

# LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

*Julio Alvear*

## 1. Antecedentes

El panorama actual de los derechos humanos puede enfocarse desde variadas perspectivas. La conocida clasificación de las generaciones de derechos parece un buen punto de partida para examinarlos en una visión de conjunto, deteniéndose, en particular, en las últimas tendencias.

Los manuales al uso del constitucionalismo clásico agrupan los derechos humanos en derechos de primera, segunda y tercera generación, siguiendo el criterio de su evolución histórica (1). Sin embargo, los problemas conceptuales se presentan desde el inicio. Los derechos de primera generación incluyen dos especies de derechos: los «derechos civiles», que buscan proteger las libertades individuales, limitando

---

(1) Fue Karel Vasak quien en 1979 propuso la clasificación de tres generaciones de derechos para subrayar las sucesivas etapas de su reconocimiento internacional. Karel VASAK (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1984, v. I, p. 15. Reconocimiento—dice la dogmática constitucionalista— cada vez más amplio e intenso, que reflejaría, por un lado, la progresiva evolución de la conciencia moderna respecto de la dignidad del ser humano; y, por otro, la proyección histórica de la trilogía *Liberté, égalité, fraternité* (que por cierto en su fórmula original es algo menos amigable: *Liberté, égalité, fraternité ou la mort*). Empero, el origen de la triple clasificación es algo más banal: «Antônio Augusto Cançado Trindade, señala que siendo amigo de Karel Vasak, le preguntó “por qué usted formuló esa tesis en 1979?”, y él le respondió: “Ah, yo no tenía tiempo para preparar una exposición, en tanto se me ocurrió hacer alguna reflexión, y recordé la bandera francesa”. Para Cançado Trindade, ni el propio Vasak tomó muy en serio esa tesis, pero, como todo lo que es palabra “cliché”, pegó; de ahí Norberto Bobbio copió esta tesis y algunos confunden su real pertenencia a Vasak». Roberto GONZÁLEZ ÁLVAREZ, «Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación», pp. 1-2. <https://web.archive.org/web/20070929075211/http://www.sopecj.org/rgaddhh.pdf>.

el ejercicio del poder estatal, y los «derechos políticos», que garantizan la participación política de los ciudadanos en la gestión democrática del Estado. Técnicamente, se trata de derechos de naturaleza distinta: unos tienen la estructura de derechos de defensa, de libertad, de indemnidad. Apuntan a esa libertad típicamente liberal, que no es el libre arbitrio sino la libertad externa, de coacción, libertad entendida de manera puramente negativa, que exige del Estado una postura basal de autolimitación y no injerencia en la vida del individuo. Los derechos políticos, en cambio, exigen el desarrollo estatal de condiciones político-institucionales para asegurarlos y volverlos efectivos. Sin embargo, supuestas estas condiciones, éstos también pueden ser vistos, al menos en un segundo momento, como derechos de libertad. De ahí que, desde un género más amplio, se afirme que los derechos de primera generación constituyen, en definitiva, derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades individuales (2).

Los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, que pretenden asegurar condiciones de vida dignas para todos los ciudadanos del Estado, promoviendo la igualdad económica al menos en el acceso a las condiciones vitales que permiten el desarrollo personal. Persiguen, se sostiene, el segundo ideal de la trilogía revolucionaria: la «igualdad». Para lograrlo, requieren de una intervención activa del Estado a través de prestaciones y servicios públicos. Los derechos de segunda generación serían fundamentalmente (aunque no únicamente) derechos de prestación (3).

---

(2) Parte de la doctrina hace una distinción neta entre los derechos individuales y los derechos políticos, por connotar una estructura distinta y presuponer «conquistas» diversas en la evolución del Estado moderno. Véase por ejemplo Remedio SÁNCHEZ FÉRRIZ, «Generaciones de derechos y evolución del Estado», en Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ (coord.), *Los derechos humanos en Europa*, Madrid, UNED, 2001, pp. 49-61, y Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, «Estado constitucional y protección internacional», en Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Ciudad de Méjico, CNDH, 2004, pp. 231-280. En este esquema, los derechos políticos serían derechos de segunda generación, y así sucesivamente.

(3) Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 3ª ed. Madrid, Tecnos, 1990, pp. 82 y ss. y 120 y ss.; Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1988, pp. 183 y ss.

Ambas generaciones de derechos se formulan con la técnica de los «derechos subjetivos», pero con notorias diferencias. En la primera generación, los derechos emergen y se desenvuelven con la impronta iluminista e individualista, propia del Estado liberal. En la segunda generación, los derechos emergen con una lógica inversa: la pertenencia del individuo al Estado y la intervención de éste a fin de lograr la solidaridad entre las clases sociales, con la lógica de la seguridad social y de la compensación económica. La técnica del derecho subjetivo se muestra insuficiente ante un escenario que es diseñado «desde arriba» y que requiere de promesas y activas políticas públicas que las satisfagan (4).

## 2. Derechos de primera y segunda generación. Problemas

La doctrina constitucional suele dividirse entre quienes sostienen que la distinción entre derechos de primera y segunda generación es de sucesión, expansión y complemento (5), y quienes afirman que es de oposición, o en fórmula más matizada, que la primera generación debe ceder, por regla general, a la segunda, pues «en primer lugar la comida, y luego la moral» (Bertold Brecht). Es lo que sostiene, con referencia expresa a esta cita, el *Manual de Educación en Derechos Humanos* de la Comisión Europea, reconociendo además –lo que es una obviedad– que «los derechos humanos son propensos a abusos políticos», con lo que en su contexto se sugiere que los Estados suelen preocuparse más de la primera generación de derechos que de la segunda (6). Lo que también es obvio tratándose de Estados con insuficientes recursos económicos.

Para la Comisión Europea la posibilidad de conflictos entre ambas generaciones es clara, y, por tanto, también la

---

(4) JULIO ALVEAR TÉLLEZ, *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 235-266.

(5) JUAN CARLOS CASSAGNE, «Los nuevos derechos y garantías», *Revista de Investigações Constitucionais* (Curitiba), vol. 3/ n. 1 (2016), p. 62.

(6) COMISIÓN EUROPEA, *Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes*, <https://www.coe.int/es/web/compass/the-evolution-of-human-rights>.

necesidad de que los derechos de libertad cedan ante las exigencias de los derechos sociales (7). Al fin y al cabo, unos suponen inmovilidad del Estado, y los otros, lo opuesto: sumo activismo, intervención en los procesos vitales, dependencia material y jurídica. En definitiva, los derechos de primera generación supondrían una visión reducida del ser humano, mientras los de segunda «nuevas demandas e ideas acerca del significado de la vida y la dignidad humana. Se dieron cuenta de que la dignidad de la persona humana exige algo más que la mínima falta de interferencia por parte del Estado, propuesta por los derechos civiles y políticos» (8).

Que los derechos de segunda generación tengan que primar sobre los de primera en los casos en que éstos impidan la realización de las condiciones materiales de aquellos, no es, sin embargo, una tesis pacífica. También está sujeto a disputas. Hay diversas doctrinas o líneas jurisprudenciales sectoriales que alteran los términos (¿a todo evento? ¿cuáles condiciones materiales? ¿Mínimas, suficientes, satisfactorias? Etc.). Por otro lado, más allá de la zona europea, hay que recordar que los Estados Unidos suscribieron el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pero no el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por lo que la primacía en este caso, a nivel de derecho internacional de derechos humanos, juega a favor de los primeros.

Por otro lado, es necesario destacar que jurídicamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos vincula a los Estados de acuerdo al principio de inmediatez (9), mientras el Pacto de

---

(7) Sectores de la doctrina reivindican incluso la fórmula «derechos v/s derechos». Véase, por ejemplo, Carlos BALBÍN, *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 95-98.

(8) COMISIÓN EUROPEA, *Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes*, cit. En el texto se definen los derechos sociales como aquellos «necesarios para la plena participación en la vida de la sociedad» (educación, familia, etc.); los derechos económicos como aquellos que proveen un «nivel mínimo de seguridad material necesario para la dignidad de la persona humana» (trabajo, vivienda, pensión, etc.); y los derechos culturales como los que se «refieren a la “forma de vida” de una comunidad cultural» (participación en la vida cultural, patrimonio histórico, etc.).

(9) «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en

Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga de acuerdo al principio de progresividad (10).

De ahí la desazón que muestran autores arropados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al alcance de los derechos sociales en el ámbito americano. Observan que los derechos de primera generación originan obligaciones de resultado; en cambio, los de segunda generación, sólo de medios, con lo que su efectividad es baja. Con un tono que recuerda a las antiguas plañideras, protestan porque los derechos sociales encuentran tres tipos de obstáculos para su justiciabilidad: materiales (imposibilidad o grave dificultad de los países con menos recursos para realizar estos derechos), jurídicas (los derechos sociales requieren de una determinación normativa posterior, para precisar su objeto) y procesales (dificultad para determinar las violaciones individuales, dado el carácter difuso que toma este tipo de derechos). Surge, entonces, la propuesta de suprimir la clasificación por generaciones y transformar todos los derechos en «sociales», con lo que se da por superada la especificidad de los derechos de primera generación (11).

---

el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (art. 1.2 Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

(10) «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 1.2 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

(11) Es, por ejemplo, la tesis de Andreas FISCHER-LESCANO y Kolja MÖLLER, *Der Kampf um globale soziale Rechte: Zart wäre das Größte*, Berlín, Wagenbach, 2012, que recoge Ana María BONET DE VIOLA, «Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana* (Medellín), vol. 46 / n. 124 (2016), pp. 17-32, alojada en el sitio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36189.pdf>. Se distingue en este contexto entre «derechos políticos con componentes sociales» (derecho de los trabajadores al control de la producción y colaboración en la dirección de las empresas), «derechos sociales con

Desde el ángulo del crecimiento del poder, ello implica el estatismo omnipresente para proveer lo que se consideran «derechos».

En este punto, aflora un equívoco, advertido en su época por Villey y Vallet de Goytisoló en lo que respecta a la inflación de derechos en la modernidad jurídica. Los derechos de segunda generación en el estado puro de declamación (como figuran en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en un sinnúmero de constituciones del orbe) no constituyen propiamente «derechos», en el sentido jurídico positivo del término. A nivel internacional, son más bien expectativas, pretensiones, anhelos, muchas veces sueños y hasta veleidades utópicas. A nivel constitucional, su eficacia jurídico-constitucional es muy limitada, y más se parecen a mandatos de actuación política (12). Solo en virtud de una ley concreta que conceda prestaciones determinadas con objetos específicos y recursos suficientes se puede hablar de «derechos» en el ámbito prestacional.

Para confundir más las cosas, diversos autores plantean que muchos de los derechos de primera generación insuficientemente realizados (porque en ellos también se nota la inflación) debieran ahora satisfacerse por la vía de los derechos de segunda generación (13), lo que muestra hasta qué punto la intervención del Estado es hoy un principio basal para el desenvolvimiento de los derechos humanos, de tal modo que derechos humanos y Estado moderno se vuelven indisociables.

No hay que olvidar a quienes niegan la validez de la concepción generacional de los derechos, por considerarla

---

contenido político» (derecho de huelga), «derechos de igualdad», «derechos a la seguridad social» (salud, medio ambiente) y «derechos de los pueblos» (desarrollo sustentable, paz mundial).

(12) Simón YARZA, *Derechos Fundamentales. Lineamientos*, Cizur, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, p.25.

(13) Así lo postula el *Manual de Educación en Derechos Humanos* de la Comisión Europea. En *loc. cit.*, dice, por ejemplo, que deben incluirse en los sociales «muchos de los considerados a menudo como derechos “civiles”: derecho a la recreación, al cuidado de la salud, a la intimidad y a la no discriminación». Lo que, sin embargo, a nivel técnico, denota, por cierto, una cierta confusión entre la estructura de los derechos y su finalidad.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

confusa. Era que no. Sostienen que hay derechos individuales –vr. gr. el derecho a la vida, la libertad y sus manifestaciones– que pertenecen a todas las generaciones. Además, afirman la imposibilidad de definir los surgimientos de tan distintos derechos que se agrupan bajo categorías tan genéricas (14). Empero, como categorías que permiten agrupar e identificar convencionalmente «oleadas» de derechos humanos, el criterio generacional tiene su utilidad. Lo que se ve confirmado porque respecto de las dos primeras generaciones, el derecho internacional de los derechos humanos las recoge en dos pactos distintos. Y es posible también examinar la Declaración Universal de Derechos Humanos en dicha clave: en los arts. 3 a 21 se encuentran los derechos de primera generación; en los arts. 22 a 27 los de segunda.

La mayor utilidad del criterio generacional se destaca, sin embargo, si analizamos estos derechos desde la perspectiva de su fundamentación. Desde el ángulo constitucional, quien mejor ha procedido en el intento es Juan Fernando Segovia.

El autor caracteriza los derechos de primera generación como la factura modélica del constitucionalismo liberal que no puede sino insertar los derechos en la teoría de los límites al poder. Los derechos humanos tienen precisamente esa función: la de constituirse en límite y freno al poder político, al que se considera abusivo por naturaleza, en cuanto, por su propia finalidad, tiende a contener o reducir el ámbito de acción de la libertad individual. No hay que olvidar que para el liberalismo, todo lazo, régimen, norma o gobierno debe ser consentido (bendita teoría en la que todos pueden «consentir») por el individuo. Los derechos de primera generación son la cara visible de un constitucionalismo garantista, donde lo que importa es salvaguardar los fines individuales de cada ciudadano, en el plano de un Estado neutro y abstencionista, que carece de fines propios. Sólo corresponde intervenir para asegurar que la libertad de decisión de uno no se vea afectada por la libertad de decisión de otro (15).

---

(14) Roberto GONZÁLEZ ALVAREZ, «Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación», *loc. cit.*, p. 2.

(15) Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 28-32

En cuanto a la naturaleza de los derechos de primera generación –derechos libertades– se trata de posibilidades de actuación del individuo (psíquicas, intelectuales o físicas), más cercanas al poder físico que al poder moral, que sería lo propio del derecho. Al respecto, el profesor Segovia observa que «la antropología liberal exalta al individuo autosuficiente, que no necesita ser liberado porque ha nacido libre y con derechos innatos. El individuo ya posee el objeto de su derecho y es eso lo que las declaraciones reconocen [...]. A partir de la Declaración de 1791, se los compendió en cuatro derechos básicos: libertad, igualdad, propiedad, seguridad [...]. Se trata de derechos que remiten a la estructura básica del ser individual. El individuo es naturalmente libre. El contenido de los derechos liberales es esa libertad, el libre desarrollo de un individuo que ya está en posesión de sí y del entorno para pronunciarse y decidirse» (16).

Se trata, claro, de derechos individuales, pues tienen como sujeto único al individuo, no a las asociaciones; de derechos abstractos, pues se omiten las desigualdades existenciales o potenciales, y las prerrogativas que entrega son universales, válidas en todo tiempo y lugar. Son, asimismo, derechos plenamente operativos: como propietario de sí mismo, el individuo ya los posee (en el estado de naturaleza) y ahora en sociedad los traslada como «derechos de ser» para oponerlos al Estado. Las libertades intelectuales cobran una importancia gravitante, pues son las que permiten al individuo, de un modo más fácil y directo, sentirse dueño de sí mismo. Y sólo se las goza acabadamente en la medida en que no se les entorpezca. Estamos, además, frente a unos derechos de libertad que pretendidamente se ejercen en igualdad (formal), en los cuadros de la igualdad ante la ley (17).

Los derechos de segunda generación corresponden a una fundamentación distinta. Se invierte la ideología liberal: ya no son los derechos los que legitiman el poder. Ahora

---

(16) *Ibid.*, pp. 30-31 y 34.

(17) *Ibid.*, pp. 32-33, 36-42. Sobre el carácter declamatorio, subjetivista y abstracto de los derechos humanos, Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 347-365.



los derechos nacen en razón de la pertenencia del individuo al Estado, de modo que son efecto de la organización estatal. El Estado social de derecho, observa el profesor Segovia, coincide con la formalización de las teorías del Estado y de los derechos públicos subjetivos. «Los nuevos derechos están, de este modo, ligados a un Estado que se manifiesta con intervenciones e intromisiones cada vez más penetrantes en un orden social que el liberalismo creía espontáneo, naturalmente justo. El Estado del constitucionalismo social parte de la base de la real desigualdad social y se expresa como una fuerza medicinal: el remedio que cura los excesos del individualismo económico capitalista» (18).

Respecto de su naturaleza, los derechos sociales son una suerte de «créditos respecto de la sociedad que amparan una posibilidad o garantizan una posición (futura muchas veces), cuya realización no depende ya directamente de las potencialidades individuales». Apuntan a solucionar una carencia, una necesidad, consideradas como obstáculos materiales, objetivos, al desarrollo de la igualdad, incluso de la libertad. Por eso, el titular de los derechos sociales ya no es el individuo libre, señor de sí, propio del estatuto burgués, sino el necesitado (de trabajo, vivienda, educación, asistencia social, jubilación, etc.), que se encarna en la clase trabajadora y su familia, cuyas privaciones no se solucionan con la sola fuerza del mercado, y requieren planificación estatal.

Con los derechos sociales, precedentes derechos individuales se socializan (propiedad, educación, trabajo, etc.). Surgen, asimismo, nuevos sujetos de derechos, típicamente las organizaciones sindicales y las familias. Los derechos sociales permiten, asimismo, imponer el principio del dirigismo a través del cual Estado controla en mayor o menor medida la economía, para que no solo sirva a los intereses individuales. La tendencia estatista continúa su expansión, buscando el ideal nunca completamente logrado (pero sí sufrido) de la igualdad niveladora, sea en el modelo socialdemócrata, sea en el modelo soviético (19).

---

(18) Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, cit., pp. 44-45.

(19) *Ibid.*, pp. 46-64

Habría que apuntar que los derechos sociales comportan un tercer modelo, cual es la denominada «economía social de mercado», de origen germano, que buscó desarrollarse fuera de la tenaza liberalismo-socialismo, con una crítica, en sus inspiradores, al dirigismo económico, al individualismo, a la economía tecnocrática, al gran capitalismo corporativo, a la acumulación dineraria a través de la banca, y a la sociedad de consumo. La subordinación de la economía a los órdenes que le trascienden y la defensa del principio de subsidiariedad, de la economía familiar y asociativa, de la difusión de la propiedad, particularmente de la pequeña y la media, de la intervención decidida del Estado en garantía del bien común económico («compensación social»), son algunos de sus elementos doctrinarios. Los inspiradores de la «economía social de mercado» (Wilhelm Röpke, por ejemplo) reivindicaron explícitamente principios de la doctrina social católica. Desgraciadamente, se negaron a mirar a la Cristiandad, y terminaron por colocar el vino bueno en odres malos, en componendas con el liberalismo «moderado» (20).

### 3. Derechos de tercera y ¿cuarta? generación. Más problemas

Luego de los derechos de primera y segunda generación, emergen los denominados derechos de tercera generación. Los criterios de identificación son aquí más difusos, y este defecto parece constitutivo. Un organismo de las Naciones Unidas sostiene que «la lista de los derechos humanos de tercera generación no es absoluta, sino todo lo contrario: está en permanente transformación y es común que acoja nuevos derechos en función de las preocupaciones mundiales

---

(20) Hay notables críticas de Röpke no sólo al socialismo sino también al capitalismo liberal clásico: el racionalismo, la masificación, la proletarianización, el culto a lo colosal, la economía métrica, el maquinismo, la centralización, la pérdida del sentido de lo humano, la ausencia de referentes espirituales y religiosos. Sin embargo, Röpke se niega a mirar a los principios que formaron la Cristiandad. De hecho, critica a los «reaccionarios doctrinarios» que rechazan en bloque la obra de la Revolución francesa, dan por fenecida la Modernidad y suspiran por una «nueva Edad Media». Véase Julio ALVEAR TÉLLEZ, *Propiedad privada y libertad de empresa: derechos fundamentales. Aspectos constitucionales y filosóficos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 324-328.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO de nuestro tiempo» (21). Aquí aparece la palabra clave de este tipo de derechos: lo global, lo mundial. «Los derechos humanos de tercera generación, dice el mismo texto, son una actualización de la Carta de 1948. Están motivados por una serie de preocupaciones globales propias de finales del siglo XX y principios del XXI, principalmente el deterioro del medioambiente y sus efectos negativos en la calidad de vida de las personas» (22).

El valor que funda este tipo de derechos sería el de la «solidaridad» (sucedáneo de la *Fraternité* revolucionaria). Se busca que la humanidad en su conjunto supere los obstáculos que se han levantado para la realización plena de los derechos de primera y segunda generación, particularmente en las naciones y pueblos de menores recursos. Se trata, dice la Comisión Europea, de «derechos colectivos» en el sentido de que se disfrutan en comunidades o incluso refieren a Estados enteros. Es la comunidad internacional la primera llamada a garantizar estos derechos (23).

Para parte de la doctrina se trata de derechos destinados a dar «una fraternal respuesta a factores discriminatorios (económicos, raciales, culturales, religiosos, etcétera) o necesidades futuras en riesgo (medio ambiente sano) de grupos humanos universalizados en tiempo y espacio». Por lo que se incluyen la justicia transnacional y los derechos del consumidor, de los niños y de los ancianos (24).

Para otros, el eje de la tercera generación es la «contaminación de las libertades» (*liberties pollution*), con lo que

---

(21) UNHCR-ACNUR, «Cuáles son los derechos humanos de tercera generación?», en [https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)

(22) *Ibid.* El listado de derechos estaría integrado por el derecho al desarrollo sostenido, la autodeterminación de los pueblos, la paz, la protección de los datos personales, el patrimonio común de la humanidad y el medioambiente sano.

(23) COMISIÓN EUROPEA, *Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes*, cit. Entre los derechos que enuncia se encuentran los derechos al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano, a participar en la explotación del patrimonio común de la humanidad, a la comunicación y a la asistencia humanitaria.

(24) Roberto GONZÁLEZ ÁLVAREZ, «Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación», *loc. cit.*, pp.2-3.

se alude a «la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías». Como respuesta surge el derecho a la paz, a la calidad de vida, a la libertad informática, garantías frente a la manipulación genética, el derecho al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho de los pueblos al desarrollo (25). En otros términos, «son resultado de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos, por una parte, y, por la otra, de las transformaciones tecnológicas, resultado de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida del hombre» (26).

A diferencia de los derechos de primera y segunda generación, no hay un instrumento internacional de derechos humanos que consagre explícitamente el conjunto (aunque sea provisorio) de los derechos de tercera generación. Y las cartas constitucionales nuevas o reformadas en las últimas décadas consagran ora unos, ora otros, aunque habitualmente hay consenso en incluir los derechos medioambientales. De cualquier modo, las constituciones europeas y americanas no se refieren a un catálogo completo reconocibles como de derechos de tercera generación.

A nivel internacional se recoge el «derecho al desarrollo» en ampulosos diez artículos, en la Declaración sobre el derecho al desarrollo de las Naciones Unidas (1986). Si la clave de los derechos de tercera generación es el «derecho al desarrollo», quiere decir que lo que se busca, como meta, es que los pueblos del llamado tercer mundo, o en vías de desarrollo, gocen de manera integral de los beneficios que el desarrollo económico provee a los países ricos. Es claro que no se trata propiamente de «derechos» sino de deseos y expectativas en favor de agrupaciones humanas a determinar.

---

(25) Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, «Las generaciones de derechos humanos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Madrid), n. 10 (1991), pp. 206-210.

(26) Moisés Jaime BAILÓN CORRES, «Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales», *Derechos Humanos México* (Ciudad de Méjico), vol. 4 / n. 12 (2009), p. 113. El texto está alojado en la página de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf>.

Es lo que se denota en las declaraciones que registran derechos de «los pueblos». El titular o sujeto activo es impreciso. No se identifica el sujeto pasivo, el directamente obligado por las eventuales exigencias que activa el derecho. El contenido es impreciso, particularmente a la hora de especificar las facultades que se pueden hacer valer. El objeto de estos derechos suele ser, además, en exceso genérico, imposible de cumplir, no garantizable, o solo realizable por la buena voluntad de un sujeto de derecho internacional generoso (que no abundan), lo que en todo caso habla más del ejercicio de la virtud de la liberalidad, que de una exigencia de estricta justicia.

Los «pueblos» a los que estas declaraciones atribuyen una infinidad de derechos en general no ven cumplidas sus expectativas, especialmente cuando son pobres. Tales derechos son frecuentemente infringidos por los propios suscriptores de las declaraciones, particularmente cuando son Estados poderosos, a través de realidades tan universales como la extracción de materias primas, la deslocalización para obtener mano de obra barata y sin suficientes garantías laborales, etc. En otras ocasiones, estos supuestos derechos son violados por los propios organismos de las Naciones Unidas encargados de su resguardo. Quizás son tantos los derechos enunciados, que nadie podría moverse, dar un paso, sin infringir sus mil consecuencias y derivaciones.

En este cuadro, nos encontramos con la Carta Africana de Derechos Humanos que recoge «derechos» colectivos con connotaciones inevitablemente utópicas, irreales o puramente declamatorias como el derecho a que todos los pueblos sean iguales (art. 19), el derecho a la autodeterminación política y al desarrollo social y económico (art. 20 y 22), el derecho a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales (art. 21 y 22), el derecho a la paz (art. 23) y el derecho a un entorno general satisfactorio (art. 24) (27).

Si los derechos de tercera generación se caracterizan puramente por el criterio más bien formal de derechos de colaboración internacional, cabría integrar los derechos no con-

---

(27) *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

flictivos de los «pueblos». Pero el criterio seguiría resultando en exceso genérico, en donde casi todo podrá caer, mientras exista «solidaridad» (derecho al desarrollo, a la paz, etc.). Y donde casi todo cabe, ya se ve la inutilidad de la clasificación.

Por eso, ciertas corrientes doctrinarias prefieren enfocar los derechos de tercera generación no desde el ámbito internacional sino constitucional, intentando definir más precisamente objeto, atributos y facultades. El listado es mucho menos ambicioso. Los derechos de tercera generación integrarían principios y derechos de incidencia colectiva, entre ellos los derechos supra individuales de titularidad indivisible (derecho a un ambiente sano) o los individuales de titularidad homogénea (usuarios que recurren por la ilegalidad de una tarifa) (28). Con este criterio formal se reduce el campo de los derechos de tercera generación, pues quedan fuera incluso la gama de los «derechos de los pueblos» no conflictivos en la medida en que presentan objetos utópico, irreales o indeterminados, como la mayor parte de los contenidos en las Declaraciones recién citadas. Declaraciones, que, además, de suyo no son vinculantes. Declaraciones que, a mayor abundamiento, un buen número de Estados tampoco ha suscrito.

De cualquier modo, como hemos notado, los «derechos de los pueblos» parecen deficientes desde un punto de vista técnico jurídico, pues aluden a objetos en demasía genéricos, no otorgan facultades precisas, y muestran serias incongruencias en relación con el ejercicio pacífico de los derechos de primera y de segunda generación por parte del ciudadano común, que no hace parte de estos «pueblos». En realidad, más que derechos son enunciados políticos (en el sentido de que son impuestos desde el poder, con prescindencia de relaciones de justicia concretas), que se formulan

---

(28) Juan Carlos CASSAGNE, «Los nuevos derechos y garantías», *loc. cit.*, p. 62. El autor refiere a la protección ambiental y el derecho al ambiente sano, al principio protectorio de la competencia, a los derechos de consumidores y usuarios, a la participación pública en el control de los servicios públicos, al derecho de reunión, al derecho a la salud (ambos, originariamente, en la segunda y tercera generación), legitimación en los procesos administrativos, al principio de legalidad ante el influjo de la globalización, al amparo constitucional en los derechos de incidencia colectiva. En los derechos del consumidor, distingue entre derechos difusos y derechos individuales homogéneos.

como cláusulas puramente programáticas, y de muy difícil satisfacción, dado que ni siquiera el sujeto de derechos está determinado, y, en ocasiones, tampoco es claramente determinable. La identidad hoy se crea, se inventa, se imagina, como si se pudiera prescindir de la historia y de la realidad.

Quizás por ello es que algunos sectores prefieren hablar de derechos de «cuarta generación». No se trata, sin embargo, de una clasificación consagrada.

Si para los derechos de «tercera generación», las fronteras conceptuales son difusas, para los de cuarta, lo son aún más. Se trata de una categoría absolutamente movediza, donde cada quien pretende mostrar su propia fotografía. Pues en eso estamos, en lo que cada cual desea o apetezca que sea el derecho.

Algunos postulan como derechos de cuarta generación los que surgen de las nuevas amenazas en el entorno del ciberespacio a fin de defender la afectación de los derechos de primera, segunda y tercera generación (29). Para otros, los derechos humanos de las minorías, y entre ellos de los pueblos indígenas, serían asimilables a los de cuarta generación, en cuanto, como las generaciones precedentes, son el resultado de las nuevas luchas sociales. Son derechos a reivindicar una cultura y representación simbólica diferente frente a la cultura «dominante» o «hegemónica» (la nacional, la tradicional, la mayoritaria, etc.) (30). Una tercera

---

(29) Rodolfo GUERRERO MARTÍNEZ, «Derechos humanos de cuarta generación y las tecnologías de la información y de la comunicación», *Revista de Derechos Fundamentales a Debate* (Guadalajara), n. 12 (2020), pp. 137-149. Dentro de estos derechos se encuentran los derechos relativos a la protección del ecosistema y la pervivencia futura; el nuevo estatuto de la vida humana ante el avance de la técnicas científicas; y los derechos frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, «Estado constitucional y protección internacional», *loc. cit.*, pp. 231-280.

(30) Moisés Jaime BAILÓN CORRES, «Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales», *loc. cit.*, pp. 104, 115. La generación de derechos humanos vista a partir de «luchas sociales» contra los portadores de privilegios, Óscar CORREAS, «Los derechos humanos subversivos», *Revista Jurídica Jalisciense* (Guadalajara), año 2 / n. 4 (1992), p. 45. A tales efectos se cita la Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de las Naciones Unidas o el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

opinión sostiene que los derechos de cuarta generación son los «derechos de los animales no humanos» (31). Una cuarta propuesta postula que son derechos de cuarta generación los derechos de identidad cultural, si bien constituyen, por un lado, una expansión de los derechos de libertad y de igualdad, y por otro, una explicitación y profundización de los derechos culturales (32).

Quizás, por «cuarta generación» sería oportuno referir a los «nuevos derechos», representativos de las tendencias posmodernas de los tiempos presentes.

Juan Fernando Segovia ha ensayado una interesante síntesis. El paso de la economía industrial a la economía de servicios y al neocapitalismo ha impulsado, en paralelo, una modificación del modelo de Estado. De economías dirigidas por el Estado, ámbito de los derechos sociales, se ha pasado a sociedades administradas por el Estado. El Estado asistencial, protector de los necesitados, ha devenido en Estado de bienestar (para todos). La calidad de vida no se mide por los bienes producidos sino por los servicios y comodidades accesibles a los ciudadanos. Ya no se aspira tanto a la propiedad, sino más bien a la educación y el conocimiento que sirvan para desempeñarse en ese nuevo mundo. La división clasista es superada por la legitimación del pluralismo, como agregado de todas las diversidades posibles. La sociedad se fragmenta en múltiples «identidades» colectivas, que ahora emergen como sujetos de derechos al interior de los Estados, que fungen de árbitros y reguladores de la convivencia multicultural. El Estado se coloca al servicio de un nuevo y radical individualismo, asegurando la total liberación de los obstáculos morales y sociales del «desarrollo de la personalidad» de cada cual. Los nuevos derechos surgen como créditos frente a aquél, no para que provea a las necesidades (ya satisfechas), sino para que garantice las mil diversas posibilidades

---

(31) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO, *Teoría General de los Derechos Humanos*, p.31, en: [https://sgg.edomex.gob.mx/sites/sgg.edomex.gob.mx/files/files/Comite\\_de\\_Etica/3%20TEORIA%20GENERAL%20EN%20MATERIA%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf](https://sgg.edomex.gob.mx/sites/sgg.edomex.gob.mx/files/files/Comite_de_Etica/3%20TEORIA%20GENERAL%20EN%20MATERIA%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf)

(32) Alberto DEL REAL ALCALÁ, «El derecho a la identidad cultural: criterios de fundamentación», *Derechos y Libertades* (Madrid), n. 29 (2013), pp.183-216, quien no emplea el término «cuarta generación».



LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

de auto-realización a través de condiciones materiales de autosuficiencia, con prestaciones y servicios en casi todas las dimensiones de la existencia: la vida sexual, el género, el ocio, el deporte, la salud, la ciencia, la información, la superación de la discapacidad, el consumo, etc. Consumada la obra de la modernidad, destruido todo lazo y tradición, el individuo ha quedado solo frente al poder: los «nuevos derechos» se le otorgan como instrumentos de auto-creación, en la difícil tarea de construirse a sí mismo desde sí mismo (33).

Hay que observar que los derechos de primera generación afirman los «derechos de libertad» primariamente frente al poder político, que, a su vez, legitiman. Pero en la época presente, han expandido su punto de mira, y las denominadas «libertades» se utilizan para oponerlas a toda autoridad natural, a toda norma moral, a las jerarquías legítimas, a las desigualdades naturales, a los vínculos tradicionales, a las instituciones históricas, al propio estatuto ontológico de la persona. Sin duda que, *in nuce*, estas tendencias ya se encontraban en la noción de libertad del primer constitucionalismo liberal. Pero en la medida en que el proceso de secularización convivía en mayor o menor medida con la moral social cristiana, aun de manera solapada, diversos factores fueron cohibiendo o retardando la marcha hacia la total expansión de la tendencia liberal.

Hoy, con la secularización ya avanzada, no hay obstáculos de peso que se le opongan, ni en la Iglesia, cuyo elemento visible parece haber renunciado a su misión docente en estos ámbitos. Han surgido, entonces, los «nuevos derechos», que desde el ángulo genético, se pueden considerar como continuación, expansión, incluso exasperación de la «libertad» en la que se anclan los derechos de primera generación. Pero, en su especie, estos nuevos derechos suponen una nueva malignidad, fruto de la tendencia ya directamente nihilista del liberalismo contemporáneo. Estas tendencias se anudan a las ideologías de la posmodernidad, particularmente las marcadas por la Escuela de Frankfurt y el posestructuralismo, en pos de objetivos corrosivos y deconstructivos de la persona,

---

(33) Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, cit., pp. 65 y ss.

la familia, la sociedad y la comunidad política. Demolida la Cristiandad, se trata de hacer explotar sus cimientos naturales con la ayuda de estos «derechos».

#### 4. Los «nuevos derechos». Consumando la disolución del ser humano y de la sociedad

Los nuevos derechos se expresan en «libertades» que buscan disolver el reflejo del orden del ser en la sociedad humana. La mayor parte de estos derechos suponen la ya consabida negación liberal de la justicia natural, de la ley natural y de la ley moral cristiana. Pero aquí se da un paso más. Se nota en las ideologías que nutren estos nuevos derechos (*Gender Perspective*, feminismo de tercera y cuarta ola; indigenismo y anticolonialismo en el marco de las «Epistemologías del Sur»; *Black Radical Theory*; animalismo, etc.) el influjo explícito de las filosofías posestructuralistas, que afirman la incertidumbre de los significados, la inexistencia de identidades estables, el papel «performativo» del lenguaje sobre la realidad (de ahí el lenguaje «inclusivo»), el rechazo de las «estructuras binarias y jerárquicas», entre otros (34).

El eje privilegiado para la expansión de estos derechos es el lenguaje de la «no discriminación» con todo su elenco de dispositivos jurídicos, cada vez más intensos. A nivel

---

(34) Es interesante la utilización del término «estrategias posestructuralistas» para incluir los distintos modos de negar y desarmar las prácticas que se consideran «dominantes». Dentro de esas estrategias, se encuentra la «deconstrucción» como método para oponerse a la «metafísica de la presencia» y el «logocentrismo» (Derrida); la «genealogía» para derogar la normalización de conocimientos y significados aceptados como verdad (Foucault); la «performatividad» para invalidar la estructura binaria determinada por la biología o inscrita en la cultura (Butler). Para Derrida véase especialmente *De la grammatologie*, París, Les Éditions de Minuit, 1967, pp. 11-445; para Foucault, «The order of discourse. Inaugural lecture at the College de France, given 2 December 1970», en R. YOUNG (ed.), *Untying the Text: A Poststructuralist Reader*. Boston, Londres y Henley, Routledge & Kegan Paul, 1981, y G. BURCHELL, C. GORDON y P. MILLER (eds), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality with Two Lectures and an Interview with Michel Foucault*, Chicago, University of Chicago Press, 1991. Para Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Nueva York, Routledge, 1990, y *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of «Sex»*, Londres, Routledge. 1993.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

jurisprudencial, las libertades, digamos, clásicas de primera generación, comienzan a ceder (libertad de enseñanza, libertad de expresión, libertad empresarial, etc.), en un proceso ora de invasión y colonización, ora de restricción, suspensión o incluso privación (35).

Este tipo de derechos se les comprende enteramente no desde la engañosa línea de la «no discriminación» sino desde la «emancipación» moderna, de la que son instrumento de consumación. Marcan la etapa de la profanación de lo sagrado, del totalitarismo de la inconsistencia, de la hibridación infinita, del golpe fatal a la alteridad, del intercambio permanente y forzado, del yo lábil y sin referencias, del centro voluntario sin certezas ni jerarquía interior, de la definitiva deshumanización del ser humano, de la despersonalización y disolución del sujeto (36).

Si nos fuese permitido agrupar estos sedicentes derechos, propondríamos cuatro géneros o clases:

- a) Derechos a la «identidad» individual.
- b) Derechos a la «identidad cultural».
- c) Derechos de la naturaleza y de los animales, como sujetos titulares.
- d) Derechos transhumanos (37).

Abordaremos, a continuación, los dos primeros tipos de derechos, por ser aquellos que encuentran en la actualidad mayor desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos y en el constitucionalismo contemporáneo. A finales de este trabajos diremos algo sobre los dos últimos.

---

(35) Desde el año 2020 ha aparecido el denominado capitalismo «woke», empeñado en imponer a los consumidores ideologías como la *Black Radical Theory* o la *Gender Perspective*. Coca-Cola, por ejemplo, ha sido acusada de integrar la *critical race theory* en sus programas de «inclusión y diversidad» para sus empleados, instruyendo a los trabajadores «caucásicos» para que reduzcan su «blancura» a fin de adaptarse y parecer menos agresivos para las personas de color. Sobre la materia, Vivek RAMASWAMY, *Woke, Inc.: Inside Corporate America's Social Justice Scam*, New York-Nashville, Center Street, 2021.

(36) Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*, cit., pp. 365-379.

(37) Sobre el transhumanismo, véase Miguel AYUSO (ed.), *Transhumanismo o poshumanidad. La política y el derecho después del humanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

## **Derechos a la «identidad» individual**

Los derechos de «identidad» individual se expresan con particular énfasis en los denominados «derechos sexuales y reproductivos» y sus homólogos (derechos de género, derechos de las diversidades / disidencias sexuales).

Los derechos de «identidad» individual engloban todos los aspectos, circunstancias, atributos y cualidades personales en los cuales y con los cuales el individuo elige identificarse. Utilizamos el término «elige» para marcar la pretensión máxima de este tipo de derechos, aunque en la realidad el ser humano elige sólo lo que *puede*, que no es siempre, ni mucho menos, lo que *quiere*. La «elección» comporta, por tanto, muchos elementos *ficticios* o peligrosamente *forzados*. *Ficticios*, cuando la voluntad individual pretende suplir mediante una *mise-en-scène* existencial los atributos naturales de los que carece, o las situaciones jurídicas o sociales que no ha merecido. Elementos *forzados*, cuando la voluntad individual intenta sobreponerse al orden impreso en la naturaleza humana específica y sus fines fundamentales, con la ayuda de la tecnología o la apariencia social.

Este tipo de «derechos» constituyen el término final de la larga caminata de la ideología liberal hacia la completa subjetivización de los derechos, donde se deshace toda noción de justicia, vinculada al ajuste entre lo debido y lo dado en materia de bienes y posiciones en las relaciones sociales concretas. Obviamente no son «derechos» en sentido estricto, aunque sean enunciados como tales, pues el mero querer subjetivo no constituye lo jurídico, por más que las normas positivas intenten volver exigible la manifestación de ese querer o veleidad frente a terceros.

Una segunda observación: los derechos de identidad individual se formulan en clave deconstructiva, inspirados en la filosofía de Foucault y Derrida. No podemos detenernos en este punto tan interesante, pero es claro que en este tipo de derechos no sólo se da una subjetivización jurídica extrema, sino también una disolución del sujeto y una subversión de lo normal, en el sentido que le da la filosofía postestructuralista. Propiamente ya no hay orden, ni persona ni finalidades naturales individuales y sociales, una vez que

la identidad se construye sobre la base de la pura voluntad autónoma, en una tarea permanente contra la ley natural, y que, además, puede hipotéticamente cambiar en un sentido u otro, o en cualquier sentido (incluso en el sinsentido). Se trata de un ejercicio que resulta ridículamente prometeico, e inconducente para asegurar el bien personal de cada cual.

La sexualidad humana –siguiendo en esto también a Foucault, Marcuse y otros– es uno de los campos en que más se ha experimentado con este tipo de pretensiones denominadas «derechos». Probablemente porque la elección «ficticia» o «forzada» de la que hablábamos tiene un campo abierto, sea a través del juego de las apariencias (travestis, homosexualismo, etc.) o el uso de las tecnologías con intervenciones quirúrgicas, estéticas y hormonales (*queer*, «transgénero», etc.).

La base de estos «derechos» es conocida: «La sexualidad humana, si bien es cierto que contiene componentes biológicos y psicológicos bien determinados, es el resultado de la construcción social», o sea, son «los factores socioculturales, religiosos, o los que vienen dados por la familia, junto con los servicios académicos y de salud, (los que) modelan, condicionan o determinan la vivencia de la sexualidad y su forma de expresión colectiva e individual» (38). Y como tales factores imponen una sexualidad «binaria» (la «hegemonía patriarcal», dicen), hay que remover tales factores interviniendo en la familia, la Iglesia, la educación, la jurisprudencia, los medios de prensa, las redes sociales, la empresa y la cultura oficial. La intervención se realiza desde el Estado, utilizando particularmente, como se ha referido, el mecanismo de la «no-discriminación»), el control de la educación, del lenguaje, a veces de las relaciones laborales, donde se busca imponer cómo debemos expresarnos (lenguaje inclusivo) y cómo debemos conducirnos (amenaza de sanciones y protocolos obligatorios de acción en todo tipo de organizaciones públicas y privadas).

No existe reconocimiento general de los derechos sexuales y reproductivos (en adelante DSR) a nivel constitucional

---

(38) Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, Santiago de Chile, Academia Judicial de Chile, 2020, p. 6. Se trata del «Material docente» n. 3

comparado (en América, con las excepciones de Cuba y Bolivia). Tampoco hay instrumentos internacionales vinculantes que recojan de forma específica estos sedicentes derechos (39). De ahí que para imponer su obligatoriedad, se recurra al *soft law* en el ámbito internacional (40), y en el ámbito interno, a las regulaciones administrativas y a las políticas públicas gubernamentales (41). En la Unión Europea existe una resolución dedicada completamente a la materia (42).

---

(39) Lo constata el texto citado en la nota anterior, p. 7.

(40) Los derechos sexuales y reproductivos aparecen, por ejemplo, en la Observación General n. 28 sobre la igualdad entre hombres y mujeres del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; la Observación General n. 14 sobre el derecho a la salud del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Observación General n. 15 Comité CEDAW para evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA); la Observación General n. 24 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Observación General n. 5 del Comité de Derechos del Niño sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos de los Niños 2003.

(41) Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los DSR encuentran su base más directa en los textos de la OMS. CIDH, *Exhortación a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres* (2017), <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/165>. El Parlamento Europeo, por su parte, subsume de manera extensiva los DSR en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Afirma que los DSR «quedan protegidos en cuanto derechos humanos en el Derecho internacional y europeo de derechos humanos, por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio Europeo de Derechos Humanos». PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215[INI]), letra C. Todo esto, a pesar de que como tales derechos no se encuentran enunciados formalmente en estos textos.

(42) El Parlamento Europeo reconoce, sin embargo, que la Unión Europea «no tiene competencias directas para actuar con el fin de impulsar los derechos sexuales y reproductivos dentro de la Unión, sino que la cooperación entre Estados miembros». Constata, sin embargo, que «la Unión cuenta con algunas de las normas en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos más elevadas del mundo y algunos Estados miembros han aplicado políticas y programas que defienden dichos derechos». Pero es insuficiente por los «obstáculos de carácter jurídico, financiero,

¿Cómo poder definir todos los conceptos implicados en los DSR, que con el objeto de «emanciparnos», en realidad, forman un gran montaje de opresión? Es lo que intentamos dilucidar a continuación, de la mano de documentos oficiales.

Para el Parlamento Europeo los DSR tendrían como base, digamos biológica, la «*salud reproductiva y sexual*» que «se define como un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias». Más adelante se afirma que «la salud y los derechos sexuales y reproductivos son, según la OMS, un término genérico para varias cuestiones que afectan a todas las personas y se constituyen cuatro ámbitos distintos: la salud sexual, los derechos sexuales, la sanidad de la reproducción y los derechos reproductivos». De aquí derivan una serie de derechos que se listan sin mayor preocupación por la implicancia lógica entre género y especie: derecho a «que se respete plenamente la orientación sexual y la identidad de género, a decidir si se quiere ser sexualmente activos, con quién y cuándo, a tener experiencias sexuales seguras y a decidir si quieren casarse, cuándo y con quién, y si quieren tener hijos, cuántos y por qué medios y al acceso a lo largo de toda la vida a la información, los recursos, los servicios y el apoyo necesarios para lograr todo lo anterior sin discriminación, coacción, explotación ni violencia». Se agrega que «todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho y ofrezcan un enfoque positivo de la sexualidad y la

---

cultural e informativo», respecto de los cuales formula un largo listado, que van desde la falta de una educación sexual integral, hasta la falta de reconocimiento de la identidad de género, la denegación de asistencia al aborto, en materia orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales; la no disponibilidad de métodos anticonceptivos modernos, los estereotipos de género o las prácticas de «terapia de conversión». PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215[INI]), letras D, H, I.

reproducción, dado que la sexualidad es una parte integrante de la existencia humana» (43).

En qué se fundan los DSR? Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los DSR «forman parte del derecho humano a la salud integral» (44). El Parlamento Europeo los hace derivar no sólo del derecho a la salud (como «componente esencial de la buena salud») sino también «del derecho de todas las personas al respeto de su integridad física, su intimidad y su autonomía personal». Y precisa, además, que son «un elemento esencial de la dignidad humana y está intrínsecamente vinculado con la consecución de la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género; que, cuando se trata del cuerpo de alguien, se trata de su decisión, por lo que ésta debe respetarse, así como garantizarse su plena autonomía» (45). Para el organismo, los DSR se deben atribuir con especial énfasis a las mujeres en cuanto víctimas de «alguna forma de violencia de género» o «acoso sexual» y a las mujeres y niñas por su derecho a «ejercer un control absoluto sobre las cuestiones relacionadas con su sexualidad» (46). En el ámbito hispanoamericano, en cambio, los DSR se les enfoca más ampliamente como «derechos de todas las personas, adolescentes, adultos, adultos mayores, personas con discapacidad [...], y en especial para la comunidad LGTBI, porque la toma de decisiones sobre el cuerpo, la sexualidad y reproducción implica poder y autonomía, y construye ciudadanía» (47).

---

(43) PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215[INI]), letras B y A.

(44) CIDH, *Exhortación a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres* (2017), cit.

(45) PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215[INI]), letras B y C.

(46) PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215[INI]), letras E y F y n. 2.

(47) Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p.6. No todo derecho sexual es reproductivo, pero sí todo derecho reproductivo corresponde al correlato jurídico de un derecho sexual (*Ibid.*, p. 7).



En Europa, los DSR tienen no sólo una dimensión coactiva (sanciones para quienes no los respeten) sino también positiva (se consideran derechos de prestación, constitutivos, además, de los «servicios sanitarios esenciales que deben estar al alcance de todos e incluir información educativa» (48)). La lista de dichas prestaciones es impresionante y probablemente no le sea concedido a ningún otro derecho (49). En el ámbito hispanoamericano, con menos recursos institucionales y

---

(48) PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215 [INI]), letra J.

(49) Entre muchos otros, garantía de una amplia gama de servicios de salud física y mental, de calidad, en materia de DSR; estrategias eficaces y programas de control que garanticen el disfrute y el acceso universal de éstos; productos médicos relacionados; utilización de tecnologías emergentes para la aplicación de tratamientos y métodos de diagnóstico vanguardistas; acceso a instalaciones de salud sexual y reproductiva; protección especial derecho de las personas transgénero a la autodeterminación; acceso universal a productos menstruales seguros, justos y circulares; educación sexual integral en beneficio de los jóvenes para todos los alumnos de primaria y secundaria, así como para los menores no escolarizados, sin ningún tipo de discriminación y en consonancia con las normas de la OMS en materia de educación sexual y su plan de acción sobre salud sexual y reproductiva; programas educativos sobre las relaciones y la sexualidad completos y adecuados a la edad, reflejando la diversidad de las orientaciones sexuales, las identidades de género, las expresiones y las características sexuales; combate de la difusión de información errónea, discriminatoria y no segura en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos, puesto que compromete a todas las personas, en especial al colectivo LGBTI; anticonceptivos modernos como estrategia para lograr la igualdad de género; práctica segura y legal del aborto basada en la salud y los derechos de las mujeres; acceso a tratamientos de fertilidad con independencia de la identidad de género u orientación sexual; prestación de servicios de salud y derechos sexuales y reproductivos durante todas las circunstancias de crisis; rendición de cuentas en cuanto a la atención de los derechos sexuales y reproductivos; datos sólidos en materia de igualdad desglosados según criterios de género y orientación sexual; promoción y protección de los derechos sexuales y reproductivos, y su inclusión en la ejecución de la Estrategia para la Igualdad de Género y la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ de la Unión; condena enérgica a la involución en este ámbito y medidas concretas para hacerle frente; lazos intrínsecos entre la materialización de la salud y los derechos sexuales y reproductivos y el logro de la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género; integración con éxito de la perspectiva de género en todas las políticas de la Unión, etc. PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres* (2020/2215[INI]), *passim*.

financieros, se intenta imitar estas dos vías a nivel gubernamental, en gobiernos liberales y de izquierdas.

A nivel teórico, los DSR portan un conjunto de definiciones «oficiales» que suponen la negación de lo masculino y lo femenino, y la afirmación de que la identidad sexual se construye por vía de elección autónoma, sin fundamento natural alguno, teniendo como criterio primordial el placer sensual y la emancipación de todo condicionamiento cultural o educativo originado en la familia, la Iglesia o la medicina profesional.

Citamos algunas definiciones que parecen relevantes para connotar este aserto:

I. Salud sexual: «Estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad [...]. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia» (50).

II. Salud reproductiva: «Estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia» (51). Ello porque nuestras decisiones «pueden ser cuestionada[s] o controlada[s] por diversos actores: familias, gobiernos, profesionales de la medicina o autoridades religiosas, entre otros, en todo el mundo» (52).

III. Sexo: «Construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer» (53). El «sexo» también comporta

---

(50) OMS, *Defining Sexual Health, Report of a Technical Consultation on Sexual Health*, 2002, p. 35.

(51) ONU, *Report of the International Conference on Population and Development*, 1994, p. 117.

(52) Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p. 10.

(53) INSTITUTE OF MEDICINE, *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding*, The National Academies Press, 2011, p. 25.

un significado negativo en tanto refiere a «la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones» (54).

IV. Orientación sexual: «La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género». Se ha definido como «la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas» (55).

V. Personas *intersex*: «Todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente» (56).

VI. Género: «La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico, y el segundo, como una construcción social. El Comité CEDAW de Naciones Unidas sostiene que el “sexo” apunta a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el “género” alude a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas» (57).

---

(54) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Recomendación General n. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, 2009, párrafo 20.

(55) Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p.18, con cita a los *Principios de Yogyakarta*, Introducción, nota 1, 2006, para la definición de la orientación sexual. La orientación sexual es el criterio que se utiliza para distinguir entre «heterosexualidad», «homosexualidad» y «bisexualidad». El 17 de mayo de 1990, la OMS excluyó la homosexualidad de la *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Otros Problemas de Salud*.

(56) Corresponde a los antiguos casos de hermafroditismo. En los Desórdenes del Desarrollo Sexual (en inglés DSD) se alude a la intersexualidad 46, XX; la intersexualidad 46, XY; la intersexualidad gonadal verdadera; y la intersexualidad compleja/indeterminada. Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., pp. 17-18.

(57) Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p. 18

VII. Identidad de género. El «genero» es la manifestación exterior y la percepción social de la «identidad de género», por lo que puede no corresponder a esta última, referente definitivo de la auto-definición de la propia identidad (58). La «identidad de género» se define como «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente. Esta podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida), así como otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales» (59).

En la «identidad de género» se incluye la categoría del transgenerismo o trans, un «término “paragua” –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones– y que es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que le ha sido tradicionalmente asignada. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos» (60).

La «identidad de género» permite sobreponer el sexo, la orientación sexual y el género, hacia variantes conocidas o desconocidas (61).

---

(58) CIDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n. 195, párr. 380. Es lo que sucede con quien se identifica como «*queer*», que no se asientan en ninguna categoría, y que de manera «discriminatoria» la sociedad les pueda designar o percibir en una categoría. Véase *The Gender Expression Non-Discrimination Act* (GENDA), del Estado de Nueva York.

(59) *Principios de Yogyakarta*, Introducción, nota 2, 2006. La Corte IDH afirma al respecto que «el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad» (CIIDH, Opinión Consultiva oc-24 de 24 de noviembre de 2017, párrafo 94).

(60) Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p. 22.

(61) En este proceso infinito de subjetivación disolutoria emergen un sinfín de categorías. Por ejemplo, en el transgénero, se habla, entre

En Hispanoamérica se acentúan los aspectos reivindicativos de los derechos sexuales y reproductivos: el derecho a la «autodeterminación sexual y reproductiva»; la autonomía progresiva de los derechos de los «niños, niñas y adolescentes» (62); el derecho a no sufrir discriminación o violencia por la forma de ejercer la sexualidad, elegir el género y expresarlo; con el correlativo derecho a expresar libre y autónomamente la orientación sexual, la diversidad sexual y la no sujeción a modelos sociales «homogeneizantes»; el respeto a la diversidad sexual mediante políticas públicas enfocadas a garantizar la inclusión de las personas LGBTI en el sector político, económico, laboral, social y educativo (63);

---

otros, de «mujeres trans», «hombres trans» y «personas trans o trans». Aparecen, también los transexuales que «se sienten y se conciben a sí mismos como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Producto de esto, optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social»; los intersexuales, ya referidos, que «puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno de los dos mientras su orientación sexual puede ser lesbiana, homosexual, bisexual o heterosexual»; los travestis que «expresan su identidad de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico». Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo. Son clasificados a su vez en *cross-dressers*, *drag queens*, *drag kings* y transformistas. Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p. 22-27.

(62) Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p. 31. Bajo este principio se distingue la «elección» (derecho a tomar decisiones informadas sobre lo que hacemos con nuestros cuerpos y nuestras vidas, sin estar limitados por la falta de información, la pobreza, el hambre o la violencia); la «autonomía» (capacidad de tomar decisiones y hacer elecciones sin presiones externas ni violencia, mental o física, con niveles satisfactorios de control sobre lo que le sucede en el propio cuerpo); y «autodeterminación» (capacidad para tomar decisiones sobre nuestras identidades y nuestro futuro, definir por nosotros mismos quiénes somos y quiénes deseamos ser sin el control de personas o fuerzas externas). Se trata de «derechos que los jóvenes son llamados a ejercer frente a las expectativas familiares, sociales o culturales que les imponen lo que deben ser, particularmente respecto de su sexualidad y su género. Se expresa en el derecho a no sufrir discriminación o violencia por la forma en que se expresan». Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, cit., p. 42.

(63) Se define la diversidad sexual como la «concepción y el ejercicio de la sexualidad que, por su condición, se aleja del modelo reproductivo y heteronormativo del paradigma dominante. La orientación homosexual

el reconocimiento de la identidad de género a través del cambio de sexo, del nombre registral y otros (64).

### ***Derechos a la «identidad cultural»***

El objeto de estos derechos está constituido por «el conjunto de “bienes culturales” que una persona hace suyos y estima como propios, a los que, como tales, pretende libremente acceder, y desarrollarse a través de ellos, sin obstáculos ni de los poderes públicos, ni de los grupos, ni de los particulares. A este respecto, los bienes culturales que protege el derecho a la identidad cultural estarían definidos por un haz de “libertades culturales” de la persona, vinculadas directamente a la realización del valor moral universal de la dignidad humana, y a su dimensión de la igual dignidad de todos que hace de la libertad cultural una “libertad igualitaria” y, por consiguiente, sin restricciones en la titularidad de la misma» (65). De ahí derivan un conjunto de libertades culturales, a ser ejercidas en condiciones de igualdad, por cada persona (66).

---

y bisexual, junto con la identidad transgenerista, son las principales denominaciones que se han creado para dar cuenta de una realidad individual y social de concebir lo erótico, que han devenido subversivas». Hernán LÓPEZ y Alejandra PÉREZ, *Derechos sociales y reproductivos*, p. 44.

(64) En Chile (Ley 21.120) y en gran parte de las naciones de occidente se viene reconociendo legalmente este derecho. Al respecto, la Corte Suprema, en sentencia recurso de casación del 29 de mayo de 2018, en causa Rol 70584-2016, sobre solicitud de cambio de nombre y sexo afirma: «Por tanto, queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal» (considerando 8°).

(65) Alberto DEL REAL ALCALÁ, «El derecho a la identidad cultural: criterios de fundamentación», *loc. cit.*, pp. 200-201.

(66) La identidad cultural se fundaría en la consabida concepción liberal de la dignidad humana, a saber, «*la idea moral universal de autonomía o independencia moral de la persona*». De ahí nace la libertad de auto-identificación cultural de la persona, en base a su autonomía o independencia moral como libertad de elección cultural; la libertad para racionalizar y razonar la vida propia y la vida con los demás; la libertad para expresar los sentimientos y afectos personales, familiares y colectivos a través de valores, eventos y símbolos de creación y racionalización que la persona estime como propios; la igualdad de todas las personas (en virtud de su

Los derechos de «identidad cultural» se viene recogiendo con especial acento en los derechos «colectivos» de los llamados pueblos indígenas y tribales.

Nos encontramos en este plano con la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas que consagra, derechos de los «pueblos», pero con una finalidad potencialmente subversiva respecto de los Estados nacionales contruidos en torno al Estado de derecho liberal y social clásico. Esa inspiración los distingue de los derechos colectivos de la tercera generación. Se trata, en rigor, de sedicentes derechos conflictivos. Se reconoce a los «indígenas» como titulares de todos los derechos humanos no solo como personas individuales sino como «pueblos» (art. 1). Por esta razón, tienen derecho a la igualdad respecto de todos los demás pueblos y personas (art. 2), a la libre determinación política, al autogobierno en las cuestiones locales y al desarrollo económico, social y cultural (arts. 3 y 4), el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos (art. 7), el derecho a practicar y revitalizar su propia cultura, espiritualidad, tradiciones, filosofías, sistemas de escritura e idiomas (arts. 11, 12 y 13), el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos (art. 18), etc. (67).

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sigue la misma línea, pero profundiza en los

---

igual dignidad) para realizar, y en las mismas condiciones, las libertades culturales. Alberto DEL REAL ALCALÁ, «El derecho a la identidad cultural: criterios de fundamentación», *loc. cit.*, pp. 190 y 196-197.

(67) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, [https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf)

Suelen agruparse estos derechos en tres grandes grupos: derechos colectivos a la libre determinación o a un estatus político de una autonomía tal que permita a estos pueblos afirmar y preservar su identidad; derechos colectivos a la tierra y recursos naturales, comprendiéndose entre estos últimos los recursos pesqueros y del subsuelo, así como la protección del medio ambiente y de la biodiversidad de sus territorios; derechos relativos a la conservación y desarrollo de su cultura, lo que incluye, entre otros aspectos, el uso, preservación y/o difusión de su historia, idiomas, tradiciones, filosofías y religiones, medicina tradicional, artes y deportes. José ZALAUQUET, «La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas», *Anuario de Derechos Humanos* (Santiago de Chile), n. 4 (2008), p.140. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21366.pdf>

elementos conflictivos. Como derechos de los «pueblos» asimilables a los de tercera generación aparecen el goce pleno de todos los derechos humanos para los individuos y pueblos indígenas (art. V), el derecho al desarrollo y a la paz (art. XXIX y XXX), el derecho a la protección de un ambiente sano (art. XIX), y toda aquella serie de «derechos colectivos indispensables para la existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos» (art. VI). Pero, con otro tipo de inspiraciones, se consagran otra clase de «derechos» colectivos: el derecho a la identidad cultural, a la propia espiritualidad y el rechazo a la asimilación (arts. XIII, XVI y X), el derecho a la salud ancestral (art. XVIII), el derecho a las tierras, territorios y recursos (art. XXV), el derecho al autogobierno, al propio derecho y jurisdicción indígena (art. XXI y XXII), el derecho a la igualdad de género (art. VII), entre otros (68). Estos últimos derechos no se entienden desde el horizonte de la solidaridad entre los pueblos, sino desde la reivindicación de la identidad y la diferencia en clave de conflicto con el «otro» que ahora figura como «opresor»: el ciudadano común, el Estado y eventualmente otros pueblos (69).

Estas declaraciones sobre los «pueblos» orillan la categoría de Estado nación, pues hay «pueblos» infraestatales y paraestatales. Con amplitud consagran como titulares de derechos a los pueblos «indígenas» y «tribales».

En Hispanoamérica, la Constitución de Bolivia y Ecuador han reconocido los derechos colectivos de los pueblos indígenas al interior de sus Estados nacionales, inspirados en la ideología de la plurinacionalidad, que a su vez se inserta en

---

(68) Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

Véase, asimismo, el «Plan de Acción sobre la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2017-2021)», en OEA, *Aprendiendo y enseñando sobre nuestros derechos: la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, pp. 75-82. <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf>

(69) Con atención particular a los pueblos indígenas, Juan Jorge FAUNDES (ed.), *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina*, Santiago, Ril, 2020, pp.9-356; y Oswaldo RUIZ CHIRIBOGA, «El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Ciudad de Méjico), n. 118 (2007), pp.193-239.



LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

las llamadas «Epistemologías del sur». El proyecto de constitución chilena radicalizaba esta postura, pero fue rechazado en el plebiscito del día 4 de septiembre de 2022.

¿Qué significado tiene aquí la plurinacionalidad?

Ideológicamente, la plurinacionalidad se construye a partir de dos relatos: el *liberal-republicano* y el *indigenista*.

El relato *liberal-republicano* tiene que ver con la leyenda negra que construyeron las repúblicas hispanoamericanas para renegar de su pasado monárquico e hispánico, una vez consumada la secesión con la península. La historiografía liberal del siglo XIX concibió la etapa virreinal no como una etapa de génesis de los pueblos hispanoamericanos, de gran riqueza política y cultural, sino como un período colonial, de sujeción oscura, que había que denostar, partiendo desde cero. Este relato, digamos, mítico, autodestructivo, del propio pasado, justificó la balcanización de la antigua monarquía católica, universal, en una veintena de repúblicas contendientes e inestables, que dieron nacimiento, en general, a una multiplicidad de Estados fallidos. Sólo Brasil y Chile conocieron la relativa estabilidad política durante el siglo XIX.

A pesar de que la historiografía del siglo XX demostró la carencia de bases del relato republicano liberal, este siguió enseñándose en las escuelas, introduciendo en el mundo hispanoamericano esa esquizofrenia identitaria tan característica: el vivir renegando del pasado político y cultural de tres siglos, compartiendo sin embargo su lengua, vocación y temperamento.

Por su lado, el relato *indigenista* parte del relato *liberal-republicano*, haciéndolo suyo. Pero da un paso más. No sólo el pasado llamado «colonial» es algo de lo que hay que sentir vergüenza; tres siglos para tirar por la borda. También se debe renegar del período republicano. «*No son treinta pesos, son quinientos años*» decía el eslogan indigenista para el llamado «estallido social» chileno del año 2019.

Hay que subrayar que el indigenismo es una corriente nacida principalmente entre blancos europeos cultos que no son indígenas, para hablar sobre qué es lo mejor para los indígenas, incluso para definir quienes son y qué los identifica. Es probablemente Franz Tamayo, en su «creación de

la pedagogía nacional» de 1910, quien señala el nacimiento del indigenismo cultural. Propone crear la conciencia nacional boliviana a partir de la valoración de una nación indígena suprema que habría pervivido a todo lo europeo, a todo lo criollo, a todo lo mestizo (70).

Los esfuerzos de esta ideología van destinados a crear la imagen de unos pueblos indígenas que antes de la llegada de los españoles no conocían la miseria ni la maldad, y que vivían en armónica relación con la naturaleza y con los otros pueblos. Imaginario que no tiene base histórica ni científica alguna. De hecho, el mundo precolombino estaba compuesto por un conjunto de pueblos que contendían entre sí, que se conquistaban y esclavizaban unos a otros. Tampoco conocían la unidad política. En el caso de Chile, la génesis de la nación se inicia con don Pedro de Valdivia, no con los pueblos amerindios que se trasladaban por el territorio antes de la fundación de Santiago del Nuevo Extremo el año 1541.

Volviendo a la ideología indigenista, hay que connotar que fueron los *Latin american studies* de las elites académicas norteamericanas los que transformaron el indigenismo cultural en indigenismo político. Aparecen, entonces, los conceptos de auto determinación e identidad política, junto a planes pilotos para llevarlos a cabo, coordinados por el Instituto Indigenista Latinoamericano, con apoyo de la Unesco y de la OEA, a partir del año 1961.

Los *Latin american studies* cuentan la historia de Hispanoamérica desde el punto de vista de una realidad preexistente que serían los pueblos precolombinos –ahora llamados «originarios»– a los que se identifica ficticiamente con los países que se forman con posterioridad. Perú sería la continuidad de los Incas, y Chile la continuidad de los mapuches. El gran mal, el cáncer histórico, en el intertanto, sería la presencia europea española, puramente colonial, y luego la republicana blanca y mestiza, esencialmente alienantes. El indigenismo político reivindica la necesidad de despojarse de la identidad hispánica y republicana a fin de recuperar la identidad previa, manipulada y estropeada por

---

(70) Franz Tamayo, *Creación de la pedagogía nacional*, Barcelona, linkgua pensamiento, 2022, pp.11-175.

los blancos europeos y sus descendientes. Hay que quitarse, dicen, esa costra europeizante, occidental, para recuperar el ser y la identidad ancestral, adulterados por la opresión y la imposición cultural.

Esto implica, obviamente, negar siglos de mestizaje activo. Durante los tres siglos de la época virreinal, la demografía demuestra lo escaso que eran los españoles y lo gravitante que fue el mestizaje para la cultura hispánica. De hecho, en Chile, no se puede hablar propiamente de indígenas en estado puro, sino de mestizos con mayor o menor grado de sangre indígena. La interacción e intensificación del mestizaje es innegable durante los siglos XVII y XVIII. Salvo el caso de los fueguinos o los Rapa Nui durante el siglo XIX, no existe la homogeneidad racial en los pueblos indígenas. El indigenismo político lo sabe, y por ello establece en las legislaciones hispanoamericanas (y en el artículo 162.2 de la fracasada propuesta constitucional chilena) el criterio basal de la «autoidentificación» para formar parte de una «nación» indígena, y no el criterio de la comunidad de sangre y de cultura. Se trata de disgregar la nación, no de reconocer el aporte real de los pueblos indígenas.

Además del mestizaje, el indigenismo político niega una premisa política incontrovertible: la monarquía hispánica existió porque supo aliarse con los pueblos indígenas. De ahí nació la cultura integradora del barroco indiano, donde lo hispánico sumó lo indígena. Incluso en el caso extremo de la belicosidad, en el Chile llamado de «Flandes indiano», también se alcanzó –a su modo– esa integración. Situación que llegó hasta la República (71).

---

(71) En el Parlamento de Tapihue de 1825, citado (mal citado) por el Presidente Gabriel Boric en su cuenta pública del año 2022, suscribió el tratado, en representación de los caciques mapuches, el lonko y toki Francisco Mariluán. Pues bien, Mariluán fue un líder mapuche católico, fiel a los ejércitos del Rey de España, quien aportó durante catorce años importantes tropas al ejército de chilenos realistas. Y es que lo hispánico fue cultura de integración. Y la nación chilena nació de ahí, de sangre española y de sangre indígena. Por eso el Tratado de Tapihue de 1825 habla de la «gran familia chilena» (n. 1). Véase «Tratados celebrados y firmados entre el coronel graduado de los ejércitos de la República (...) Pedro Barnachea (...) y Francisco Mariluán (...)», en Biblioteca Nacional de Chile, Sala Medina E. G. 6-82 (439).

El indigenismo político habla, en cambio, de «colonialismo», no sólo político, sino cultural y constitucional. Sostiene que la colonia nunca ha desaparecido de Latinoamérica, porque primero la llevó a cabo el dominador español y después el burgués capitalista. A los pueblos indígenas se les habría impuesto durante siglos un colonialismo que incluye la religión cristiana, la lógica occidental, la lengua española, la cultura barroca, el derecho republicano y el modo de pensar greco-romano, elementos todos de los que hay que deshacerse. Para rechazar estos elementos el portugués Boaventura de Sousa y el argentino Enrique Dussel formulan las «epistemologías del sur», de las que parte la necesidad de descolonización constitucional y cultural, dado que los «oprimidos» y los «excluidos» de América han debido enfrentar cinco siglos de violencia sistemática por parte del «colonialismo, el capitalismo y el patriarcado» (72).

Precisamente, la plurinacionalidad es un dispositivo constitucional del indigenismo político. Su exposición más o menos desnuda puede encontrarse en los escritos del ideólogo de Evo Morales y ex Vicepresidente de Bolivia, Alvaro García Linera (73). También en el citado Boaventura de Souza, quien fue invitado por la Convención Constitucional chilena a deponer sobre el significado de la plurinacionalidad, ocasión en que instruyó a los convencionales indigenistas y de extrema izquierda sobre sus principios y diversos alcances (74).

---

(72) Boaventura DE SOUSA, *Construyendo las Epistemologías del Sur. Antología esencial*, Buenos Aires, Clacso / Fundación Rosa Luxemburgo, 2018, vol. II, pp. 33-343; Boaventura DE SOUSA et al., *Descolonizando el constitucionalismo*, Méjico, Akal, 2021, pp. 41-408; Enrique DUSSEL, *Filosofías del sur y descolonización*, Buenos Aires, Docencia, 2014, pp. 199-268;

(73) Álvaro GARCÍA LINERA, *Comunidad, Socialismo y Estado Plurinacional*, Santiago de Chile, El Buen Aire, 2015, pp. 9-201; Álvaro GARCÍA LINERA, *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*, Buenos Aires, Clacso, 2008, pp. 193-268; Álvaro GARCÍA LINERA, *Identidad boliviana. Nación, mestizaje y plurinacionalidad*, La Paz, Vicepresidencia del Estado, 2014, pp. 10-75; Álvaro GARCÍA LINERA, *Las tensiones creativas de la Revolución. La quinta fase del Proceso de Cambio*, La Paz, Vicepresidencia del Estado, 2011, pp. 7-74.

(74) Puede verse su exposición en la Sesión 10 de la Comisión de Principios Constitucionales, el 11 de noviembre de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=mxt3L92VocA&t=1445s> (consultado el 30 de julio de 2022).

La plurinacionalidad, irrigada por la ideología del indigenismo político, configura la estructura política en la constitución boliviana y en la ecuatoriana (entre otros, arts. 1, 2, 3 y 5 de la primera; arts. 1, 2, 4 y 10, 257 y 380 de la segunda).

En la Propuesta de Constitución de la República de Chile de 2022 la idea de plurinacionalidad se encontraba en varias disposiciones basales (75).

Que el Estado sea «plurinacional» e «intercultural» significa que hay una nueva forma de organizar el Estado, de estructurar el poder político, de estatuir la república. Ya no es una sola nación que ha integrado en su trayectoria las diversas culturas indígenas y no indígenas. Por eso la (fracasada) propuesta constitucional chilena no organizaba el Estado sobre la base de una sola nación –la chilena– ni edificaba la república en torno a un derecho nacional, común a todos. El Estado se organizaba en torno a doce naciones (una, digamos, general, y las otras indígenas), cuyo número podía ser ampliado por ley, pues quedaba abierta la posibilidad de construir sucesivas identidades colectivas. El ordenamiento jurídico también se fragmentaba en al menos doce sistemas jurídicos (art. 309.1) y doce jurisdicciones (arts. 307.2 y 322).

No importa que varios de los pueblos indígenas mencionados en el art. 5.2 del proyecto de constitución se encontraran extintos. O que no existan, tampoco, como tales, pues sus descendientes viven, en general, insertos en la vida nacional y en la cultura contemporánea. Por ello mismo, no poseen un derecho propio. El indigenismo político al designar a estos

---

(75) Entre otras disposiciones, el artículo 1.1 disponía que «Chile es un Estado (...) plurinacional, intercultural, regional». El vínculo con el indigenismo político se explicitaba en el art. 5 que establecía que «1. Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado. 2. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley. 3. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones». En <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>

«pueblos o naciones» les crea un imaginario; les trata como un sujeto colectivo autónomo y como comunidades étnicas de raza homogénea, no «contaminadas» por el mestizaje, petrificadas en el pasado. Emergen a la historia en el siglo XXI por obra y gracia de la propuesta constitucional. Reaparecen como si poseyeran una esencia purísima, guardada durante quinientos años, merecedoras ahora de autonomía política. Incluso con representantes que ni siquiera hablan las lenguas o dialectos originales, ni conocen la «cultura ancestral».

Esa esencia purísima no contaminada con los males de la civilización hispánica, europea y republicana es lo que les da derecho a tener los nuevos derechos colectivos, partiendo por la libre determinación política y cultural fijada en los arts. 5.3 y 34 de la propuesta constitucional. Se trata de entidades «preexistentes» dice el texto (algo así como existir con preexistencia), con derecho a «autonomía» y «autogobierno», con derecho a poseer territorios propios denominados «autonomías territoriales indígenas» (arts. 234 y 235), que tendrían que establecerse sobre el territorio de los demás chilenos.

Se proyectaba que dentro de aquellos territorios, las «naciones y pueblos indígenas» no sólo tendrían autonomía política, administrativa y financiera, que es lo que corresponde al resto de las entidades territoriales autónomas (regiones y comunas autónomas). También tendrían autonomía jurídica (su propio derecho), autonomía jurisdiccional (sus propias autoridades jurisdiccionales) y eventualmente su propio sistema económico. Como Boaventura de Sousa planteó a los convencionales chilenos, se trataba de que al lado del sistema capitalista convivieran territorios con sistemas económicos colectivistas, indigenistas, feministas, socialistas, etc. (76).

Si se hubiera seguido esta lógica, en cada autonomía territorial indígena tendríamos libre determinación, autonomía, autogobierno, protección de tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial (art. 34), reconocidos como derechos «colectivos» (e individuales) (art. 5.3, 18.2, 34). En este punto, se pueden enumerar al menos

---

(76) Véase el video citado de la la Sesión 10 de la Comisión de Principios Constitucionales.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

veintidós derechos colectivos e individuales que se entregaban a los pueblos y naciones indígenas y sus miembros, derechos que, sin embargo, no eran reconocidos al resto de la población (77). Los pueblos y naciones indígenas, como colectivos de creación constitucional, tenían, además, derecho a la sobrerrepresentación a través de escaños reservados en todos los órganos de representación popular a nivel nacional, regional y comunal (art.162.1); en la Cámara de Diputados (art.252.3); en el Consejo de Justicia (art.344), o en una futura Asamblea Constituyente (art.387.1).

La «plurinacionalidad» se convertía en un instrumento para balcanizar Chile, disolviendo la nación en distintas unidades autónomas, que podrán desencajarse o contender entre sí bajo el empuje de diversas fuerzas centrífugas. Los «derechos colectivos» que se entregaban a las once naciones o pueblos indígenas se traducían en exigencias para disolver el presente y el pasado común, rumbo a un futuro construido a partir de un imaginario retroceso histórico de cinco siglos. El proyecto de constitución chilena representaba el más radical modelo de «derechos colectivos» de los «pueblos» a desvincularse de su propio ser, a fin de volver a un utópico, primitivo y supuesto pasado ancestral (78).

A pesar del fracaso de la propuesta, el derrotero –con los susodichos derechos como puntales– ha quedado abierto no solo en Chile sino en el conjunto de países hispanoamericanos (79).

---

(77) Pueden verificarse al respecto los derechos enunciados en los artículos arts. 5.3, 11, 18.2, 14.3, 34, 36.5, 58, 65.1, 66, 79.1, 79.4, 96.3, 100, 162.1, 162.2, 191, 235, 252.3, 269.1, 283.1, 344.1, 387.1, del proyecto constitucional rechazado.

(78) Julio ALVEAR TÉLLEZ, «Plurinacionalidad, indigenismo y otros principios erráticos: hacia la disolución de Chile», en FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, *Análisis y nudos críticos de la propuesta de nueva constitución*, Santiago, agosto de 2022, pp.11-15.

(79) A pesar de que no figura en la actual Constitución chilena y supera en mucho los marcos de la Ley 19.253 (ley indígena), que establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, el actual gobierno de Chile, a través del Ministerio de las culturas, las artes y el patrimonio, promueve una «Guía de derechos de Pueblos Indígenas y Tribal Afrodescendiente», en forma de libro impreso y digital, de nítida orientación indigenista y plurinacional. [https://www.patrimoniocultural.gob.cl/sites/www.patrimoniocultural.gob.cl/files/images/articles-98778\\_archivo\\_01.pdf](https://www.patrimoniocultural.gob.cl/sites/www.patrimoniocultural.gob.cl/files/images/articles-98778_archivo_01.pdf)

## 5. A modo de conclusión

Las generaciones de derechos, como oleadas tormentosas, han hecho emerger unos «derechos nuevos» que suponen la negación del orden natural y de la civilización cristiana. Se pueden agrupar, como indicamos, en cuatro clases o géneros, que, sin embargo, comparte, una misma negatividad disolvente:

1) Derechos a la «identidad» individual, con los que se pretende consumir la «emancipación» respecto de la naturaleza humana, el estatuto ontológico de la persona y el bien, como finalidad de aquella. En parte, constituyen una exasperación del ideario liberal de los derechos de primera generación, a los que se agrega la malignidad de las filosofías posestructuralistas, bajo cuyos moldes se desarrollan las ideologías que alimentan estos derechos. Ello se realiza con particular énfasis en los denominados «derechos sexuales y reproductivos» y sus homólogos (derechos de género, derechos de las diversidades / disidencias sexuales).

Estos sedicentes derechos tienen una proyección espantosa para impedir la práctica social de las virtudes cardinales, particularmente de la templanza y de la justicia. Asimismo, impiden el ejercicio de la educación y la ascética cristiana, claves para el señorío sobre los sentidos y el propio cuerpo, cuya necesidad también destacaba la filosofía antigua, con particular profundidad Platón y Aristóteles.

2) Derechos a la «identidad cultural», que registrados como derechos colectivos de los pueblos indígenas, rompen, sin embargo, con los esquemas de los derechos de tercera generación. Buscan desvincular a las agrupaciones humanas de las proyecciones y exigencias de la naturaleza social del hombre y de toda noción de bien común como criterio perfectivo de la sociedad humana. En el contexto de los Estados americanos, se formulan como dispositivos de implosión de la unidad nacional y de denigración de la obra cristianizadora y civilizadora de la hispanidad. Estos derechos van encaminados a hacer perecer los restos sobrevivientes de la tradición.

3) Derechos de la naturaleza y de los animales, como titulares, con devaluación de corte muchas veces panteísta e



LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO  
incluso animista del estatuto ontológico de la persona humana, y su dignidad como criatura racional.

4) Derechos transhumanos, con la consecuente disolución de la identidad específica de la naturaleza del hombre como imagen de Dios.