) adscrita a un sujeto en virtud de una norma jurídica, mientras que por estatus hay que entender la condición en la cual tiene que encontrarse un sujeto a los fines de rellenar, en conformidad con lo previsto por una norma de derecho positivo, los supuestos que lo hagan idóneo para ser titular de situaciones jurídicas o autor de actos que representen el ejercicio de esas situaciones. Asimismo, por carácter universal de esos derechos hay que entender ya no una referencia a la máxima amplitud geográfica o territorial sino más bien la inclusión universal, es decir global, en la categoría de los titulares de esos derechos de todos los sujetos que tengan los requisitos estatutarios requeridos (persona, ciudadano, hábil en derecho). Advierte de inmediato Ferrajoli que no se trata de una definición "dogmática", es decir formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, sino de una definición esencialmente teórica, puramente formal o estructural, "en cuanto, aún cuando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo".

Es inevitable, en ese contexto, que los derechos susceptibles de ser considerados fundamentales en conformidad con la definición superiormente reseñada, tendrán inclusión en la mencionada categoría con prescindencia de algún criterio objetivo, en efecto inexistente o, por lo menos, nunca proporcionado, que fuere idóneo como para establecer lo que es más esencial, imprescindible o vital para los integrantes de una determinada comunidad social, toda vez que se considerarán fundamentales aquellos derechos que tengan atribuido un carácter universal, en el sentido de que los intereses con los que esos derechos representan o tutelan, están repartidos de manera igual e irrenunciable y como atributo indisponible entre todos los sujetos que tengan los requisitos estatutarios requeridos. Lo cual quiere decir que los referidos derechos hay que buscarlos en el ámbito de los derechos subjetivos no patrimoniales, los cuales, como tales, se contraponen neta y decisivamente a los derechos subjetivos patrimoniales, los cuales, en cambio, perteneciendo a cada uno de manera individual, permiten únicamente el disfrute por parte del sujeto que, siendo el exclusivo titular, detiene el *jus excluyendi alios*, y, por lo tanto, esos derechos patrimoniales no pueden ser ni universales ni indisponibles, sino singulares y disponibles, aparte de que determinan, de esa manera, lo que algunos consideran la base de todas las injusticias y desigualdades sociales. En este sentido, por ejemplo, de acuerdo a la mencionada teoría formal, nunca puede ser considerada como derecho fundamental la propiedad, por cuanto es alienable y no tiene carácter universal, mientras que la libertad de expresión, la cual no admite negociación alguna, es susceptible de ser otorgada de manera igual a todos los integrantes de una determinada comunidad, de manera que, siempre y cuando así lo establezca y sin excepciones, el ordenamiento positivo de referencia, pueda convertirse en derecho fundamental.

Hasta un derecho fútil, como, por ejemplo, según Ferrajoli, sería el derecho de toda persona a ser saludada en la calle por parte de toda la gente que lo conociera, podría convertirse, de acuerdo a la mencionada teoría, en derecho fundamental, siempre y cuando el ordenamiento jurídico lo asumiera como derecho universal en el sentido superiormente aludido. La universalidad de esa manera establecida, es la que determina el carácter enajenable e indisponible de los intereses sustanciales en que esos derechos consisten. Sin embargo, la aludida universalidad no es absoluta

sino relativa, en el sentido de que el término "todos los seres humanos", respecto de los cuales esos derechos predicen la igualdad, se relaciona única y lógicamente con la clase de sujetos a los cuales la titularidad de los referidos derechos es normativamente reconocida. La definición formal identifica, en efecto, esa clase de sujetos con base en los estatus que se determinan por medio de la identidad de "persona", "ciudadano" o "hábil en derecho", cuyos supuestos han sido históricamente y siguen siendo en la actualidad, más o menos restringidos, más o menos extensos, en conformidad con la idiosincrasia, la cultura, y las situaciones sociales y políticas de los países en los cuales se establezcan, de manera que hasta el día de hoy, en ningún país del mundo, sobre todo con referencia a las limitaciones y restricciones para los sujetos que no son ciudadanos del país en que viven, residen o transitan, y asimismo para los sujetos los cuales, como los menores de edad o los locos, no son hábiles o totalmente hábiles en derecho, el estatus correspondiente no abarca la totalidad o, mejor dicho, la universalidad de los integrantes de la comunidad social considerada. Sostiene Ferrajoli, al respecto, que la superación del concepto de ciudadanía solo puede venir de la instauración de un constitucionalismo mundial que, a escala internacional, consiga plasmar los sistemas de garantía que hoy ya se dan dentro del Estado, asentado sobre los Derechos Humanos Universales" (Ferrajoli, L., 2001).

Entre las críticas más contundentes que se han manifestado en contra de la referida definición formal, destacan las que contestan su calificación formal, o ponen en duda su neutralidad ideológica y su utilidad teórica, o se preguntan como sea posible fundamentar en una definición meramente formal una teoría de los derechos fundamentales que no explica cuales son los derechos que se pueden considerar como tales, o, finalmente, no pueden aceptar que una teoría formal eche a un lado el significado que a la expresión derechos fundamentales han atribuido los más grandes teóricos del derecho y la política, los cuales han designado con esa expresión, directamente y sin ninguna sofisticación formal, los principales derechos de libertad reconocidos por las modernas constituciones, a partir de las grandes revoluciones burguesas, como instrumentos para la protección de los más relevantes intereses, valores y expectativas, individuales y de grupo (Zolo, D. Jori, M. Guastini, R. Vitale, E. Bonanate, L. en Teoría Política, Milán, 1999 N° 1; Ferrajoli, L., 2001).

El propio Ferrajoli dio respuesta a sus críticos sosteniendo, en primer lugar, que el término y la calificación por él utilizada de definición formal significan que de esa definición no se puede desprender - porque no es asunto de ella - cuales son o cuales deberían ser en cada ordenamiento los derechos fundamentales o los derechos que había que sancionar como fundamentales. Cuales son los derechos fundamentales en cada uno de los ordenamientos jurídicos objeto de investigación, lo puede sólo determinar, según Ferrajoli, el análisis empírico del derecho positivo vigente o sea la dogmática constitucional del ordenamiento considerado. Agrega, luego, el mencionado autor, que los derechos que hay que sancionar como fundamentales los puede mejor determinar una tesis jusnaturalística o una tesis de filosofía política normativa de la justicia. Y es por eso, concluye finalmente Ferrajoli, que la definición formal por él utilizada tiene la finalidad de proporcionar la forma o la estructura lógica de aquellos derechos que se ha convenido en llamar fundamentales, la cual se manifiesta e través de la caracterización universal que se les da a esos derechos con expresa referencia al sentido de cuantificación universal, es decir la cuantificación que incluya todos los sujetos que son titulares de esos derechos, y esos titulares, a su vez, se identifican en aquellos que tengan el estatus jurídico de personas o el estatus de ciudadanos o el estatus de hábiles en derecho (Ferrajoli, L. Teoría Política, Milán, 1999 N°1).

Con base en esas consideraciones, la definición formal de derechos fundamentales proporcionada por Ferrajoli, es la que más se presta para ser destinada a representar una noción jurídica, adapta, en todo caso, para ocupar a pleno título su propio espacio en el ámbito de la teoría del derecho.

5 - Características de los derechos fundamentales: Pues bien, según se ha ido hasta aquí delineando, los derechos susceptibles de ser asumidos como fundamentales u que han sido asumido como tales, no han sido elegido al azar o por conveniencia y oportunidad contingentes o circunstanciales, sino que están encima de la escala o jerarquía de valores a la cual se ha ido conformando la sociedad organizada y, sobre todo, la Comunidad Internacional. Queda entendido que, parafraseando una magistral reflexión de Salvatore Satta (1955, IV, 6), al concepto de valor no se le puede atribuir el significado de evaluación, es decir un juicio expresado necesariamente ab extrinseco, con base en criterios más o menos opinables de carácter político, moral u social, que se derivan del procedimiento encaminado a dar configuración formal al derecho, sino que hay que entender el valor como algo intrínseco a la relación subyacente al derecho, por cuanto la regla de esa relación humana, *hominis ad hominem prouortio*, en que consiste el derecho, presupone la relación humana ya no como hecho bruto que un legislador caprichoso maneja a su antojo sin otro límite que el de su legitimación formal, sino como hecho normativo en si mismo.

No cabe duda que, de no existir el derecho, no existirían derechos fundamentales pero si existirían los valores fundamentales, y en eso, aunque de manera diferente, coinciden tanto Carlo Marx, al aseverar que, siendo el derecho y el Estado instrumentos del aprovechamiento capitalista, la llegada del comunismo determinará la automática muerte del derecho y del Estado, como Francesco Carnelutú (Idem), al prever un siempre menos derecho hasta su total extinción, a medida que avance y triunfe el reino del amor.

«En el ordenamiento liberal democrático, el valor superior», según el Tribunal Constitucional Federal Alemán (Segado, F.F., 1994, 49), «es la dignidad del hombre. Por lo mismo, el hombre goza de una personalidad capaz de organizar su vida de un modo responsable. Su dignidad exige que se garantice el más amplio desarrollo posible de su personalidad».

Agrega el Tribunal Constitucional Español (Idem, 50) que «en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad de la persona humana ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, 'un minimum', invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar.

No hace falta hacer referencia a decisiones de la jurisdicción constitucional de otros países para convenir en que los derechos asumidos como fundamentales en cualquier ordenamiento, inclusive el ordenamiento de la Comunidad Internacional, se caracterizan, en primer lugar, por representar un 'minimum' invulnerable para la tutela de la dignidad del hombre, frente a un 'maximum', representado por el vasto catalogo de aquellos derechos, los cuales, al ser reconocidos como directamente conexos a la naturaleza misma de la persona humana, se ha dado en llamar derechos humanos, por cuanto reenvían al concepto de identidad universal del hombre en virtud del cual la persona humana tiene los mismos derechos y aspira a las mismas libertades, sea cual fueren su raza, etnia, sexo, opiniones, nacionalidad (Dupuy c/p Del Giudice, F. y Verrilli, A., 1997, 106).

Pareciera una antinomia considerar, a ese respecto, que los derechos que se corresponden al hombre en cuanto tal puedan admitir una jerarquía entre ellos, en relación a la atribución de fundamental que se les pueda dar a unos más que a otros, o a unos en lugar que otros, en el ámbito tanto de los ordenamientos internos de cada país como del ordenamiento internacional.

El problema, en realidad, no es de orden teórico, sino más bien práctico, por cuanto la atribución del valor máximo, es decir fundamental, a la exigencia de que el ordenamiento se haga garante de determinados derechos, comporta, además de las correspondientes declaraciones de principios, la realización de particulares condiciones materiales, políticas y sociales que no todos los Estados tienen la posibilidad de alcanzar de la misma manera y en el mismo período (Idem, 105), no solamente por una serie de razones históricas, culturales o sociales, sino, sobre todo, por prioridades de orden económico, financiero, administrativo y similares.

Y es por eso que los Estados y también la Comunidad Internacional han sido cautelosos en proceder de manera gradual y progresiva a la atribución del valor de fundamental a determinados derechos, al tomar conciencia de que ese valor no se le puede atribuir sino a aquellos derechos los cuales, para ser susceptibles de ser considerados fundamentales, no pueden prescindir de conformarse con ciertas típicas, esenciales e inevitables características, tales y como la de ser universales, inviolables, imprescindibles, permanentes o imprescriptibles, indisponibles o irrenunciables, efectivos y progresivos.

Son, en primer lugar, universales, no solamente porque corresponden a todo ser humano el cual, sin distinción de raza, sexo, opinión, nacionalidad y religión, se encuentre sometido al ordenamiento en el ámbito del cual esos derechos han sido asumidos como fundamentales, sino también porque están encaminados a representar, bajo el óptica de su contenido, el punto de encuentro entre las orientaciones de todos los modernos Estados civiles y el substrato común de las más evolucionadas praxis constitucionales internas dirigidas a salvaguardar la dignidad del hombre.

El carácter de inviolabilidad, en cambio, se les deriva a esos derechos por el hecho mismo de representar elementos que integran la estructura portante de los ordenamientos vigentes, pronta a derrumbarse al mínimo intento de violación. Sostiene, al respecto, Hans Peter Schneider (c/p Segado, F.F. 1994, 57), que los derechos fundamentales son la `condicio sine quo non' del Estado Constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente, por cuanto cumplen `funciones estructurales' de suma importancia para los principios que conforman la Constitución. Agrega Livio Paladin (Paladin, L. 1995, 559) que la inviolabilidad de esos derechos no se resuelve simplemente en la imprescriptibilidad, enajenabilidad e indisponibilidad de las situaciones jurídicas activas correspondientes, consideradas bajo el punto de vista del ejercicio por parte de su titular, sino también comporta su conversión en derechos intangibles por parte del poder público en cualquier forma ejercido, tanto como para que no puedan ser suprimidos ni siquiera en virtud del procedimiento de revisión constitucional.

La perspectiva, luego, en virtud de la cual los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidad humana les confiere una vertiente subjetiva que los convierte en derechos irrenunciables, considerando esta irrenunciabilidad, según asevera el Tribunal Constitucional Español (Segado, F.E 1994,60), como una proposición jurídica indiscutible.

Asimismo, el carácter de permanentes e imprescriptibles quiere decir que los derechos fundamentales nunca pueden extinguirse, de manera que, aún cuando el ordenamiento pueda limitar temporalmente la vida de la acción atribuida al individuo para reaccionar a cualquier lesión concreta contra los derechos fundamentales, esos derechos el individuo podrá seguir ejerciendo y podrá hacer valer contra cualquier otra lesión o intento o amenaza de lesión (Idem, 61).

Por otro lado, la vertiente objetiva de esos derechos, en correspondencia de su incorporación al sistema que rige el orden jurídico interno e internacional, comporta no solamente la

configuración de pretensiones que puedan ser ejercidas por los individuos a quienes están atribuidos esos derechos, sino también la asunción por parte del Estado y, en el orden respectivo, por parte de la Comunidad Internacional, ya sea de la obligación negativa de no lesionar la esfera individual protegida por los derechos fundamentales, ya sea de la obligación positiva de promover la efectividad de esos derechos, los cuales, por lo tanto, asumen esa característica aún a falta o carencia del ejercicio de pretensiones individuales.

Además, a la luz de la doctrina constitucional (Paladin, L. 1995, 567) la cual, con o sin la ampliación de los términos normativos e interpretativos representados por las Declaraciones y Convenios Internacionales en materia de derechos fundamentales, sostiene la admisibilidad de las interpretaciones extensivas de las normas y principios constitucionales en materia de libertades fundamentales, tales como para incluir en ese ámbito a todas las situaciones estrechamente conexas con esos derechos aunque faltara un específico contenido normativo que los declarara expresamente como tales, pues bien, se ha formulado la tesis de acuerdo a la cual la fórmula de los derechos inviolables se corresponde a una `fattispecie' `abierta', idónea como para tener en cuenta la natural e imparable fuerza expansiva de dichas libertades, con independencia de las textuales disposiciones normativas.- Por consiguiente, aún cuando, a veces, algunos derechos que habían sido declarado inviolables no han vuelto a ser declarado como tales en nuevos textos fundamentales - tal es el caso de la propiedad privada, declarada inviolable en el Estatuto Albertino del reino de los Savoia pero no declarada inviolable en el art. 42 de la Constitución de la República Italiana que, a ese respecto, sustituyó el art. 29 del Estatuto Albertino (Idem, 563) -, las potencialidades del ordenamiento jurídico en relación a la tutela de los derechos fundamentales son tan amplias y elásticas como para alcanzar cualquier `nuevo derecho' que el desarrollo de la conciencia social proponga (Baldassarre, c/p Paladin, L. 1995, 568), atribuyéndose, de esa manera, a los derechos fundamentales también el carácter de progresivos.

Cabe destacar, en este sentido, la forma con que, en varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos, tales y como se desprende, entre otros, del art. 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del art.50 de la Constitución de 1961, el art. 94 de la Constitución de Colombia que menciona expresamente los convenios internacionales vigentes, el art. 74 de la Constitución de Costa Rica, etc., se ha preferido aseverar expresamente que «la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella» (Meneses, D. 1995, 28).

El conjunto de situaciones jurídicas activas asumidas como fundamentales posee también el carácter de conferir status, como, según Araujo (1997, 103), señalaba la doctrina alemana, «en cuanto que esos derechos determinan, aseguran o limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos», siendo relacionados con «un contenido concreto del que no puede disponer ilimitadamente ni el individuo ni el Estado.

II - Desarrollo histórico de los derechos fundamentales.

1.- Etapas en el tiempo. 1.1 - La teoría de los tres períodos: Al jurista francés Karel Vasak se atribuye (Narro von Singer, 1992, 2) la formulación de una teoría sobre los derechos, la cual, fundamentada en el relieve de acuerdo al cual los derechos se han progresivamente extendido del hombre hacia los grupos sociales, primero, y hacia los pueblos, después, ha permitido la individuación de tres generaciones de derechos. Siendo el hombre el punto de partida en la atribución o descubrimiento de los derechos considerados como expresión de la libertad

individual, fue bastante natural que le correspondiera la denominación de tres generaciones de derechos humanos. La referida nomenclatura, frente a la imposibilidad de encontrar una base de criterios homogéneos y coherentes que fueren idóneos como para agrupar derechos de origen, naturaleza y contenidos diferentes y superar asimismo las resistencias y las incertidumbres del mundo de los juristas, difidente respecto de toda novedad, permite la configuración de una categoría mixta de derechos en virtud del aludido criterio que puede bien ser definido su; generis. Queda entendido, además, que la agrupación de los derechos según distintas etapas temporales que se desarrollan de manera aparentemente gradual y sucesiva, no pretende efectuar alguna jerarquización. La finalidad de sistematizar normas jurídicas y, en este caso, los derechos subjetivos correspondientes, de acuerdo a distintos niveles jerárquicos, persigue, en efecto, la finalidad de permitir un control de legalidad el cual consiste en verificar la conformidad de una norma jerárquicamente inferior con una de rango superior a los fines de establecer la validez de la norma inferior, o, asimismo, la moralidad de una conducta en caso de que el punto de referencia sea un valor esencialmente moral. En cambio, la antes mencionada clasificación está encaminada a determinar sobre todo una homogeneidad lógica de categorías jurídicas empuñada de relevantes connotaciones históricas. Cabe agregar que esa escalada histórica en virtud de la cual se efectúa el incremento de la categoría y la expansión cuantitativa, cualitativa y territorial de los derechos correspondientes, no está encaminada a significar que la llegada de los nuevos presupone el feliz cumplimiento de todos los anteriores, y así sucesivamente, por cuanto el camino de la puesta en práctica de esos derechos es totalmente distinto del proceso de identificación, conceptualización, establecimiento e inserción de ellos en principios morales o jurídicos o normas objetivas de los ordenamientos jurídicos positivos.

Hay que ver, por otro lado, si esa progresiva extensión, en el tiempo, de los derechos humanos coincide con las etapas de desarrollo de los derechos fundamentales, toda vez que, si bien es cierto que los derechos fundamentales representan el estándar mínimo de derechos humanos que hay que garantizar al hombre, es también cierto que no todos los derechos humanos son o han sido asumidos como fundamentales en el ámbito de los ordenamientos jurídicos que se hacen o se hicieron garantes de ellos, aunque la asunción de todos los derechos humanos como fundamentales debería ser no solamente una deseable tendencia, sino más bien un resultado concretamente exigible.

En el primer período, o primera generación, se ha configurado un determinado grupo de derechos los cuales, al representar una serie de libertades individuales contrapuestas al poder estatal, se ha dado en llamar libertades o derechos civiles y políticos, libertades negativas o derechos negativos, y es posible especificar su contenido de la manera siguiente (Idem, 3):

- protección del individuo, con particular referencia a su integridad física;
- libre desenvolvimiento de la personalidad individual en el espíritu y la mente: libertad de creencia, conciencia, religión, opinión y expresión; protección del individuo, con particular referencia a los aspectos más íntimos de la vida social: protección, por ejemplo, de la vida privada y familiar;
- protección del individuo, con particular referencia a la vida política en la comunidad: libertad de asociación, de constituirse en grupos organizados, de reunión, derecho al voto, etc.;
- protección del individuo, con particular referencia a la libertad de movimiento: libertad de residencia, emigración e inmigración;

- derechos básicos relacionados con el ejercicio de actividades económicas: propiedad privada, libertad de comercio y de cambio;
- protección legal y procesal: derecho al debido proceso, Habeas Corpus, ne bis in idem, es decir la prohibición de un doble procedimiento por el mismo hecho, derecho a un pronto y público proceso en las cuestiones civiles y penales;
- igualdad frente a la ley;
- instituciones dirigidas a la protección del matrimonio y la familia, y de las autonomías locales.

Ahora bien, se consideren o no como postulados de las Declaraciones francesas y americanas, los derechos relacionados con el contenido ut supra especificado, aún cuando surjan en el ámbito del constitucionalismo clásico de fines del siglo XVIII - lo cual significa la formal incorporación de las correspondientes enunciaciones en los textos constitucionales dictados en ese mismo período - no se convierten, solamente por eso, en derechos fundamentales.

Para que tales derechos se convirtieran en derechos fundamentales hacía falta, en primer lugar, siguiendo a Giannini, su incorporación a una constitución rígida asistida por una jurisdicción de constitucionalidad de las leyes, y, seguidamente, una descripción muy minuciosa y detallada de esos derechos como contenido de la enunciación constitucional correspondiente, así como la fijación de precisos límites a la interferencia de los poderes públicos para que no comprimieran de ninguna manera esos derechos. Una tal situación no se ha realizado sino progresivamente y de manera desigual en el ámbito de los ordenamientos jurídicos de los varios países, tomando en cuenta, además, que, por lo menos a nivel de los países europeos, «la elevación de los derechos de la persona a la categoría de fundamento del orden político se enmarca en una evolución constitucional cuya génesis retrotrae al constitucionalismo de entreguerras, por lo menos a nivel de discusión doctrinal, eclosionando con toda intensidad a partir de 1945» (Segado, F.F. 1994, 53).

Cabe aquí indicar, como uno de los primeros ejemplos de esa realización, al ordenamiento norteamericano, en el ámbito del cual, en virtud de una constitución rígida, la cual sigue vigente desde 1787 y un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes a cargo de la Corte Suprema, han sido asumidos como fundamentales los derechos a que hace referencia el «Bill of Rights» de 1789, los cuales, representando también las primeras diez enmiendas a la Constitución de 1787, se pueden dividir en dos categorías: la de los grandes derechos substanciales, es decir libertad de palabra, prensa, religión, reunión y petición y la de los derechos procesales tales y como el habeas corpus, derecho a ser oído por un tribunal, derecho al juez natural, derecho de ser asistido por un defensor, veto de allanamientos y controles no razonables, de auto incriminación, caución excesiva y penas crueles e inusuales (Collier's Encyclopedia, 1967, 88). Sin embargo, cuando las enunciaciones constitucionales no son suficientemente claras ni presenten un carácter absoluto, los consiguientes problemas interpretativos pueden no solamente impedir una precisa configuración de esos derechos, sino también afectar el disfrute de esos derechos por parte de la totalidad de los individuos sometidos a la correspondiente jurisdicción doméstica. Tanto es así que, al prohibir la primera enmienda de la Constitución Norteamericana que se dictaran por parte del Congreso leyes restrictivas de la libertad de palabra, hubo quien comentara como la libertad de palabra no puede amparar a quien grita '¡fuego!' en un teatro lleno de gente, así como la libertad de prensa si es útil para dar completa información sobre los sucesos criminosos, es dañina respecto del justo proceso a que tiene derecho el que sea acusado de esos crímenes (Idem).

En el segundo período, o segunda generación, se han configurado, luego, los derechos que se ha dado en llamar económicos, sociales y culturales, introducidos, por lo general, en constitucionalismo de entreguerras (Segado, F.F. 1994, 130), en el ámbito del cual destacan las constituciones soviéticas y las de derivación liberal en que se iba afirmando el estado social de derecho, empezando por la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de la república de Weimar de 1919, cuyo art. 151, primera parte, en conformidad con los principios de la Daseinsvorsorge, aseveraba expresamente que «la ordenación de la vida económica debe adecuar los principios de justicia con el fin de garantizar a todos una existencia acorde con la dignidad humana y dentro de estos límites se asegura la libertad económica» (Martin Retortillo, B.L. 1962, 47). A comienzo del siglo XX, entonces, la escuela, el trabajo, el cuidado de la salud, las pensiones estatales por inactividad laboral debida a límites de edad, la indemnidad de desocupación y el seguro social se convierten en compromisos del Estado destinados a ser incluidos en esta segunda generación de derechos, caracterizándose por el hecho de no estar configurados para proteger a los individuos de las interferencias del Estado, sino más bien para requerir una activa intervención del Poder Público a favor de los individuos (Harro von Singer, 1992, 4).

En ese mismo contexto el Estado de derecho del ochocientos se transforma en Estado de derecho constitucional de las democracias pluralistas, o Estado Social de derecho, fundamentado en una constitución rígida y con garantías, en el ámbito de la cual la libertad es un valor que se coloca al interno de un ordenamiento definido de valores superiores, es decir el ordenamiento constitucional, representando esa libertad, por una parte, el parámetro universal de la legitimidad de los varios actos de los poderes constituidos, inclusive el legislador, y, por otra parte, la entidad con que medir la liceidad de los comportamientos que los particulares realizan es su personal esfera de goce y disfrute de las objetivas oportunidades de vida que les brinda el ordenamiento positivo (Baldassarre, A. c/p De Vergottini, D. 1993, 253). Siempre en el ámbito de esa transformación, se afirma la idea de la personalidad humana como valor espiritual y ético, situado a la cúspide del sistema constitucional en el cual asume un rol central el principio de la dignidad humana, siendo titular de las libertades constitucionalmente protegidas la 'persona total', es decir el hombre que actúa en el ámbito de su esfera privada y de sus relaciones sociales y políticas (De Vergottini, D. 1993, 254).

Por lo tanto, el Estado Social de derecho agrega al principio individualista el principio solidario, es decir no elimina el rol del individuo que actúa en el ámbito de una economía de mercado competitiva, sino más bien se propone de corregir situaciones de injusticia social, configurándose, a este respecto, el derecho social como la pretensión del individuo que se encuentra en estado de necesidad de recibir prestaciones públicas relacionadas, sobre todo, con la educación, el seguro social, el trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga, la propiedad y la iniciativa económica individual, el cuidado de la salud y los servicios culturales.

Ahora bien, pese a que las normativas constitucionales en materia son muy analíticas y detalladas, el concepto de derecho social permanece incompleto e insatisfactorio, también por el habito de insertar los derechos sociales y los derechos fundamentales en el ámbito de categorías distintas y, a veces, hasta contrapuestas. De todas formas, muchos de esos derechos, por lo menos en algunos países, han sido asumidos como fundamentales, quedando, dicha asunción, prerrogativa de cada ordenamiento jurídico (Idem).

Asimismo, se puede dar el caso de derechos sociales que no son directamente asumidos como fundamentales pero pueden ser tratados como tales, en cuanto, al resultar muy estrecha la relación entre el derecho social y el derecho fundamental, sea posible la individuación de un

núcleo básico del derecho social que pueda representar una parte de los elementos constitutivos de la previsión de otros derechos fundamentales directamente asumidos como tales en el ordenamiento constitucional. En Italia, por ejemplo, el derecho a la salud, a que hace referencia el art. 32 de la Constitución, es considerado un derecho social el cual, al tener características de enunciación programática susceptible de ser realizada solamente en virtud de la intervención de normas de actuación sancionadas por el legislador ordinario que tengan por objeto el conseguimiento de prestaciones por parte de estructuras sanitarias, ha sido asimilado a un derecho fundamental bajo la consideración, sostenida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en virtud de la cual en el concepto de derecho a la salud está incluido un verdadero y propio derecho fundamental del individuo a la integridad psico-física, válido *ex se erga omnes* e inmediatamente exigible en la sede jurisdiccional (Idem).

En el tercer período, o tercera generación, se han, finalmente, configurado los que se ha dado en llamar «derechos solidarios» (Harro von Singer, 1992, 4), «de reciente aparición y que constituyen un ciclo aún no cerrado» (Segado, F.F. 1994, 131), los cuales se caracterizan por su naturaleza colectiva, al ser relacionados con las condiciones que permitan sobrevivir al género humano, tales y como el derecho a vivir en paz, el derecho al desarrollo, a un ambiente sano, a los recursos naturales, al patrimonio cultural y, en definitiva, a una herencia común para todo el género humano.

También aquí cabe la misma observación que se hizo con respecto a los derechos de las otras generaciones, en el sentido de que solamente unas pocas de las mencionadas exigencias relacionadas con los derechos solidarios han adquirido tan relevancia como para ser asumidas en el ámbito de textos constitucionales y menos aún como derechos fundamentales, encontrando una disciplina más acorde y más específica en el ámbito de los Convenios internacionales.

Por lo que se refiere al derecho al ambiente sano, hay que hacer énfasis, en cambio, en la diferente configuración de fundamental y no fundamental que asume el referido derecho en el ámbito de los distintos ordenamientos jurídicos. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por ejemplo, titula y dedica todo el Capítulo IX a los derechos ambientales, de manera que, en virtud también del articulado correspondiente que va del art. 127 al 129, es posible relevar fácilmente que la estructura formal de los derechos ambientales allí aludidos configura no solamente la enunciación del principio de acuerdo al cual "es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro", sino también la asunción clara y directa por parte del Estado de la "obligación fundamental" para que " la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley", y asimismo la previsión de garantías, restricciones y prohibiciones en orden a conductas destinadas a incidir en el orden ambiental. Todo lo cual permite sostener que el derecho al ambiente sano ha adquirido en el ámbito del ordenamiento jurídico venezolano una relevancia tal como para que ese derecho sea considerado fundamental. Mientras que el mismo derecho al ambiente sano, aunque expresamente mencionado, se encuentra únicamente establecido en forma enunciativa de principio, en el art. 192 de la Constitución Yugoslava de 1974, el art. 56 de la Constitución Turca de 1982, art. 45 de la Constitución Española de 1978, el art. 66 de la Constitución Portuguesa de 1976 y art. 123 de la Constitución Peruana de 1979, de manera que, en el ámbito de los ordenamientos jurídicos correspondientes, el referido derecho no puede revestir algún carácter fundamental. En el mismo sentido, el derecho al desarrollo ha sido previsto, pero sólo como enunciación programática, en el

ámbito constitucional de algunos estados de reciente independencia, tales y como la constitución argelina de 1976 (De Vergottini, D. 1993,168)

Situación particular es la de Alemania, en donde, aún cuando el derecho al ambiente no sea reconocido como derecho fundamental, es posible proteger los intereses ambientales a través del recurso a los artículos 2,2 y 14 de la Ley fundamental, los cuales amparan, respectivamente, el derecho a la salud y el derecho de propiedad, en cuanto el perjuicio ambiental pueda ser dañino para la salud y ocasionar pérdidas de valor económico (Idem).

1.2 - La teoría de los dos períodos: Esta teoría ha sido elaborada por el suizo Harro von Singer (1992), crítico, como él mismo se define, de la concepción occidental de entender los derechos humanos, el cual, sin contestar de ninguna manera la validez sistemática, histórica, sociológica o jurídica de la teoría de las tres generaciones de derechos, propone agregar a ella una teoría suplemental denominada de los dos períodos, sin embargo, en virtud de las siguientes observaciones:

- la teoría de las tres generaciones califica de humanos a los derechos que caracterizan esos períodos;
- la calificación de humanos puede corresponder a los derechos cuando está claramente entendido que esos derechos son reconocidos a favor de todo hombre, sin distinción alguna, por cuanto, de no ser reconocidos para todo hombre, no serían derechos humanos sino derechos de los ciudadanos europeos, derechos de los blancos, derechos de los que tengan recursos, y así seguidamente;
- la comparación entre ese consistente cuerpo de derechos y la aplicación que de ellos se hizo en el ámbito de los países en los cuales esos derechos fueron, primero, enunciados y, sucesivamente, incorporados a los textos constitucionales, revela que esos derechos no se aplicaban a todo ser humano indistintamente, ya no por discrepancia entre la enunciación teórica y la práctica, sino por existir hasta una cierta época un concepto limitado de hombre;
- el concepto de hombre se extiende hasta comprender a todo hombre sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, color de la piel, opinión, religión, etcétera, en el ámbito de una concepción universal del ser humano, tal y como concretamente se realiza, por primera vez en la historia del hombre, en virtud de la Declaración Universal de los derechos del Hombre proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;
- antes de esa declaración, los derechos humanos, de acuerdo también a la propia lógica del título de la Declaración Universal de los derechos humanos, no eran universales, mientras que, en cambio, a partir de esa declaración, los derechos humanos son, por lo menos en teoría, universales;
- por consiguiente, representando esa declaración el punto de demarcación de los dos períodos, esos dos períodos no pueden ser sino los siguientes: el primer período es el período de la non universalidad de los derechos humanos, es decir hasta el 1948, y el segundo período es el período de la universalidad de los derechos humanos, es decir a partir del 1948.

Cabe aquí destacar que en la tesis de los dos períodos de los derechos humanos se pueden reflejar también dos períodos paralelos de los derechos fundamentales, por cuanto el hecho mismo que los derechos humanos hayan sido declarados como universales en el contexto más apropiado, es

decir el contexto universal de la Comunidad Internacional, no es sino uno de los datos objetivos encaminados a demostrar que la Comunidad Internacional, a partir de esa fecha, ha procedido a atribuirles a esos derechos, sucesiva, gradual y progresivamente el valor máximo y absoluto para que el ordenamiento jurídico internacional se hiciera garante de ellos, en conformidad con el compromiso asumido al instituirse en el año 1945 la Organización de las Naciones Unidas. Con esa declaración la Comunidad Internacional está enunciando los derechos que, por un lado, se indican a cada miembro de la Comunidad para que el ordenamiento de cada estado los asuma como derechos fundamentales, y, por otro lado, está poniendo las bases para edificar sucesiva y progresivamente el conjunto de instituciones y normas de carácter internacional las cuales, a falta de iniciativas domésticas satisfactorias para erigir esos derechos en principios fundamentales o respetarlos y garantizarlos como tales en cada estado, determinen no solamente la enunciación sino también la asunción de esos derechos como derechos fundamentales de la propia Comunidad Internacional, la cual se dará cargo de hacerlos respetar y garantizarlos con los medios e instrumentos que les son propios y los demás que será posible configurar en el respeto de los principios de derecho internacional.

Antes de esa declaración, determinados derechos, al ser atribuidos genérica y enfáticamente al hombre, se calificaban de humanos y se enunciaban, y a veces también se asumían, como fundamentales, bajo el punto de vista de las contingentes exigencias internas y el limitado contexto relacionado con la experiencia específica en lo social, lo político y lo jurídico de una particular comunidad, en el ámbito de la cual, antes de ser proyectado en un contexto universal, el concepto de hombre se encontraba limitado, afectando tanto el concepto de derechos humanos como el concepto de derechos fundamentales.

Tanto es así que, de acuerdo a los datos que nos proporciona Harro von Singer, en primer lugar, la mujeres no eran destinatarias de las varias declaraciones de derechos en la Inglaterra de la Edad Media (Magna Carta de 1215, Magna Carta de las libertades de 1534, Bill of rights de 1689) y tampoco del Bill of rights de Virginia de 1776 y menos aún del catalogo de Derechos humanos a que hace referencia la Declaración de Independencia del mismo año y el Bill of rights que fue agregado a la Constitución Americana en 1791. En los casos en que, por ejemplo, se utilizaba en el Bill of rights de Virginia la fórmula «todos los hombres han sido creado iguales», el término «hombre» no incluía para nada a la mujer.

También la Declaración francesa de 1789, al enunciar en su primer artículo que «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit» (Los hombres nacen y viven iguales frente al derecho), utiliza el término «hombre» en un sentido limitado que excluye a la mujer, tal y como se comprueba en virtud de la solicitud para la concesión de derechos civiles a las mujeres la cual, avanzada por Olympe de Gouges, autora en 1791 de la Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana, fue rechazada por la Asamblea General, determinando, además, en 1793, la condena a muerte de dicha ciudadana, cuya Declaración, sucesivamente ignorada y hasta prohibida, pudo ser integralmente publicada por primera vez en 1977 en Alemania.

Otros sujetos excluidos del concepto de hombre, tanto en la Declaración Francesa como en la Declaración de Independencia y Bills of rights Americanos, fueron los esclavos y la gente de color, aparte de otros seres humanos no Europeos, tales y como los indios y los chinos, no considerados, en el ámbito del ordenamiento jurídico norteamericano, como verdaderos seres humanos.

Thomas Jefferson, tercer presidente de los Estados Unidos, parece ser más famoso, según Harro von Singer, ya no por ser el principal autor de la Declaración de Independencia Americana, sino más bien por haber declarado, para entender la distinción entre Europeos y no Europeos, que por

Europeo no puede entenderse sino el «Homo Sapiens Europaeus», es decir persona de origen europea que puede vivir en Europa como en cualquier otra parte del mundo, y luego, para justificar la inferioridad antropológica de la mujer, que las mujeres, «objetos de nuestros (= de los hombres) placeres» representan una dolorosa amenaza para el control y el orden, y también, en defensa de las expropiaciones de los territorios indios, que esas adquisiciones se hacían alguna vez con la plata en una mano y la espada en la otra.

De todas formas, la teoría de los dos períodos, tanto con referencia a los derechos humanos, como a la paralela evolución de los derechos fundamentales, no parece estar dirigida a restar importancia y relevancia a eventos históricos los cuales han sido muy trascendentes no solamente en el ámbito de la experiencia y formación de los respectivos países y comunidades, sino también por la contribución que han dado a la perspectiva humana de los derechos, en virtud de la característica profundamente innovadora representada por la configuración de unos proyectos racionales, tales y como las Declaraciones de los derechos humanos, las cuales, alejándose de las antiguas posiciones de privilegio y las ventajas por concepto de clases o estamentos sociales, individuaron como punto de referencia principal de los derechos de libertad el hombre, en el ámbito de un contexto que si bien era, a veces, denominado o enunciado como universal no era tal, aunque tenía potencialidad universal, en el sentido de ser susceptible de extenderse hacia todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, opinión, nacionalidad y religión . Sin embargo, fue la Asamblea General de las Naciones Unidas a tomar a su cargo, a partir de 1945, la realización de la dimensión universal de los derechos humanos para que se convirtieran gradual y progresivamente en derechos fundamentales de cada ordenamiento interno y del ordenamiento de la Comunidad Internacional.

2 - Etapas en el espacio. 2.1 - Espacio Global: Como ya se dijo antes, el primer intento para conferir la justa dimensión y caracterización universal al contexto de referencia bajo el cual fue posible enunciar, primero, y asumir, después, como fundamentales a determinadas situaciones jurídicas activas de las cuales el titular por excelencia es el hombre, lo representó el conjunto normativo, organizativo y programático relacionado con la adopción en San Francisco, el 26 de junio de 1945, de la Carta de las Naciones Unidas.

En ese contexto, hay que seguir haciendo hincapié en la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, toda vez que los primeros están representados por aquellos derechos conexos a la naturaleza misma de la persona humana por cuanto reenvían sobre todo al concepto de identidad universal del hombre, con base en el cual la persona humana tiene los mismos derechos y aspira a las mismas libertades sin importar la raza, la etnia, el sexo, la opinión o la nacionalidad. Los derechos fundamentales, en cambio, son aquellos que son asumidos como tales por recibir el grado máximo de tutela, en medida superior que los otros derechos humanos, tanto en el ámbito de los ordenamientos internos como del ordenamiento internacional, por cuanto el respecto de ellos es considerado una obligación fundamental hasta de la Comunidad Internacional, tanto como para ser plenamente reconocidos esos derechos en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, toda vez que forman parte de aquella parte especial del derecho consuetudinario que es el, *jus cogens*, es decir *obligatio erga omnes*, en el sentido de que es imperativo para todos los sujetos de la Comunidad Internacional, con la ulterior consecuencia que los aludidos derechos ni siquiera pueden ser derogados mediante convenio entre Estados (Del Giudice, F. y Verrilli, A., 1997, p. 104). Ejemplo de ello lo constituye también el hecho de que, respecto de algunos derechos, reseñados tanto en el preámbulo de la mencionada Carta como en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -y tales como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre,

la prohibición de encarcelar a una persona por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, la prohibición de condenar a una persona por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueran delitos según el derecho nacional o internacional, el derecho para todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión -, no está admitida alguna suspensión ni bajo algún concepto, ni bajo alguna circunstancia, de manera que se consideran asumidos como derechos fundamentales antes de que aparecieran en cualquier Carta o Convenio Internacional, y, como tales, obligaban y siguen obligando a todos los Estados, sean o no sean partes de algún convenio específico sobre ellos.

En realidad, aun cuando antes de la Carta de las Naciones Unidas el derecho Internacional no reconocía, sino en virtud del *jus cogens* superiormente referido, los que se iban configurando bajo la denominación de fundamentales o naturales derechos del hombre, se puso por primera vez en discusión, en la historia mundial, a nivel internacional, la universalidad de los derechos humanos, aptos para convertirse en derechos fundamentales de cada ordenamiento y del ordenamiento de la Comunidad Internacional, en el curso del Congreso General de paz, instaurado a final de 1918 a París después de la segunda guerra mundial, con el objeto de dar vida al Convenio de la Liga de las Naciones. Según refiere Harro von Singer (1992), los Japoneses, primera nación no blanca participante a un congreso mundial, propusieron, bajo la premisa de acuerdo a la cual todos los hombres nacen iguales y siendo la igualdad de las Naciones un principio básico de la Liga de las Naciones, la inserción de una cláusula en virtud de la cual las Altas Partes contratantes se comprometieran a conceder a los extranjeros en su territorio igual tratamiento e iguales derechos, por ley y de hecho, sin ninguna distinción basada en la raza o nacionalidad. Parece que, después de varias y largas discusiones y propuestas a los más altos niveles, caracterizadas, sobre todo, por la dura oposición de la mayoría de las naciones blancas, encabezadas por los ingleses y los norteamericanos del Presidente Woodrow Wilson, los Japoneses, los cuales, de no aprobarse su propuesta, habían amenazado con retirarse de la Liga de las Naciones, retiraron la enmienda, llevando al fracaso el primer intento de extender los derechos humanos a los seres humanos extra europeos, porque, según refiere Harro von Singer, los Japoneses obtuvieron de las democracias occidentales Shandong en lugar de la igualdad racial. Sin embargo, algo nos queda del fervor universal que había empezado a vislumbrarse en el ámbito de la Liga de las Naciones, por cuanto, en el conjunto normativo y organizativo que configura el Estatuto de las Naciones Unidas de 1945, encontramos que la Corte Internacional de Justicia, según dispone el art. 92 de ese Estatuto, se rige por el correspondiente estatuto anexo, el cual se inspira, a su vez, en el estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, cuyo proyecto inicial, elaborado en 1920 por la Comisión de Juristas designada a este efecto en el ámbito de la Liga de las Naciones, contemplaba la creación de una Corte Permanente con jurisdicción obligatoria sobre todos los Estados miembros de la Liga de Naciones. Cabe destacar que dicho proyecto, al encontrar la resistencia de las más grandes potencias occidentales, no fue aprobado por la Asamblea de la Liga, la cual, al avalar, en cambio, la propuesta de compromiso del delegado del Brasil, aceptó el principio, hoy vigente en todos los niveles de jurisdicción internacional, de la jurisdicción facultativa y no obligatoria de la Corte, incorporando al texto definitivo también la disposición de acuerdo a la cual la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte operaría, en condiciones de reciprocidad, en relación con cualquier miembro o Estado que aceptaría la misma obligación (Aguilar Mawdsley, A. 1993, 11).

La actual Corte Internacional de Justicia, la cual, en conformidad con el Estatuto de la ONU, es uno de los órganos principales, siendo los otros la Asamblea General, el Consejo de Seguridad,

el Consejo Económico y social, el Consejo de Administración Fiduciaria y el Secretariado, no tiene atribuida mayores o más específicas competencias que la Corte Permanente de la Liga de las Naciones en materia de derechos fundamentales o derechos humanos, correspondiéndole, por lo general, la solución jurisdiccional de problemas interpretativos en materia de principios o normas, consuetudinarias o convencionales, del ordenamiento jurídico internacional.

La ONU, sin embargo, mantiene la vocación universal, es decir finalizada a la realización de sus fines institucionales en todos los sectores de la vida política, social y económica, con la única excepción representada por las materias que recaen en el ámbito exclusivo de la competencia doméstica de los Estados, en conformidad con el ord. 7 del art.2. Sin embargo, su extensión actual es mucho mayor que aquella representada por la Liga de Naciones, en el sentido de estar encaminada, esta vez, a representar casi todas las Naciones del mundo, encontrándose expresamente establecido dentro de sus fines, según prevé el ord.3 del art. 1, también el de promover y fomentar el respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

No cabe duda de que, a partir del momento en que se constituyó dicha organización, aunque en coincidencia con la constitución y el correspondiente aporte de otras organizaciones a nivel regional, tales y como la Organización de los Estados Americanos y la Comunidad Europea, la actividad de la ONU encaminada al reconocimiento y tutela sobre todo de los derechos fundamentales del hombre tuvo impulso notable, por cuanto contribuyó, en primer lugar, a la creación de una muy extensa producción normativa, generada de todo un conjunto de declaraciones y convenios finalizados a la configuración de una serie, siempre mas larga y detallada, de derechos fundamentales para que los Estados, en conformidad con los principios del ordenamiento internacional, se obligaran a respetarlos, y, determinó, en segundo lugar la individuación puntual y precisa de los derechos del hombre hasta constituir un amplísimo catalogo de derechos de la persona humana, de carácter social, político, cultural, civil y económico, en el ámbito de los cuales es posible individuar los derechos fundamentales como aquellos derechos a los cuales la Comunidad Internacional atribuye el máximo valor y relevancia para que el ordenamiento jurídico internacional se haga garante de ellos.

En ese contexto, las declaraciones no son sino textos generales aprobados en forma solemne por la Asamblea General de la ONU, los cuales pero no tienen la característica de ser obligatorios, aún cuando puedan adquirir relevancia política primaria en virtud del órgano que las emite; mientras que los convenios, en cambio, están previstos para que, por parte de los Estados signatarios, se reconozca la existencia y se asegure la tutela de los derechos y libertades fundamentales del hombre (Del Giudice, F. y Verrilli, A. Dir., 1997,108).

Ahora bien, la actividad preparatoria dirigida, en materia de derechos humanos, a la elaboración de los textos normativos susceptibles de representar los proyectos destinados, una vez aprobados por la Asamblea General o los Estados signatarios, a convertirse, respectivamente, en Declaraciones o Convenios, estuvo y está a cargo de la Comisión de Derechos Humanos, la cual, en conformidad con el art.68 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual corresponde al Consejo Económico y Social la institución también de órganos subsidiarios tales y como la Comisión para la promoción de los derechos humanos, fue creada en 1946 por ese órgano principal de la ONU, el cual designa, además, los 43 Estados miembros que actualmente integran dicha Comisión y que están representados, a su vez, por los delegados que los países correspondientes nombran para que actúen siguiendo las instrucciones de sus propios Gobiernos (Buerghenthal, T., Grossman, C. y Nikken, P. 1990, 42). Aparte de la continua y constante labor que, en la forma de propuestas, recomendaciones e informes, la Comisión de Derechos Humanos desarrolla prestando asistencia institucional al Consejo Económico y Social en la coordinación

de la actividad de la ONU sobre derechos humanos, a dicha Comisión se debe, en primer lugar, el proyecto base de la Declaración Universal de los derechos del hombre y, asimismo, entre muchos otros, los Pactos Internacionales relativos a los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales y los protocolos adicionales.

El 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los derechos del hombre fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en virtud de la resolución N° 207. Dicha declaración enuncia como fundamentales, aunque por sí sola no tiene fuerza suficiente como para que sean asumidos como tales por la Comunidad Internacional, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que en ella se encuentran expresados. Entre los primeros están incluidos el derecho a la vida, a la libertad, la seguridad personal (art.3), la prohibición de esclavitud (art.4), de la tortura y de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes (art.5), el derecho a no ser objeto de arresto, detención o exilio arbitrario (art.9), el derecho al debido proceso en materia civil y penal (art.10), la presunción de inocencia y la prohibición de leyes y castigos ex post facto (art. 11), el derecho a la privacidad (art. 12), el derecho de propiedad (art. 17), la libertad de expresión, religión (art.18), asociación (art.20) y movimiento (art.13), así como el derecho de pedir y gozar asilo en otros países (art.14) y el derecho a la nacionalidad (art.15). Entre los derechos políticos, destaca el derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos y asimismo el sufragio universal como medio de expresión de la voluntad popular en que se fundamenta la autoridad del poder público (art.21). Los artículos del 22 hasta el 29 hacen referencia a los derechos económicos, sociales y culturales.

Superadas de esa manera las dificultades encontradas en el ámbito de la ONU para lograr un entendimiento exclusivamente limitado a la enunciación de fórmulas idóneas como para representar los ideales que en materia de derechos fundamentales del hombre habían en común Estados diferentes entre ellos por lo que se refiere a tradiciones jurídicas, sistemas políticos y convicciones religiosas, quedaba la parte más difícil, es decir la elaboración de un Convenio (Covenant) encaminado a determinar la asunción de precisos compromisos jurídicos de carácter obligatorio para los diferentes Estados miembros, junto a un sistema de control apto para garantizar la observancia de dichas obligaciones. Hay que tomar en cuenta, a ese respecto, que las dificultades mayores son las que se derivan de las diferencias de condiciones económicas y sociales entre los Estados miembros, por cuanto, la asunción de la obligación internacional de garantizar derechos y libertades individuales, los cuales se convertirían así en fundamentales, sobre todo en materia cultural, económica y social pero también en el orden civil y político, es por cierto menos onerosa para países que tienen un nivel económico y social más avanzado, que para países menos desarrollados (Mengozi, P. en Bobbio, N. y Matteucci, N. 1976, 313).

La búsqueda del equilibrio entre conceptos, convicciones religiosas, sistemas y tradiciones jurídicas, condiciones económicas y sociales, parcial o totalmente diferentes, indujo las Naciones Unidas a adoptar, el 19 de diciembre de 1966, después de varios años de la Declaración Universal, dos distintos Convenios o Pactos, es decir el Pacto sobre los derechos civiles y políticos, el cual, entrado en vigor el 23 marzo de 1976, contiene disposiciones de carácter sustantivo redactadas en términos más que todo preceptivos, por cuanto los derechos y libertades que el Pacto está encaminado a enunciar y garantizar son tales como para que la garantía se realiza ya no a través de una actividad ejercida concretamente por los Estados, sino a través de un non facere por parte de ellos, y el Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales, el cual, entrado en vigor el 3 de enero de 1976, contiene disposiciones redactadas en términos programáticos, bajo la consideración que el reconocimiento y la garantía de los derechos allí

expresados presupone la realización gradual y progresiva, por parte de los Estados más dificultados, de una actividad preliminar dirigida a remover, a través de la utilización del máximo de los recursos disponibles, los obstáculos de orden económico y social que impiden el goce y disfrute de esos derechos (Idem, 317).

Están también incluidas en la actividad normativa que la ONU realiza en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales, las recomendaciones dirigidas por los órganos competentes, inclusive el Consejo de Seguridad, a los Estados miembros para que respeten esos derechos, las cuales recomendaciones, si bien no tengan fuerza obligatoria para los destinatarios, pueden, sin embargo, convertirse en normas consuetudinarias, siempre y cuando determinen una aplicación constante y uniforme, o pueden representar un notable instrumento de presión hacia los destinatarios.

A la actividad normativa hay que agregar la actividad de control, dirigida a verificar el respeto por parte de los Estados miembros de la Comunidad Internacional, los Estados miembros de la ONU y, especialmente, los Estados que han asumido obligaciones particulares en virtud de pactos o convenios, de los derechos humanos y, sobre todo aquellos que son asumidos como fundamentales en el ámbito de la Comunidad Internacional.

La competencia que, por lo que se refiere a ese control, corresponde a la ONU, se fundamenta en el principio jurídico en virtud del cual, si un Estado comete violaciones de los derechos humanos fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o también en otros documentos válidos que consagren los derechos humanos, ese Estado estaría violando el artículo 56 del Estatuto de la ONU en relación con el artículo 55 e jusdem, de acuerdo a los cuales, respectivamente, los Estados miembros se comprometen a actuar, singular o colectivamente, en cooperación con la ONU para el conseguimiento de los fines indicados en el artículo 55, entre los cuales se encuentra establecido el respeto y la observancia universal de los derechos del hombre y las libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, lengua o religión. De manera que la ONU tiene la obligación de velar, en conformidad con los principios establecidos en el art.2, para que su Estatuto sea respetado por los Estados miembros, no operando, en este caso, la previsión del ord. 7 del art.2 que prohíbe la intervención de la ONU en los asuntos que se encuentren dentro de la jurisdicción doméstica de cualquier Estado parte (Buergenthal, T. Grossman, C. Nikken, P 1990, 50).

La actividad de control la ejerce la ONU, en primer lugar, a través de las intervenciones del Consejo de Seguridad, por cuanto, en conformidad con el art. 25 del Estatuto, todos los Estados miembros tienen la obligación de aceptar y acatar las decisiones de ese Consejo. La ejerce, luego, a través de los debates en virtud de los cuales la cuestión es llevada al conocimiento de la Asamblea General y puede concluirse con una resolución, por lo general una recomendación dirigida al o a los Estados cuestionados, susceptible de ser aprobada por la mayoría, o con la abertura de una investigación. Colabora también en esa actividad de control, la Comisión de Derechos Humanos y su órgano subsidiario, compuesto de 26 expertos independientes y creado en 1947, es decir la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, las cuales están autorizadas para recibir comunicaciones, pero no de tipo individual, siempre y cuando sean "reveladoras de un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" (Resolución 1503 del 27 de mayo de 1970 del Consejo Económico y Social y Resolución 1 de 13 de agosto de 1971 de la Subcomisión, en aplicación de la precedente), o están relacionadas "con violaciones notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales que ilustran la política del apartheid y la discriminación racial" (Resolución 1235 del 6 de junio de 1967 del Consejo Económico y

Social), profundizar en el estudio de las cuestiones correspondientes, promover investigaciones previo consentimiento del Estado cuestionado, presentar informes y recomendaciones la Subcomisión a la Comisión, y ésta, a su vez, al Consejo Económico y Social, y, finalmente, ejecutar cualquier tarea que pueda encomendarles el mencionado Consejo (Idem, 42).

Por lo que se refiere a la admisibilidad de denuncias individuales, cabe agregar que a partir de 1974 existen entidades especializadas las cuales, aún dependiendo de las antes mencionadas Comisión o Subcomisión, se componen de expertos independientes y conforman los que se ha dado en llamar «grupos de trabajo», si actúan en grupo, o «relator especial», si es un solo individuo a ocuparse del asunto, los cuales todos tienen atribuida la competencia para recibir denuncias individuales relacionadas con problemas de derechos humanos que la ONU califica como prioritarios, tales y como la esclavitud, las desapariciones forzadas o involuntarias, las ejecuciones arbitrarias o sumarias, los derechos de los pueblos indígenas, la tortura y los estados de excepción (O'Donnell, D. 1989, 30). En ese ámbito de control relacionado con determinado tipo de violaciones o determinado tipo de cuestiones de derechos humanos, cabe mencionar también otras entidades autónomas, tales y como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer, la OIT para la protección de los derechos de los trabajadores, la UNESCO, para la protección de los derechos de personas que laboran en el campo de la educación, la ciencia y la cultura, y el Comité Internacional de la Cruz Roja, para la protección de víctimas de conflictos armados y graves disturbios del orden político social (Idem, 32).

Un sistema autónomo de control está configurado para las obligaciones asumidas por los Estados signatarios del Pacto sobre derechos civiles y políticos y el Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados partes en el primer Pacto tienen que presentar periódicamente al Secretario General de la ONU, en conformidad con el art.40, una serie de informes relacionados con la aplicación y las garantías que los derechos correspondientes reciben en el ámbito de la jurisdicción doméstica de cada Estado, para ser transmitidos, a los fines de los exámenes y observaciones consecuentes, al Comité de los derechos del hombre, órgano autónomo, creado ex novo por el art.28 con funciones específicas de control en la materia objeto del Pacto y compuesto por 18 miembros elegidos por los Estados signatarios en un listado formado por los ciudadanos designados, en número de dos, por cada Estado. Dicho Comité está también a cargo de un procedimiento de tipo contencioso que es posible accionar en virtud de denuncias, o comunicaciones., no solamente efectuadas por un Estado parte, sino también por individuos en contra de los Estados que se asume hayan violado las disposiciones del Pacto, siempre y cuando el procedimiento sea aplicable en virtud de la recíproca aceptación, por los Estados partes en la controversia y partes en el Pacto, de esa específica competencia del Comité, tal y como previsto en el art. 41 y también en el Protocolo facultativo correspondiente, susceptible de ser o no ratificado autónomamente. Los Estados partes en el segundo Pacto, igualmente tienen que presentar periódicamente al Secretario de la ONU, en conformidad con el art. 16, una serie de informes relacionados con la aplicación y las garantías que los derechos correspondientes reciben en el ámbito de la jurisdicción doméstica de cada Estado, para ser transmitidos, en cambio, al Consejo Económico y Social el cual, a su vez, a los fines de los exámenes y observaciones consecuentes, puede solicitar la colaboración de los institutos especializados de la propia ONU o de la Comisión de derechos humanos, conforme lo prevén, respectivamente, los art. 18 y 19 (Mengozzi, E c/p Bobbio, N. y Matteucci, N. 1976, 317).

Cabe destacar que, en el ámbito del proyecto para la configuración de la Responsabilidad Internacional de los Estados, que la Comisión de Derecho Internacional, instituida en 1949,

estuvo elaborando desde el 1953 para concluir en 1996 con el envío del texto definitivamente aprobado por la Comisión al Secretario General de la ONU a los fines de ser sometido al examen y consideración de los Estados miembros, pues bien, en ese proyecto la violación por parte de los Estados de la obligación de respetar determinados derechos fundamentales ha sido configurada como crimen internacional, es decir, según la formulación del art. 19, como la violación por parte de un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguarda de los intereses de la Comunidad Internacional como para que su violación es reconocida como crimen en el ámbito de dicha Comunidad. En ese contexto se identifican como crímenes los ilícitos relacionados con el apartheid, la esclavitud, el genocidio, la falta de respeto al principio de autodeterminación de los pueblos y el inquinamiento masivo del atmósfera y aguas marinas (Del Giudice, F. y Verrilli, A. 1997, 230).

Cabe señalar, por otro lado, que también en el ámbito de los países occidentales hay quien critica la actividad de la ONU tanto como para ser uno de los pocos países del mundo a haberse resistido a ser miembro de la ONU. Esto es, según refiere Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh (1991, 50), el caso de Suiza, que, por lo menos hasta el 10 de septiembre de 2002, no ha sido miembro de la ONU, pero Ginebra siempre ha sido la sede Europea de la ONU. Antes de la mencionada fecha, la adhesión a la ONU fue sometida a voto popular el 16 de Marzo de 1986 y fue rechazada por todos los Cantones, sin ninguna excepción, con la siguiente votación: 1.591.150 votos contra la adhesión y 511.713 a favor. Los que se oponían a la adhesión sostenían lo siguiente:

- Los Estados miembros de la ONU tienen la obligación de aceptar las decisiones del Consejo de Seguridad: Lo cual es incompatible con las previsiones de la Constitución Suiza, las cuales consideran que el principal objetivo de la Confederación consiste en asegurar la independencia de la hermandad contra las interferencias externas;
- Suiza debería cancelar una anualidad de 20 a 30 millones de francos suizos y asumir 30 nuevos empleados federales;
- La ONU cuenta con casi 160 Estados miembros, pero el rol decisivo está en las manos de las grandes potencias (= los 5 miembros permanentes, es decir: Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Rusia y China, en conformidad con el art. 25 del Estatuto de la ONU) a las cuales corresponde el derecho de veto en el Consejo de Seguridad (compuesto por los 5 miembros permanentes más 10 miembros no permanentes elegidos cada 2 años por la Asamblea General, en conformidad con el mismo art.25);
- La ONU que tenía como propósito asegurar la paz, se ha convertido en el centro mundial de la demagogia: Todo lo cual, en lugar de asegurar la paz, envenena las relaciones internacionales: Suiza no tiene nada que ver con eso.

Según comenta Sami A. Adeeb Abu-Sahlieh, en contra de esta última objeción el propio Consejo Federal Suizo sostuvo que esas críticas no tienen fundamento por cuanto en el ámbito de la ONU se confrontan las más diferentes concepciones políticas y los Estados miembros siempre tratan, sin embargo, de encontrar un área de consentimiento, de manera que, si hay contraste, ello se manifiesta con palabras y no con armas. Asimismo, al explotar una guerra, la ONU se pone como intermediaria entre las partes y pone a disposición de ellas un contingente especial (boinas azules) encargado de controlar el cese del fuego, y, de esa manera, se han evitado muchos conflictos.

Hay, finalmente, también una actividad asistencial que la ONU ejerce, dirigida especialmente a los individuos, a través, por ejemplo, del Alto Comisariado para los refugiados, interesado a

solucionar toda la problemática relacionada con dicha categoría de individuos, o a través de institutos especializados, tales y como la UNICEF, la cual se encarga de los programas dirigidos a mejorar las condiciones de la infancia en el mundo.

2.2 - Espacios Regionales. Hay quien, como Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh (1991, 18), considera como una desviación de la concepción universal que caracteriza la Declaración Universal de los Derechos del Hombre la configuración de los espacios regionales a que hacen referencia, en especial modo, la Convención Europea de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, firmada en Roma en el año 1950 y entrada en vigor el año 1953, y la Convención Americana sobre los derechos humanos, firmada en San José en el año 1969 y entrada en vigor el año 1978.

La respuesta pronta e inmediata a esa objeción, la encontramos, en primer lugar, en el art.56 del Estatuto de la ONU, de acuerdo al cual los miembros se comprometen a actuar, singular o colectivamente, en cooperación con la ONU para el conseguimiento de los fines institucionales, entre los cuales, en conformidad con el art. 55 ejusdem, está incluida la promoción del respeto y observancia universal de los derechos y libertades fundamentales del hombre. Lo cual quiere decir que a los Estados Miembros les corresponde no solamente participar a actividades y negociados que se desarrollan en el ámbito de la ONU, sino también actuar por separado o en grupos más restringidos, hasta en el ámbito de organizaciones regionales, conforme lo prevé el art. 52 ejusdem, pero siempre en espíritu de colaboración y cooperación y no de contraste con la ONU, para el conseguimiento de los indicados fines institucionales. Y esto fue lo que pasó al crearse los espacios regionales para una mejor protección de los derechos y libertades fundamentales del hombre (Mengozi, P en Bobbio, N. y Matteucci, N. 1976, 316).

Además, si se toma en cuenta que el Estatuto de la ONU fue adoptado el 26 de junio de 1945, entrando en vigor el 24 de octubre de 1945, y la Declaración Universal de los derechos del hombre fue aprobada el 10 de diciembre de 1948, mientras que los Pactos, adoptados ambos el 19 de diciembre de 1966, entraron en vigor, el primero en fecha 23 de marzo de 1976, y el segundo en fecha 3 de enero de 1976, pues bien, ese lapso temporal bastante largo entre la enunciación de los derechos humanos susceptibles de convertirse en derechos fundamentales de la Comunidad Internacional y la asunción de específicos compromisos encaminados a tutelar y garantizar buena parte de esos derechos por lo menos en el ámbito de los Estados signatarios de los Pactos, no quiere decir que hubo negligencia, inercia o falta de voluntad por parte de los Estados miembros, sino que hubo dificultades de vario tipo en la elaboración de normas susceptibles, en primer lugar, de ser aceptadas en su totalidad y generalidad por parte de Estados que tenían diferentes tradiciones jurídicas, diferentes sistemas políticos y diferentes estándares económicos sociales, e, idóneas, en segundo lugar, como para asegurar a todos los hombres la protección internacional de los derechos reconocidos en la Declaración Universal, evitando el riesgo de que unos Pactos concebidos como universales fueran aceptados solamente por unos pocos Estados. Cabe destacar, al respecto, que el Gobierno de los Estados Unidos declaraba ya en 1953 su contrariedad a los Pactos en curso de elaboración, por cuanto, según el punto de vista de ese Gobierno, el mundo no tenía madurez suficiente como para adoptar pactos tan amplios (Sperduti, G. 1964, 811).

Sin embargo, dificultades similares no existieron, o fueron fácilmente superadas, al tratar de asumir compromisos colectivos a nivel regional encaminados a precisar y hacer efectivos buena parte de los principios enunciados en la Declaración Universal, con relación a los pueblos de los Estados signatarios correspondientes.

Se ha dicho, muy sabiamente, que es un deber moral reconocer que la humanidad no necesita de que los derechos y libertades ya proclamadas por las constituciones nacionales encuentren una ulterior y teórica afirmación en normas internacionales, sino más bien que la Comunidad Internacional se haga garante del respeto efectivo de esos derechos, aparte de que los individuos tienen mayores ventajas ya no cuando tengan un listado completo de derechos desproveído de un sistema de medidas internacionales adecuadas para hacer efectivos esos derechos, sino cuando tengan un número restringido de derechos acompañado de la correspondiente garantía internacional (Idem, 812).

Ese fue el cauce escogido en el ámbito de la Organización Internacional creada en 1949 con finalidades de orden general a nivel Europeo con la denominación de Consejo de Europa (fundado por Francia, Reino Unido, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Irlanda, Suecia, Dinamarca y Noruega, y constituida, actualmente, por 40 Estados Europeos, inclusive Rusia), por cuanto los representantes de esos Estados tomaron, en primer lugar, como punto de referencia a la Declaración Universal de los derechos del hombre, y, en segundo lugar, decidieron actuar, de manera progresiva, pero buscando conseguir, de etapa en etapa, resultados prácticos y concretos, y empezando con un programa más modesto pero encaminado a la consagración internacional, es decir a la asunción como fundamentales, aunque a nivel europeo, de un listado restringido de derechos y libertades del hombre.

La primera etapa, o el primer programa, lo representó, en efecto, la Convención para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, firmada en Roma por los Gobiernos de los Estados del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953. En el preámbulo se sostiene, repitiéndose en buena parte cuanto aseverado ya en el Estatuto constitutivo, que, siendo la finalidad del Consejo de Europa la de realizar una unión más estrecha entre sus miembros y considerando que uno de los medios para el conseguimiento de ese fin es la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, al reconocimiento y aplicación efectiva de los cuales está encaminada la Declaración Universal proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pues bien, los Gobiernos signatarios reafirman su fe en esas libertades fundamentales que constituyen las bases de la justicia y la paz en el mundo las cuales van mantenidas, por un lado, a través de un régimen político verdaderamente democrático, y, por otro lado, en virtud de una concepción común y un común respeto de los derechos del hombre que los Gobiernos signatarios reconocen, de manera que, en cuanto Gobiernos de Estados Europeos animados por el mismo espíritu y fortalecidos por un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas en lo que se refiere al respeto de la libertad y la superioridad del derecho, resuelven adoptar las primeras medidas aptas para asegurar en el ámbito de la colectividad la garantía de determinados derechos enunciados en la Declaración Universal (Idem, 813).

En la primera parte de la mencionada Convención, punto de partida para hacer progresivamente efectivos los derechos enunciados en la Declaración Universal, se asumen como fundamentales los derechos que sumariamente se indican a continuación: el derecho a la vida (art.2) y a la integridad física de las personas (art.3), la prohibición de la esclavitud, del estado servil y del trabajo forzoso o obligatorio (art.4), el derecho a la libertad y la seguridad personal (art.5), el derecho al justo proceso, ya sea en materia civil que en la penal (art.6), la prohibición de condenas que no sean compatibles con el principio de la legalidad de las penas y los crímenes (art.7), el derecho al respeto de la vida privada y doméstica, el domicilio y la correspondencia (art.8), el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión (art.9), expresión (art.10),

reunión pacífica y asociación (art.11) y, finalmente, el derecho de casarse y constituir un hogar familiar (art. 12).

En la segunda parte, en cambio, está previsto el sistema de garantías y de controles, relacionado, en primer lugar, con una garantía la cual, aunque internacionalmente prevista y con efectos obligatorios para los Estados Partes, no es sino de carácter interno, por cuanto confiere a quien asuma haberse cometido en su contra violaciones de la Convención el derecho a un recurso efectivo por ante un Tribunal nacional (art. 13), y, en segundo lugar, con actuaciones típicamente internacionales, a cargo, unas, del Comité de Ministros (integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros) y del Secretario del Consejo de Europa, los cuales, junto a la Asamblea Consultiva (integrada por representantes de los Parlamentos de los Estados miembros), no son sino los órganos institucionales del Consejo de Europa, y a cargo, otras, de dos órganos autónomos, de nueva y contextual institución, cuales la Comisión Europea de los Derechos Humanos (la integra un miembro por cada Estado y todos los miembros son elegidos cada seis años por el Comité de Ministros), con sede en Estrasburgo, y la Corte Europea de los Derechos Humanos (la integra un juez por cada Estado y todos los jueces son elegidos cada seis años por la Asamblea Parlamentaria), con sede en Estrasburgo.

Corresponde, en la referida materia, al Secretario, en conformidad con el art.57 de la Convención, solicitar explicaciones a las Altas Partes contratantes, las cuales tienen el deber de enviar los informes correspondientes, en relación a las modalidades con las cuales el derecho interno de cada país garantiza la aplicación de las disposiciones de la Convención; mientras que al Comité de Ministros corresponde, en conformidad con el art.61 de la Convención y en relación con el art.15 b del Estatuto, examinar las medidas aptas para realizar las finalidades del Consejo de Europa, entre las cuales están incluidas, según prevé el art. 1 b del Estatuto, la salvaguarda y el ulterior desarrollo de los derechos del hombre y las libertades fundamentales.

El procedimiento, de tipo contencioso, en relación a denuncias de violación de la Convención, es disciplinado tanto por los originarios títulos II, III y IV de la Convención como por los reglamentos emanados por los órganos que concurren al ejercicio de funciones y poderes correspondientes en ese ámbito, es decir el Comité de Ministros, la Comisión y la Corte. El proceso correspondiente se instaura por ante la Comisión, y la legitimación para presentar denuncias la tiene únicamente el Secretario General, al cual pueden dirigirse no solamente los Estados Partes, en cuyo caso la competencia de la Comisión, según prevé el art. 24, es obligatoria, sino también personas físicas, a nivel individual, o grupos de particulares o organizaciones no gubernamentales, en cuyo caso la competencia de la Comisión, según prevé el art. 25, es facultativa, lo cual quiere decir que su ejercicio está permitido únicamente cuando el Estado denunciado haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en la materia controvertida.

La Comisión, luego, procesa y sustancia, a través de una Subcomisión y en el respeto del principio del contradictorio, la denuncia, tratando de llegar, en primer lugar, a una reglamentación amigable de la controversia, es decir una forma de conciliación satisfactoria entre las partes. De lograrse la conciliación, el informe correspondiente es notificado, por parte de la Subcomisión, en conformidad con el art.30, a los Estados interesados, al Comité de Ministros y al Secretario General para su publicación. En caso contrario, corresponde a la Comisión, según prevé el art. 31, enviar al Comité de Ministros un informe que, aparte de la exposición del caso, contenga las propuestas que se consideran oportunas.

Ese informe, a su vez, puede representar la base para que la cuestión sea deferida a la Corte en un término de tres meses tanto por iniciativa del propio Comité de Ministros, cuanto por iniciativa

del Estado denunciado que no está conforme con dicho informe, siempre y cuando las Altas Partes contratantes interesadas hayan aceptado someterse recíprocamente, en conformidad con el art.48, a la jurisdicción obligatoria de la Corte. Después de transcurrir los tres meses sin que la cuestión haya sido deferida a la Corte, corresponde al Comité emitir una decisión que tiene efectos obligatorios entre las partes, no solamente por lo que se refiere al restablecimiento del orden jurídico infringido sino también a la indemnización por daños y perjuicios. Cuando, en cambio, la cuestión ha sido deferida a la Corte, es ella que emite la correspondiente decisión, aclarando, sobre todo, los términos en que haya habido violación de la Convención (Idem, 817). Sin embargo, en conformidad con las perspectivas del Consejo de Europa, encaminadas a hacer gradual y progresivamente efectivos los derechos enunciados en la Declaración Universal, se han ido agregando a la Convención once protocolos más, los cuales no solamente han ampliado las garantías a favor de otros derechos no contemplados en el texto originario, tales y como, entre otros, la protección de la propiedad privada, el derecho a la educación y el derecho de los padres de asegurar a los hijos una educación conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas, el compromiso de las Partes Contratantes a organizar periódicamente libres elecciones mediante escrutinio secreto para la elección del cuerpo legislativo (1° Protocolo), la prohibición de la privación de la libertad personal por deudas de origen contractual, la libertad de circulación y de demora, la prohibición de expulsar o vetar el ingreso en su país al ciudadano (4° Protocolo), la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz (6° Protocolo) y las garantías para la expulsión de los extranjeros (7° Protocolo), sino también han modificado algunos aspectos del procedimiento y la organización institucional del sistema de garantías (Del Giudice, F. y Verrilli, A., 1997, 112).

Destaca, a ese respecto, el Protocolo N° 11, firmado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 y entrado en vigor el 1° de noviembre de 1998, en virtud del cual se ha radicalmente modificado el sistema de control de la tutela de los derechos fundamentales originariamente configurado en el ámbito de la Convención, por cuanto se ha fusionado la Comisión de los Derechos Humanos y la Corte de los Derechos Humanos en un solo órgano, denominado la Corte Unica, la cual está a cargo de todo lo que anteriormente correspondía ejercer a la Comisión, esta vez sin los trámites ni del Secretariado en la recepción de las denuncias, ni del Comité de los Ministros en las decisiones o evaluaciones que antes también correspondía ejercer a ese órgano. Se han establecido, además dos grados de juicio, estando a cargo de una Corte restringida, o Cámara pequeña, integrada por siete jueces, examinar la admisibilidad del recurso o denuncia, proceder al intento de conciliación amigable entre las partes y, finalmente, decidir la controversia con sentencia que es de inmediato ejecutiva, mientras que corresponde, en cambio, a la Cámara grande, integrada por 17 jueces, la decisión sobre la apelación, siempre y cuando ésta, presentando los requisitos rigurosamente prescritos, sea en vía preliminar declarada admisible por una sección restringida de 5 jueces de la Cámara grande (Idem, 114).

La cautela demostrada en el ámbito del Consejo de Europa a través de la realización gradual y progresiva de la tutela de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal, deja afuera del sistema de protección instaurado por medio de la antes mencionada Convención la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales a los cuales hace también referencia la Declaración Universal. Lo cual no quiere decir que esos derechos hayan sido olvidados en el ámbito del Consejo de Europa, sino que se ha determinado la canalización de la correspondiente tutela en un cauce diferente, representado por la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y entrada en vigor el 26 de febrero de 1965, dirigida a la protección, entre diecinueve categorías de derechos y principios, del derecho al trabajo, a condiciones de trabajo

equitativas, a la seguridad e higiene en el trabajo a la asistencia social y sanitaria, el derecho de las madres, los niños y los adolescentes a la protección social y económica, el derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional, a la readaptación profesional y al ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de los Estados Partes, el derecho de los trabajadores emigrantes y sus familias a la misma protección y asistencia y algunos derechos sindicales. El sistema de control autónomamente previsto en relación a esos derechos, se puede decir, en efecto, que es mucho más atenuado respecto del sistema de tutela previsto en la Convención, por cuanto se realiza básicamente a través de las actuaciones conjuntas de distintos órganos en virtud de las cuales, de manera concreta, un Comité de expertos, integrado por siete expertos independientes, en colaboración y cooperación con un Comité Social Gubernamental y con la asistencia de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, examinan los informes que los Estados partes tienen la obligación de enviar periódicamente y solicitan, luego, al Comité de Ministros el envío de recomendaciones a los Estados Partes para que apliquen las normas de la Carta (Idem, 115).

Cabe destacar que no todos los Estados Partes de la Convención Europea son partes de la Carta Social, así como no todos los Estados Partes de la Carta han aceptado sin reserva todos los derechos que ella está encaminada a garantizar (Buergenthal, T. Grossman, C. Nikken, P 1990, 74).

Huelga decir que el Consejo de Europa, en el ámbito del cual se ha realizado y se sigue realizando la actividad normativa y de control relacionada con la Convención Europea de los derechos del Hombre y libertades fundamentales y la Carta Social Europea, es una organización internacional distinta de aquellas que han tenido la denominación de Comunidades Europeas, las cuales, originariamente en número de tres, es decir la CECA (Comunidad Europea del Carbón y el Acero, instituida en 1951), la Euratom (instituida en 1957) y la CEE (Comunidad Económica Europea, instituida en 1957), se han convertido, en virtud del Tratado de Maastrich del 7 de febrero de 1992 que ha instituido la Unión Europea, en Comunidad Europea. A los objetivos políticos de las preexistentes Comunidades, es decir la creación de un mercado común europeo relacionado con el carbón y el acero, primero, con la energía atómica, después, y, finalmente, con todos los sectores de la actividad económica, la Comunidad Europea del Tratado de Maastrich agrega la cooperación en otros sectores, tales y como la educación, la política económica y monetaria, la política social y ambiental, mientras que la Unión Europea, fundada sobre las mencionadas Comunidades (art. 1), se hace cargo, también en virtud de las modificaciones introducidas con el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y en vigor a partir del 1° de mayo de 1999, hasta de la cooperación en el sector de la justicia, relaciones interiores y exteriores y la seguridad común.

Ahora bien, nada que se refiera a la enunciación y tutela específica de los derechos fundamentales del hombre, es dado encontrar en el ámbito normativo, organizativo o institucional que se deriva de los tratados y correspondientes integraciones y modificaciones en virtud de los cuales surgieron esas Comunidades, culminadas finalmente en la Unión Europea.

Lo cual no quiere decir que la Unión Europea y sus Comunidades representan un ámbito regional en el cual no hay espacio para una autónoma tutela de los principios y normas relacionadas con esos derechos. Que dicho espacio exista, aunque limitado al contexto general de principios con los cuales hay que conformar las actuaciones y los criterios de interpretación en el ámbito de la disciplina comunitaria, lo confirma la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (órgano jurisdiccional con competencia en los asuntos relacionados con la aplicación e interpretación de las normas y principios que rigen la Unión Europea y sus Comunidades, siendo

los otros órganos principales: el Parlamento Europeo, antes Asamblea, que comparte el poder normativo con el Consejo, y la Comisión, que ejerce funciones ejecutivas), la cual afirmaba en 1969 que «la tutela de los derechos del hombre hay que considerarla parte integrante del ordenamiento comunitario, entendido éste como ordenamiento jurídico autónomo por cuanto a fuentes y estructura se refiere»(Idem, 115), agregando, en 1970, que «cualquier violación de los derechos fundamentales del hombre por parte de normas comunitarias tiene que ser sometida al juicio de la Corte de Justicia, a la cual corresponde garantizar la observancia de esos derechos, inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y los tratados internacionales a los cuales esos Estados adhieren» (Idem).

Lo confirma, luego, el hecho de que el Acto Unico Europeo, adoptado en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y entrado en vigor el 1° de julio de 1987, con el cual se modifica el tratado institutivo de la Comunidad Europea, prevé en su preámbulo que «los Estados miembros promueven junto la democracia, con base en los derechos fundamentales pautados en las Constituciones de los Estados miembros, la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y libertades fundamentales...», mientras que en fecha 12 de abril de 1989 se aprueba en el Parlamento Europeo la Declaración de los Derechos y libertades fundamentales, la cual, después de hacer referencia y expreso reenvío en el preámbulo a los instrumentos comunitarios e internacionales vigentes dirigidos a la salvaguarda de los derechos del hombre, identifica las situaciones jurídicamente garantizadas, disciplinando el ámbito de su aplicación, los límites y el nivel de la protección acordada en caso de abusos en el ejercicio de los derechos enunciados en la Declaración (De Vergottini, D. 1993, 245). Además, el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, adoptado el 7 de febrero del 992 y entrado en vigor el 1° de noviembre de 1993, prevé en el art. F la obligación de respetar los derechos fundamentales garantizados por la Convención Europea, de la cual, junto a la casi totalidad de los Estados Europeos, son partes todos los quince Estados actualmente miembros de la Unión Europea, es decir: Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Italia, Francia, Alemania, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia y Suecia (Idem, 116).

Importancia relevante tiene también en ese contexto la Convención sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), cuya Acta Final fue adoptada, en Helsinki, en agosto de 1975 por los jefes de Estado de Canadá, Estados Unidos y otros 33 países de Europa Oriental y Occidental. En virtud del proceso, que se ha dado en llamar «proceso de Helsinki», desarrollado por medio de esa Conferencia y las que se han celebrado sucesivamente, en el curso de 15 años las naciones del CSCE pasaron del deber de garantizar genéricamente los derechos humanos y las libertades fundamentales al respaldo de toda la gama de instituciones y libertades democráticas, incluyendo, más detallada y progresivamente, la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia, el gobierno de la ley, la democracia, el pluralismo político, el derecho a constituir partidos políticos y las elecciones libres y limpias. Dicho proceso, pese a las críticas que culpaban, sobre todo, a los Estados Unidos de estar, de esa manera, «legitimando las fronteras fijadas por la Unión Soviética en Europa Oriental, a cambio de las promesas poco creíbles de los soviéticos de respetar ciertos derechos humanos», proporcionó a Estados Unidos y las Naciones de Europa Occidental «la oportunidad de presionar a la ex Unión Soviética y a los países de Europa Oriental sobre los compromisos de Helsinki, así como de llamarles la atención y pedirles que corrigieran violaciones puntuales de aquellos compromisos» (Huntington, S.P. 1995, 90).

Más lento fue y sigue siendo, en cambio, el proceso de establecimiento, afirmación y desarrollo de un sistema regional de promoción y protección de los derechos fundamentales en el ámbito

del continente Americano, debido a diversidades determinantes las cuales, susceptibles de configurar una distinción entre América Anglosajona y América Latina, es posible relacionarlas con la diferencia de regímenes jurídicos (common law y sistema continental romanístico de codificación), de tradiciones históricas y políticas (anglosajona, española, portuguesa y francesa) y, sobre todo, las diversidades en los niveles de desarrollo (Gros Espiell, H. 1986, 67).

Dichas diversidades fueron las que impidieron, en primer lugar, la entrada en vigor, por falta de ratificaciones suficientes, del Convenio de La Habana del 18 de febrero de 1928, en virtud del cual, muchos años después de la primera conferencia panamericana en Washington en 1889 (Idem, 66), recibía su estructura definitiva la Unión Panamericana, organización internacional a la cual adherían los 21 Estados del nuevo mundo excepto el Canadá, fundamentada en el panamericanismo como fenómeno de solidaridad continental, y sucesivamente transformada en Organización de los Estados Americanos por efecto de la Carta de Bogotá, adoptada el 30 de abril de 1948 en la IX conferencia panamericana y entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951. «Tras haber sido, hasta entonces, una entidad independiente, la Unión se convirtió, de acuerdo con (el art. 52 de) la Carta de las Naciones Unidas, en una organización regional» (Rousseau, C. 1966, 208), integrándose, de esa manera, al sistema de las Naciones Unidas, según prevé expresamente también el art. 1 de la Carta de la OEA.

La OEA, de la cual son miembros casi todos los Estados Americanos, tiene objetivos de orden político, económico, social y de seguridad, y su Estatuto, o Carta de la OEA, adoptada en la nona conferencia de Bogotá, proclama, en el preámbulo, la adhesión de los Estados Americanos, «dentro del marco de las instituciones democráticas, a un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre»(Idem, 732), y reafirma, asimismo, en el art. 5f, entre sus principios, que «los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo» (Idem, 733).

Para individuar, luego, los derechos que la enfática aseveración del Estatuto de la OEA está encaminada a proclamar como fundamentales, hay que hacer referencia ya no a la Declaración Universal de las Naciones Unidas, la cual fue proclamada en París el 10 de diciembre de 1948, sino más bien a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada, junto a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, el 2 de marzo de 1948, en la misma nona conferencia de Bogotá, con la denominación de recomendación, es decir sin que se crearan órganos o mecanismos para promover o vigilar su observancia.

En realidad, aparte de que el preámbulo de la Carta de la OEA hace expresa referencia a los «numerosos convenios y acuerdos» adoptados con anterioridad en el ámbito de la misma «inspiración» y cuyos principios la OEA no hace sino «reafirmar», pues bien, la Declaración Americana, si bien cuente con la sugestiva circunstancia de haberse adelantado a la Declaración de las Naciones Unidas, aunque no tenga, por supuesto, la caracterización y proyección universal de esa Declaración, contiene su propia lista de derechos que incluye, principalmente, el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, a la igualdad ante la ley, a la protección a la honra, la reputación y la vida privada y familiar, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, a la nacionalidad, los derechos judiciales, la libertad de religión y de culto, la de opinión y expresión, la de residencia y tránsito, la de reunión y asociación, los derechos políticos, el derecho a la salud y a la educación (también art. 30 de la Carta de la OEA), el derecho al trabajo y a una justa retribución, a los cuales hay que agregar los deberes que se tienen ante los hijos, ante los padres, ante la sociedad y ante la nación (Buergethal, T. Grossman, C. y Nikken, P 1990, 87).

Hasta aquí, es decir hasta la nona conferencia de Bogotá, no se ha configurado algún autónomo sistema regional de promoción, ni de protección o control de los derechos que la Carta de la OEA enunciaba como fundamentales, por cuanto ninguno de los órganos institucionales originarios de la OEA (art. 32 de la Carta), es decir la Conferencia Internacional, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo y sus órganos subsidiarios (Consejo Interamericano Económico y Social, Consejo Interamericano de Jurisconsultos y Consejo Interamericano Cultural), la Unión Panamericana (con sede en Washington), las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados, tiene atribuidas competencias específicas en la materia.

A los fines de llenar esa evidente laguna, en agosto de 1959 se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con una resolución de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile, la cual «fue objetada por algunos gobiernos que consideraron dudoso que una institución como la Comisión pudiera crearse en el marco de una Reunión de Consulta, sin acudir a una reforma de la Carta o a la adopción de un tratado especial (Idem, 92). De todas formas, después de aprobarse en las sesiones del 25 de mayo y 8 de junio de 1960 por parte del Consejo de la OEA el Estatuto de dicha Comisión, ésta comenzó a actuar en el ámbito estatutariamente limitado de la promoción de los derechos enunciados en la Declaración Americana.

Sin embargo, esta situación precaria no impidió a la Comisión de desarrollar una práctica de recepción de denuncias individuales, bajo el pretexto de ampliar los conocimientos para cumplir con sus fines estatutarios, hasta que el 29 noviembre de 1965, con resolución de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro, no fue reformado el Estatuto, atribuyéndose, en primer lugar, formal reconocimiento institucional a la Comisión, la cual quedaba también autorizada para examinar cualquier comunicación que se le dirigiera, para solicitar información respecto de ellas y para formular recomendaciones a los Gobiernos a propósito de ellas, debiendo prestar particular atención a la observancia de los Derechos Humanos mencionados en los artículos I, 11, 111, IV XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana, que proclaman, respectivamente, el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, el derecho de justicia, el derecho al justo proceso y el derecho de protección contra la detención arbitraria (Idem, 93).

Con la aprobación del Protocolo de Reforma a la Carta por parte de la 111 Conferencia Interamericana Extraordinaria de Buenos Aires en 1967, la Comisión se convierte en órgano permanente de la OEA, encomendándosele de velar por la observancia de los Derechos Humanos mientras no entrara en vigencia la Convención de cuyo proyecto la Comisión estaba a cargo.

El 22 de noviembre de 1969 fue adoptada en San José de Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, de la cual pueden ser partes solamente los Estados Partes en la OEA y, en la actualidad, son partes 21 Estados Americanos (entre ellos: Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela), con exclusión de los Estados Unidos (Del Giudice, F. y Verrilli, A. 1997, 116; Gros Espiell, H. 1986, 66).

La Convención está encaminada a asumir como fundamentales, y por lo tanto garantizar, en el ámbito de la OEA, los principales derechos civiles y políticos, entre los cuales destacan el derecho a la vida y la integridad personal, el derecho a la personalidad jurídica, la prohibición de esclavitud y servidumbre, la libertad personal, el derecho al debido proceso, las prohibiciones de leyes penales retroactivas, el derecho a indemnización por error judicial, la protección de la

honra y la privacidad, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento y expresión, el derecho de rectificación o respuesta, la libertad de reunión y asociación, la libertad sindical, la libertad de circulación y residencia, el derecho a la nacionalidad y al nombre, el derecho de propiedad, la protección a la familia y los derechos del niño, la igualdad ante la ley, los derechos políticos y el derecho a la protección judicial de los derechos a que hace referencia la Convención.

Cabe agregar que junto a unas cláusulas de acuerdo a las cuales los Estados Partes asumen obligaciones de respeto y garantía que incluyen el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer valer los mencionados derechos en el ámbito interno de cada Estado (artículos 1.1 y 2 de la Convención), hay también otras que configuran una serie de limitaciones, aunque excepcionales, de los mencionados derechos en razón de la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común (art. 32.2 ejusdem), contemplando la posibilidad de suspender las garantías en caso de peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado, en cuyo caso la Convención dispone que hay unos determinados derechos, tales y como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, la prohibición de la discriminación, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, el principio de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia y los derechos del niño y las garantías judiciales para la protección de tales derechos, que no pueden ser afectados por medidas de excepción bajo ninguna circunstancia (Buerghenthal, T. Grossman, C. y Nikken, E 1990, 88).

Por lo que se refiere, en cambio, a los derechos económicos y sociales, la Convención prevé, muy genéricamente, en su art. 26, que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias para hacer efectivos progresivamente y en la medida de los recursos disponibles los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, dejando, en realidad, que fuera el Protocolo Adicional adoptado sucesivamente en San Salvador el 17 noviembre de 1988, a proclamar, de manera autónoma, esos derechos. Por lo tanto, el correspondiente sistema autónomo de protección de tales derechos adoptado en dicho Protocolo, queda totalmente separado del sistema de protección que opera en la Convención, siendo únicamente prevista a estos fines un sistema de informes a la Asamblea General (Idem, 87).

A partir de la fecha de entrada en vigor de la Convención se hace más contundente el sistema de control en relación a las obligaciones asumidas por los Estados partes en dicha Convención, a través de la renovada institución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que operara en ese ámbito nada restando a las funciones de la precedente Comisión que seguía siendo también órgano de la OEA, y de la institución ex novo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión, que tiene su sede en Washington, está integrada por siete miembros elegidos cada cuatro años por la Asamblea General en un listado que contiene tres candidaturas para cada Estado miembro y elige en su seno un Presidente y dos vicepresidentes, mientras que un Secretario Ejecutivo es nombrado por el Secretario General de la OEA en consulta con la Comisión. Se rige por su Estatuto, aprobado por la Asamblea General en su XII período de sesiones en La Paz el 31 de octubre de 1979, y por su Reglamento, dictado por la misma Comisión. Tiene funciones de promoción de los derechos humanos (art. 18 e del Estatuto), auspiciando conferencias, seminarios, publicando libros y documentos y colaborando en la preparación de textos relevantes como la Convención Americana y otras normativas relacionadas

con la materia, además de asesorar al Consejo Permanente y la Asamblea General; tiene facultades para practicar observaciones en el territorio de cualquier Estado miembro de la OEA, con la anuencia o a invitación del Gobierno respectivo (art. 18 g del Estatuto); prepara informes, destinados a la publicación a falta de adecuadas justificaciones por parte de los Estados interesados, respecto de la actuación que se tenga de los derechos contemplados en la Convención y en la Declaración Americana por parte de los países miembros (art. 18 c del Estatuto); tiene competencia general e incondicional para recibir y tramitar, en conformidad con el procedimiento pautado en el Reglamento, peticiones individuales, es decir denuncias de particulares, directa o indirectamente interesados, en las que se alegue la violación de los derechos humanos contemplados en la Convención y la Declaración Americana, ya sea en contra de Estados partes de la Convención (art. 44 de la Convención y art. 19 a del Estatuto) ya sea en contra de Estados que no son parte de ella (art. 20 b del Estatuto); tiene, finalmente, legitimación para someter casos contenciosos a la decisión de la Corte (art. 61.1 de la Convención), requerir y solicitar de ésta opiniones consultivas (art. 64.1 ejusdem) y medidas provisionales (art. 63.2 ejusdem) en los casos de extrema gravedad y urgencia (Buerghenthal, T. Grossman, C. y Nikken, P 1990, 94).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene, en cambio, su sede en San José de Costa Rica, está integrada por siete jueces los cuales, elegidos por la Asamblea General entre nacionales de los Estados miembros de la OEA en una votación en la que solo participan los Estados partes en la Convención, tienen que ser de distinta nacionalidad y duran seis años en el ejercicio de sus funciones, renovándose parcialmente la Corte cada tres años. Tiene competencia de carácter consultivo en relación a todas las correspondientes solicitudes de cualquier Estado miembro de la OEA para la interpretación de la Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (art. 64 Convención), y, asimismo, competencia de carácter contencioso para conocer de casos los cuales, relacionados con la interpretación y la aplicación de la Convención (art. 62.3 ejusdem), pueden ser incoados únicamente por la Comisión y los Estados partes en la Convención, previo agotamiento del procedimiento por ante la Comisión (art. 61.2 ejusdem), en conformidad con un procedimiento que tiene su disciplina específica en el Reglamento de la Corte, y siempre y cuando el Estado demandado haya declarado reconocer, con o sin condiciones y con o sin reserva (art. 63 ejusdem), la jurisdicción obligatoria de la Corte (Idem, 105). Parece, al respecto, que solo unos pocos Estados de América Latina han, actualmente, reconocido la jurisdicción de la Corte.

El procedimiento por ante la Corte, la cual ejerce jurisdicción plena sobre todas las cuestiones formales y sustanciales que le hayan sido legítimamente sometidas, termina con una decisión, definitiva e inapelable, que los Estados Partes deben cumplir (artículos 67 y 68.1 ejusdem), especialmente si la Corte concluye que hubo violación de la Convención, disponiendo que se garantice al lesionado en el goce de su derecho u libertad conculcada, o que, si ello fuere procedente, se reparen, con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (art. 63.1 ejusdem), las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos, en cuyo caso dicha decisión tiene en el país afectado la misma fuerza ejecutiva (art. 68.2 ejusdem) que las sentencias de los Tribunales internos contra el Estado (Idem, 109).

Otro sistema de promoción y protección regional de los derechos fundamentales del hombre, aunque más débil y menos eficiente, ha sido instaurado en el ámbito del Continente Africano a través de la actividad normativa, institucional y organizativa realizada por medio de la organización intergubernamental regional que tiene la denominación de Organización de la Unidad Africana, la cual, constituida en 1963, cuenta con 53 Estados miembros, siendo sus

órganos principales: la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, el Consejo de Ministros, las Conferencias Ministeriales y el Secretariado Permanente.

Siguiendo el camino igual al que llevó a la configuración de los sistemas regionales Europeos y Americanos, los órganos institucionales de la OUA se hicieron cargo del proyecto de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, logrando su adopción en el año 1981, su entrada en vigor el 21 de octubre de 1986, y la ratificación, en la actualidad, de la mayoría de los Estados de la OUA.

La Carta Africana mezcla los valores en los cuales se inspiran los instrumentos sobre derechos fundamentales del hombre adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas con las tradiciones africanas, las cuales privilegian la negociación y la conciliación. Está encaminada a asumir como fundamentales, y por lo tanto a proteger, bien sea derechos civiles y políticos - entre los cuales, aparte de un grupo restringido que no admite ningún tipo de restricciones (derecho a la igualdad, a la no discriminación, derecho a la vida y los demás relacionados con la integridad física y seguridad de la persona, la libertad personal y el debido proceso), se encuentran, «bajo reserva de orden público», la libertad de conciencia, de profesión y libre práctica de una religión, luego, «siempre que se conformen a las reglas establecidas por la ley», el derecho a recibir información, a expresar las propias opiniones, la libertad de asociación y de reunión -, bien sea derechos económicos, sociales y culturales - entre los cuales destacan el derecho de propiedad, el derecho al trabajo y a igual remuneración por trabajo igual, la protección de la familia, de los ancianos, los impedidos, la mujer y el niño, el derecho a la educación y el derecho a participar a la vida cultural de la propia comunidad -, bien sea derechos que se ha dado en llamar derechos de la tercera generación y que la Carta define «derechos de los pueblos», es decir el derecho a la autodeterminación, a la plena soberanía sobre sus recursos naturales, el derecho al desarrollo económico, social y cultural, a la paz y a un medio ambiente global satisfactorio (Idem, 116). En realidad, la Carta incluye también unos deberes entre los cuales, aparte de los que presentan una correlación con los derechos o una limitación para su disfrute, los más significativos parecen ser: el deber de respetar en todo momento a sus padres, de alimentarlos y de asistirlos en caso de necesidad (art. 29.1) y el deber de velar por la preservación y el fortalecimiento de los valores culturales africanos positivos en un espíritu de tolerancia, de dialogo y de concertación (art. 29.7).

Cabe destacar que la Carta Africana, al constituir un verdadero y propio tratado, obligatorio, como tal, para los Estados signatarios, tiene un valor jurídico superior al de una Declaración, y determina, por lo tanto, a cargo de los Estados partes no solamente la obligación de reconocer los derechos, deberes y libertades enunciadas en ella, sino también el compromiso específico de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos (art. 1), junto a otras obligaciones complementarias tales y como la de redactar, a este respecto, un informe anual el cual, en el silencio del Tratado, parece destinado a ser examinado por la Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos, y, asimismo, el deber de promover y asegurar a través de la educación y la difusión el respeto de esos derechos, velando para que dichos derechos sean comprendidos (art.25), y, finalmente, el deber de garantizar la independencia de los Tribunales y permitir, además, el establecimiento y perfeccionamiento de instituciones nacionales apropiadas encargadas de la promoción y protección de esos derechos (art. 26).

El sistema de control de la tutela de los derechos, deberes y libertades enunciadas en la Carta, se caracteriza vistosamente y en manera muy singular y diferente respecto a los otros sistemas de control practicados en el ámbito de la Comunidad Internacional, por la ausencia de un órgano judicial. En efecto, el único órgano, creado ex novo en el ámbito de la Convención que dio

origen y vigor a la Carta Africana y encargado, en el marco de la OUA, de promover los derechos humanos y de los pueblos y de asegurar su protección en Africa, no es sino la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 30), integrada por once miembros, los cuales, elegidos por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA en una lista presentada por los Estados partes de la Carta, duran en el cargo seis años (Idem, 122).

Están atribuidas a la Comisión, en primer lugar, funciones de promoción, y, a ese respecto, le corresponden facultades para realizar investigaciones y estudios, convocar conferencias, difundir informaciones y publicaciones, colaborar con instituciones nacionales y locales especializadas, y también facultades para formular recomendaciones a los Gobiernos; en segundo lugar, funciones que le derivan del hecho de representar la máxima, aparte de única, autoridad con competencia en la interpretación de la Carta y los principios relacionados con su aplicación, con facultad de inspirarse, para determinar reglas de derecho, en otras fuentes normativas existentes en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los Pueblos, tales y como las Cartas de la ONU y de la OUA, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y los Países Africanos en el campo de los derechos humanos (art. 60) ; y, en tercer lugar, funciones relacionadas con la solución de controversias en que se aleguen violaciones de la Carta.

En tal caso, la legitimación incondicional para presentar denuncias en que se aleguen violaciones de la Carta corresponde a los Estados partes, en conformidad con un procedimiento el cual, después de una fase preliminar facultativa para la comunicación directa y el entendimiento eventual entre las partes interesadas (artículos 47 y 48) y de otra, obligatoria, para el control por parte de la Comisión de la admisibilidad de la denuncia, se concluye con un informe (art. 53) que la Comisión dirige, con sus recomendaciones y observaciones, a la Asamblea de Jefe de Estados y de Gobierno, a la cual corresponde, finalmente, solucionar la controversia privilegiando, en conformidad con las tradiciones africanas, la negociación y la conciliación, o infligiendo, en última instancia, la única sanción real aplicable, es decir la publicación del informe de la Comisión. Los particulares, en cambio, tienen legitimación limitada, en el sentido de que, aparte de la observancia de los demás requisitos prescritos so pena de que la denuncia sea declarada inadmisibles (artículos 56 hasta 58), pueden únicamente denunciar situaciones que parezcan revelar la existencia de un conjunto de violaciones graves o masivas a los derechos humanos y de los pueblos. La denuncia, o comunicación, en caso de ser declarada admisible por parte de la Comisión, es remitida a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, la cual, si la considera procedente, oficia a la Comisión para que haga las investigaciones correspondientes y remita el informe conclusivo, completo de observaciones y recomendaciones, a la propia Asamblea para la solución de la controversia (Idem, 125).

Susceptible de configurarse, aunque todavía inexistente, es otro sistema regional de protección de los derechos fundamentales del hombre, relacionado, esta vez, con principios de carácter religioso más que con situaciones de contigüidad territorial o solidaridad continental. En realidad, en el ámbito de los 46 Estados Musulmanes de la Organización de la Conferencia Islámica, con sus 850 millones de habitantes a los cuales hay que agregar los 80 millones de musulmanes de la India y los 50 millones de la ex Unión Soviética y los demás musulmanes que viven en el mundo (Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, 1991, 46), se ha ido configurando un sistema normativo y de principios el cual, si tiene escasa relevancia práctica por no haber adquirido ningún tipo de vigencia, está encaminado a conformar un relevante punto de referencia, idóneo como para caracterizar, por lo menos a nivel conceptual, la peculiaridad de ese sistema en el contexto universal de la tutela de los derechos fundamentales del hombre.

Destaca, en ese sentido, la producción en el mundo Islámico y Árabe de los siguientes documentos:

- Proyecto de Declaración de los Derechos Humanos y Obligaciones fundamentales en el Islam, Liga del mundo Musulmán, 1979;
- Declaración Islámica Universal, Concilio Islámico, Londres, 1980;
- Proyecto de documento sobre los Derechos Humanos en el Islam, Cumbre de la Organización de la Conferencia Islámica, Taef, 1981;
- Proyecto de Declaración Islámica sobre Derechos Humanos, propuesto en el ámbito de la V Conferencia sobre Derechos Humanos en el Islam, Teherán, 1989, y aprobado, después de modificaciones, por los Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de la Conferencia Islámica en la Cumbre del Cairo de 1990;
- Proyecto de Carta Árabe de los Derechos Humanos, Liga Árabe, 1982;
- Proyecto de Carta sobre los Derechos del Hombre y los Pueblos en el mundo Árabe, adoptado por el Convenio de los juristas Árabes, Siracusa, 1986;
- La Grande Carta Verde de los Derechos Humanos, Libia, 1988.

Según refiere Abu Salieh (1991, 21), ha adquirido vigencia solamente este último documento, el cual, en su art. 26, 3er párrafo, atribuye a cada persona el derecho de dirigirse a los Organos de Justicia para el restablecimiento de la situación jurídica infringida por cualquiera de las violaciones y libertades que la Carta menciona.

Todos esos documentos, y, especialmente las Declaraciones Islámicas, son, de acuerdo a sus autores, documentos religiosos, de origen divino, basados en la revelación, los cuales no son susceptibles de modificación; tienen las mismas finalidades, pero con un substrato religioso, de la Declaración Universal de la ONU, la cual no sería sino un documento secular de origen humano basado en la experiencia pragmática, y, como tal, susceptible de ser modificado.

El preámbulo, por ejemplo, de la Declaración Islámica de 1981 asevera expresamente lo siguiente: «Nosotros, la Comunidad de Musulmanes... proclamamos en el nombre del Corán esta Declaración de los Derechos del Hombre, la cual se deriva simple y únicamente del noble Corán y la Summa del Profeta: Sobre estas bases serán derechos eternos, no susceptibles de ser suprimidos o rectificadas, ni abrogados ni suspendidos...» (Idem, 23). Además, los propósitos de esa Declaración no son diferentes de aquellos indicados en la Declaración Universal de la ONU, toda vez que los propósitos expresamente enunciados por esa Declaración Islámica son del siguiente tenor: «Nuestro sincero deseo es cumplir con las responsabilidades que tenemos hacia la sociedad humana, de la cual somos también miembros; queremos hacernos cargo del deber de proclamación que el Islam puso sobre nuestros hombros, haciendo todos los esfuerzos posibles para el establecimiento de un sistema de vida mejor basado en la virtud y la purificación del mal, donde la cooperación y la paz reemplacen la hostilidad, y la hermandad reemplace la enemistad, donde la cooperación y la paz predominen en lugar de conflictos y guerras; un sistema de vida en el cual el género humano pueda apreciar lo que es la libertad y la igualdad, la hermandad, la generosidad y la dignidad... en lugar de ser aplastado bajo las constricciones de la esclavitud, la discriminación racial y social, la opresión y la humillación...» (Idem).

En el mismo sentido, la Declaración Islámica del Cairo de 1990, después de anunciarse como «obligación de los mandos de Dios, contenidos en el Libro revelado por El», afirma que «en línea de principio, ninguno tiene el derecho de proceder a su abolición, en su totalidad o en parte, ni de violarlos o ignorarlos», y agrega, luego, que sus finalidades son las de «contribuir a los

esfuerzos del género humano en hacer efectivos los derechos humanos, proteger el hombre de la explotación y persecución, y afirmar su derecho y libertad a vivir una vida digna conforme al modelo Islámico» (Idem).

Cabe destacar que, en el ámbito de la Organización de la Liga Árabe se ha establecido, en virtud de una decisión adoptada por esa Organización en fecha 3 de septiembre de 1968, la Comisión Árabe permanente de los Derechos Humanos, la cual, integrada por delegados' de los Estados miembros y de la Organización para la liberación de la Palestina, tuvo la oportunidad de reunirse por primera vez entre el 3 y 6 de Marzo de 1969, y se ocupa esencialmente de velar por los derechos humanos en los territorios árabes que se asumen ocupados y de elaborar programa de acción, a nivel interno, árabe e internacional (Youssef, B. 1982, 21).

Así las cosas, es posible concluir con Gros Espiell, H. (1986, 292) que «universalismo y regionalismo en cuanto a la protección de los derechos humanos no son fórmulas antitéticas y excluyentes. Por el contrario, constituyen dos maneras de encarar la protección y promoción internacional de los derechos humanos y que, cuando ello es práctica y políticamente posible, deben adecuarse para sumar sus ventajas - teniendo en cuenta sus limitaciones -, para obtener un resultado mejor en función del objeto foral : la defensa del hombre y la garantía y promoción de sus derechos y libertades». Además, garantizar esos derechos y libertades en todos los niveles, domésticos, regionales y universal, no quiere decir sino asumirlos, en consecuencia necesaria, como fundamentales en el ámbito de todos y cada uno de esos niveles.

III - Influencia de otras disciplinas en la configuración de los Derechos Fundamentales

1.- Principios filosóficos. Principios religiosos. Principios sociales. Principios económicos. Principios políticos. Aún cuando se considere, con Giannini (1993, 11, 222), que el problema de los derechos fundamentales es simplemente de derecho positivo, esto no quiere decir que se puede restar importancia a todas las ideas, convicciones y doctrinas que no solamente han inspirado e impulsado la configuración, por lo menos conceptual, de esos derechos, sino también contribuido al establecimiento y desarrollo de sistemas de promoción y protección.

Con prescindencia de la consideración si hubo ciencias, filosofías o doctrinas - que adelantaron, impulsaron, determinaron, propiciaron, o fueron, en cambio, utilizadas para justificar o explicar, a posteriori, el establecimiento y desarrollo de sistemas de promoción y protección de los derechos fundamentales del hombre, un primer dato evidente es que la Declaración Francesa y los Bills Americanos se producen en el contexto de un clima cultural dominado por las teorías del derecho natural y del contrato social (Bobbio, N. y Matteucci, N. 1976, 313). De acuerdo a la primera teoría, al existir una ley natural en el universo que es totalmente independiente de los Estados y de las leyes elaboradas por los hombres, el hombre, que es un ser racional, puede descubrir esa ley y vivir en conformidad con sus principios, disfrutando originariamente de los beneficios de esa ley en un estado de naturaleza. De acuerdo a la segunda teoría, siendo impulsado, sucesivamente, el hombre a organizar su vida social, establece, para garantizar su bienestar, un gobierno, fundamentado en la estipulación de un contrato social, en virtud del cual el hombre confía al gobierno ciertos poderes, relacionados con sus derechos alienables, mientras que reserva para si mismo otros poderes relacionados con sus derechos enajenables, o derechos naturales, siendo entendido que, al violarse el contrato por parte del gobierno, el pueblo tiene el derecho de reclamarle los poderes que se le habían otorgado.

No sabemos hasta donde esas teorías influyeron en los sucesos en el curso de los cuales se proclamaban, por primera vez, los derechos inherentes a la persona humana con la

institucionalización de la figura del hombre como sujeto titular de derechos considerados fundamentales, aunque todavía carente de sentido universal. Lo cierto es que la reacción del Poder Constituido no fue, al comienzo, muy benévola, tanto como para que, por ejemplo, las autoridades hispanas de ese período no solamente dieron la culpa de esos hechos, sobre todo los sucesos revolucionarios de París, al derecho natural, sino también llegaron al extremo de «tomar la medida de suprimir la enseñanza del derecho natural, disciplina que había comenzado enseñándose con los textos no siempre expurgados del racionalismo, pero donde ya se citaba y se hablaba de los libros de Rousseau y otros enciclopedistas» (Tanzi, H.J. 1979, 37), o «disponer la supresión de una cátedra de esa materia que había sido propuesta en 1786 en un Plan de Estudios del Real Colegio de San Carlos de Lima» (Idem, 39), o contrastar su difusión mandando juzgar por los tribunales, como efectivamente se hizo en Santa Fe de Bogotá en octubre de 1795, los editores que «imprimían sin licencia el papel sobre los derechos del hombre y del ciudadano» (Idem, 41).

Por otro lado, hubo también quien, como Jellinek, sostuvo que «los principios filosóficos del derecho natural y la obra doctrinaria desarrollada por los pensadores de los siglos XVII y XVIII no había sido la única fuente de la Declaración Francesa de 1789, sino que en ésta se había adoptado el sistema sajón de las declaraciones de derechos, que los ingleses practicaron desde la Carta Magna en adelante y que los Norteamericanos llevaron a su más completo desarrollo con su Declaración de Virginia de 1776 y su Declaración de Independencia de Filadelfia de ese mismo año, hecha por el Congreso de Filadelfia» (Sánchez Viamonte, C. 1961,22), aparte de que, siempre según Jellinek, «la declaración francesa no tiene su fuente en las ideas de Rousseau, pues la teoría contractual del ginebrino destruye, precisamente, todos los derechos del individuo a favor de la comunidad. Para Rousseau, desde el momento en que el individuo entra a formar parte del Estado, no conserva un átomo de derechos» (Tanzi, H.J. 1979, 53).

De todas formas, se deriven o no esas ideas de la filosofía griega desarrollada por Sócrates, Platón y Aristóteles, de acuerdo a la cual la razón puede descubrir las normas que se ajustan al orden natural de la vida humana; sean o no esas ideas conformes con la filosofía de Grocio, según el cual la razón humana, con independencia de toda referencia religiosa, puede construir un sistema de normas justas que deben regir con carácter general; se ajusten o no esas ideas, de acuerdo con la concepción católica a la cual fueron adaptadas por Santo Tomás de Aquino, según el cual Dios, como Creador del Universo, permite que una parte del orden que existe en él sea conocido por la razón, representando de esa manera el derecho natural, y quedando la otra parte privilegio de la revelación (Salvat, 1973, 59); sean, finalmente, compatibles o no esas ideas con el pensamiento de los más recientes teóricos de esas teorías como Scelle, Püig y Maritain, pues bien, la importancia de esos principios filosóficos estriba sobre todo en proclamar la validez de un conjunto de principios básicos los cuales, teniendo como base el pleno reconocimiento de la dignidad humana, están encaminados a obtener que ésta encuentre plena protección en el ámbito de los ordenamientos jurídicos, buscando, en otros términos, que los derechos relacionados con la tutela de esa dignidad sean asumidos como fundamentales en el ámbito de las comunidades que se rigen por esos ordenamientos.

Así las cosas, no puede extrañar que haya rasgos de esa concepción iusnaturalística en muchos textos constitucionales modernos, como si fuera eco de la conciencia de un derecho inherente a la persona humana, íntimamente conexo con los más lejanos fenómenos de organización social y entendido como un conjunto de principios jurídicos preexistentes al ordenamiento de un Estado, relacionados, sobre todo, esos principios con la tutela de los derechos esenciales del hombre que se asumen, a tal fin, como fundamentales.

En este sentido, cuando la República Italiana, en conformidad con el art. 2 de la Constitución de 1948, «reconoce» y garantiza los derechos inviolables del hombre, la idea de un reconocimiento presupone que los derechos que se reconocen preexisten respecto al ordenamiento que procede al reconocimiento, como si se estuviera en presencia de valores más altos que ningún ordenamiento positivo puede desconocer, aún cuando en sede constituyente no fue aprobada integralmente la enmienda que quería agregar a esos derechos calificados de inviolables también la calificación de «naturales» (Paladin, L. 1995, 557). Lo mismo se puede decir respecto del art. 1, párrafo segundo, de la ley fundamental de la Federación Alemana de 1949, de acuerdo al cual el pueblo Alemán reconoce los inviolables y enajenables derechos del hombre como fundamento de cualquier comunidad humana (Idem), y, asimismo, del preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 y del art. 10 de la Constitución Española de 1978 (De Vergottini, D. 1993, 176). La influencia iusnaturalística es presente también en aquellas constituciones, tales y como la Constitución de los Estados Unidos (IX enmienda), la Constitución Española de 1869 (art. 29), la Constitución Brasileña de 1891 (tit. IV sec. IV artículos 72-78) y la Constitución Portuguesa de 1911 (tit. II, art. 3), las cuales afirman que la normativa formal constitucional no es exhaustiva de todos los posibles derechos de libertad individual, los cuales, por lo tanto, no constituyen un número cerrado (Idem, 243), así como es presente en aquellas otras constituciones latinoamericanas, inclusive la de Venezuela (art. 50 de la Constitución de 1961 y 22 de la Constitución vigente), las cuales repiten la disposición según la cual la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherente a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

Es evidente que la concepción iusnaturalística se pone en abierto contraste con la tesis de los derechos públicos subjetivos sostenida por la doctrina iuspublicística alemana, de acuerdo a la cual los derechos no preexisten al Estado sino que se corresponden al individuo en cuanto a él los atribuye la Constitución Estatal, en consecuencia de una auto limitación del Estado Soberano (Paladin, L. 1995, 557).

Sin embargo, ha habido un intento de conciliar las dos tesis poniendo de relieve que las Constituciones de determinados países han puesto a base de sus disciplinas los valores esenciales de la civilidad jurídica común a las liberal democracias occidentales, quedando pero firme que esos valores no se concretan, en cualquier ordenamiento, sino a través de normas positivas, idóneas como para convertir esos valores en reglas verdaderamente eficaces, de manera que no es sino en conformidad con el ordenamiento jurídico positivo que se puede establecer en que consistan los derechos inviolables y cuales son las correspondientes garantías que los convierten en derechos fundamentales del ordenamiento. Lo cual excluye, por lo tanto, la inmediata aplicabilidad o exigibilidad de los preceptos de derecho natural (Idem, 598).

Por lo que se refiere a la eventual influencia ejercida por las confesiones religiosas, cabe destacar, según comenta Luis María Olazo (citado por Meneses, D. 1995, 55), que «desde la aparición del Cristianismo hasta nuestros días, ha dominado la idea de que, más allá de todas las desigualdades y más profunda que todas ellas, existe una igualdad esencial entre todos los hombres. Que todo hombre es el titular de un `suum' que le corresponde por ser tal, y que aquello que pertenece al sujeto, este `suum', le es propio no como concesión o reconocimiento de una ley positiva, sino más bien como consecuencia exclusiva de su naturaleza o esencia. Este suyo primario ... se encuentra compuesto por bienes cuyo portador es el hombre mismo y que encarnan para él valores positivos: la vida, la libertad, la integridad del cuerpo, la salud, las cosas exteriores necesarias para la subsistencia ... entre otras Una vez que el pensamiento político aceptó definitivamente estas ideas, se produjeron los grandes cataclismos sociales orientados a

fundar las relaciones de poder en el respeto incondicional de aquellos bienes que fueron considerados como esenciales del hombre, y por ende, declarados fundamentales de todo individuo de la especie humana».

Como parte de su misión y en el ejercicio de su ministerio, en efecto, las Iglesias Cristianas, sobre todo la Católica, siguen luchando para que los derechos del hombre sean respetados y garantizados en todas las latitudes. Ejemplo significativo de ello lo encontramos en varias Encíclicas papales, entre las cuales destaca la «Octogésima adveniens» de Pablo VI, en la cual expresamente se sostiene que «los derechos humanos permanecen todavía con frecuencia desconocidos, sino burlados, o su observancia es puramente formal. En muchos casos, la situación va atrasada respecto a las situaciones reales. Siendo necesaria, es todavía insuficiente para establecer verdaderas relaciones de justicia e igualdad...(y)...si más allá de las reglas jurídicas falta un sentimiento más profundo de respeto y de servicio al prójimo, incluso la igualdad ante la ley podrá servir de coartada a discriminaciones flagrantes, a explotaciones constantes, a un engaño efectivo» (Aguar Aranguren, A. 1990, 15). En la «Pacem in terris» de Juan Pablo XXIII y la «Populorum progressio» de Pablo VI, y otras de los mismos papas, se pone en evidencia, luego, «la mayor responsabilidad que unos Estados tienen con relación a los otros en la creación de esas condiciones políticas y económicas que reclama la adecuada protección y exaltación de los derechos de la persona humana» (Idem, 14). Caracteriza también esa misión evangélica, la categórica afirmación de Juan Pablo II, el cual, al enfrentarse a Pinochet en Chile en 1987, sostuvo expresamente: «Yo no soy el evangelizador de la Democracia, soy el evangelizador del Evangelio. Al mensaje del Evangelio pertenecen, por supuesto, todos los problemas de derechos humanos, y si democracia significa derechos humanos, también esto pertenece al mensaje de la Iglesia» (Hungúnton, S.P. 1995, 85).

Se puede decir, en realidad, que son casi únicas las confesiones las cuales, como las cristianas y, especialmente, la Católica, tengan esa vocación a la defensa universal de los derechos del hombre, sin ninguna distinción, sea de raza, sexo o religión, para que sean asumidos en todos los ordenamientos de ese mundo como fundamentales.

En otras, como la musulmana, por ejemplo, la defensa exclusiva de los derechos del hombre no está prevista sino para los propios musulmanes y también con ciertas limitaciones para ellos. En este sentido, hay situaciones las cuales, recayendo bajo el gobierno de la ley islámica, con las parciales o totales diferencias o integraciones en el ámbito de los varios países Arabes e Islámicos, al configurar sobre todo una discriminación basada en la religión y el sexo, presentan incompatibilidad con la propia Declaración Universal de los derechos del hombre, la cual fue aceptada por esos países en el momento mismo en que presentaron su solicitud de adhesión a la ONU, aunque no resulta que los mencionados países hayan aceptado o ratificado alguno de los Pactos sucesivos sobre los derechos humanos.

Según refiere Abu-Salieh (1991, 26), la religión musulmana prevé restricciones en materia de libertad religiosa, en el sentido de que no se permite dejar la religión musulmana y, además, la adhesión a religiones no reconocidas por el Islam es objeto de sanciones que implican consecuencias de carácter penal, familiar y profesional. Hay restricciones de carácter matrimonial, siendo prohibido el matrimonio entre no musulmanes y siendo nulos los matrimonios con apóstatas o con adherentes a otras religiones no reconocidas por el Islam, mientras que el marido musulmán puede tener más de una mujer y declarar unilateralmente el divorcio por medio de la repudiación. Otras restricciones existen en materia hereditaria, en las relaciones entre padres e hijos, y otras más están relacionadas con la posibilidad para las personas que no son musulmanas de acceder al ejercicio del poder judicial o al oficio de árbitro y otros públicos

oficios, con la menor calidad del testigo que no sea musulmán y, finalmente, con la concesión de la nacionalidad a no musulmanes. Entre las penas que prevé el derecho Islámico están las siguientes: lapidación, ablación (=corte de parte o partes del cuerpo), pena capital y lex talionis (=ojo por ojo).

No cabe duda de que hay que respetar el punto de vista, sobre todo en materia religiosa, de los demás pueblos, aunque es deseable que, en primer lugar, se modifique y se adecue a la realidad universal el pensamiento, las ideas y las convicciones que dieron y siguen dando vigencia a esas leyes y, en segundo lugar, se modifiquen esas leyes. Sin embargo, el propio Abu-Sahlieh concluye afirmando que, si las leyes musulmanas antes mencionadas tenían alguna justificación en el pasado, hoy en día son algunas de ellas peligrosas por la solidez de la sociedad Árabe y Musulmana, por cuanto dichas reglas obtienen como resultado principal la división de la sociedad entre Musulmanes y no musulmanes, creyentes y no creyentes, a la cual hay que agregar la clásica división entre hombres y mujeres.

Otra cosa es, en cambio, la proyección universal de la influencia eventualmente ejercida por todas las ideas, doctrinas, filosofías y religiones antes mencionadas. A este respecto, no se puede sino estar conforme con lo que sostiene Giuseppe Sperduti (1964, 809), según el cual los derechos y las libertades que la Declaración Universal concibe, primera en un contexto mundial, como postulados fundamentales de la vida civil no son, desde el punto de vista de su contenido, la expresión de una nueva sabiduría, sino el punto de encuentro de las tendencias presentes en todos los Estados civilizados, y asimismo el substrato común de las más evolucionadas prácticas constitucionales internas, encaminadas a representar una concepción del mundo que esta vez se deriva del mismo mundo, de manera que es posible afirmar que la Declaración Universal de los derechos del hombre es una respuesta satisfactoria para quien quiere conocer como, a mitad del siglo XX, la familia de las Naciones Unidas concibe la dignidad y el valor de la persona humana. Sean o no, a su vez, esas tendencias y ese substrato común el reflejo de otras doctrinas, ciencias, ideas o expresiones culturales, en paralelo a lo que pudo acontecer en el ámbito interno, pues bien, el resultado que se persigue y se trata de realizar a través de la formación de un punto de vista unitario en la sede de las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales, en circunstancia como la arriba mencionada y otras similares, no es la conformidad con esta o aquella teoría, con esta o aquella religión, con este o aquel principio, con este o aquel sistema, sino, más que todo, la conciliación de las tendencias opuestas, la superación de las divergencias y el respeto de todos los puntos de vista, a los fines de la elaboración de una base común de discusión, o de decisión, o de cualquier otra actuación, sobre las cuales registrar la más amplia convergencia posible, especialmente cuando se trate de derechos del hombre que la ONU está encaminada a asumir como fundamentales en el ámbito de la Comunidad Internacional. Y no solamente porque las partes que se encuentran en dicha sede para tratar de ponerse de acuerdo sobre un tema específico son o representan Estados Soberanos, sino también porque, siempre y cuando se logre el consentimiento de un Estado sobre la adopción de una Declaración o un Convenio, en caso de adhesión, al no tener la Declaración efectos jurídicos vinculantes, los Estados quedarían libre en determinarse a darle o no aplicación, mientras que, en el caso opuesto, los Estados renuentes pueden evitar de someterse a los compromisos que se deriven del Convenio simplemente no procediendo a su ratificación.

Sin embargo, sea cual fuere y como fuere conseguido el punto de vista unitario en el ámbito de la Comunidad Internacional, queda a salvo de ese contexto, con su correspondiente problemática distinta, la realidad política, económica y social de los países que, junto a las organizaciones y organismos internacionales que los representan, se han constituido como garantes de los

derechos del hombre asumidos como fundamentales ya sea en el ámbito de la Comunidad Internacional, ya sea en el ámbito regional, ya sea en el ámbito doméstico de cada Estado.

Se ha dicho, al respecto, que el marco apropiado para garantizar el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales lo constituye la democracia, la cual, al igual que el desarrollo, no es sino un proceso que evoluciona progresivamente, basándose en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación con todos los aspectos de la vida: aparte de que la democracia constituye «la única base a largo plazo para manejar intereses opuestos de carácter étnico, religioso y cultural de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos internos violentos» (Boutros Boutros-Ghali c/p Mendez, W. 1995, 107).

Por otro lado, se ha dicho también que «en los países pobres la democracia es improbable, en los países ricos, ya es un hecho. En el medio hay una zona de transición política: los países en ese particular estrato económico tienen más posibilidades de transitar hacia la democracia, y más países que transitan hacia la democracia estarán en ese estrato. Cuando los países se desarrollan económicamente y se desplazan hacia esa zona, se vuelven candidatos a la democratización» (Huntington, S.P. 1995, 66).

Pero, de acuerdo a las conclusiones de la Conferencia Mundial de derechos humanos celebrada en Viena en 1993, «todos los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Mendez, W 1995,105), aún cuando, según abiertamente critica Wilmer Méndez (Idem, 106), «es preciso destacar que la presencia de algunos obstáculos vinculados a la estructura económica mundial inciden desfavorablemente en la realización plena de los derechos humanos. Por lo tanto no se puede negar que la brecha entre el Norte y el Sur, ricos y pobres, es cada vez mayor, la cual se ve agravada por una serie de factores como la deuda externa, las barreras proteccionistas comerciales, etc. Pero estos obstáculos no se circunscriben exclusivamente al plano internacional, también lo encontramos a nivel interno, cuando aumentan las disparidades en la distribución del ingreso o cuando la corrupción quede impune».

IV - Los Derechos Fundamentales en la Constitución Venezolana

1 - La novedosa Constitución de diciembre de 1999. En conformidad con el recorrido argumentativo, doctrinario e histórico hasta aquí reseñado, se pueden considerar fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico de la República Bolivariana de Venezuela, aquellos derechos los cuales el propio ordenamiento ha asumido como tales en virtud del máximo valor atribuido a la exigencia de que esos derechos sean garantizados indistintamente a todos los ciudadanos.

En este sentido, es imprescindible, en primer lugar, el análisis dirigido hacia los enunciados a través de los cuales la novedosa Constitución de diciembre de 1999 (G. O. N° 36.860 de 30 de diciembre de 1999) describe, indica o fija el contenido dogmático, representativo de los derechos de los cuales se predica la titularidad en favor de todos los ciudadanos, y, en segundo lugar, es preciso complementar el mencionado análisis con la evaluación del sistema de garantías que haya sido previsto o establecido en el propio texto constitucional a los fines de hacer efectivo el ejercicio de los mencionados derechos por parte de sus titulares. Cabe destacar que un sistema de garantías tiene muy buenas probabilidades de resultar idóneo como para cumplir con la tarea constitucional superiormente aludida, cuando se desarrolla en concreto a través de la técnica siguiente (Giannini, M.S.):

- Un enunciado descriptivo minucioso y detallado para que no exista alguna incertidumbre en orden al derecho atribuido,
- Un enunciado descriptivo del cual se desprenda la vinculación de todos los poderes públicos al respeto de ese derecho, y la correspondiente prohibición de interferencia absoluta por parte tanto del poder público como de cualquier sujeto privado,
- La reserva de ley encaminada exclusivamente a reglamentar el ejercicio del derecho atribuido, sin determinar alguna limitación,
- La previsión de intangibilidad absoluta del contenido de ese derecho, excepción hecha, obviamente, por una revisión del entero sistema constitucional, y, finalmente,
- La previsión de rápida y efectiva tutela jurisdiccional del derecho en cuestión.

Así las cosas, sin necesidad de apartarse de los límites del presente trabajo, un somero análisis de la parte dogmática de la Constitución Venezolana Vigente, permite relevar, de inmediato, que el Preámbulo enuncia como tarea principal del Estado la de "asegurar el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna", y, asimismo, la de impulsar y consolidar, entre otras cosas, "el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad", de manera que es innegable que el referido Preámbulo representa ya un relevante punto de partida para que los derechos allí mencionados sean asumidos como derechos fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico venezolano. Tanto es así que, en el articulado sucesivo, el derecho a la vida encuentra en los artículos 25, 29, 43, 45, 46,55 y 831a tutela reforzada, dirigida no solamente a impedir sino más bien castigar la interferencia negativa de los poderes públicos en contra del aludido derecho, y, asimismo, en los artículos 26 y 27 la previsión de la tutela jurisdiccional gratuita, imparcial, idónea, y, entre otras características más, expedita y breve, a través del amparo constitucional, mientras que el artículo 23 garantiza la intangibilidad absoluta del contenido de ese derecho en conformidad con las obligaciones asumidas por el Estado Venezolano en virtud de los Convenios y Tratados Internacionales firmados y ratificados al respecto. Lo mismo es posible relevar por lo que se refiere al derecho al trabajo, reforzado a través de los artículos 86 hasta 97, 26 y 27, el derecho a la cultura y la educación, reforzados a través de los artículos 98 hasta 111, 26 y 27, la justicia social, reforzada a través de los artículos 78 hasta 86, 26 y 27, la igualdad, reforzada a través de los artículos 19 hasta 21, 26 y 27, el derecho a un ambiente sano, reforzado a través de los artículos 127 hasta el 129, los cuales conforman el capítulo IX titulado específicamente como derechos ambientales, además de los artículos 26 y 27.

Cabe hacer especial énfasis en el hecho de que esa novedosa Constitución asume expresamente como fundamentales todos aquellos derechos que están incluidos en la categoría de los que se ha dado en llamar derechos humanos. Sin embargo, aún siendo muy categórico en sus afirmaciones el enunciado descriptivo por medio del cual, según reza el artículo 19, queda asentado que "el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos", y siendo igualmente perentorio el mandato vinculante para todos los Poderes Públicos toda vez que el respeto y la garantía de esos derechos "son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollan", pareciera que la extrema genericidad del término "derechos humanos" pudiera ser de obstáculo para una clara, cierta y segura identificación, y correspondiente tutela fundamental, de todos y cada uno de los derechos

que es posible incluir en la referida categoría. Es suficiente considerar, al respecto, que la inclusión de este o aquel derecho en el ámbito de la categoría de los derechos humanos, aunque el punto de referencia se presenta de inmediata, fácil, universal y común percepción, no depende únicamente de la interpretación y evaluación singular, unilateral, autónoma e independiente efectuada por el organismo o el sujeto que predica erigirse en garante de esos derechos, o por el teórico o estudioso que pretende tener conocimiento de ellos, sino más bien, por lo menos en la parte relacionada con el referido supuesto normativo constitucional, tiene estrecha relación con la específica referencia a los Tratados o Convenios Internacionales concretamente suscritos y ratificados por el Estado Venezolano, en el ámbito de los cuales los aludidos derechos se encuentran singularmente identificados, enumerados, descritos y explicados.

Además, la postura teórico normativa de acuerdo a la cual la asunción de los derechos humanos como fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico venezolano (Nikken, P. 2.000, 5) no constituye una mera y simple enunciación de principios contenida en el artículo 19, se encuentra corroborada por la predisposición de más amplios medios de tutela los cuales, contenidos en los artículos 29, 30 y 31, refuerzan la garantía de esos derechos. Los mencionados artículos establecen, en efecto, un conjunto de medidas encaminado a configurar, en tres distintos niveles los cuales tienen un carácter concéntrico y complementario el uno respecto del otro, un sistema de tutela reforzada de los aludidos derechos. El primer nivel, en conformidad con las previsiones del artículo 29, está dirigido a conformar el marco sustantivo procesal de carácter constitucional especialmente relacionado con las violaciones a los derechos humanos por parte de los Poderes Públicos, de manera que, en primer lugar, "el Estado estará obligado a sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades", en segundo lugar, "las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles", en tercer lugar, "las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios", en el sentido de que no existen en la referida materia ni privilegios procesales ni fueros especiales ni siquiera para la máxima autoridad de la República, y, finalmente, "dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluido el indulto y la amnistía". El segundo nivel, luego, en conformidad con las previsiones del artículo 30, está encaminado a configurar el marco sustantivo constitucional relacionado con la protección e indemnización de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, con base en el cual "el Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios", y asimismo "adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en esta artículo". El tercer nivel, por último, en conformidad con las previsiones del artículo 31, convierte en principio constitucional la posibilidad de petición directa dirigida a los Organismos Internacionales competentes por parte de los sujetos que viven, residen o se encuentran en el territorio de la República, sean o no ciudadanos, los cuales hayan sido afectados por violaciones a los derechos humanos, toda vez que "toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el Amparo a sus derechos humanos", así como "el Estado adoptará, conforme a procedimiento establecido en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo".

V- Conclusiones

Los derechos asumidos como fundamentales en el ámbito específico de los ordenamientos jurídicos de cada país o en el contexto global de la Comunidad Internacional y con relación a un determinado momento político, social e histórico, reflejan, por definición, el valor máximo que la sociedad organizada atribuye a la exigencia que los ordenamientos jurídicos se hagan garantes de esos derechos, o, mejor dicho, de la aplicación de esos derechos.

Ahora bien, ese valor puede variar al variar el tipo de sociedad que lo expresa y las circunstancias en que lo expresa, de manera que los derechos que son fundamentales para un pueblo en un determinado momento de su existencia puede que no lo sean en otros momentos o para otros pueblos.

Sin embargo, la aludida valoración no puede prescindir de la constatación con base en la cual los derechos que han sido asumidos y siguen asumiéndose como fundamentales tienen una muy estrecha relación con la naturaleza misma, es decir la naturaleza humana, del sujeto, es decir el hombre, a quien corresponde la titularidad de las situaciones subjetivas en que se concreta la pretensión de realizar en primera persona o exigir por parte de otros la conducta que se considera beneficiosa tanto para el sujeto que la realiza como para la sociedad de la cual ese sujeto forma parte. En este sentido, los principios abstractos de orden filosófico, moral, religioso, social, político o de otra naturaleza, que contribuyeron y siguen contribuyendo a la inspiración, identificación y configuración de un núcleo fundamental de exigencias insuprimibles para todo ser humano, se han convertido en normas jurídicas, toda vez que las comunidades humanas socialmente organizadas se han convertido en Estados de derechos, es decir Estados sometidos al derecho, de manera que, cuando estamos hablando de sociedades organizadas en ordenamientos jurídicos, ya sea a nivel de un territorio específico, ya sea a nivel de la entera dimensión de la superficie terrestre, no estamos hablando sino de Estados de Derecho, o Comunidades, inclusive la propia Comunidad Internacional, sometidas al Derecho, es decir al conjunto de reglas que las propias Comunidades se dan para que las relaciones sociales se desarrollen tranquila y pacíficamente, *ne cives ad arma veniant* y, asimismo, para que todos los pueblos y naciones que conforman la Comunidad Internacional vivan en paz y armonía repudiando cualquier forma de violencia y de guerra.

Todo lo cual determina el núcleo sustancial y formal en el ámbito del cual es posible conseguir el material suficiente para que se consolide la tendencia hacia un concepto universal de derechos fundamentales, el cual está encaminado no solamente a representar la elaboración de una idea igualmente presente en su contenido mínimo en el número máximo de pueblos, naciones, organismos y sujetos que forman parte de la Comunidad Internacional, sino también a reflejar la exigencia de que no es posible prescindir de ella para lograr el máximo beneficio del individuo y de la entera sociedad humana.

Por consiguiente, todo hombre, esté donde esté, siendo, por un lado, titular legítimo de la pretensión al respeto de los derechos asumidos como fundamentales, por parte de todos los demás miembros de aquella o aquellas comunidades humanas en el ámbito de las cuales esos derechos han tenido esa máxima valoración, tiene que confiar, por otro lado, en el respaldo que a dicha pretensión debe de prestarle el Poder Público con el correspondiente sistema de garantía, amparo y protección, sobre todo en el ámbito de la jurisdicción doméstica. Está incluido, además, en el concepto universal de los derechos fundamentales, que, en caso de incumplimiento o insuficiente cumplimiento por parte de los órganos de jurisdicción doméstica, sus legítimos titulares pueden dirigirse, directa o indirectamente, a las organizaciones de la Comunidad

Internacional para que, en el respeto de los principios de derecho internacional, ejerzan su actividad de mediación y de presión a fin de que los órganos del Poder Público, en el ámbito de la jurisdicción que le corresponde, cumplan no solamente con los deberes que se le derivan por la sujeción al propio ordenamiento jurídico interno, sino también con los compromisos de orden internacional finalizados a la tutela de los derechos asumidos como fundamentales por la Comunidad Internacional.

En ese orden de ideas, cabe destacar que el análisis aún somero de los textos constitucionales y normativos pertinentes permite igualmente concluir que la República Bolivariana de Venezuela se encuentra en perfecta sintonía con la tendencia universalmente imparable encaminada a establecer un núcleo imprescindible de derechos, los cuales, en conformidad con los principios coherente y progresivamente desarrollados en los textos constitucionales con bases en los cuales se creó y se ha ido formando y consolidando el moderno Estado Venezolano, están destinados a reflejar los valores máximos que el ordenamiento jurídico atribuye a un conjunto de situaciones jurídicas activas tanto como para asumirlas como derechos fundamentales de la sociedad venezolana, sin temor a que pueda ser apreciada alguna limitación dirigida a reducir la calidad, la cantidad, el alcance, o el contenido de esos derechos para el mejor disfrute y bienestar individual y social del mayor número de destinatarios, por lo menos a nivel de las sociedades a las cuales, inclusive la comunidad internacional, hay que considerar más avanzadas jurídicamente, con prescindencia, en el orden conceptual, de eventuales diferencias a nivel técnico y económico. Es suficiente hacer referencia, al respecto, no solamente a la incorporación al texto constitucional venezolano del principio normativo de derecho internacional (Nikken, P 2.000, 5) en virtud del cual, según rezan los artículos 19 y siguientes del mencionado texto, el Estado garantiza el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos - aquellos a los cuales hacer referencia la propia Constitución, aquellos contenidos en los instrumentos internacionales sobre esos derechos, siendo incluidos en ese rubro tanto los convenios o tratados internacionales como las simples declaraciones de principios, y asimismo todos aquellos derechos que, siendo inherente a la persona, no figuren expresamente en los mencionados textos -, sino también a los tres distintos niveles arriba mencionados que configuran el sistema de protección reforzada de esos derechos, y asimismo, en conformidad con los compromisos asumidos internacionalmente y encaminados a la protección de los derechos a su vez asumidos como fundamentales por la Comunidad Internacional, a la posibilidad de someterse, según prevé el artículo 31 ejusdem, a la jurisdicción correspondiente ejercida por los Organismos Internacionales competentes, aún por impulso de la simple solicitud individual de cualquier particular afectado, y a ejecutar, o sea acatar, las decisiones de esos organismos.

Otra cosa es, en cambio, la exigibilidad de los derechos asumidos como fundamentales, la cual tiene estrecha relación no solamente con el concepto de esos derechos o, más bien, con los textos que los contengan, sino también con los mecanismos elaborados para garantizar la concreta aplicación de ellos. En efecto, la puesta en práctica de las situaciones y relaciones jurídicas correspondientes se resuelve en que los titulares de los derechos asumidos en ese contexto como fundamentales - es decir todos los hombres a los cuales el reconocimiento de esos derechos les corresponde en virtud de la relación no solamente con el país en que nacen, viven, o se encuentran, sino también con la categoría humana amparada como tal por las organizaciones instituidas a tal fin en el ámbito de la Comunidad Internacional - pueden exigir esos derechos, sin necesidad de algún trámite, formal, instrumental o de otra naturaleza, directa y exclusivamente a los órganos que detentan el Poder Público en el país respectivo. Eso conlleva a que los derechos asumidos como fundamentales no se pueden sustraer a la tendencia, constante y progresiva, por

lo menos desde el punto de vista conceptual, para que sean reconocidos y respetados por parte de todos los miembros de la comunidad social en que el destinatario de esos derechos vive o se encuentra, por cuanto las violaciones y amenazas de violaciones de esos derechos, aparte de eventuales desviaciones institucionales de carácter excepcional, serían la inevitable consecuencia de una grave carencia, por omisión o inacción, del Poder Público, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en cuyo caso, están llamados a hacer respetar esos derechos los organismos específicamente designados para tales fines en el ámbito de la Comunidad Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR ARANGUREN, A.: Derechos humanos y humanismo cristiano, en Revista de Estudios latinoamericanos, Universidad Simón Bolívar, Caracas 1990.
- ALESSI, R.: Le prestazioni amministrative rese al privati, Milano, 1956.
- ABU-SALIEH, sami A.A.: Human Rights conflits between Islam and West, en Comparative law review, Vol. XXV, N° 2, Tokio 1991.
- AGUILAR MAWDSLEY, A.: Aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (Reserva a la cláusula opcional), en Revista de Derecho Público, N° 55-56, junio de 1993, Editorial Jurídico Venezolana, Caracas 1993.
- ARAUJO JUÁREZ, J.: Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal, Editorial Jurídico Venezolana, Caracas 1997.
- BOBBIO, N.: Diritti dell'uomo e doveri degli Stati nel nuovo millennio, en Annali dell'Istituto Orientale di Napoli, I, Nápoles 2000.
- BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N.: Dizionario di Política, Ediciones UTET, Milán 1976.
- BONANATE, L.: Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani, en Teoría Política, Año XV, N° 1, Ediciones Franco Angeli, Milán 1999.
- BUERGENTHAL, T. GROSMANN, C. y NIKKEN, P.: Manual Internacional de Derechos Humanos, Editorial Jurídico Venezolana, Caracas 1990.
- DEL GIUDICE, F. y VERRILLI, A.: Diritto Internazionale Pubblico, Ediciones Simone, Nápoles 1997.
- DEL GIUDICE, F. y VERRILLI, A.: Codice del Diritto e delle Organización Internazionali, Ediciones Simone, Nápoles 1998.
- DE VERGOTTINI, G.: Diritto Costituzionale Comparato, Ediciones CEDAM, Nápoles, 1993.
- DUGUIT, L.: Traité de droit Constitutionnel, Ediciones De Boccard, Paris 1923.
- FERRAJOLI, L.: Diritti Fondamentali, en Teoria Política, Año XIV, N° 2, Ediciones Franco Angeli, Milán 1998.
- FERRAJOLI, L.: I diritti Fondamentali nella teoria del diritto, en Teoria Política, Año XV, N° 1, Ediciones Franco Angeli, Milán 1999.
- FERRAJOLI, L.: Derechos y garantías, La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid 2001.
- FERRAJOLI, L.: Los fundamentos de los derechos fundamentales, Editorial Trotta, Madrid 2001.
- GIANNINI, M. S.: Diritto Amministrativo, V I y II, Ediciones Giuffré, Milán 1993.
- 213
- GROS ESPIELL, H.: Estudios sobre derechos humanos II, Editorial Civitas S. A., Madrid 1986.
- GUASTINI, A. : Tre problemi per Luigi Ferrajoli, en Teoria Politica, Año XIV, N° 2, Ediciones Franco Angeli, Milán 1998.
- HAURIOU, M.: Précis de droit administratif et de droit public, Ediciones Sirey, Paris 1933.

HUNTINGTON, S. P : El orden político en las sociedades en cambio, Ediciones Paidós, Buenos Aires 1995.

HUNTINGTON, S. P.: La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX, Ediciones Paidós, Buenos Aires 1995.

JELLINEK, G.: Sistema dei diritti pubblici soggettivi, Milán 1910.

JORI, M. : Ferrajoli su; diritti, en Teoria Política, Año XIV, N° 2, Ediciones Franco Angeli, Milán 1998.

LEFEBVRE, G.: Uottantanove, Ediciones Einaudi, Turín 1949.

MÉNDEZ, W: Los Derechos Humanos: régimen en constante evolución, en Seminario Las Naciones Unidas y la Comunidad Internacional: una reflexión universitaria, Colegios de Abogados del Estado Carabobo, Valencia 1995.

MENESES, D.: Recopilación para la comprensión, estudio y defensa de los derechos humanos, Ediciones Textos Ágora, Caracas 1995.

NIKKEN, P.: Constitución Venezolana de 1.999. La habilitación para dictar decretos ejecutivos con fuerza de ley restrictivos de los derechos humanos y su contradicción con el derecho internacional, en Revista de Derecho Público, N 83, julio-septiembre 2000, pp. 5 y siguientes.

O'DONNELL, D.: Protección Internacional de los derechos humanos, Ediciones Comisión Andina de Juristas, Lima 1989.

PALADIN, L.: Diritto Costituzionale, Ediciones CEDAM, Padova 1995.

RETORTILLO BAQUER, M.: La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinworsorge", en Revista de Administración Pública, N° XIII, Madrid 1962.

ROUSSEAU, C.: Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.

SANADA, Y.: Human Dignity and Human Rights from the perspective of the comparative legal cultures, en Comparative law review, Vol. XXVI, N° 2, Tokio 1992.

SANCHEZ VIAMONTE, C.: La libertad y sus problemas, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires 1961.

SATTA, S.: Il diritto questo sconosciuto, en Il Foro Italiano, Año LXXX, Vol. LXXVIII, IV, Roma 1955.

SEGADO, F. F.: La dogmática de los derechos humanos, Ediciones Jurídicas, Lima 1994.

SENGER, H. von: From the limited to the universal concept of human rights, en Comparative law review, Vol. XXVI, N° 2, Tokio 1992.

SOBOUL, A.: La Revolution Francaise, Paris 1983.

SPERDUTI, G.: Protezione Intemazionale dei diritti umani, en Enciclopedia del diritto, Ediciones Giuffré, Milán 1964.

TANZI, H. J.: Orígenes ideológicos del movimiento emancipador americano, Instituto Panamericano de geografía e historia, Caracas 1979.

VASAH, K.: Pour une troisiéme generations des droits de l'homme, en Studies and essays on internacional humanitarian law and Red Cross principles, Ediciones Christophe Swimanski, Dordrecht 1984.

VITALE, E.: Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli, en Teoria Política, Año XIV, N° 2, Ediciones Franco Angeli, Milán 1988.

YOUSSEF, B.: Los derechos humanos en la concepción del partido ba'th, árabe y socialista, Ediciones Dar Al Ma'mun, Bagdad 1982.

ZOLO, D.: Libertá, propietá ed eguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali, en Teoria Política, Año XV N° 1, Ediciones Franco Angeli, Milán 1999.

LEGISLACIÓN

Constitución de República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 36.860 de 30.12. 1999.

OTROS TEXTOS

BIBLIOTECA SALVAT DE GRANDES TEMAS: Salvat Editores S. A., Barcelona 1973.

COLLIER' S ENCICLOPEDIA: Vol. XX, Ediciones Collier's, Nuova York 1967.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA: Madrid 2002.