



<http://www.uasb.edu.ec/padh> - padh@uasb.edu.ec



Aportes Andinos N. 11 ***Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad***

Libertad vs. Identidad: Fundamento jurídico de los derechos humanos “colectivos”

César Gamboa Balbín*

“Les Droits de l’homme sont liés à une Philosophie *individualiste*: le pouvoir, on se le rapelle, sera dit légitime s’il respecte un certain nombre de prérogatives acordes à l’individu *comme tel*”.
Guy Haarscher.- *Philosophie des Droits de l’Homme*.

Contenido

Introducción

1. Antecedentes

2. Tercera Generación de Derechos Humanos

3. Fundamento Filosófico del Derecho Humano Subjetivo

4. Positivación de la Tercera Generación.

Conclusiones

Introducción

A inicios de los años ochenta del siglo XX, se abrió un debate en el mundo académico e intelectual en torno a las minorías étnicas, nacionales, grupos culturales, lingüísticos y religiosos, así como sobre toda clase de entes colectivos que reclamaban extensas reivindicaciones sociales y la titularidad de derechos como sujetos. En Europa y América

del Norte, especialmente en este, las minorías étnicas y nacionales en algunos Estados plantearon una fuerte crítica a estas sociedades liberales occidentales.

Amparados, estos grupos sociales (“culturales”) por políticas del multiculturalismo y propuestas teóricas del comunitarismo, el valor “identidad” se ha sumado a los valores “libertad” e “igualdad” como la tríada que da sostén a los derechos humanos.

Asimismo, se afirma que los últimos escollos sociales que le quedan por vencer al modelo de la democracia liberal occidental son los movimientos religiosos y las reivindicaciones de las naciones que aún no se han constituido en Estados (Fukuyama, 1990: 534). Entonces, podemos afirmar *a priori* que la democracia liberal occidental no es aún un modelo universal, y menos un pre requisito de la post modernidad. Ciertamente, los derechos humanos, la democracia, y la noción de Estado de Derecho se encuentran vinculadas en el mundo occidental, mas no de igual forma en todos los países y en todas las culturas. Asimismo, las libertades políticas que sustentan las nuevas exigencias políticas de las naciones, minorías étnicas y de las religiones que no pertenecen a la cultura societaria imperante, son conocidas como libertades de “no-dominación”, o el valor “identidad”, las nuevas nociones de la filosófica política en la cual se sustentan los *derechos comunitarios*, y la fundamentación jusfilosófica de los derechos humanos de tercera generación.

En este ensayo mostraremos los antecedentes de los vínculos entre los derechos humanos y el mundo político, describiremos el desarrollo progresivo de los derechos humanos (Schmitt, 1982: 169-85; Massini, 1994: 272-3), hasta llegar a los derechos colectivos, y analizaremos la contradicción entre la generación de las nuevas libertades y el liberalismo clásico, con su propuesta jurídica de *noción de derechos humanos*.

1. Antecedentes

Durante los *Tiempos Modernos*, los cambios que produjo el capitalismo fueron asombrosos y repercutieron en la mentalidad de los hombres: se comenzó a definir un mundo antropocéntrico, un ser autónomo, la división entre el mundo público y privado, etc. Estos acontecimientos se desarrollaron teniendo como precedentes una revolución cultural (Renacimiento), una revolución

ideológica (Reforma Protestante y los pensadores liberales), una revolución internacional (inicio del *Orden Westfaliano*), una revolución económica (culminando en la Revolución Industrial Inglesa), y como corolario la Revolución Francesa de 1789 (Romano y Tenenti, 1971: 104). Se iniciaron las primeras manifestaciones ideológicas con respecto a los derechos humanos: desde un plano práctico, en las exigencias de clases sociales de protección judicial al Estado sobre la base de garantías jurisdiccionales.

Asimismo, desde un plano teórico, el lenguaje jurídico fue expresión de esos cambios con respecto a los alcances y límites de los derechos humanos (Bobbio, 1992: 117-55; Pérez Luño, 1979: 14-5). Esto ha venido ocurriendo desde la aparición de la noción de derecho como “facultad individual” en el siglo XVIII, dos siglos después de la noción de libertad individual proveniente *del Estado de Naturaleza de Locke*.

1.1. La Finalidad Formal de los Derechos Humanos

Desde el plano social, las exigencias sociales de distintas clases, enfrentadas al poder estatal monárquico absolutista europeo, demandaron en un primer momento seguridad para atenerse en el futuro a los propios efectos de su accionar político, social, y económico, y de los propios actos estatales. Especialmente la necesidad de una clase, la burguesía, de controlar el sistema normativo que regulaba sus actividades económicas, la impulsó teóricamente a formular la legitimidad del principio de *seguridad jurídica* (Haarscher, 1993: 25 y 27).

A la par de estos hechos, en el plano teórico se realizó el primer paso para configurar un sistema normativo de protección de los derechos humanos: se tomaba conciencia que este elemento formal (la seguridad jurídica) de los derechos humanos es esencial para su materialización en una

realidad legal y social (Vasak, 1984: 27-35). Posteriormente, y después de un proceso político tan largo como intenso, las garantías formales se manifestaron en *garantías constitucionales*. Actualmente, la noción jurídica anglosajona del *due process of law* ha logrado reunir bajo su seno este carácter formal de los derechos humanos (Alcala-Zamora, 1944: 547-679; Couture, 1954: 802-13; Hoyos, 1998: 17; Esparza, 1995: 67).

Sin embargo, las necesidades sociales se impusieron y rebasaron el principio de seguridad jurídica del sistema normativo ya que estas garantías formales, como el principio de la igualdad ante la ley, no podían lograr proteger a las personas de la arbitrariedad del contenido de la norma o de la propia arbitrariedad del Estado, paradójicamente, esto sucedió tanto en *el antiguo régimen virreynal*, como en la *oligarquía peruana del guano del siglo XIX*, y la *mayoría de democracias latinoamericanas y europeas formales o censitarias del siglo XX*. La igualdad era formal, la desigualdad era sustancial, es decir, existía una desigualdad política y social.

Entonces, se intentó establecer un contenido normativo que protegiese las actividades de las personas, es decir, ciertos derechos que nos protejan especialmente del accionar del Estado. El contenido de estas normas está relacionado intrínsecamente con la generación de los derechos humanos.

1.2. La Finalidad Sustancial de los Derechos Humanos

La finalidad sustancial de los derechos humanos está referida a la necesidad de determinar y asentar valores jurídicos ponderados. A pesar de que las garantías formales del sistema feudal protegían parcialmente a *las burguesías europeas del siglo XVIII*, ocurrían muchas veces arbitrariedades, ya sea contra la burguesía u otras clases sociales. Fue entonces necesario introducir elementos sustanciales,

es decir, valores determinados que deban regular la formación de las normas positivas según *el interés de la clase burguesa o de las distintas clases sociales que ostentan el poder político*.

En consecuencia, el mecanismo de ponderación de estos valores es el proceso histórico de las generaciones de derechos humanos. Como dice el maestro Enrique-Pérez Luño, *este contexto genético* - por cada generación de los derechos humanos -, *confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos*. Si en un primer momento los derechos humanos sirvieron para asegurar la protección de los individuos contra la arbitrariedad, ya sea en su carácter formal o de contenido, esto ha ido cambiando según las reivindicaciones sociales. Entonces, los valores sociales, políticos y económicos ponderados jurídicamente han sido el sustento de todas las diferentes generaciones de derechos humanos. A continuación, veremos los valores de la llamada "tercera generación de derechos humanos".

2. Tercera Generación de Derechos Humanos

Podemos afirmar, *a priori*, que los derechos humanos se basan en una ideología individualista y tienen como sustento jurídico la noción de derecho subjetivo. Sin embargo, en el devenir histórico de la sociedad capitalista occidental, reivindicaciones de grupos sociales con propia identidad política, social, cultural étnica, lingüística, nacional, etc. se han amparado en derechos humanos nuevos, con valoraciones morales propias.

Asimismo, la guerra fría y el mundo polarizado incubó de cierta manera estas contradicciones sociales que poco a poco fueron formándose en el seno de los Estados. Las contradicciones políticas de los Estados expansionistas y hegemónicos hizo conscientes -teóricamente o no-, a organismos internacionales, individuos y

naciones enteras la necesidad de un sistema internacional de protección de sus intereses como colectividad, como nación, y más allá todavía, como humanidad.

Tanto el dialogo político hemisférico Norte y Sur, la experiencia del Grupo de los No Alineados, así como el fin del colonialismo, la reivindicación de la autodeterminación de los pueblos y de las religiones, y las exigencias de muchas naciones de constituirse en Estados, son los elementos que constituyen el ambiente ideológico para los derechos humanos de tercera generación (Lafer, 1994: 151-5). En un plano teórico, los comunitaristas como MacIntyre, Sandel, Bellah, Taylor, Walzer, el propio Kymlicka, y sin dejar de mencionar una obra tan crucial como la de Benedict Aderson (1993), han realizado aportes en este campo ideológico para la constitución de los derechos comunitarios (Doxa, 1995; Macintyre, 1981; Sandel, 1982; Taylor, 1983; Walzer, 1983).

2.1. La Crítica Liberal

Las criticas de los liberales y positivistas sobre los derechos humanos de tercera generación se centran en los efectos que estos acarrearán a las generaciones de derechos anteriores. Es un claro ejemplo de ello el fenómeno denominado "contaminación de las libertades" (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden al perjuicio causado a los derechos fundamentales ante determinados usos de nuevas tecnologías y de otras practicas sociales, restando importancia a la génesis de los nuevos derechos humanos.

El argumento liberal utilizado ha sido de carácter teórico y político. Afirman que no quieren negar la importancia de estas reivindicaciones, o los ideales que las sustentan, ya que son aceptables políticamente, y muy urgentes en la agenda de la política exterior de muchos países. Sin

embargo, la naturaleza de estos derechos no está aún definida y afirmar que son derechos humanos cuando estas exigencias son muy gaseosas - *frente a la fuerte y estructurada noción jurídica de derecho subjetivo*-, es dejar tal vez entender que *todos los derechos humanos* constituyen ideales que rayan con la moral. En consecuencia, el posible riesgo es legitimar la acción de las dictaduras modernas, tan proclives a escudarse en reivindicaciones sociales de contenido vago, ya sin límites que imponerles. Dicho de otra manera, mientras los autoritarismos tengan más libertad de accionar, menos se sentirán comprometidos por *declaraciones de derechos* de naturaleza política, con consecuencias tan benignas como son hasta ahora los instrumentos internacionales de derechos humanos de tercera generación. Mientras estos nuevos derechos no se logren positivizar, serán derechos naturales, serán derechos que están en un estado de indefensión.

Después de todo, la mayor parte de los regímenes políticos latinoamericanos justifican su existencia y su actuar político sobre la base del progreso y el trabajo, la reconstrucción nacional de un país, la lucha por la verdadera libertad de su pueblo y la defensa de grandes valores morales, cuando al mismo tiempo, estos mismos valores se encuentran desvinculados de toda eficacia en el correr de esas dictaduras; además, a estos regímenes no les cuesta nada reafirmarlos en foros internacionales sobre derechos humanos, a pesar de mantener una política autoritaria. Es por ello necesario entender que la fuerza de los derechos del hombre reside esencialmente en su carácter concreto, positivo, práctico, jurídico, en la fuerza efectiva que ellos representan contra el abuso del poder político y de los poderes para-legales (Cotler, 1978; Rospigliosi, 2000: 83 y 152; Sanders, 1997: 163).

Es cierto que se tiende a extender, inflar y expandir el contenido de la tutela de las

libertades fundamentales, y en muchas ocasiones esta extensión se da de una manera legítima. Por ejemplo, el carácter amplio, flexible y general de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (Rey, 2001: 15), obviamente se encuentra en la perspectiva iusnaturalista lockiana de la fundamentación de los derechos humanos, donde los derechos naturales anteceden a la concepción de Estado (Lafer, 1994: 151-5). Sin embargo, esta declaración política es de carácter individualista.

Otro problema que se presenta es con relación a las clases y grupos sociales. Por ejemplo, por mucho tiempo las mujeres fueron excluidas de los derechos que les habían sido reconocidos a los hombres; los derechos económicos y sociales han permitido igualmente extender la garantía de las libertades fundamentales a los trabajadores, es decir, a los excluidos "de facto" de la sociedad capitalista; etc. Así, todas estas libertades han preservado el carácter concreto y efectivo ("individual") de los derechos humanos de primera generación (Squella, 1991: 193-4).

En el caso de los derechos humanos de tercera generación son derechos reivindicados que se reducen a vagas exigencias morales. Desde este momento, el hecho de concederles inmediatamente el status de derechos humanos en sentido lato podría acarrear el efecto de *trivializar por inversión*, es decir, en lugar de que los "nuevos" derechos extiendan y amplíen el campo de los antiguos derechos humanos, los debilitan y socavan o vuelven precario el status que recae sobre los derechos humanos de las generaciones precedentes. La crítica liberal se reduce a la naturaleza de estos derechos.

Finalmente el liberalismo considera que el proceso de amparo de los derechos humanos de tercera generación, llámese derechos colectivos o derechos comunitarios, es nefasto cuando los nuevos derechos

prevalecen por la fuerza sobre los antiguos (en particular sobre el concepto de seguridad, base de toda la estructura jurídica); se arriesga dando primacía a inconsistentes derechos de los pueblos, o de la humanidad, o de las generaciones futuras, *sobre una protección precisa, aquí y ahora, del individuo*, en la lucha contra las dictaduras. Entonces, es necesario denunciar que para los dictadores modernos, defensores del "progreso" y la "autenticidad" de las tradiciones culturales, irrespetuosos de los derechos humanos, estos nuevos derechos son una forma de *liberarse de los límites potencialmente efectivos y embarazosos para su poder político tiránico o autoritario* (Haarscher, 1981, 78-83).

2.2. El Desarrollo de los Derechos Humanos de Tercera Generación

La reivindicación de los nuevos derechos humanos ha tenido distintos ribetes. El caso más interesante es Estados Unidos con una inflación de las reivindicaciones sociales que invocaban la autoridad moral de los derechos humanos. Sucede que todo grupo particular, todo interés corporativista, exige ventajas para sus miembros, un porcentaje del gasto económico, una cuota garantizada de empleo. Estas reivindicaciones sociales son muy legítimas, y un ejemplo por más esclarecedor es la llamada *affirmative action* ("discriminación positiva"). Se trata de una acción política que tiende a favorecer el despegue (*take-off*) cultural de la población negra, reservando - por ejemplo-, a esta comunidad una cierta cuota de matriculas en las universidades.

El debate sobre el multiculturalismo se desarrolló teóricamente en Norteamérica; y en países que tienen variados grupos étno-culturales en su seno es una constante política. Hay varias formas de entender a un Estado: un Estado-nación -comunidad jurídicamente organizada e históricamente determinada, con instituciones propias cuya finalidad es el desarrollo cultural de su

organización-, un Estado Multinacional - unidad jurídicamente organizada sobre políticas centrales que gobiernan o rigen sobre más de una nación al mismo tiempo-, o un Estado multiétnico. La mayoría de los Estados latinoamericanos son Estados multiétnicos o multinacionales o constituyen una nacionalidad política con minorías indígenas. Las demandas de minorías culturales y en algunos casos, nacionales, son reivindicaciones políticas como la administración de justicia, la administración de uso y usufructo territorial, prácticas de valores culturales propios, etc.; sin embargo, la democracia liberal occidental respeta la libertad e igualdad moral de sus miembros como individuos, como ciudadanos, mas no otorga derechos diferenciales comunitarios, o de distribución de bienes y servicios entre minorías nacionales, étnicas o hasta sexuales. Durante la década de los noventa esta tendencia ha ido cambiando, pero con los sucesos del 11 de septiembre de 2001, es posible que veamos una regresión en la afirmación de las diferencias sociales y la falta de respeto a grupos culturales, étnicos y religiosos disímiles (Kymlicka, 1995; Duchacek, 1975; Castro, 2002: 14; Montaner, 2002: 15), en una suerte de democracia liberal-dictatorial.

Tal política de reconocimiento de derechos sociales a colectividades parece en efecto esencial e indispensable si se quiere salir del círculo vicioso de los "handicaps culturales" de los países del hemisferio sur. Por ejemplo, en Estados Unidos, los afroamericanos, seguidos de los hispanos, serán incapaces de convertirse en un peso social necesario frente a la cultura societaria "oficial" anglosajona, sino prosiguen en sus estudios, y dejan de transmitir su ausencia de formación y de cultura a sus descendientes, y así sucesivamente (Haarscher, 1993: 43; Kymlicka, 1996: 30-1; Smith, 1996: 74).

Este mecanismo se ha insertado dentro de las medidas de solución de problemas

culturales en un mismo Estado o encontrándose en este a minorías culturales. Por ejemplo, en algunos países existe la labor administrativa sobre la base del respeto de los derechos multiétnicos (criterio de los derechos diferenciales), como son la política cultural y educativa multicultural; el caso de la educación formal bilingüe o la permisividad de prácticas o políticas de promoción religiosa y cultural de minorías nacionales; derechos especiales de representación social; la representación política especial de naciones minoritarias en los gobiernos centrales o federados cuando se encuentran en situación de indefensión política o social, o cuando no se encuentran concentradas geográficamente en un solo territorio. Estas soluciones deberían aplicarse, veamos la experiencia argentina, en muchos países americanos como el Perú (Gaceta, 2002: 3; Bazán, 2001: 1).

En efecto, es posible debilitar los derechos de primera generación creando diferencias sociales y vaciando el principio de la igualdad ante la ley de todo contenido, como sucede con las propuestas de Kymlicka y de Rawls. En segundo lugar, el Estado estaría imposibilitado de satisfacer todas las exigencias sociales que en algunos momentos se volverían hasta opuestas. Entonces, podría entenderse que los derechos del hombre no constituyen exigencias categóricas, y que toda acción legítima no siempre es satisfecha. La consecuencia sería un debilitamiento de la legitimación inicial de los derechos humanos y haría olvidar que la primera demanda concierne *una lucha sin excepciones contra la arbitrariedad estatal y también privada*, más aún cuando la seguridad jurídica se encuentra reducida en la mayor parte de los países del mundo, y *que es inadmisibles aceptar una violación a los derechos humanos para satisfacer otros*. El crecimiento de las reivindicaciones de los nuevos derechos humanos debilita a los derechos humanos precedentes que actualmente

pueden ser usados como instrumentos políticos de las potencias mundiales o de grupos sociales. Este es un punto que debe considerarse para un profundo análisis.

3. Fundamento Filosófico del Derecho Humano Subjetivo

En consecuencia, en estos últimos años ha surgido una "tercera generación" de los derechos del hombre. Son derechos heterogéneos y no configurados jurídicamente, es decir, son aún reivindicaciones sociales como *la libertad informática, las garantías frente a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el derecho al cambio de sexo, o a la reivindicación de los colectivos feministas de un derecho al aborto libre y gratuito*, derechos un poco ambiguos y suntuosos. Otros derechos nuevos son: el derecho a la paz, a un medio ambiente protegido, a la calidad de vida, a un desarrollo armonioso de las culturas, el derecho de un pueblo al desarrollo y al vivir en democracia, derechos de minorías étnicas (derechos humanos comunitarios), y a la capacidad de la humanidad (el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad). Sin embargo, para el profesor Enrique-Pérez Luño el catálogo de los derechos de la tercera generación está muy lejos de construir un elenco preciso y de contornos bien definidos. *Se trata, más bien, de un marco de referencia, todavía in fieri, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona.*

Asimismo, han surgido muchas discrepancias doctrinarias al respecto. Los iusnaturalistas y comunitaristas apuestan por la defensa de los derechos humanos de tercera generación -entre ellos contamos a Celso Lafer, Antonio Cançado Trindade, Javier Saldaña, con ciertos matices liberales y radicales a Walzer, Taylor, Will Kymlicka, John Rawls, Paul Janet, Lo Ducca y Peter Singer-, mientras

que los neoliberales y positivistas -desde Popper y Mises a Guy Haarscher, Paul Delvaux, Carlos Massini, Nozick y hasta el reciente fallecido jurista Jean Rivero,- critican su naturaleza y los efectos perjudiciales que puedan causar a las generaciones de derechos humanos anteriores. Veamos en que se centran las posiciones y las críticas de ambas tesis desde una óptica jurídica.

3.1. Elementos del Derecho Subjetivo

Según Rivero y otros juristas (Rivero, 1982: 673-86; Bercis, 1985), la introducción de tales derechos, no siempre esta precedido de una buena voluntad, y trae como consecuencia el debilitamiento decisivo de la exigencia de los derechos del hombre en general, tanto los de primera y segunda generación, confundidos esta vez en una sola noción. En efecto, para que los derechos humanos posean un significado preciso frente al despotismo estatal de las dictaduras, es necesario establecer cuatro elementos muy bien definidos:

1. Un *titular* que pueda premunirse de estos derechos, que pueda protegerse. Celso Lafer señala que los derechos reconocidos del hombre en su singularidad tienen una titularidad jurídica indiscutible, el individuo. Sin embargo, en los derechos humanos de tercera generación, pasamos de una titularidad individual a una titularidad colectiva, donde surge una relación coherente entre individuo y colectividad en algunos casos, y en otros, hay una posible y constante contradicción de intereses, que tienen como causa la multiplicidad infinita de grupos que pueden superponerse unos a otros, lo que traería como consecuencia una difusa y potencial imprecisión en materia de titularidad colectiva, como sucede con las minorías étnicas, religiosas, lingüísticas, y hasta sexuales;
2. Un *objeto* que de un contenido al derecho, es decir, el contenido valorativo;

3. Una situación de *oponibilidad* que permita al titular hacer valer su derecho en una suerte de instancia procesal; y,
4. Una *sanción organizada*.

Sin estos cuatro elementos no se puede hablar de derechos en sentido estricto del término, y *menos de derechos humanos* (Escobar, 2001: 28; Lafer, 1994: 151; Delvaux, 1983: 532; Haarscher, 1993: 42; Rivero, 1982: 676), al menos no desde una óptica que entienda a los derechos humanos como derechos subjetivos.

3.2. Derecho Subjetivo y Sujeto de Derecho

De una misma opinión es Delvaux, ya que afirma que la aparición de nuevos derechos se debe a la explosión o estallido de la noción de sujeto de derecho, noción jurídica elástica y permeable, mediante la cual se puede considerar varios centros de imputación (entes sociales), con derechos y deberes. Estos centros de imputación se pueden agrupar en colectividades (personas jurídicas) que reclaman una protección jurídica mediante *los derechos humanos*. Entonces, la noción liberal de derecho subjetivo finalmente tiene una noción opuesta, la noción de sujeto de derecho (en la esfera del derecho interno y del derecho internacional) que de alguna manera reagrupa a diversas entidades sociales que reivindican derechos, y que están siendo configurados como derechos humanos (Torres y Torres, 1987: 208-10; García, 2001: 10).

Asimismo, la parcialización del hombre hasta su atomización se da por la protección total que se le hace a su dignidad, integridad, unidad moral, física, patrimonial, etc. Se ve al hombre como unicidad en su personalidad desdoblada continuamente, causando una ampliación desconsiderada de "derechos" que *arriesga a conducir con su propia pérdida en un vacío de significado, de todo sentido y sustancia, a la noción de derechos del hombre* (Delvaux, 1983: 528-9).

Sin embargo, dentro de la doctrina moderna han surgido discrepancias sobre la identificación de la noción de derechos humanos con el concepto jurídico de derecho subjetivo. Una primera objeción es que el derecho subjetivo -interés tutelado jurídicamente- le otorga al individuo un poder o una facultad que este tiene sobre una cosa o situación. Para Michel Villey -iushistoricista-, los derechos humanos se basan sobre una cosa justa, no sobre una ventaja jurídica individualista y personalista; de este modo, los derechos humanos son vistos entonces como un interés particular en beneficio individual y en perjuicio del bien común y del orden público.

Otra contradicción es que el derecho subjetivo se basa sobre una relación de oponibilidad que transfiere a la noción de derechos humanos; así, la noción de facultades o libertad en comunidad se va fraccionando en tantas libertades, y se va defendiendo con más energía por el individuo según el *poder* o el derecho "humano" que le corresponde, trayendo como consecuencia "el desplazamiento del derecho en infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares". Esto nos aleja del espíritu o de la concepción de igualdad y libertad de los derechos humanos.

Otras dos incompatibilidades entre derechos humanos y derechos subjetivos son el relativismo e individualismo en que recae la noción filosófica y jurídica de derecho subjetivo, y la limitación normativista de esta misma noción jurídica (Massini, 1994: 11; Villey, 1962: 229; Saldaña, 1997). En consecuencia, los llamados "derechos" de tercera generación no pueden responder a ninguno de estos cuatro criterios.

Asimismo, políticamente es riesgoso la forma de determinar el titular de estos derechos humanos de tercera generación. Es importante señalar que las naciones y sus ideologías chauvinistas, y las religiones como el Islam, han sido grandes escollos políticos

para la expansión del régimen político capitalista occidental, sin embargo, estas tienen un sistema de defensa político y de protección jurídica dentro del sistema capitalista mediante los derechos humanos de tercera generación, ya sea el derecho de autodeterminación de los pueblos - en cierta manera -, el derecho al desarrollo o a vivir pacíficamente, a que se respeten sus patrones culturales y costumbres de nación, grupo, etnia, etc. Parece ser que el problema vuelve a retomarse en la contradicción del comunitarismo (derecho de la persona en comunidad) y el individualismo (derecho de la persona en su individualidad).

Los derechos humanos tienen características que estudia la dogmática jurídica: la universalidad del género, la transnacionalidad o internacionalización de los derechos del hombre, la irreversibilidad en el tiempo del derecho inherente a la persona, y la progresividad del mismo. Estas características encajan perfectamente dentro de una concepción individualista de los derechos humanos que no fueron puestas en duda hasta la aparición de los derechos de tercera generación. En el caso de la progresividad, esta manifiesta que los derechos humanos como no dependen de un ordenamiento jurídico preestablecido y son inherentes a la noción de persona, el reconocimiento y protección no son constitutivos, tan solo enunciativos. Así muchas constituciones de Estados recogen una relación de derechos fundamentales -un *numerus apertus*- (Const. 1978, Art. 4, y Const. 1993, Art. 3); no obstante, la progresividad no encajaría dentro del avance de los derechos humanos de tercera generación, ya que estos derechos tienen como titular, no desde el concepto de derecho subjetivo sino de derechos morales -según el liberalismo-, meta jurídicos o iusfilosóficos, a la humanidad representada por una persona, un conjunto de ellas, Estados, naciones, etc. En el derecho internacional, la comunidad internacional se convierte -se legitima mediante su forma de organización- en la titular de derechos

humanos de tercera generación en representación, en muchos casos, de la persona humana, de los pueblos, naciones y otras entidades destinatarias de normas jurídicas internacionales, o *tan solo de la humanidad*. (Mariño, 1995: 17 y 183; Remiro *et al.*, 1997: 134-6).

Finalmente, el sustento de valores como la libertad, la igualdad para las generaciones anteriores se ven desplazados por el principio de la solidaridad de los derechos humanos de tercera generación: se ha reformado la noción de libertad, apartándose de la idea abstracta liberal (el “en sí” y “para sí” hegeliano), y logra transformar a los derechos humanos en un acto “con” los demás y “en” un contexto histórico social determinado. Estos nuevos derechos humanos son esencialmente derechos de liberación del género (*libertades de no-dominación*) frente a la libertad formal de la norma interna o internacional. Posteriormente, estos derechos se irán concretizando cuando exista en algún momento cierta forma de “dominación” en una comunidad política. Mientras tanto, debemos estudiar su naturaleza proteiforme.

4. Positivación de la Tercera Generación

En el plano constitucional, el proceso de positivación ha sido parcial. Tenemos como avance de protección de los derechos humanos de tercera generación la tutela de los derechos colectivos y los intereses difusos; asimismo, el *status activus processualis* (la autodeterminación de la protección de la persona o la protección dinámica de los derechos fundamentales, *dynamischen Grundrechtsschutz*, o en la terminología anglosajona *dynamic basic rights protection*).

Con respecto a la positivación de los derechos humanos de tercera generación, no existe explícitamente un Tratado Internacional que reconozca estos derechos.

Han habido declaraciones sobre medio ambiente y desarrollo sostenible, y también podemos citar a la Conferencia de Viena de 1993 sobre Derechos Humanos que marca un hito político al promover estos nuevos derechos. Sin embargo, se puede contar como antecedentes de tratados internacionales sobre derechos colectivos a la Carta de las Naciones Unidas de 1945, donde se consagra uno de los primeros derechos humanos de tercera generación como es el derecho a la autodeterminación de los pueblos -Art. 1, párrafo 2; Art. 55 de la Carta de Naciones Unidas-, siendo jurídicamente considerado como un derecho de titularidad colectiva, y que se acepta como principio básico del *jus cogens* internacional (este principio es recogido tanto en el Art. 1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el de derechos económicos, sociales y culturales).

Estos nuevos derechos que han sido de cierta manera tomados en cuenta para en instrumentos internacionales, conocidos como derechos de solidaridad o de síntesis, son: el Derecho al Desarrollo, el Derecho a la Paz, el Derecho a Disfrutar de un Medio Ambiente Sano y Ecológicamente Equilibrado, el Derecho a Beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad (Tello, 2001: 18; Rénique, 2001: 24), etc. Los instrumentos jurídicos internacionales de los nuevos derechos humanos serán considerados en un futuro como los primeros antecedentes normativos de los derechos humanos de tercera generación de la humanidad.

Junto a los instrumentos jurídicos internacionales de los nuevos derechos ya mencionados, son tomados como antecedentes específicos en la comunidad internacional para configurar derechos colectivos y nuevos sujetos de derecho internacional: la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (1948); el Convenio sobre Pueblos Indígenas

y Tribales en Países Independientes (N° 169 de 1989); el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (1992), y la Convención del Mar de 1982, cuya titularidad detenta la humanidad (Cañado, 2001: 58; Lafer, 1994: 151-2); aunque el Perú todavía no se adhiere a este acuerdo.

Asimismo, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de tercera generación en el ámbito americano se han centrado en la promoción de los derechos de los pueblos a vivir en democracia y los derechos de los pueblos indígenas y las minorías étnicas. En cuanto al derecho a la democracia, un instrumento internacional de mucha gravitación política en el hemisferio americano será la Carta Democrática Interamericana de Lima (Ferrero, 2001: 15). Este instrumento, junto a otros instrumentos internacionales como la Declaración de Machu Picchu (2001), la Carta de Derechos Humanos de la Comunidad Andina de Naciones (Zegarra, 2002: 8), son nuevos elementos de la conformación de derechos humanos de tercera generación como es el derecho de una nación o un grupo social a la democracia, o los derechos de los pueblos indígenas.

En consecuencia, podemos apreciar un nuevo cambio de la noción de los derechos humanos y de su tratamiento en el derecho internacional en los años venideros. El posible riesgo de esta tutela radicará esencialmente en el uso político que se pretenda darle a sazón de la *realpolitik*, la *raison d'état* o intereses económicos de *lobbies internacionales*. Esta es la pared de las relaciones internacionales con que parecen estrellarse todas las teorías de la fundamentación de los derechos humanos.

Conclusiones

1. Las ideologías políticas han sido y son el sustento jusfilosófico de las diferentes generaciones de derechos del hombre.

2. La *libertad negativa* (“sustento jurídico” de los derechos humanos de primera generación) le exige al Estado el limitar su poder, “detenerse” ante alguna suerte de umbral del círculo reservado a la autonomía del individuo. Es llamada también como “freedoms from”; estas implican una emancipación de la dominación estatal en base a las concepciones liberales clásicas. En el siglo XIX, se pasó de la noción de Estado “mínimo”, limitado a tareas de protección de las libertades, al del Estado de Bienestar (Welfare State), donde sus prerrogativas aumentan a medida que las demandas se desarrollan: los *freedoms to* son, contrariamente a los *freedoms from*, los derechos a una prestación cumplida por el Estado. Sobre la base de concepciones socialdemócratas y socialistas estas libertades positivas se establecieron como normas constitucionales e internacionales programáticas en el siglo XX. Esta diferenciación ha sido rebatida por diversos y nuevos estudios sobre la naturaleza jurídica de los derechos humanos y el principio de integración (Bolívar, 1996: 85).
3. La libertad de “no-dominación” o el valor “identidad” de grupos o colectivos sociales “identificados”, “concientes de sí”, es un proceso que ha finalizado para hacerse conocer después de la guerra fría: grupos religiosos, étnicos, culturales y hasta la propia humanidad reclaman para sí derechos, como nuevos sujetos. Los derechos humanos se expanden y actualmente, es urgente ampliar el catálogo de los derechos humanos a fin de reconocer determinados derechos colectivos a grupos culturales.
4. Es necesario la remoción del concepto de derecho subjetivo o la adaptación de los derechos de tercera generación a una noción de sujeto de derecho como centro de imputación de derechos y deberes: el nuevo sustento de los derechos humanos.
5. La conjunción entre la teoría de la democracia como marco político y los derechos humanos de tercera generación como aspiración de autonomía socio-cultural, se debe a que la opresión a minorías culturales por parte de la cultura societaria “oficial”, la hegemonización e imposición negativa de valores de una cultura o un sistema económico sobre otros (la globalización), y los desplazamientos migracionales debido a factores políticos, económicos, sociales, bélicos, etc. altera completamente la noción de Estado, de Derecho y sobretodo la homogeneidad de sociedades “liberalmente democráticas”, en especial, en Europa.
6. En los derechos humanos de tercera generación, pasamos de una titularidad individual a una titularidad colectiva, donde surge una relación coherente entre individuo y colectividad en algunos casos, y en otros, hay una posible y constante contradicción de intereses, que tienen como causa la multiplicidad infinita de grupos que pueden superponerse unos a otros, lo que traería como consecuencia una difusa interpretación y asignación de derechos (Gamboa, 2003: 127-8).

Bibliografía

- _____ (2002): "Las Comunidades Nativas y sus Derechos", en *Gaceta del Congreso de la República* (Lima), año V, 228.
- AA. VV. (1995): *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante), 17-18 .
- Alcala-Zamora y Castillo, Niceto (1944): *Ensayos de Derechos Procesal*, Buenos Aires, Jurisprudencia
- Anderson, Benedict (1993): *Comunidades Imaginadas: Reflexiones sobre el Origen y la Difusión del Nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Bazán, Víctor (2001): "Derechos Indígenas y Diversidad Cultural. La Experiencia en la República Argentina", en *Revista Jurídica del Perú* (Trujillo), año LI, 23, jun.
- Bercis, Paul (1985): *Pour de Nouveaux Droits de l'Homme*, Paris, Lattès.
- Bobbio, Norberto (1992): *El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz*, Barcelona, Gedisa.
- Bolívar, Ligia (1996): "Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Derribar Mitos, Enfrentar Retos, Tender Puentes. Una Visión desde la (In)experiencia de América Latina", en AA. VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. V, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Cançado Trindade, Antonio (2001): *Las Nuevas Dimensiones de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del siglo XXI*, San José, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.
- Castro Obando, Patricia (2001): "Tan Cerca y Tan Lejos de Rayos X", en *Diario El Comercio* (Lima), 2 mar.
- Cotler, Julio (1978): *Clases, Estado y Nación en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos.
- Couture, Eduardo J. (1954): "La Garanzia Costituzionale del Dovuto Processo Legale", en *Rivista di Diritto Processuale* (Milán), vol. IX.
- Delvaux, Paul (1983): "Problematique des Droits de l'Homme: Droits Subjectifs ou Droits-de-l'Etre-en Société?", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Milán), año IV, serie LX.
- Duchacek, Ivo (1975): *Nations and Men, An Introducing to International Politics*, Hinsdale Dryden Press.
- Escobar Rozas, Freddy (2001): "El Derecho Subjetivo", en *Revista Ius et Veritas* (Lima), año IX, 16.
- Esparza Leibar, Iñaki (1995): *El Principio del Debido Proceso*, Barcelona, Bosch.
- Ferrero Costa, Eduardo (2001): "La Nueva Política Exterior", en *Diario El Comercio* (Lima), 31 jul.
- Fukuyama, Francis (1990): "¿El Fin de la Historia?", en *Revista Clave* (Madrid), 1.
- Gamboa Balbín, César Leonidas (2003): "El Carácter Político de los Derechos Colectivos", en *Revista Cátedra, Espíritu del Derecho* (Lima), año VI, 10.
- García Montufar, Guillermo (2001): "La Globalización y los Sujetos de Normas Internacionales", en *Actualidad Jurídica* (Lima), t. 92, jul.
- Haarscher, Guy (1993): *Philosophie des Droits de l'Homme*, 4a ed., Bruselas, Éditions de la Université de Bruxelles.
- _____ (1981): "Universalidad de los Derechos del Hombre y Especificidades Culturales", en AA. VV., *La Rencontre des Autres*, Bruselas, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas.
- Hoyos, Arturo (1998): *El Debido Proceso*, Bogotá, Temis.
- Kymlicka, Will (1995): *Multicultural Citinship. A Liberal Ttheory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- _____ (1996): "Derechos Individuales y Derechos de Grupo en la Democracia Liberal", en *Isegoria* (Madrid), oct.
- Lafer, Celso (1994): *La Reconstrucción de los Derechos Humanos, un Dialogo con el Pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica.
- MacIntyre, A. (1981): *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Londres, Duckworth.
- Mariño, Fernando (1995): *Derecho Internacional Público*, Madrid, Trotta.

- Massini, Carlos (1994): *Filosofía del Derecho, el Derecho y los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Montaner, Carlos Alberto (2002): "Cien Mil Terroristas", en *Diario El Comercio* (Lima), 5 feb.
- Pérez Luño, Antonio E. (1979): *Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos en los Derechos Humanos*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Remiro Brotons, Antonio *et al.* (1997): *Derecho Internacional*, Madrid, Mac Graw-Hill.
- Rénique, Gerardo (2001): "La Tercera Vía es un Fraude", en *Diario Liberación* (Lima), 13 feb.
- Rey, Fernando (2001): "La Ética Protestante y el Espíritu del Constitucionalismo. La Impronta Calvinista del Constitucionalismo Norteamericano", en *Revista Jurídica del Perú* (Trujillo), año LI, 22, may.
- Rivero, Jean (1982): "Vers de Nouveaux Droits de l'Homme", en *Revue des Sciences Morales et Politiques* (Paris), 4.
- Rospigliosi, Fernando (2000): *El Arte del Engaño*, Lima, Tarea.
- Ruggiero Romano y Tenenti, Alberto (1971): *Fundamentos del Mundo Moderno*, México, Siglo XXI.
- Saldaña, Javier (1997): "Críticas en torno al Derecho Subjetivo como Concepto de los Derechos Humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México), 86.
- Sandel, Michael (1982): *Liberalism and The Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Sanders, Karen (1997): *Nación y Tradición*, Lima, Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, Karl (1982): *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial.
- Squella, Agustín (1991): *Estudios sobre Derechos Humanos*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso.
- Smith, Michael (1996): "Modernización, Globalización y Estado Nación", en *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú* (Lima), 45, jul.-sep.
- Taylor, Charles (1983): *Sources of The Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, University Press, Cambridge.
- Tello, María del Pilar (2001): "Nueva York y Porto Alegre", en *Diario La República* (Lima), 18 feb.
- Torres y Torres Lara, Carlos (1987): "Los Derechos Fundamentales de las Personas Jurídicas y la Constitución Económica", en *Revista del Foro* (Lima), año LXXIV, 1, ene.-jun.
- Vasak, Karel (1984): Vasak, "Los Derechos Humanos como Realidad Legal", en Karel Vasak (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Barcelona, Serbal / Unesco.
- Villey, Michel (1962): "Les Origines de la Notion de Droit Subjetif", en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz.
- Walzer, Michael (1983): *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford, Blackwel.
- Zegarra Salas, Juan (2002): "Entrevista a Diego García-Sayán: Es Mejor Actuar como Bloque Andino", en *Diario El Comercio* (Lima), 17 mar.

César Gamboa Balbín. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú); Especialista en Derechos Humanos por el Programa Andino de Derechos Humanos - Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador); Doctorando en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Miembro Becario del Proyecto de Investigación del "Fondo para el Fortalecimiento Democrático - Siembra Democracia".