
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

50
Años

Fabián Novak
Juan José Ruda
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES
INSTITUTO RIVA-AGÜERO

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (IDEI)

El IDEI es la unidad académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú creada en 1991 con la finalidad de promover y desarrollar estudios e investigaciones científicas en asuntos internacionales; contribuir a la identificación de los intereses específicos del Perú y América Latina frente a los diversos actores y problemas del escenario regional, hemisférico y mundial; brindar servicios de consultoría y asesoría en asuntos internacionales a instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras; realizar actividades de difusión y promoción académica; y apoyar la docencia y las publicaciones en temas internacionales.

En el cumplimiento de sus objetivos, el IDEI ha venido desarrollando en estos años, proyectos de investigación en áreas como: democratización, derechos humanos, gobernabilidad, pacificación, relaciones civiles-militares, integración, relaciones económicas internacionales, género, etc. Dichas actividades han sido desarrolladas gracias a la colaboración y financiamiento de diferentes instituciones nacionales y extranjeras, tales como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Unidad para la Promoción de la Democracia de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de la Mujer de la OEA, el Fondo de Cooperación de Estados Unidos/CIDI del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Embajada Real de los Países Bajos, la Embajada de Canadá, el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros.

CINCUENTA AÑOS DE LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

*CINCUENTA AÑOS
DE LA DECLARACIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS*

FABIÁN NOVAK
JUAN JOSÉ RUDA
(EDITORES)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999

Primera edición: noviembre de 1999

*Cincuenta años de la Declaración
de los Derechos Humanos*

Diseño de cubierta: AVA Diseños

Copyright © 1999 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad
Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Telefax: 460-0872. Teléfonos: 460-2870, 460-2291, anexos 220 y
356. E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total o
parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal: 15010599-4133

Derechos reservados
ISBN: 9972-42-176-2

Impreso en Perú – Printed in Peru

Índice

Introducción	9
1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Una visión desde la historia <i>José de la Puente Brunke</i>	11
2. Los Derechos Humanos desde una perspectiva filosófica a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos <i>Luis E. Bacigalupo Cavero-Egúsquiza</i>	31
3. Derechos humanos y multiculturalismo <i>Fidel Tubino Arias-Schreiber</i>	61
4. Los derechos humanos y la ética cristiana <i>Óscar Alzamora Revoredo, S.M.</i>	77
5. Algunas consideraciones a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos <i>Juan José Ruda Santolaria</i>	87

6. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Peruana 107
Luis García-Corrochano Moyano
7. Los Derechos Humanos y la Constitución:
La necesaria influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema penal peruano 133
Samuel B. Abad Yupanqui
8. El reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres a 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos 161
Julissa Mantilla Falcón

Introducción

La publicación del conjunto de ensayos *Cincuenta Años de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, a iniciativa del Instituto Riva-Agüero (IRA) y del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), constituye un homenaje que la Pontificia Universidad Católica del Perú quiere rendir con ocasión del cincuentenario de tan importante documento.

La obra, compuesta por ocho trabajos, busca analizar desde diferentes perspectivas (histórica, filosófica, jurídica y desde la ética cristiana) la Declaración Universal luego de cincuenta años de su vigencia. El efecto positivo y pedagógico de la Declaración Universal es indiscutible, pues ha trazado un camino al comportamiento de los Estados en sus relaciones con el individuo, estableciendo limitaciones jurídicas y morales que aquéllos no pueden traspasar.

El primer estudio, a cargo de José de la Puente Brunke, analiza los principales antecedentes históricos de la Declaración Universal; Luis Bacigalupo parte de la relación entre Ética y Derecho, al destacar la contribución de la Declaración en la consagración de criterios morales universales como normas jurídicas; Fidel Tubino llega a la conclusión de que ninguna concepción de los Derechos Humanos es neutral e incondicional, y, por lo mismo, no es universal en sentido estricto. Por su parte, Monseñor Óscar Alzamora, en un ensayo póstumo, compara la Declaración Universal con la encíclica *Pacem*

in Terris del Papa Juan XXIII. constatando en aquélla una ausencia de base más objetiva, producto del pluralismo ético de los Estados que intervinieron en su elaboración. Juan José Ruda Santolaria inicia el análisis jurídico del documento, ingresando en el debate relativo a su naturaleza jurídica, así como en el de los derechos que lo integran. Posteriormente, Luis García-Corrochano aborda el tema de la constitucionalización de los Derechos Humanos, la forma en que fueron recogidos en las constituciones latinoamericanas y su consagración en las constituciones peruanas de 1979 y 1993. Samuel Abad propone, a efectos de consolidar el Estado de Derecho, una necesaria vinculación entre el Sistema Penal, el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos. Y, finalmente, Julissa Mantilla busca determinar en qué medida los derechos que se consagran en la Declaración Universal fueron definidos tomando en cuenta las necesidades reales de las mujeres, así como el rol desempeñado por la Comunidad Internacional en función a las mismas.

Así, queremos ofrecer un conjunto de reflexiones de destacados especialistas y profesores de nuestra casa de estudios sobre los aspectos más saltantes de la Declaración Universal, su aplicación en la práctica y la trascendencia que ha tenido en el desarrollo de los derechos fundamentales de la persona.

No cabe duda de que la Declaración Universal es el instrumento jurídico internacional más importante de protección de los Derechos Humanos que traduce el compromiso permanente de la Comunidad Internacional, con valores y principios consagrados cincuenta años atrás y que nuestra universidad comparte.

Lima, agosto de 1999

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS:
UNA VISIÓN DESDE LA HISTORIA

José de la Puente Brunke

La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Una visión desde la historia

José de la Puente Brunke*

Introducción

Es claro que en los años finales del siglo XX estamos siendo testigos de la cada vez mayor vigencia de la idea de *derechos humanos* como criterio ético de evaluación de las conductas políticas. Sin embargo, es claro también, junto con ello, que son muy numerosas las denuncias de violaciones de esos derechos.¹ En todo caso, es muy notable el fenómeno de la *internacionalización* de los derechos humanos: es decir, hoy en día cualquier violación de los derechos y libertades de una persona no constituye sólo un asunto interno de un determinado Estado, sino que supone también un problema de alcance internacional. Tal como afirma Pérez Luño:

[...] se trata de un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. En efecto, sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cues-

* Profesor de Historia en la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Miembro Ordinario del Instituto Riva-Agüero.

¹ MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo. Introducción crítica al pensamiento actual acerca de los derechos humanos*. Santiago, 1989, p. 119.

tiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos.²

La promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos —de la que se está celebrando el cincuentenario— representa un momento fundamental en el reconocimiento internacional de esos derechos. En este sentido, en el presente trabajo nos proponemos reseñar el itinerario histórico previo a la Declaración de 1948.

1. El hombre y su dignidad: un largo itinerario

Remontándonos a la Antigüedad, podemos constatar que sus sociedades no conocían el concepto de derechos individuales. Los soberanos solían declararse de origen divino y ejercían un poder de carácter absoluto sobre sus súbditos, «cuya única razón de ser era la de participar en la grandeza del monarca».³

Sin embargo, siendo eso cierto, en la Grecia del siglo V a.C. ya verificamos un sistema político en el que el individuo libre se constituyó como el elemento básico. Es importante, igualmente, destacar el pensamiento de los estoicos griegos, y específicamente su concepción de la unidad universal de los hombres.⁴

² PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 41.

³ LIONS, Monique. «Los derechos humanos en la historia y en la doctrina». En: René CASSIN y otros. *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 1974, p. 480.

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Ob. Cit., p. 30.

Junto con ello, debemos aludir a la noción romana de ciudadanía, que implicaba que quienes gozaban de ese *status* tenían una serie de derechos inalienables.⁵

Posteriormente, un hito fundamental en el camino de la valoración de la dignidad del hombre es el representado por el cristianismo, y específicamente —al decir de Antonio Cassese— por su concepto del hombre «como microcosmos único e irrepetible, al que se le reconoce la exigencia de expandirse y realizarse en toda su plenitud».⁶ Junto con ello, el cristianismo plantea la igualdad de los seres humanos, algo bellamente expresado en un pasaje de la carta de San Pablo a los Gálatas:

No hay hebreo, ni griego, ni esclavo, ni hombre libre, ni macho, ni hembra, porque sois todos iguales en Jesucristo.⁷

Cabe también recordar algunas ideas jurídicas de la Antigüedad que constituyen el remoto fundamento de doctrinas tales como la iusnaturalista —a la que nos referiremos a continuación—, que establecieron un contexto adecuado para el progreso de la valoración de la dignidad humana. Así, por ejemplo, afirma Antonio Hernández Gil que el pensamiento clásico griego consideró el Derecho como algo superior a los hombres, y de origen divino. El mismo autor, refiriéndose a la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, recuerda el concepto de lo *justo natural* del Estagirita, y su afirmación de que ese concepto «dondequiera, tiene la misma fuerza, y es justo, no porque les

⁵ NOVAK TALAVERA, Fabián. «La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después». En: *Agenda Internacional*, año IV, N.º 10 (Lima, enero-junio 1998), p. 76.

⁶ CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1991, p. 10.

⁷ Gálatas, III, 26 y 28.

parezca así a los hombres ni deje de parecerles». ⁸ Por otro lado, en el Derecho romano, la *naturalis ratio* —razón natural— era el concepto a partir del cual se formulaban principios jurídicos, por medio de un cálculo fundamentado en la naturaleza de las cosas. Consecuentemente, surge la antítesis *ius civile-ius naturale*, siendo *naturales* las normas que existen y que gobiernan la sociedad sin haber sido creadas por el Estado, y que tienen como denominador común su conformidad con la justicia. ⁹

En lo referido al pensamiento medieval, es fundamental Santo Tomás de Aquino, con su distinción entre la ley eterna, la ley natural y la ley positiva. Entiende por ley eterna la «razón de la divina sabiduría», y concibe la ley natural como la participación en la ley eterna, y en virtud de la cual el hombre puede distinguir entre el bien y el mal. ¹⁰ En este sentido, Santo Tomás es uno de los grandes representantes de la concepción *iusnaturalista*.

Y siguiendo con los tiempos medievales, es destacable, en el contexto inglés, la célebre *Carta Magna*, de 1215, que se configura como uno de los primeros documentos que incluyen una declaración de derechos de los súbditos frente al poder del monarca. Hay quienes ven en ese documento el origen remoto de lo que más adelante serán las ideas de gobierno constitucional. En realidad, se trataba de un pacto entre el rey y los nobles —como tantos otros que hubo en tiempos medievales— «pero al que la posteridad le ha asignado, por su decisivo papel en el

⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Metodología del Derecho*. Madrid, 1945, p. 3.

⁹ *Ibíd.*, p. 4

¹⁰ *Ibíd.*, p. 11.

desarrollo de las libertades inglesas, el valor de un símbolo en el proceso de positivación de los derechos fundamentales». ¹¹

Y en cuanto a la limitación del poder del monarca, pueden señalarse, en el caso de la península ibérica, los numerosos ejemplos de cartas de franquicia y libertades, documentos otorgados por los monarcas castellanos para fomentar la repoblación del territorio que se iba reconquistando a los musulmanes. ¹²

Ya en la Edad Moderna, debemos mencionar diversos tratados por medio de los cuales el soberano se comprometía a respetar ciertos derechos de sus súbditos. Valga como ejemplo el caso del tratado de Westfalia, en virtud del cual se reconoció la igualdad, en el territorio del Sacro Imperio, entre el catolicismo y el protestantismo. ¹³

2. El iusnaturalismo: sus vertientes y sus aportes en cuanto a la valoración de la dignidad humana

Puede definirse el iusnaturalismo como la afirmación de la existencia de unas leyes naturales que rigen la vida del hombre y de las sociedades humanas. O más precisamente, como afirma un autor español,

[...] el derecho natural es el conjunto de comportamientos que son justos en función de las exigencias de lo humano universal y que viene expresado por la luz de la razón humana, antes de cualquier toma de posición por cualquier legislación y en cualquier situación concreta de relaciones sociales. ¹⁴

¹¹ PÉREZ LUÑO. Ob. Cit., p. 34.

¹² Ibid., p. 33.

¹³ NOVAK. Ob. Cit., p. 76.

¹⁴ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. «La Escuela Española del

Dentro del iusnaturalismo, y en líneas generales, pueden distinguirse dos grandes orientaciones: la del llamado iusnaturalismo escolástico o católico, que sostiene que las leyes naturales son obra de Dios; y la del denominado iusnaturalismo racionalista, que considera simplemente que el derecho natural es el que corresponde al estado de naturaleza.

En todo caso, el iusnaturalismo en conjunto ocupa un lugar singular en la historia de los derechos humanos, dado que la afirmación de la existencia de un Derecho natural, común a todos los hombres, hizo posible que se viera en ese ordenamiento el origen y la razón de ser de la defensa de los derechos del hombre. En efecto, el concepto *derechos humanos* está referido a un tipo de derechos que tienen como característica fundamental la de ser preexistentes a las leyes positivas. En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas hace referencia a «la dignidad intrínseca» y a «los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Y la propia Declaración es más explícita al afirmar que el fundamento de los derechos humanos está fuera del alcance de la voluntad de los hombres:

[...] nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, o a un grupo o a una persona, para emprender o desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración.¹⁵

Derecho Natural y sus doctrinas en Filosofía Jurídica». En: *Ciencia Tomista*, tomo CXX, Salamanca, 1993, p. 485.

¹⁵ MASSINI-CORREAS. Ob. Cit., p. 127.

Así, pues, es clara la decisiva influencia del iusnaturalismo en la concepción de los derechos humanos.

En cuanto al iusnaturalismo escolástico, es central la figura de Santo Tomás de Aquino y su afirmación de la racionalidad de la ley: en efecto, entiende la ley como el «ordenamiento de la razón en busca del bien común, promulgado por la autoridad pública». Este concepto está muy ligado a la idea medieval de *ordo*, entendido como la forma de existir de todo lo creado como fruto de la inteligencia divina.¹⁶

Como reflejo del pensamiento de Santo Tomás, es especialmente relevante la denominada Escuela Española del Derecho Natural, que presentó aportes muy importantes en lo referido a la teología moral en los siglos XVI y XVII. En efecto, dicha escuela tiene el mérito de haber abordado, de modo original y novedoso, muchas cuestiones de carácter jurídico y moral que hasta entonces no habían sido tratadas en las universidades como, por ejemplo, la de la justificación de las guerras de conquista. Especialmente notables, en el desarrollo de dicha escuela, fueron las enseñanzas de Francisco de Vitoria en la Universidad de Salamanca, sobre todo en la década de 1530, así como los posteriores aportes de Francisco Suárez.¹⁷

Como características comunes de los representantes de dicha escuela pueden señalarse las ideas del origen divino del Derecho natural —de acuerdo con la doctrina tomista de la participación—, de la coexistencia del Derecho natural con el Derecho positivo y de la vigencia y obligatoriedad del Derecho natural; ya que los hombres no pueden ignorarlo en cuanto a sus principios universales.¹⁸

¹⁶ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO. Ob. Cit., p. 478.

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 463-465.

¹⁸ HERNÁNDEZ GIL. Ob. Cit, p. 20.

Tal como afirma Osuna Fernández-Largo, el objetivo fundamental de dicha escuela fue teorizar sobre «la necesidad del derecho en la vida social y su puesto en el plan salvador de Dios». Más específicamente,

El derecho natural que ellos proponían eran ante todo los principios ineludibles de un orden justo. Aquellos autores eran conscientes de la dimensión práctica de su saber, al poner sobre el tapete problemas de orden político, tales como la obediencia a las leyes injustas, el uso de la equidad por los jueces, o la mutabilidad de las leyes naturales y hasta la legitimidad del tiranicidio y de la rebelión contra la autoridad.¹⁹

Y Francisco Suárez, uno de los máximos representantes de dicha escuela, afirma que la ley natural es aquella «que está inserta en la mente humana para discernir lo honesto de lo torpe».²⁰

3. Un caso específico: la conquista de América y el trato a la población indígena

Las ideas de la Escuela Española del Derecho Natural estuvieron especialmente vigentes en las diversas controversias suscitadas en España, sobre todo en el siglo XVI, con referencia a la conquista de América. Fue, en realidad, una gran polémica sobre los derechos humanos, de especial trascendencia por su duración, por el número de sus participantes y, sobre todo,

¹⁹ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO. Ob. Cit., p. 475.

²⁰ HERNÁNDEZ GIL. Ob. Cit., p. 14.

porque involucraba a la población de todo un continente. Como ha afirmado el historiador norteamericano Lewis Hanke, se trató de «uno de los mayores intentos que el mundo haya visto de hacer prevalecer la justicia y las normas cristianas en una época brutal y sanguinaria».²¹

Y otro autor, refiriéndose a esa gran polémica, y específicamente a los aportes de Francisco de Vitoria y de Bartolomé de las Casas, afirma que éstos, al defender los derechos de los indígenas americanos, «sentaron las bases doctrinales para el reconocimiento de la libertad y dignidad de todos los hombres».²²

Suele decirse que el punto de partida de la *lucha por la justicia* en la conquista de América estuvo representado por el célebre sermón del fraile dominico Antonio de Montesinos en 1511, quien planteó tres graves preguntas a los colonos de la isla Española: ¿en qué condiciones podía hacerse la *guerra justa* contra los indígenas?; ¿con qué título ejercía el rey de Castilla su dominio sobre América?; ¿podía emplearse la fuerza contra los indígenas para predicar el cristianismo, o esta predicación debía realizarse sólo por medios pacíficos?²³

Así, el gran problema que se planteaba era el de la justificación de la conquista. En un principio, los españoles la habían justificado a partir de las teorías medievales que afirmaban que el Papa era el *Dominus Orbis*: por lo tanto, las concesiones papales realizadas en favor de los Reyes Católicos suponían, según ese criterio, una plena justificación de la conquista de América. Sin embargo, esa justificación, apoyada en argumen-

²¹ HANKE, Lewis. *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1949, p. 13.

²² PÉREZ LUÑO. Ob. Cit., pp. 30-31.

²³ HANKE. Ob. Cit., p. 69.

tos de carácter teológico, empezó pronto a ser criticada no sólo en la propia península ibérica, sino también por ciertos soberanos europeos.

El sermón de Montesinos tuvo gran repercusión, ya que no sólo cuestionaba los títulos de la conquista, sino que además reprobaba los abusos de los españoles contra los indígenas americanos. Así, dicho sermón señaló el inicio de la gran controversia sobre el carácter del indígena y el trato que debería dársele. En esa línea, fue Bartolomé de las Casas quien se erigió en el abanderado de la búsqueda de un cambio en esos aspectos, y fue quien protagonizó muchas de las polémicas que en el siglo XVI se desarrollaron en torno a esas materias. Así, por ejemplo, se ha considerado un triunfo de los argumentos de Las Casas —y una muestra de su influencia en la Corte— la promulgación de las denominadas *Leyes Nuevas* de 1542, las cuales incluían claras disposiciones en favor de un mejor trato al indígena y establecían un mayor control en cuanto al comportamiento de los españoles para asegurar ese objetivo. Sin embargo, la disposición más dura —desde el punto de vista de los conquistadores— fue la drástica limitación en la posesión de las encomiendas, lo cual suscitó graves protestas, siendo las voces de los encomenderos peruanos las que generaron la rebelión más cruenta, dirigida por Gonzalo Pizarro. Para los conquistadores, la posesión de encomiendas implicaba no sólo por entonces una fundamental fuente de ingresos, sino que, desde su mentalidad señorial, simbolizaba su pertenencia al más alto nivel de la sociedad hispano-peruana.

Además, poco tiempo antes, en 1537, el Papa Pablo III había promulgado la bula *Sublimis Deus*, por medio de la cual reiteraba la igualdad de todos los hombres, de acuerdo con la tradición evangélica, y además decía que los indígenas americanos eran verdaderos hombres, por lo cual no podían ser pri-

vados de su libertad ni de sus propiedades, «aunque no estén en la fe de Jesucristo». A pesar de que las autoridades castellanas lograron que esa bula fuera anulada legalmente, dicha anulación no fue muy difundida, por lo cual su influencia siguió siendo muy grande en las disputas en torno de la naturaleza de los indígenas americanos.²⁴

La polémica sobre la justicia de la conquista y la naturaleza de los indígenas tuvo dos grandes protagonistas: Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas. El primero afirmaba, entre otras razones que hacían legal y necesaria la guerra contra los naturales, la gravedad de sus pecados, la rudeza de su naturaleza y la consecuente facilidad que habría para difundir la fe cristiana.²⁵

Por su parte, Las Casas defendía lo contrario: no era justo hacer la guerra a los naturales y la evangelización debía realizarse de modo pacífico. Dicha polémica tuvo su punto culminante en el debate que ambos protagonizaron en Valladolid entre 1550 y 1551, en torno de la justificación de la guerra a los indígenas americanos.

Si bien es conocido que, por diversas razones, Las Casas no tuvo éxito en sus intentos de poner en práctica una *conquista pacífica* en diversos lugares de América, y a pesar de haber incurrido en ciertas exageraciones al hacer referencia a la historia de la conquista y colonización de América, lo cierto es que fue uno de esos hombres que se adelantaron a su tiempo. Lo dice muy claramente Lewis Hanke:

El cimiento de teoría política que sostenía sus escritos polémicos, se apoyaba sólidamente en la doctrina medie-

²⁴ *Ibíd.*, pp. 107-109 y 125.

²⁵ *Ibíd.*, p. 327.

val establecida. En su aplicación de esta doctrina al mundo en que vivía, se adelantó decididamente a su tiempo. Quitándole la exageración y el prejuicio, se destaca como un grande y tenaz campeón de los derechos del hombre y de la fraternidad de todos los seres humanos.²⁶

En esa línea de defensa de la igualdad de todos los hombres, otro personaje cuyas ideas significaron un hito en el derrotero hacia el reconocimiento de los derechos humanos fue Francisco de Vitoria. Con sus célebres lecciones en la Universidad de Salamanca, se convirtió en el primer español que afirmó que la donación papal de los territorios americanos carecía de valor político. A partir de sus concepciones iusnaturalistas, Vitoria definió una serie de títulos justos a partir de los cuales la Corona castellana podría declararse como legítima poseedora del continente americano. Se trataba de unos títulos que buscaban fundamentarse en la razón natural, y como tales podrían tener reconocimiento universal. En otras palabras, Vitoria procuró dejar de lado los argumentos teológicos, planteando los siguientes justos títulos:²⁷

1. La «sociedad y compañía naturales»: los españoles tienen derecho a viajar por el continente americano y a permanecer allí, siempre y cuando no dañen a los naturales. Si los naturales les impidieran ejercer ese «derecho de tránsito y permanencia», dicha situación se configuraría como el primer justo título para adueñarse de las tierras y soberanía de los indígenas.
2. El derecho de los españoles de «predicar y declarar el evangelio en países bárbaros».

²⁶ *Ibíd.*, p. 396.

²⁷ HANKE, Lewis. En su obra antes citada (pp. 376-378), resume claramente los *justos títulos* planteados por Vitoria.

3. Si los príncipes indígenas pretendieran forzar a volver a la idolatría a algún natural convertido al cristianismo, estaríamos ante otro justo título de conquista.
4. El Papa puede dar indios convertidos a un soberano cristiano y destronar a sus gobernantes infieles, con o sin petición de ellos.
5. Los españoles pueden usar la fuerza, y destronar señores si fuese necesario, para salvar a gente inocente de una muerte injusta, tal como lo sería la de personas inocentes con fines de canibalismo.
6. La «elección cierta y voluntaria» de los españoles como señores por los indios y sus soberanos.
7. Los españoles pueden hacer suya la causa de sus aliados y amigos.

En palabras de Lewis Hanke, «la piedra angular del sistema de Vitoria, que algunos juristas consideran hoy como la verdadera base del derecho internacional, era la igualdad de los Estados, aplicable no sólo a los de la cristiandad y de Europa, sino también a los principados bárbaros de América».²⁸

Si analizamos la influencia de Las Casas y de Vitoria, es claro que el primero de ellos tuvo una gran vigencia en la España de la primera mitad del siglo XVI. Las ideas de Vitoria, en cambio, se difundieron sobre todo a partir de la segunda mitad de ese siglo, cuando su autoridad creció progresivamente, al punto de haber sido considerado como el pensador español más importante en lo relativo al derecho internacional.²⁹

²⁸ HANKE. Ob. Cit., p. 109.

²⁹ *Ibíd.*, pp. 381-382.

4. Las declaraciones de derechos del siglo XVIII

El iusnaturalismo, en su vertiente racionalista, supone el enaltecimiento de la razón, buscando la exaltación de lo general y abstracto sobre lo particular y concreto. En el ámbito jurídico son especialmente destacables los aportes de Hugo Grocio y de Samuel Pufendorf.³⁰

Ese afán por hacer referencia a lo general y abstracto preside el espíritu de las célebres declaraciones de derechos del siglo XVIII: la norteamericana y la francesa. En primer lugar, dichas declaraciones significaron el «reconocimiento oficial de los derechos del hombre frente a los derechos del Estado».³¹ Igualmente, sostenían que el hombre era digno de ese nombre sólo si era libre e igual, si podía gozar sin molestias de sus bienes (derecho de propiedad), si no estaba oprimido por un gobierno tiránico y si podía realizarse libremente.³²

Sin embargo, la declaración francesa —como lo han señalado diversos autores— tenía una más acentuada vocación de universalidad, es decir, estaba referida a todo el género humano. Así, en el preámbulo de la declaración francesa se lee que:

[...] la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desventuras públicas y de la corrupción de los gobiernos.³³

³⁰ HERNÁNDEZ GIL. Ob. Cit., p. 21.

³¹ AMUCHÁSTEGUI, Jesús G. Estudio preliminar. En: Jellinek, G., E. Boutmy, E. Doumergue y A. Posada. *Orígenes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 21.

³² CASSESE. Ob. Cit., p. 31.

³³ *Ibíd.*, p. 32.

También es interesante anotar que fue precisamente en la segunda mitad del siglo XVIII cuando se inició la paulatina sustitución de la expresión *derechos naturales* por la de *derechos del hombre*. Igualmente, por entonces surgió también la expresión *derechos fundamentales*. Todo ello es manifestación del interés de los iusnaturalistas del siglo XVIII por convertir los hasta entonces denominados derechos naturales en parte del derecho positivo, con su posterior denominación de *derechos constitucionales*.³⁴

Y refiriéndonos a nuestra propia historia, es interesante comprobar cómo en el Perú del siglo XVIII estaba bastante difundida la idea iusnaturalista de los derechos naturales. Un ejemplo interesante es el que nos brinda José Baquíjano y Carrillo quien, varios años antes de la promulgación de la declaración francesa, tenía muy clara —por ejemplo— la idea de la libertad natural del hombre, cuando afirmó —en el célebre *Elogio del virrey Jáuregui*— que el bien mismo dejaba de serlo si se imponía contra el voto y la opinión del público.

Posteriormente, las constituciones políticas de los Estados y las declaraciones de derechos que se promulgaron a lo largo del siglo XIX y hasta la Primera Guerra Mundial contemplaron *derechos humanos*, aunque entendiendo siempre por tales sólo los referidos al hombre como individuo y como ciudadano: es decir, por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la seguridad. Progresivamente, sin embargo, se fueron añadiendo otros derechos, como el del acceso a la educación, al tiempo que se iniciaban los primeros sistemas de educación pública. Así se fueron introduciendo los denominados derechos económicos, sociales y culturales:

³⁴ PÉREZ LUÑO. Ob. Cit., pp. 30 y 32-33.

el derecho al trabajo, a la protección de la salud, a la seguridad social, el ya mencionado del acceso a la educación, etc.³⁵

5. La polémica en torno del carácter de los derechos humanos

Por último, resulta interesante reseñar la polémica que, desde el siglo pasado, se ha venido suscitando entre los estudiosos sobre la naturaleza de los derechos humanos. Así, hay quienes afirman que el concepto de derechos humanos está íntimamente ligado al iusnaturalismo, con lo cual sólo a partir de dicha visión intelectual sería coherente hablar de derechos humanos:

Ello es así, toda vez que si los derechos humanos pueden reclamarse o esgrimirse contra las legislaciones consideradas opresivas o contra los actos de gobierno que se siguen de ellas, resulta evidente que han de tener su fundamento en ciertos principios diversos de esas legislaciones positivas.³⁶

Frente a esta posición, otros autores —desde el positivismo— rechazan la idea de que los derechos humanos estén fundamentados en la ley natural, ya que consideran que el derecho se reduce al derecho positivo.³⁷ Así, su propósito es

³⁵ GARCÍA BAUER, Carlos. *Los derechos humanos, preocupación universal*. Guatemala: Editorial Universitaria, 1960, p. 40; y PÉREZ LUÑO, Ob. Cit., pp. 38-40. Este último autor se refiere a la trascendencia de las Constituciones mexicana y alemana de Weimar.

³⁶ MASSINI-CORREAS. Ob. Cit., p. 126.

³⁷ AMUCHÁSTEGUI. Ob. Cit., p. 10.

el de «desmitificar las concepciones metafísicas y iusnaturalistas de los derechos humanos», ya que —desde su óptica— no se entiende cómo unos derechos históricamente relativos puedan tener un fundamento absoluto. Desde esa posición se afirma que:

[...] los derechos humanos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a concretos conflictos y luchas sociales o a diferentes carencias o necesidades humanas, las cuales aparecen también como históricas, relativas, instrumentales, socialmente condicionadas [...]"³⁸

En definitiva, desde esa perspectiva se niega la existencia de derechos *naturales*, toda vez que éstos serían siempre *adquiridos* por medio de diversos procesos y luchas sociales. Igualmente, en apoyo de esa postura se afirma que una prueba de la *historicidad* de los derechos humanos estaría en la aparición progresiva de nuevos derechos a lo largo de la historia.³⁹

Por otro lado, hay también quienes han señalado la inutilidad de discutir el fundamento de los derechos humanos, afirmando que lo realmente útil es la preocupación por protegerlos.⁴⁰

³⁸ FARIÑAS DULCE, María José. «Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"». *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, N.º 6. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 1997, pp. 5-6.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 6-7.

⁴⁰ MASSINI-CORREAS. *Ob. Cit.*, pp. 120-121.

LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UNA
PERSPECTIVA FILOSÓFICA A PROPÓSITO DEL
CINCUENTENARIO DE LA DECLARACIÓN
UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis E. Bacigalupo Caverro-Egúsquiza

Los Derechos Humanos desde una perspectiva filosófica a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Luis E. Bacigalupo Cavero-Egúsquiza*

En este ensayo deseamos interpretar cómo asumen la cuestión de los derechos humanos los *humanitarios* —sus cultivadores más influyentes— y averiguar si es verdad lo que asumen.¹ Quiénes sean los humanitarios es algo que no pretendemos determinar aquí. Basta con definirlos como cultivadores de los derechos humanos de mentalidad analítica, que forman ciertas redes capaces de influir sobre la vida política de las naciones.² Nos anima a postularlos la constatación de su influencia, es decir, la presencia indudable de ciertos efectos que se ha podido observar durante los últimos cincuenta años, principalmente una fuerte corriente de opinión pública favorable a los derechos humanos, que

* Profesor de Filosofía en la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Presidente del Fondo Editorial de la misma Universidad.

¹ Por las valiosas observaciones hechas a esta interpretación, deseamos expresar nuestro agradecimiento a los miembros del Seminario Liberalismo y Poder, de la sección de Filosofía del Instituto Riva-Agüero, en particular a Juan José Ccoyllo, Gonzalo Gamio, Carla Sáenz, Fidel Tubino y Humberto Quispe. Los errores que persistan corren por nuestra cuenta personal.

² Desde luego, esta suposición es puramente metódica. Tomar la palabra *humanitarios* como una referencia a seres humanos concretos del mundo real sería problemático y, por ello, merecería ser discutida; pero aquí no hace falta tomarla así, porque buscamos responder a otra cuestión.

cada vez trasciende más fronteras, y unas transformaciones en los sistemas jurídicos nacionales y en el derecho internacional que no hubieran sido posibles sin la Declaración Universal de 1948.

Nuestra pregunta heurística será, pues, desde una perspectiva filosófica, ¿cómo piensan en los derechos humanos los humanitarios? Es obvio que no les atribuimos la perspectiva filosófica de las cosas a esos personajes un tanto fantasmales que nos hemos inventado. Somos nosotros los que, en la pregunta y en la manera de responder, quisiéramos hacer una doble consideración filosófica: ¿qué se asume en ciertos círculos que son los derechos humanos? y ¿en qué medida es verdad lo que se asume? Trataremos, pues, de responder a estas cuestiones en dos momentos: En primer lugar (1), abordaremos la cuestión de los derechos humanos como elementos de una moral universal, atendiendo al hecho de que si se postulan así, esto se hace en el marco problemático de una creciente conciencia de la pluralidad cultural; y, en segundo lugar (2), trataremos del carácter ético y jurídico que adquieren los derechos humanos cuando son capaces de influir sobre la vida de las personas y las instituciones de la manera en que, al parecer, lo están haciendo.

1. Los Derechos Humanos en una Sociedad Plural

Es notable cómo la cuestión de los derechos humanos, sobre todo entre los filósofos, tiende a ser tratada en estrecha relación con las marcadas diferencias culturales que existen en la sociedad contemporánea.³ La pregunta de moda es si es

³ Las posiciones a este respecto pueden ser antitéticas, si se parte de una

posible determinar una moral universal en una sociedad plural. A algunos les parece que definitivamente no es posible, y otros piensan que, en todo caso, es algo difícil de lograr sin una metodología especial, que estamos lejos de haber desarrollado aún. No es nuestro deseo exponer los pormenores de este debate filosófico, sino tomar la posición de los humanitarios frente a la cuestión debatida, argumentando cómo y por qué son los derechos humanos elementos constitutivos de una moral universal. En este contexto, nuestra pregunta es, pues, cómo armoniza esta pretensión humanitaria con el carácter plural de la cultura contemporánea.

1.1. Cómo se puede entender una moral universal

1.1.1. Primer requisito: entender la moral como un sistema

Empecemos por considerar uno de los significados posibles del término *moral* en la cultura moderna, que a juicio nuestro es el que asumen los humanitarios. La moral puede ser vista, en efecto, como un sistema de razonamiento práctico.⁴ Como todo sistema, éste ha de contener principios inde demostrables. Por tratarse de un sistema moral, sus principios

oposición irreductible entre derechos humanos y valores comunitarios tradicionales; o sintéticas, si se asume la compatibilidad entre ellos. En este ensayo asumiremos lo segundo, siguiendo algunas de las ideas propuestas en GEWIRTH, Alan. *The Community of Rights*. Chicago: Chicago University Press, 1996.

⁴ Tomamos aquí *sistema* como la articulación de proposiciones no deducidas y deducidas mediante la cual se expresa un cierto orden objetivo, ya sea formal o *natural*, y cuya finalidad principal no es aclarar enteramente el objeto sino brindar una orientación segura en medio de una gran cantidad de conocimientos acerca de él.

son principios de la acción, es decir, aquéllos que determinan los fines últimos y las motivaciones éticas de las acciones humanas, generalmente identificados con los valores.⁵ Asimismo, el sistema requiere contar con criterios morales, que son pautas de discernimiento de acciones posibles en orden a saber si son o no conformes con los principios, es decir, si son buenas o malas. Se espera también que en todo sistema haya ciertas reglas para la producción de sus teoremas; en el caso de un sistema moral se trata, en sentido estricto, de reglas para la producción de normas morales.⁶ Por último, como en cualquier otro siste-

⁵ A veces algunos filósofos exigen fundamentos racionales últimos de la moral de una manera un tanto confusa. A ese respecto habría que recordar que desde Aristóteles se sabe que los fundamentos últimos no pueden ser argumentos que carezcan de evidencia, porque se corre el riesgo de un recurso infinito a nuevos argumentos que fundamenten los anteriores. Hace falta que sean principios indemostrables, que son los puntos de partida axiomáticos de toda demostración posible. Pero es igualmente importante subrayar, para evitar las confusiones, que los principios indemostrables en las ciencias prácticas son enunciados dialécticos y no analíticos, como en las ciencias teóricas. La cuestión *fundamental* respecto de ellos es saber si son dialécticos contingentes o dialécticos necesarios. Los primeros no justificarían una moral universal; los segundos, sí. Véase a este respecto el primer capítulo de GEWIRTH, Alan. Ob.Cit. Por otra parte, incluso respecto de los sistemas formales puramente analíticos, Gödel ha demostrado que es imposible el sistema completo que no recurra a presupuestos ajenos a él.

⁶ No de buenas acciones, en cuyo caso las reglas se identificarían con las virtudes. En efecto, en sentido estricto, los teoremas de un sistema moral son solamente las normas morales (à la Kant), es decir, el sistema propiamente se cierra antes de abordar la acción humana empíricamente considerada, y por lo tanto no contiene un principio de efectividad. Por eso, es perfectamente razonable que un sistema jurídico sea invocado como complemento del sistema moral. Si se piensa, en cambio, que lo que la ética debe producir son acciones buenas (Aristóteles), entonces las pautas racionales otorgadas deben producir virtudes, no normas, es decir, se requiere la inclusión de una práctica dentro de la ética, en el sentido en que se define la práctica en MACINTYRE,

ma, en éste debe regir el principio de la formalidad, es decir, la voluntad de someterse a los fines, criterios, reglas y demás procedimientos en él establecidos.⁷

Ahora bien, ¿se piensa la moral de esta manera —como un sistema— en todas las culturas existentes, pasadas y futuras? ¿o es esta forma de plantear las cosas un producto exclusivo de la cultura europea moderna? Nos parece que ésta es, desde luego, una pregunta válida, pero no pertinente. Bajo el supuesto inicial de nuestro ensayo, los humanitarios podrían legítimamente creer —inspirados, por ejemplo, en Hayek⁸— que la moral como sistema es un descubrimiento de la cultura occidental moderna que ha costado mucho tiempo y esfuerzo, y que, debido a su valor intrínseco, es perfectamente exportable a otras culturas aún no beneficiadas del todo con él, pero ya de alguna manera predisuestas a su recepción.⁹ Puesto que

Alasdair. *Tras la Virtud*. Notre Dame, 1984. En ese caso, el principio de efectividad no puede radicar en el derecho, sino en la educación.

⁷ Cuando Kant dice, en el famoso pasaje inicial de su *Fundación de la Metafísica de las Costumbres*, que nada hay en el mundo ni fuera de él que pueda ser llamado bueno sin restricción excepto la buena voluntad, lo que está enunciando es el principio de formalidad de cualquier sistema posible (desde las matemáticas, pasando por el ajedrez, hasta los derechos humanos), a saber: la voluntad de cumplir con las reglas de juego porque son las reglas de juego, es decir, porque *se quiere* tomar parte en él.

⁸ En *The Constitution of Liberty*. Chicago, 1960. Ver a este respecto el ensayo de GRAY, «Hayek on Liberty, Rights and Justice». EN: GRAY, John. *Liberalisms. Essays on Political Philosophy*. New York, 1989.

⁹ Además, nos parece que no es pertinente, porque si nos propusiéramos averiguar si es verdadera la hipótesis de que «para toda cultura actual vale que en ella se piensa la moral sistemáticamente», habría que desplegar un trabajo empírico impracticable. Lo razonable sería asumir una postura metodológica más popperiana y esperar que surja alguna evidencia contra la hipótesis de que la mente humana piensa moralmente así. Pero esa tampoco es aquí nuestra preocupación.

estamos asumiendo metódicamente la perspectiva de los humanitarios, lo pertinente vendría a ser una crítica filosófica que cuestionara la universalidad de un sistema moral bajo la asunción metódica de que los seres humanos tendemos a pensar sistemáticamente. En ese caso, se estaría preguntando si los principios indemostrables de la acción declarados en el sistema son efectivamente tales, es decir, si son evidentemente principios últimos. A ello podría añadirse la pregunta de si están acompañados por algunos o todos los demás elementos que se espera hallar en un sistema; supuesto, desde luego, el principio de formalidad.¹⁰ En otras palabras, de lo que se trataría es de examinar el sistema en la validez de sus propias pretensiones.

1.1.2. Segundo requisito: saber qué se quiere decir con universal

El siguiente paso que estamos obligados a dar consiste en preguntar qué se quiere decir cuando se declara que un principio de la acción es universal.

La palabra *universo* se puede usar como «el mayor universo lógico posible», es decir, en un sentido extensivo fuerte; pero también en un sentido extensivo más débil, como cuando se la usa en plural. En efecto, *universos* implica que hay un universo A y por lo menos otro universo B. En ese caso, la lógica¹¹ de un principio universal es que rige «para todos» los elementos de todos los conjuntos de A, pero no necesariamente para todos los de B. Este sería un principio universal en senti-

¹⁰ Por tratarse de un sistema moral, bien podríamos llamar a éste el principio de moralidad.

¹¹ Nos referimos a la lógica de cuantificadores y, por lo tanto, al cuantificador universal ($\forall x$).

do extensivo débil, válido sólo en el universo A. ¿En qué sentido se usa la palabra *universal* cuando se dice que los derechos humanos implican principios morales universales? Parece que no cabe duda: en lo que toca a su extensión, la pretensión es fuerte. Se quiere decir que son principios o valores válidos «para todos los seres humanos», es decir, se asume que los seres humanos son miembros de un universo lógico único, y que por tanto estos principios no son valorados sólo por los miembros del conjunto, digamos, de los occidentales.

1.1.3. Tercer requisito: saber qué significa que un principio universal esté vigente

Consideremos ahora lo que significa decir que un principio universal está vigente. Aquí se podría tomar la expresión en un sentido intensivo fuerte, implicando con ello que todos los miembros de todos los conjuntos del universo único «actúan de hecho» de conformidad con ese principio, como si se tratara de la ley de la gravedad o la circulación sanguínea. Pero sabemos que ese no es el caso cuando se habla de *leyes* morales. No es que de hecho actuemos de conformidad con los principios. Por el contrario, en la vida humana el deber ser y el ser no suelen coincidir. Hablar de la vigencia de los principios morales nos exige plantear las cosas en un sentido intensivo menos fuerte, como sería afirmar que una parte más o menos considerable de los miembros de ciertos conjuntos dentro del universo único de los seres humanos valora estos principios, pretende aplicarlos en sus vidas como su deber, y los reconoce como principios normativos de la acción, pero con mayor o menor *efectividad* en lo que toca a la producción de obras conformes con ellos.¹²

¹² El sistema moral delega el principio de efectividad al sistema jurídico;

Como se ve, pues, en un planteamiento intensivo débil de la universalidad, que es el sistemático, ya no importa en absoluto la cantidad de seres humanos que adecuen sus vidas a tales principios, sino más bien lo que podríamos llamar la *calidad* del ser humano en general, es decir, su carácter o nobleza moral.¹³ Si existen personas que, además de reconocer esos principios como normativos de sus acciones, logran hacerlos *efectivos*, es decir, viven una vida conforme con ellos, entonces se puede decir que esos principios se dan en la realidad. Pero que se den o no en la realidad —lo subrayamos nuevamente— no es una condición de la vigencia del sistema.

1.1.4. Cuarto requisito: no olvidar los otros elementos del sistema

En cualquier caso, si hay principios morales capaces de ser pensados sistemáticamente —independientemente de que sean compartidos o no por un grupo humano cualquiera,¹⁴ o llevados o no a la práctica—, es necesario que existan también ciertos criterios morales acerca del bien, porque el sistema moral los exige. Asimismo, es necesario que se den además ciertas reglas para la producción de las normas, formuladas con mayor o menor claridad y en mayor o menor medida practicables. De no darse las reglas del sistema, los principios podrían obtener

pero si se entiende que la ética ha de producir acciones buenas, entonces la ética debe asumir el principio de efectividad, y parece que no puede hacerlo sin postular alguna idea de la educación.

¹³ Ponemos la palabra *calidad* entre comillas para indicar que se trata de una categoría de discernimiento de la nobleza moral, que obviamente no implica ningún tipo de discriminación, porque no hablamos de sujetos empíricos, sino de ciertos tipos ideales, reguladores de la acción.

¹⁴ Podríamos hablar aquí de *comunidad*, que es el término de moda.

reconocimiento, pero el sistema no estaría cerrado, es decir, no sería capaz de producir sus teoremas. Esto último, sin embargo, tampoco significaría que tales principios no fueran valores realmente presentes en ese grupo humano.

1.2. Qué se entiende por una sociedad plural

Cuando se habla de una sociedad plural en un sentido fuerte, lo que se quiere decir con *pluralidad* no es que haya simplemente múltiples conjuntos dentro de un universo único, sino que hay tales diferencias entre los grupos culturales, que ellos forman *universos* inconmensurables. Quienes piensan así cuando observan la diversidad cultural de nuestro mundo creen que las estructuras de razonamiento práctico presentes en un determinado universo cultural no se dan en los universos contiguos, y mucho menos los mismos principios morales. Sobre la base de esta hipótesis, ya no se podría pretender transitar de uno a otro universo con un único sistema moral, y la posibilidad de un verdadero principio universal quedaría inmediatamente cancelada.¹⁵ Sin embargo, un sentido débil de pluralidad diría algo distinto. En un universo único, que no sería otro que la sociedad plural que formamos los seres humanos (o «la familia humana», como la llama la Declaración Universal), hay —qué duda cabe— múltiples criterios morales no compartidos acerca del bien. Pero, a partir de esta constatación innegable, y asumida la existencia del universo único, nadie debería saltar a la conclusión lógicamente inadmisibles de que en la sociedad plural no sea posible determinar principios morales universales, en el sentido extensivo fuerte de universal, es decir, vigentes por encima de las diferencias de los conjuntos particulares.

¹⁵ Ésta me parece que es la posición de MACINTYRE en *Tras la Virtud*, Ob.Cit.

Algunos objetores de la tesis humanitaria podrían pensar que, en una sociedad plural como la del presente, es necesario desarrollar una metodología especial para lograr un consenso entre los múltiples conjuntos particulares, a partir del cual se den, eventualmente, principios morales universales en sentido estricto. Asumen, en efecto, que actualmente no hay principios morales universales, aunque no sea imposible que los llegue a haber. Es más: creen que hay que hacer cosas muy concretas para que surjan alguna vez. Pero en esta línea de raciocinio se puede cometer algunas falacias, y quisiera mostrar aquí una de ellas, como ejemplo.

Cualquiera de nosotros concedería sin problemas que todo principio de la acción moral, reconocido como tal, es obligatorio para la persona o personas que lo reconocen. Sin embargo, se constata —como es obvio en cualquier sociedad— que no todas las personas reconocen *efectivamente* sus propios principios morales; en otras palabras, no todas actúan de conformidad con lo que ellas mismas dicen que deben hacer. Esto, como puede verse, es pedir el principio de efectividad en la cuestión moral. Pues bien, no faltará quien de la falta de efectividad salte a la conclusión de que en la sociedad plural del presente no hay principios morales universales. Este sería un paso lógicamente injustificado si se piensa sistemáticamente en la moral, simplemente porque no se puede pedir el principio de efectividad al sistema moral; y si se estuviera pensando en la moral bajo la idea de una *paideia*, sería un razonamiento falaz, porque estaría confundiendo los sentidos extensivo e intensivo de *universal*, es decir, se trataría de una falacia producida muy probablemente por la creencia de que la obligatoriedad de un principio moral debe ser efectiva (*intensive*) para que pueda decirse que tiene vigencia universal (*extensive*).

Nos parece que es importante detenernos todavía un instante en el tema de la efectividad de un principio moral. Frente a él se abren dos posibilidades de razonamiento. En primer lugar, se podría pensar que, para declarar efectivo un principio moral, éste debe ser reconocido por la mayoría de los miembros del universo lógico, cosa que obviamente no es el caso, y en la hipótesis de serlo, sería empíricamente imposible de constatar de manera directa, de allí que esta vía deba descartarse.¹⁶ En segundo lugar, se puede pensar que, para que haya efectividad, hace falta dotar al principio moral, a sus criterios y sus normas, de reglas prácticas concretas capaces de condicionar directamente la acción. Pero estas reglas ya no son las normas que existen dentro del sistema moral, es decir, preceptos de la acción que dependen enteramente de la voluntad individual, y que incluso pueden coincidir con pautas habituales de la conducta estrechamente vinculadas con las costumbres del grupo al que se pertenece. Ahora estamos hablando de normas jurídicas, es decir, regulaciones legales que pertenecen a algún sistema jurídico concreto. Según los humanitarios, la tendencia de nuestra época sería la de reconocer que sólo con el concurso complementario de estas últimas se puede garantizar la efectividad de los principios morales, y de hecho eso estaría ocurriendo con los derechos humanos.

Concentrémonos, pues, en esta hipótesis humanitaria que pretende explicarnos lo que está ocurriendo. La pregunta que se impone es por qué está ocurriendo esta transformación de los sistemas jurídicos por incorporación de un sistema moral

¹⁶ A este respecto nuestro buen amigo y colega, el profesor Fidel Tubino, tiene una postura más radical: piensa que la hipótesis es teóricamente inconcebible.

o —si se quiere— esta complementación de un sistema moral mediante recursos jurídicos específicos.¹⁷

* * *

No quisiéramos concluir este punto sin criticar aquellas opiniones ligeras que, aparentemente preocupadas por la falta de efectividad de los principios morales, no sólo incurren en la falacia mencionada, sino que, en el supuesto de que la ética conlleva una *paideia*, olvidan sin embargo que el reconocimiento y la valoración de los mismos suponen precisamente un proceso de aprendizaje, donde la sola idea de proceso implica que muchos miembros de una comunidad, mientras aún no hayan aprendido el principio, no pueden haberlo reconocido como tal y mucho menos haberlo hecho efectivo. Que gran parte de la población mundial o una parte de la población de alguna comunidad no conozca ni reconozca un principio, de ninguna manera implica que el principio no exista o que no sea valorado de hecho. Desconocer esto conduce a la postura inconsistente de necesitar conceptualmente la educación, pero desmereciendo por completo su papel; conduce asimismo a perder de vista qué significa para la historia la formación de una *masa crítica*; y, entre las cosas más burdas, puede también conducir a caer en el error frecuente de argumentaciones *ad hominem*, como decir, por ejemplo, que puesto que los gobernantes de los países industrializados violan los derechos humanos y actúan con hipocresía, entonces éstos no tienen vigencia plena y por ello

¹⁷ Es obvio que nuestros humanitarios no podrían ser partidarios de una teoría positivista del derecho. Cfr. a este respecto, en el libro de ALEXY, Robert. *Derecho y Razón práctica*. México, 1993, el ensayo titulado «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la Moral», pp. 37-58.

son cuestionables en su validez universal. Es, como se puede ver, una mala lógica que, además de los errores de argumentación, supone que los principios morales son plenamente vigentes si y sólo si producen acciones buenas; pero podríamos apostar que quien razona así se encuentra en la incapacidad de responder a la pregunta por el sujeto en el que habría que hacer la constatación de la validez de los principios: ¿todos los seres humanos?, ¿la mayoría de ellos?, ¿una elite ilustrada mundial?, ¿una elite dirigente comunitaria?, ¿una elite dirigente mundial?¹⁸

1.3. La moral universal desde el punto de vista humanitario

En el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se dice que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Podemos decir que «lo digno del ser humano», en un sentido moral, es lo que se merece favorablemente en sentido absoluto, es decir, porque es un ser humano.¹⁹ Pues bien, el tener del documento es que la liber-

¹⁸ La idea de volver a los sabios *gerontes* o a los santos de la Iglesia como modelos de conducta virtuosa sólo tiene sentido si se maneja sin pretensiones de universalidad extensiva fuerte. Entendemos que esa es la propuesta de los llamados *comunitaristas*.

¹⁹ Afirmaciones de este tipo suelen inquietar a los filósofos. Lo que se quiere decir con *principio absoluto* en el contexto sistemático es que, para aceptarlo como punto de partida de deducciones y razonamientos más complejos, no hace falta vincular este principio formal con nada anterior a él dentro del sistema. Es tan axiomático como proponer P: «el todo es mayor que las partes». Si alguien quisiera objetar esto diciendo que P es evidente mientras que nuestro enunciado Q: «el hombre es mayor que cualquier otro fin moral», no lo es; sería bueno recordarle que ya Galileo había advertido la paradoja

tad, la justicia y la paz son indudablemente principios de la acción moral; pero ¿son los principios indemostrables? Se podría pensar que aún no lo son, porque uno podría preguntarle a una persona que declara seguir estos principios por qué los sigue y esperar como respuesta un argumento. Supongamos que esta persona da como respuesta: «porque actuar por la libertad, la justicia y la paz es lo digno de todo ser humano». Si responde así, su afirmación concreta equivale a: «El punto de partida de todos mis razonamientos y decisiones prácticas acerca del ser humano es que se merece la libertad, la justicia y la paz. Estas tres cosas son lo digno de él. Y no me refiero a este ser humano concreto que soy yo, o a algunos seres humanos, como mi familia o mis amigos, sino a todos por igual». Éste es el argumento completo y contiene los principios indemostrables de la dignidad de la persona y la igualdad de todos los seres humanos. La pregunta es: después de haber escuchado y entendido esto, ¿tiene sentido preguntar por qué?²⁰

Si en este nivel del razonamiento moral se pregunta «por qué tiene la persona una dignidad» o «por qué son los seres humanos iguales», ya no se puede estar pidiendo una nueva razón fundamental, porque se incurriría en el recurso al infini-

de que el conjunto de los números naturales (el todo) establece una correspondencia de 1 a 1 con el conjunto de los números impares (la parte). La evidencia fue quebrada simplemente por el paso de un dominio finito a un dominio infinito no previsto en el sistema anterior. En la *Ética a Nicómaco* Aristóteles advirtió que allí nos desenvolvemos en un dominio práctico, en el que las evidencias tienen su propio carácter, y éstas pueden ser quebradas con mayor facilidad. Dentro de un dominio finito, es absolutamente verdadero que P conversamente, dentro del sistema de los derechos humanos, es absolutamente verdadero que Q.

²⁰ La pregunta es obviamente retórica. La respuesta es que no tiene sentido plantear una pregunta así porque equivale a que un jugador de ajedrez le pregunte a otro por qué se mueve el caballo en ele y el alfil en diagonal.

to o simplemente no habría qué responder, salvo: «porque es así». Si alguien no está satisfecho con la respuesta «porque es así», sólo puede estar exigiendo como respuesta razones justificativas, y ya no fundamentales, es decir, dirigidas ya no a la naturaleza misma del principio, sino a las cosas exteriores al sistema que han producido al sistema mismo y a los principios y las cosas que el principio produce dentro de él. ¿Hay aquí un vicio lógico como el de la petición de principio? Es claro que tratamos aquí con sistemas de creencias, por lo que cabría decir que si no hubiera justificación racional alguna, por arbitrariedad de la postulación o improductividad total del principio, entonces sería, sin duda, una adopción injustificada. Pero si la justificación es suficiente, no.²¹

No cabe duda, pues, de que la pretensión de la Declaración Universal consiste en plantear cinco principios morales, que señalan los fines y los motivos por los cuales debe actuar todo ser humano. Ahora bien, en vista de su justificación racional, conviene preguntar si estos principios están sólo en el papel, o si más bien son, de un lado, el resultado evidente de una determinada experiencia histórica²² y, del otro, una parte de un sistema moral que ha arrojado ya productos concretos. Tómese en cuenta que las razones empíricas o históricas que se puedan esgrimir en favor de estos principios no constituyen

²¹ Aquí asumimos por analogía la posición de J.S Mill, según la cual la verdad de un principio axiomático en un sistema formal como las matemáticas se puede medir no sólo por su productividad interna sino también por su conformidad con la experiencia de la que ha sido inducido.

²² Esta es la línea de trabajo que hemos adoptado en nuestro Seminario de Filosofía Medieval, que por segundo año consecutivo está dedicado al tema «Los orígenes medievales del liberalismo político». Aprovechamos la oportunidad para enviar desde aquí un cordial saludo a todos nuestros estudiantes.

intentos de fundamentarlos analíticamente, sino simplemente de brindar una justificación dialéctica de su presencia funcional en nuestra cultura.²³

Pero —podría objetar algún oponente— subsiste la cuestión de saber si este sistema moral tiene una vigencia universal. Efectivamente, ese es el problema. Pero en su planteamiento hemos alcanzado un grado de complejidad mayor, porque ahora preguntamos si es universal el sistema, y no ya si lo son uno o más principios aislados. Incluir en la pregunta el sistema significa incluir, junto con los principios, sus criterios y sus reglas. Aquí es necesario recordar que cualquier ser humano, para saber qué acciones se condicen con los principios y las normas en las que cree y qué acciones no, necesita contar con criterios morales concretos. Pues bien, dentro de una lógica sistemática de la moral, la formulación del quinto principio de la Declaración Universal, aquel que declara la igualdad, señala qué son esos criterios morales que permiten distinguir una acción buena de una acción mala. Se trata de “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Si no estamos equivocados al interpretar las cosas de esta manera, los derechos humanos son, pues, criterios morales de la acción, y la Declaración Universal es, en ese sentido, un documento que no sólo declara los cinco principios universales sino que otorga, en la forma de derechos universales, los criterios morales para discernir nuestras acciones. Esto quiere decir que la Declaración Universal espera que todos los actores

²³ Como tales, los principios no necesitan otro fundamento que ser los axiomas de un sistema racional, de modo que es la realidad del sistema mismo lo que tendría que ponerse en cuestión si se quisiera decir que no operan como principios morales en la cultura plural.

sociales de la sociedad plural, aun cuando puedan no reconocer unánimemente muchos otros principios morales de la acción, reconozcan sin embargo estos cinco principios como obligatorios a partir de su declaración y del conocimiento de los criterios morales en los que se sostiene su vínculo con las acciones concretas.²⁴

Si bien esto ya completa el sistema moral, hace falta desde luego la conexión con la efectividad de los principios. En la Declaración está obviamente supuesto el principio de formalidad, hay principios, criterios y reglas implícitas que fácilmente conducen a la producción de las normas morales correspondientes, pero faltan las reglas para la producción de las acciones conformes con los principios. Respecto del principio de la formalidad y los demás elementos del sistema, como bien se sabe, no hay nada que se pueda hacer desde fuera del sistema: o hay buena voluntad y se cumple con las reglas de juego, o no la hay. Respecto de las reglas para la dirección de las acciones ha habido, en cambio, mucho trabajo complementario desde 1948 hasta la fecha; pero obviamente en el terreno del derecho, porque, al parecer, quien asume un razonamiento sistemático que vincula de esta manera moral y derecho, ya no confía en la virtud.

En vista de todo esto, nos parece que se puede decir con confianza que, en el universo llamado *la familia humana*, la pluralidad de criterios morales no compartidos no implica la inexistencia de criterios morales compartidos acerca del bien hacer. En consecuencia, no hay lógicamente nada que impida creer que en esta sociedad plural sí hay principios y criterios morales universales, aun cuando formen parte de un sistema

²⁴ Se suele hablar en este sentido de un *minimalismo* moral.

moral que necesita complementarse con un sistema jurídico, y que aún no ha logrado perfeccionar esta relación. Es, pues, un sistema moral que se encuentra en un proceso de perfeccionamiento. Mientras que el problema de los juristas humanitarios es cómo afinar la relación entre ambos sistemas para que los principios morales sean efectivos, los filósofos se dividen entre humanitarios que se dedican a estudiar las peculiaridades, deficiencias y posibilidades del sistema moral expresado en la Declaración Universal, y filósofos conservadores que cuestionan que se pueda imponer este modo de ver las cosas a otras culturas.

2. Los Derechos Humanos como Criterios Morales

Como se sabe, desde el punto de vista de la historia de las ideas políticas de Occidente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que pertenece a la tradición liberal. Consecuentemente, no extraña que el documento declare que «la aspiración más elevada del hombre» es «el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de creencias». Esta aspiración se refuerza cuando se la califica como el «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse». Sin embargo, este ideal es dramáticamente contrastado en el mismo documento con la «barbarie ultrajante de la conciencia de la humanidad», que se menciona, a juicio nuestro, como el concepto mismo del mal moral y político.²⁵

²⁵ A esto también se lo puede llamar el concepto *Auschwitz*, que es a juicio nuestro uno de los conceptos más importantes que en materia de filosofía práctica deja el siglo XX para la reflexión de las generaciones futuras.

En efecto, en el preámbulo de la Declaración Universal se dice que «el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajante para la conciencia de la humanidad». ¿Qué implica decir una cosa así? Pasaremos a averiguarlo en los dos últimos párrafos de este ensayo.

2.1. El doble carácter de los Derechos Humanos

En la lógica de esta interpretación, desconocer y menospreciar los derechos humanos equivale a ignorar los criterios morales que distinguen el bien del mal. Es obvio que aquí no se quiere decir que el desconocimiento y menosprecio del documento de 1948 sea lo que conduzca al mal moral y político. Como se sabe, el hecho histórico es exactamente el inverso. La realidad abrumadora del mal radical fue la motivación inmediata de la Declaración. Sin embargo, persiste siempre la impresión de que cuando se habla de los derechos humanos se soslaya de alguna manera este vínculo con el mal radical, y nos parece que esto puede deberse, entre otras cosas, al mal hábito de no precisar de qué se está hablando. En ese sentido, conviene atender siempre a la formulación de cada uno de los derechos en particular, porque si se habla de ellos en abstracto, usando simplemente la expresión *derechos humanos* como si se tratara de una palabra mágica, con suma facilidad se pierde de vista su carácter de criterios morales.²⁶

²⁶ Esto es en cierta forma lo que ocurre con la desafortunada crítica que hace MACINTYRE a GEWIRTH y a DWORKIN en el capítulo 6 de *Tras la Virtud*, Ob.Cit. Sólo porque se toman los derechos en abstracto, sin tener en mente concretamente cada uno de ellos, puede alguien decir, como lo dice MacIntyre, que son una ficción y que defenderlos equivale a defender afirmaciones sobre unicornios y brujas. El individuo A puede defender la

Así, por ejemplo, cuando se dice que «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», es evidente que se proclama un criterio que pretende estar mostrando de manera explícita qué es actuar moralmente mal más allá de cualquier duda razonable, a saber: actúa sin lugar a dudas mal quien, en posición de poder sobre los demás seres humanos —sea cual sea la naturaleza de este poder—, los discrimina por su raza, color, sexo, religión, etc. Otro ejemplo: el artículo 5 declara que «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes», lo que significa que cualquiera que tenga poder sobre los demás y lo ejerza de la manera descrita, actúa indiscutiblemente mal, porque esas acciones son intrínsecamente malas.

Un posible objetor diría que si él declara sus propios principios y da además los criterios y las reglas para alinear las acciones en conformes o no conformes con ellos, tiene todo lo que necesita para que su sistema siempre funcione. Es posible —le contestaría uno—, pero la pregunta es quién lo sigue en su juego, a cuántos seres humanos podrá embarcar en su proyecto y por cuánto tiempo. Es decir, se le estaría preguntando si su

abolición de las prácticas de discriminación racial con la misma pasión que el individuo B pone en la defensa de los mandatos recibidos a través de la comunicación intergaláctica, pero sobre la nobleza moral de sus creencias no deciden ellos. Una está suficientemente justificada, y es por ello verdadera, mientras que la otra no. La crítica que MacIntyre hace del *emotivismo* moral de nuestra época lo lleva a descuidar por completo los factores dialécticos que soportan la justificación racional de los principios morales últimos, cosa que es en realidad un error serio tratándose de un aristotélico que critica los excesos de la modernidad.

sistema funciona realmente, y *realmente* significa aquí cultural, social e históricamente. Aunque la publicidad y lo que hemos llamado *masa crítica* juegan aquí un papel sumamente importante, la prueba de que los cinco principios de la Declaración Universal y sus múltiples criterios son verdaderas normas morales no estaría, desde luego, en el número de los adherentes, sino en la manera como históricamente se han vinculado estos principios, sus criterios y sus reglas con las diversas instituciones de la cultura y la sociedad, particularmente con el derecho, tanto nacional cuanto internacional.

En ese sentido, nos parece que hay algo que es indudable y que debe ser seriamente tomado en cuenta al evaluar la verdad de esta pretensión que estamos analizando. No cabe duda de que, en busca de las reglas jurídicas que complementen el sistema moral, y por defecto de la virtud, los humanitarios de todos los tiempos han logrado afectar el derecho; han puesto en marcha transformaciones paulatinas en los sistemas jurídicos y, finalmente, han incorporado dentro de ellos el sistema moral mismo como norte.

En efecto, respecto de la aplicación de estos criterios morales a la vida política de las naciones, se podría decir que los documentos que declaran los derechos humanos han dado lugar a la creación de normas jurídicas que operan —o por lo menos pretenden operar— como las reglas efectivas de este sistema doble, en vista de la producción de acciones conformes con los principios declarados. Este hecho le otorga a los derechos humanos, en cierto sentido, un doble carácter, pues vistos desde un sistema son sólo criterios morales, pero una vez engarzados en el otro sistema se convierten además en pautas gravitantes para el desarrollo de la ciencia jurídica. No en vano se dice en la Declaración Universal que es «esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de

Derecho», por cierto, no exclusivamente penal.²⁷ Así, pues, no cuesta mucho llegar a la conclusión de que, sobre la base de los supuestos manejados por los humanitarios, se ha producido un documento que es un instrumento jurídico, pero lo más interesante de este hecho es que, lejos de quitarle carácter moral a los derechos humanos, se lo otorga más bien a las disposiciones legales que emanan de él.

2.2. Hacia una reconciliación de ética y derecho?

Sería interesante plantear a este respecto un conjunto de preguntas teóricas vinculadas con la separación de ética y derecho que sufrió la cultura moderna. Pero quisiéramos concentrarnos en una de ellas, que es la que plantea el conflicto aparentemente irreconciliable entre libertad y ley. Teóricamente se espera que un ser humano se decida libremente a actuar de conformidad con el principio de acción que ha reconocido como normativo, después de producido en él algo muy parecido al siguiente razonamiento: «El criterio C me indica que toda acción del tipo A es mala; la regla R1 me permite advertir que la acción concreta X que tengo ante mí como posibilidad inminente corresponde al tipo A; la regla R2 me permite deducir la norma N, que me prohíbe hacer X». Pero si este sujeto no tiene los hábitos morales para obedecer N, es decir, si le falta virtud, difícilmente logrará actuar bien sin la intervención de elementos ajenos al sistema moral. En muchos casos, la sociedad puede tolerar que ese individuo actúe mal, dejando que libremente llegue o no a ordenar sus accio-

²⁷ Por lo menos en lo que toca a los llamados *derechos de primera generación*, su asunción por parte de los sistemas jurídicos nacionales e internacional los ha convertido en delitos tipificados.

nes; pero en otros casos, no, porque su desorden tendría efectos perjudiciales sobre los demás. Para estos últimos casos, existe la ley. Cuando la sociedad coacciona al individuo mediante la ley, restringe su libertad de acción, es decir, su capacidad de elegir libremente obedecer la norma N.²⁸ A partir de aquí, se dice que la libertad se ve obstaculizada por la ley.

En la práctica, las cosas tienen un aspecto algo más complicado. Pongamos como ejemplo a los norteamericanos del Estado de Alabama en los años sesenta o los sudafricanos de la década pasada. Ellos tenían leyes racistas que estaban en abierta oposición a los derechos humanos. La libertad de los miembros de la comunidad blanca de obedecer las normas morales de su sistema de creencias estaba asegurada por la ley, porque coincidían; pero no así la libertad de los miembros de la raza negra, ampliamente afectada por la ley. ¿Significa esto que los blancos no conocían los principios y criterios morales de la Declaración Universal? Podemos suponer que los conocían o que no; pero, en todo caso, es claro que no los acataban, que no les brindaban su reconocimiento como normas morales. ¿Significa esto que no eran normas morales? Desde la perspectiva asumida en este ensayo, no se puede decir que no fueran normas morales. Lo eran, absolutamente. El problema es que ellos tenían sus propias normas morales y, además, el respaldo consistente de sus leyes. La ley positiva, es decir, la racionalidad jurídica de sus comunidades tradicionales y su justificación moral interna, primaba en esos casos sobre una racionalidad moral que, en todo caso, era experimentada por ellos como

²⁸ No decimos «su capacidad de elegir libremente la norma N o no», pues de ninguna manera se trata de una elección entre actuar bien y actuar mal, sino de la libertad de elegir el bien, es decir, no verse forzado por la ley a actuar bien, sino hacerlo desde la propia voluntad.

exterior. ¿Por qué se daba esta primacía de lo jurídico-moral comunitario sobre la moral de los derechos humanos? En el mejor de los casos, se trataba de dos registros culturales distintos, que marchaban paralelos y que, en caso de conflicto, se ordenaban jerárquicamente con prioridad espontánea de la ley vigente porque, desde hace siglos, la sociedad moderna se ha acostumbrado a optar por el derecho cada vez que las aspiraciones culturales entraban en conflicto.

Supongamos que alguien objete esta interpretación diciendo que para esas personas los derechos humanos no eran normas morales vigentes, por lo que en realidad no hubo tal conflicto cultural, y menos aun un conflicto entre moral y derecho. Entonces habría que preguntar cómo se explica que se haya podido modificar la legislación positiva vigente en esas comunidades. Porque el hecho es que las leyes segregacionistas fueron abolidas. ¿Simplemente por su inconsistencia con el resto del sistema jurídico de la Unión? En el caso de Sudáfrica, ¿simplemente por la presión política internacional? No creemos tener aquí un punto particularmente fuerte en nuestra argumentación, porque siempre se podría hallar razones estrictamente ajenas al discurso moral humanitario para responder a este tipo de preguntas. Pero nos parece que no sería fácil hallar una respuesta suficiente a la cuestión última: ¿por qué no se da el proceso inverso, mediante el cual nos fuéramos deshaciendo paulatinamente, en las distintas legislaciones ya influidas por los derechos humanos, de todas estas exigencias morales humanitarias? Y no nosotros, unilateralmente, sino todos, es decir, la familia humana.²⁹

²⁹ nsisto en que no es un punto fuerte de la argumentación, porque se podría contestar que aún no ha llegado el momento de la involución.

Creemos que la respuesta a esta última pregunta es porque existe algo así como un *ethos* de los derechos humanos en la sociedad plural. Nos podemos imaginar que los militares latinoamericanos de los años setenta hubieran preferido que nadie hubiese declarado nunca, menos en un documento firmado por representantes de Estado, que la tortura no se debía practicar. Pero la existencia o la inexistencia de un documento como la Declaración no hace más o menos grave la falta moral. En ese sentido, que sea una falta moral no depende del *ethos* actual. Muchos siglos antes del siglo XX, la cultura y la sociedad occidental eran ya incapaces de deshacerse de los mismos criterios que determinan qué es moralmente inaceptable hoy porque constituye un mal radical. Porque se estaba ya en posesión de tales criterios con anterioridad a 1948 es que se pudieron plasmar en el papel en esa fecha, luego de la catástrofe de los años anteriores. Hitler pretendió, entre otras cosas, desarraigar los criterios morales de su pueblo, desconociendo que ellos habían alcanzado vigencia a través de un largo proceso de sedimentación. Lo asombroso es que aparentemente lo consiguió, si no para los siguientes mil años, como él quería, por lo menos durante una década. El horror frente a esa realidad generó la reacción de las naciones que lucharon contra él, y condujo a que se sintiera la necesidad imperiosa de hacer explícitos los criterios morales para todo el mundo, en la forma de una declaración universal. En esto radica, fundamentalmente, el carácter de criterios negativos que tienen los derechos humanos, porque son sin duda una reacción contra el Estado y su capacidad de aniquilar al individuo.

Desde el punto de vista moral, que los principios y criterios de la acción moral estén plasmados en un documento, no quita ni añade nada a la obligación en conciencia, que propiamente no requiere de ninguno. Que los principios y criterios

de la acción moral se expongan y manejen de manera sistemática no quita ni añade nada a la obligación en conciencia, que propiamente no requiere de ningún sistema. Lo decisivo es que los principios morales contenidos en la Declaración Universal están presentes en la compleja trama cultural de la sociedad plural, en la que todas las culturas se contaminan unas a otras en mayor o menor medida. Pero reconocer la presencia de principios morales en la sociedad y la cultura no significa que los actores sociales no los transgredan de hecho, diaria e impunemente. Marcados por los horrores de las grandes guerras del siglo XX, profundamente incrédulos respecto de la educación de los seres humanos en una vida virtuosa, los humanitarios de hace cincuenta años optaron por otorgarle una importancia renovada al carácter sistemático de la moral y el derecho, y con el tiempo lograron convertir estos criterios morales negativos en delitos claramente tipificados, convencidos de que esa será la única manera de garantizar la libertad, la justicia, la paz y la dignidad e igualdad de las personas.³⁰

³⁰ El caso Pinochet es sumamente interesante a este respecto. Él fue juzgado moralmente como un hombre vil hace mucho tiempo y, ciertamente, no necesitó ir de visita a Londres para asegurar su inclusión en la Historia Universal de la Infamia. ¿Quién lo juzgó moralmente? Todo aquél que no tuviera dudas respecto de su conocimiento, consentimiento y promoción directa de los actos contra los derechos humanos realizados bajo su régimen. Pero ya que se le ocurrió ir a Londres, ahora se busca procesarlo jurídicamente bajo cargos criminales que sólo pueden retrotraerse a 1988 y para los que hay que presentar pruebas ante un tribunal. ¿Con qué objeto se lo juzga jurídicamente? No por un simple *animus puniendi*, sino con el afán de perfeccionar el vínculo del sistema moral y el sistema jurídico internacional mediante la jurisprudencia.

Conclusiones

Cerramos este ensayo con tres conclusiones.

1. Por una parte, en el supuesto de que el encuentro intercultural haya generado dinámicas inevitables de mutua contaminación entre las culturas, es posible afirmar que los derechos humanos funcionan como criterios morales universales. Ellos están sometidos sin duda a enfoques culturales diversos, pero con márgenes de interpretación mucho menos amplios que lo que imaginan los defensores más puristas de las culturas.³¹ Para ver esto así es indispensable enunciar los derechos humanos concreta y puntualmente cuando se habla de ellos, y no tratarlos en abstracto.
2. En segundo lugar, vista como expresión de un sistema moral, la Declaración Universal de los Derechos Humanos puede ser asumida como parte de un razonamiento ético y jurídico sobre la normativa universal de la acción humana. En la hipótesis de que los humanitarios la asuman así, la Declaración es un instrumento que ordena un conjunto de creencias morales paulatinamente reconocidas como tales en la cultura occidental y hechas extensibles hacia otros ámbitos culturales, con la pretensión de vincularlas consistentemente con los sistemas jurídicos vigentes y el derecho internacional.

³¹ El tipo de discusión que surge aquí es si debe considerarse cruel o lesivo de la dignidad humana atravesar la nariz de niñas púberes con cañas de bambú para luego colgarles un anillo que simboliza su ingreso a la vida fértil. Nadie en su sano juicio discutiría que sea moralmente malo hacer esas mismas cosas contra la clara conciencia y la voluntad expresa —siempre culturalmente condicionadas— de esas mismas personas.

3. Por último, la Declaración procede directamente de la necesidad —sentida por los occidentales como urgente— de incorporar estos criterios morales a los sistemas jurídicos para garantizar de esa manera su aplicación efectiva y evitar la repetición de tragedias semejantes a la sufrida por la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial.³² Esto implica que la intención de sistematizar el planteamiento hecho en 1948 ha abierto la posibilidad de plantear las relaciones entre ética y derecho de una manera hasta cierto punto nueva,³³ cuyo desarrollo merece ser estudiado con el mayor detenimiento.

³² En la línea de la conversión de los derechos humanos en instrumentos jurídicos, la intervención de la OTAN en Yugoslavia pretende ser un ejercicio legítimo de la fuerza coactiva sobre el infractor. En ese sentido, los graves reparos morales frente a esta intervención no se estarían planteando al nivel de la intención formalmente declarada, sino a un nivel conceptual y táctico.

³³ Decimos «hasta cierto punto nueva» para no ofender a los estudiosos de Kant, que seguramente reconocerán una huella de su pensamiento en esta interpretación de los derechos humanos.

DERECHOS HUMANOS Y MULTICULTURALISMO

Fidel Tubino Arias-Schreiber

Derechos humanos y multiculturalismo

*Fidel Tubino Arias-Schreiber**

En aquellos tiempos en que Sendero Luminoso se había transformado en un peligro a nivel nacional, apareció en la comunidad nativa *Amarakairi de Diamante* en Madre de Dios un médico argentino. Se transformó rápidamente en un personaje de la zona, pues se hizo pasar por un jefe militar de Sendero y —según algunas versiones— amedrentó a la comunidad diciéndole que si no hacían lo que él les mandaba, ordenaría un ataque de supuestos correligionarios suyos que se encontraban en los alrededores. La comunidad nativa se sometió a sus designios por temor a las represalias. Un día apareció asesinado por él un adolescente de la comunidad en la posta médica. El consejo de la comunidad se reunió, deliberó y decidió que debía ser ajusticiado. Asimismo, fueron designadas las personas que debían encargarse del ajusticiamiento. El médico argentino fue ajusticiado y su cadáver, incinerado. Casualmente pasó en esos días por la comunidad un policía que descubrió el cadáver. Éste fue conducido a la morgue y con los resultados de la autopsia se iniciaron las investigaciones judiciales, que culminaron con el encarcelamiento de los autores del hecho.

* Profesor de Filosofía en la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Consultor de la UNESCO y Organismos Bilaterales de Cooperación.

He querido empezar relatando este hecho —que lejos de ser meramente anecdótico es muy significativo de lo que pasa en el Perú— para reflexionar acerca de qué fue lo que realmente sucedió. ¿Se trató acaso de un *asesinato*? A los ojos de la justicia *Amarakairi* se trató de un ajusticiamiento ordenado por una instancia jurídica competente: el Consejo de la Comunidad. A los ojos de la justicia del Estado, se trató de un asesinato condenable por nuestra legislación y sancionable drásticamente con la prisión. Desde este punto de vista resultó intrascendente que hubiera sido decidido por una institución tradicional, pues ésta no posee status jurídico oficial. Un grupo de nativos de la comunidad permanecen encarcelados en una prisión del Cuzco.

Responder a la pregunta «¿qué fue lo que realmente sucedió?» no resulta fácil. Habría que decir: desde el paradigma cultural del derecho consuetudinario *Amarakairi*, fue la ejecución legal de un condenado a la pena de muerte. Pero desde el paradigma del derecho oficial de la cultura peruana hispanohablante, fue un asesinato. He traído a colación este caso porque es un claro ejemplo de pluralismo jurídico; o, más aun, de *colisión de derechos*, el derecho consuetudinario y el derecho oficial. El derecho consuetudinario indígena parte de una concepción de la justicia distinta a la concepción de justicia de la que parte el derecho oficial.

La justicia es entendida entre los pueblos indígenas amazónicos preferentemente como la restauración de un equilibrio cósmico que ha sido roto por una acción humana. Entre los pueblos originarios de la Amazonía no se hace la distinción entre el ámbito de la naturaleza y el ámbito de la sociedad, entre lo sagrado y lo profano. Lo social es natural y lo profano es sagrado. Se parte de una concepción holista de lo real. El equilibrio se restaura visualizando —en el trance *shamánico*—

al responsable de la ruptura del orden cósmico y aplicándole —por medio de la instancia tradicional competente— una sanción comparable al delito cometido. Una vez aplicada la sanción, se restaura el equilibrio cósmico y volvemos a convivir en armonía con los principios rectores de la naturaleza.

Por el contrario, nosotros los de la cultura urbana castellanohablante partimos de una concepción de la justicia como imparcialidad, equidad y del principio de la igualdad ante la ley. Asimismo, en nuestra visión analítica —no holista— de lo real hacemos una distinción entre la legalidad de lo social y la legalidad de la naturaleza.

En el caso que hemos planteado, la colisión de derechos es en el fondo el resultado de la colisión de dos paradigmas culturales distintos. El problema que se plantea se puede formular en estos términos: ¿es legítimo moralmente juzgar desde nuestro paradigma cultural actos deliberados y decididos desde un paradigma cultural alternativo? Los *amarakairi* hicieron justicia a un occidental desde su paradigma cultural. La opción oficial consiste en juzgar los actos de las personas de otras culturas desde nuestro paradigma cultural, pero con flexibilidad y no con osado autoritarismo. Sin embargo, esta solución a la colisión de derechos y de sus paradigmas culturales respectivos no es del todo satisfactoria. Basta con hacer un ejercicio mental e imaginarnos a nosotros, los de la cultura urbana hispanohablante, siendo juzgados por el consejo de una comunidad *Amarakairi* y siendo condenados a la pena de muerte por la comisión de un delito no sancionado por nuestra legislación con la pena capital. ¿Encontraríamos acaso que hemos llegado a una solución justa? Posiblemente no, pues, argumentaríamos que se trata de un caso de imposición cultural, lo cual es cierto.

Para poder aproximarnos a un esclarecimiento del problema epistemológico que está en juego en el dilema ético en el

que nos coloca el pluralismo jurídico, permítaseme adelantar algunas consideraciones teóricas relevantes.

1. Hacia un punto de vista neutral

Solamente si somos capaces de demostrar que existe un punto de vista *descontextualizado* acerca de lo que es justo, desde el cual podamos juzgar el comportamiento de los actores sociales, podríamos argumentar que es posible escapar a la imposición etnocéntrica y a la arbitrariedad cultural. John Rawls en su *Teoría de la Justicia* se propone precisamente elaborar un punto de vista incondicionado desde el cual sería posible construir una concepción política de la justicia como imparcialidad. Para ello recurre a la «posición original», que consiste justamente en un artificio intelectual mediante el cual, al colocar un «velo de ignorancia», neutralizamos la influencia de nuestras doctrinas comprensivas y nuestras concepciones del bien en la elaboración de una teoría descontextualizada de la justicia. Se propone algo así como «colocar entre paréntesis» nuestra pre-comprensión del mundo para acceder a una comprensión axiológicamente neutral de la justicia como imparcialidad.

Pero el proyecto rawlsiano se encuentra viciado de entrada, toda vez que es desde una tradición específica, vale decir, desde la cultura pública de las sociedades democráticas modernas, que se extrae los conceptos normativos que sirven para definir la justicia como imparcialidad. Además, podemos añadir que la concepción política de la justicia como imparcialidad no es axiológicamente neutral, pues se esboza desde la admisión de la tolerancia como valor supremo de la convivencia en las sociedades pluralistas. El fracaso del proyecto rawlsiano de la posición original nos enseña que no es posible acceder a un

punto de vista neutral desde el cual podamos proponer una concepción política de la justicia válida para todos los contextos.

2. Sumergidos en el relativismo

Surge así innegablemente la tentación del relativismo; vale decir, la afirmación de que pretender acceder a un punto de vista descontextualizado, es decir, axiológicamente neutral, es a la vez un deseo natural de la razón y al mismo tiempo una imposibilidad inherente a ella.

Efectivamente, acceder a mirar el mundo *como Dios lo mira* sólo sería posible si fuéramos capaces de neutralizar nuestra condición histórica y transformarnos en algo así como espectadores ahistóricos. Esto, sin embargo, es imposible conceptual y fácticamente, pues somos entes que de entrada existimos como proyectos con-los-otros en el horizonte de un mundo cultural e históricamente contextualizado.

Podemos, sin embargo, diferenciar entre un relativismo radical y un relativismo moderado a fin de precisar con claridad nuestra posición. El primero consiste en sostener la tesis de que todos nuestros juicios —con excepción de las proposiciones de las ciencias formales— se encuentran contruidos y por ende influenciados desde nuestra subjetividad empírica. No sería posible, desde este punto de vista, establecer el tipo de relación o el grado de concordancia que hay entre la realidad en sí y nuestras representaciones, pues éstas se encuentran condicionadas por la subjetividad y el contexto.

El relativismo moderado parte del cuestionamiento del modelo representacionalista y de la concepción de la «verdad sin correspondencia». El criterio para escoger entre nuestras

representaciones no puede ser su grado de concordancia con la realidad. Tenemos que seleccionarlas por el grado de la fortaleza racional de sus justificaciones teóricas y por la calidad de los cursos de acción que generan.

Ni el relativismo absoluto ni el relativismo moderado nos ofrecen bases aceptables para proponer una concepción de la justicia con pretensión de universalidad, pues al negar la posibilidad de «un punto de vista neutral» acabamos finalmente por circunscribirnos a una moral subjetiva de los afectos. Así, por ejemplo, el sentimiento de pertenencia a la especie humana se transforma en el fundamento de la solidaridad humana y acaba por anular el principio racional de la igualdad que se basa en la percepción de nuestra invariable dignidad.

3. Hacia una fundamentación hermenéutica de la universalidad

Creemos que el relativismo es una adquisición de la conciencia crítica moderna que nos permite superar tanto el dogmatismo racional de la dignidad igualitaria como la ilusión del «punto de vista neutral». Toda comprensión se configura desde el horizonte de una pre-comprensión que hace posible el surgimiento de preguntas que, a su vez, animan y renuevan la comprensión misma. El círculo entre pre-comprensión y comprensión no es un círculo vicioso. Se retroalimentan recíprocamente. Todo saber es comprensión *en perspectiva*. Cuando se cruzan horizontes de comprensión distintos, se impactan recíprocamente y, por ende, se enriquecen y renuevan. A esto Gadamer lo denomina «la fusión de horizontes». La universalidad existe no como factum, sino como télos intencionado por la fusión de horizontes. En ella se anuncia como

aquello que le da sentido a las diversas empresas comprensivas, sin poder sin embargo ser capturada en el universo de la representación. La universalidad como tólos se afirma y se retira paradójicamente en las representaciones y juicios que se presentan con pretensión de universalidad. No puede ser poseída y sin embargo tampoco puede ser renunciada. Es el referente especulativo teleológico ineludible de todo pensamiento posible que aspira, sin lograrlo, a colocarse en el lugar de *la mirada de Dios*.

La conciencia hermenéutica contemporánea es, así, la superación natural del relativismo moderno, pues, sin renunciar a las adquisiciones de éste, nos conduce más allá del mismo, impidiéndonos recaer en el absolutismo dogmático del realismo pre-crítico.

4. Aplicación de la conciencia hermenéutica a la doctrina de los derechos humanos

El asunto de los derechos humanos en nuestro país es un problema que convoca a políticos, dirigentes populares, educadores, científicos sociales, psicólogos, psicoanalistas, juristas, filósofos y teólogos. Es frecuente en el debate académico la discusión en torno del problema de la universalidad o relatividad cultural de los derechos humanos. Tal manera de plantear el problema de la relación entre la doctrina de los derechos humanos y los contextos culturales conduce inevitablemente ya sea a aporías —falsos problemas sin solución—, a eclecticismos que no aportan nada o a posiciones dogmáticas que impiden que nos adentremos en el debate en torno de los fundamentos de la doctrina de los derechos humanos.

Una correcta formulación del problema requiere de un manejo apropiado de los términos básicos del debate y de las nociones clave que están en juego; a saber, la noción de *lo universal*, *lo particular*, *lo relativo* y *lo absoluto*. La Sociedad Francesa de Filosofía, al revisar y aprobar el *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, de André Lalande, define precisa y funcionalmente los términos del debate. Así, absoluto es lo que tanto en el pensamiento como en la realidad no depende de ninguna otra cosa y lleva en sí mismo su razón de ser. Relativo es lo que se opone a absoluto, lo que está en función de algún otro término. Relativo es lo que no se basta a sí mismo, es aquello que existe y se define en relación con otra cosa. Universal es lo que se define por oposición a lo que sólo se toma particularmente. Es decir, es aquello que es válido para todos los casos, independientemente de los contextos de espacio y tiempo. Finalmente, particular es lo que no pertenece a todos los individuos de una especie considerada, sino tan sólo a algunos de ellos, o hasta a uno.

De acuerdo con esta definición de los términos, podemos decir que lo universal, es decir, lo no contextualizado, no es necesariamente absoluto. Lo particular, es decir, lo contextual, puede ser absoluto pero también puede ser relativo. Lo universal se opone a lo particular: ambos términos poseen una dimensión básicamente lógica y cuantitativa. Lo relativo se opone a lo absoluto: ambos términos poseen una dimensión básicamente ontológica.

Una vez esclarecidos los términos y los planos del debate que nos concierne, resulta imperativo afirmar que preguntarse si los derechos humanos son universales o relativos es una manera incorrecta de plantear el problema, porque en esta formulación se oponen términos que no se oponen entre sí y se confunden planos que se distinguen entre sí. Esto conduce a

aporías teóricas. Sin embargo, en el debate académico, el problema sobre la universalidad o particularidad de los derechos humanos se plantea en términos de universalidad o relatividad. Aceptemos por el momento, a pesar de haber develado sus inconsistencias conceptuales, los términos usuales del debate académico. Habría que afirmar de entrada que la doctrina de los derechos humanos no es universal, pues no es independiente de los contextos, y es relativa sólo si por relativo estamos entendiendo lo que, en sentido estricto, es tan sólo particular. Pero habría que añadir: los derechos humanos son *particulares* y no *universales* porque son *relativos*; es decir, son *construidos* y son *dependientes* de los contextos histórico-culturales desde los que se producen. La afirmación de que la doctrina de los derechos humanos es relativa es demasiado genérica; pues como hemos aclarado anteriormente, hay varios tipos de relativismo, que oscilan entre el relativismo radical y el relativismo moderado.

Además, es una afirmación inconclusa, pues la toma de conciencia del carácter relativo de los derechos humanos no tiene que conducirnos necesariamente a negarles validez multicultural. Antes bien, nos conduce a superar el relativismo cultural mediante la toma de conciencia hermenéutica de su carácter situado. A su vez, la toma de conciencia hermenéutica de su carácter contextual nos impulsa a generar un diálogo intercultural entre las diversas concepciones culturales de los derechos humanos.

La doctrina de los derechos humanos, hay que decirlo, es una doctrina que surge por iniciativa de los países occidentales y que desde sus inicios ha sido sometida a una verdadera consulta intercultural. En 1946, como parte de los trabajos preparatorios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se creó una comisión integrada por historiadores,

filósofos y juristas que realizó un amplio trabajo de consulta entre intelectuales y políticos de las más diversas culturas del planeta. El resultado fue realmente alentador. Los puntos de convergencia en torno de las nociones fundamentales —libertad, dignidad humana, respeto de las identidades culturales, entre otras— fueron sorprendentes.

Esto no impidió, sin embargo, que en 1981 los países islámicos se reunieran en París y firmaran la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos. Los contenidos fundamentales de esta declaración se establecieron a partir de la *charia*, es decir, el Corán, y la *sunna* o tradición del profeta, que contienen las prescripciones y mandamientos musulmanes tanto para el ámbito jurídico como para el ámbito religioso y moral. Ambas declaraciones poseen pretensión de universalidad y al mismo tiempo se encuentran culturalmente contextualizadas. La diferencia, sin embargo, es que la Declaración Universal de 1948 fue sometida a una consulta multicultural. En otras palabras, si bien expresa el punto de vista occidental sobre los derechos humanos, no se limita a éste: posee una intención integradora.

A pesar de ello, en el terreno práctico ha servido también para que las potencias hegemónicas occidentales justifiquen sus políticas intervencionistas, violando así sistemáticamente los derechos humanos en nombre de ellos. También, sin embargo, ha servido y sirve para que instituciones occidentales de derechos humanos denuncien estas violaciones y luchen por la vigencia de los mismos, influenciando significativamente la opinión pública internacional.

Como puede apreciarse, el panorama, si bien es complejo en el terreno teórico, lo es aun más en el terreno práctico. En el nivel teórico constatamos la existencia de conflictos entre la doctrina de los derechos humanos —que tiene como carta de

fundación la Declaración Universal de 1948— y las concepciones no occidentales de los derechos humanos. En el nivel práctico constatamos el uso ideológico de la doctrina de los derechos humanos para justificar incluso prácticas que los contradicen.

A nivel teórico habría que decir que ninguna concepción de los derechos humanos es neutral e incondicionada y por lo mismo no es universal en sentido estricto. El conflicto surge cuando, ignorando el carácter situado de las concepciones culturales de los derechos humanos, y por ende particular, desconocemos su carácter no relativo —en sentido radical o moderado—, sino hermenéutico.

Reconocer que toda concepción de los derechos humanos se configura desde un horizonte de comprensión específico que se retroalimenta con la pre-comprensión que le sirve de base, es la condición necesaria, aunque no suficiente, para que pueda surgir un diálogo intercultural sobre los derechos humanos. El diálogo intercultural es a su vez el espacio abierto para que pueda practicarse una fusión de horizontes que tienda a la universalidad, no como *factum*, sino como *télos* orientador del debate: vale decir, como postulado ético de la praxis multicultural.

A nivel práctico se requiere del diseño y la implementación de políticas que posibiliten el respeto irrestricto de los derechos humanos sin menoscabo del respeto y promoción de las identidades culturales.

5. Implicancias ético-políticas de la conciencia hermenéutica de los derechos humanos

Con el desplome de las jerarquías sociales que eran la base del honor y por ende del régimen de las preferencias, advinieron

las sociedades democráticas basadas en el concepto de la dignidad igualitaria. Sin embargo, la igualación alcanzó solamente los derechos civiles y políticos en el plano legal; no así los derechos económicos, sociales y culturales. Surgió así la «política de la dignidad igualitaria». El desarrollo del concepto moderno de identidad permitió que surgiera posteriormente «la política de la diferencia», mediante la cual se plantea que el reconocimiento de los derechos civiles y políticos es tan importante como el reconocimiento de las identidades culturales. Insistir exclusivamente en las semejanzas —dignidad igualitaria— es, sin embargo, tan nocivo como insistir exclusivamente en las diferencias. Lo primero conduce a un igualitarismo abstracto, a una *ceguera a la diferencia* que soslaya las relaciones de poder existentes entre las identidades culturales. Lo segundo conduce por otro lado a un atomismo cultural y por ende a la desintegración social.

La política de la diferencia encuentra un punto de equilibrio cuando, evitando radicalismos comunitaristas, integra el compromiso con la defensa del florecimiento de las identidades culturales en riesgo, con la protección de los derechos humanos civiles y políticos de todos los ciudadanos. La política de la diferencia no es, pues, la negación de los principios de la política de la dignidad igualitaria; es más bien su complemento necesario. Sin embargo, es incompleta.

No podemos limitarnos a un punto de vista parcial según el cual el problema del reconocimiento es un problema exclusivamente de respeto y aprecio de las identidades culturales. No basta el reconocimiento de las identidades cuando existen además entre ellas relaciones de injusticia distributiva. Se necesita por ello también el diseño de políticas sociales y económicas que no se limiten a asegurar el crecimiento económico y el ingreso *per cápita* —una abstracción matemática

que soslaya las diferencias sociales—, sino que incluyan en su diseño e implementación el problema de la justicia distributiva. Solamente así estaremos sentando las bases de una sociedad en la que los derechos humanos, lejos de limitarse a existir como exigencias retóricas moralistas, se vayan encarnando en las realidades concretas.

BIBLIOGRAFÍA

1. GADAMER. *Verdad y método*. Salamanca: Ed. Sígueme, 1977.
2. KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós, 1996.
3. RAWLS, J. *Liberalismo político*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
4. RAWLS, J. *Teoría de la justicia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
5. RAWLS, J. «El derecho de gentes». *Isegoría*, N.º 16, mayo, 1997.
6. TAYLOR, Ch. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.
7. WALZER, M. *Moralidad en el ámbito local e internacional*. Madrid: Alianza, 1996.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA
ÉTICA CRISTIANA

Monseñor Óscar Alzamora Revoredo, S.M.

Los derechos humanos y la ética cristiana

*Monseñor Óscar Alzamora Revoredo, S.M. **

En relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, existe un documento muy importante de la Santa Sede, que es la encíclica *Pacem In Terris* de Juan XXIII, de 1963. Es una lástima que haya transcurrido tanto tiempo (15 años), entre el 48 y el 63, para tal pronunciamiento, pero tal tardanza posiblemente se debe a un cierto malestar de la Santa Sede respecto al uso que se ha dado a esta Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Iglesia no puede prescindir en su magisterio de la palabra de Dios. La Declaración de los Derechos Humanos, en una forma muy comprensible, fue elaborada de tal manera que debía complacer a aquellos Estados que tenían un fundamento religioso así como a los que tenían un fundamento explícitamente ateo. Además, entre los Estados que tenían un fundamento religioso existían diversas religiones. Por lo cual, la Declaración Universal de los Derechos Humanos se quedó en el ámbito de lo fáctico o del derecho.

Tal vez la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas tuvo como base la experiencia tan atroz de la Segunda Guerra Mundial y las ideologías que la precedieron, en las cuales parecía que lo único válido eran los

* Profesor de Teología en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Obispo Auxiliar de la Arquidiócesis de Lima.

intereses y el poder, de modo que en el fondo eran una negación del derecho como tal. La visión positiva del derecho hacía que una norma fuera válida si había estado dada por las autoridades que se suponían legítimas. Esta concepción llegó a tales extremos de inhumanidad que, por ejemplo, la declaración de guerra motivada simplemente por intereses o planes de hegemonía mundial se consideraba jurídicamente inatacable. Esta concepción del Derecho obedecía a una manera de ver las cosas en las cuales lo ético estaba prácticamente eliminado. Peor aun, para algunos, lo ético dependía del grupo de personas, nación o partido que decidían por sí y ante sí lo que era correcto o incorrecto.

Se nota en la Declaración Universal la ausencia de una base más objetiva, que era tal vez imposible de alcanzar en un mundo en el cual había un pluralismo de pensamiento, sobre todo en materia ética. Me da la impresión de se trataba en la Declaración Universal de Derechos Humanos de encontrar una estructura práctica en la cual se alcanzaran consensos, lo que significó sacrificar las bases éticas que hacían válida esta declaración.

Ante esto, el Papa Juan XXIII escribió su encíclica *Pacem in Terris* al constatar que no había paz en el mundo, a pesar de la Declaración de los Derechos Humanos suscrita por todos los países de la comunidad internacional. Y es que, en el fondo, las naciones o los estados no sienten que están moralmente obligados; es una amoralidad consecuencia de una filosofía nihilista subyacente o totalmente subjetivista y relativista. Sería muy interesante conectar toda esta problemática con dos encíclicas fundamentales del Papa actual, donde justamente se cuestiona toda esta relatividad de la verdad, la *Veritatis Splendor* y la *Fides et Ratio*.

Lo que el Papa Juan XXIII quiso hacer en su encíclica fue dar una alternativa frente a la Declaración Universal de Dere-

chos Humanos, a pesar de que en la encíclica no se menciona esta declaración. Sin embargo, conociendo la mentalidad y la problemática de la época, eso se ve claramente subyacente en todo el documento.

La encíclica hace alusión a la doctrina de Pío XII, que tomó como lema de su pontificado una frase de Isaías: «La paz es obra (resultado) de la justicia»; si no hay justicia no hay paz. Respecto de lo que se debe de entender por justicia, se parte de la premisa de que no es solamente el reconocimiento de derechos: lo que es mío, no me lo toques; lo que es tuyo, yo lo respeto. Esta es una justicia concebida como separación de entes individuales y aislados. La encíclica apunta a una dimensión más integral, que es la dimensión de la solidaridad. No basta decir: «Tú eres otro, entonces yo respeto tu alteridad», sino: «Tú eres parte de mí mismo y tus problemas son mis problemas, tus triunfos son mis triunfos, tú eres parte de mí y yo soy parte de ti». Esa es la solidaridad que, como virtud teológica, se conoce con el nombre de caridad; pero sin llegar a una fundamentación teológica propiamente dicha, la solidaridad es una virtud humana: yo te ayudo no porque tenga la obligación de ayudarte ni tampoco porque tú me fuerzas a ayudarte, ni tampoco porque yo puedo perder prestigio no ayudándote, sino porque yo reconozco que estamos vinculados íntimamente, los unos con los otros. Esta es una reacción contra una concepción de los seres humanos como islas, o como piedras yuxtapuestas y que por lo tanto sólo deben preocuparse por trabajar en una forma en la que no se estorben, y tal vez crear mecanismos de coordinación para satisfacer intereses comunes.

¿Qué cosa es un derecho? La misma palabra tiene una cierta ambigüedad, pues pertenece al campo del derecho y también al campo de la ética, como una obligación moral, y no tanto

como una estructura jurídica. La concepción de la cual parte el Papa Juan XXIII es que el derecho es una cualidad que posee todo hombre por el hecho de ser hombre, no es algo concedido por el Estado o por el grupo que esté en el poder, sino que es algo que pertenece al hombre en cuanto hombre, y que es exigencia de su naturaleza. En la filosofía actual ha sido cuestionada fuertemente por muchas corrientes la noción de naturaleza. Así, ciertas corrientes existencialistas señalan que el hombre no tiene una naturaleza, sino que es pura libertad (arbitraria).

La arbitrariedad llega a derrotarse a sí misma porque, si no estamos obligados moralmente a hacer nada, entonces nada tiene importancia. Esta es precisamente una frase de la novela *Los Hermanos Karamazov* de Dostoievski. Me parece sumamente elocuente: si todo está permitido, nada tiene importancia, y si no hay naturaleza, todo está permitido. Yo no estoy obligado a nada porque yo soy libre, y tú eres libre. Sartre llega a decir «el infierno son los otros», porque rompen mi pretensión de tener un proyecto de vida totalmente autónoma.

Por otro lado, existe también una relación entre derechos y deberes: si otro tiene un derecho, yo tengo el deber de respetar ese derecho pero también tengo el deber de hacer valer mi derecho, no porque me convenga sino porque forma parte de un orden público, indispensable para que la convivencia humana no sea simplemente una convivencia práctica. Se debe entender que hacer cumplir mi derecho implica concebir la sociedad humana como un ente moral más que como una yuxtaposición mecánica y práctica. Asimismo, hay que admitir indudablemente que no todos los derechos pueden ser deducidos limpiamente de la naturaleza humana; más aun, hay que admitir que la concepción que se tiene de naturaleza humana varía muchísimo de sistema en sistema, de época en época, de país en país, e incluso de persona a persona. Pero el Papa está

fundándose en la revelación cristiana que no solamente nos da una idea de quién es Dios, sino también de quién es el hombre. Toda ética presupone una antropología, una concepción del hombre. Por eso se puede hablar claramente de una concepción cristiana del hombre y por lo tanto de una ética cristiana.

Si estamos en un ámbito cultural en el cual prevalece el relativismo, cada uno puede tener del hombre la idea que quiere; no existe la posibilidad de un consenso ético sino que solamente hay que afirmar algo puramente práctico para lograr una *convivencia civilizada*. Habría en este punto que analizar cuál es la diferencia entre lo civilizado, lo bárbaro o lo salvaje. Si hay un pluralismo de concepciones, lo que además se afirma como un derecho, la consecuencia es que jamás va a existir un verdadero entendimiento del hombre y la convivencia humana será un hecho puramente práctico y, por lo tanto, efímero o sumamente frágil.

El Papa entonces presenta, como testimonio de la Iglesia ante el mundo, qué es lo que sucede cuando uno acepta que los derechos del hombre son producidos por Dios, la persona absoluta que nos creó y nos dio nuestra propia dignidad. No se conforma con afirmar esto, que ya sería muchísimo, sino que hace una enumeración de derechos concretos, comenzando por el derecho a la vida, a la existencia, y al mismo tiempo a un nivel de vida digno. No se trata solamente de afirmar que el hombre tiene derecho a vivir, como si fuera un animal, sino que tiene el derecho a vivir como una persona humana. Se afirma desde el principio la dignidad humana. Otro derecho fundamental señalado por el Papa —bastante extraño a nuestra manera de concebir las cosas, por la cual, lo económico y lo político suelen ser lo importante— es el referido a los valores morales y culturales, entre los cuales destacan los valores

religiosos, como por ejemplo, el derecho de honrar a Dios, no según el propio gusto sino según el dictamen de una recta conciencia.

Posteriormente se señalan otros derechos, y mucho después los derechos económicos y políticos, como el derecho a la elección del propio estado civil, a contraer matrimonio y a la asociación de varios para objetivos honestos, entre otros. Es interesante ver la prioridad que da el Papa a estos derechos sobre los vinculados a la relación del hombre con las cosas. Si bien el derecho de propiedad indudablemente involucra a otras personas en tanto se exige a éstas el respeto a la relación del hombre con lo suyo, el derecho a la elección del propio estado, el derecho de asociación y el derecho a la inmigración son derechos que impulsan relaciones de una persona con otra. Entonces, hay una prioridad en la relación interpersonal sobre el derecho puramente económico o político.

Junto con estos derechos, la encíclica establece una serie de deberes. La inseparable correlación entre derechos y deberes en la misma persona, la reciprocidad de derechos y deberes entre personas diferentes, como el deber de colaborar y el derecho de contribuir al bien común, la convivencia en la verdad, en la justicia, en el amor y en la libertad es un cuarteto de elementos que el Papa va a repetir muchas veces en diversos escritos y no solamente en esta encíclica.

Asimismo, afirma como fundamento del derecho mismo la naturaleza de la persona, que viene de Dios. Si uno dice: «yo no creo en Dios», entonces no hay ninguna fundamentación realmente objetiva del derecho. Se trataría de una coincidencia siempre efímera de opiniones o de maneras de sentir que tiene como base el interés: yo quiero que se respeten *mis* derechos, entonces yo respeto los derechos *de los demás*. Esta es una visión abstracta del orden moral, que sería una visión

filosofada del principio: «no hagas a otros lo que no quieres que te hagan a ti».

En la segunda parte de su encíclica, el Papa Juan XXIII establece las relaciones entre los hombres y los poderes públicos, en el seno de las distintas comunidades políticas. Lo que ha hecho en la primera parte de su encíclica ha sido establecer el fundamento de los derechos y deberes en la persona; en la segunda se refiere a la relación entre los hombres y los poderes públicos, para en la tercera referirse a la relación entre las comunidades políticas. En esta tercera parte de su encíclica trata de las minorías, de la solidaridad, del equilibrio entre población, tierra y capital, el problema de los prófugos políticos, el desarme y el desarrollo. En la cuarta parte, se destaca la relación entre individuo, familia y asociaciones, por una parte, y la comunidad mundial, por la otra, comunidad mundial que todavía no ha logrado consolidarse en la práctica, puesto que las Naciones Unidas siguen siendo un foro de conversación pero no un reconocimiento de que la comunidad humana universal tenga una estructura de derechos y deberes en sí misma. Por último, la encíclica señala toda una serie de recomendaciones pastorales destinadas a señalar lo que la Iglesia se siente llamada a hacer al respecto. No basta dar reglas para el comportamiento de otros, sino que es muy importante que la Iglesia se pregunte: "¿cuáles son *mis* responsabilidades pastorales?" Esto se encuentra directamente relacionado con el deber de tomar parte en la vida pública y no decir: «mientras no me toque a mí, qué me importa lo que ocurra con los demás». Después la encíclica habla de la necesidad de una competencia científica, de la experiencia profesional que uno debe desarrollar, del restablecimiento de la unidad de los creyentes, de todo lo que la Iglesia puede hacer para reafirmar su propia unidad y la relación entre fe religiosa y conducta mo-

ral, del desarrollo integral de los seres humanos. Este último tema va a ser retomado magistralmente por el Papa siguiente, Pablo VI, después del Vaticano II, en su encíclica fundamental, que es *Populorum Progressio*, el desarrollo de los pueblos. La encíclica también afirma la necesidad de que haya una convergencia sobre este tema entre católicos y no católicos, y señala las etapas para alcanzar este objetivo, concluyendo con una invocación a Jesús como el Príncipe de la Paz, aquel que pone paz entre los seres humanos y su Padre, que es la condición básica para la paz entre los seres humanos.

Esto será luego desarrollado sobre todo por el Papa actual en sus encíclicas sociales. No puede haber paz efectiva entre los seres humanos si no está basada en la reconciliación entre Dios y el hombre, que ha sido efectuada por Jesucristo y en Jesucristo. La ruptura de los hombres con Dios lleva a una ruptura de los hombres entre sí, de los hombres con la naturaleza y del hombre consigo mismo y como consecuencia es el restablecimiento de esa unidad ante Dios y los hombres lo que llevaría a la reconciliación entre los hombres, la reconciliación del hombre con la naturaleza y la reconciliación del hombre consigo mismo.

ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL
CINCUENTENARIO DE LA DECLARACIÓN
UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan José Ruda Santolaria

Algunas consideraciones a propósito del Cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Juan José Ruda Santolaria*

Un buen inicio para la reflexión en torno de la Declaración Universal de Derechos Humanos puede ser recordar que, al momento de la adopción de su texto por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se estimaba que aquélla:

No es un tratado, ni un acuerdo (*agreement*) internacional. No es, ni pretende ser, una declaración de derecho o de obligación jurídica. Es una declaración de principios básicos de derechos humanos y libertades, impresa con la aprobación de la Asamblea General con el voto formal de sus miembros para que sirva como un ideal común por el cual todos los pueblos y naciones deben esforzarse.¹

En ese sentido, se apuntaba a reivindicar la dignidad humana, proclamando los derechos fundamentales del hombre, tras la barbarie de la Segunda Guerra Mundial y las atrocidades perpetradas por el nacionalsocialismo.² Pese a ello, la

* Profesor de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Investigador Asociado del Instituto de Estudios Internacionales y Miembro del Instituto Riva Agüero.

¹ Cfr. ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*. 2ª ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998, p. 78, nota 93.

² Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y*

elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos acabó siendo sumamente compleja por las profundas diferencias entre los Estados occidentales y los del entonces *bloque socialista* en la concepción de la materia; el resultado evidencia un equilibrio de las posiciones ideológicas enfrentadas.³

Precisamente, el texto de la Declaración incorpora tanto los derechos individuales como los económicos y sociales. De tal manera, se recoge la tradición liberal occidental, consiguiendo los derechos clásicos consagrados desde la Revolución Francesa, al igual que se amplía el espectro con la nueva categoría de los derechos económicos y sociales; empero, la novedad se plantea con estos últimos pues, según recuerdan Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa, el representante de Bélgica destacó en la fase de discusión que «[...] es sólo a partir del artículo 22 cuando de verdad innovamos en materia de derechos humanos».⁴

El análisis de la Declaración en perspectiva histórico-jurídica reviste enorme importancia, especialmente si se aprecia el hecho de haber colocado al individuo y sus derechos en pri-

Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Tecnos, 1966, pp. 41-47. DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 10.ª ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 647. MARIN CASTAN, María Luisa. «La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ¿Nuevo derecho natural de la humanidad?». En: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Edición dirigida por Manuel Balado y J. Antonio García Regueiro. Barcelona: Centro Internacional de Estudios Políticos, Editorial Bosch, 1998, p. 151. NOVAK TALAVERA, Fabián. «La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después». *Agenda Internacional*, Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IV, Nº 10, enero-junio 1998, p.77. ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. Ob.Cit., p. 37, 52-53.

³ Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. Cit., pp. 38, 50. ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. Ob. Cit., pp. 44-45, 47, 49.

⁴ Vid ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. Ob. Cit., p. 62, nota 51.

mer plano a escala internacional. Hasta ese momento, el tratamiento del asunto estaba centrado en el ámbito del Derecho interno de cada Estado, siendo objeto de atención internacional el estatuto de las *minorías* (dan cuenta de ello, e.g., los acuerdos concertados durante el siglo XIX con el Imperio Otomano para preservar ciertas libertades de los cristianos que habitaban territorios sometidos a su dominio y algunos de los tratados de paz celebrados al finalizar la Primera Guerra Mundial), la situación de los extranjeros y la eventual recurrencia de un Estado determinado a la figura de la *protección diplomática* para velar por nacionales suyos en el exterior cuyos derechos hubiesen sido conculcados.⁵ Cabe afirmar, coincidiendo con el jurista alemán Rainer Arnold, que:

La Declaración de 1948 [...] supone el principio del fin de la mediación del Estado soberano en las relaciones internacionales del ser humano. El hombre, tradicionalmente no reconocido como sujeto de derecho internacional público, se transforma, con el incremento de reglas internacionales sobre su protección, en un agente de gran relevancia internacional. Con el paso del tiempo, en lugar de declaraciones meramente programáticas, no estrictamente vinculantes, se crean convenciones regionales y universales que establecen, como labor de sus signatarios, el deber de respetar todos los derechos convencionales reconocidos, más allá

⁵ *Ibíd.*, pp. 35-36. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, pp. 24-27. DE LA FUENTE y DE LA CALLE, María José. «Los deberes del hombre, garantía de sus derechos fundamentales y de la convivencia social». En: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (vid ut supra nota 2), pp. 121-122. NOVAK, Fabián. *Ob. Cit.*, pp. 76-77. ODA, Shigeru. «El individuo en el Derecho Internacional». En: Sorensen, Max (ed.). *Manual de Derecho Internacional*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 474-476.

de su establecimiento escrito en las convenciones, como obligaciones erga omnes y, según una parte de la doctrina, como *ius cogens*.⁶

Además, si bien la evaluación de la Declaración Universal de Derechos Humanos debe tratar cómo fue concebida, no puede limitarse únicamente a ello. La tarea valorativa, según se resalta en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha de incluir el desarrollo experimentado en el Derecho con posterioridad; a la vista de tal evolución, tendrá que considerarse el rango actual de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁷

En efecto, hoy en día, se han planteado distintas posiciones acerca de si la referida Declaración resulta jurídicamente obligatoria. Algunos tratadistas arguyen que aquella no cuenta por sí misma con fuerza jurídica, sino constituye un texto de notable influjo político y filosófico que, más bien, ha servido como base indiscutible para el avance de los últimos lustros en materia de derechos humanos; tal avance comprende la adopción y entrada en vigor de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos y Sociales, respecto de los cuales sí cabe sustentar la obligatoriedad de sus disposiciones en razón de ser instrumentos convencionales del derecho de gentes. En consonancia con este planteamiento, Rainer Arnold señala:

⁶ ARNOLD, Rainer «La Declaración Universal de Derechos Humanos y su importancia para el desarrollo de la cultura del derecho». En: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario (vid ut supra nota 2)*, pp. 59-60.

⁷ Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. Cit., pp. 104-105. NOVAK, Fabián. Ob. Cit., pp. 84-85.

[...] que un estado que viole los Derechos Humanos, en el sentido como los concibe la Declaración, no puede considerarse, en la opinión pública de las naciones, como un estado conforme a las ideas aceptadas por la comunidad internacional. Es un deber ideológico adecuarse a la Declaración, deber que se convierte en jurídico con la entrada en vigor de los Pactos Internacionales adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966: Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ([..])El hecho de que la Declaración fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, creadas para iniciar un nuevo capítulo en la historia de la humanidad, le atribuye a la Declaración un peso moral suficiente como para constituirse en guía cultural que se impone a las sociedades. Y aunque —como ya se ha indicado— no sea jurídicamente obligatoria es tal su fuerza ideológica como para conducir necesariamente, con el paso del tiempo, a una determinación jurídica misma.⁸

En esa línea, se pronuncia también la profesora española Paloma Binglino cuando dice que:

[...] la trascendencia de una Declaración Universal de Derechos Humanos no puede ni debe medirse a partir de la eficacia jurídica que posee a la hora de garantizar las facultades por ella proclamadas. En organizaciones internacionales, que parten del reconocimiento de la soberanía de los Estados, alcanzar este objetivo supera con creces las propias intenciones de quienes redactaron dichos textos. [...] Existe un acuerdo generalizado a la hora de afirmar que el problema actual de los Derechos Humanos no consiste tanto

⁸ ARNOLD, Rainer. Ob. Cit., pp. 61-62.

en proclamarlos como en protegerlos. Esta afirmación, difícil de rebatir, no pone en cuestión la trascendencia de una declaración como la de la ONU. Muy al contrario, confirma su necesidad. La garantía de los derechos fundamentales exige, antes que nada, que exista un texto escrito en que se recojan aquellas facultades de los individuos y de los grupos que la mentalidad del momento considera inherentes a la dignidad de la persona. La protección jurídica de estos derechos precisa, además, que la declaración haya sido elaborada mediante el pacto y la negociación, de manera que exista un consenso lo más amplio posible acerca del carácter fundamental de su contenido. Sólo cuando se dan estos requisitos y a partir de los mismos, puede empezarse a hablar de instrumentos de garantía que permitan a los ciudadanos exigir que el poder público cumpla con los compromisos adquiridos.⁹

No obstante, existe un criterio, cada vez más difundido y válido en mi opinión, que atribuye carácter *vinculante*, obligatorio, a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dentro de esta postura hay, a su vez, pareceres diversos, en el sentido de sustentar la fuerza jurídica de aquella en diferentes consideraciones; los principales argumentos en respaldo de tal tesis han sido expuestos ampliamente por Fabián Novak en un reciente artículo aparecido en *Agenda Internacional*, revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.¹⁰ Para unos, la Declaración Universal de Derechos Humanos se habría con-

⁹ BINGLINO CAMPOS, Paloma. «Acerca del significado jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos». En: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (vid ut supra nota 2), pp. 72, 75.

¹⁰ NOVAK, Fabián. Ob. Cit. (vid ut supra nota 2).

vertido con el paso del tiempo en una interpretación autorizada de la Carta de Naciones Unidas en materia de derechos fundamentales, dado que la valoración adecuada de un tratado internacional debe incorporar como parte del contexto la práctica ulterior ligada a su aplicación;¹¹ así,

[...] la Declaración Universal de Derechos Humanos se consolidó progresivamente en la práctica internacional como una especie de modelo o estándar de referencia, con innegable significado y valor jurídicos, en tanto que interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.¹²

Muchas de las disposiciones del instrumento constitutivo de la principal organización internacional se entienden ahora a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos o conjugadas con lo establecido por ésta. Justamente el profesor Carrillo Salcedo se refiere a ello cuando explica que:

La demora de la Organización de las Naciones Unidas en adoptar los Pactos internacionales de derechos humanos, en efecto, hizo indispensable precisar las obligaciones de los Estados miembros de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos ya que [...] la Carta de las Naciones Unidas no las definía. En este esfuerzo, la Declaración fue utilizada regular y normalmente en la práctica como criterio con el que medir el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos, de tal forma que cuando algún Estado, la Organización de las Naciones Unidas o cualquier otra Organización Interna-

¹¹ Cfr. NOVAK, Fabián. Ob. Cit., p. 81.

¹² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. Cit., pp. 52-53.

cional deseaba invocar normas internacionales de derechos humanos, o condenar su violación, hacían referencia a la Declaración Universal.

[...] la continua utilización de la Declaración Universal por la Organización de las Naciones Unidas permite sostener que aquélla fue aceptada como interpretación legítima de las normas relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las relativas a la obligación jurídica de los Estados de promover la observancia de los derechos humanos. De ese modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos se fue integrando en el Derecho de las Naciones Unidas como parte esencial de la estructura constitucional de la comunidad internacional, al haber contribuido a dar precisión a los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas relativas a derechos humanos.¹³

Entretanto, para otros, existiría una «costumbre internacional», originada en la actitud de los Estados que toman la Declaración como referente para su propio comportamiento; la *opinio iuris* estaría dada por asumir como obligatorio el contenido de aquella, mientras que el «elemento material» se verifica con «la práctica de los Estados de la ONU» o al comprobar «[...] si las infracciones contra la Declaración Universal son tratadas en los ordenamientos jurídicos nacionales como violaciones a una regla de Derecho».¹⁴

Igualmente, debe considerarse que, si bien la Declaración objeto de análisis se proclama *universal*, es altamente discutible atribuir tal carácter a todo su contenido, i.e., al conjunto de los derechos enunciados sin excepción. Ello, siguiendo nueva-

¹³ *Ibíd.*, pp. 51, 53.

¹⁴ NOVAK, Fabián. *Ob. Cit.*, pp. 81-83.

mente a Oraá y Gómez Isa, se puso en evidencia desde su redacción y la aprobación del texto; a modo de ejemplo, puede traerse a colación el artículo 16, de clara inspiración occidental y cristiana, respecto a la concepción de la familia como «célula básica de la sociedad», la igualdad entre los cónyuges y la libre expresión del consentimiento de los contrayentes para entender válidamente celebrado el matrimonio. No es casual que:

[...] algunas delegaciones del mundo islámico presentes en las discusiones que condujeron a la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresaron ciertas reservas al respecto motivadas fundamentalmente por factores de tipo cultural y de tipo religioso. Tanto es así que, finalmente, [...] Arabia Saudí se abstuvo en la votación final sobre la Declaración Universal porque no estaba totalmente de acuerdo con la redacción final de este artículo 16 y del artículo 18 [...]. En este sentido, un gran conocedor de los derechos humanos como es el internacionalista australiano Philip Alston ha recomendado 'la importancia de ser culturalmente sensibles en nuestra interpretación y aplicación de alguna de las normas contenidas en la Declaración', citando en especial este artículo 16 y su afirmación de que la familia es 'el elemento natural y fundamental de la sociedad'. Esta afirmación puede que sea cierta en el mundo occidental, pero a medida que nos alejamos, en sentido cultural y antropológico, de ese mundo, la misma afirmación se va difuminando y comienza a perder nitidez progresivamente. Por poner tan sólo un ejemplo, la forma de entender la familia en ciertas partes de África no tiene nada que ver con la concepción occidental de la familia basada en la familia nuclear.¹⁵

¹⁵ ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. Ob. Cit., p. 59.

En cualquier caso, existe un *núcleo duro* en materia de derechos humanos, constituido, v.gr., por los derechos fundamentales recogidos en la Declaración Universal proclamada por las Naciones Unidas y en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario. Tales derechos revisten una obligatoriedad *erga omnes*, dado que, hasta en situaciones extremas, resultan de cumplimiento inexcusable para todos los Estados, organizaciones, grupos de diversa índole e individuos. Coincidentemente con esta postura, Carrillo Salcedo realza

[...] el camino seguido por la Corte Internacional de Justicia en orden a proclamar el carácter obligatorio de algunas de las disposiciones de la Declaración Universal —las relativas a derechos fundamentales— [...] la vía de los principios generales inscritos en la Carta de las Naciones Unidas y desarrollados por la Declaración Universal.¹⁶

El propio Carrillo destaca, a continuación, que:

[...] los derechos humanos fundamentales, esto es, aquéllos que son absolutos y no pueden ser derogados en ninguna circunstancia (como los enunciados, por ejemplo, en el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, y algunos de los proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos), integran el núcleo duro de los derechos

¹⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. Cit., p. 105. Cfr. también: JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. «La calificación y regulación jurídica internacional de las situaciones de violencia interna», ponencia presentada al XX Congreso del Instituto Hispano Luso Americano Filipino de Derecho Internacional, celebrado en Manila del 7 al 12.9.1998. MANGAS MARTÍN, Araceli. *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1992, pp. 67-80.

humanos, en tanto que expresión jurídica universal: la del rechazo de la barbarie.¹⁷

A la par, Oraá y Gómez Isa hacen hincapié en que:

Cualquiera que sea la interpretación sobre la fundamentación del carácter jurídico actual de la Declaración y, por tanto, de su obligatoriedad ('interpretación autorizada de la Carta', 'derecho internacional consuetudinario', o incluso 'expresión de principios generales de derecho sobre los que existe aceptación general'), el problema central estriba en precisar qué artículos en concreto de la Declaración son hoy obligatorios para todos los estados de la comunidad internacional como consecuencia de su aceptación general. Es evidente que no se puede colocar al mismo nivel el derecho a la vida (artículo 3) o la prohibición de la tortura (artículo 5) y el derecho a unas vacaciones pagadas (artículo 24).¹⁸

Para determinar cuáles derechos revisten carácter *vinculante*, estos últimos autores recurren al informe presentado en 1994 por el Comité de Derechos Humanos de la International Law Association (ILA), donde se señala que:

[...] podrían ser normas jurídicas vinculantes para todos los estados de la comunidad internacional, como normas de derecho consuetudinario:

1.1 Las contenidas en los artículos 1, 2 y 7, que expresan el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en el goce de los derechos. Sería difícil negar la aceptación general de este derecho, aunque en la práctica de los Estados no se encuentre un pleno cumplimiento de este principio

¹⁷ *Ibíd.*, l. cit.

¹⁸ ORAÁ, Jaime y GÓMEZ ISA, Felipe. *Ob. Cit.*, pp. 81-82.

de igualdad. [...] La discriminación por motivos de raza es contemplada por toda la doctrina como prohibida por el Derecho Internacional general e, incluso, declarada norma de *ius cogens*.

1.2 Las garantías del artículo 3 (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad) están formuladas de manera muy general como para constituir un estándar útil y operativo. Sin embargo, la protección del derecho a la vida ha sido citada siempre como una de las normas de Derecho Internacional consuetudinario, de tal manera que la práctica de los asesinatos, desapariciones y la privación arbitraria de la vida han sido condenadas universalmente como violaciones del derecho a la vida.

1.3 La prohibición de la esclavitud (artículo 4), la prohibición de la tortura (artículo 5), la prohibición de las detenciones arbitrarias prolongadas (artículo 9), el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6), el derecho a un juicio justo (artículos 10 y 11) y el derecho a contraer matrimonio (artículo 16) también podrían entrar dentro de las normas consuetudinarias.¹⁹

Así, Fanny Castro-Rial afirma que:

La Declaración es hoy en día la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un 'derecho superior', un 'higher law', cuyos principios no pueden desconocer sus miembros.

La oponibilidad jurídica de la Declaración Universal desde una perspectiva formal es relativa, porque el texto en sí mismo considerado carece, en principio, de obligatoriedad, si bien gran parte de los derechos proclamados ha alcanzado un valor superior en el proceso consuetudinario. Y hoy en

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 82-83.

día son invocables 'erga omnes', porque establecen un 'denominador común' mínimo que es aceptado por la generalidad de Estados.²⁰

El profesor Antonio Truyol Serra, citado por María Luisa Marín Castán en un brillante trabajo que acaba de publicarse en España, sostiene también que:

La Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un 'derecho superior', de un 'higher law', cuyos principios no pueden desconocer sus miembros.²¹

A mayor abundamiento, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia refleja perfecta concordancia con la idea de que los derechos fundamentales recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos constituyen un *higher law*. Buena prueba de ello está dada por lo resuelto en el caso de los miembros del personal diplomático y consular de los Estados Unidos de América en Irán hechos rehenes por estudiantes fundamentalistas islámicos; en este asunto, el fallo del Tribunal estableció que:

El hecho de privar abusivamente de su libertad a seres humanos y de someterles a coacción física en penosas condiciones es manifiestamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales

²⁰ CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. «La Declaración Universal como elemento básico del orden internacional». En: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (vid ut supra nota 2), pp. 79-80.

²¹ Vid MARIN CASTAN, María Luisa. Ob. Cit., p. 151, nota 20.

enunciados en la Declaración Universal de derechos humanos.²²

Previamente, en el caso de la Barcelona Traction, la Corte Internacional de Justicia había incluido entre las fuentes de las obligaciones *erga omnes*:

[...] los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo entre ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. Ciertos derechos de protección correlativos se han integrado en el Derecho internacional general [...]; otros han sido conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal.²³

Por ende, resulta pertinente afirmar que se habría producido el «renacimiento de un 'iusnaturalismo difuso'» planteado por María Luisa Marín Castán.²⁴ Tal aseveración se justifica, apuntan dicha autora y Bobbio, en que:

[...] la Declaración Universal representa un hecho nuevo en la historia, en cuanto que por primera vez [...] un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado, a través de sus gobiernos respectivos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra. Con esta Declaración un sistema de valores es (por primera vez en la historia) 'universal' no en principio, sino

²² Cfr. Asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en CASANOVAS y LA ROSA, Oriol. *Casos y textos de Derecho Internacional Público*. 4.^a ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 463.

²³ Vid. PUENTE EGIDO, J. *Casos Prácticos de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1997, p. 313.

²⁴ Cfr. MARÍN CASTÁN, María Luisa. *Ob. Cit.*, p. 151.

'de hecho', en cuanto que el consenso sobre su validez e idoneidad para regir la suerte de la comunidad futura de todos los hombres ha sido explícitamente declarado.²⁵

A mérito de ello, cobra consistencia la figura del individuo como «sujeto de derechos y obligaciones» y titular de «responsabilidad activa o pasiva» frente al Estado del cual sea nacional o bajo cuya jurisdicción se encuentre, e inclusive, respecto de cualquier miembro de la comunidad internacional.²⁶ La experiencia de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, inmediatamente anterior a la adopción del texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, evidencia un profundo cambio de actitud en comparación al pasado inmediato.²⁷ La reciente formación de tribunales ad hoc para juzgar a los responsables de los terribles crímenes cometidos en Ruanda y la antigua Yugoslavia vuelve dramáticamente a poner de manifiesto que las violaciones de los derechos fundamentales de miles de personas no son privativas de otros tiempos y llama la atención sobre la necesidad, pese a las serias dificultades que acarrea, de castigar a los responsables de tamañas atrocidades y no consentir su impunidad.²⁸

²⁵ *Ibíd.*, p. 149, nota 15.

²⁶ Cfr. GUERRERO APRAEZ, Víctor. «La Corte Penal Internacional como instrumento de los Derechos Humanos». En: *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998 en Roma, Santa Fe de Bogotá, Presidencia de la República, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, julio 1998, p. 11.

²⁷ Cfr. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Ob. Cit.*, pp. 41-43.

²⁸ Cfr. FERRER LLORET, Jaume. *Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, Universidad de Alicante, 1998, pp. 67-75. GUERRERO APRAEZ, Víctor. *Ob. Cit.*, p. 8. REMIRO BROTONS, Antonio y RIQUELME CORTADO, Rosa M.; DIEZ-HOCHLEITNER, Javier;

En ese sentido, la adopción, en la Conferencia de Roma de julio de 1998, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional constituye un hito de gran trascendencia dentro del proceso que tiene la Declaración Universal de Derechos Humanos como su referente fundamental; así, como lo resalta el jurista colombiano Víctor Guerrero, se produce un salto cualitativo cuando se rebasa la noción de los tribunales ad hoc para casos específicos, como ha ocurrido en los ejemplos citados de Ruanda y la ex Yugoslavia por iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y se plantea la idea de un tribunal provisto de competencia general hacia el futuro en cuanto los Estados sean partes del estatuto o acepten someter un asunto determinado a la jurisdicción de aquél.²⁹ Empero, dicha competencia resultaría supletoria frente a la de los Estados, dado que operaría de manera complementaria a la de estos, sin superponerse ni sustituirlos.³⁰

En mi concepto, es altamente positivo que se intente preservar el *núcleo duro* representado por los derechos fundamentales a que se ha hecho antes referencia erigiendo un Tribunal Penal Internacional. De llegar éste a entrar en funcionamiento, luego de la ratificación del estatuto por sesenta

ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc.Graw-Hill, 1997, pp. 1004-1005. Vid. diversos artículos sobre jurisdicción penal internacional y derecho internacional humanitario: Los Tribunales para ex Yugoslavia y para Ruanda, aparecidos en la Revista Internacional de la Cruz Roja, N.º 144, noviembre-diciembre 1997.

²⁹ Vid. GUERRERO APRAEZ, Víctor. Ob. Cit., pp. 8, 17-19. REMIRO BROTONS y otros Ob. Cit., pp. 1005-1008. Artículos 11 al 13 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

³⁰ Cfr. Preámbulo, artículos 1 y 17 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

Estados,³¹ el mismo tendría competencia en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresiones, es decir, cuando se produzcan violaciones de derechos que merecen un amplio consenso en el ámbito de la comunidad internacional.³²

Consiguientemente, convendría favorecer que el Perú y el mayor número posible de Estados lleguen a convertirse en partes del estatuto del proyectado tribunal. Ello supondría un nuevo paso en el camino iniciado con la Declaración Universal de Derechos Humanos y ofrecería un mecanismo adecuado para salvaguardar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales consagrados por ella.³³

³¹ Cfr. artículo 114 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. GUERRERO APRAEZ, Víctor. Ob. Cit., p. 17.

³² Cfr. artículo 5 y siguientes del Estatuto de Tribunal Penal Internacional (Parte II: De la competencia, la admisibilidad y el Derecho aplicable). GUERRERO APRAEZ, Víctor. Ob. Cit., pp. 12-17.

³³ Cfr. GUERRERO APRAEZ, Víctor. Ob. Cit., pp. 7-9.

La DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN
PERUANA

Luis García-Corrochano Moyano

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Peruana

*Luis García-Corrochano Moyano**

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es sin lugar a dudas el documento más trascendente e influyente de cuantos ha elaborado la Organización de las Naciones Unidas. Pensada en un primer momento como documento anexo a la Carta de las Naciones Unidas, diversas circunstancias impidieron que fuera redactada y aprobada con la debida prontitud, amén de diferencias ideológicas que retrasaron unos años la elaboración de lo que finalmente sería la Declaración tal como fue proclamada el 10 de diciembre de 1948.

Un largo proceso histórico en el que han tomado parte todas las civilizaciones nos ha conducido, a lo largo de los siglos, a consolidar un sistema de valores sociales, políticos y morales, cuyo fundamento es la dignidad y libertad del ser humano. Mucho se ha profundizado acerca de los antecedentes próximos y remotos que los derechos humanos tienen en las diversas culturas, y no es este el lugar para reiterar los resultados de tales indagaciones. Basta para nuestro propósito señalar algunos antecedentes relativamente próximos en el tiempo, que dan testimonio de la importancia que los dere-

* Profesor de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Investigador Principal del Instituto de Estudios Internacionales.

chos del hombre han alcanzado en las modernas concepciones políticas, principalmente en la tradición política occidental.

Es frecuente, al establecer la genealogía de los derechos del hombre, remontarse hasta los antiguos fueros españoles, de los burgos de Flandes y la Carta Magna inglesa de 1215 como los más lejanos antecedentes de estos derechos, sin tener en cuenta que no fueron propiamente declaraciones de derechos, sino meras regulaciones contractuales entre la monarquía de una parte y la nobleza o los estamentos de la otra, cuyo objetivo era garantizar ciertos derechos de estos últimos.¹ Por lo demás, no participaban estos documentos de la noción de preceptos constitucionales ni menos aun tenían por fundamento la libertad y dignidad del hombre en el sentido en el que fueron posteriormente entendidas, ya que las elaboraciones doctrinarias de la época se hallaban también muy lejos de desarrollar tales conceptos.

En el desarrollo del pensamiento jurídico y político corresponde un puesto de privilegio al internacionalista Samuel Pufendorf (1632-1694) como el primer pensador que fundó toda su obra en los principios de la dignidad y la libertad humanas. Su obra principal, *Derecho Natural y de Gentes*,² es la primera en establecer el fundamento de las ideas políticas en los derechos del hombre, iniciando la senda por donde habría de transcurrir la filosofía política de los siglos siguientes y que hallaría una de sus mejores expresiones en la Declaración de Derechos Humanos de 1948.

La idea de la dignidad humana, fundada en la libertad ética, se halla en el centro del sistema de derecho natural de

¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México, D.F.: Editora Nacional, 1961, pp. 52 - 53.

² *De iure naturae et gentium libri acto*, 1672.

Pufendorf. Esta idea llena la noción de sociabilidad con contenido propio, determina el juicio de todas las relaciones jurídicas en el sistema de Pufendorf, y por la fuerza ética de su exposición, encendió y robusteció los corazones de los contemporáneos y de las generaciones sucesivas en la lucha por los derechos del hombre. Todavía Grocio no habla de la *dignitas humana* más que en relación con el cuerpo inanimado del hombre y al referirse al derecho de sepultura. Pufendorf es el primero que, antes de Kant, expresará con palabras tan impresionantes la idea de la dignidad del hombre como ser éticamente libre, haciendo de ella el soporte de todo su sistema de Derecho natural y deduciendo también de ella la noción de los derechos del hombre y de la libertad, que determinará el curso del siglo siguiente.³

La línea de pensamiento inaugurada por Pufendorf sería continuada por Kant, Locke y especialmente por otro internacionalista, Christina Wolff.⁴ A lo largo del siglo XVII el pensamiento occidental se vuelca sobre el hombre, su dignidad y sus derechos, como centro de la reflexión filosófica y

³ WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1971, p. 146.

⁴ VILLEY, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho, Tomo I Definiciones y fines del Derecho*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1979, p. 169: «Los nuevos derechos del hombre parecen vinculados (de tal manera nuestro siglo permanece fundamentalmente iusnaturalista), entre otras, a la filosofía de Wolff (1679-1754), discípulo de Leibniz y autor de un voluminoso tratado de derecho natural, muy en boga en Alemania antes de Kant. Habiendo trabajado, como casi todos los autores de la escuela del derecho natural, a base de la idea de 'naturaleza del hombre' considerado individualmente, como átomo, a semejanza de los nominalistas, Wolff partía del axioma de que el individuo es llamado por la naturaleza a la 'perfección' de su ser: por consiguiente, a la perfecta libertad, a la riqueza y a la felicidad. Y preciso era, pues, que la propia naturaleza le dotara de derechos que corresponden a estos deberes».

política. El siglo siguiente conocería un punto de maduración sobre los derechos del hombre en el pensamiento de Voltaire, Rousseau⁵ y los enciclopedistas, así como en los fundadores de la independencia americana, que muy pronto encontrarían una consagración en el derecho positivo, al ser proclamados por las Declaraciones de Derechos americanas.

Cabe mencionar en este sentido la Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776 y la de Pennsylvania del 11 de noviembre de 1776. En la primera le cupo un papel fundamental a George Mason, y debido a su influencia, la Constitución norteamericana de 1787, limitada a regular la estructura del Estado federal, recibió una serie de enmiendas (las 10 primeras) que se conocen como Declaración de Derechos, relativas a las libertades individuales y su protección frente al Estado. En este contexto, no debe ser olvidada la propia declaración de independencia de los Estados Unidos, redactada por Thomas Jefferson, que proclama los derechos inalienables del hombre y su respeto como fundamento del poder público.⁶ Es a partir de este momento que se sientan las bases del modelo político democrático liberal fundado en los derechos del hombre.

⁵ Además de sus obras políticas, J.J. Rousseau escribió dos constituciones por encargo, una para Córcega (1768) y otra para Polonia (1771), en las que recogió las principales ideas políticas de su tiempo.

⁶ *American State Papers*, Chicago, Enciclopedia Britannica, Inc., 1952, p. 1: «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty and the pursuit of happiness. That to secure this rights, governments are instituted among men, derivins their just powers from the consent of the governed; that, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter ot to abolish it, and to institute a new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness».

Sin embargo, el momento en que cristaliza la conciencia política occidental respecto de los derechos de la persona llega cuando la Asamblea Nacional francesa proclama la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789, año que pone piedra blanca en la historia de las ideas políticas y en la larga lucha por el reconocimiento de la libertad y dignidad humanas como fundamento del orden político nacional e internacional.⁷ Desde el primer momento, el efecto político de la declaración francesa se dejó sentir en el pensamiento de la época, y marcó el rumbo de numerosos textos constitucionales redactados bajo su inspiración, tanto en Francia como en los demás Estados que componían la sociedad internacional de su tiempo.⁸

⁷ SCHMITT, Carl. Ob. Cit., p. 184: «La Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama como derechos fundamentales más importantes: libertad, propiedad, seguridad y derecho de resistencia, pero no libertad de religión ni libertad de asociación. A pesar de todas las conexiones históricas, se da aquí algo esencialmente distinto del contenido de aquellas declaraciones americanas. En la declaración francesa se da por supuesto el concepto de ciudadano, y se continúa un Estado nacional ya existente; no se erige, como en las colonias americanas, un nuevo Estado sobre unas nuevas bases. La Declaración francesa tiene por finalidad, como se dice en la introducción, recordar en forma solemne a todos los miembros de la comunidad sus derechos y obligaciones; el Poder público será más respetado correspondiendo a esos derechos. El nuevo principio de distribución, de la libertad privada, no parece aquí, pues, en su lógica incondicional, sino sólo como un momento de modificación en el marco de una unidad política ya existente».

⁸ GODECHOT, Jacques. *Les Constitutions de la France depuis 1789*. París: GF-Flammarion, 1995, p. 8: «La conception de droits de l'homme existant *a priori*, et qu'en conséquence il n'y a pas à établir, mais à constater et à déclarer, s'était formée lentement au cours de l'histoire. [...] Mais une déclaration de droits, aussi claire que possible, paraissait, en 1789, le préalable indispensable à toute «révolution» et à la rédaction d'une constitution. C'est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789, qui donne sa

Si bien la Declaración francesa acusa ciertas influencias, externas e internas, sigue el camino de una tradición propia, pero también permeable a la corriente de pensamiento de su época, siendo su rasgo más saltante la vocación de universalidad con la que proclama los derechos del hombre.

La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789 no es, como algunos han afirmado, una copia servil de las declaraciones americanas, y especialmente de la declaración de derechos de Virginia de 1777. Ciertamente que las declaraciones de derechos de diversos estados americanos tuvieron una gran influencia en los redactores de la declaración francesa, y especialmente en La Fayette. Pero hay una gran diferencia entre los textos americanos y el texto francés. Los primeros, impregnados de pragmatismo, fueron concebidos para ser invocados ante los tribunales por los ciudadanos lesionados. Ellos proclaman los derechos del ciudadano de Virginia o de Massachusetts. La declaración francesa, al contrario, se quiere universal. Ella ha sufrido la influencia de los filósofos del siglo XVIII, y sobre todo de Locke, de Voltaire, de Rousseau.⁹

coloration particulière à la première constitution française, c'est par rapport à cette déclaration que toutes les autres constitutions vont se classer, les unes en avance, les autres en retrait. On peut même dire que les constitutions de tous les autres pays du monde peuvent être distinguées selon l'importance qu'elles ont aux droits proclamés par les représentants du peuple français en 1789. C'est là, sans doute le trait plus original de l'histoire constitutionnelle de la France contemporaine».

⁹ GODECHOT, Jacques. Ob. Cit., pp. 24-25: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 n'est pas, comme certains l'ont dit, une copie servile des déclarations américaines, et notamment de la déclaration des droits de la Virginie de 1777. Certes les déclarations des droits des divers Etats américains ont eu une grosse influence sur les rédacteurs de la déclaration française, et notamment sur La Fayette. Mais il y a une

Por su importancia y posteridad, la Declaración francesa ha traspasado los límites geográficos de su origen y alcanzado universalidad de conocimiento y reconocimiento. Bajo su influencia se ha desarrollado el concepto de democracia en sus vertientes política y social como forma de gobierno fundada en los derechos de la persona, de esta manera, los derechos del hombre se han integrado a la mayor parte de documentos políticos de carácter constitucional, siendo, junto con la división de poderes, las garantías fundamentales del moderno pacto político.

La Declaración puede ser considerada como la carta, no solamente de la democracia política, sino de la democracia social. Desde su publicación, ella ha tenido en el mundo occidental una mayor resonancia que las declaraciones americanas a causa de su carácter bastante más universal. Ella devino no solamente en dogma de la Revolución y de la libertad, sino, como ha dicho Michelet, 'el credo de una nueva era' y la base de todas las constituciones francesas, así como de la mayor parte de las constituciones del mundo, hasta nuestros días.¹⁰

grande différence entre les textes américaines et le texte français. Les premiers, tout imprégnés de pragmatisme, sont conçus pour être invoqués devant les tribunaux par les citoyens lésés. Ils proclament les droits du citoyen de la Virginie ou du Massachusetts. La déclaration française, au contraire, se veut universelle. Elle a subi l'influence des philosophes du XVIIIe siècle, et surtout de Locke, de Voltaire, de Rousseau.

¹⁰ GODECHOT, Jacques. Ob. Cit., p. 27: «La Déclaration peut être considérée comme la charte, non seulement de la démocratie politique, mais de la démocratie sociale. Dès sa publication, elle eut dans le monde occidental un plus grand retentissement que les déclarations américaines à cause de son caractère beaucoup plus universel. Elle devait devenir non seulement le dogme de la révolution et de la liberté, mais, comme l'a dit Michelet, 'le

Además del aporte de contenido doctrinario, la Declaración francesa, situada al inicio de la Constitución de 1791, tuvo inmediata resonancia en el derecho constitucional hispanoamericano, siendo buena parte de su contenido inspirador de las ideas independentistas americanas e incluso recogido en el primer y único texto constitucional común a España y sus dominios americanos, la Constitución de Cádiz de 1812. La influencia de la declaración francesa es asimismo perceptible en la posición de los primeros documentos constitucionales de la América española frente a los derechos del hombre. En el caso peruano, la Constitución de 1823 en sus últimos artículos (193° y 194°) reconocía algunos derechos fundamentales, mientras que otros vinculados a la libertad personal, como el hábeas corpus, se encontraban dentro del capítulo correspondiente al denominado Poder Judicial. La Constitución de 1828, también en sus artículos finales, bajo el título genérico de *Disposiciones generales* incluía numerosos derechos de la persona.

Es la Constitución de 1856 la primera en tratar las garantías individuales entre los artículos iniciales de su texto; igual tónica siguió la Constitución de 1860. En este punto es preciso destacar que el Proyecto de Reforma Constitucional que en 1860 presentó Bartolomé Herrera contenía también en sus artículos iniciales las *Garantías Constitucionales* que protegían a la persona, la libertad y la propiedad; el proyecto contenía un Preliminar del autor en el que éste justificaba sus propuestas:

Las garantías constitucionales las divido en garantías de la persona, del derecho de libertad y del de propiedad. El ejer-

credo du nouvel age' et la base de toutes les constitutions françaises, ainsi que de la plupart des constitutions mondiales, jusq'à nos jours».

cicio de estos derechos tiene toda la amplitud que puede desearse, en cuanto no se oponga a la Religión, a la tranquilidad pública, o al derecho de los demás hombres.¹¹

La influencia del luminoso Herrera se dejó sentir tanto por su participación como por su pensamiento, siendo el texto constitucional de 1860 el de mayor duración de nuestra historia, y de avanzada técnica e ideas para su época. Con el advenimiento del siglo XX y las nuevas corrientes políticas y sociales, se vio ampliado el abanico tradicional de los derechos de la persona, y como no podía ser de otra manera, estos fueron prontamente incorporados al primer documento constitucional del nuevo siglo. La Constitución de 1920 distribuye los derechos en sendos capítulos referidos a las garantías nacionales, las garantías individuales y las garantías sociales. La Constitución de 1933 dio prioridad ordinal a las denominadas garantías nacionales y sociales, dejando en segundo término las garantías individuales; incluía además algunas garantías personales en el título correspondiente al Poder Judicial. Todos estos textos constitucionales recogían, a su manera y siguiendo las tendencias de la época, los derechos de la persona que entendían como fundamentales, siguiendo las líneas de pensamiento en boga e inspirándose en algunos textos constitucionales extranjeros.¹²

Hasta aquí es posible ver la posteridad alcanzada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la influencia que tuvo en el desarrollo del pensamien-

¹¹ HERRERA, Bartolomé. *Proyecto de Reforma Constitucional*. Lima: Imprenta de José Masías, 1860, p. VIII.

¹² Para una revisión del contenido de los textos constitucionales mencionados ver: UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina, 1978, 641 p.

to constitucional, situando junto a la distribución del poder la protección de los derechos de la persona como una garantía fundamental del pacto político. La Declaración francesa inicia la etapa que podemos denominar de la constitucionalización interna de los derechos humanos, en la cual estos derechos pasan a formar, como ya se ha dicho, parte sustantiva de los textos constitucionales. Los derechos proclamados por dicha declaración y recogidos posteriormente en la mayor parte de textos constitucionales occidentales revisten el carácter de derechos absolutos, cuyo fundamento está en la propia persona, no en el Estado, por lo cual éste se limita al reconocimiento. Es en tal sentido que debe entenderse por qué se prefiere una declaración; lo que compete al Estado no es propiamente reconocer el derecho sino garantizar su ejercicio. La ley garantiza el ejercicio del derecho como manera de hacerlo efectivo, pero la ley no otorga el derecho, este pertenece a la esencia misma de la persona.

Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan 'con arreglo a las leyes'; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales. Es propio del principio fundamental de distribución del Estado de Derecho que se dé por supuesta la libertad del individuo y la delimitación estatal aparezca como excepción.¹³

Sin embargo, las ideas de la Ilustración sólo tuvieron eco en el limitado espacio de la influencia cultural europea. A pe-

¹³ SCHMITT, Carl. Ob.Cit., p. 192.

sar de su pretendida vocación de universalidad, se limitaron al universo de su espacio de influencia. Un acontecimiento de verdadera dimensión universal sacudiría la conciencia humana y la situaría ante una perspectiva nueva de los derechos humanos: este acontecimiento fue la Segunda Guerra Mundial, y su secuela fue el despertar de una visión integradora de la comunidad internacional y de la ineludible necesidad de la protección de la persona y sus derechos como única garantía de la paz. Al respecto es ilustrativa la opinión de Cassin:

Si la primera guerra mundial fue ideológicamente librada por la independencia de las nacionalidades así como por el establecimiento de la seguridad colectiva y la organización de la paz internacional, la segunda guerra mundial ha revestido esencialmente el carácter de una cruzada por los derechos del hombre.

En efecto, la primera parte del siglo XX ha visto desarrollarse una verdadera Contrarrevolución, que atacó todos los principios de libertad, de igualdad sin discriminación y de fraternidad proclamados por la Revolución francesa de 1789, después de haber sido difícilmente elaborados a través de milenios por la antigüedad clásica, el judaísmo, el cristianismo, las filosofías y religiones chinas, persas, indias, islámicas. Todo lo que había sido elevado para la dignidad del hombre fue minado y combatido en nombre de una concepción totalitaria que lo reducía a la calidad de objeto.¹⁴

¹⁴ CASSIN, René. *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*. RCADI, 1951 – II, Tomo 79, p. 16: «Si la première guerre mondiale a été idéologiquement livrée pour l'indépendance des nationalités ainsi que pour l'établissement de la sécurité collective et l'organisation de la paix internationale, la seconde guerre mondiale a revêtu essentiellement le caractère d'une croisade pour les droits de l'homme.

La comunidad internacional salió de la segunda guerra mundial convencida de la necesidad de organizarse de manera efectiva para la salvaguarda de la paz, y sobre todo, con plena conciencia de la necesidad de una protección universal de los derechos humanos como la mejor manera de garantizar la paz internacional. Lo primero que se logró fue la Carta de San Francisco, que estableció la Organización de las Naciones Unidas, y de inmediato la novel organización se abocó a la elaboración de un documento que recogiera las aspiraciones contenidas en el Preámbulo de la Carta.¹⁵

En la intención común de establecer una Carta de Derechos del Hombre como parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas, se tropezó con la necesidad de definir el carácter jurídico que debía tener este documento. Mientras algunos se inclinaban por la idea de un convenio internacional, otros pensaban en un documento que fuera adoptado por la Asamblea General de la ONU e incorporado por los Estados miembros a sus propias constituciones, y una tercera posición, que finalmente prevaleció, postulaba la idea de una declaración que se conju-

En effet, la première partie du Xxème siècle a vu se développer une véritable Contre-Révolution, s'attaquant à tous les principes de liberté, d'égalité sans discrimination et de fraternité proclamés par la Révolution française de 1789, après avoir été péniblement dégagés à travers les millénaires par l'antiquité classique, le judaïsme, le christianisme, les philosophies et religions chinoises, persiques, indiennes, islamiques. Tout ce qui avait été élevé pour la dignité de l'homme a été sapé et combattu au nom d'une conception totalitaire le réduisant à l'état d'objet».

¹⁵ *Carta de las Naciones Unidas*, Preámbulo: Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos [...] a proclamar nuevamente nuestra 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, así como de las naciones grandes y pequeñas.

gara con posteriores convenios internacionales que precisaran su contenido.¹⁶

No cabe duda del carácter internacional de la declaración de la ONU, así como del carácter integrador de la comunidad internacional partícipe en su elaboración.

La declaración del 10 de diciembre de 1948 fue concebida en el origen y elaborada como una Declaración internacional. Ella no solamente debía ser una proclama hecha por los representantes de los Estados, sino que ligaba los derechos del hombre a una concepción interestatal de la sociedad universal reducida al estado de comunidad jurídica 'internacional'. Es poco a poco que se desprende la idea de que, desde el momento que el hombre debe ser el centro de la Declaración, era imposible dejar a los Estados, por el hecho de que fueran los declarantes, un papel exclusivo.¹⁷

La continuidad de las Declaraciones americanas de 1776 y la Declaración francesa de 1789 a la declaración de las Naciones Unidas de 1948 no está sólo en la similitud del contenido, sino también en la vocación de universalidad que las impregna y las hace dirigirse a la humanidad en su conjunto.

La Declaración de 1948 es universal por su contenido. En verdad, los autores de ciertas declaraciones hechas en tal o

¹⁶ CASSIN, René. Ob. Cit., pp. 268-270.

¹⁷ CASSIN, René. Ob. Cit., p. 279: «La Déclaration du 10 décembre 1948 a été conçue à l'origine et élaboré comme une Déclaration internationale. Non seulement elle devait être une proclamation faite par des représentants d'Etats, mais elle liait les droits de l'homme à une conception interétatique de la société universelle réduite à l'état de communauté juridique 'internationale'. C'est peu à peu que s'est dégagée l'idée que, du moment que l'homme devait être le centre de la Déclaration, il était impossible de laisser aux Etats, du fait qu'ils étaient déclarants, un rôle exclusif».

cual país, como la declaración americana de derechos de 1778 o la declaración francesa del 26 de agosto de 1789, entendieron proclamar no solamente los derechos de sus conciudadanos o del ciudadano, sino del hombre de no importa qué país. Entretanto, la Declaración de las Naciones Unidas tiene un alcance más amplio en dos puntos de vista: En principio, gracias a ella la Sociedad universal toma bajo su protección el conjunto de derechos y libertades proclamados hasta aquí únicamente en las Constituciones o Declaraciones emanadas del poder constituyente o legislativo de tales o cuales Naciones actuando separadamente. Además, la declaración de 1948, siendo supranacional, no constituye ni el simple total de las declaraciones nacionales, ni una ampliación fotográfica a escala mundial de esas declaraciones o constituciones nacionales, siendo ellas las más completas o las más modernas. Ella presenta la novedad de formular, en el plano universal, los derechos del hombre que ninguna declaración o ley nacional ha podido formular, si no es por referencia a un país dado. [...]

Las consecuencias aquí deducidas del carácter universal de la Declaración están lejos de agotar su potencial, actualmente imposible de medir.¹⁸

¹⁸ *Ibíd.*, pp.281-282: «La Déclaration de 1948 est universelle par son contenu. Certes, les auteurs de certaines déclarations faites dans tel ou tel pays, comme la déclaration américaine des droits de 1778 ou la déclaration française du 26 août 1789, ont entendu proclamer non seulement les droits de leurs concitoyens ou du citoyen, mais de l'homme de n'importe quel pays. Et cependant, la Déclaration des Nations-Unies a une portée plus large à deux points de vue:

Tout d'abord, grâce à elle, la Société universelle prend sous sa protection l'ensemble des droits et libertés proclamés jusqu'ici uniquement dans des Constitutions ou Déclarations issues du pouvoir constituant ou législatif de telles ou telles Nations agissant séparément.

En outre, la Déclaration de 1948, étant supra-nationale, ne constitue ni le simple total des déclarations nationales, ni un agrandissement photogra-

Los efectos de la Declaración de las Naciones Unidas no sólo se han dejado sentir en el terreno de los derechos humanos; hay que resaltar que la Declaración ha significado una conmoción del derecho internacional tradicionalmente entendido, abriendo nuevas perspectivas para interpretar sus instituciones y conceptos fundamentales, en especial lo referente a las personas como sujetos de derecho internacional.¹⁹

Como era de esperar, el derecho interno no permaneció libre de la influencia de la Declaración de 1948, y gran parte de las constituciones nacionales elaboradas desde esa fecha acusan la influencia de la Declaración en lo referente a los derechos de la persona.²⁰ Hay que anotar que, si bien la inclusión de los derechos de la persona es, como ya se ha dicho en el caso peruano, usual en prácticamente todas las constituciones, el tratamiento que reciben dichos derechos se ha visto ampliado a partir de la declaración, así como la posición

phique à l'échelle mondiale de ces déclarations ou constitutions nationales, fussent-elles les plus complètes et les plus modernes. Elle présente cette nouveauté de formuler, sur le plan universel, des droits de l'homme qu'aucune déclaration ou loi nationale n'a pu formuler, si ce n'est par référence à un pays donné. [...]

Les conséquences ci-dessus déduites du caractère universaliste de la Déclaration sont loin d'épuiser le potentiel, actuellement impossible à mesurer, de celle-ci».

¹⁹ *Ibíd.*, p. 283: «A son tour, ce *jus gentium* renouvelé est inconciliable avec le système si longtemps triomphant qui réservait aux seuls Etats la qualité de sujet de droit international. Il postule l'admission de l'homme au rang de membre direct de la société humaine universelle et de sujet direct du droit régissant cette société».

²⁰ *Ibíd.*, pp. 291-292: «La Déclaration de 1948 [...] n'a pas tardé de même à manifester son potentiel sur le plan international et son influence politique sur les constitutions et législations nationales. [...]

preferente que le otorgan las modernas constituciones a los derechos humanos, situándolos al principio de los textos y estableciendo una serie de mecanismos internos para asegurar su protección, así como el creciente compromiso de los Estados con mecanismos regionales y universales de protección de los derechos humanos. A partir de la Declaración de 1948 y de los posteriores acuerdos multilaterales sobre derechos humanos es posible hablar de una etapa de constitucionalización internacional de los derechos humanos, no en lo referente a su integración a las constituciones nacionales, sino al establecimiento de principios constitucionales de la comunidad internacional.

Lo que interesa señalar es el carácter mundial, común de los principios formulados, por primera vez en la historia del mundo, por un órgano universal. No son las naciones aisladas, separadas, que han dictado estos principios: si ellas conservan la libertad de hacerlos entrar en aplicación práctica por medio de instrumentos independientes, y si ellas tienen el derecho de crear órganos o instituciones que les son propias, el tema fundamental viene ahora de la humanidad entera.²¹

Plusieurs constitutions nationales récentes se sont appropriées, dans leurs termes mêmes, la totalité ou certains des articles de la Déclaration Universelle».

²¹ CASSIN, René. *Les droits de l'homme*, RCADI, 1974 – IV, Tomo 140, p. 326: «Ce qu'il importe de souligner c'est le caractère mondial, commun des principes formulés pour première fois dans l'histoire du monde par un organe universel. Ce ne sont pas les nations isolées, séparées qui ont édicté ces principes: si elles gardent la liberté de les faire entrer chez elles en application pratique par des instruments indépendants, et si elles ont le droit de créer des organes ou institutions qui leur sont propres, le thème fondamental vient maintenant de l'humanité entière».

Cabe destacar que los más reputados ideólogos y promotores de los derechos humanos reconocen de manera explícita que éstos conllevan deberes de conducta de la persona respecto a la colectividad. La correlación es explicada por Cassin de la manera siguiente:

Somos conducidos de esta manera a tomar partido sobre la cuestión de saber si los derechos del hombre pueden ser en nuestros días admitidos fuera de todo deber correlativo. Al momento de la Declaración, la señora Roosevelt, impregnada de la tradición liberal, sostuvo que no podíamos hablar de deberes. Pero esta posición no puede ser mantenida. La Declaración ha proclamado que el individuo tiene deberes hacia la colectividad. Pero los tiene también hacia los otros individuos cuyos derechos debe respetar: sus obligaciones son entonces pasivas, pero son reales y sancionadas. Cada vez más, se reconocen las obligaciones positivas de solidaridad.²²

Volviendo al caso peruano, cabe señalar que la Constitución de 1979 proclamaba desde su Preámbulo una posición netamente concordante con la Declaración,²³ e incluía en su

²² *Ibíd.*, pp. 327-328: «Nous sommes ainsi conduits à prendre parti sur la question de savoir si les droits de l'homme peuvent de nos jours être admis en dehors de tous devoirs corrélatifs. Au moment de la Déclaration, Mme Roosevelt, imprégnée de la tradition libérale, soutenait que nous ne pouvions parler de devoirs. Mais cette position ne pouvait être maintenue. La Déclaration a proclamé que l'individu a des devoirs envers la collectivité. Mais il en a aussi envers les autres individus dont il doit respecter les droits: ses obligations sont souvent passives, mais elles sont réelles et sanctionnées. De plus en plus, on reconnaît des obligations positives de solidarité».

²³ *Constitución Política del Perú 1979*, Preámbulo: «Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad,

Título I los derechos de la persona, la familia, a la seguridad social, salud y bienestar, a la educación, la ciencia y la cultura, al trabajo, a la función pública, a los derechos políticos, y los deberes (artículos 1° al 78°). La redacción no dejaba lugar a dudas respecto que dichos derechos eran reconocidos por el Estado, que se comprometía y comprometía a todos los ciudadanos a su respeto y protección.

Asimismo, la Constitución de 1979 señalaba en el artículo 105°: «Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional». De esta manera, el legislador constituyente de 1979 asimilaba los acuerdos internacionales de derechos humanos a la legislación interna, situándolos en el lugar de mayor jerarquía normativa. De igual manera, reconocía el recurso a la jurisdicción internacional, una vez agotada la jurisdicción interna, para la protección de los derechos reconocidos en la propia Constitución, e implícitamente, en los contenidos en los tratados internacionales de los que el Perú era parte (art. 305°). Finalmente, la decimosexta disposición general estableció la ratificación constitucional de los acuerdos internacionales relativos a los derechos humanos y la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Constitución de 1993, con algunas variaciones adjetivas, reitera lo dispuesto por la anterior en lo que respecta al tratamiento de los derechos de la persona, aunque algunos de los denominados «derechos sociales y económicos», como los relativos a la propiedad y al trabajo, son objeto de un tratamiento ideológicamente acorde con el momento en que la nueva cons-

tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado [...]»

titución fue elaborada, que en lo esencial recoge el cambio de visión política que ha conocido el mundo en el tiempo que media entre ambas constituciones.

Aun cuando no existe un artículo en la Constitución que expresamente reconozca la jerarquía constitucional de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, una disposición final establece que dichos tratados forman el marco interpretativo de los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades de la persona, haciendo expresa mención de la Declaración Universal de Derechos Humanos, e incluyendo los tratados sobre la materia ratificados por el Perú.²⁴ En lo que se refiere a la protección jurisdiccional de los derechos humanos, la Constitución de 1993 sigue los mismos lineamientos que su predecesora en lo que respecta al recurso a la jurisdicción interna e internacional (art. 205).

Explícita e implícitamente, el derecho constitucional peruano ha admitido el carácter inspirador de la Declaración de la ONU en cuanto fuente de los derechos humanos. La reiteración que de los derechos humanos hacen las constituciones de los Estados, recogiendo lo establecido por acuerdos internacionales, y la puesta en marcha de mecanismos de protección ante los cuales se puede reivindicar los derechos reconocidos constitucionalmente o en los diversos tratados internacionales, demuestran la unidad normativa de los derechos humanos en el orden internacional o, con una expresión utilizada líneas arriba, la constitucionalización

²⁴ *Ibíd.*, Disposiciones finales y transitorias, Cuarta: Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

internacional de los derechos humanos, que los sustrae a la soberanía de los Estados en cuanto a la posibilidad de disminuirlos o derogarlos, y paralelamente, impone a los Estados un deber de respeto y protección de esos derechos.

Con la Carta de las NU, la Declaración Universal y los instrumentos que han sido su consecuencia, el trato de los individuos se ha ido hurtando progresivamente a la competencia reservada de los Estados para pasar a estar regido por principios y normas jurídicas internacionales, que imponen a éstos la obligación primaria de proteger los derechos y libertades fundamentales de todo ser humano sometido a su jurisdicción, sea nacional o extranjero.²⁵

Aunque durante un tiempo fue largamente discutido el valor jurídico que correspondía a la Declaración Universal, hoy la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en señalar su carácter de fuente de derecho, ya que, independientemente de su forma, los principios por ella enunciados han alcanzado validez y protección universal.

Siendo una *fuentes de inspiración* y deviniendo la base de normas universales y regionales para la protección de los derechos del hombre, la Declaración Universal tenderá, al paso de los años, a cambiar de carácter para devenir ella misma en *fuentes de derecho*. No siendo un tratado, la Declaración no parece por lo tanto tener a primera vista otro valor que, a lo más, el de una recomendación en cierta manera reforzada de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Pero la evolución ha atenuado considerablemente,

²⁵ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 1026.

en lo que se refiere a la Declaración universal, la distinción entre los textos obligatorios y aquellos que, por su naturaleza, no lo son, de manera que la fuerza obligatoria de un instrumento jurídico de derechos del hombre no es necesariamente la consecuencia de su forma. La distinción, ya clásica, entre la *soft-law* y la *hard-law*, entre el derecho 'verde' y el derecho 'maduro', es particularmente adaptada al terreno del derecho internacional de los derechos del hombre, en la medida en que ella nos invita a no considerar como determinante, en cuanto a su fuerza jurídica, la forma de un instrumento internacional de los derechos del hombre.²⁶

Llegamos finalmente a un aspecto fundamental respecto al derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, el cual es el sustento jurídico de la constitucionalización universal de los derechos humanos, o

²⁶ VASAK, Karel. *Le droit international des droits de l'homme*, RCADI, 1974 - IV, Tomo 140, p. 347: «Etant une *source d'inspiration* en devenant la base des normes universelles et régionales pour la protection des droits de l'homme, la Déclaration universelle tendra, au fil des années, à changer de caractère pour devenir elle-même une *source de droit*. N'étant pas un traité, la Déclaration semble pourtant avoir à première vue d'autre valeur que celle, tout au plus, d'une recommandation en quelque sorte renforcée de l'Assemblée générale des Nations Unies. Mais l'évolution a considérablement atténuée, pour ce qui est surtout de la Déclaration universelle, la distinction entre les textes obligatoires et ceux qui, de par leur nature, ne le sont pas, de sorte que la force obligatoire d'un instrument juridique des droits de l'homme n'est pas nécessairement la conséquence de sa forme. La distinction, désormais classique, entre la *soft-law* et la *hard-law*, entre le droit 'vert' et le droit 'mûr' est particulièrement adaptée au domaine du droit international des droits de l'homme, dans la mesure où elle nous invite à ne pas considérer comme déterminant, quant à sa force juridique, la forme d'un instrument international des droits de l'homme».

si se prefiere, su validez supraconstitucional. En este punto es necesario recurrir a la teoría de las fuentes del derecho internacional para afirmar que, independientemente de su origen, es decir, de la fuente de procedencia (tratados, resoluciones de organismos internacionales), las normas del derecho internacional de los derechos humanos deben ser consideradas como normas imperativas (*jus cogens*), dado que es admitido que se trata de normas no derogables ni por las legislaciones internacionales ni por acuerdos internacionales. Aquí debemos citar la opinión de Gómez Robledo, quien siguiendo a Suy, establece que el criterio para determinar qué normas de derechos humanos pueden ser consideradas imperativas y cuáles meramente dispositivas es el siguiente: en primer lugar, se trata de normas que no pueden ser derogadas por acuerdo entre Estados, en segundo lugar los Estados no pueden derogarlas ellos mismos, y finalmente, la violación de una de estas normas sería considerada por la comunidad internacional como un crimen internacional.²⁷ El autor señala algunos criterios de clasificación que consideran como normas de *jus cogens* las normas de derechos humanos y de derecho humanitario.²⁸ El mismo parecer es seguido por autores de posiciones ideológicas diferentes.²⁹ Es en su carácter de normas imperativas que los derechos humanos, reconocidos en el orden jurídico internacional y constitucionalizados en los órdenes jurídicos in-

²⁷ GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio. *Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, RCADI, 1981 - III, Tomo 172, pp. 180-182.

²⁸ GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio. Ob. Cit., pp. 172-176.

²⁹ ALEXIDZE, Levan, *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, RCADI, 1981 - III, Tomo 172, pp. 260-263. GAJA, Giorgio, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, RCADI, 1981 - III, Tomo 172, pp. 279-289.

ternos, encuentran su fundamento como normas de alcance universal cuya protección corresponde a la comunidad internacional en su conjunto.

El proceso iniciado por las Declaraciones americanas y la Declaración francesa, que incorporaron los preceptos de los derechos del hombre a los ordenamientos jurídicos nacionales, fue continuado por la Declaración Universal, que ha llevado los derechos humanos a un reconocimiento constitucional internacional, tanto por su aceptación en los diversos ordenamientos nacionales, como por su carácter de normas imperativas del derecho internacional contemporáneo.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN:
LA NECESARIA INFLUENCIA DE LA DECLARACIÓN
UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL
SISTEMA PENAL PERUANO

Samuel B. Abad Yupanqui

Los Derechos Humanos y la Constitución: La necesaria influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema penal peruano

*Samuel B. Abad Yupanqui**

Cuando el 10 de diciembre de 1948 nació la Declaración Universal de Derechos Humanos, se abrió una etapa de esperanza en la construcción de una sociedad que deje de lado «el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos», en donde prime la «libertad, la justicia y la paz» y en la cual «los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho». Así lo anunciaba el preámbulo de la Declaración y así lo esperaba el conjunto de la humanidad.

Cincuenta años después, los avances han sido dispares. Aunque el objetivo común se mantiene y se acepta que la vigencia de los derechos humanos constituye un decisivo indicador de la existencia de un Estado democrático, en diversos países —como el nuestro— la lucha por los derechos humanos todavía forma parte de una agenda pendiente.

Precisamente uno de los aspectos esenciales de esta agenda es la adecuada regulación y ejercicio del poder punitivo del Estado, de tal manera que se garantice el respeto a los derechos humanos y, en definitiva, la dignidad de las personas. Por ello, desde hace cincuenta años hay consenso entre los esta-

* Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales en la Defensoría del Pueblo.

dos en reconocer determinados derechos fundamentales que no sólo garanticen un juicio justo, sino a la vez un ejercicio racional y equilibrado de este poder punitivo (artículos 7º, 8º, 9º, 10º y 11º de la Declaración Universal). Lamentablemente, su vigencia en el Perú ha encontrado obstáculos y limitaciones, que demuestran la distancia que existe entre lo dispuesto por la Declaración Universal, los tratados sobre derechos humanos, lo previsto por la Constitución y lo que acontece en la vida cotidiana.

Por lo demás, los efectos de la Declaración Universal y los tratados sobre derechos humanos adquieren especial relevancia en nuestro país no sólo por el compromiso asumido voluntariamente por los estados; sino porque, además, de acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos que esta última reconoce «se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

Esa es la razón de que en el presente artículo nos parezca especialmente relevante analizar la vinculación que existe entre el sistema penal,¹ el derecho constitucional y los derechos humanos a la luz de la Declaración Universal. Examinar colectivamente estas materias resulta imprescindible, si se apuesta por consolidar un estado de derecho en el país, como lo anunciaba la Declaración Universal. Y es que un derecho penal moderno debe ser un derecho penal democrático y éste necesariamente debe ser un derecho penal constitucional.

¹ Utilizamos la expresión de Binder, para quien el sistema penal o sistema de justicia penal «es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal». Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: ad-Hoc, 1993, p. 37.

1. Derecho Penal Constitucional

Como consecuencia de la evidente relación que existe entre el derecho penal y el derecho constitucional, la doctrina y la jurisprudencia vienen desarrollando lo que algunos han denominado un «derecho penal constitucional»,² o lo que también se ha calificado como un «programa penal de la Constitución».

1.1. En efecto, el derecho penal no puede entenderse al margen de la Constitución, pues no es una disciplina aislada de los principios y valores que orientan un Estado democrático. De tal manera, no puede dejarse de lado la Constitución al momento de diseñar un sistema penal. Compartimos, por ello, la opinión del profesor Ignacio Berdugo, cuando señala que los textos constitucionales diseñan un programa penal de la Constitución, es decir, un programa previsto por la Constitución que debe iluminar a todo el derecho penal.³

Esto se explica por una sencilla razón: el poder punitivo del Estado no puede ser absoluto ni arbitrario, sino que se enmarca dentro del contexto de un Estado democrático que debe ser respetuoso de los principios, valores y derechos que consagra. De lo contrario, el sistema penal se desnuda, volviéndose o auspiciando un derecho penal autoritario. Y es que, como indica Cafferata, el derecho penal «se encuentra íntimamente relacionado con el modelo político en el que se

² En el Perú, el derecho penal constitucional carece de un estudio integral. Acogiendo este enfoque, el tema viene siendo desarrollado por el joven investigador Roberto Pereira Chumbe.

³ BERDUGO, Ignacio y otros autores. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Praxis, 1996, p.33

exterioriza y con el sistema de valores que nutre a éste».⁴ De tal manera, el sistema penal no es políticamente neutro, sino que es producto del régimen en el cual se inscribe.

1.2. En esta dirección, para tratar de establecer los alcances de un programa penal de la Constitución, podemos mencionar cuatro sectores o bloques fundamentales. En primer lugar, los principios constitucionales; en segundo lugar, los derechos humanos; en tercer lugar, la interpretación de la Constitución y, finalmente, el control constitucional que permite determinar los límites del derecho penal.⁵ A ellos nos referimos en las próximas líneas para determinar en última instancia su cercanía o distanciamiento con nuestra realidad.

2. Los Principios Constitucionales

2.1. Un principio consustancial a la existencia de todo Estado democrático es el principio de legalidad, previsto en el segundo párrafo del artículo 11º de la Declaración Universal y en el artículo 2º inciso 24) literal "d" de la Constitución. En términos generales, su contenido comprende la reserva absoluta de ley; la irretroactividad de las normas penales desfavorables y la retroactividad de las favorables; la exigencia de tipicidad; la exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos, penas y circunstancias de agravación; y, fi-

⁴ CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1998, p.3.

⁵ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 1996, p.45 y ss.

nalmente, la exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas típicas.⁶

Sin embargo, en nuestro sistema penal éste ha sido un principio olvidado cuando se ha tratado de enfrentar problemas como el terrorismo o la delincuencia común organizada en bandas. En efecto, si nos detenemos a examinar la regulación vigente sobre terrorismo y traición a la patria —que en sentido estricto es terrorismo agravado—, podemos apreciar el empleo de fórmulas ambiguas, amplias y generales que han vaciado de contenido el principio de legalidad y han dejado en manos de los operadores (policía y jueces) la determinación de conductas de esta naturaleza. Por esta razón, organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sostenido, por ejemplo en la sentencia de reparaciones recaída en el caso Loayza Tamayo del 27 de noviembre de 1998:

[...] que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recientemente la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petruzzi y otros, en la línea de lo expuesto en la sentencia antes citada, consideró que el Estado Peruano había vulnerado el principio de legalidad al regular el delito de traición a la patria, el cual «constituye una figura de terrorismo agravado»:

⁶ HUERTA TOCILDO, Susana. «El derecho fundamental a la legalidad penal». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º39, 1993, p.85.

121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Éste implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

Estas sentencias confirman la distancia existente entre la legislación vigente sobre terrorismo y traición a la patria y los estándares internacionales sobre derechos humanos y, consecuentemente, la necesidad de que el Estado Peruano modifique dichas normas. Por lo demás, no debe olvidarse que la aplicación de estas leyes ha propiciado un elevado número de errores judiciales. Basta señalar que hasta mayo de 1999 el presidente de la República indultó a 469 personas injustamente condenadas por los delitos de terrorismo o traición a la patria, sobre la base de las recomendaciones formuladas por la comisión *ad-hoc* que preside el Defensor del Pueblo.

Crítica similar puede formularse respecto a los denominados decretos legislativos sobre seguridad nacional que han tratado de enfrentar la delincuencia común organizada en bandas y que utiliza armas de guerra, al haber tomado como modelo la legislación sobre terrorismo. En efecto, en mayo de 1998 se dictaron los decretos destinados a enfrentar el problema de la inseguridad ciudadana, que han repetido los errores anteriores y que, al hacerlo, han erosionado la legitimidad de la respuesta

estatal frente a estos problemas. Ello ha sucedido, por ejemplo, con el Decreto Legislativo 895 sobre terrorismo agravado, que hasta el momento no ha sido revisado por el Congreso de la República, pese a contener diversas disposiciones vagas e imprecisas que afectan expresos principios y derechos constitucionales.⁷

2.2. Otro principio esencial es el de proporcionalidad, reconocido en los artículos 200° párrafo final y 2° inciso 7) de la Constitución, que deriva de la concepción misma de Estado de Derecho y que se encuentra implícito en el artículo 29° inciso 2) de la Declaración Universal. Este principio viene siendo intensamente desarrollado por la teoría y la jurisprudencia nacional e internacional. En definitiva, este principio pretende que la norma o la finalidad de la norma sea razonable, y se emplee un medio o instrumento necesario para intervenir en los derechos fundamentales, es decir, que ella sea adecuada, necesaria y proporcional.⁸ Para analizarlo hay que tomar en cuenta diversos aspectos.

Un primer elemento es el principio de adecuación, es decir, debe verificarse que la finalidad que se busca con la sanción, por ejemplo con la pena, se fundamente o derive del texto constitucional, sin contradecirlo. Este sería un control de idoneidad. En segundo lugar, el principio de necesidad, es decir si es que no existe una medida igualmente efectiva y adecua-

⁷ Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, «Análisis de los decretos legislativos sobre seguridad nacional dictados al amparo de la Ley 26950». *Debate Defensorial*, Revista de la Defensoría del Pueblo, N.º 1, 1998, p.237 y ss.

⁸ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEC, 1994, p.296 y ss.

da que implique una menor restricción a los derechos de la persona. Finalmente, se suele aludir al principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo cual significa que la decisión no debe situarse fuera de la relación con el objeto perseguido, es decir, debe mantenerse una relación razonable con la finalidad perseguida.

A la luz de este principio puede analizarse, por ejemplo, la regulación prevista por el Decreto Legislativo 895 para los menores de edad que cometen el delito de «terrorismo agravado», que en rigor es un delito común y que carece del elemento ideológico que define al terrorismo. En este caso debe determinarse si resulta proporcional establecer que los menores entre 16 y 18 años puedan ser condenados a la pena privativa de la libertad de no menos de 25 y hasta 35 años, ser juzgados en brevísimos plazos ante un tribunal militar y estar sujetos a condiciones para el cumplimiento de una condena idéntica a las de los adultos, incluyendo ciertamente los mismos establecimientos penales. La interrogante, en este caso, consiste en determinar si ello afecta o no el principio de proporcionalidad. A nuestro juicio, este tratamiento normativo a los menores de edad afecta dicho principio y, en consecuencia, permite calificarlo como inconstitucional.

2.3. De otro lado, un principio básico para el diseño de un sistema penal es la resocialización, prevista en el artículo 139° inciso 22) de la Constitución y en el artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una interrogante inicial consiste en determinar si es un principio directamente aplicable o debe limitarse a inspirar el sistema.

A nuestro juicio, este principio es una norma directamente aplicable y debería orientar a todos los operadores jurídicos. Por ello resulta sumamente cuestionable la validez constitu-

cional de ciertas penas, como la de cadena perpetua. ¿Cómo aceptar que la prisión perpetua sea una medida resocializadora si se limita a garantizar la detención de un delincuente por toda su vida? Lo mismo puede afirmarse de aquellas disposiciones que eliminan los beneficios penitenciarios. En este sentido, coincidimos con quienes sostienen que se pueden «considerar ilegítimas penas que conceptualmente excluyen la resocialización, como por ejemplo, la cadena perpetua, así como aquellas penas temporales que por su duración extrema tengan efectos similares».⁹

En consecuencia, si uno examina a la luz de los principios previstos por la Declaración Universal los tratados sobre derechos humanos y la Constitución, nuestro sistema penal y, específicamente, las leyes penales de emergencia, sencillamente comprobará que varios de ellos no aprueban un test de constitucionalidad, al haber cruzado la frontera de lo que sería un derecho penal democrático.

3. Los Derechos Humanos

Al examinar la vinculación entre el derecho penal y la Constitución es necesario considerar la vinculación que existe entre derechos humanos reconocidos por la Declaración Universal, tratados, Constitución y el sistema penal. Así, puede advertirse que existen elementos esenciales y que pueden ser aplicados directamente por los operadores jurídicos. Para aclarar esto, mencionaremos puntuales ejemplos, tomando en cuenta algunos criterios jurisprudenciales.

⁹ BERDUGO, Ignacio y otros autores. Ob. Cit. p.57.

3.1. Actualmente nadie discute que el «debido proceso» reconocido en el artículo 10º de la Declaración Universal y en el artículo 139º inciso 3) de la Constitución, es un derecho fundamental. Entre otros aspectos, comprende el derecho al juez natural, es decir, a ser juzgado por el juez previamente establecido por la ley —no por la Resolución Administrativa de una Comisión Ejecutiva— y por lo tanto impide la existencia de jueces *ad hoc*; rechazando así la idea de llevar a una persona a ser juzgada ante un órgano que no le corresponde. Así, por ejemplo, se afecta este derecho cuando se traslada arbitrariamente a un juez para apartarlo de un caso o cuando los civiles son juzgados ante la justicia militar en casos en que no corresponde.

Precisamente sobre este último tema, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, que declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor del oficial en situación de retiro Carlos Alfredo Villalba Zapata, acogió un criterio muy importante.¹⁰ El tribunal consideró que, si un oficial en retiro era juzgado por un tribunal militar, se afectaba su derecho al juez natural, pues en tal caso debía ser juzgado por la justicia común. De esta manera, el criterio que el Consejo Supremo de Justicia Militar se negó a acatar tratándose del oficial en retiro Gustavo Cesti —pendiente de sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional acogiendo una razonable interpretación que circunscribe los alcances de la justicia militar a los límites que le corresponden en un Estado democrático.

Por lo demás, el debido proceso es un derecho que no puede ser marginado cuando se trata de enfrentar un problema

¹⁰ Exp. 585-96-HC/TC, diario oficial *El Peruano*, separata «Garantías Constitucionales», Lima, 30 de setiembre de 1998, pp. 1262-1263.

como el terrorismo, no sólo porque la Declaración Universal, los tratados y la Constitución así lo reconocen, sino porque además en caso de desconocerlo nos pondríamos en el mismo nivel de aquellos a quienes cuestionamos por su actuación al margen de principios esenciales para una convivencia pacífica. Sin embargo, esto se ha presentado en nuestra legislación al momento de regular temas como el terrorismo, lo cual se hizo manifiesto en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso Castillo Petruzzi y otros, quienes pese a ser civiles fueron juzgados por tribunales militares por el delito de traición a la patria (terrorismo agravado). En tal ocasión, la corte sostuvo:

En efecto, el proceso se siguió ante un órgano jurisdiccional que no puede ser considerado 'juez natural' para hechos e inculcados como los que ahora nos ocupan; en ese procesamiento actuaron jueces y fiscales 'sin rostro'; los inculcados no dispusieron de un defensor de su elección desde el momento mismo de la detención, y los defensores que finalmente les asistieron no contaron con la posibilidad de entrevistarse a solas con sus defensos, conocer oportunamente el expediente, aportar pruebas de descargo, contradecir las de cargo y preparar adecuadamente los alegatos. Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del 'debido proceso legal'.

De esta manera, quedó en evidencia el alejamiento de nuestra legislación sobre terrorismo y traición a la patria de los lineamientos básicos que identifican un debido proceso.

3.2. También conviene examinar el derecho a la igualdad, previsto por el artículo 2º inciso 2) de la Constitución y el

artículo 7º de la Declaración. En efecto, a veces sucede que existen normas especiales que por hechos idénticos establecen penas mayores. En estos casos, el derecho a la igualdad trata de iluminar los alcances de la pena, porque, como lo ha recordado hace algún tiempo la Corte Constitucional colombiana, no podemos pensar que una ley especial que establece una sanción más benigna por los mismos hechos sea válida, porque por hechos iguales no se puede aplicar sanciones diferentes.

Así por ejemplo, en 1997 la Corte colombiana (Sentencia C-285 de 5 de junio) declaró la inconstitucionalidad del artículo 25º de la Ley 294, según el cual si un conviviente violaba al otro la pena sería de prisión de seis meses a dos años. Sin embargo, el delito de violación tipificado para quienes no eran convivientes tenía una sanción que fluctuaba entre los 8 y 20 años de prisión. La corte consideró que la citada disposición violaba el principio de igualdad, porque en ambos supuestos existía violación y el hecho de que fueran convivientes no significaba que existiera una causal objetiva y razonable que permitiera una sanción diferente.

En consecuencia, resulta evidente que el derecho a la igualdad orienta los límites de la pena para establecer que ante hechos similares deben existir sanciones también similares. En este caso, la corte declaró inconstitucional la sanción establecida, ya que no podía haber un trato discriminatorio.

3.3. El efecto irradiante de los derechos fundamentales también se aprecia tratándose de la libertad de expresión, reconocida por el artículo 19º de la Declaración Universal y el artículo 2º inciso 4) de la Constitución. En efecto, en 1997 se presentó un caso peculiar que motivó la intervención de la Defensoría del Pueblo y la expedición de la Resolución Defensorial 09-98-DP de 19 de febrero de 1998. En tal ocasión, la Sala Penal de la Corte Suprema condenó a un periodista por el delito de ejerci-

cio ilegal de la profesión, al no estar colegiado. Si la Sala Penal de la Corte Suprema hubiera tomado en cuenta los alcances de la libertad de expresión, habría reconocido que más allá de existir un delito en el Código Penal que establece la sanción por el ejercicio ilegal de la profesión, cuando se trata de un periodista éste hace uso de su libertad de expresión y por ello no lo pueden sancionar. Una sanción de este tipo sería inconstitucional.

Lo antes expuesto fue aclarado hace trece años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC 5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre *La colegiación obligatoria de los periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, que lamentablemente la citada Sala Penal no tomó en consideración.

3.4. Otra forma de analizar los alcances de los derechos fundamentales se presenta cuando se examina la situación carcelaria, debido a las condiciones en que se encuentran los penales. Desde una perspectiva constitucional, esto afecta, entre otros derechos, la dignidad del ser humano, más aun si se toma en cuenta que en muchos casos se trata de personas que aún no han sido sentenciadas.

Al respecto, resulta especialmente relevante citar como ejemplo una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que permitió evaluar la constitucionalidad de su régimen penitenciario. Se trata de una decisión recaída en la tutela o amparo que se presentó con motivo de la afectación de derechos fundamentales en los centros penitenciarios. La corte sostuvo en la sentencia T 153 de 1998 que hacía uso de la figura del «estado de cosas inconstitucionales», con el fin de tratar de remediar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en los penales que afecta a una multitud de

personas, y cuyas causas son de naturaleza estructural, es decir que por lo regular no se originan por causa exclusiva de la autoridad demandada, y por lo tanto su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

La corte consideró que las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión, la corrupción y la carencia de oportunidades y de medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación, sostuvo, se ajusta a la definición del «estado de cosas inconstitucional», a partir del cual puede deducirse una flagrante violación de los derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios, tales como la dignidad, la vida, la integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia.

3.5. Del mismo modo, cuando se examinan los alcances de la detención de una persona es posible evaluar hasta dónde se afectan sus derechos debido a las condiciones en que ésta se realiza. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que

[...] es indiscutible que el señor Polay Campos fue presentado en una jaula a la prensa durante su traslado al Callao; esto a juicio del Comité constituye un trato degradante, en contravención del artículo 7, así como un tratamiento incompatible con el párrafo 1 del artículo 10, ya que no se ha respetado la dignidad humana del señor Polay Campos en tanto y en cuanto persona.¹¹

¹¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 61.º período de sesiones, Comunicación 5777/1994, 6 de noviembre de 1997.

En este caso, el comité no discutió la veracidad del delito cometido, ni la inocencia o culpabilidad del delincuente, sino tan sólo la forma en que fue presentado ante la prensa y su consecuente afectación de derechos fundamentales.

En otra ocasión, la Corte Interamericana al examinar las condiciones en que se llevó a cabo una detención consideró que se había violado expresos derechos humanos. Así lo manifestó en el caso Loayza Tamayo, cuando sostuvo que:

[...] la incomunicación durante la detención, [...] el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural [...], las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de trato crueles, inhumanas o degradantes [...]

Ello condujo, nuevamente, a que instancias internacionales cuestionasen la validez del tratamiento de una persona detenida por terrorismo.

3.6. Finalmente, el respeto de los derechos humanos, y concretamente el acceso a la justicia, cuestionan la posible impunidad de los responsables. Por ello se afirma que las leyes de amnistía ante violaciones de derechos humanos consagran la impunidad y, por lo tanto, afectan los derechos reconocidos en los tratados suscritos por el Estado Peruano. En esta dirección, la sentencia de reparaciones recaída en el caso Loayza Tamayo, de 17 de noviembre de 1998, consideró ante el alegato del Gobierno Peruano para aplicar los Decretos Leyes número 26.479 y 26.492, mediante los cuales se concedió amnistía general al personal militar, policial y civil, que:

168. [...] Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la

Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Perú en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado.

169. [...] el artículo 1.1 de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido. Como ha dicho esta Corte, el artículo 25 'constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención' [...]. Dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1 de la Convención Americana que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza.

170. En consecuencia, el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte ha definido la impunidad como 'la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana' [...]

A partir de esto, la Corte Interamericana concluyó «que el Estado del Perú debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación». Este valioso criterio ratifica la validez de aquellos argumentos que diversos sectores formularon para criticar desde una perspectiva constitucional y

democrática la amnistía, amparándose en las normas internacionales sobre derechos humanos y su recepción por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.

En esta misma dirección, con la finalidad de fortalecer la lucha contra la impunidad, resultaría necesario que el Perú suscriba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ello demostraría la voluntad del Estado Peruano de contribuir a la formación de la citada corte para investigar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión¹². Lamentablemente, la Resolución Suprema N° 478-98-RE, publicada el 31 de octubre de 1998, dejó sin efecto una anterior resolución que delegaba en una embajadora las facultades suficientes para suscribir el citado estatuto, sin que hasta el momento se haya manifestado la voluntad de suscribirlo.

4. La Interpretación Constitucional

Un tercer rubro por destacar es la interpretación, concretamente los criterios de interpretación constitucional que utiliza el operador jurídico, pues ¿qué debe hacer un juez para determinar si una pena es proporcional? Ciertamente se puede tener una opinión a partir de un análisis normativo general, pero para tener una idea cabal se requiere hacer uso de puntuales criterios de interpretación y a la vez tomar en cuenta que, cuando se trata de interpretar derechos fundamentales, se debe maximizar su contenido, es decir, optar —cuando existan

¹² El artículo 126º del Estatuto de la Corte Penal Internacional entrará en vigor luego de que esté en poder del secretario general de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

dos interpretaciones distintas— por aquélla que mejor proteja el contenido de estos derechos. En este sentido, por ejemplo, considerar de antemano que la seguridad nacional prima sobre los derechos fundamentales contradice toda afirmación sobre un posible derecho penal democrático. En realidad lo importante es velar por proteger los derechos fundamentales y para ello su adecuada interpretación resulta fundamental.

Actualmente se sostiene que la teoría de la interpretación constitucional constituye el núcleo central de la teoría de la Constitución.¹³ Y es que en el derecho constitucional los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia debido al peculiar carácter de la norma constitucional, así como al hecho de contar con un sistema de jurisdicción constitucional, es decir, con tribunales especiales (cortes o tribunales constitucionales) u ordinarios (Poder Judicial) encargados de velar por el principio de supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos constitucionales.

En esta dirección, el objetivo de la interpretación constitucional es determinar el sentido de la norma constitucional para poder aplicarlo; es decir, se busca hallar un resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, debidamente fundamentado, creando a la vez certeza y previsibilidad jurídicas.¹⁴ Para ello, tanto la teoría como la jurisprudencia han desarrollado diversos principios que orientan la labor del intérprete. Esto no significa que debamos archivar los criterios utilizados en las distintas áreas del derecho —v.g. el gramatical, histórico, sistemático

¹³ RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: CEC, 1993, p.605.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1983, p.37.

y lógico—, sino que deben complementarse con los desarrollados en el derecho constitucional. Evidentemente no habrá una solución única y excluyente para cada caso. Lo importante es que ella sea razonable, coherente y consistente, para lo cual existen diversos principios y criterios que pasaremos a sintetizar.¹⁵

4.1. El «principio de unidad de la Constitución» es una variante del criterio de interpretación sistemática. Esto significa que la Constitución es un todo que no puede ser interpretado aisladamente, sino tomando en cuenta las demás disposiciones constitucionales. Así, por ejemplo, lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia al precisar, en la sentencia C-445, del 20 de octubre de 1994, que las normas constitucionales «deben ser interpretadas y aplicadas en su integridad, de tal manera que resulta inadmisibile como método de interpretación o como criterio de juzgamiento la aplicación apenas parcial de un precepto para hacer valer algunos de sus efectos, dejando otros inaplicados».

4.2. El principio de armonización o concordancia práctica significa que los bienes constitucionalmente protegidos por cada precepto constitucional deben ser coordinados y armonizados para resolver el problema, de modo tal que conserven su entidad. Si se producen colisiones deben resolverse a través de una ponderación de bienes. En estos casos los límites deben responder al principio de proporcionalidad.¹⁶ Este criterio, por

¹⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como problema». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá: Ciedla, Fundación Konrad Adenauer, 1996, p.82.

¹⁶ HESSE, Konrad. Ob. Cit., p.48.

ejemplo, puede ser utilizado válidamente para resolver el conflicto que puede suscitarse entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

4.3. El principio de corrección funcional exige que el intérprete, al resolver un caso, respete el esquema de estructura de poder y de distribución de funciones y tareas entre órganos y entes públicos que establece la Constitución. Por ejemplo, los órganos jurisdiccionales deben respetar la potestad configuradora, conformadora y de libre decisión política que corresponde al legislador.¹⁷

4.4. Asimismo, el «principio de eficacia integradora» precisa que la interpretación de la Constitución debe tratar de promover la unidad política del Estado y sus componentes, precisamente porque ése es el fin de toda Constitución. Por ello se afirma que debe encaminarse a potenciar las soluciones que refuercen y consoliden esa unidad.

4.5. Por su parte, el «principio de fuerza normativa» trata de dar preferencia en la solución a los puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia. En efecto, todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con la Constitución, dando preferencia a los criterios que permitan extraer de ella consecuencias de aplicación inmediata.¹⁸

¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Fundación Ramón Areces, 1990, p. 495.

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. Ob. Cit.

4.6. Finalmente, la denominada «interpretación preferente de los derechos constitucionales» surge debido a la especial relevancia de estos derechos. Por ello, se opta por un criterio de interpretación a su favor, afirmándose la existencia de un principio *favor libertatis*. Además, estos derechos deben ser interpretados de conformidad con las Declaración Universal y los tratados sobre derechos humanos, tal como lo dispone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución. Incluso, a nuestro juicio, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar los alcances de la Convención también constituyen fuentes para determinar los alcances de los derechos humanos. Por ejemplo, debería interpretarse el contenido del debido proceso tomando en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso de Marielena Loayza Tamayo, cuando sostuvo que «al ser juzgada [...] en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado Peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana».

5. Derecho Penal y Control Constitucional

¿Cómo hacer para contar con un derecho penal democrático si existen normas que no son compatibles con esta aspiración? Al respecto, debemos tener en cuenta que la teoría constitucional aporta instrumentos de control jurisdiccional que podrían dejar de lado los excesos que pudieran cometerse.

5.1. En nuestro país ha sido frecuente que se cuestionase ciertas normas penales. Así por ejemplo hemos afirmado que

buen parte de los decretos legislativos sobre seguridad nacional es inconstitucional. ¿Pero qué puede hacerse? ¿Esperar a que el Congreso de la República los modifique? Recordemos que los referidos decretos se dictaron en mayo de 1998 y hasta la fecha no han sido derogados o modificados. Ante esta situación, correspondería acudir al Tribunal Constitucional a través de una acción de inconstitucionalidad. Lamentablemente, hasta el momento el Tribunal Constitucional carece del número de magistrados necesarios para resolver, pues no han sido repuestos sus tres miembros arbitrariamente destituidos por el Congreso de la República. Hasta que esto no ocurra no podrá acudirse a la vía de la acción de inconstitucionalidad, que desde hace más de dos años no puede utilizarse.

5.2. En consecuencia, sólo resta fortalecer la única alternativa viable, que consiste en el control a cargo de los jueces, es decir, el *control difuso*, a través del cual los jueces pueden disponer la no aplicación de una ley a un caso concreto, conforme lo autoriza el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución. Su aplicación, ciertamente, es difícil en un contexto donde impera una magistratura provisional, pero ahí queda la vocación de independencia, de autonomía de un Poder Judicial que puede disponer la no aplicación de una ley que viola la Constitución. Su ejercicio contribuiría a contar con un derecho penal democrático o a seguir subsistiendo en el contexto de un derecho penal autoritario.

En esta materia el caso más conocido fue el de una jueza que dispuso la no aplicación de la ley de amnistía por afectar lo dispuesto por la Constitución. En efecto, el 19 de junio de 1995 la jueza que estaba investigando el asesinato de 17 personas ocurrido en Barrios Altos en 1991, a pedido de la fiscal y de la parte civil, consideró que el artículo 11 de la Ley de Amnistía

(Ley 26479) era inconstitucional y dispuso su inaplicación al caso concreto sobre la base del artículo 138 de la Constitución; en consecuencia, ordenó que se prosiguiera con la tramitación del proceso penal correspondiente. Ante tal situación, la fiscal de la Nación sostuvo públicamente que se había cometido delito de prevaricato. Con motivo de dicha resolución, se expidió la Ley 26492, publicada el 2 de julio, mediante la cual el Congreso *interpretó* que la Ley 26479 «no es revisable en sede judicial». Días después, el 14 de julio, la resolución de la jueza fue modificada por el tribunal superior. En efecto, la 11ª Sala Penal de Lima, por mayoría, declaró nula dicha resolución, disponiendo la aplicación de la Ley de Amnistía y ordenando el archivo del proceso penal, basándose en argumentos cuestionables.

5.3. Sin embargo, el control difuso no es la única vía. Existen otras posibilidades, como en el ejemplo colombiano antes mencionado, cuando en virtud de una tutela o amparo se declaró el «estado de cosas inconstitucional». De esta manera, nos referimos al derecho a un recurso efectivo ante los tribunales competentes contra actos violatorios de derechos fundamentales, al cual alude el artículo 8º de la Declaración Universal y que comprende tanto el proceso de hábeas corpus como el de amparo.

En tal ocasión la corte declaró fundada la demanda y puso en conocimiento de esta decisión a todos los poderes públicos y, además, ordenó al Instituto Nacional Penitenciario de Colombia y al Ministerio de Justicia que elaborasen en tres meses, a partir de la notificación de la sentencia, un plan de construcción y refacción de cárceles que garantizase a los reclusos condiciones de vida dignas. Señaló que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación ejercerían una supervigilancia sobre este punto.

Agregó que, con el objeto de financiar enteramente los gastos que demandaría la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno debería realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluya las partidas requeridas para garantizar una medida de esta naturaleza. En otras palabras, percatándose de que el problema tenía un contenido presupuestario, ordenó la inclusión en las partidas correspondientes de medidas destinadas a cumplir con la vigencia de estos derechos.

Ciertamente una decisión de esta naturaleza sería difícil y novedosa en un país como el nuestro, en el que un número importante de sentencias no se cumple bajo la justificación de la falta de una partida económica.¹⁹ Y ciertamente, nunca va a haber recursos si las instituciones encargadas no presupuestan estos programas y si no existe una decidida voluntad política de cambio.

5.4. Además de la tutela o amparo, existe el proceso de hábeas corpus, que protege la libertad individual. En el Perú el proceso de hábeas corpus es más amplio del que existe en otros países, pues no sólo tutela la libertad física del detenido, es decir el derecho a no ser detenido en forma arbitraria, sino también las condiciones carcelarias. Esto es conocido como el hábeas corpus correctivo, que garantiza el debido trato en las prisiones.

¹⁹ En octubre de 1998 la Defensoría del Pueblo elaboró un informe en el que detectamos 101 quejas en las que se cuestionaba el incumplimiento de sentencias por parte de la administración estatal. Este informe fue aprobado mediante Resolución Defensorial 62-98/DP, publicada en el diario oficial el 27 de octubre.

Estos alcances del hábeas corpus se dan formalmente en el Perú, pero lo que preocupa es que sus objetivos de velar por la libertad individual no se cumplan plenamente. Por ejemplo, se han presentado demandas de *habeas corpus* para evitar traslados que podrían afectar los derechos de los reclusos que han sido rechazadas sin una argumentación solvente. Esto sucedió con el traslado de personas al penal de Challapalca, que se encuentra en el departamento de Puno a más de 4,400 metros sobre el nivel del mar. La lejanía del penal y su difícil acceso dificultaban a los familiares hacer visitas, así como el derecho de defensa; además, su elevada altitud y las difíciles condiciones climáticas afectaban la salud de los internos, todo lo cual constituía una situación más grave no dispuesta en la sentencia. Igualmente ha sucedido en los casos de traslados de menores cuya legitimidad se cuestionaba, pues estos deben permanecer separados de los adultos. En definitiva, en esta materia se requiere un mayor desarrollo, que contribuya a garantizar la vigencia de la libertad e integridad de las personas.

6. Reflexiones Finales

Cincuenta años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la necesaria limitación del poder punitivo del Estado sobre la base de un equilibrio razonable que garantice el respeto de los principios constitucionales y los derechos humanos todavía se enfrenta con obstáculos y omisiones que institucionalmente no son resueltos y que terminan minando su ejercicio. De esta manera, continúa en la agenda pendiente la necesidad de garantizar una estrecha vinculación entre el sistema penal, la Constitución y los derechos humanos. Esto constituye un verdadero reto que requiere de un compromiso democrático aún distante.

Mantenerse alejado de estos parámetros significa un costo especial para el Estado Peruano, pues las medidas así adoptadas carecerán del peso y legitimidad necesarios, y contribuirán además a debilitar los compromisos internacionales asumidos, a cuyos organismos puede acudir para cuestionar tales actos, con la evidente responsabilidad estatal. De ahí que no resulte extraño que internacionalmente se critique diversas normas y decisiones internas debido a su manifiesto alejamiento de los estándares antes mencionados. En estos casos el argumento de la soberanía absoluta que algunos sectores vienen sosteniendo carece de todo sustento.

Y es que, en definitiva, el sistema penal no es políticamente neutro ni puede basarse en un argumento simplista según el cual el fin justifica los medios, pues su sustento, incluso para garantizar su eficacia, debe encontrar el necesario equilibrio que no lo ponga al margen de los principios y valores que orientan un Estado democrático. En este sentido, los principios de legalidad, proporcionalidad, resocialización, los derechos humanos, los criterios de interpretación constitucional y los mecanismos de control constitucional son vitales para garantizar que nuestro sistema penal respete las pautas esenciales de un Estado Democrático y los derechos humanos. Esto forma parte de un compromiso que después de cincuenta años de la Declaración Universal todavía sigue pendiente.

EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS
HUMANOS DE LAS MUJERES A 50 AÑOS DE LA
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS

Julissa Mantilla Falcón

El reconocimiento de los Derechos Humanos de las mujeres a 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

*Julissa Mantilla Falcón**

1. Presentación

El tema de los derechos humanos de las mujeres ha venido cobrando auge y causando gran controversia en los últimos años. Salud reproductiva, participación política, violencia familiar y sexual, discriminación laboral, son solamente algunos de los aspectos que rodean el tema y que ocupan un lugar prioritario en la agenda sobre la materia.

En este sentido, y a cincuenta años de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cabe preguntarse en qué medida los derechos que se consagran en dicho documento fueron definidos tomando en cuenta las necesidades de las mujeres y cuál ha sido el rol que la comunidad internacional ha asumido en función a las mismas.

El presente ensayo pretende, por lo tanto, reflexionar sobre esta situación, haciendo un recuento de la evolución que el tema ha tenido en la comunidad internacional y de las perspectivas que se avizoran al respecto.

* Abogada. Investigadora del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada consultora de la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo.

2. Sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El punto de partida de este documento es la Carta de las Naciones Unidas de 1945, a tal grado que durante mucho tiempo ambos documentos fueron considerados como un instrumento conjunto, con un contenido que no creaba nuevos derechos frente a los ya protegidos por la acción conjunta de los Estados miembros de las Naciones Unidas.¹

Posteriormente, con la creación de los pactos internacionales, los derechos consagrados en la citada declaración cobraron real vigor, al crear obligaciones internacionales a cargo de los Estados firmantes que permitían pasar de un mero reconocimiento de los derechos incluidos en los documentos a la puesta en marcha de un sistema efectivo de protección de los derechos humanos y de denuncia de las violaciones individuales a cargo de los Estados.

Desde el artículo primero, la declaración consagra el principio de libertad e igualdad en esencia de los seres humanos, yendo más allá de la mera igualdad formal que implica el reconocimiento ante la ley de este principio, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

En esta misma línea, el artículo segundo prohíbe la distinción entre los seres humanos por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, etc. Los artículos cuarto y quinto, de otro lado, prohíben la esclavitud y la servidumbre, así como la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

¹ BERNALES, Enrique. «Sistema internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres». En: RAMOS, Manuela. *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y reflexiones*. Lima, 1998, p. 170.

De otro lado, el artículo sétimo consagra el derecho a igual protección ante la ley, así como la protección contra toda discriminación que infrinja la declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

El artículo decimosexto, por su parte, establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y a disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio.

En lo que se refiere a la participación política, el artículo vigésimo primero señala que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, teniendo además derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

Finalmente, el artículo vigésimo tercero establece que toda persona tiene el derecho al trabajo, a la libre elección del mismo en condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo. Asimismo, señala que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Esta regulación, que parecía tan promisoría en su momento, fue desbordada por la realidad. A la falta de una obligatoriedad jurídica para los Estados firmantes derivada del citado instrumento internacional, se sumaba también un problema relacionado con la definición e interpretación de los derechos incluidos en la Declaración.

De allí la necesidad de crear documentos internacionales que brinden efectividad real a los derechos contenidos en la declaración, implementando una serie de definiciones aplicables y, además, creando un sistema de protección de los derechos de los individuos tanto en el ámbito universal como en el regional.

Nos referimos, básicamente, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Debe mencionarse también el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente en lo que tiene que ver con el trabajo del comité creado por el referido pacto respecto a las denuncias individuales por violaciones de derechos humanos.

Además tenemos el sistema creado en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas que, mediante los procedimientos 1503 y 1235, ha acogido diferentes denuncias sobre violaciones de derechos humanos a nivel mundial.

En el ámbito regional es a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, que se crea el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, integrado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuyas atribuciones están reconocidas para los Estados parte de la referida convención.

Hasta aquí, entonces, se logró un marco teórico e instrumental bastante coherente en apariencia, que ha permitido la salvaguarda de los derechos humanos a nivel mundial en los últimos años. Sin embargo, y en lo que se refiere específicamente a las mujeres, aún falta mucho por hacer.

Basta para ello revisar algunos hechos de actualidad que nos darán una idea más clara del tema del que nos ocupamos.

3. Analizando la Realidad

En esta parte cabe hacer referencia a uno de los más graves casos que muestran la difícil situación que atraviesan las mu-

jeros en la actualidad. Nos estamos refiriendo a Afganistán, país en el cual las mujeres han visto violados gravemente sus derechos desde 1996, cuando el Talibán llegó al poder, dando inicio a una campaña de opresión que se mantiene hasta hoy. En efecto, según las disposiciones dadas por este grupo, las mujeres están prohibidas de salir de casa sin una compañía masculina y sin usar la *burqa*, una túnica que las cubre completamente, dejando sólo un pequeño espacio para ver y respirar.

Además estas mujeres están impedidas de acceder a los servicios de salud y, en caso de llegar a ellos, no pueden ser diagnosticadas adecuadamente por los médicos, dado que estos están prohibidos de atenderlas sin la *burqa*. De otro lado, se les prohíbe trabajar fuera de casa, con los resultados de pobreza y malnutrición conocidos.² Cabe señalar que la gravedad de esta situación motivó su inclusión en el Informe Anual del Departamento de Estado de los Estados Unidos correspondiente a 1998.

Otro caso que merece mención es el de la India, país en el cual los padres de las novias están obligados a dar una dote a la familia del futuro marido y, en el caso de las familias pobres que no pueden pagar la dote, la novia es despreciada y quemada viva, hecho que se hace pasar por un accidente. A fines del decenio de los ochenta se registraron 1,418 de estos casos³.

Los ejemplos abundan. En Pakistán la mujer que no logra probar su falta de consenso en un caso de violación debe enfrentar un juicio por adulterio. En Irán recientemente se

² DUBITSKY, Stephanie. «The health care crisis facing women under Taliban rule in Afghanistan». *Washington College of Law, Human Rights Brief*, Vol. 6, Issue 2, febrero 1999, pp. 10-11.

³ HOLT, Renee, «Women's Rights and international Law: The struggle for recognition and enforcement». En: *Columbia University School of Law*, EE.UU., 1991, p. 130.

prohibió las discusiones públicas sobre los derechos humanos de las mujeres y «las problemáticas específicamente femeninas».⁴

En el Perú, como resultado de las elecciones de 1995, sólo el 11% de los representantes en el Congreso son mujeres. Asimismo, de los 1,576 alcaldes distritales que fueron elegidos en dicho año, sólo 55 fueron mujeres.

Si el tema se quiere abordar de una manera más global, se puede enfocar el análisis a partir de ciertas áreas específicas en las cuales la realidad de subordinación y discriminación que afecta a la mujer resulta por demás evidente.

Así, si nos detenemos a analizar la situación laboral de las mujeres, podemos referir que el trabajo impago de la mujer en las labores caseras puede ser estimado económicamente en un aproximado de \$4'000,000'000,000 con respecto al producto económico mundial anual. Asimismo, según el Banco Mundial, en el continente africano el 70% de los alimentos es producido por las mujeres. En 1983 en los EE.UU. una de cada dos familias pobres era liderada por una mujer.

De otro lado, y en lo que tiene que ver con la educación, Holt sostiene que aún persiste una amplia disparidad entre el número de niños y niñas que asisten a las escuelas primaria y secundaria. Las niñas tienden a abandonar la escuela antes que los niños, ya que su trabajo en el hogar es considerado más importante que su educación.⁵ Casi 650 millones de mujeres son analfabetas y de los 130 millones de niños sin escolarizar, dos tercios son mujeres.⁶

⁴ <http://www.cimac.org/news560.htm>

⁵ HOLT, Renee. Ob. Cit., pp. 122-123.

⁶ LAUZIRIKA, Nekane. «Mirando al futuro con ojos de mujer. De México a Pekín pasando por Nairobi, cumbres mundiales sobre la mujer. Mujer y desarrollo». Bilbao: Desclée de Brouwer, 1996, pp. 16-17.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la salud, existe un gran número de mujeres perjudicadas por prácticas culturales que las fuerzan, por ejemplo, a contraer matrimonio siendo muy jóvenes. El embarazo a edad temprana pone en riesgo su salud, y es el caso que a nivel mundial 500,000 mujeres mueren anualmente debido al embarazo y al parto. Asimismo, cabe resaltar las prácticas de circuncisión femenina como un método de control de la sexualidad de la mujer y de asegurar la virginidad⁷.

Sobre la participación política de las mujeres, Holt resalta que de los 189 países presentes en Naciones Unidas, sólo nueve están gobernados por mujeres. Asimismo, según Naciones Unidas, aproximadamente en 400 años podría hablarse de paridad de representación entre hombres y mujeres en el ámbito mundial.⁸

Lauzirika⁹ da cuenta de algunos hechos que corroboran lo que aquí se afirma: la creciente feminización mundial de la pobreza, la regulación de las tasas de natalidad centrada en el control exclusivo de la fecundidad de la mujer, los abortos masivos provocados en países como China, cuando la madre está embarazada de una niña, la trata de mujeres y niñas, la muerte en India de más de 4,000 mujeres al año como consecuencia de problemas sucesorios, los suicidios aparentes, la escasa representación política femenina, etc.

Esta situación¹⁰, la cual sólo hemos descrito superficialmente, ha venido propiciando un movimiento de lucha por la

⁷ HOLT, Renee. Ob. Cit., p. 124.

⁸ FLORES NANO, Lourdes. «Derecho de igualdad en materia electoral». En: RAMOS, Manuela. Ob. Cit., Lima, 1998, p. 150.

⁹ LAUZIRIKA, Nekane. Ob. Cit., pp. 14-16.

¹⁰ En líneas generales se recomienda revisar HUMAN RIGHTS WATCH. «The Human Rights Watch Global Report on Women's Rights», EE.UU.,

reivindicación y respeto de los derechos humanos de las mujeres. Sobre este tema nos ocupamos a continuación mediante un repaso de los principales hitos que han marcado las etapas en la lucha de las mujeres¹¹ contra la subordinación y la discriminación en el ejercicio de sus derechos.

4. El Rol de la Comunidad Internacional

4.1. Las Conferencias Internacionales

Uno de los puntos cruciales en lo que se refiere a los derechos de la mujer tiene que ver con las conferencias mundiales de las Naciones Unidas sobre la materia, las cuales pusieron en evidencia que la discriminación de las mujeres es un fenómeno mundial de una magnitud tal que los diferentes Estados no podían continuar eludiendo su responsabilidad al respecto.¹²

Acosta señala cuál ha sido el rol de estas conferencias internacionales, afirmando que mediante ellas se ha consolidado una interesante modalidad de mediación entre el mundo de los gobiernos y la sociedad organizada, la cual se ha utilizado no sólo para el caso de las mujeres sino también para otras temáticas (medio ambiente, derechos humanos, desarrollo, etc.).¹³

1995. Este reporte incluye un subcapítulo sobre el caso peruano, titulado «Violence against women in Peru's armed conflict», integrando el apartado «Rape as a weapon of war and a tool of political repression».

¹¹ CENTRO DE LA TRIBUNA INTERNACIONAL DE LA MUJER, La Tribuna, N° 44, febrero 1995, p. 20.

¹² ACOSTA VARGAS, Gladys. «Los Derechos Humanos de las Mujeres en las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas». En: IIDH, *Una Experiencia de participación*. San José, 1996.

¹³ *Ibíd.*, p. 92.

En las grandes conferencias se reúnen, principalmente, los representantes de los diferentes gobiernos, de las organizaciones no gubernamentales y de las agencias financieras y de desarrollo. Luego de los debates diarios, en los cuales salen a relucir todas las modalidades de *lobby* y cabildeo necesarias, se producirá un documento final (programa de acción, plataforma, declaración, etc.) que servirá de punto de partida para la posterior adopción de tratados internacionales o de normas internas que demuestren de qué manera los Estados incorporan en su ordenamiento jurídico interno los contenidos de dichos programas.

En este punto cabe reflexionar sobre el valor jurídico de estos documentos, en función del artículo 38º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual ha sido considerado como un catálogo de las fuentes formales del derecho internacional¹⁴. Así, este artículo señala que la corte deberá aplicar en sus resoluciones:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, las cuales establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- b) La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- d) Las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59º¹⁵.

¹⁴ CARRILLO SALCEDO, Antonio. Curso de Derecho Internacional Público. En: RAMACCIOTTI, Beatriz. *Materiales de Derecho Internacional Público*. Lima: PUCP, 1993, pp. 85-86.

¹⁵ El artículo 59º, por su parte, establece que la decisión de la corte sólo es obligatoria para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

Al respecto, existe una discusión en la doctrina sobre si el referido artículo 38º constituye o no un catálogo de fuentes formales del derecho internacional, ya que no contempla, por ejemplo, los actos unilaterales de los Estados. Sin embargo, algunos autores sostienen que cuando surgen nuevos métodos de producción del derecho, éstos nacen mediante fuentes ya reconocidas, como la costumbre y los tratados.¹⁶

Por ello consideramos que ni las conferencias mundiales ni los documentos producto de las mismas crean obligaciones para los Estados asistentes o firmantes. En todo caso, lo que sucede es que a partir de los documentos producidos por estas reuniones se va perfilando el llamado *soft law* (derecho en formación), tal como ha venido sucediendo —por ejemplo— en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como ya hemos dicho, las conferencias mundiales sirven como espacio de discusión y han permitido hacer visibles una serie de problemas relativos a la situación de las mujeres, a la vez que han servido de punto de partida para que los diferentes gobiernos establezcan compromisos públicos frente a estos temas,¹⁷ como se verá a continuación.

Al respecto, cabe mencionar que en 1973 el Consejo Económico y Social de la ONU formó un grupo de trabajo de 15 miembros con el objetivo de organizar una convención inter-

¹⁶ VIRALLY, Michael. «Fuentes del Derecho Internacional Público». En: SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*, 1978, p. 154.

¹⁷ Movimiento Manuela Ramos, *Aportes de las Mujeres Andinas hacia las Conferencias Mundiales*, 1994, p. 9. Un ejemplo de ello se tiene en las leyes que sobre violencia familiar se dieron en Perú, Argentina, Chile y Ecuador posteriormente a la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de 1993, en la cual se reconoció la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos. ACOSTA VARGAS, Gladys. Ob. Cit., p. 93.

nacional sobre los derechos de las mujeres. Así, en 1975 se produce la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer (AIM), en la Ciudad de México. El plan de acción entonces era la adopción de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual debía incluir procedimientos efectivos para su puesta en vigencia.

Paralelamente a la conferencia oficial, en dicho encuentro se desarrolló la Tribuna por el Año Internacional de la Mujer, la cual convocó a miles de mujeres representantes de diferentes organizaciones no gubernamentales. Asimismo, se creó el Fondo Voluntario para la Mujer de la ONU, el cual dará origen al Fondo de Desarrollo de la ONU para la Mujer (Unifem).

Otro logro de esta época es la declaración del período entre 1975 y 1985 como la Década de la Mujer, estableciéndose como objetivos de actuación la cooperación internacional, la educación, el empleo, la familia, la vivienda, los medios de comunicación, la participación política, la salud, la población y la investigación.

Posteriormente, en 1980, se celebró en Copenhague la Segunda Conferencia Internacional sobre la Mujer, la cual sirvió para evaluar las medidas adoptadas para la aplicación del Plan de Acción Mundial acordado en México. En este sentido, se adoptó un programa de acción para la segunda mitad de la década, que hacía énfasis en las acciones en materia de salud, educación y empleo.

Un tercer hito que debe mencionarse está constituido por la Conferencia Mundial de Fin de Década de la Mujer, realizada en Nairobi (Kenia) hacia 1985 y en la cual se adoptaron las llamadas «Estrategias encaminadas hacia el futuro para el avance de la mujer», conteniendo 372 medidas orientadas a mejorar la situación de la mujer en el mundo.

Finalmente, en setiembre de 1995 se realizó la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, cuyo objetivo fundamental era revisar las acciones previstas en Nairobi, discutiendo el documento base, denominado Plataforma de Acción. Paralelamente a la conferencia, se celebró en Huairou el Foro Internacional de ONG.

Ahora bien, existen dos reuniones mundiales que deben ser mencionadas en esta parte, no obstante no haberse centrado exclusivamente en el tema de los derechos de las mujeres.

La primera de ellas es la Conferencia de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, cuya declaración final reconoce que los derechos de la mujer forman parte de los derechos humanos.

La segunda reunión que debemos mencionar es la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, realizada en la ciudad de El Cairo en 1994, a partir de la cual se empieza a hablar a nivel internacional de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Asimismo, en esta reunión se define la salud reproductiva de las mujeres como un estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente como la mera ausencia de enfermedades o dolencias en lo que se relaciona con el sistema reproductivo.

a) *Principales órganos de acción*

En este tema, el punto de partida se ubica en 1945, durante la Asamblea de San Francisco, cuando las delegadas demandaron una atención especial para la situación de las mujeres, por lo que se creó una subcomisión sobre la Condición de la Mujer dentro del Consejo Económico y Social (Ecosoc).

En 1946, durante la única reunión de esta subcomisión, se decidió crear una comisión exclusiva sobre la condición de la

mujer, la cual se instaló en junio de ese año con la función de preparar las recomendaciones y los informes sobre la promoción de los derechos de las mujeres en las esferas política, económica, social y educativa, así como sobre las cuestiones urgentes de interés para los derechos de las mujeres. Asimismo, se organizó una oficina de Avance para la Mujer en el Departamento de Economía Internacional y Asuntos Sociales de las Naciones Unidas (Ecosoc).¹⁸

Las primeras décadas de la Comisión estuvieron dedicadas a las actividades de elaboración normativa, ganando gradualmente cierta influencia política, siendo el caso que su labor se ha visto centralizada en actividades de promoción más que en el tratamiento de las violaciones específicas de los derechos de las mujeres.

A principios de los ochenta, el ECOSOC impulsó a la Comisión para que revisara las comunicaciones relativas a violaciones específicas de los derechos de las mujeres. Una de las críticas que se efectúa al trabajo de la Comisión consiste en que las comunicaciones fueron empleadas principalmente como una fuente de información para sus estudios más que como un instrumento diseñado para obtener una respuesta de los gobiernos.¹⁹

Posteriormente, en la Asamblea General de las Naciones Unidas correspondiente a 1954, se reconoció que la mujer seguía siendo sujeto de antiguas leyes, costumbres y prácticas discriminatorias, en contradicción con la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que se instó a los gobiernos

¹⁸ LAUZIRIKA, Nekane. Ob. Cit., pp. 46-53.

¹⁹ BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. 2.^a ed. St. Paul, 1995, p. 85-86.

e instituciones públicas a tomar medidas legales para abolir tales situaciones.

b) *Documentos internacionales de relevancia*

A la labor realizada en las reuniones mundiales y al trabajo desarrollado por los órganos internacionales creados sobre el tema debe sumarse la existencia de una serie de documentos internacionales que han permitido poner de relieve la situación de discriminación que padecen las mujeres y la necesidad de tomar medidas efectivas para remediarla.

El punto inicial se encuentra hacia 1902, cuando se adoptaron en La Haya una serie de convenciones internacionales sobre conflictos entre legislaciones nacionales relativas al matrimonio, divorcio y guarda de menores²⁰. En la región americana se estableció la Comisión Interamericana de Mujeres en 1928 y en 1933 se adoptó la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada.

Por otra parte, entre 1952 y 1962, se adoptó la Convención de los Derechos Políticos de la Mujer (1953), la Convención sobre el Consentimiento, Minoría de Edad y Registro de Matrimonios (1962).

Como se dijo líneas arriba, hacia 1954 la ONU reconoció la existencia de mujeres que eran sometidas y sujetas a antiguas leyes, costumbres y prácticas que iban en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este reconocimiento sirvió de impulso para que en 1963 se elaborara un borrador de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el cual

²⁰ ACOSTA VARGAS, Gladys. Ob. Cit., p. 95.

fue presentado hacia 1966. Un año después la Asamblea General adoptó una declaración revisada con el objetivo de «asegurar el reconocimiento universal, tanto en la legislación como en los hechos, del principio de igualdad entre hombres y mujeres»»

Hacia 1984 se realizó el Estudio Mundial de la ONU sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo, el cual marcó el reconocimiento oficial de la importancia central de la mujer en el desarrollo, tanto en el nivel macro como microeconómico, y es visto como un hito en la historia dentro del Sistema de las Naciones Unidas.

De otro lado, en diciembre de 1993 se dio la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, mientras que en marzo de 1994 la Comisión de Derechos Humanos decidió la creación del cargo de relator especial sobre la violencia que se ejerce contra las mujeres.

A nuestro juicio, el instrumento internacional de mayor importancia en relación con los derechos de las mujeres es la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (Cedaw)*, la cual fue adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigencia dos años después, al lograr las veinte ratificaciones solicitadas.

Uno de los aspectos más importantes de este documento se encuentra en la definición que hace de «discriminación contra la mujer» en el artículo primero, la cual debe entenderse como referida a «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Asimismo, este documento exige a los Estados que se abstengan de realizar cualquier acto o práctica de discriminación contra la mujer y que adopten las medidas adecuadas para modificar o derogar las leyes y prácticas discriminatorias contra la mujer (artículo segundo, incisos "b" y "d").

Un punto importante en este documento es la regulación en el artículo cuarto de las llamadas medidas de discriminación inversa, las cuales tienen carácter temporal y están encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer.

Asimismo, debe destacarse que el comité monitor de la Cedaw tiene la facultad de formular recomendaciones generales, a través de las cuales se han ido precisando los criterios jurídicos que debe emplearse al momento de examinar la discriminación por sexo.²¹

Ahora bien, existe una serie de problemas²² que se derivan de este documento y que tienen que ver, en primer lugar, con la gran cantidad de reservas hechas por los Estados parte al momento de ratificar este tratado, aun cuando algunas de ellas son claramente incompatibles con el objeto y el propósito de la convención. Asimismo, el pacto establece que el Comité Monitor de la Cedaw se reunirá por un período no mayor de dos semanas anualmente, tiempo que no resulta suficiente para revisar los reportes hechos por los Estados parte.

Finalmente, debe resaltarse que la Cedaw no establece un mecanismo para reclamos interestatales o individuales. Según el art. 29 (1) cualquier disputa entre los Estados parte relativa a

²¹ Ponencia presentada por Giulia Tamayo en el Seminario «Género, Derecho y Discriminación», realizado por la Defensoría del Pueblo del Perú y el Diploma de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú en agosto de 1998.

²² BUERGENTHAL, Thomas. Ob. Cit., p. 70-72.

la interpretación o aplicación de la Cedaw debe ser sometida a la Corte Internacional de Justicia. Esta posibilidad se ve debilitada por la posibilidad establecida en el art. 29 (2), la cual permite a los Estados declinar de la competencia de la referida corte.

Holt, por su parte, critica que la Cedaw no se ocupe en detalle de temas cruciales, cómo es el caso de la violencia contra la mujer. Asimismo, resalta la autora que los reportes que exige el documento no son recibidos a tiempo, lo cual hace necesario revitalizar el rol de las ONG en la preparación de los mismos.²³

Con estos problemas en mente, en marzo de este año se hizo una reunión a nivel de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, que tuvo como objetivo la adopción de un protocolo adicional a la Cedaw.

En el ámbito interamericano, el documento fundamental en la materia es la *Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, conocida como Convención de Belem Do Pará, la cual fue aprobada en 1994. Dicho documento establece la protección al derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Así, la referida convención define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer. Tamayo destaca que en este caso la responsabilidad estatal se configura cuando las instancias públicas, agentes o funcionarios perpetran actos de violencia contra la mujer, los toleran donde quiera que ocurran o no actúan con la debi-

²³ HOLT, Renee. Ob. Cit., p. 133.

da diligencia para prevenirlos, investigarlos y sancionarlos, así como cuando no brindan acceso efectivo a recursos para obtener medidas de protección, resarcimiento o reparación del daño.²⁴

Para Montaña, una de las principales virtudes de esta convención consiste en que a través de ella se extendió el concepto de los derechos humanos, superando la tradicional división de los mismos en derechos de primera y segunda generación.²⁵

Copelon, por su parte, resalta que este documento contribuye al proceso de visibilización de las necesidades y problemas específicos de las mujeres, reconociendo la relación existente entre la violencia de género y los derechos humanos de las mujeres, en lo que tiene que ver con el derecho a vivir libres de tortura, sin discriminación sexual y a una educación libre de los estereotipos de género.²⁶

De otro lado, cabe resaltar que a partir de este documento se establecieron tres mecanismos de protección para los derechos de las mujeres. Así, los Estados parte deben informar a la Comisión Interamericana de Mujeres sobre las diferentes medidas que hayan adoptado contra la violencia; tanto los Estados parte como la Comisión Interamericana de Mujeres pueden

²⁴ Ver al respecto los materiales editados a propósito del Seminario «Género, Derecho y Discriminación», organizado por la Defensoría del Pueblo en convenio con el Diploma de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú, durante el mes de agosto de 1998.

²⁵ MONTAÑO, Sonia. «Los derechos reproductivos de las mujeres». En: IIDH, *Estudios Básicos de Derechos Humanos IV*. Costa Rica, 1997, pp. 170-171.

²⁶ COPELON, Rhonda. «La Convención contra la violencia de género». En: RAMOS, Manuela. *Los Derechos Humanos de las Mujeres: Aproximaciones conceptuales*. Lima, 1996, p. 328.

solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opiniones sobre la interpretación de la convención y, finalmente, se crea la posibilidad de presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos las denuncias o quejas de violación por parte de un Estado del artículo séptimo de la referida convención, sobre el ejercicio de la violencia contra la mujer, la no expedición de leyes para combatir la violencia, etc.²⁷

Al respecto, debe señalarse que la principal limitación que presenta este documento en lo que se refiere al derecho de denuncia es que no permite que los casos lleguen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Conclusión

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que el problema de la mujer supera lo reconocido en los documentos internacionales. Efectivamente, si bien existen normas internacionales que se ocupan del tema y prevén la manera en que sus disposiciones deben ser incorporadas al ámbito interno por los Estados parte, la situación de discriminación y falta de equidad se mantiene.

Por ello, creemos que resulta fundamental que continúe el trabajo de reconocimiento formal de derechos en el ámbito internacional, pero estableciendo como requisito indispensable su secuela en el ámbito interno.

²⁷ CÓRDOBA RUIZ, Piedad. «Marco legislativo internacional contra la violencia doméstica», ponencia presentada al Seminario sobre Violencia Doméstica y Masculinidad, desarrollado en México durante el mes de abril de 1999.

Esta secuela debe entenderse no sólo como la promulgación de leyes sobre la materia, sino también la incorporación de la denominada perspectiva de género en el ámbito de los operadores jurídicos que tienen a su cargo tanto la elaboración de las normas jurídicas como su cumplimiento y respeto.

Para ello resulta fundamental, en primer lugar, identificar las normas jurídicas que refuerzan los roles asignados socialmente a hombres y mujeres, haciendo énfasis en las disposiciones legales que discriminan a las mujeres, sea directa o indirectamente.²⁸

De esta manera no sólo se estaría cumpliendo con la obligación internacional del Estado de incorporar en su ordenamiento interno las medidas destinadas a combatir la subordinación y discriminación de la mujer, sino que también se garantizaría que estas normas sean realmente efectivas.

Asimismo, se hace necesario desarrollar estrategias orientadas a hacer realidad la igualdad material entre hombres y mujeres, las cuales pasan por la profundización de la idea de discriminación, el desarrollo de las acciones positivas (*affirmative actions*) y la consagración de derechos y principios que resulten especialmente relevantes para la mujer.²⁹

²⁸ Sobre este tema, se recomienda revisar VILLANUEVA FLORES, Rocío. «Análisis del derecho y perspectiva de género», ponencia presentada en la Conferencia Panamericana «Transformando la condición legal de la mujer, superando las barreras de la doctrina y la educación jurídica», organizada por The Washington College of Law (American University), Washington, del 3 al 6 de noviembre de 1997.

²⁹ PÉREZ TREMPES, Pablo. «Constitución y derechos de la mujer». En: RAMOS, Manuela. *Derechos Humanos de las mujeres: Aportes y reflexiones*. Lima, 1998, pp. 57-73.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA
E-mail: tareagrafica@correo.dnet.com.pe
TELÉF. 424-8104 / 332-3229 FAX: 424-1582
NOVIEMBRE, DE 1999 LIMA - PERÚ

INSTITUTO RIVA-AGÜERO

El Instituto Riva-Agüero, Escuela de Altos Estudios de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue creado el 18 de Mayo de 1947 como Centro de Investigación para las ciencias humanas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en reconocimiento y homenaje a la obra y a la persona de D. José de la Riva-Agüero y Osma (1885-1944), destacado intelectual y político peruano, así como benefactor de la Universidad.

El Instituto es una comunidad de investigadores reunidos en seis secciones de investigación: Arqueología, Derecho, Etnología, Filosofía, Lengua y Literatura e Historia. Los investigadores participan en los proyectos auspiciados por el Instituto o realizan sus investigaciones con el apoyo del Instituto, mediante becas anuales de investigación. Los resultados de dichas investigaciones hacen posible las publicaciones del Instituto Riva-Agüero, las mismas que se dividen en ordinarias y extraordinarias. En el primer grupo se ubican las revistas y publicaciones periódicas. Las publicaciones extraordinarias son aquellas de carácter monográfico o temático, las ediciones críticas de documentos y textos de importancia para las disciplinas humanas, y las actas de ciclos de conferencias. Las publicaciones del Instituto Riva-Agüero suman a la fecha 180 títulos y constituyen una selecta expresión del quehacer científico en temas americanistas, peruanistas y de las humanidades en general.
