



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Villabella Armengol, Carlos Manuel

El iter de los derechos: de la universalidad a la particularización. Los derechos en situación como
clave constitucional para la protección de los grupos vulnerables

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IV, núm. 26, 2010, pp. 222-241

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

El *iter* de los derechos: de la universalidad a la particularización. Los derechos en situación como clave constitucional para la protección de los grupos vulnerables*

Reiterations of the laws: From universality to particularization. Situational rights as a constitutional code for the protection of vulnerable groups

Carlos Manuel Villabella Armengol**

RESUMEN

El presente artículo expone sucintamente la evolución y el desarrollo de los derechos a través de los hitos que ha tenido su progresividad en los siglos XIX y XX. Comenta el proceso de multiplicación y particularización que se ha producido en éstos a finales del siglo pasado a partir de la ampliación de los objetos a tutelar y las transformaciones en la noción de titularidad. Se adentra en los conceptos de igualdad en la ley y discriminación positiva que posibilitan la construcción del término derechos en situación a través del cual se legitiman derechos a grupos de personas, segmentos sociales y gremios que se encuentran en una situación particular de desventaja o inferioridad.

PALABRAS CLAVE: *Progresividad de los derechos, derechos en situación, derechos de grupos y minorías.*

ABSTRACT

The present article demonstrates the evolution of the law and developments through a historical background that has had its progressiveness in the XIX and XX centuries. Comments on the multiplication and particularization process and shows what has been produced, during the end of the past century from the expansion of the object to be protected and the transformations in the notion of guardianship. It goes in further in the concepts of equality within the law and positive discrimination that allows the creation of the term situational rights through which the laws are legitimize to a particular group of people, social segments and guilds that are found particularly in situations of disadvantaged or inferiority.

KEY WORDS: *Progressiveness of the law, situational rights, group and minority rights.*

* Recibido: 12 de mayo de 2010. Aceptado: 25 de mayo de 2010.

** Profesor titular en la Universidad de Camagüey, Cuba, y director del Programa de Doctorado en Derecho del Centro de Ciencias Jurídicas de Puebla [cvilla61@yahoo.com].

Sumario

1. Aproximación lingüística al concepto de derechos
2. Diacronía de los derechos
3. El constructo derechos en situación

1. Aproximación lingüística al concepto de derechos

Un primer nudo cognitivo en el tema de los derechos es el referido a su denominación en tanto éstos se han cualificado a lo largo de la historia con diferentes adjetivos, adviniendo así un *iter* lexicográfico que en cierta medida ha convertido el concepto en un *paradigma de equivocidad*¹ y en un término retórico. Así, pueden distinguirse como categorías con arraigo doctrinal las siguientes: derechos naturales, derechos ciudadanos, derechos constitucionales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos humanos, derechos morales y derechos fundamentales.²

Aunque la precisión lingüística de éstos tiene sobre todo un valor académico, resulta significativo a los efectos del estudio que este artículo se propone.

El termino derechos naturales se decanta del iusnaturalismo como modelo histórico de reflexión sobre el derecho que tiene un origen grecolatino y que a partir del siglo xvii, y más enfáticamente del siglo xviii, se replantea sobre las posturas teóricas y filosóficas de la Ilustración. Esta corriente toma a la naturaleza como matriz de sus disquisiciones y construye una imagen selectiva y valorizada de ésta, que funciona como un estadio en el que las cosas han alcanzado la plenitud de su desarrollo:³ “[...] hay un orden universal, increado y eternamente el mismo para todos los seres, hombres y dioses. Quien obra, pues, según la naturaleza, obra de acuerdo con el logos, con la ley universal, y esta ley «nutre» las leyes humanas”.⁴ De esta imagen deriva una ontología del derecho y un sentido de justicia que fungen como criterio de justificación de la conducta humana, de validez de las normas y de legitimación del orden político-social.

El iusnaturalismo-racionalista del siglo xviii, en el que se entronca el concepto de derechos naturales, a diferencia del iusnaturalismo aristotélico del pensa-

¹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 25.

² Otras muchas acepciones aparecen si se consideran diferentes variables como el contenido: derechos civiles, políticos, económicos y sociales; el ámbito de su desempeño: derechos de ámbito personal y ámbito público; el proceso histórico de su surgimiento: derechos de primera, segunda y tercera generación; el sujeto titular de los mismos: derechos individuales y colectivos; o el modo de su ejercicio: derechos de autonomía, participación y prestación.

³ SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO, *Apuntes de filosofía de derechos*, Tecnos, Madrid (en prensa).

⁴ WELZAL, HANS, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 3 y 4.

miento antiguo y del teológico-cristiano del Medioevo, adopta posturas seculares, criterios profanos, métodos racionales y una filosofía humanista que le proporcionan al discurso un tono progresista y un sentido militante contra el escolasticismo.

A pesar de los diferentes matices que tienen las percepciones de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), los derechos naturales se enfocan como atributos innatos y consustanciales al hombre, cualidades derivadas del estado de naturaleza en que el hombre se encontraba; visión que exhiben enfáticamente los primeros documentos del constitucionalismo escrito.

Esta idea se complementa con la noción de que los derechos son absolutos e ilimitados y que no tienen otro valladar que el propio poder de los hombres, por lo que son éstos los que en un acto de autoconstricción y de raciocinio ceden parte de su autonomía para beneficio mutuo. De esta manera, el Estado o Leviatán surge por consentimiento humano para refrenar los instintos egoístas, para imponer límites que hagan posible la convivencia pacífica, para darle efectividad y seguridad al disfrute de los derechos. Con ese fin, los derechos que tienen un matiz prepolítico y prejurídico se escrituran e insertan en el derecho.

Sobre estos postulados, en el contexto teórico de la Ilustración y en el entorno histórico que anticipa las revoluciones burguesas, toman cuerpo progresivamente los conceptos de derechos ciudadanos y derechos constitucionales.

El primero emerge en el umbral del proceso revolucionario burgués en donde, como síntesis de los postulados ideológicos, se produce la ciudadanización del hombre, su conversión de ente natural y abstracto en individuo de una nación, en sujeto de una sociedad. Así, el nacimiento del término está asociado a las declaraciones de derechos que se emiten a finales del siglo XVIII e inicios del XIX; en particular *La Declaración de Derechos de Virginia* del 12 de junio de 1776 y la paradigmática *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* francesa del 26 de agosto de 1789.

El segundo se corporiza como decantación de este proceso cuando los derechos naturales e innatos delineados por las declaraciones se codifican en la Constitución, se positivizan en una parte dogmática, se transforman en prerrogativas jurídicas de un ciudadano en el territorio de un Estado. Aparece así, desde los primeros documentos constitucionales escritos, una lista o enumeración de derechos que con el tiempo se iría ensanchando cada vez más.

El concepto de derechos públicos subjetivos tiene su origen en la escuela de derecho público alemán del siglo XIX y el aporte de la teoría del status de George JELLINEK, que pretendió construir una categoría que discerniera técnicamente la

esencia del derecho como relación ciudadano-Estado al margen de un lenguaje iusnaturalista o moral. Con ello terminó por elaborarse una noción positivista de los derechos, utilitarista del Estado liberal.

Este término enfocó al derecho como la facultad de obrar de la persona que recibe reconocimiento del ordenamiento jurídico por dirigirse a un bien o interés, a partir de lo cual se constituye en una prerrogativa que genera potestad jurídica para exigir del Estado su cumplimiento. Vistos así, los derechos son pretensiones jurídicas privadas frente al Estado, las que éste tiene la obligación de reconocer y abstenerse de interferir:

El derecho público subjetivo consiste en la capacidad de poner en movimiento normas jurídicas en interés individual [...] y supone una relación entre el individuo y el Estado [por lo que] hunden su raíz en la normatividad positiva con que el constitucionalismo clásico plasmó en las cartas fundamentales los derechos en el campo del derecho público [...] son los derechos del hombre de la primera generación [...] constituyen la versión positivista de los derechos naturales en un marco cultural antropocéntrico.⁵

El término libertades públicas es de raigambre positivista y en esencia expresa lo mismo que el anterior, pero con una menor elaboración técnica. Tiene origen en la doctrina francesa y es utilizado por primera vez en la Constitución francesa de 1793. Aunque de manera amorfa, la denominación libertad fue empleada por la nobleza inglesa en varios documentos para denominar las prerrogativas que reivindicaban frente al poder absoluto del monarca.

Alude a los derechos que configuran la autonomía individual y que requieren del reconocimiento jurídico de un ámbito libre de interferencia para realizarse; de esta manera, son prerrogativas que determinan una no injerencia del Estado y que marcan un límite a su poder. Es una locución que carece de sentido, como reconocen algunos autores, porque “toda libertad requiere para su ejercicio la intervención del Estado, por lo que resulta superfluo insistir en el carácter público de la libertad al no existir libertades privadas”.⁶

El concepto derechos humanos se convirtió en una acepción universal a partir de la sensibilidad lograda en la humanidad luego del holocausto nazi y como resultado de la coyuntura del surgimiento de las Naciones Unidas, lo que en definitiva desencadenó la internacionalización de los derechos: “La magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, pp. 56 y 57.

⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 37.

dejarse a cargo monopolísticamente de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección".⁷

Estos factores, aunados a la capacidad sugerente del término, provocaron que éste adquiriera un rápido consenso y se convirtiera en uno de los más usados en la cultura jurídica y política moderna.

En un sentido lato puede plantearse que los derechos humanos son el conjunto de condicionantes individuales, culturales, sociales, económicas, políticas y jurídicas imprescindibles para el desenvolvimiento del ser humano; la totalidad de valores éticos que constituyen los ideales correspondientes a una etapa del desarrollo histórico y que por consenso de la comunidad de naciones se consagran en documentos jurídicos.

También se han definido como:

El conjunto de facultades, instituciones y prerrogativas que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos.⁸

Las aspiraciones del hombre, afirmación de fines humanos, demandas del hombre, exigencias éticas del hombre en su vida social que varían en la historia.⁹

Como puede observarse, en la explicitación del término existe un doble matiz moral-jurídico que evoca la intención de ruptura con posturas doctrinarias ortodoxas del iusnaturalismo y el positivismo, y que sugiere la edificación de un constructo que pretende conciliar positivación con fundamentación ontológica: "por un lado, se refieren a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna [...] Por otro lado, se utiliza para identificar a un sistema de derecho positivo [...] pero hay que expresar que la acepción incluye también a aquellos supuestos en los cuales esos derechos humanos no están incorporados aún al derecho positivo."¹⁰

Hay que significar, además, que el término universaliza y sistematiza el legado que en materia de derechos había aportado la historia de la humanidad, lo que constituyó la base para la internacionalización de éstos, circunstancia a partir de la cual se produce una relación *mutatis mutandi* entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos que se constitucionalizan al interior de

⁷ NIKKEN, PEDRO, "El concepto de derechos humanos", en *Estudios básicos de derechos humanos*, Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, vol. I, p. 19.

⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 44.

⁹ ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, *El régimen político español*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 339.

¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 22.

los Estados. Eso ha provocado que en algún sector de la doctrina “se reserve el término derechos constitucionales para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos sería la más usual para denominar los derechos positivados en las declaraciones internacionales”.¹¹

La noción de derechos morales hay que enmarcarla en la intención teórica de conciliar positivación y fundamentación axiológica de los derechos. Tuvo difusión en la cultura jurídica anglosajona con Ronald DWORKIN, aunque con posterioridad se recepcionó ampliamente en la doctrina hispana.

Concibe a los derechos como existencias prejurídicas en el sentido del iusnaturalismo, pero en vez de sostener que éstos nacen con el hombre, asume que devienen de una moralidad que se construye a partir de un plexo axiológico que ha decantado el proceso civilizatorio. Al paralelo, no niega la necesaria positividad de los derechos para su eficacia jurídica, pero defiende la conexión entre el derecho constitucional y la teoría de la ética, y arguye que el tejido jurídico no es suficiente para resolver las contradicciones entre los derechos. Por ello, es necesario un anclaje basado en reglas de moralidad:

[...] Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente, el juez [...] tiene discreción para decidir [...] Nadie piense que el derecho sea perfectamente justo tal como está [...] la tesis pone en claro que en ocasiones, los jueces deben formular juicios de moralidad a fin de decidir cuáles son los derechos jurídicos [...].¹²

Finalmente, el concepto derechos fundamentales constituye una elucubración de la doctrina constitucional de la segunda posguerra que tuvo su primera expresión en la Constitución alemana de 1948, aunque es con posterioridad que la teoría y la práctica jurisprudencial de los tribunales constitucionales terminan de redondear sus presupuestos. Se ha expuesto como la forma lingüística *más precisa y procedente*¹³ porque carece del lastre de ambigüedad de las anteriores, escapa del reduccionismo iusnaturalista-positivista y representa una explicación más coherente y completa.

Esta noción se ha explicado como “el conjunto de derechos y libertades jurídicas institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo”¹⁴ o como “el ámbito de la realidad en el que el individuo puede hacer valer jurisdic-

¹¹ POVAL COSTA, ANA, “La eficacia de los derechos humanos frente a terceros”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 34, 1991, p. 192.

¹² DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, 46, 159.

¹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴ HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, 1990, p. 13.

cionalmente una prohibición de poder público y/o un permiso de hacer en los términos que establece un precepto constitucional”.¹⁵

No obstante, tales enunciaciones necesitan acotarse con otros comentarios que develan la esencia del término y vislumbran cuánto se desmarca de sus predecesores.

La primera de esas notas es la idea de que la constitucionalización de los derechos no implica sólo su normativización, sino —principalmente— la consideración de que son normas supremas. De ello derivan dos consideraciones trascendentes: su eficacia directa y su carácter vinculante para los poderes públicos y el legislador en particular: “un derecho fundamental es directamente eficaz porque es una norma de supremacía jurídica, de ahí que sea su nota propia la fundamentabilidad”.¹⁶

Esta postura es consecuencia del entendimiento de que el principio de democracia sólo es jurídicamente posible si el pueblo soberano garantiza las condiciones que lo definen como ciudadano, por lo que en consecuencia la soberanía popular y el principio democrático exigen una Constitución como forma jurídica suprema.

Un segundo elemento es que los derechos fundamentales regulan parcelas de libertad e igualdad que se concretan en el objeto de cada derecho y que en dependencia del bien de la personalidad que protejan generan un permiso de hacer, una prohibición de interferir a los poderes públicos o una obligación de actuar del Estado. De esta forma se supera el reduccionismo de algunos de los conceptos analizados en el sentido de que su semántica sólo cobijaba determinados derechos.

De lo anterior se deriva la identificación de que los derechos son *fundamentales* no sólo porque consagran los diferentes espectros de la libertad del ser humano en su dimensión individual, política y social, sino porque además resultan instituciones trascendentales para el ordenamiento constitucional en una sociedad democrática, conformándose en vías imprescindibles para el desarrollo de ésta.

Junto a los aspectos mencionados, otra nota clave es la definición de que la norma constitucional impone un límite a la acción configuradora del legislador, que queda sometido al principio de intervención mínima. De esta forma, ni el derecho fundamental necesita de la intervención desarrolladora obligada del legislador —como sostenía las visiones de derecho precedentes— ni el legislador puede dejar de actuar para concretar el objeto, contenido y límite del derecho

¹⁵ VILLAVEDE, IGNACIO, “Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 32, 1998, p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 38.

cuando es necesario: “lo que define en esencia la categoría de derecho fundamental es su indisponibilidad al legislador (en el sentido de que su programa normativo le pre-existe y vincula, positiva o negativamente, según su objeto, contenido y límite”.¹⁷

Por último, un rasgo distintivo de esta categoría es la garantía con que son dotados los derechos a través de diferentes mecanismos y vías de protección y restitución. Esa justiciabilidad es pieza clave que complementa el carácter de fundamentabilidad de éstos: “los derechos no basta con constitucionalizarlos, sino hay que concebir como tercer nivel para alcanzar su dimensión de fundamentales, la existencia de garantías que le brinden una eficacia real en su ejercicio”.¹⁸

2. Diacronía de los derechos

En la progresividad de los derechos pueden distinguirse dos grandes etapas cuya línea divisoria en el tiempo es el siglo XVIII y el punto de inflexión teórico el conjunto de doctrinas que sustentan los cambios sociopolíticos que advienen y que postulan un renovado humanismo que sitúa al hombre en el centro de toda reflexión. De esta forma, puede hablarse de una pre-modernidad o pre-histórica de los derechos y de una etapa moderna en la que se distinguen sucesivos momentos.

La existencia de un periodo de pre-historia de los derechos se sostiene en el hecho de que en la Antigüedad es posible pesquisar reflexiones sobre el ser humano que, aunque no llegan a traspasar el plano filosófico-religioso y se encuentran inmersas en una confusión entre lo sacro y lo profano, permiten visualizar de manera incipiente una preocupación por éste. En este sentido, hay que destacar que la idea de individualidad y el concepto de personalidad jurídica no se encuentran configurados aún y que la concepción de libertad queda subsumida en los marcos de la comunidad y de la incorporación del ciudadano a los fines de la *res publice*:

Ley y naturaleza, *nomos* y *physis* constituían una unidad esencial en la primera época del pensamiento griego; la regulación humana de la conducta estaba inserta en las mismas leyes del ser, y era entendida en ellas y desde ellas. La frase de Heráclito “Todas las leyes humanas se nutren del uno divino”, en la que ha querido verse a

¹⁷ *Ibidem*, p. 36.

¹⁸ ESTEBAN, JORGE DE Y GONZÁLEZ-TREVIANO, PEDRO, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1993, vol. II. p. 265.

menudo el origen de la idea del derecho natural, ha de entenderse también desde el punto de vista de aquella unidad esencial. Este “uno divino” es el logos, según el cual todo acontece y al que todo es común. El hombre participa de este orden, del logos. “La mayor virtud se encuentra en el pensamiento, y toda sabiduría consiste en decir la verdad y en obrar de acuerdo con la physis, escuchando sus mandatos”. [...] Para Heráclito, logos, cosmos, physis y nomos constituían todavía una unidad interna.¹⁹

En la Edad Media se produce un salto con la escritura de documentos que se configuran como contratos entre el rey y la nobleza con un fundamento consuetudinario, los que escrituran “derechos” a modo de franquicias o privilegios que el primero otorga a los segundos, expresándose con una titularidad corporativa y estamental. Entre los instrumentos expresivos de este momento se pueden destacar a la Carta Magna inglesa de junio de 1215, el Consejo Luterano de Italia de 1215, la Bula de Oro de Hungría de 1222, el Pacto de las Cortes de León de 1188 y el Privilegio General de Aragón de 1283, ambas de España:

A TODOS LOS HOMBRES LIBRES DE NUESTRO REINO [sic] [...] hemos otorgado asimismo, para Nos y para nuestros herederos a título perpetuo, todas las libertades que a continuación se enuncian, para que las tengan y posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos: [...] La ciudad de Londres gozará de todas sus libertades antiguas y franquicias tanto por tierra como por mar. Asimismo, queremos y otorgamos que las demás ciudades, burgos, poblaciones y puertos gocen de todas sus libertades y franquicias [...] ²⁰

Junto al incipiente reconocimiento de derechos que se le plantean a la nobleza se delinear también las primeras formas de protección. De ello es muestra la Carta Magna inglesa de 1215 y el Justicia Mayor de Aragón, que funge inicialmente como juez en los conflictos entre el rey y la nobleza y cuya existencia ya es estable a inicios del siglo XIII:

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino [...] No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.²¹

¹⁹ WELZAL, HANS, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

²⁰ Carta Magna Inglesa. Documentos Constitucionales. DERECONS. Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. [Citado: 22 de enero de 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>.

²¹ Artículos 39 y 40, Carta Magna inglesa. *Idem*.

La etapa de modernidad en los derechos se apertura en el siglo XVIII y su expresión jurídica la constituyen las declaraciones que se emiten en la gestación del proceso revolucionario y que constituyeron el umbral de los cambios socio-políticos que sobrevinieron:

La Declaración del buen pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776 [...] la Declaración Francesa de 1789 y el texto constitucional de las Colonias Inglesas [...] son el último eslabón de una primera generación de derechos que arranca en el siglo XVI en el marco de una preocupación de la burguesía por limitar el poder del Estado absoluto [...] Las revoluciones burguesas constituyen el último eslabón de una primera época de un pensamiento humanista, y marcan el inicio de una nueva etapa en que se construyen los conceptos y fundamentaciones de los derechos en el sentido moderno [aunque] la preocupación por los derechos del ser humano, por su defensa, y por su fundamentación, son tan antiguos como la propia racionalidad del hombre.²²

Estos documentos, a pesar de su enunciado declarativo, poseen naturaleza jurídica porque encuadran un nuevo tipo relación entre el individuo y el poder político, a la vez que se presentan con una vocación universal que rebasa los localismos medievales:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre [...]. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.²³

De esta forma, el *interstitium* entre el siglo XVIII y las primeras décadas del siglo XIX enmarcan una primera fase en la evolución moderna de los derechos en la que es posible distinguir las siguientes características:

- 1) Se erigen sobre una fundamentación iusnaturalista-racionalista que se convierte en criterio fundante del nuevo orden y que se nutre de los descubrimientos que secularizan a la ciencia y de una visión individualista que coloca al ser humano como centro de toda reflexión.

²² PECES-BARBA, G., *op. cit.*, p. 56.

²³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Documentos Constitucionales. DERECONS: Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. [Citado: 22 de enero de 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>.

- 2) Pierden el enfoque corporativo o estamental con que se proyectaron las libertades en el Medioevo y distinguen con claridad al individuo como centro de imputaciones jurídicas. De esta manera, dejan de plantearse como concesiones del soberano hacia sus súbditos y se esbozan como reconocimientos de atributos connaturales al ser humano: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos [...]”²⁴ todos los hombres son creados iguales; son dotados [...] de ciertos derechos inalienables [...]”²⁵ todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y poseen determinados derechos inherentes [...]”.²⁶
- 3) Se conciben como realidades pre-jurídicas que preceden al Estado e incluso lo fundamentan, ya que el contrato o pacto²⁷ por el que éste surge es expresión de la autonomía de la voluntad de los individuos: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre [...]”²⁸ para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, [...]”²⁹ todos los hombres [...] poseen determinados derechos inherentes de los que, una vez habiendo ingresado en el estado de sociedad, no pueden, bajo ningún pacto, ser privados o desposeídos en el futuro”.³⁰
- 4) Se estructuran como cotos de libertad frente al Estado, constituyendo límites al mismo y marcando un espacio en el que éste no puede inmiscuirse. Para reforzar ello y evitar el abuso de poder, se erige el principio de la tripartición de poderes en artifice de organización del poder: “los poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado deben estar separados y diferenciados del Judicial; [...] para impedir que los miembros de los dos primeros incurran en opresión [...]”³¹ Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.³²

²⁴ *Idem.*

²⁵ Declaración de Independencia Norteamericana. Documentos Constitucionales. DERECONS: Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. [Citado: 22 de enero de 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>.

²⁶ Declaración de Derechos de Virginia. Documentos Constitucionales. DERECONS: Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. [Citado: 22 de enero de 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>.

²⁷ La idea de contrato social es un recurso para explicar el origen del Estado y razonar que éste debe fungir para el beneplácito de los hombres que lo han creado. Supone tres aspectos: el ser humano se encontraba en un estado de naturaleza del que decide evolucionar mediante pacto; el Estado es un ente artificial creado a partir de la voluntad libremente expresada de los hombres, y la fuente de legitimidad de éste es el consentimiento del individuo.

²⁸ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, *cit.*

²⁹ Declaración de Independencia Norteamericana, *cit.*

³⁰ Declaración de Derechos de Virginia, *cit.*

³¹ *Idem.*

³² Artículo 16, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, *cit.*

- 5) Se exponen como prerrogativas que desarrollan la libertad y la igualdad, los que tienen un valor absoluto, inalienable, irrestringible e imprescriptible:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro [...] el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos [...] Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.³³

- 6) A pesar de su esencia natural y su existencia pre-estatal, su configuración necesita que se escrituren y publiquen:

[...] la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, [los representantes del pueblo francés] han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes.³⁴

- 7) Se proclaman con un valor universal y *erga omnes*, lo que se contrapone al enfoque restrictivo e ideológico con que en la práctica se juridifican por las limitaciones que se imponen a los derechos políticos y el refrendo hiperbólico de la propiedad privada: “[...] Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”.³⁵

- 8) Se proyectan las primeras formas de garantía a los derechos a través de mecanismos como el derecho de protección a la libertad mediante el *habeas corpus*,³⁶ la legalidad de los delitos y de las penas,³⁷ la seguridad de

³³ Artículos 4o. y 5o., Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, *cit.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ Artículo 17, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, *cit.*

³⁶ Habeas Corpus Amendment Act. Documentos Constitucionales. DERECONS: Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. [Citado: 22 de enero de 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>.

³⁷ “[...] nadie será privado de su libertad sino en virtud de la ley del país o del juicio de sus iguales” [Artículo 8o., Declaración de Derechos de Virginia, *cit.*]. “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa [...] ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal” [Las diez primeras Enmiendas a la Constitución Americana. Enmienda Quinta. Documentos Constitucionales. DERECONS: Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. [Citado: 22 de enero de 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>]. “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quie-

la libertad, la presunción de inocencia,³⁸ así como el derecho al debido proceso.³⁹

Un segundo *tempus* en la evolución de los derechos se desarrolla a lo largo del siglo XIX de la mano de la expansión del constitucionalismo escrito, siendo posible distinguir en éste, *grosso modo*, los siguientes hitos:

- 1) Asentamiento de la noción de dogmática constitucional como estructura dedicada a legitimar una *ratio* de derechos que se imputan al ciudadano de un Estado, con lo cual se abandona el tono abstracto y universal de las declaraciones. Esta denominación acentúa la connotación de los derechos como límites al poder político, como dogmas infranqueables al Estado.
- 2) Superación de la fundamentación iusnaturalista de los derechos y adopción de una argumentación positivista⁴⁰ que sostiene que el único derecho válido es el que está juridificado, rechazando cualquier reflexión metafísica que no pueda ser contrastable o evitando todo camino cognitivo que tras-pase al derecho escrito. En este sentido, se entiende que lo importante es el dato de la escritura, por lo que no hay más derechos que los codificados, y es irracional concebir un trasfondo moral a los derechos o vincularlos a principios de justicia universales.
- 3) Ampliación en la titularidad de los derechos al suprimirse las restricciones censitarias del voto y reconocerse los derechos políticos a las mujeres, con

nes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados [...]" [Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. *cit.*]

³⁸ "Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley" [Artículo 9o., Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, *cit.*].

³⁹ "Que en todos los procesos penales o por pena capital la persona tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación para confrontarse con los acusadores y testigos, a practicar pruebas en su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuya unánime decisión no podrá ser considerado culpable, y tampoco podrá ser obligado a declarar contra sí mismo [...]" [Artículo 8o. Declaración de Derechos de Virginia, *cit.*]. "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda" [Enmienda quinta. La Diez Primeras Enmiendas a la Constitución Americana, *cit.*]

⁴⁰ El positivismo asume que no hay diferencia entre esencia y fenómeno (fenomenalismo) y que por tanto no hay esencias que no puedan ser conocidas empíricamente, que los conceptos no pueden existir fuera de la realidad de los objetos (nominalismo), y que por tanto cualquier intención de penetrar lo que no se puede contrastar es inviable. En este sentido, el positivismo jurídico sostiene cuatro tesis: el derecho es coactivo, es un instrumento de fuerza y ésta es una nota suficiente para definirlo (tesis conceptual); el derecho válido es el que está en vigor según el criterio establecido en cada sistema jurídico-político, por lo que no depende de su valor moral o de la justicia de sus contenidos (tesis de validez); no hay un derecho universal, es un fenómeno histórico y particular de cada lugar; sólo se puede conocer lo contrastable, lo observable, lo dado por la experiencia (tesis epistemológica).

lo cual se produce una democratización de los derechos y libertades que marca el fin de la primera generación.

- 4) Termina de configurarse la primera generación de derechos, reconocida también como derechos individuales (atendiendo a la titularidad de su sujeto activo), derechos innatos o esenciales (por ser vistos como expresión de prerrogativas connaturales al ser humano), derechos negativos (por implicar un límite al poder del Estado), libertades-autonomía (por abarcar la expansión de la autarquía personal), derechos públicos subjetivos (por enmarcar una relación del sujeto con los poderes públicos) y derechos civiles y políticos (por el objeto de las figuras que incluye).⁴¹ Esta generación tiene como sustrato una fundamentación iusnaturalista, a la luz de la cual los derechos se visualizan como superiores y anteriores al Estado y las figuras que la integran enmarcan un espacio vital para el desenvolvimiento de la autonomía individual y el desarrollo del ser humano en el diagrama societal. A este tenor, los derechos son vistos como prerrogativas ejercitables verticalmente frente al Estado, por lo que conforman una dimensión que determina un comportamiento de abstinencia y neutralidad del Estado y un valladar para sus operadores.
- 5) Desarrollo y especificación de las garantías a los derechos a partir de la sistematización doctrinal de la institución de defensa constitucional a través del modelo difuso norteamericano, que deja asentada la noción de supremacía de la Constitución.⁴²

⁴¹ Esta generación esquematiza una relación de enfrentamiento entre el individuo-sujeto activo y el Estado-sujeto pasivo: "estos derechos vinculan a los poderes públicos, son ejercitables ante el Poder Judicial y tienen eficacia inmediata sin necesidad de previo desarrollo legislativo [...] conforman la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una forma jurídica en su propio interés frente al Estado" [CONDE ÁLVAREZ, E., *op. cit.*, p. 23]. Los derechos contenidos en ella despliegan la libertad, seguridad e igualdad. La libertad interpretada como valor fundante que implica capacidad de desenvolvimiento y actuación sin restricciones; la seguridad entendida como protección contra las intromisiones del Estado y la igualdad enfocada desde el punto de vista formal como uniformidad ante la ley y paridad de oportunidades. Junto a estos valores aparece también el derecho de propiedad en consonancia con el liberalismo económico capitalista, lo cual acota el sentido ideológico de los demás derechos. La forma más diáfana de catalogar a las diferentes figuras que agrupa esta generación es en derechos civiles y políticos de acuerdo al objeto que tutelan, pero también se han establecido clasificaciones que atienden a los diferentes círculos comunicativos que van desde la individualidad hasta la relación con el poder político. Así se ha establecido la nomenclatura de: derechos personalísimos/derechos de ámbito público; y derechos de ámbito personal/derechos de la esfera privada/derechos de la esfera pública.

⁴² La idea de supremacía constitucional de la que se deriva la institución de defensa de la Constitución estuvo imbibida en el constitucionalismo escrito desde su origen, pero en realidad no encontró consumación teórica hasta que se delinearon las vías jurisdiccionales de protección de la Constitución y de los derechos en ella contenidos. En este sentido, es en los Estados Unidos en donde se aporta el primer antecedente que da lugar al sistema de control constitucional difuso. Fue el juez John Marshall quien aportó estos razonamientos en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*.

Un tercer lapsus en este *itinerarium* sobre la progresividad de los derechos lo constituye el siglo xx, centuria en la que a los efectos de la generalización que aquí realizamos podemos caracterizar a partir de los siguientes rasgos:

- 1) Culminación del proceso de expansión y generalización de los derechos al advenir al constitucionalismo escrito numerosos países que se desgajaron del sistema colonial, como es el caso de las naciones del Caribe y África.
- 2) Abandono del positivismo como postura filosófica de argumentación de los derechos y advenimiento de una filosofía idealista que ancla la razón ontológica de éstos en su contenido, en su capacidad de expresar valores, en su pretensión de justicia y en la dosis de moralidad que transmiten. Por tanto, la validez de los derechos no estriba en su positividad —aunque ésta es importante— sino en su moralidad capaz de racionalizarse.
- 3) Aparición de la segunda generación de derechos de contenido económico y sociocultural, inserta en el modelo del Estado social de derecho.⁴³ Esta generación de derechos tiene una fundamentación sociohistórica, ya que hace alusión a un individuo que reivindica para sí condiciones dignas de vida. Tiene una doble dimensión subjetiva-objetiva porque crea prerrogativas a individuos y grupos para reclamar su participación en los beneficios de la vida social, a la vez que reclama acciones del Estado para configurar políticas públicas.⁴⁴
- 4) Advenimiento de la tercera generación de derechos ante problemáticas globales que ponen en peligro no sólo la vida digna sino también la vida misma del ser humano. Los derechos que conforman esta generación se anclan en una fundamentación ética que tiene como sustrato la inquietante preocupación por la supervivencia del ser humano ante peligros

⁴³ El germen del constitucionalismo social se encuentra en los textos franceses de 1791 y 1793; luego, en los inicios del siglo xx, la Constitución de México de 1917 y el texto de la República de Weimar de 1919 proyectan con mayor sistemática derechos sociales.

⁴⁴ Esta generación se gesta a partir del replanteo de la relación poder-sociedad-economía que dibuja un nuevo rol del Estado y concibe la inclusión de temáticas que hasta entonces se presentaban como realidades extraconstitucionales, lo que diseña un modelo de Estado contrario al prototipo del Estado gendarme o Estado mínimo del liberalismo decimonónico que pretende brindar respuestas a las disfuncionalidades sociales y económicas del capitalismo. Se reconoce como Estado social de derecho, Estado de bienestar, Estado de economía mixta o Estado de democracia económico-social. El nuevo rol del Estado transcripto al derecho constitucional delineó lo que se denominó como constitucionalismo social, expresión con la que se sintetiza la legitimación de políticas equilibradoras, redistributivas y prestatarias por parte de los poderes públicos. En este cuerpo de derechos el sujeto activo es el individuo, situado socialmente como parte de una comunidad o grupo; el sujeto pasivo es el Estado y los entes privados que participan como actores económicos. Su valor fontanal es la igualdad, vista como creación de posibilidades reales a todas las personas para satisfacer sus necesidades.

- globales o situaciones de desventaja originadas por el desarrollo desigual, lo que ha provocado la contaminación y riesgo de las libertades.⁴⁵
- 5) Homogenización de *la ratio* de derechos constitucionales a partir de la ingeniería constitucional y de la analogía institucional que se ha producido en el derecho constitucional contemporáneo.
 - 6) Conformación del derecho internacional de los derechos humanos como consecuencia del proceso de expansión, generalización y universalización de los derechos; proceso en el que la Segunda Guerra Mundial constituyó jalón en la creación de un consenso universal sobre la importancia de establecer una institucionalidad supranacional que elevara a un plano superior la protección del ser humano.⁴⁶
 - 7) Interrelación entre los derechos fundamentales constitucionalizados y los derechos humanos legitimados en normas internacionales, asumiendo muchas Constituciones la cláusula de derechos no enumerados que permite una interpretación extensiva de éstos o la fórmula exegética de que los derechos que las Constituciones positiván deben ser interpretados de acuerdo con la normativa internacional de los derechos.
 - 8) Sistematización de una doctrina sobre garantía de los derechos que se inserta dentro del sistema de defensa constitucional que se estructura a través de diferentes mecanismos jurisdiccionales e institucionales y que

⁴⁵ Por la fisonomía de sus figuras, la relación sujeto activo-sujeto pasivo en esta generación rompe el esquema de articulación individuo-Estado de las generaciones anteriores, ya que del lado del primero participan el individuo, los grupos sociales, las comunidades y organizaciones civiles, y del otro, actores públicos y privados nacionales, regionales y globales. Su valor fundante es la solidaridad, ya que las problemáticas sobre las que inciden afectan a las generaciones actuales y a las futuras. Las figuras que conforman esta generación son el derecho al medio ambiente —figura que la encabeza—, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y el derecho a la autodeterminación.

⁴⁶ El derecho internacional de los derechos se conforma de un *corpus iuris* prolijo que se alimenta de diferentes fuentes, cuyos documentos revisten la forma de pactos, convenios, tratados, declaraciones, etcétera. De esta manera puede señalarse que en el ámbito universal puede considerarse a la Declaración Universal de Derechos Humanos como el documento fundante, la que se explicita y se convierte en vinculante a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. A partir de éstos, existe una lista extensísima de documentos que se proyectan de manera cada vez más ostensible hacia el tratamiento específico de derechos o hacia la protección concreta de determinados derechos en situación. En este proceso vale también destacar los documentos surgidos en ámbitos geográficos específicos como Europa, Latinoamérica o África: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; la Carta Social Europea de 1961; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en América Latina, y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981; los que se amplían con otras normativas y protocolos más específicos. Como parte de este *iter* se crean también organismos internacionales y regionales que se ocupan específicamente del desarrollo y protección de los derechos, a la par de numerosas organizaciones no gubernamentales que tienen a la temática como centro de su actividad. Cabe añadir finalmente que el proceso de internacionalización se ha producido en dos sentidos: el de la positivación y el de la protección, estructurándose a partir de la segunda mitad del siglo xx una expansión de los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de garantía, cuyo esquema más completo lo tiene sin lugar a dudas Europa a tenor de su consolidada integración.

proyectan una perspectiva de mayor integralidad en la protección de los derechos. En sede judicial se han estructurado cuatro modelos: descentralizado y no especializado (tribunales), centralizado y especializado (tribunal constitucional), centralizado y no especializado (Corte Suprema) y de jurisdicción centralizada y relativamente especializada (Sala Constitucional en la Corte Suprema).⁴⁷

3. El constructo derechos en situación

Junto a estos caracteres, uno de los rasgos más sobresalientes de los derechos durante la última etapa que distinguimos es el de la progresividad y diversificación de su *ratio*, cuestión que se produce ante la ampliación de los objetos a tutelar y las mutaciones acaecidas en la noción de titularidad de éstos.

Ello ha provocado un doble proceso de multiplicación y especificación⁴⁸ de los derechos que ha bosquejado una dinámica en la que aparecen tipologías que se desgajan de figuras genéricas ya existentes y concretan determinada dimensión, a la par que se configuran intereses difusos que maduran desde una fase de moralidad crítica.

El objeto del derecho es la dimensión de la realidad personal que el enunciado normativo de la norma iusfundamental protege; es aquello que se garantiza, el ámbito de conducta que se legitima; es la fracción de la libertad genérica y abstracta que se concreta e individualiza, transformándose así de mera expectativa en bien jurídico tutelado constitucionalmente: “es el ámbito de plena inmunidad frente a la coacción del Estado o de terceros con el propósito de asegurar al individuo o a los colectivos en los que se integre una determinada expectativa de conducta”.⁴⁹

El objeto de un derecho se encuentra asociado a un bien de la personalidad que resulta esencial para el desarrollo digno del ser humano en lo individual y social. Éstos se encuentran asociados a necesidades humanas que se objetivizan dentro del proceso civilizatorio y que no conforman un *numerus clausus* sino que tienen un carácter histórico. De allí que el proceso de multiplicación y especificación que se ha mencionado ha estado relacionado al advenimiento de nuevas formas

⁴⁷ Véase NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "Consideraciones sobre la jurisdicción en América Latina y Europa", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 4, 1999, pp. 243 y ss.

⁴⁸ BOBBIO, NORBERTO, "Derechos del hombre y filosofía de la historia", en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 15.

⁴⁹ BASTIDA FREIHEO, FRANCISCO *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 3.

de agresión a los objetos de los derechos, al surgimiento de nuevas necesidades humanas que ameritan juridificarse, o a la concreción de nuevas dimensiones en los bienes de la personalidad ya existentes que necesitan protegerse: “[los objetos] son datos social e históricamente vinculados a la experiencia vital humana que poseen objetividad y universalidad que hacen posible tanto su generalización a través de la discusión racional y el consenso, como su concreción en valores”.⁵⁰

La titularidad de un derecho, por su parte, es la posesión constitucional que se tiene de éste, la cualidad que hace que un individuo sea consignatario de determinados derechos, gestando con ello una determinada posición jurídica con respecto al poder público y los particulares. La titularidad es la concreción constitucional de la capacidad jurídica iusfundamental en tanto cualidad que expresa la aptitud que tiene todo individuo —por el mero hecho de serlo— de intervenir como sujeto en una relación jurídica.

La visión liberal concibió únicamente la posibilidad de una titularidad individual de los derechos frente a los poderes públicos; sin embargo, la aparición de nuevas tipologías y las transformaciones teóricas al respecto han provocado una mutación en esta concepción. Así, terminó por admitirse la titularidad de derechos a grupos de personas, gremios, colectividades sociales, pueblos o incluso la humanidad.

Ello, más la intención de proveer la protección de facetas más específicas del ser humano, como se ha mencionado, son las claves de bóveda de un nuevo momento en la progresividad de los derechos. Perspectiva que se sustenta a su vez en un cambio de paradigma respecto al principio de igualdad, el que evoluciona desde la visión de *igualdad ante la ley* al de *igualdad en la ley*.

La igualdad ante la ley tiene un origen decimonónico vinculado a la concepción de los derechos naturales y su empleo —además de expresar en sí mismo un cambio de concepción jurídica—, tiene un fin utilitarista en tanto sirve de sostén al proceso revolucionario burgués. Significa que la ley no distingue estatus ni diferencia a las personas por razones económicas, sociales o políticas. Esto implica que se debe de dispensar igualdad de trato a todos los seres humanos y que resulta incompatible con esta concepción la aplicación de cualquier forma de discriminación.

La concepción de igualdad en la ley constituye, por su parte, una encomienda al legislador para que éste no configure supuestos en la norma que otorguen trato distinto a personas que se encuentran en la misma situación y, a *contrariu sensu*, que se brinde un trato igual a personas que se hallen en una situación

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, E., *op. cit.*, p. 182.

distinta. Implica por tanto no establecer distinciones artificiales o arbitrarias y tampoco crear una *discriminación por indiferenciación*⁵¹ al proveer igual tratamiento a supuestos diversos. Este juicio asume que la igualdad asumida de manera absoluta entraña desigualdad e injusticia.

Este entendimiento, que rebasa la perspectiva liberal y formal de la igualdad, fue el basamento para que en la década de los años sesenta se gestara un nuevo concepto, el de *discriminación positiva*, *discriminación inversa* o *acción afirmativa*.⁵²

La discriminación positiva implica la aplicación de determinadas políticas a un grupo de personas o sector social que se encuentra en una situación de desventaja temporal o permanente, a fin de favorecer su inclusión y propiciar el disfrute efectivo de determinados derechos. Implica una acción positiva de reasignación de posibilidades, bienes y recursos a determinados sujetos en razón de contrarrestar situaciones que lo desfavorecen. Son en ese sentido acciones compensatorias que crean un trato preferencial y hasta privilegiado.

De esta forma se produce una ruptura en la noción de “hombre abstracto” y se delinea la imagen de un “hombre situado” en una coyuntura socio-histórica determinada o en el marco de una relación específica. Esta perspectiva constituye el sustento del concepto *derechos en situación* que introduce matices novedosos en la teoría de los derechos, ya que implica el reconocimiento de derechos a determinados sujetos en razón del estatus que tienen y que los coloca en una postura de indefensión o desventaja. Esa desprotección puede originarse por:

- La condición del género (mujer).
- El estado físico, que coloca a determinadas personas en un plano de inferioridad de manera temporal o definitiva (minusválidos).
- La situación de inferioridad que se propicia en el marco de una relación entre el ciudadano y la administración pública (usuarios, reclusos).
- El contexto de desventaja social que ocupan grupos humanos por razones étnicas (minorías étnicas).
- La situación de vulnerabilidad que se suscita ante situaciones excepcionales (conflictos bélicos, desastres naturales).

⁵¹ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 206.

⁵² Estos conceptos han sido considerados como impropios y tendenciosos por un sector de la teoría, ya que no sólo encierran confusión semántica, sino que además la aplicación de políticas en tal sentido entraña consecuentemente discriminación para los grupos y sectores que no se beneficiarían de éstas. Véase BARRÈRE UNZUETA, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual*. [En línea]. [Citado: 20 de octubre de 2010]. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>. GARCÍA ANÓN, JOSÉ, “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo”, en VARIOS AUTORES, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 309 y ss.

Todas estas condiciones determinan una situación peculiar que justifica una acción positiva del legislador tendente a promover una igualdad real mediante la ley, lo cual conlleva a una protección singular y a una discriminación positiva.

Esta noción constituye el último ítem en la progresividad y particularización de los derechos que ha condicionado que “la idea abstracta de libertad general se ha transformado en libertades concretas y singulares”.⁵³ Esto ha provocado a su vez la *paradoja de generalización-especificación de los derechos*⁵⁴ que de alguna manera quiebra la noción de universalidad de éstos: “el hombre mismo no ha sido ya considerado como ente genérico u hombre en abstracto, sino que ha sido visto en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, como menor, como viejo, como enfermo, etcétera”.⁵⁵ ■

⁵³ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 109 y 110.

⁵⁴ ASÍS, RAFAEL DE, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2000, p. 77.

⁵⁵ BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 115-117.