

Cuaderno de Ejercicios 5

Cuaderno de Ejercicios 5

Los ejercicios aquí contenidos deben realizarse al hilo de la lectura de las lecciones correspondientes. A efectos de realizar oportunamente la autoevaluación, debes apuntar en tu Diarion de estudio con todo el detalle posible, tal y como se explica en las instrucciones de la asignatura, tus resultados y reflexiones.

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.1

El proceso de positivación de los derechos fundamentales.
aprox. 15.min.

Introducción: El proceso de positivación describe la aparición paulatina de los derechos fundamentales en su expresión jurídica. No por ello cabe reducir la reflexión de los derechos al plano meramente jurídico ya que arrancan del establecimiento de una filosofía previa que reconoce la existencia de los mismos. Su creación no es originaria del poder. Éste juega un papel distinto, como mero intermediario entre la reflexión filosófica y la exigencia de la garantía de los derechos. El proceso de positivación no puede explicarse, no obstante, de forma ajena al concepto y al fundamento de los derechos. Es en ese modelo en el que se debe situar su estudio.

Objetivo: Comprender el papel desempeñado por el proceso de positivación en lo relativo al concepto y al fundamento de los derechos.

Tarea: Responde después de leer el texto a las siguientes preguntas: ¿ qué función tienen para el autor del texto los derechos fundamentales? ¿qué alcance tiene la positivación de los mismos? ¿supone tal positivación el abandono de la reflexión filosófica de los derechos? ¿Qué consecuencias puede tener esto?

"A principios de nuestro siglo, Georg Jellinek, en el curso de su notoria polémica con Emile Boutmy, afirmaba que el contenido de la libertad no podía ser determinado positivamente. Poco importa -en su opinión- para la teoría jurídica el fundamento de la idea de libertad y la concepción filosófica en que se asienta. El Derecho, en el fondo, tiene un carácter demasiado formal y demasiado "externo" para que las especulaciones filosóficas puedan tomar cuerpo en formas jurídicas.

Para Jellinek, la clave del concepto de libertad jurídica, de donde se desprenden todas las libertades públicas y derechos fundamentales, es la limitación de la arbitrariedad del Estado (*Begrenzung staatlicher Willkür*). Por ello, las libertades públicas, como la libertad religiosa, la libertad de prensa o el derecho de reunión, han surgido como una mera supresión de las fuerzas opresoras del Estado que impedían estas manifestaciones de libertad a sus súbditos. Pero, en todo caso, cuando el Estado, por ejemplo, establece positivamente la garantía de la libertad de conciencia, no se plantea si se trata de proteger la piedad o el ateísmo o la propia religión. El alcance jurídico de la positivación de tal libertad reside tan sólo en la abstención de determinadas conductas, pero sin que señale lo que conviene hacer.

Estimo que la postura de Jellinek refleja con claridad el sentido que el problema de la positivación de los derechos fundamentales tuvo para la dogmática del derecho público, que, de otra parte, tan decisivo papel jugó en este terreno. Ahora bien, el estudio hasta aquí realizado puede servir de contrapunto a esta visión clásica del problema de la formulación positiva de los derechos humanos fundamentales. Frente a ella no tan sólo el proceso genético, sino incluso el análisis técnico-jurídico del proceso de

Cuaderno de Ejercicios 5

positivación, muestran la continuidad entre la expresión normativa de los derechos fundamentales y los presupuestos filosóficos, políticos y económicos que le sirven de base.

Pretender desgajar el proceso de positivación de los derechos humanos fundamentales del largo y laborioso esfuerzo de los hombres en la lucha por la afirmación de su dignidad, libertad e igualdad, como principios básicos de la convivencia política, es tanto como privar a dicho proceso de su significado. La propia sede habitual de positivación jurídica de tales derechos fundamentales, que no es otra que la de los principios rectores del orden constitucional, revela la constante tensión dialéctica entre el plano ideológico, si se quiere en el terreno iusnaturalista, de las aspiraciones políticas, y en el plano técnico en el terreno de la positividad de las normas jurídicas. De ahí que cuando se pretende estudiar el proceso de positivación jurídica de los derechos fundamentales en su mera dimensión formal, a través de su plasmación en normas de derecho positivo y al margen de los presupuestos que lo motivaron, se incurra "en la engañosa ilusión -ya evidenciada por Del Vecchio- por la cual un principio parece inútil después que del mismo se hayan deducido las consecuencias"¹.

¹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique; *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004,

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.2

Los obstáculos de la generalización de los derechos.

20.min. aprox.

Introducción: El siguiente texto es una muestra histórica de un intento frustrado de generalizar los derechos fundamentales. La revolución por la independencia respecto de la metrópoli que se desató en Haití tuvo varias particularidades. Una de ellas es la de ser un territorio parte del Estado francés y, por tanto, susceptible de que sus habitantes tuvieran los mismos derechos fundamentales declarados en 1789 que el resto de ciudadanos franceses. Si bien jurídicamente esto podía presentar problemas, ética y filosóficamente era innegable que estos derechos a la libertad y a la igualdad debieron ser tenidos en cuenta. La guerra que llevó a cabo Napoleón para mitigar la independencia de la colonia finalizó con una estratificación social y jurídica de sus habitantes, en la que no se reconocía la igualdad entre los mismos.

Objetivo: Mostrar con un ejemplo, *a sensu contrario*, en qué consiste el proceso de generalización.

Tarea: Lee el siguiente texto. ¿Está justificada la limitación de la generalización de los derechos de los habitantes de la colonia?

"El tratado de Amiens entre los gobiernos francés e inglés sellaba la alianza de los colonialistas europeos y permitía a Bonaparte enviar su flota [a Haití].

Leclerc entraba en el puerto del Cabo el 1 de febrero de 1802. Louverture le había confiado la defensa de la región al general Christophe. Leclerc, que no se había dirigido a Louverture, reclama la sumisión de Christophe. Este último le responde que sólo obedecía al gobernador Louverture. Despreciando a Leclerc, los generales de Santo Domingo resistieron. Las ciudades de Cap-Haïtien, Port de Paix, Saint-Marc, Léogane fueron quemadas y Leclerc solo obtuvo cenizas.

El 8 de febrero, Leclerc le manda una carta de Bonaparte a Louverture quien rechaza la sumisión. El 17 de febrero, Leclerc ponía a Louverture y Christophe fuera de la ley.

De febrero a abril, Louverture sostiene una guerra de guerrillas, acosando a su adversario y armando a las gentes del campo. Leclerc tuvo entonces que proclamar que mantendría la libertad general así como la graduación de los oficiales que se le aliaron. Las deserciones comenzaron por el hermano de Toussaint Louverture, Paul Louverture, que libera la parte española de Santo Domingo, seguido por Beauvais, Villate, Maurepas, Laplume. Toussaint invita entonces a Dessalines y Christophe a aliarse con Leclerc.

El 5 de mayo, Leclerc trataba con Louverture en Cabo: la libertad general sería mantenida, los oficiales conservarían su graduación, Louverture no estaría ya fuera de la ley, y anuncia que se retira a sus tierras en Ennery.

Cuaderno de Ejercicios 5

Durante la primavera y el verano de 1802, el ejército de Leclerc, atacado por la fiebre amarilla, se hundía.

Durante este tiempo, en París, Bonaparte preparaba el restablecimiento de la esclavitud. El 16 de mayo de 1802, Dupuy consejero de Estado, presentaba al cuerpo legislativo un proyecto que mantenía la esclavitud en las colonias restituidas a Francia por el tratado de Amiens con Inglaterra, del 25 de marzo precedente. Se trataba de Tobago, Santa Lucía y la Martinica tomados por los ingleses en 1793. El proyecto restablecía en la legislación la esclavitud "en las otras colonias francesas más allá del cabo esperanza". La trata de Negros estaba legalmente reestablecida y la esclavitud mantenida "de acuerdo con las leyes y reglamentos anteriores a 1789".

El breve informe de Dupuy estaba dirigido contra los principios del derecho natural y de la unidad de la especie humana:

"Sabemos como las ilusiones de la libertad y de la igualdad han sido propagadas hacia estas esquinas lejanas donde la diferencia remarcable entre el hombre civilizado y aquél que no lo es, la diferencia de climas, de colores, de costumbres, y principalmente la seguridad de las familias europeas, exigen imperiosamente grandes diferencias en el estado civil y político de las personas:

"Sabemos también cual ha sido el funesto resultado de estas innovaciones ardientemente solicitadas por sus celadores, de los cuales la mayoría, sin duda, no habían sido estimulados más que por la intención honorable de servir la causa de la humanidad y que, buscando indirectamente convertir en iguales en derechos a los hombres de las colonias, no han sabido más que convertirles en igualmente desdichados. Si en un asunto tan grave, estuviera permitido emplear imágenes, diríamos que los acentos de una filantropía falsamente aplicada, han producido en nuestras colonias el efecto del canto de sirenas: con ellas han venido los males de toda especie, la desesperanza y la muerte.

Dos consecuencias evidentes resultan de esta funesta experiencia.

La primera que las colonias que se nos ha devuelto por el tratado de Amiens y las islas de Francia y de Reunión, que, sin haber sido conquistadas han sido igualmente conservadas, deben ser mantenidas en el régimen bajo el cual, después de su establecimiento, han constantemente prosperado.

La segunda, que, en las colonias donde las leyes revolucionarias han sido puestas en ejecución, hay que sustituir estas seductoras teorías por un sistema reparador, cuyas combinaciones se unen a las circunstancias, varían con ellas y son confiadas a la sabiduría del gobierno.

Tal es el deseo de los hombres sin prevención que no temen confesar que la revisión de las leyes, y la reforma de aquellas que han sido perjudicialmente establecidas, son un deber esencial del legislador".

Cuaderno de Ejercicios 5

De acuerdo con la voluntad del legislador, Leclerc partió a Santo Domingo para "sustituir las seductoras teorías por un sistema reparador"².

² GAUTHIER; Florence; *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution 1789-1795-1802*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pp.290 y ss.

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.3

La extensión del derecho de voto.

Aprox. 20. min.

Introducción: La configuración de la voluntad política, la *voluntad general*, está condicionada por la voluntad de sus votantes. Si bien en un momento inicial se consideró que la voluntad general debía emanar del soberano y que esta voluntad es la que busca el bien común, sólo aquella parte del cuerpo soberano que sepa en qué consiste el bien común podrá condicionar la voluntad política. Esta reflexión genera la justificación de que el sufragio sea restrictivo, en tanto no todos los individuos están igualmente formados para distinguir el bien común del bien particular. Sólo aquellos ciudadanos libres, es decir aquellos que no dependan de su trabajo para vivir y que tengan suficiente cultura podrán votar (en otras palabras se está justificando el voto exclusivo del sector más adinerado de la sociedad). La extensión del sufragio activo y pasivo a la totalidad de los ciudadanos es una muestra del proceso de generalización de los derechos.

Objetivo: Analizar en este caso concreto los rasgos del proceso de generalización.

Tarea: Extrae del siguiente texto los rasgos de la generalización.

"En realidad, el liberalismo no es plenamente democrático en sus orígenes. No puede olvidarse que los primeros liberales fueron reacios a incluir en sus planteamientos la exigencia de alguna forma de participación popular. Así, para Locke la soberanía popular tendría un carácter simbólico ya que, en la práctica, se delega en el monarca y en asambleas hereditarias y electivas. Se trata, pues, de una soberanía pasiva del pueblo muy alejada todavía del individuo-elector moderno. En la tradición liberal, las ideas de contrato social y soberanía popular no suponían, pues, más que la idea de que el poder reside implícitamente en el pueblo, pero no que gobierna de forma activa. En este sentido, el liberalismo añadiría a su conocida desconfianza hacia el poder una desconfianza no menor en la capacidad del pueblo para participar activamente en la vida política. No olvidemos que, como insiste MacPherson, desde Platón a Aristóteles hasta el siglo XVIII, la democracia se definía como el gobierno de los pobres, los ignorantes y los incompetentes, a expensas de las clases ociosas, civilizadas y ricas. Durante años, el régimen político ideal fue la "república" (*res publica*, cosa de todos) y no la democracia. De ahí que, hasta las primeras fases de la Revolución francesa, el término "democracia" fuera empleado por los actores políticos más influyentes para estigmatizar a un oponente, facción o institución como defensor del gobierno de los pobres, la abolición de la propiedad, la violencia, el caos, la irracionalidad e incluso el ateísmo. Antes del siglo XIX, sólo algunos políticos (Babeuf, Hamilton) se habían declarado abiertamente democráticos en la esperanza de ser asociados con los intereses del pueblo y diferenciarse así de las élites políticas gobernantes.

[...]

Pese a todos los intentos por contenerla o calmarla mediante mayores o menores concesiones, la reivindicación del sufragio universal se

Cuaderno de Ejercicios 5

irá haciendo progresivamente más intensa conforme avanza el siglo XIX. Las llamadas en favor de la generalización son muy diversas. Por un lado, desde premisas más pragmáticas que filosóficas, la asociación del sufragio restringido con la corrupción y la inflación de los gastos públicos, con la ineficiencia económica, provocará que tanto desde la burguesía como desde el movimiento obrero se propugnen reformas electorales conducentes al sufragio universal. Por otra parte, la extensión del derecho al sufragio al proletariado se hace igualmente posible desde las premisas de capacidad que habían exigido los liberales doctrinarios y, en menor medida, los liberales democráticos. Lo cierto es que un número mayor de trabajadores va a ir accediendo a la instrucción, adquiriendo así unas cualidades intelectuales, éticas y políticas de las que había carecido el populacho. En tercer lugar, monárquicos y republicanos moderados ven en la universalización del sufragio un medio para calmar las aspiraciones revolucionarias de las clases trabajadoras, del proletariado, logrando, de esta forma, la unidad y la paz social. Por último, la idea de sufragio universal condensa las aspiraciones de integración e igualdad social de los excluidos de la participación política. Si a finales del XVIII y principios del XIX la reivindicación de la igualdad política se deriva simplemente del principio de igualdad civil (de ahí la proclamación de los derechos civiles como universales pero no así de los políticos), a mediados del XIX el reconocimiento del derecho al sufragio tiene la misma función que tuvo la proclamación universal de los derechos civiles: la lucha contra el Antiguo Régimen y el feudalismo, la destrucción de los privilegios y las discriminaciones negativas"³.

[...]

"Así pues, ciudadanos, comprendéis perfectamente que para mejorar vuestra condición, hacen falta nuevas leyes relativas al modo de distribución de impuestos, a la importación de mercancías, a las aduanas, etc.. y para hacer nuevas leyes, ¿no son necesarios nuevos legisladores?, ¿no hace falta que los burgueses no sean los únicos en redactar las leyes?, ¿no hace falta que estén representados vuestros derechos? La reforma industrial no puede llevarse a cabo sin una Revolución política, y la reforma política implicará necesariamente la Revolución industrial. ¿Cómo queréis alcanzar el bienestar mientras que la aristocracia burguesa y financiera sea la única soberana?. Hace falta, para mejorar definitivamente la condición del pueblo, que éste recobre el ejercicio de su soberanía. Entonces el gobierno, propiedad del pueblo, instrumento de los deseos, de los intereses y de las necesidades, no de una fracción de privilegiados, de una minoría de egoístas, sino de todos; el gobierno, centro de una vasta asociación, agrupando alrededor de él todos los brazos y todas las inteligencias, protector de los derechos del pueblo y apoyándose en él, se comprometerá a

³ ARCOS RAMÍREZ, Federico; "El sufragio universal", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio, DE ASÍS ROIG, Rafael y ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier (Dir.); *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XIX*, Vol. II, Lib. I, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, pp.281 y aa

Cuaderno de Ejercicios 5

liberar al proletariado. Favorecerá las asociaciones de trabajadores, os proporcionará los fondos necesarios para crear vuestros establecimientos"⁴.

De acuerdo con el ejercicio anterior, ¿hay alguna pauta común que condicione el proceso de generalización? ¿Qué puede suponer esto para la teoría de los derechos fundamentales?

⁴ Tomado de GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús; "Libertad, Igualdad, Fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848)", *Anuario de filosofía del Derecho*, vol. 6, 1989, pp.135-152, pp.137-138, la cita es de Marc Dufraisse, un miembro de la SDH, en su panfleto «Association des travailleurs»

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.4

Algunos tratados internacionales.

Aprox.15. min.

Introducción: El proceso de internacionalización supone el reconocimiento de los derechos fundamentales y de sus garantías en el seno de la comunidad internacional. En este sentido hay tratados multilaterales y bilaterales, tratados específicos sobre algunas materias y tratados generales sobre derechos humanos en general, hay tratados regionales y tratados universales. En fin, una compleja variedad que muestra que el proceso de internacionalización se compone de retazos.

Objetivo: Familiarizarse con algunos tratados internacionales⁵.

Tarea: ¿eres capaz de identificar a qué tratado pertenecen estos textos? ¿Podrías poner un ejemplo de tratado regional, de tratado universal, de tratado específico de alguna materia?

PREÁMBULO

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

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

[...]

—

1.

PREÁMBULO

Los Estados parte en el presente Pacto

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen

⁵ Textos extraídos de AA.VV.; *Textos Básicos de derechos humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001.

Cuaderno de Ejercicios 5

por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
Adoptado por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

—

2.

Los Estados partes en la presente Convención

Recordando las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas, en virtud de la cual todos los miembros de han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la organización, para lograr el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, que proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna, en particular de raza, color u origen nacional.

—

3.

Reafirmando su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados [...]

Cuaderno de Ejercicios 5

—
4.

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo.

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.5

Insuficiencias del proceso de internacinalización

15.min. aprox.

Introducción: A pesar de que el proceso de internacionalización supone una garantía añadida para los derechos fundamentales, la protección internacional de los mismos carece de eficacia. Al no haber una autoridad suficientemente reforzada que pueda garantizar la eficacia de los mismos, la protección internacional no dejará de ser un añadido con una importancia relativa.

Objetivo: Ejemplificar la debilidad que el Derecho internacional puede llegar a ofrecer en algunos casos.

Tarea: Lee el siguiente texto.

"Antes del 11 de septiembre estábamos todavía dentro de una concepción del derecho que minimizaba su lado coactivo y que en cierta medida expulsaba la violencia, la fuerza, del contexto arquetípico de la experiencia jurídica. Puestos en el cruce entre "hechos" y "normas", entre "facticidad" y "validez", los juristas parecían elegir las normas y la validez, y éstas se reconceptualizaban con referencia a principios, razones, argumentos. El derecho se perfilaba así básicamente como argumentación y discurso, persuasión, no coacción.

Ahora, por el contrario, asistimos a un retorno de la centralidad de la fuerza y de la violencia como elementos fundamentales, esenciales, del derecho. Este cambio se da en primer lugar en el ámbito del derecho internacional -que, por ejemplo, para John Bolton, hoy embajador de Estados Unidos en Naciones Unidas, no existe "realmente", o sea en el ámbito de las relaciones internacionales -donde se afirma que domina el Marte hobbesiano (y americano), frente a la impotencia de la Venus kantiana (y europea). El giro se da pero también en el derecho. Aquí -especialmente gracias a los empujes de la presidencia Bush y de sus *Kronjuristen*- se afirma la idea de un poder ejecutivo ya no vinculado por la legislación ordinaria y ni siquiera por la constitución -sin hablar por supuesto de los tratados internacionales, a los cuales se les da el valor de papel mojado. *"I'm the decider* -dice George W. Bush-, *and I decide what is best"*.

Traducido en términos jurídicos esto se lee como "el Presidente protege el derecho". Y es ésta la fórmula schmittiana en la que se puede compendiar la nueva doctrina del máximo teórico de los poderes excepcionales de la Casa Blanca: John Yoo. Es una triste manifestación del *Zeitgeist* que éste sea hoy profesor de derecho allí donde antes enseñaba el gran Hans Kelsen: en la Universidad de Berkely en California.

Mientras Kelsen afirmaba con contundencia y rigor la superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional y hablaba de "paz a través del derecho", Yoo se permite decir que no está claro que la reducción

Cuaderno de Ejercicios 5

del nivel de violencia y la limitación de la guerra tenga que ser un objetivo de Estados Unidos y que de todas maneras está seguro que su sistema constitucional ya no necesita estar encaminado al control del uso de la fuerza: "*It is no longer clear that United States must seek to reduce the amount of warfare, and it certainly is no longer clear that the constitutional system ought to be fixed so as to make it difficult to use force*". Yoo concluye que el derecho internacional no vincula al Presidente y que el poder ejecutivo no está limitado por el derecho estatal y los derechos constitucionales.

Se nos dice que si quieres paz tienes que preparar la guerra. La noción de guerra lícita, de sanción de derecho internacional, es decir de reacción a una violación de este derecho, de reacción básicamente a una agresión, se extiende al uso preventivo de la fuerza, incluso allí donde no haya algún peligro inminente para la seguridad del territorio nacional (como se lee en el Documento de Estrategia Nacional de la Casa Blanca del 2002). El concepto de "seguridad colectiva" en términos internacionalistas desaparece y se le reemplaza por la primacía del interés nacional (por supuesto americano), además en la interpretación exclusiva que se le atribuye al presidente en su calidad de *commander-in-chief*.

El derecho de esta doctrina se presenta -como en la concepción de Carl Schmitt- básicamente como fuerza y violencia, y la soberanía una vez más como decisión existencial sobre el *Ausnahmezustand*, el terrible estado de emergencia en el que todos los ligeros ligamentos de los materiales jurídicos se queman en las llamas de la discriminación última entre amigo y enemigo. Lo que este "viejo-nuevo" cuadro comporta es que antiguos tabúes empiezan a tambalearse y caerse. El *habeas corpus* es el primero en ceder; es el Presidente el que se arroga la prerrogativa de definir e indicar quien pueda gozar de aquel fundamental derecho. Es suyo el poder de calificar a alguien como *Illegal enemy combatant*, una categoría hasta ahora desconocida, quitándole al sujeto en cuestión cualquiera garantías sea de derecho internacional o humanitario sea de derecho estatal. El "combatiente enemigo" se ve despojado de todo derecho, *Freiwild*, y así se puede desaparecer en una cárcel secreta o se le puede encerrar en un campo de concentración sin ningún control judicial y sin prever algún término para su detención"⁶.

⁶ LA TORRE, Massimo; "La teoría del derecho de la tortura", en *Derechos y Libertades*, época II, junio 2007, n°17, Dykinson-Madrid, pp. 71 y ss

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.6

Generalización y especificación.

20.min. aprox.

Introducción: El proceso de especificación y el proceso de generalización tienen algunos puntos y elementos comunes que hacen de su distinción algo problemático. Uno de ellos es el de la identificación de los titulares susceptibles de optar a derechos bajo el proceso de especificación. Por ejemplo, mujeres, niños y ancianos son una categoría reconocida por el proceso de especificación. No lo son guitarristas flamencos ni pastores, por ejemplo. ¿Cuáles son, pues, los elementos que permiten identificar a un grupo para otorgarle protección?

Objetivo: Profundizar en el análisis de los procesos de especificación y generalización.

Tarea: ¿Quién es el sujeto titular en cada uno de los procesos? ¿qué consideración es relevante para aceptar el sujeto titular en cada proceso?

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.8

La universalidad de los derechos sociales.

15.min.aprox.

Introducción: El proceso de especificación, al ser predicable únicamente de ciertos sujetos, supone el plantearse la posible ruptura del principio de universalidad. Si son derechos que únicamente benefician a un cierto sector de la población, entonces posiblemente sea ilógico predicar de los mismos un alcance general. Sin embargo, la universalidad de los derechos es defendida por muchos autores. Para ellos, el hacer compatible un número limitado de sujetos protegidos por un determinado derecho y el predicar del mismo su universalidad o alcance general y abstracto es posible.

Objetivo: Sopesar la posible ruptura del principio de universalidad.

Tarea: Lee el siguiente texto y señala qué argumento es empleado para sostener la compatibilidad entre los derechos específicos y la universalidad de los derechos fundamentales.

"La universalidad en cuanto a los titulares del derecho tiene una excepción, o más bien una matización respecto su alcance. Me refiero a los casos de especificación en cuanto a sus titulares. Es conocido que Bobbio destacó el proceso que denominó de *especificación*, como una de las líneas de evolución histórica de los derechos fundamentales. Efectivamente el proceso de especificación supone la consideración de determinadas situaciones especiales de vulnerabilidad social a la hora de asignar derechos. La especificación de los titulares de los derechos, consiste así en asignar derechos a sujetos específicos. Así pues, los derechos de las mujeres, los derechos de los trabajadores, los derechos de los niños, los derechos de las personas con discapacidad o los derechos de las minorías culturales o de los pueblos indígenas no son universales en cuanto a su titularidad en el sentido antes apuntado. Es decir, no son universales en cuanto a su titularidad porque en esos casos tal universalidad no se predica de todos los seres humanos, sino sólo de aquellos que se encuentren en tales circunstancias. Sin embargo, esto no es en rigor una refutación del rasgo de universalidad de los derechos humanos. No significa ni que los derechos con titular específico dejen de ser derechos humanos por no ser universales, ni que al existir derechos específicos el rasgo de la universalidad ya no sea característico de los derechos humanos. La razón es que estos derechos con titular específico son universales en cuanto al titular porque sus titulares son *todos* los pertenecientes a la clase de individuos que viene especificada: todos los trabajadores, todas las mujeres, todos los niños, etc. Son universales (para esa clase de individuos) porque sus titulares son todos ellos sin que se pueda hacer excepción. En realidad, esto no es estructuralmente diferente del caso de los derechos predicables de todos los seres humanos. El conjunto de los "seres humanos" también designa una clase de individuos, también especifica los titulares respecto por ejemplo al conjunto de los "seres vivos", o al de los "animales", conjuntos a los que pertenecen los "seres humanos". Suele darse por supuesto, además, que este conjunto de los seres humanos corresponde a los seres humanos presentes, no a los pasados ni a los futuros, lo que nos

Cuaderno de Ejercicios 5

indica que incluso los derecho con las formulaciones más extensas suelen dar por sobreentendidas determinadas limitaciones que ni siquiera son consideradas. El conjunto de seres humanos, la humanidad, es entonces una categoría moral, no una categoría natural"⁷.

⁷ LEMA AÑÓN, Carlos; "Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", en *Derechos y libertades*, época II, enero 2010, n°22, pp.205 y ss.

Cuaderno de Ejercicios 5

Ejercicio 5.9

Las distintas generaciones de derechos fundamentales.

aprox. 20.min.

Introducción: Hablar de "generaciones" de derechos fundamentales es confuso en tanto que supone la "muerte" y sucesión entre las generaciones. No obstante es el término escogido para identificar las distintas aportaciones (liberal, democrática, socialista) a la teoría de los derechos fundamentales. No hay acuerdo entre los autores acerca de cuantas generaciones hay o qué derechos se comprenden en cada una de ellas. Se habla de tres o cuatro generaciones, en función de qué tipo de derechos se comprendan en ellas. Derechos civiles y políticos, derechos sociales, derechos colectivos; o derechos civiles, políticos, sociales y colectivos; etc.

Objetivo: Establecer algunas líneas de estudio y comparación entre los distintos elementos que componen la teoría de los derechos fundamentales.

Tarea: Relaciona la última generación de derechos con el valor solidaridad.

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

Este contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Estos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales, culturales. Estos derechos alcanzan su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la *primera* los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la *segunda*, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos".

[...]

Cuaderno de Ejercicios 5

Si la *libertad* fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tiene como principal valor de referencia a la *solidaridad*. Los nuevos derechos humanos se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un espíritu solidario de *sinergia*, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o a la libertad informática.

En definitiva, la tercera generación de derechos humanos ha contribuido a redimensionar la propia imagen del hombre en cuanto sujeto de derechos. Las nuevas condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinado una nueva forma de ser ciudadano en el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas, del mismo modo que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho configuró también formas diferentes de ejercitar la ciudadanía.

En efecto, la teoría liberal-individualista, que es el substrato ideológico de los derechos de la primera generación, forjó un modelo de sujeto de derecho de espaldas a la experiencia, así como a las ciencias del hombre y de la sociedad. De ahí, que el pretendido individuo libre y autónomo que despliega su personalidad en el seno de las relaciones intersubjetivas, operó como una hipótesis enmascaradora de la paulatina suplantación o manipulación del sujeto por mecanismos de control externo, que sustituyen su libre autodeterminación por pautas, modelos o estereotipos de conducta que devienen intrasubjetivos en la medida en que se «interiorizan». Ulrich PREUSS ha definido el proceso como *Die Internalisierung des Subjekts*, en su importante revisión crítica de la función del derecho subjetivo en la teoría jurídica individualista burguesa.

Por ello, frente a la imagen ideal y abstracta de «un hombre sin atributos» (*Der Mann ohne Eigenschaften*, por decirlo con las palabras que titulan una conocida obra de Robert MUSIL), corolario de la concepción individualista, los derechos sociales de la segunda generación conformaron una imagen del «hombre situado» en el interior de las instituciones y grupos en los que se integra. Este proceso de paulatina conformación de una imagen real y concreta del sujeto y del fundamento de los derechos humanos recibe un impulso decisivo con la tercera generación, en la que se pretende partir de la totalidad de las necesidades e intereses del ser humano tal como se manifiestan en el presente. De este modo, se ha reconstruido la propia noción de las libertades, que dejan de ser ideas abstractas que se agotan «en y para sí mismas», para devenir derechos humanos que se realizan «con» los demás y «en» un contexto social e histórico determinado⁸.

⁸ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique; *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p.

Cuaderno de Ejercicios 5

[...]

"Visto lo anterior, si los derechos de cuarta generación encuentran su fundamento en el discurso de la solidaridad, puede decirse que con su consagración se vienen a redefinir los derechos sociales y políticos de los grupos marginados, dentro y/o fuera de los Estados, y se exige la asunción de funciones de promoción y redistribución, poniendo en marcha la acción conjunta y simultánea de todos los actores de la escena social. Tales funciones podrían traducirse, según se ha visto, en la mayor apertura de la deliberación política, en la imposición de deberes generales negativos y positivos, y en la elaboración de normas jurídicas que persigan la realización de objetivos e intereses colectivos, incentivando aquéllos que se consideren valiosos.

La oportunidad real de intervenir en la arena pública nacional e internacional, permitiría a los sectores excluidos sometidos, permanentemente, a relaciones asimétricas de dominación, llegar a autodefinirse y hacer valer sus intereses, abriendo y legitimando, de este modo, el diálogo político con el que se pretenden solventar los problemas que a todos afectan.[...]

En el caso de los derechos de cuarta generación, que se orientan a la protección de intereses colectivos, tal delimitación y justificación podría constituir un problema, especialmente si salimos de las coordenadas de la ética comunicativa. Además, su puesta en marcha exige una acción coordinada de todos los actores sociales, y una política estatal e internacional activa con la que sea posible alcanzar una auténtica redistribución de los recursos entre ciudadanos y Estados, es decir, la superación de las relaciones de dominación económica (derecho al desarrollo), política (derecho a la autodeterminación de los pueblos y derecho a la paz), social, cultural y ecológica (derecho al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad). Para lograrlo, el Estado social y la comunidad internacional han de imponer a los particulares el deber de contribuir, junto al poder público, a la provisión de recursos y a la democratización, ya que, en este supuesto, una labor política aislada no es suficiente. [...]

Puede defenderse que la solidaridad aporta algunos matices que lo distinguen de la igualdad, pues requiere asumir la lógica de la acción colectiva y puede acarrear el deber general de actuar para garantizar la pervivencia de ciertos bienes públicos, pasando, así, de la responsabilidad individual a la responsabilidad de todos. [...]"⁹

⁹ RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia; *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas- Dykinson, Madrid, 2011, pp.470 y ss.