

Los poderes públicos y los derechos humanos

José BARRAGÁN BARRAGÁN
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Un autor clásico en esta clase de temas es sin duda García de Enterría, quien, entre otros escritos dignos de mención, nos ofrece su conocido libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*.

Dicho autor comienza precisando, para los efectos de este trabajo, que la idea de Constitución como ley superior se produce dentro de la tradición del Derecho Natural:

*La idea de un derecho fundamental o más alto (**higher law**) era claramente tributaria de la concepción del derecho natural como superior al derecho positivo e inderogable por éste y va a ser reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que le reprochan desconocer sus derechos personales y colectivos.¹*

Más adelante afirma que la gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que diside la validez de las leyes del parlamento:

*De este modo, investido con forma legal e instrumentado por la **judicial review**, el **higher law** con juventud renovada, entra en uno de los grandes periodos de su historia y jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano.²*

Bien, queremos llegar a la conclusión que el propio García de Enterría formula cuando dice que:

¹ Este texto se encuentra en la página 51 de su libro ya mencionado.

² *Ibidem.*, p. 53.

La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstos, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surge.³

Nosotros suscribimos lo dicho por García de Enterría, porque el principio de la supremacía constitucional nos sirve de punto de partida al entrar a examinar la forma en que los poderes públicos, incluido el poder revisor, no solamente quedan subordinados a dicha Constitución, sino que positivamente deben asumir la responsabilidad de hacerla cumplir y, en su caso de salvaguardarla y protegerla.

En primer lugar, podemos, partiendo del objeto formal del ejercicio de la soberanía, recordar que el poder reside en el pueblo y *se instituye para su beneficio*, por decirlo con las palabras del 39 de la vigente Constitución mexicana. Se trata de un principio fundamental de moral pública y de teoría política, que permitirá calificar cada uno de los actos de autoridad si son buenos o malos (principio de moralidad pública); y permite, además determinar el contenido mínimo del ideal de justicia al que se aspire llegar, (principio de legalidad formal).

En segundo lugar, debemos recordar este otro principio de la teoría política, a saber, el principio de la división del poder para su ejercicio, que traen las constituciones, para fines diversos, como para evitar la concentración de dicho poder en una sola persona o corporación; para evitar los extremos de la tiranía; para que esta medida sirva de pesos y contrapesos, obligándose a una recíproca vigilancia; y, en muchos casos, se otorga a cada uno de estos poderes, facultades especiales encaminadas a sofocar las violaciones al texto constitucional.

Esto es, positivamente se encomienda a cada uno de dichos poderes, de conformidad con su naturaleza particular, una especial función de constituirse en garante y en protector, en primer lugar, de la legalidad o de la intangi-

³ *Ibidem.*, p. 51.

bilidad del texto constitucional; y, en segundo lugar, de ser garante y protector, en particular, de los derechos humanos.

He aquí nuestro tema de estudio, de manera que, para seguir un cierto orden, primeramente vamos a explicar el principio que tiene que ver con el objeto formal de la soberanía; en segundo lugar, vamos a ver cómo se efectúa dicha división del poder para su ejercicio, de manera que desempeñen ese juego de pesos y contrapesos; para, en tercer lugar, ver cómo, de manera más particular, se les encomiendan ciertas facultades de verdadera salvaguarda del texto constitucional.

II. LA SOBERANÍA SE INSTITUYE EN BENEFICIO DEL PUEBLO

Al hablar del objeto de la soberanía, la doctrina destaca, no sólo las materias que comprende (objeto material); sino también los beneficios o los bienes metafísicos (objeto formal) inherentes a dicha soberanía, que se proponen alcanzar, haciéndole encomiendas precisas al Estado y a cada uno de los órganos encargados del ejercicio del poder.

De esta manera, al Poder Legislativo, se le encomiendan facultades soberanas para ese efecto, es decir, para legislar; mientras que al Poder Judicial se le encomienda el ejercicio soberano de facultades para aplicar la ley a los supuestos litigiosos que se deban someter a su conocimiento; y lo mismo se hará a favor del Poder Ejecutivo para el cumplimiento de las obligaciones que la Constitución deposita en sus manos. Así pues, por razón de la materia, la soberanía se divide para su ejercicio, en los términos de la teoría clásica de la división de poderes, por ponerla como ejemplo.

Con todo, el objeto formal de la soberanía no cambia nunca, o no debiera cambiar nunca, ya que la soberanía solamente se ejerce, o debiera ejercerse siempre, en beneficio del pueblo, que es la sede y el titular de dicho poder soberano. Por ello es que todos los poderes y todas las autoridades y aun todos los servidores públicos o funcionarios públicos deben ejercer sus funciones y sus deberes para beneficiar al pueblo.

Veamos la forma en que diferentes textos constitucionales enuncian este objeto formal de la soberanía.

Por ejemplo, la Constitución de Cádiz de 1812, en su artículo 13 decía que el objeto del gobierno es *la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen* y por

ello, el artículo 4 indica que es una tarea del Estado *proteger por leyes sabias y justas* los derechos de libertad, propiedad, igualdad y todos los demás que sean inherentes al ser humano.

Por su parte, el artículo 3 del *Acta Constitutiva de los Estados Unidos Mexicanos* del 31 de enero del año de 1824, siguió muy de cerca el texto español y se refiere al derecho de la nación para adoptar y establecer, por medio de sus representantes, la forma de gobierno y demás leyes fundamentales, que le parezcan más convenientes *para su conservación y mayor prosperidad*, por lo que podrá modificarlas o cambiarlas bajo ciertos criterios.

Las mismas expresiones encontramos en las constituciones locales de esta primera etapa de 1824-1827, recordándonos, inclusive, el enunciado del principio abstracto, que recoge el artículo 13 de la Constitución española, que acabamos de citar. Esto es, el fin de toda sociedad civil no es otro sino el bienestar de los individuos que la componen. He aquí tres ejemplos, tomados de las constituciones de Nuevo León, Yucatán y Tamaulipas.

En la Constitución de Nuevo León y en la de Yucatán se repite el siguiente texto:

*Art. 5. Puesto que el fin de toda sociedad política, no es más que el bienestar de los individuos que la componen, el objeto del gobierno es procurar a los individuos la mayor suma posible de goces y alivios, a costa de la menor suma posible de padecimientos y sacrificios.*⁴

A continuación su artículo 9 dice:

Art. 9. El Estado garantiza a todo individuo habitante, estante y aún transeúnte, la seguridad de su persona, propiedad y demás bienes y derechos que le pertenecen.

En cambio, la Constitución de Tamaulipas trae los siguientes enunciados:

Art. 9. Todo hombre que habite en el Estado, aún en clase de transeúntes, goza los derechos imprescriptibles de libertad, seguridad, propiedad e igualdad.

⁴ Véase en *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos*, Imprenta de México 1828, 3 tomos. La cita en T. II., p. 68.

Art. 10. El Estado garantiza estos derechos: garantiza también la arreglada libertad de imprenta.

Art. 29. El gobierno del Estado es establecido para la ventaja común del cuerpo político, para la seguridad y protección de los habitantes del mismo Estado, y no para el interés de ninguna persona ni reunión de hombres.⁵

La primera Constitución de Chiapas dice lo siguiente:

Art. 6. El Estado de las Chiapas ampara y protege a sus habitantes en el goce de sus derechos. Estos son...⁶

Así pues, el amparo y protección de los derechos de los habitantes del Estado de Chiapas, cae dentro del objeto formal de la soberanía: el beneficiar al pueblo. Efectivamente a continuación viene la enumeración de los derechos reconocidos.

Veamos lo que dice la Constitución de Querétaro:

Art. 8. Todos los hombres que habiten en el territorio del Estado aún en clase de transeúntes, están bajo el amparo y protección de las leyes, y el Estado les garantiza sus naturales e imprescriptibles derechos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad.

Art. 9. También les garantiza el derecho de publicar sus ideas con sujeción a las leyes.

Art. 10. Garantiza igualmente a los ciudadanos queretanos el derecho de petición, cuyo uso se arreglará por una ley.

Art. 11. La enumeración de algunos derechos de los queretanos en esta Constitución no podrá alegarse como exclusión de los demás que por la Constitución federal y leyes generales les competan.

En el caso de la Constitución de Oaxaca:

Art. 7. El Estado está obligado a conservar y proteger por leyes sabias y justas la igualdad, libertad, propiedad y seguridad de todos los individuos que lo componen, y de todo hombre

⁵*Ibidem.*, T. III., p. 175.

⁶ Véase en *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos*, ya mencionado. T. I., p. 109.

*que habite en él, aunque sea extranjero y en clase de transeúnte. Por tanto, prohíbe que se introduzcan esclavos en su Territorio: se encarga de libertar a los que actualmente existen en él, indemnizando previamente a los propietarios; y declara libres a los hijos que nacieron de aquéllos, desde el día en que sea publicada esta Constitución en la capital.*⁷

*Art. 10. El Estado garantiza estos derechos...*⁸

Por su parte, la Constitución de Durango decía:

Art. 12. Todos los duranguenses son iguales ante la ley, y están bajo su amparo y protección, aún los que en clase de transeúntes pisan el territorio del Estado.

*Art. 15. El mismo Estado garantiza a sus habitantes el tranquilo goce de sus naturales e imprescriptibles derechos, los que ya tienen consignados en el código fundamental de la nación; los de libertad, seguridad y propiedad, y los demás inalienables que por naturaleza les competen, aunque aquí no se especifiquen ni se enumeren.*⁹

Como se aprecia, varía la forma de expresar este principio y varía el lugar y el orden en que se expresa. De cualquier manera, queda firme el principio de que la soberanía se ejerce a favor del pueblo; y queda igualmente claro que al Estado se le impone la obligación de garantizar, como una concreción particular de dicho beneficio, el garantizar los derechos que son inherentes al hombre en cuanto tal.

¿Qué dice la Constitución mexicana vigente?

Ya lo sabemos. La soberanía, dice el artículo 39, reside en el pueblo y se instituye para su beneficio. Ciertamente ya no contiene el enunciado de que el Estado está obligado a garantizar todos y cada uno de los derechos humanos, pero sí está el principio de que nadie puede ser molestado en su persona y en sus cosas, en palabras del artículo 16, sin previo mandamiento del juez competente que funde y motive dicho mandamiento.

No debería haber duda alguna sobre la expresión de que la soberanía se instituye en beneficio del pueblo. Y, más en particular, no debiera haber du-

⁷ *Ibidem.*, T. I. pp. 166 y 167.

⁸ *Ibidem.*, T. III. p. 169.

⁹ *Ibidem.*, T. I. pp. 278 y 279.

da de que los actos de todas las autoridades, incluido el poder revisor de la Constitución, no puede causar ninguna molestia a persona alguna sin incurrir en una muy grave ilicitud.

Por eso es que la incorporación del arraigo en el texto constitucional mexicano es en sí ilícita, a la luz naturalmente del principio de moral pública establecido en el artículo 39 y luego maravillosamente explicado en el 16.

Necesariamente, mientras el ser humano siga siendo libre y racional y la soberanía se mantenga residiendo en el pueblo, tiene que haber una contención de la inmoralidad pública, no sólo para los poderes públicos ordinarios, sino también para el mismo poder revisor y para las mismas asambleas constituyentes, quienes jamás podrán emitir acto alguno en contra del beneficio del pueblo, sin incurrir en un grave ilícito, tipificado o tipificable como delito.

Veamos, como un ejemplo más, lo que dice la Constitución española ahora en vigor:

Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social.

Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

No se pueden decir mejor las cosas. Francisco de Vitoria decía que la organización de un pueblo, no era una cuestión de la naturaleza, sino de la ley. Es decir, por usar las palabras del texto arriba transcrito, es una cuestión del ordenamiento jurídico, que es la primera gran manifestación de la soberanía popular.

Y en el texto citado, se nos indica, no sólo cuál sea el fundamento último de la ley y del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino también cuáles son los bienes fundamentales que tutela dicho ordenamiento jurídico, en torno a los cuales giran todas las actividades de las autoridades públicas.

El Estado nace por la ley, vinculado a la ley y con el mandato de hacerse cargo del cumplimiento de esos fines. El Estado, a través de sus poderes públicos y autoridades, bien sea por sí mismo; bien sea asociándose con los particulares; o bien mediante la libre participación de los particulares, debe atender necesariamente dichos fines, sea cual fuere la forma en que se anuncien. Incluso, los debe atender aunque no tuvieran ninguna enunciación formal y escrita.

No se ponen esos fines en manos del Estado, como para que éste, de manera discrecional, pueda apartarse de las decisiones fundamentales; o las pueda cambiar, también a discreción, por otras distintas a las señaladas en la Constitución.

Así pues, este objeto formal no varía nunca, ni podría variar, porque tiene que ver con el *beneficio del pueblo*, en palabras del artículo 39 de nuestra Constitución; con la idea de *la conservación y prosperidad de la nación*, como dice la Acta constitutiva de 1824; con la idea de *la felicidad de la nación*, en palabras del texto de Cádiz.

Es decir, nunca puede variar el fin último de toda sociedad política, que no es otro sino el bienestar de los individuos que la componen, en palabras de varios de los textos que hemos venido citando.

III. SOBRE LA DIVISIÓN DEL PODER

El tema de la división del poder, de su distribución, de su organización y funcionamiento, al igual que todos los demás temas incorporados al texto constitucional, queda como un tema propio del debate parlamentario de la Asamblea constituyente, en toda su profundidad y en toda su extensión. En ella se plantea, se discute y se resuelve de manera definitiva.

Debemos empezar por reconocer que el poder, en estricto sentido, es inmaterial y como tal indivisible en el sentido en que son divisibles las cosas materiales. La soberanía es una y permanece indivisible en su sede natural, pero es posible delegar su ejercicio, como ya hemos visto.

Es clásica la teoría de la división del poder en tres grandes brazos, en los tres poderes, que todos conocemos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en los términos formulados por Montesquieu, por ejemplo.

Ahora bien, la división del poder puede formularse no de manera tan rígida como la estudió Montesquieu, sino que puede adoptarse una fórmula

más flexible, como para crear un cuarto poder, o un Tribunal Constitucional; o algún otro órgano autónomo constitucionalmente hablando.

Más aún, ese mismo poder, o soberanía, para su ejercicio, se puede distribuir en un orden federal y en unos estados internos, libres independientes y soberanos, tal como se hizo para el caso mexicano desde la *Acta Constitutiva* del 31 de enero de 1824.

Y, por último, tenemos al llamado poder revisor de la Constitución, el cual, hablando en general y salvo disposición expresa en sentido contrario, también es un poder constituido.

Son muchos los ejemplos de la admisión en nuestro constitucionalismo de la teoría clásica de la división rígida del poder, para su ejercicio. Dicha teoría se encuentra consagrada en la Constitución de Cádiz; lo mismo que en el Acta constitutiva de 1824 y en todas y en cada una de las restantes constituciones históricas, y en la que actualmente está en vigor.

He aquí la forma en que estas teorías, relativas a la división del poder, para su ejercicio, se incorporan a los diferentes textos constitucionales.

a) Según la Constitución de Cádiz

La idea de la unidad del poder de soberanía se encuentra en el enunciado del artículo 3, mientras que el principio de la teoría de la división del poder para su ejercicio se encuentra consagrado de la siguiente manera:

Art. 14. El gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada hereditaria.

Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Art. 16. La potestad de ejecutar las leyes reside en el Rey.

Art. 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.¹⁰

¹⁰ Véase en SEVILLA ANDRES, Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 tomos. Editora Nacional, Madrid, 1969. La cita en tomo I, p. 163.

b) Según el Acta y Constitución de 1824

El principio de la unidad del poder, se enuncia en el artículo 3 de la Acta Constitutiva, mientras que la teoría de la división de dicho poder se hace de la siguiente manera:

*Art. 9. El poder supremo de la federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de estos poderes en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un individuo.*¹¹

*Art. 20. El gobierno de cada Estado se dividirá para su ejercicio en los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y nunca podrán reunirse dos o más de ellos en una corporación o persona, ni el Legislativo depositarse en un individuo.*¹²

Sobra advertir que ambos principios se repetirán en el texto de la subsecuente Constitución del 4 de octubre de 1824, en el artículo 6 y en el 157 respectivamente.¹³

c) Según las primeras constituciones estatales

Por ejemplo, en la Constitución de Coahuila y Tejas, que es del día 11 de marzo de 1827, el principio de la unidad de poder o soberanía se define en su artículo 3, que ya conocemos. Mientras que el principio de la división de poderes de dicho Estado se encuentra en el artículo 39:

*Art. 39. El poder supremo del Estado se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y jamás podrán reunirse estos tres poderes, ni dos de ellos en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.*¹⁴

¹¹ Véase en nuestro libro *Crónicas de la Acta Constitutiva y Constitución de 1824*, México, 1974. 3 Tomos. La citan en tomo I., p. 28.

¹² Véase en nuestro libro *Crónicas de la Acta Constitutiva y Constitución de 1824*, ya citado. T. I., pp. 31 y 32.

¹³ Véase en la misma *Colección de constituciones*, ya citada, T. I., pp. 37 y 89 respectivamente.

¹⁴ Véase en la *Colección de constituciones*, ya citada, tomo I., p. 204.

Otro ejemplo, lo tenemos en la Constitución del Estado de Durango, cuyo artículo 8 consagra la teoría de la división de poderes, para su ejercicio, diciendo:

*Art. 8. Su poder supremo se divide para su ejercicio, según lo dispuesto en la Constitución general, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que nunca podrán reunirse en una sola corporación o persona, ni el Legislativo depositarse en un solo individuo.*¹⁵

Veamos un ejemplo más, el de Guanajuato. La teoría de la división de poderes viene en los artículos 26 y 27:

Art. 26. El gobierno supremo del Estado se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

*Art. 27. Estos poderes jamás podrán reunirse dos o más en una corporación o persona, ni el Legislativo depositarse en un solo individuo.*¹⁶

d) Según los textos vigentes

La Constitución vigente de 1917 consagra los mismos principios, en los mismos términos que los textos que hemos venido citando. La soberanía, como ya sabemos, se encuentra en el artículo 39; mientras que la división de poderes para su ejercicio, viene en los artículos 40, 41 y el 49.

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en el caso de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto federal.

¹⁵ Véase en *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos*, ya citada, T. I., p. 277.

¹⁶ *Ibidem.*, pp. 339 y 340.

Artículo 49. El supremo poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29.

Como vemos, la secuencia de principios es ejemplar: ahí está primero el enunciado del principio absoluto de la soberanía, la cual reside en el pueblo; en segundo lugar, ahí está la idea del ejercicio de la soberanía por el principio de la representación, precisando que la Asamblea constituyente es ya una instancia de representación; en tercer lugar, ahí está el principio de la división de poderes, que ya es clásica, incluyendo la prohibición de que jamás puedan reunirse en una sola persona o corporación; y en cuarto lugar, ahí está también otro principio, el del federalismo mexicano, que se adopta para dividir también el poder soberano en dos grandes áreas, la federal y la estatal.

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL QUE EJERCEN LOS PODERES

Prevalece entonces la idea de que el poder verdaderamente sirva al pueblo, obedeciendo a un principio metafísico de aceptar cierta ética y cierta moralidad de orden superior, que inspire, que fundamente y que justifique todos los actos de poder, o de autoridad, aun si el poder descansa en una sola persona o corporación.

Además de este sentido metafísico al que queda subordinado el ejercicio del poder, las Cortes de Cádiz aceptan el principio de dividir el poder, como medida de equilibrio entre los poderes y como un sistema de pesos y contrapesos, en donde los excesos de un poder sean contenidos por los otros poderes.

Por último, dentro de este planteamiento, positivamente se encomienda a cada uno de dichos poderes, de conformidad con su naturaleza particular, una especial función de constituirse en garante y en protector, en primer lugar, de la legalidad o de la intangibilidad del texto constitucional; y, en segundo lugar, de ser garante y protector, en particular, de las cosas más valiosas que pueda contener el texto constitucional, como es el caso de los derechos que son naturales e imprescriptibles del ser humano. Veamos los siguientes ejemplos

1. Según la Constitución de Cádiz de 1812

Las famosas Cortes de Cádiz, que su servidor se acuerde, nunca se plantearon la posibilidad de que una genuina y bien nacida representación nacional (llámese Asamblea, Cortes, Congreso, Parlamento, Poder Legislativo) pudiera emitir ley alguna inconstitucional; y menos todavía que pudiera violar en agravio del pueblo el texto constitucional.

A) Las Cortes y sus funciones protectoras

Precisamente por ello, se obligan a expedir leyes sabias y justas para garantizar las libertades; se obligan también a proteger la libertad de imprenta; lo mismo que a recibir toda clase de quejas, derivadas del ejercicio de la acción popular, sobre violaciones al texto constitucional; y finalmente asumen el deber de hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del despacho y de los demás empleados públicos. He aquí la secuencia textual de estos principios:

Art. 4. La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

Art.131. Las facultades de las Cortes son:

Vigésimo cuarta: proteger la libertad política de la imprenta.

*Vigésimo quinta: hacer efectiva la responsabilidad de los Secretarios del Despacho y demás empleados públicos.*¹⁷

Art.372. Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución, que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella.

*Art. 373. Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.*¹⁸

Este mismo principio se repetirá después en la ley secundaria de la siguiente manera:

¹⁷ Véase en la obra que venimos citando de SEVILLA ANDRES, Diego, p. 181.

¹⁸ Véase en la obra citada de SEVILLA ANDRES, Diego, p. 214.

*Art. 29. Los infractores de la Constitución podrán ser acusados por cualquier español, a quien la ley no prohíba este derecho, sólo ante el juez o tribunal competente, o ante el rey, quien los hará juzgar por quien corresponda, sino directamente ante las mismas Cortes, conforme al artículo 373 de la propia Constitución.*¹⁹

La misma obligación de vigilar la observancia de la Constitución se impuso a la llamada Diputación Permanente de Cortes, la cual debía permanecer en activo durante el periodo de unas Cortes a otras, de manera que la primera de sus facultades era la siguiente:

*Art.160. Las facultades de esta Diputación son:
Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado.*

B) EL REY Y SU FUNCIÓN PROTECTORA

De varias maneras se obliga al rey a mirar por la protección del texto constitucional y, más en particular, por las libertades de los españoles.

En primer lugar, recordemos que de manera directa la Constitución le impone ciertas y determinadas limitaciones, que vienen consignadas en el artículo 172:

Art. 172.- Las restricciones a la autoridad del rey son las siguientes:

Primera: no puede el rey impedir bajo ningún pretexto la celebración de las Cortes en las épocas y en los casos señalados por la Constitución, ni suspenderlas ni disolverlas, ni en manera alguna embarazar sus sesiones y deliberaciones.

Octava: no puede el rey imponer por sí directa ni indirectamente contribuciones, ni hacer pedido bajo cualquier nombre o para cualquier objeto, sino que siempre los han de decretar las Cortes.

Novena: no puede el rey conceder privilegio exclusivo a persona ni corporación alguna.

Décima: no puede el rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella.

¹⁹ Este documento se recoge en nuestro libro *Algunos documentos para el estudio del origen del Juicio de amparo 1812-1861*, UNAM, México, 1980, p. 65.

*Undécima: no puede el rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna.*²⁰

Estas son ya unas magníficas garantías a favor de algunos de los derechos y libertades más importantes del ser humano, como es su libertad personal, sus propiedades y posesiones; o como es el tema de las contribuciones, sujetas de ahora en adelante al principio de lo que se ha denominado reserva de ley.

En segundo lugar, el rey está obligado, bajo la responsabilidad de sus respectivos secretarios, a atender el ejercicio del derecho de petición, o derecho de representación para reclamar la observancia de la Constitución, según el texto del artículo 273, que ya hemos citado

Y en tercer lugar, tenemos el refrendo ministerial, que inculca la idea de que todo acto del Poder Ejecutivo debe acomodarse al texto constitucional para ser obedecido, bajo la responsabilidad de los señores Ministros, la cual será deducida convenientemente por las propias Cortes.

C) El Poder Judicial y sus funciones protectoras

De conformidad con los debates de aquellas Cortes, quienes mayormente violaban derechos y libertades eran los jueces, lo cual motivó una serie muy interesante de acciones de aquellas Cortes, encaminadas todas a acabar con la arbitrariedad de los jueces y a la defensa decidida de las libertades y las garantías procesales, a través de una profunda y amplia reforma en materia de administración de justicia.

Pero, y pese a la paradoja, es a los jueces a quienes se les encomienda la verdadera protección de la Constitución y de los derechos humanos, como hoy decimos.

Ambas cosas, la gran reforma judicial y la implantación de un adecuado sistema penal para proteger la intangibilidad del texto constitucional, se van a llevar a la práctica a través de una excelente ordenación de esta materia en la propia Constitución.

²⁰ Véase en la obra citada de SEVILLA ANDRES, Diego, pp. 187 y 188.

En la Constitución, en efecto, se detallan las reformas introducidas a la administración de justicia, así como se pormenorizan las medidas de protección, abriendo sendos capítulos, para hablar de los tribunales (del artículo 242 al 279); para regular la administración de justicia en materia civil (del artículo 280 al 285; y el último dedicado a la administración de justicia en lo criminal (del artículo 286 al 308).

El control de la Constitución encomendado al Poder Judicial gaditano, comprende dos clases de sistemas de protección diferentes: por un lado, se deja en manos de la justicia ordinaria de lo criminal todo lo que son salvaguardas del texto constitucional y todo lo que es protección de los derechos y libertades reconocidas en dicho texto constitucional.

Mientras que, por otro lado, se dejan en vigencia plena, como medidas de protección especializadas, cada una de ellas de la mayor importancia, ciertos instrumentos procesales provenientes de la rica tradición jurídica de los diversos reinos históricos, tales como los *interdictos posesorios*, también llamados *interdictos de amparo*; los *recursos de amparo*; las *firmas y contrafirmas*; los recursos de *greuges* (agravios) y el *recurso de manifestación* de la legislación aragonesa; los *autos gallegos*, entre otros.

a) Control jurisdiccional de carácter penal

Con excepción de las disposiciones y de los actos del Poder Legislativo, todos los demás actos de toda clase de autoridades y de los particulares, que fueran contrarios a la Constitución, eran considerados ilícitos penales.

El Decreto del día 24 de marzo de 1813, para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos, tipifica como delitos penales, en el capítulo I, una serie larga de supuestos de responsabilidad de magistrados y jueces; mientras que en el capítulo II, se recogen los tipos penales en que pueden incurrir los demás empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Y por si esto fuera poco grave, en el que sería capítulo III, se tipificaron los supuestos de responsabilidad penal por violaciones a la Constitución.

Como lo hemos explicado con todo detenimiento en nuestros libros *Temas del liberalismo gaditano* y *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824: antecedente inmediato del juicio de amparo*, ambos publicados por Universidad Nacional Autónoma de México, en 1978, este capítulo III, no pudo ser aprobado sino hasta las Cortes del Trienio Liberal, en 1821, de manera que

en México fue publicado como *Decreto de conspiradores* el 17 de abril de 1821 y desde luego rigurosamente aplicado aún muchos años después de haberse declarado México independiente de España.

Ahora pues, pasamos a citar algunos ejemplos, por la imposibilidad de estudiar este punto con el cuidado y el detenimiento con que ya lo hemos hecho en los libros citados.

Recordemos que se consagra el tipo penal para la violación genérica, o de algún precepto del texto constitucional, con lo cual evidentemente quedan todos los artículos, sin excepción, protegidos:

Art. 33. Además de los casos expresados, la persona de cualquier clase y condición que sea, que en cualquier otro punto contravenga con conocimiento a disposición expresa de la Constitución, perderá el empleo que obtenga, resarcirá todos los perjuicios que cause y quedará inhabilitado por cuatro años para obtener otro oficio o cargo alguno. El mismo resarcimiento con suspensión de empleo y sueldo por un año se impondrá a cualquiera que por falta de instrucción o por descuido quebrante alguna otra disposición expresa de la Constitución, y si fuere juez o magistrado se le aumentará por un año la suspensión.

Estamos citando el texto del Decreto de 1821 sobre conspiradores.

Otro artículo de este mismo Decreto, que era el 3, se expresaba de la siguiente manera:

3º. Cualquier español de cualquier condición y clase que de palabra o por escrito tratase de persuadir que no debe guardarse en las Españas o en alguna de sus provincias la Constitución política de la monarquía en todo o en parte, sufrirá...

Por su lado, el artículo 6 del mismo Decreto disponía que fuera condenada una persona *cuando de palabra o por escrito propagase máximas o doctrinas dirigidas a destruir o trastocar la Constitución, la monarquía constitucional, o la religión.*

Ahora bien, además de los tipos genéricos, que acabamos de citar, desde luego abundan los tipos específicos, encaminados a proteger de manera muy dura, aun con el castigo de la pena de muerte, algunos de los bienes más preciados consagrados en el texto constitucional.

En efecto, algunos bienes, o principios, como la Religión, la Monarquía, o las Cortes, que son bienes de naturaleza muy diferente, eran protegidos por medio de tipos penales que llevan consigo la pena capital.

Las penas impuestas a quien viole algunas de las libertades, como es la libertad personal y la integridad física son muy severas, sobre todo si esa clase de delitos es cometida por jueces. He aquí algunos de los tipos consagrados por el Decreto de conspiradores:

Art. 30. Cométese el crimen de detención arbitraria:

Primero, cuando el juez, arrestado un individuo, no le recibe su declaración dentro de las 24 horas;

Segundo, cuando le manda poner o permanecer en la cárcel en calidad de preso, sin proveer sobre ello auto motivado, de que se entregue copia al alcalde;

Tercero, cuando el alcalde, sin recibir esta copia e insertarla en el libro de presos, admite alguno en calidad de tal;

Cuarto, cuando el juez manda poner en la cárcel a una persona que dé fiador, en los casos en que la ley no prohíbe expresamente que se admita la fianza;

Quinto, cuando no pone al preso en libertad bajo fianza, luego que en cualquier estado de la causa aparece que no puede imponérsele pena corporal;

Sexto, cuando no hace las visitas de cárceles prescritas por las leyes, o no visita a todos los presos cuando, sabiéndolo, tolera que el alcalde los tenga privados de comunicación sin orden judicial, o en calabozos subterráneos o mal sanos;

Séptimo, cuando el alcalde incurre en estos dos últimos casos, u oculta algún preso en las visitas de cárcel para que no se presente en ellas.

Este ejemplo de cómo se protege la libertad personal, se encontraba ya reforzado con las previsiones del Decreto de 4 de marzo de 1813, donde tenemos los siguientes tipos penales:

I.- Son prevaricadores, los jueces que a sabiendas juzgan contra derecho por afecto o desafecto hacia alguno de los litigantes, u otras personas.

II.- El magistrado o juez de cualquier clase que incurra en este delito, será privado de su empleo, e inhabilitado perpetuamente para obtener oficio ni cargo alguno, y pagará a la parte agraviada todas las costas y perjuicios.

Si cometiere la prevaricación en alguna causa criminal, sufrirá además la misma pena que injustamente hizo sufrir al procesado.

Veamos un ejemplo más, tomado ahora del Decreto de conspiradores y referido a la responsabilidad de los secretarios de estado:

Art. 28. No pudiendo el rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle, por sí, pena alguna, el Secretario del despacho que firme la orden, y el juez que la ejecute, serán responsables a la nación, y uno y otro perderán el empleo; quedarán inhabilitados perpetuamente para obtener oficio o cargo alguno y resarcirán a la parte agraviada todos los perjuicios.

Son meros ejemplos. En este caso para proteger la libertad individual. ¡Qué hermosos! No hay nada comparable en estos momentos en la legislación vigente mexicana. Más aún, en mi opinión, estos textos están en vigor, toda vez que nunca se han derogado.

¿Y a quién se le podría ocurrir derogarlos, o dejarlos permanentemente en el olvido sino a los mismos criminales?

De paso, permítame recordarle al lector que este Decreto de 1813, se declaró vigente en las leyes de reguladoras de los juicios de amparo, tal como se aprecia en las dos siguientes resoluciones, la primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del año de 1881; y la segunda de un tribunal de circuito de México del 20 de junio de 1890:

1º. Se confirma en todas sus partes la sentencia pronunciada.

2º Se consigna al tribunal competente al Jefe Superior Político del Centro y al alcaide de la cárcel de Querétaro, para que se averigüe la responsabilidad en que hubieren incurrido con motivo de los malos tratamientos que ha sufrido Francisca Olvera en la prisión.

Como se trata de un juicio de amparo en revisión, la sentencia aludida decía en su resolutivo:

Segundo: la misma Justicia de la Unión ampara y protege a Francisca Olvera contra el maltrato que recibe en la prisión y consiente y tolera el C. Prefecto, por violarse con él las garantías otorgadas en el art. 21 y parte final del art. 19 de la Carta Fundamental.

De la segunda resolución vamos a citar nada más la parte que indica cuál es la ley de responsabilidad que está aplicándose. Dice:

Es de examinarse por cuál de estas irregularidades debe averiguar el tribunal la responsabilidad en que haya incurrido el juez de distrito y cuál está reservada para la calificación de la Suprema Corte de Justicia, al dar cumplimiento al artículo 34 de la ley de 14 de febrero de 1826: que si bien el decreto de 24 de marzo de 1813 al fijar en el cap. 1º, art. 7º, las penas en que incurre el magistrado o juez...

Insistimos en que el control es para proteger la supremacía del texto constitucional, y desde luego, el principio de legalidad, así como también es para proteger los derechos humanos, toda vez que, como hemos visto, se establecen tipos muy severos sobre el particular.

La justicia ordinaria, encargada del conocimiento de estos severos tipos penales, tenía orden de darles preferencia a estos asuntos sobre cualesquiera otros, así como de desahogarlos mediante juicios sumarísimos.

35º. Los delincuentes contra la Constitución podrán ser acusados ante los jueces y tribunales competentes por todo español a quien la ley no prohíba este derecho y cualquiera puede representar contra las infracciones o al rey, que las hará examinar y juzgar por quien corresponda, o directamente a las Cortes, conforme al artículo 373.

Para mayor claridad, el artículo 34, ya había dicho que los que cometan delitos contra la Constitución, serían juzgados por la jurisdicción ordinaria. El artículo 273, ya lo conocemos. Decía:

Art. 373. Todo español tiene el derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.

Para comprender mejor lo dispuesto en los artículos citados, tenemos el siguiente pasaje, tomado del decreto de 24 de marzo de 1813, y referido a la denuncia en contra de ciertas y determinantes autoridades:

Cualquier español (que) tenga que quejarse ante las Cortes o el rey, o ante el Supremo de Justicia contra algún Jefe político, Intendente u otro cualquier empleado, podrá acudir ante el juez letrado del partido o ante el alcalde constitucional que corresponda, para que se le admita información sumaria de los hechos en que funde su agravio, y el juez o alcalde deberán admitirla inmediatamente bajo la más estrecha responsabilidad, quedando al in-

*teresado expedito su derecho para apelar a la Audiencia del territorio por la resistencia, morosidad, contemplación u otro defecto que experimente en este asunto.*²¹

Por último, permítame el lector formular un comentario más sobre la escasa vigencia de este sistema en la Península ibérica, debido a que pronto, en 1814, de regreso Fernando VII, decretó disolver las Cortes ordinarias que estaban en funciones, y la anulación total de la obra de las Cortes de Cádiz. Como sabemos, el regreso al antiguo régimen decretado duró hasta la aparición del llamado Estatuto Real de 1834 y la Constitución de 1837, con el paréntesis del llamado Trienio Liberal de 1820, 1821 y 1822, durante el cual se volvió a restablecer la vigencia de la Constitución de 1812.

²¹ Este texto lo hemos tomado de nuestro libro *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824. Antecedente inmediato del amparo*, publicado por la UNAM, México, 1978, en donde se examina con detalle este punto. La cita en p. 73.

Filosofía y pensamiento en derechos humanos

Rebeca Lizette BUENROSTRO GUTIÉRREZ
Profesora-investigadora de la licenciatura en derecho
de la Universidad Autónoma de Baja California Sur

PRESENTACIÓN

La vida misma del hombre gira alrededor de un fin: superarse a sí mismo, obtener una perenne satisfacción que pueda brindarle la felicidad. Considerando esta teleología, no sería aventurado decir que puede explicarse y justificarse cualquier actividad del hombre; luego entonces, podemos decir que los seres humanos, por más disímiles que sean sus actitudes, coinciden en un punto fundamental, en una genérica aspiración a obtener la felicidad.

Para el egoísta, la felicidad estribará en procurarse los mayores beneficios posibles aun en perjuicio de sus semejantes; en cambio, para el altruista o el filántropo, la felicidad consistirá en hacer el bien a sus congéneres, a la sociedad de la que forme parte. Esta finalidad última del ser humano se revela en casos concretos mediante propósitos privativos que cada quien concibe, cuya pretendida consecución determina los actos exteriores del sujeto, como decía Kant «mi ser es mi tener»;¹ actos que constituyen el desenvolvimiento de la personalidad humana. Es imposible representarse a un individuo que no tenga aspiraciones y anhelos hacia cuya verificación encauza sus esfuerzos vitales, subjetivos y objetivos.

La vida misma es la propensión de obtener la felicidad, nadie actúa consciente o deliberadamente para ser infeliz. Santo Tomás de Aquino expresa que la felicidad de toda persona debe estribar en la consecución del bien,² lo cual es consustancial a su naturaleza de ser racional. Al integrar su propia

¹ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España, Austral, 1976, p. 81.

² Santo Tomás, DE AQUINO. *Summa Theologiae*, I-II, q. 63, a. 3. Madrid, España, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.

finalidad vital, el ser humano pretende realizar valores, sean negativos o positivos. La circunstancia de que todo ser humano tenga o deba tener una teleología axiológica es lo que ha provocado la consideración de la persona humana en su sentido filosófico, es decir, ha suscitado la concepción del hombre como persona. Por lo que se afirma que el hombre es persona en cuanto tiende a conseguir un valor, a objetivarlo en actos y valores concretos e individuales así que el concepto de la personalidad resulta de la relación entre el hombre como ser real y su propia teleología axiológica. Para Immanuel Kant,³ persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo y que cabalmente posee dignidad, a diferencia de todo lo demás, de las demás cosas que tienen su fin fuera de sí, que sólo sirven como un medio para alcanzar fines ajenos y por lo tanto tienen un precio.

El doctor Luis Recasens Siches⁴ afirma que, cuando se dice que el hombre es persona, significa que no es solamente un pedazo de material —ni siquiera en el sentido metafísico de «principio de individuación», y mucho menos en el sentido físico de las sustancias que componen los cuerpos—; el hombre es un animal, un individuo pero no como los demás, el hombre es una «sustancia individual de naturaleza racional»,⁵ como bien lo definió Boecio, caracterizado por su inteligencia y por su voluntad.

Bajo estas notas de *inteligencia y libertad*, es que la persona actúa y entra siempre en contacto con sus semejantes pero, para que pueda existir la sociedad, es necesario que la actividad de cada quien esté limitada de tal forma que su ejercicio no ocasione desorden cuya presencia altera y destruye la convivencia; esas limitaciones se traducen en la aparición de exigencias y obligaciones recíprocas cuya imposición no sólo es natural sino necesaria, lo cual sociológica pero sobretodo históricamente, responde como medio de satisfacción de esa regulación, ya que, como aduce Maurizio Fioravanti, «la

³ KANT, I., *op. cit.*, p. 81.

⁴ RECASENS SICHES, Luis. *Filosofía del derecho*. Ed. Porrúa. 2003, p. 479.

⁵ BOECIO. *Tratados teológicos y la consolación por la filosofía*. México, D.F., Cien del Mundo, 1989, pp. 21-33.

aproximación historicista tiende inevitablemente a privilegiar las libertades civiles, las “negativas”..., que se traducen en capacidad de obrar, en ausencia de impedimentos o de obligaciones, dentro de una esfera claramente delimitada y autónoma, sobre todo en relación con el poder político». ⁶

Se trata pues del derecho cuyo contenido normativo que se plasma en disposiciones legislativas expedidas por órganos determinados —que forman parte de ese poder político—, debe estar garantizado en cuanto a su imperatividad por un poder superior a la voluntad de cada individuo. Este poder, también llamado *autoridad*, considerándolo como actuación suprema, radica en la comunidad misma y va a ser ejercido por entidades creadas *a posteriori* a las que se les confiere esa facultad de manera expresa; aunque no siempre fue así.

La regulación jurídica es indispensable para la existencia, subsistencia y dinámica de la sociedad. Sin el derecho que implanta un orden necesario para la vida social, ésta no podría desarrollarse; la normatividad jurídica es para la colectividad humana lo que el agua es para los peces: elementos indispensables para la vida.

El derecho como orden normativo debe reflejar las transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas que se registren dentro de la vida de las sociedades humanas con el objeto de consolidar los resultados de dichas transformaciones y de regular las relaciones comunitarias conforme a ellos. Sin esta regulación jurídica, ningún cambio que opere en los ámbitos vitales de la sociedad, podrá tener vigencia ni operatividad real, ya que los postulados de dicho cambio no podrán imponerse válidamente para regir a la colectividad ya que estarían apoyados en la fuerza.

En resumen, el contenido del derecho debe expresar los cambios sociales en todas las transformaciones. Y en materia de derechos fundamentales no es la excepción, pues veremos que la pugna por hacerlos valer ante un poder real, o ante una persecución religiosa, o ante un cambio radical en la socie-

⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, España, Trotta, 3ª ed., 2000, p. 26.

dad, encuentra cabida en tres países perfectamente identificables: Inglaterra, Francia y Estados Unidos de América.

Es por eso que cada tratamiento nuevo sobre derechos fundamentales tiene que partir desde el contexto histórico pues «los derechos no son nunca el resultado automático de los mecanismos de garantía⁷ formalmente previstos por el ordenamiento, aunque éstos estén recogidos en normas prescriptivas del máximo nivel, la Constitución».⁸ Cada uno de tales aparatos reguladores se desarrolla en un determinado contexto histórico-social e histórico-político, que de manera decisiva viene a condicionar su efectividad práctica.

I. PRECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES

Es de suma importancia hacer una búsqueda sobre las distintas connotaciones o acepciones que del derecho subjetivo se tenía en las épocas anteriores a las de la Ilustración y el Renacimiento que, definitivamente, desembocaron en la época moderna. De esa manera podremos ir notando esas diferencias esenciales entre las doctrinas que se fueron postulando.

⁷ *Garantía*, parece provenir de la palabra *warranty* cuyo significado es proteger, salvaguardar, asegurar, esto implica una connotación muy amplia. Jurídicamente, el vocablo se origina en el Derecho privado entendiéndose como el efecto de afianzar lo estipulado; en el Derecho público ha significado diferentes tipos de seguridades o protecciones a favor del gobernado donde la autoridad estatal está sometida a normas preestablecidas y sustentadas en el orden constitucional. Debido a que los diversos autores en la materia no restringen la explicación del concepto a la relación gobernante-gobernado, se ha producido un desacuerdo y así habrá quien hable de garantías políticas, sociales, jurídicas, y habrá quien, como en el caso de Alfonso Noriega, identifiquen las garantías individuales como sinónimos de derechos del hombre discrepando al respecto Ignacio Burgoa, quien afirma que los derechos del hombre se transforman en derechos subjetivos públicos, los cuales se preservarían por las garantías convenidas en la Constitución; por tanto, no es lo mismo el elemento que garantiza —que es la garantía— que la materia garantizada —que son los derechos humanos—; añadiendo que la protección de las garantías individuales va más allá del ser humano y que se extiende a todo ente jurídico que tenga el carácter de gobernado, y en ese orden de ideas, debemos precisar que nuestra ley fundamental contempla los preceptos llamados garantías individuales que implican el derecho del gobernado frente al poder público. Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*. 19ª ed. México, Porrúa, 1993, pp. 299-300.

⁸ FIORAVANTI, M., *op cit.*, pp. 23-24.

Primeramente es menester recurrir al Derecho Romano, influencia definitiva sobre el derecho occidental, que no nos arroja demasiada luz sobre lo que ahora comprendemos de los derechos subjetivos pero que nos brindan una oportuna aproximación en tanto ya veían al *ius* como la “parte justa”, no como un derecho subjetivo, pero que bien podría ser un ejemplo de lo que ya se llamaban «derechos innatos» (*iura innata* o *connota*); así se sostiene en los glosadores y los postglosadores.

A partir de esto, García de Enterría hace uso del lenguaje y la gramática para lograr un mayor acercamiento cuando *derecho* se presenta ora con mayúscula, ora con minúscula. En el primer caso, derecho, hace referencia al derecho objetivo como un sistema de normas propio, global y unitario,⁹ y más aún, un ordenamiento que tiene que garantizar con toda su fuerza frente a quien resista al ejercicio lícito de alguna facultad o poder de un sujeto, esto es, el derecho con minúscula, el derecho subjetivo, pero llegar a esta concepción moderna no fue fácil.

En la Escolástica tardía encontramos al padre de esa formulación técnica moderna del derecho subjetivo con Guillermo de Ockham, quien defendía la interpretación según la cual el fraile perteneciente a la orden de los franciscanos, no podía poseer nada, dando pie a la llamada «contienda sobre la pobreza». La interpretación se basaba en que ni Cristo ni los Apóstoles habían tenido propiedades, actualizando esta postura con la disección de la estructura de la propiedad como derecho subjetivo,¹⁰ quedando como *potestad de la cual nadie puede ser privado en contra de su voluntad sin culpa suya, a no ser que medie una causa racional, ni la de acudir a juicio si fuese privado de ella.*¹¹

En la Edad Media no existe un sujeto político que desempeñe las funciones monopolistas de *imperium* y capacidad normativa, es un sujeto ausente pero poco a poco se va construyendo la tradición de limitar el poder político de *imperium* en tanto éste se encontraba fraccionado y dividido entre un

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid, España, Civitas, 2001, p. 49.

¹⁰ Citado en nota 5 de *Ibid.*, p. 52.

¹¹ Guillermo DE OCKHAM. *Opus nonaginta dierum*. 1332.

número de sujetos en toda su escala jerárquica. El medioevo tenía su propio modo de garantizar los derechos y libertades pues existía un ordenamiento objetivo que radicaba en la costumbre y en la naturaleza de las cosas asignando así, a cada uno su propio lugar en el estamento social, obviamente partiendo de los más poderosos, quienes podían delimitar el catálogo de esos derechos y libertades, reclamándolos para sí.

Al ampliarse los dominios territoriales de los más poderosos, surgen los *contratos de dominación* que sirvieron para reforzar las esferas de dominio de los señores. Una aportación importante de estos contratos fue el nacimiento de asambleas representativas que no se podían concebir como las entendemos actualmente, pues no eran representantes de pueblo o nación alguna, sino colaboradores del señor en el ejercicio del poder, pues se entendía que, quien está sometido políticamente, tiene entre sus obligaciones de fidelidad, la de brindar consejo y auxilio al dominante.¹² Esos contratos de dominación imponían tributos extraordinarios a la vez que ofrecían garantías diversas en el cuidado de la posesión de bienes; esto nos indica que en el medioevo están ciertas raíces de la libertad como autonomía y como seguridad.¹³ *Iura y libertates* adquieren en la Edad Media una «estructuración corporativa»¹⁴ pues son patrimonio del feudo, del lugar, del valle, etc., y pertenecen a individuos arraigados en esas realidades bajo el dominio del orden natural que, con él, tienen el conjunto de sus derechos sobre la base del nacimiento y la pertenencia.

En la Segunda Escolástica se considera a los teólogos juristas como tipificadores de unos *iura innata* (o *derechos innatos*, como gustará de llamarlos Grocio expresándolos como *ante positas leges*) propios de todo hombre por el solo hecho de serlo y que deben ser respetadas y servidas por el ordenamiento civil y eclesial pues son inviolables y superiores a todo ordenamiento posi-

¹² Cf. FIORAVANTI, M., *op. cit.*, pp. 27-30.

¹³ Vale aclarar que esto no corresponde a la definición moderna de libertad en tanto expresión de la voluntad puesto que ese orden natural impide la esencial libertad de anhelar un orden distinto. FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones.*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴ *Ibid.*, p. 30.

tivo. De esto deviene «la gran duda» suscitada en la Corona a raíz de «la gran denuncia» sobre la legitimación de la conquista en donde incluso se llegó a cuestionar si los nativos americanos tenían alma. A partir de este punto, los teólogos afrontan el tema ya desde el aspecto de la dignidad humana.¹⁵ Pereña sistematizó esto en la llamada «Carta universal de los derechos del indio proclamados por la Corona» donde se refería un trato igualitario entre indios y súbditos de la Corona, inclusive protegerlos y resguardarlos de la explotación y la codicia españoles.

Jellinek¹⁶ apuntaló con posterioridad que la idea de recoger esos derechos innatos en la legislación no se debe a un origen político sino religioso, remontándonos a las colonias de protestantes puritanos ingleses y holandeses que se establecieron en América, a partir del congregacionismo de Roger Williams, disidente de una Iglesia-Estado calvinista. Es la *Royal Charter* de Rhode Island que consagra la libertad religiosa o de conciencia. Al fundar Providence, Williams hace una declaración de vastísima importancia: «quise que pudiera ser un refugio para las personas con inquietudes de conciencia». En 1664 publicó *The Bloody Tenent of Persecution for the Cause of Conscience Discussed* donde defendía la libertad religiosa, matriz de los demás derechos individuales; estableció como forma de gobierno en las Plantaciones de Providence la democrática, en donde el gobierno estuviera sostenido por el consentimiento libre y voluntario de todos, o de la mayoría de los habitantes libres. A las leyes y penas que se aplicaban a las transgresiones agregó que, fuera de lo allí prohibido, «todos los hombres pueden comportarse como sus respectivas conciencias les manden, cada uno en nombre de su Dios».¹⁷

¹⁵ Así lo expone PEREÑA, L. en *la idea de justicia*, citado por García de Enterría en nota 9 de *op. cit.*, p. 54.

¹⁶ JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1895). Madrid, España, Librería Victoriano Suárez, 1908, reeditada en Madrid en 1982, p. 254.

¹⁷ Citado en JOHNSON, Paul. *Historia del Cristianismo*. Barcelona, España, Vergara 2ª reimpre-sión, 2006, p. 563.

Inglaterra se escapa de las libertades medievales antes expuestas y con la ley del país que el mismo documento prescribe,¹⁸ se aporta el elemento de la *jurisprudencia* —como construcción del derecho común inglés a manos de los jueces— que se convierte en el elemento principal para tutelar las libertades. La soberanía parlamentaria, se consolida a partir de la *Glorious Revolution* de 1689 que es la que, en palabras de M. Fioravanti¹⁹ “exige la participación en la actividad legislativa de los tres órdenes del Parlamento —Rey, *Commons* y *Lords*—”,²⁰ soslayando la función de plenamente constituyente. La idea de que los actos irracionales de los legisladores no deben dañar los llamados derechos adquiridos es tan fuerte que los colonos americanos apelan a ella para reivindicar la salvaguarda de sus libertades y propiedades contra el mismo Parlamento inglés.

Desde aquí vemos como fuga del modelo historicista presentado por García de Enterría al constitucionalismo inglés, que supo hacer una transición paulatina y relativa —y sin dolor— del esquema medieval al nuevo orden de las libertades, resistiendo la presencia del poder político concentrado, capaz de definir con autoridad (o *imperium*) las esferas de libertades individuales. Libertades personales que en el artículo 39 de la Carta Magna, ya anticipaban una de las principales dimensiones de la libertad en sentido moderno, el ya mencionado de “seguridad” de los propios bienes pero también, y he aquí la novedad, de la propia persona. Así, este modelo se vuelve a hacer útil en la construcción conceptual de los derechos y las libertades a partir del siglo XVIII con el constitucionalismo moderno que, para llegar a él, Inglate-

¹⁸ Esto es posible gracias a la *Magna Charta*, sobre el acento que coloca en la libertad personal.

¹⁹ FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 33.

²⁰ El *King in Parliament* —composición equilibrada de los tres órdenes políticos— es la clásica estructura liberal del llamado gobierno moderado. Esta afirmación indirecta de los derechos individuales se logra en su vertiente de garantía al existir, como en el modelo inglés, una tradición medieval ininterrumpida de tutela jurisprudencial y consuetudinaria de tales derechos. FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Ibid.*, p. 34.

rra tuvo que fundar la doctrina de su identidad histórico-política en la imagen de esa continuidad gradual (entre libertades medievales y modernas).

Es la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, que descuella con Rousseau, la que cimienta a la sociedad y al Estado en un «contrato social», como una construcción de instrumentos racionales para exponer el sistema jurídico poniendo la idea de los derechos naturales, aportados y respetados en ese pacto social, así como también a los derechos subjetivos ya adquiridos a título particular. Al hombre primeramente se le ve como tal y posteriormente como miembro de un grupo imponiendo el razonamiento de igualdad jurídica; esta estructura individualista subraya al derecho subjetivo como una noción fundamentalísima de la que deviene el término de «sujeto».²¹

La Ilustración termina por generalizar los conceptos que hemos venido delineando y los dejamos más que listos para su recepción sistemática como clave esencial de una nueva construcción en el edificio político. El derecho racionalista derivado de Locke²² adquiere una renovada óptica a través de la evolución del derecho de propiedad, la óptica del *individuo aislado*; el centro del sistema es el individuo al que, para lograr una comunidad conjugada, le es forzoso un contrato social al que ya hemos hecho alusión pero que ahora busca con más ahínco preservar todos los derechos naturales. La valiosa novedad de Locke es haber concretizado que la persecución teleológica de la convención social es la mutua conservación de las vidas, libertades y propiedades de quienes lo han concertado.

El artículo segundo de la Declaración de 1789 nos deja en claro el lineamiento de los derechos subjetivos al recitarnos que «el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; son derechos que representan emanaciones de la propia naturaleza del ser humano. El avance en el reconocimiento técnico de una circunstancia de derecho subjetivo demanda una norma objetiva que lo defina, le establezca unos límites y lo salvaguarde, es decir, de una Ley.

²¹ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 57.

²² Cf. *Ibid.*, pp. 58-65.

Ahora bien, el ejercicio de los derechos naturales de cada individuo no tiene más límites que aquellos que aseguran a los otros miembros de la colectividad el disfrute de derechos similares. Y los límites sólo puede determinarlos la Ley, que se coloca en el centro y el origen de dos fenómenos cruciales: por un lado la estructuración del Derecho Público europeo del siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de leyes, a lo que se dará por llamar *positivismo legalista*²³ como libertad civil; es el principio de autonomía de la voluntad, ya no general, sino individual.

Se da otro paso donde todo queda dispuesto para saltar a lo que García de Enterría llama el «éxtasis individualista»,²⁴ es decir, el derecho subjetivo por antonomasia que es la propiedad, misma que es considerada como una *proyección de la unicidad del sujeto* (o emanaciones del sujeto); como poder pleno sobre las cosas en donde Dios ha traspasado de sus poderes al hombre para ejercerlos sobre el mundo. Todo lo anterior, según Duguit, adquiere significado al entender que todo sujeto de derecho debe a su vez ser un sujeto de voluntad; y que todo acto de voluntad está socialmente protegido en tanto toda situación jurídica se asimila como relación entre dos sujetos de derecho (uno activo y otro necesariamente pasivo).²⁵

En Alemania, es con Wolff que ya un concepto realmente maduro de derechos subjetivos comienza a elaborarse; sin embargo, es Kant quien asevera que el derecho «es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad».²⁶ El único derecho originario del hombre, según este estudioso, es la libertad y toda su doctrina está basada en ella.²⁷

²³ *Ibid.*, p. 82.

²⁴ *Ibid.*, p. 74.

²⁵ *Cf. Ibid.* 83 y 84.

²⁶ KANT, I., *op. cit.*, p. 31.

²⁷ De la libertad se arranca la titularidad de los demás derechos subjetivos que se piensan como libertad de acción bajo leyes protectoras, que de una u otra forma preestablecida han de garantizar la avenencia de las libertades de todos los sujetos entre sí. Esto es lo que se conoce como la *ética kantiana de la autonomía de la persona y de su voluntad ética*. *Cf.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 87.