

SEGUNDA PARTE.

Capítulo I.	<i>La positivación de los derechos humanos</i>	49
Sección I.	<i>Las primeras formulaciones normativas</i>	49
Sección II.	<i>La constitucionalización de los derechos humanos</i>	53

CAPÍTULO I

LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es bien sabido que los derechos humanos han sido, en cuanto a su expresión jurídica y su realización más o menos efectiva, el resultado de una larga y, podríamos decir, interminable lucha. De ahí que, como ya lo habíamos apuntado desde un principio,⁸⁷ la preocupación y el anhelo por la afirmación de la libertad personal frente al poder ha sido una constante en el devenir histórico de la humanidad.

Cierto es también que la consagración de esa exigencia en el orden jurídico-positivo ha sido una conquista relativamente reciente,⁸⁸ y que la concepción universal actual de los derechos humanos es propia de la era moderna. Sin embargo, esto no quiere decir, de ninguna manera, que no podamos encontrar con anterioridad, incluso en épocas muy remotas, la expresión jurídica de algunos de los derechos fundamentales, ya que en casi todos los periodos de la historia los hombres se han esforzado y han luchado por conquistar sus derechos y libertades ya sea en contra del señor feudal o el monarca absolutista, ya sea en contra del poder de su propio Estado o, incluso, contra el de otros Estados.

De ahí que en el proceso de afirmación y codificación de los derechos humanos sea posible distinguir diversas etapas. Por nuestra parte, no aludiremos aquí sino a aquellas que se refieren al derecho interno, y ello únicamente a partir de la Edad Media.

Sección I. Las primeras formulaciones normativas

En efecto, la formulación positiva de los derechos humanos, entendiendo por tal el proceso de formulación normativa de éstos a través de preceptos emanados según los cauces formales establecidos por el principio de validez de un ordenamiento jurídico,⁸⁹ da principio en la Edad Media. Es a partir de esta época que encontramos los primeros documentos jurídicos en los que ya se recogen ciertos derechos y libertades fundamentales. Así, en el Medievo europeo se van otorgando numerosas cartas de franquicias cuyo denominador común es el reconocimiento de diversos derechos entre los que figura, desde luego, el derecho a no ser detenido sin causa legal. Estos

⁸⁷ Véase *supra*, p. 2; en el mismo sentido, *cfr.* Truyol y Serra, Antonio, *Los derechos humanos, Declaraciones y convenios internacionales*, Madrid, Ed. Tecnos, 1976 (reimpresión), p. 41.

⁸⁸ *Cfr.* Pérez Luño, Antonio-Enrique, "El proceso de positivación de los derechos fundamentales", *Los derechos humanos. Significación, estatuto y sistema*, España, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 235.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 173 y ss.

derechos eran reconocidos a quienes formaban parte de un grupo o estamento social.

Ahora bien, la opinión es unánime cuando se reconoce que, históricamente, la subordinación del poder a la libertad se realizó en primer lugar en Inglaterra, donde el régimen constitucional cobra sus comienzos con la *Magna charta libertatum* o Carta Magna. Este documento, que bajo la forma de un pacto o contrato fue suscrito entre el rey Juan sin Tierra y los obispos y barones ingleses el 21 de junio de 1215, habría de consagrar dos de los principios del futuro constitucionalismo en este país, a saber: primero, el del respeto de la autoridad a los derechos de la persona, y, segundo, el de la sujeción del poder del Estado a un conjunto de reglas que más tarde habrían de constituir en Inglaterra el *common law*.⁹⁰

La Carta Magna establece, en su artículo 39, el principio según el cual ningún hombre libre será detenido ni encarcelado, ni ninguna acción será intentada en su contra, sino mediante juicio leal de sus pares y conforme a la ley del país.⁹¹

Sin embargo, en este contexto y por lo que al tema de nuestro trabajo concierne, es menester no olvidar que en España, más de un cuarto de siglo antes que la Carta Magna inglesa, aparecen numerosos ejemplos de este tipo de cartas, contratos o pactos, que otorgaban algunas franquicias y libertades a determinadas personas en función de su pertenencia a ciertas capas o estamentos sociales.

Así, el Pacto o Fuero de León, convenido entre Alfonso IX y el reino en 1188, establecía la obligación de informar al acusado sin demora el nombre de su acusador (artículo 2); admitía la libertad bajo caución (artículo 4) y prohibía toda privación de la libertad sin una orden dada por escrito por la autoridad competente (artículo 7 y 13).⁹²

Casi por la misma época, el Fuero de Cuenca, otorgado por Alfonso VIII hacia 1189,⁹³ autorizaba la detención sin mandato de autoridad competente en el caso de flagrante delito, si bien exigía conducir al delincuente ante la autoridad competente para su enjuiciamiento (título I, libro II, ley 17).

⁹⁰ Cfr. Burdeau, Georges, *Les libertés publiques*, París, 1966, p. 16; Burgoa, I., *op. cit.*, p. 321; Schwarzenberger, Georges, *La política del poder*, México, Fondo de Cultura Económica, 1960, p. 559; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1967, pp. 205 y ss.

⁹¹ Para los textos véase: Duverger, G., *op. cit.*, p. 321; Torrelli, Maurice y Baudouin, Renée, *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, Canadá, Les Presses de l'Université du Québec, 1972, p. 31.

⁹² Para los textos véase: García Gallo, A., *op. cit.*, pp. 556-569; Peces-Barba Martínez, G. y Hierro Sánchez-Pescador, L., *Textos básicos sobre derechos humanos*, España, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1973, p. 21.

⁹³ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, julio-diciembre, 1950, t. XII, núms. 47-48, p. 293.

Entre los numerosos privilegios o fueros municipales del derecho medieval español, uno de los más importantes es el Privilegio General de Aragón, otorgado por Pedro III en 1348, es decir, como veremos más adelante,⁹⁴ en una fecha muy anterior a la de la consagración legislativa del *habeas corpus* inglés.

La importancia del anterior privilegio radica en que instituyó un procedimiento especial denominado “de manifestación de personas” conforme al cual, si alguien era detenido o encarcelado sin haber sido sorprendido en flagrante delito, o sin que mediara una acusación fundada en su contra, o, bien, si su detención o encarcelamiento hubieren sido decretados de manera irregular, e, incluso, si en un término de tres días después de su detención no se le hubieren aún notificado los cargos existentes en su contra, el detenido debía ser puesto en libertad por un cierto tiempo en virtud de lo que se denominaba “vía privilegiada”. En todo caso, este procedimiento se traducía en una petición de amparo, es decir, de protección al “Justicia”, funcionario de quien dependía la prisión de los “manifestados”. Este procedimiento constituye, por otra parte, el precedente hispánico del recurso de amparo mexicano.⁹⁵

Por último, en el mismo contexto cabe aun mencionar el Fuero de Vizcaya de 1527, cuya ley 26, del título XI, prohibía, salvo en caso de flagrante delito, toda detención sin mandato del juez competente.⁹⁶

Dicho lo anterior, y retomando el hilo del proceso evolutivo de la positividad de los derechos humanos en Inglaterra, debemos hacer hincapié en que, de todos los documentos medievales, el que, sin discusión, a más de ser el más importante dentro de dicho proceso, ha alcanzado mayor significación en la posteridad es la ya citada Carta Magna, arrancada al rey por los barones con el carácter de privilegio.

Esta Carta, como todos los pactos típicos de la Edad Media que buscaban sobre todo establecer un equilibrio de fuerzas, y al igual que los documentos españoles de la misma época a que acabamos de hacer referencia, regulaba numerosas y harto heterogéneas materias jurídicas. Desde luego, no se trataba de una constitución, en el sentido moderno del término dado que no establecía ni la estructura jurídica ni política de Inglaterra ni contenía los principios dogmáticos y orgánicos del Estado. No obstante, su valor histórico radica en que, como ya lo señalamos,⁹⁷ algunas de sus fórmulas se convertirían en principios que, habida cuenta de ciertas variaciones terminológicas todavía subsisten en las constituciones de hoy día.

⁹⁴ Véase *infra*, pp. 76 y ss.

⁹⁵ Fairén Guillén, Víctor, “Consideraciones sobre el proceso aragonés de ‘manifestación de personas’ en relación con el ‘*habeas corpus*’ británico (iniciación a un estudio de sus problemáticas)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Publicación Iberoamericana y Filipina, núm. 1, 1963, p. 43.

⁹⁶ García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, SepSetentas, México, 1976, p. 33.

⁹⁷ Véase *supra*, p. 73.

Ahora bien, no sería sino en conjunción con otros documentos como el principio en que reposa el respeto del *common law*, por parte del poder estatal, habría de establecerse de manera indiscutible.

En efecto, aun cuando la Carta Magna ha sido considerada como el fundamento de una constitución que, como ya dijimos, en realidad nunca ha existido, al menos en el sentido riguroso del término, Inglaterra no posee una carta constitucional de este tipo, sino una serie de documentos que corresponden a diversos momentos históricos y tienen su punto de arranque en la Carta Magna.⁹⁸

Así, el artículo 39 de la Carta Magna, a cuyo contenido ya hicimos alusión,⁹⁹ sería, cuatro siglos más tarde, el punto de partida de la *Petition of Rights* del 7 de junio de 1628, así como del *Habeas Corpus Amendment Act*, del 26 de mayo de 1679 y, finalmente, del *Bill of Rights*, promulgado sólo diez años después, es decir, el 13 de febrero de 1689, con el cual puede decirse que se cierra el ciclo de documentos de positivación ingleses que arrancan de la Carta Magna.¹⁰⁰

Por lo que a nuestro tema se refiere, podemos considerar que la *Petition of Rights* significó la más vigorosa protesta contra los numerosos ataques contra los derechos y libertades del pueblo inglés, así como contra todo tipo de injusticias y procedimientos arbitrarios por parte de las autoridades. Baste referirnos al considerando marcado con el número 5 y a la petición comprendida en el número 10 de este documento. Por medio del primero, se reprochaba el que, a pesar de las buenas leyes del reino, numerosas personas eran detenidas y encarceladas sin que se les hubiese indicado la causa de ello, ni antes ni después de haber sido conducidas ante los jueces, y sin que se les informara tampoco los cargos que pesaban en su contra, lo cual los privaba de toda posibilidad de defensa. A través de la segunda, se pedía, en consecuencia, que ningún hombre libre fuese detenido de tal manera.

En cuanto a la *Habeas Corpus Amendment Act*, ésta confirmó definitivamente el primer recurso específico contra las detenciones preventivas injustificadas o arbitrarias, recurso que habría de conocer, con el tiempo, una enorme expansión en el derecho positivo sobre la detención preventiva. Hoy día, la casi totalidad de las constituciones latinoamericanas prevén expresa o implícitamente este recurso, generalmente bajo la misma denominación y siempre con el mismo objetivo.

Por último, el *Bill of Rights*, cuyo artículo 10 prohibía tanto las multas y cauciones excesivas, como las penas crueles e inusitadas, habría de contribuir, junto con los documentos anteriores y otros posteriores, como la *Act of Settlement* del 12 de junio de 1701, a la instauración de una prác-

⁹⁸ Pérez Luño, A. E., *op. cit.*, p. 240.

⁹⁹ Véase *supra*, p. 73.

¹⁰⁰ Pérez Luño, A. E., *op. cit.*, pp. 240 y ss.; para los textos véase, Torrelli, M. y Baudouin, R., *op. cit.*, pp. 32 y ss.

tica reiterada y constante de la libertad, garantizada por el respeto de la ley, respeto a su vez apoyado en la autoridad de un cuerpo judicial siempre cuidadoso y vigilante del respeto del *common law*.

Es del lento pero constante efecto de la costumbre, de una práctica reiterada de la libertad, así como de los logros legislativos en defensa de los derechos fundamentales del pueblo inglés, de donde surge la constitución inglesa. Esta no se integra de un cuerpo escrito y unitario de principios y disposiciones legales, sino que consiste en un conjunto consuetudinario implicado en algunas leyes aisladas y en la práctica jurídica realizada por los tribunales.

Es por ello que con razón se afirma,¹⁰¹ que el residuo de liberalismo antiguo de los pactos medievales fue el fermento para el liberalismo moderno y que este proceso evolutivo encontró su más acabada expresión en la experiencia jurídico-política inglesa, la cual se prolonga, de manera especialmente relevante para el progresivo desarrollo de los derechos humanos, en las colonias americanas, cuyas declaraciones de derechos muestran mejor que cualquier otro documento la evolución de la conciencia política moderna respecto a la formulación de los derechos y las libertades fundamentales, tal como veremos a continuación.

Sección II. La constitucionalización de los derechos humanos

En efecto, la formulación jurídica de la protección de los derechos humanos, tal cual nosotros la conocemos hoy día, no surgió sino hasta finales del siglo XVIII.

Fueron las declaraciones de derechos de los nuevos Estados de la Unión Americana, y muy especialmente la del Estado de Virginia, del 12 de junio de 1776, la cual se incorporó al texto constitucional, con las que se inicia una nueva etapa en el proceso de positivación de los derechos fundamentales.

Así, a partir del último cuarto del siglo XVIII, uno de los postulados fundamentales del régimen liberal imperante en la época sería el de reservar el poder constituyente, en tanto titular de la soberanía popular, el privilegio de reconocer y de establecer los derechos humanos como parte integrante de la constitución. Es decir, reconocerlos, por cuanto se trata de principios que se considera preceden al propio ordenamiento positivo del Estado y que, por tanto, más que creados son reconocidos por el poder constituyente; establecerlos, porque se trataba de insertar los derechos reconocidos sea en el preámbulo de la constitución, sea en su texto articulado, sea, incluso, en una declaración específica de tales derechos. En todo caso, tal reconocimiento de derecho y su consiguiente formulación normativa debían

¹⁰¹ Pérez Luño, A E., *op. cit.*, p. 241.

formar parte de la constitución, en tanto instrumento fundamental de la convivencia política.¹⁰²

A este respecto, baste recordar que para el pensamiento liberal el fin supremo de la asociación política residía en la defensa de los derechos y las libertades fundamentales del hombre, para cuya mejor garantía los mismos debían ser proclamados expresamente en las normas de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Harto elocuente sobre este particular es el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando expresaba que “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée . . . n’a point de constitution”.¹⁰³

Sea como fuere, veamos ahora de más cerca el dispositivo de algunos de los documentos más relevantes de la época, en relación con el tema que nos ocupa.

En primer lugar, entre los principios contenidos en la ya citada Declaración del Estado de Virginia, cabría destacar los relativos a la legalidad y a la inviolabilidad del derecho de defensa (artículo 8); la prohibición de las penas crueles e inusitadas (artículo 9) así como las garantías contra la detención arbitraria (artículo 10).

En seguida, cabe referirse a la parte conducente de algunas de las diez primeras Enmiendas incorporadas en 1791 a la Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787. Ellas son las siguientes:

La 5a. Enmienda dispone que nadie podrá ser constreñido a declarar en su contra, ni privado de su libertad sino mediante procedimiento legal;

La 6a. Enmienda señala que en toda causa penal el acusado tendrá derecho a ser juzgado pronta y públicamente por un jurado imparcial, a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, a ser confrontado con los testigos de cargo, a que se convoque a los testigos de descargo y a contar con la asistencia de un abogado para su defensa; y,

La 8a. Enmienda que prohíbe las cauciones y multas excesivas, así como las penas crueles e inusitadas.

Por último, de obligada referencia es la clásica Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, la cual fue incorporada a la Constitución del 3 de septiembre de 1791, dado que esta declaración representa, sin lugar a dudas, uno de los hitos más importantes y trascendentales en la historia de la positivación de los derechos humanos.¹⁰⁴

Conforme al artículo 7 de esta Declaración, nadie puede ser acusado, aprehendido ni detenido sino en los casos previstos por la ley, y de acuerdo con las formas por ella prescritas. Todo aquel que solicite, expida, ejecute o haga ejecutar órdenes arbitrarias, deberá ser castigado.

¹⁰² *Ibidem.*, p. 188.

¹⁰³ “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no se asegura . . . no tiene constitución.”

¹⁰⁴ Pérez Luño, A. E., *op. cit.*, p. 244.

Según el artículo 9 de la misma Declaración, toda persona se presume inocente hasta que no haya sido declarada culpable; en caso de juzgarse indispensable su detención, todo rigor innecesario para asegurar su persona deberá ser severamente castigado por la ley.

Ahora bien, a partir de estas declaraciones, que aportaron nuevas fórmulas al derecho público, y que, sobre todo, marcaron una etapa fundamental en la lucha por la conquista de los derechos humanos, el reconocimiento de éstos por el orden jurídico interno asumiría el valor de un principio general del derecho constitucional de los “Estados civilizados”.¹⁰⁵ Los derechos humanos tendrán, desde entonces, un carácter constitucional tanto en lo que se refiere a los derechos mismos, como en lo que ve a las garantías para asegurar su ejercicio.

De ahí que durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo actual, la mayoría de las constituciones de los Estados de filosofía liberal, inspirándose en los modelos francés y americano, habrían de incorporar en ellas los derechos humanos.

Las constituciones de los países de la Europa occidental, al igual que las de las naciones latinoamericanas, con excepción de Cuba, siguen representando hoy día, en gran medida, el prototipo de esta concepción liberal-individualista. Estas constituciones suelen contener los lineamientos generales, los principios fundamentales, correspondiendo a las leyes orgánicas o a las leyes ordinarias la concreción y los detalles.

Sin embargo, aun cuando en términos generales puede decirse que los derechos que protegen la libertad y la seguridad personales constituyen la parte más importante del catálogo de derechos y libertades fundamentales de las constituciones europeas y latinoamericanas, por lo que toca a la detención preventiva cabe advertir ciertas particularidades. Por un lado, si bien en esta materia encontramos numerosos principios dotados de rango constitucional, no todas las constituciones de los diferentes países contemplan, a veces ni siquiera parcialmente, los derechos que asisten a las personas detenidas, muchos de los cuales no tienen sino fuerza de simple ley; por el otro, la extensión y el valor que se otorga hoy día a los derechos y las garantías destinados a proteger la libertad, dignidad e integridad de las personas presuntamente responsables de la comisión de un delito, varía según el derecho constitucional, la legislación ordinaria y la práctica del país de que se trate.

Es a fin de detectar, precisar y confrontar tales particularidades y diferencias existentes en nuestros días en materia de detención preventiva, tanto desde el punto de vista de las disposiciones constitucionales como bajo

¹⁰⁵ García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, Ed. Universitaria, 1960, p. 34; Lauterpcht, Henry, *An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945, p. 24.

el ángulo de la reglamentación secundaria de los países europeos y latino-americanos, que emprenderemos ahora un examen comparado de los sistemas jurídicos nacionales aplicables en este materia.