

En otras palabras, si todo derecho fuera correcto, meritorio o justo por el mero hecho de ser derecho —lo cual obviamente no es así—, entonces no tendría sentido llevar a cabo una evaluación moral del mismo ni podrían justificarse razones para su desobediencia desde un punto de vista moral. En cambio, si se admite la posibilidad de que un derecho pueda ser incorrecto o injusto —como de hecho ocurre a veces históricamente—, entonces quiere decir que la posibilidad de su evaluación desde un punto de vista moral permanece abierta, lo mismo que la justificación de su desobediencia por razones igualmente morales.

En palabras del propio Hart, habría que decir que la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del slogan “El derecho es el derecho”, o de la distinción entre derecho y moral, es la siguiente: “Muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión. El derecho no es la moral; no permitamos que la reemplace”.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

1. DENOMINACION, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El problema del nombre. El problema del concepto. El problema del fundamento.

El problema del nombre.—El problema del *nombre* o denominación de los llamados derechos humanos está ligado con el de su *concepto*, y éste, a su vez, con el de su *fundamentación*. En efecto, y establecido que existen distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre, una determinada de esas maneras puede conducir a un determinado concepto de éstos y, asimismo, a una denominación que esté de acuerdo con dicho concepto y una fundamentación. Por lo mismo, la fundamentación que se prefiere para esta clase de derechos va a determinar en cierto modo el concepto que se tenga de éstos, mientras que la idea o concepto que se tenga de los derechos humanos va a influir también en la denominación que se elija para esta clase de derechos. Sin embargo, en lo que sigue, cediendo a conveniencias pedagógicas antes que a exigencias de tipo metodológico, vamos a seguir el camino inverso, esto es, vamos a tratar en primer término la cuestión del nombre o denominación de los derechos humanos, luego la de su concepto y, por último, la de los distintos modos de fundamentarlos.

La denominación más frecuente para esta clase de derechos es “derechos humanos”, o “derechos del hombre”, con la cual se quiere enfatizar el carácter universal de estos derechos, o sea, la circunstancia de que adscriban a todos los hombres sin ex-

cepción. La filósofa española Adela Cortina prefiere la denominación "derechos humanos" sobre las que veremos a continuación por tres razones: tal denominación muestra el fundamento de estos derechos —el hecho de ser hombre— y su extensión —todo hombre, en cuanto tal, tiene estos derechos—, a la vez que evita que los fervorosos defensores de los derechos de los animales y plantas propongan —llevados de su entusiasmo por la dignidad de estos seres— redactar una única declaración de derechos de los seres vivos.

También se les llama "derechos fundamentales" de la persona humana, con lo cual se quiere destacar, por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y, por la otra, que sólo algunos de los derechos de las personas, precisamente aquellos que tienen la propiedad de ser fundamentales, forman parte de esta clase de derechos.

En ocasiones se les llama también "derechos naturales", o bien "derechos morales". Estas denominaciones son menos frecuentes y pueden ser entendidas en la medida en que la primera de ellas se apoya en una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos y la segunda en una fundamentación ética de los mismos. Estas dos denominaciones, por lo mismo, reflejan bien lo que afirmamos hace un instante, a saber, que una determinada fundamentación de los derechos humanos conduce a un determinado concepto de los mismos y a una cierta denominación que se acuerda a esta clase de derechos. En todo caso, estas dos nuevas denominaciones —"derechos naturales" y "derechos morales"—, sobre todo en el caso de la primera de ellas, pone de manifiesto otra de las propiedades que suele atribuirse a los derechos del hombre, a saber, la de ser previos a la formación del Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica que los consagran y garantizan.

Se ha empleado también la expresión "derechos del ciudadano", como hizo en Francia la Declaración de 1789, denominación que sugiere que los redactores de ese texto, como dice Simone Goyar-Fabre, "pensaban menos en el fundamento ontológico de los derechos del hombre en tanto que *persona* que en el estatuto del hombre en cuanto *ciudadano* en el Estado".

En ocasiones se alude a los derechos humanos con las expresiones "derechos constitucionales", o bien "garantías constitucionales", con lo cual se quiere poner de manifiesto que se

trata de derechos que tienen consagración en los ordenamientos jurídicos nacionales a nivel de la Constitución, esto es, a nivel de la ley de mayor jerarquía dentro del ordenamiento. Sin embargo, otros cuerpos legales, distintos de la Constitución, consagran y desarrollan también determinados derechos humanos, de modo que estas dos denominaciones resultan en cierto modo restrictivas.

Por último, "libertades públicas" es también una denominación que se utiliza para referirse a los derechos humanos, con lo cual se destaca que algunos de esos derechos se basan en el valor de la libertad. Sin embargo, en tanto otros de los derechos humanos se basan en valores distintos, por ejemplo, la igualdad y la solidaridad, se trata también de una denominación restrictiva.

Detengámonos ahora en las denominaciones más frecuentes, a saber, "derechos humanos" y "derechos fundamentales".

Se trata de dos expresiones que a menudo son utilizadas como sinónimos. Sin embargo, se trata también de dos denominaciones que podrían tener distintos alcances. Así, por ejemplo, no faltan quienes sugieren reservar la expresión "derechos fundamentales" para designar a los derechos que en tal carácter se encuentran reconocidos y positivados a nivel interno de cada Estado, dejando la denominación "derechos humanos" para aquellos derechos que han sido positivados en declaraciones y acuerdos de carácter internacional o que provienen de determinadas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas y que aun no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

De acuerdo a un criterio como ese, la expresión "derechos humanos" será más amplia que "derechos fundamentales", puesto que la primera abarcaría al "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales *deben ser* reconocidas positivamente por el orden jurídico a nivel nacional e internacional". Por su parte, la expresión "derechos fundamentales" aludiría nada más que a "aquellos derechos humanos consagrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos de los estados, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada". Como continúa diciendo a este respecto Pérez-Luño,

“Los derechos humanos aunan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que, *debiendo* ser objeto de positivación, no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamental* del sistema jurídico político del Estado de Derecho”.

Ahora bien, la importancia de la distinción entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales” puede ser apreciada si se repara en que si los primeros se confundieran con los segundos, bastaría con no consagrar uno o más derechos humanos en el derecho interno de un Estado para que los atropellos a tales derechos no pudieran ser considerados en ese Estado como atropellos a los derechos humanos. Por la inversa, si los derechos humanos no se confunden con los derechos fundamentales, constituirían violaciones a los primeros aquellas que se perpetraran por las autoridades de un Estado, aun en el caso de que el ordenamiento jurídico interno de éste no reconociera o limitara fuertemente uno o más derechos humanos.

Por lo mismo, si las dos denominaciones antes expuestas se proyectan a la experiencia práctica, es posible advertir, en palabras de Pérez-Luño, que “mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el *apartheid* de Sudáfrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet y la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos”.

Detrás del problema de la denominación de los derechos humanos, y en especial detrás del dualismo “derechos humanos”-“derechos fundamentales”, se esconde una cuestión de la mayor importancia, a saber, la que concierne a la base de sustentación que el derecho positivo, tanto nacional como internacional,

presta a esta clase de derechos. Nadie niega la importancia de que los derechos humanos estén efectivamente reconocidos por cada ordenamiento jurídico estatal y que sus titulares cuenten con un efectivo respaldo institucional al momento de hacerlos efectivos. Sin embargo, mientras hay quienes consideran que el hecho de estar reconocidos y protegidos por el derecho interno, o al menos por el derecho internacional, resultaría indispensable para la existencia de los derechos del hombre, otros, sabiendo que el reconocimiento y protección de estos derechos no siempre se producen a nivel del derecho interno o nacional de todos los Estados, sostienen que los derechos humanos existirían al margen de ese hecho si es que se encuentran reconocidos a nivel del derecho internacional, y que podría incluso invocárselos cuando no estuvieran positivados ni siquiera en el propio derecho internacional.

El problema del concepto.— Hay dos dificultades principales para concordar en un concepto de derechos humanos. Una proviene de las distintas maneras que han sido propuestas para fundamentarlos, puesto que cada una de ellas conduce a un concepto no exactamente coincidente de esta clase de derechos. La otra dificultad surge a partir del proceso de expansión experimentado por los derechos del hombre en el curso de los últimos dos siglos.

Como resultado de esa expansión, cuyos alcances explicaremos más adelante, el catálogo de los derechos humanos ha ido incrementándose gradual y progresivamente, lo cual quiere decir que los derechos humanos son hoy más que los que hace 200 años eran reconocidos como tales. Pues bien: al incrementarse el número de los derechos humanos, ha aumentado también la diversidad de los mismos, configurándose distintas *generaciones* de derechos humanos, todo lo cual dificulta la tarea de ofrecer un concepto de derechos humanos capaz de cubrir toda la diversidad que éstos muestran. Determinados bienes que se consideraran indispensables: auténticos derechos en sentido subjetivo; limitaciones a la acción de la autoridad; libertades; modalidades de participación en la generación y en el ejercicio del poder político; aspiraciones hacia una igualdad no sólo jurídica y política, sino también en las condiciones materiales de vida de las personas; deseos de vivir en paz y en un medio ambiente no

contaminado, tanto a nivel local como planetario: todo ello suele ser cubierto por los llamados "derechos humanos", a raíz de lo cual resulta difícil ponerse de acuerdo en el uso y alcance que deberíamos dar a esa expresión. Por lo mismo, tiene razón Luis Prieto Sanchis cuando advierte que la noción de derechos humanos se utiliza con "excesiva frecuencia y en los más variados contextos, lo que perjudica su precisión y claridad conceptual", hasta el punto de que podría decirse que "los derechos humanos son un concepto tan difundido como difuso".

Por otra parte, hay autores, como es el caso de Francisco Laporta, que muestran preocupación ante "la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los derechos humanos". Me parece razonable suponer —escribe este autor— "que cuanto más se multiplique la noción de los derechos humanos, menos fuerza tendrán como exigencias, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente". En cambio, otros autores, como Prieto Sanchis, por ejemplo, sostienen que por incorrectas que puedan parecer algunas apelaciones a los derechos humanos, muchas veces responden "a una saludable preocupación hacia nuevas necesidades o exigencias humanas".

Así, atendida la posición del segundo de tales autores, la expansión de los derechos del hombre, y la consiguiente ampliación del campo lingüístico de la expresión "derechos humanos", produce evidentes dificultades de precisión a la hora de ofrecer un concepto unitario y completo para esta clase de derechos y puede favorecer un uso liviano y demagógico de la expresión. Por otra parte, un cuadro semejante ha creado condiciones favorables para que nuevas necesidades o exigencias humanas puedan abrirse paso con mayor facilidad en lo que a sus posibilidades de reconocimiento y protección se refiere.

Es la idea de dignidad de la persona humana, en todo caso, la que se encuentra a la base de los derechos humanos, puesto que estos derechos tendrían por objetivo primario concretar ciertas exigencias que derivan incondicionalmente de esa idea, esto es, exigencias que no pueden ser omitidas ni soslayadas, sin perjuicio de que el desarrollo histórico experimentado por los derechos humanos, así como una posible ampliación de los alcances y efectos que se atribuyen a la misma noción de digni-

dad de la persona humana, hayan traído como consecuencia el hecho de que no pocas necesidades humanas básicas estén siendo asumidas en nombre de estos mismos derechos, confiéndoles de ese modo mayores posibilidades de ser satisfechas con eficacia.

A raíz de lo anterior, y valiéndose de expresiones que Herbert Hart utiliza a propósito de las normas, Luis Prieto admite que los derechos humanos presentarían también un *núcleo de certeza* y una *zona de incertidumbre*, porque, en efecto, somos capaces de delimitar un concepto de derechos humanos "susceptible de ser reconocido en nuestra comunidad lingüística y que permitiría desacreditar buena parte de los usos arbitrarios o demagógicos de la expresión"; pero, a la vez, tenemos que reconocer que existe "un área bastante extensa de indeterminación para albergar distintas concepciones que entienden los derechos humanos desde perspectivas ideológicas diferentes".

En cuanto a lo que el autor antes citado llama "núcleo de certeza" de los derechos humanos, constaría él de dos elementos, a saber, que los derechos del hombre son la expresión normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, o sea, el vehículo empleado en los últimos siglos para conducir determinadas aspiraciones humanas importantes, y que, además, tales derechos asumen una función legitimadora del poder, esto es, se presentan como reglas para medir el grado de justificación y aceptabilidad de las distintas formas de organización política. Esto último quiere decir que los derechos humanos constituyen un modelo de convivencia y que, por tanto —como escribe Eusebio Fernández— "el respeto a los derechos humanos es una de las pruebas ineludibles por las que debe pasar una sociedad, un sistema político y un derecho que intenten ser aceptados desde el punto de vista moral".

En cuanto a la primera de las dificultades apuntadas para concordar en un concepto de derechos humanos, recordemos que distintas maneras de fundamentar los derechos del hombre conducen a conceptos no del todo similares de éstos. Sin embargo, no es conveniente exagerar al respecto, puesto que, tal como se dijo antes, siempre subsiste algún núcleo de certeza acerca de qué son estos derechos. Por otra parte, las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, si bien constituyen una dificultad para ajustar un concepto de éstos, presen-

tan, por otro lado, la ventaja de presentarse como distintos modos de argumentar en favor de estos derechos. Esto último quiere decir que las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos podrían ser vistas como distintos modos de argumentar a favor de los mismos.

La fundamentación *iusnaturalista* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *naturales*, esto es, como prerrogativas inherentes a la persona humana que tienen una existencia independiente de la que puedan conferírle o no los distintos ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad histórica, conduce a un concepto de los derechos humanos como el que se expresa, por ejemplo, en la Encíclica católica "Pacem in terris", de Juan XXIII, fechada el 11 de abril de 1963. Allí se lee que "en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que al ser universales e inviolables son también absolutamente inalienables". Una idea semejante expresa entre nosotros Jorge Iván Hübner, quien define los derechos humanos como el "conjunto de atributos inherentes al hombre por su condición de tal, concernientes al resguardo y perfeccionamiento de su vida y al ejercicio de ciertas prerrogativas y libertades básicas que la autoridad pública debe respetar y amparar". Estos atributos —añade el autor— "se fundan en la naturaleza misma de la persona humana, entendida en un sentido universal, sin distinción de raza, nacionalidad, sexo, estado civil y situación económica o social".

Por su parte, una fundación *ética* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *morales*, esto es, como expresiones de ciertas exigencias morales básicas y comunes a toda humanidad, conduce a una definición como la que propone Carlos S. Nino. Dice este autor que los derechos humanos son "los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres".

Una fundamentación *historicista* de los derechos del hombre, que ve a éstos como derechos *históricos*, esto es, como unos derechos que en nombre de su dignidad y de valores como la libertad y la igualdad los hombres han conseguido que sean reconocidos y protegidos gradualmente por los ordenamientos jurídicos en el curso de los dos últimos siglos, conduce a un concepto como el que nos ofrece Dino Pasini. Dice Pasini que estos derechos implican "el progresivo reconocimiento, el respeto y la tutela jurídica del hombre considerado en su integridad como individuo y persona irrepetible, como ciudadano y como trabajador", y comprenden, por tanto, "no sólo los derechos personales, civiles y políticos, sino también los derechos económicos sociales y culturales".

Por último, una fundamentación *racional* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos *pragmáticos*, esto es, como derechos que posería todo ser dotado de competencia comunicativa para participar en todos aquellos discursos prácticos que conduzcan a la adopción de decisiones que puedan afectar a los sujetos, lleva a una noción de derechos del hombre como la que propone Adela Cortina. Afirma ella que "cualquier discurso práctico, para reclamar sentido y validez, presupone ya lo que yo llamaría unos *derechos pragmáticos* de cuantos se encuentran afectados por las decisiones que en ellas puedan tomarse. Serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndosele el ejercicio de alguno de los derechos anteriores".

El problema del fundamento.— Fundamentar los derechos humanos equivale a ofrecer algún tipo de razón en favor no sólo de la existencia de esta clase de derechos, sino también de su condición de ser derechos *universales*, *absolutos* e *inalienables*. *Universales* en cuanto adscriben a todos los seres humanos sin excepción, de modo que ninguna consideración de raza, edad, sexo, condición, creencias, puede justificar que se les desconozca respecto de una o más personas; *absolutos* en cuanto no se admite su violación en caso alguno; e *inalienables* en cuanto se

trata de derechos inseparables de la condición de persona y que nadie podría renunciar.

La *fundamentación iusnaturalista* de los derechos humanos, para la cual, según vimos, tales derechos son derechos naturales, considera que esta clase de derechos se basan en la naturaleza de la persona humana y que, por lo mismo, son anteriores al Estado y al derecho positivo, los cuales, sin embargo, tienen el deber de reconocerlos y garantizarlos para todos los individuos sin excepción. Por lo mismo, se trataría de derechos de los que cada hombre es titular no por una concesión del Estado o del respectivo ordenamiento jurídico, sino por el simple hecho de ser hombre, de modo que la existencia de los derechos humanos sería *anterior* y a la vez *independiente* de las normas jurídicas positivas que los puedan o no consagrar en un lugar y tiempo determinados.

Esta fundamentación de los derechos humanos supone la existencia de un ordenamiento jurídico natural, anterior y superior a los ordenamientos jurídicos positivos dotados de realidad y vigencia históricas, y que ese ordenamiento natural —como dice Peces-Barba— sería la “sede de los derechos naturales”. En consecuencia, esta manera de fundamentar los derechos humanos acepta el dualismo *derecho natural-derecho positivo* y entiende que los derechos humanos pertenecen al primero de esos derechos y que no son propiamente una creación del segundo de ellos.

Esta manera de fundamentar los derechos del hombre tiene cuando menos a su favor que estos derechos, en el momento que empieza a hablarse de ellos bajo tal denominación hace poco más de dos siglos, fueron efectivamente considerados como derechos naturales, esto es, como derechos previos al Estado y a los ordenamientos jurídicos positivos, ya sea que se los considerara como derechos directamente otorgados por Dios o se los entendiera como prerrogativas que se encontrarían inscritas en la naturaleza racional del hombre. Esto es lo que explica las palabras iniciales de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en la que se afirma que los hombres “son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”, o que la Declaración francesa de 1789 hablara de “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, o que

un autor contemporáneo —Antonio Fernández Galiano— sostenga que los “derechos fundamentales son aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”.

Es efectivo, en consecuencia, como anota Angel Latorre, que “la idea de los derechos humanos, es decir, la idea de que todo ser humano, por su condición de tal y con independencia de su posición en una determinada comunidad política, es titular de un conjunto de derechos que puede hacer valer frente a los poderes públicos, es fruto del iusnaturalismo racionalista imperante en Europa en los siglos XVII y XVIII. En el mundo antiguo y medieval la situación jurídica del individuo y los derechos que se le atribuyen dependían de su posición en los diferentes grupos jurídicamente diferenciados que formaban las sociedades de esas épocas”.

Con todo, la circunstancia de que los derechos humanos hayan surgido históricamente como derechos naturales, esto es, que se los haya considerados en tal carácter cuando empieza tanto a hablarse de ellos como a invocárselos en la cultura jurídica y política europea, no valida por sí sola la fundamentación iusnaturalista de los mismos, porque ésta, como toda fundamentación, tiene una pretensión antes filosófica que puramente histórica.

La *fundamentación historicista* de los derechos humanos, para la cual tales derechos son derechos históricos, nos recuerda que los derechos del hombre aparecen bajo ese nombre recién a inicios del mundo moderno y que son consecuencia de un proceso de evolución activado por luchas y movimientos sociales que han traído consigo la consagración de sucesivas generaciones de derechos del hombre, desde los primitivos derechos de autonomía hasta los más recientes derechos de promoción, pasando por los llamados derechos de participación.

La evolución tenida por los derechos humanos quedará de manifiesto cuando poco más adelante analicemos la historia de estos derechos y el proceso de expansión que han experimentado a lo largo de los dos últimos siglos, aunque el núcleo de la fundamentación historicista se encuentra en la afirmación de

que el concepto y la expresión lingüística "derechos del hombre" o "derechos humanos", por una parte, así como las primeras declaraciones efectivas de estos derechos, por la otra, se producen en un momento histórico determinado —el tránsito de la edad media a la edad moderna—, momento a partir del cual estos derechos han experimentado procesos no sólo de expansión, sino también de generalización, positividad, internacionalización y especificación que los muestran como una realidad dinámica y evolutiva muy distinta a un conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza humana y de las cuales pueda realmente decirse que los hombres han sido titulares en todo tiempo y lugar.

Para esta manera de ver las cosas, el concepto de derechos humanos es *histórico*, como también lo son las declaraciones que les han ido confiriendo una base de sustentación cada vez más objetiva, porque la idea de dignidad de la persona humana, así como los valores de la libertad y la igualdad, sólo se plantean desde la perspectiva de los derechos a partir de un momento histórico dado, a saber, el advenimiento de la modernidad. Como advierte a este respecto Gregorio Peces-Barba, no es que antes se careciera de una idea de la dignidad, de la libertad o de la igualdad, porque ideas semejantes se encuentran ya en el pensamiento de filósofos como Aristóteles, Platón y Santo Tomás, aunque estas ideas "no se unificaban en un concepto como el de derechos humanos".

En consecuencia, si tanto el concepto, el nombre, las declaraciones que los expresan y la reflexión teórica sobre los mismos tienen una data que se remonta a los siglos XVI y XVII, quiere decir que estamos frente a unos derechos históricos que no se tienen desde siempre ni se descubren de pronto, sino que se conquistan. Esta circunstancia va a quedar suficientemente acreditada cuando más adelante presentemos una breve historia de los derechos humanos, aunque dicha historia mostrará también que antes del tránsito del medioevo a la modernidad es posible identificar algunos antecedentes de lo que a partir de ese instante empezó a configurarse como los derechos fundamentales de la persona humana.

Es por eso que Bobbio ha podido decir de los derechos humanos que éstos "nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que

sigue inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre para dominar la naturaleza y a los demás hombres, crea nuevas amenazas a la libertad del hombre o consistente nuevos remedios a su indignidad; amenazas que se contrarrestan con demandas de límites al poder y remedios que se utilizan con la demanda al mismo poder de intervenciones protectoras. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a un abstenerse del Estado, a las segundas los derechos sociales o a un comportamiento positivo del Estado". En consecuencia, dice todavía Bobbio, las demandas que en relación a los poderes constituidos dirigen los derechos humanos son dos: "impedir maleficios del poder" (derechos de libertad o de la primera generación) u "obtener beneficios del poder" (derechos de igualdad o de la tercera generación), aunque habría que agregar que las demandas son también de participación en el poder, lo cual explica la aparición en un momento histórico dado de los derechos políticos o de la segunda generación.

Sin perjuicio de que más adelante explicaremos cómo se configuraron, sucesivamente, esas tres generaciones de derechos, lo cierto es que, según nos parece, una concepción historicista de los derechos humanos, como la que acabamos de presentar, constituye antes una *explicación* que una *fundamentación* de esta clase de derechos. Si fundamentar los derechos humanos es dar razones no sólo de su existencia, sino también de su valor, la llamada fundamentación historicista sólo explica la aparición y el posterior desarrollo de estos derechos en la cultura política y jurídica del mundo occidental, aunque no da propiamente razones en favor de por qué estos derechos deben estar siempre declarados y suficientemente protegidos.

En cuanto a la *fundamentación ética*, que considera a estos derechos como derechos morales, estima que se trata de derechos vinculados a exigencias de carácter específicamente moral que se consideran inexcusables de una vida digna y para cuyo goce la pertenencia a la especie humana es condición necesaria y también suficiente.

Según esta manera de entender y justificar los derechos humanos, éstos serían previos al Estado y al ordenamiento jurídico que éste produce, aunque no se trataría por ello de derechos naturales, sino, como dice Dworkin, de una especie de "carta de

triunfo" que los hombres tienen frente al Estado, de modo que tales derechos, si bien deben ser reconocidos, protegidos y garantizados por parte del poder político y del derecho, existen sin necesidad de que el Estado y el ordenamiento jurídico los reconozca y ampare efectivamente.

Ello explica que Dworkin afirme que "los hombres tienen derechos morales en contra del Estado", y que Carlos S. Nino diga por su parte que los derechos humanos son aquellos derechos morales que "versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares" y se tienen por todos los hombres. Por su parte, Eusebio Fernández considera que "ni la fundamentación iusnaturalista (para la cual el fundamento de los derechos humanos estaría en el derecho natural, deducible de una naturaleza humana supuestamente universal e inmutable), ni la fundamentación historicista (para la cual el fundamento estaría en la historia, cambiante y variable) responden, coherentemente a esa pregunta por el fundamento". Cree Fernández, en cambio, que la fundamentación ética contesta a esa misma pregunta en forma más satisfactoria, puesto que hace "hincapié en la presencia de los derechos humanos como la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones que la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo".

Para una fundamentación ética de los derechos humanos, el centro de la cuestión, en palabras de Francisco Laporta, es la siguiente: "si aceptamos que tenemos el orden jurídico empírico (nacional o internacional) por un lado, y la moralidad por otro, y que tenemos en el primero derechos *legales* y en la segunda derechos *morales*, ¿dónde situamos los 'derechos humanos'? Y responde enseguida el autor: "si los situamos en el orden jurídico positivo como derechos legales nos vemos en la tesitura de tener que afirmar que sólo tienen 'derechos humanos' aquellos seres humanos que son destinatarios de las normas y demás elementos de ciertos sistemas jurídicos empíricos", de donde se sigue —en ejemplos que coloca el propio Laporta— que ni el régimen de Pinochet ni el régimen de Franco violaron los derechos humanos, puesto que, bajo uno y otro gobernante, chilenos y españoles no tuvieron derechos humanos o no tuvieron ciertos derechos humanos". Es cierto, agrega, que en ambos casos podríamos apelar a la Declaración "Universal" de las Nacio-

nes Unidas, aunque en tal caso tendríamos que admitir que "el nazismo, que es anterior a esa declaración, no violó los derechos humanos". Por eso, concluye Laporta, es que tenemos que mantener que los derechos humanos "son derechos morales, de forma tal que los sistemas jurídicos que no los reconocen traicionan exigencias morales de gran importancia y *violan* derechos".

Así las cosas, en la fundamentación ética hay un evidente propósito de superar una visión puramente histórica de los derechos del hombre y, a la vez, un intento por no confundirse con la fundamentación iusnaturalista. Sin embargo, la distinción entre "derechos naturales" y "derechos morales", como observa Peces-Barba, no es del todo clara, de modo que la primera de tales fundamentaciones "cumpliría las mismas funciones ideológicas" que la segunda. Esta interpretación del autor español se ve favorecida si se repara en que el propio Dworkin declara que él prefiere evitar la expresión "derechos naturales" sólo "porque para muchas personas tiene asociaciones metafísicas que la descalifican". Esta declaración de Dworkin refuerza la idea de que la introducción de la expresión "derechos morales" se asentaría más bien en consideraciones prácticas de conveniencia que conciernen más al poder de penetración e influencia de esa denominación que a su auténtica claridad y consistencia.

La *fundamentación racional* de los derechos humanos, que considera a éstos como derechos pragmáticos, procura conjugar dos polos, a saber, el de la *trascendentalidad*, que aparece muy nítido en la fundamentación iusnaturalista, y el de la *historia*, que es por su parte muy visible en la fundamentación historicista.

De este modo, se trata de un esfuerzo por fundamentar los derechos humanos, o sea, de dar razón de ellos de una manera que no acoja sólo uno de esos dos polos, que es lo que ocurriría si se opta por la visión de los derechos del hombre como unos derechos atemporales determinados (fundamentación iusnaturalista) o sólo por aquellos que han recibido una expresión positiva en un contexto histórico dado (fundamentación historicista).

Por lo mismo, "una fundamentación racional adecuada debe conjugar los dos polos que la componen: *trascendentalidad* e *historia*" —escribe Adela Cortina—, y ello "porque las exigencias de

satisfacción de los derechos humanos, aunque sólo en contextos concretos son reconocidos como tales, rebasan en su pretensión cualquier contexto y se presentan como exigencias que cualquier contexto debe satisfacer; mientras que, por otra parte, es claro que sólo en sociedades con un desarrollo moral de terminado y con unas peculiaridades jurídicas y políticas son de hecho reconocidas".

La autora recién citada, basándose en la ética discursiva de Habermas, según la cual "la ética discursiva no proporciona orientaciones de contenido, sino solamente un *procedimiento* de no de presupuestos que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio", sostiene que la fundamentación racional que propone "posibilita una mediación entre *transcendentalidad* e *historia*". Aclara, asimismo, que la noción de racionalidad que ella utiliza es la *racionalidad discursiva*, tal como ésta se muestra en el pensamiento de Habermas y Apel, y concluye diciendo lo siguiente: "serían tales derechos el de participar en los discursos (que, a su vez, comprende los derechos de problematizar cualquier afirmación, introducir cualquier afirmación, expresar la propia posición, deseos y necesidades) y el de no ser coaccionado, mediante coacción interna o externa al discurso, impidiéndole el ejercicio de alguno de los derechos anteriores".

Para concluir ya con esta parte relativa a las distintas maneras de fundamentar los derechos humanos, quisiéramos precisar lo siguiente:

1. Fundamentar es una acción que puede significar dos cosas distintas: dar razón de algo u ofrecer para algo una base de sustentación cierta y absoluta.

Por lo mismo, la fundamentación historicista de los derechos humanos no sería propiamente una *fundamentación*, sino una *explicación* acerca de cómo surgen y se desarrolla esta clase de derechos, o, en el mejor de los casos, constituiría una fundamentación *débil* en el sentido de dar alguna razón acerca de ellos. Por su parte, la fundamentación ética y la racional serían auténticas fundamentaciones en cuanto procuran dar razones *fuertes* acerca de esta clase de derechos. Por último, la fundamentación iusnaturalista sería también un modo de fundamentar los derechos humanos, mas no ya en el sentido de dar razón de éstos, sino en el sentido de ofrecer una base de sustentación absoluta, cierta e irresistible

para esta clase de derechos. Sería, por lo mismo, una fundamentación *fortísima*.

Por lo mismo, tiene razón Rober Alexi cuando nos dice que "sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente". Así, "las teorías históricas explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas se ocupan de su fundamentación y las teorías sociales de la función de los derechos fundamentales en el sistema social".

Sin embargo, profundizando en las dificultades de ofrecer un fundamento absoluto para los derechos humanos, Bobbio advierte que "no se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Por otro lado, no es necesario tener miedo al relativismo. La constatación de la pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un dato histórico, también sujeto a cambio. El relativismo, que de esta pluralidad deriva, es también relativo". Y, no obstante, "este pluralismo es el argumento más fuerte en favor de algunos derechos humanos, más exaltados, como la libertad religiosa y, en general, la libertad de pensamiento. Si no estuviésemos convencidos de la irreductible pluralidad de las concepciones últimas, y estuviésemos convencidos, al contrario, de que asertos religiosos, éticos y políticos son demostrables como teoremas (era la ilusión de los iusnaturalistas, de un Hobbes, por ejemplo, que llamaba "teoremas" a las leyes naturales), los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político perderían su misma razón de ser, o por lo menos adquirirían otro significado".

2. Las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos, no obstante las diferencias que reconocen entre sí y las adhesiones que cada una de ellas suscita en los diversos autores, podrían ser todas valoradas si se las observa como distintos modos de argumentar en favor de esta clase de derechos.

3. Tal vez sea difícil ofrecer un fundamento único y común para un conjunto de así llamados "derechos" humanos a cuyo interior coexisten auténticos derechos en sentido subjetivo, junto a bienes, principios generales, y a simples aspiraciones de carácter colectivo.

4. Otra dificultad en orden a ofrecer un fundamento único y común para los derechos humanos se produce por el hecho

de que el proceso de expansión experimentado por esta clase de derechos ha ido introduciendo nuevas y distintas generaciones de derechos. Tampoco puede decirse que ese proceso de expansión esté ya agotado, de modo que nuevas generaciones de derechos podrían pasar a engrosar mañana el actual catálogo de derechos fundamentales. Como dice Bobbio, "el elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc."

5. Habría que rescatar el punto de vista de Dworkin cuando el autor norteamericano declara que sus argumentaciones en apoyo de los derechos humanos constituyen sólo "uno de los fundamentos posibles para los derechos", de donde se sigue que la diversidad de derechos individuales "deja margen para que haya diferentes clases de discursos". Por lo mismo, ni los derechos que Dworkin califica como derechos humanos, esto es, como derechos morales, ni tampoco el método que él utiliza al respecto, según propias palabras del autor norteamericano, "tienen la intención de excluir otros derechos ni otros métodos de argumentación".

Así las cosas, uno podría tomarse los derechos en serio, como propone el mismo Dworkin, tanto si adopta una u otra de las distintas maneras que hay para fundamentarlos. La seriedad en punto a los derechos humanos sería algo que tiene que ver antes con las demandas que seamos capaces de dirigir para la vida consagración, garantía y promoción de estos derechos que con la adscripción a una u otra de las determinadas doctrinas o puntos de vista acerca de la fundamentación de estos derechos.

6. Establecidas las dificultades que existen para ofrecer una fundamentación compartida de los derechos humanos, lo más importante "no es basarlos, sino protegerlos", como dice Bobbio, puesto que "una demostración suficiente de su importancia en la sociedad actual se basa en el hecho de que no ya tal o cual Estado, sino que todos los Estados existentes, han declarado de común acuerdo, empezando por la Declaración Universal de 1948 y paulatinamente por numerosas declaraciones que vinieron posteriormente y que siguen produciéndose, que hay

derechos fundamentales y que hemos además propuesto una extensa relación de los mismos".

2. HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución. Principales antecedentes, documentos y declaraciones de derechos del hombre. Los procesos de positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación de los derechos humanos.

La idea de los derechos humanos: contexto, ámbitos de su génesis histórica y rasgos generales de su evolución.—El surgimiento de la idea de los derechos humanos, la reflexión teórica sobre los mismos y las primeras manifestaciones de esta clase de derechos en documentos y declaraciones de diversa naturaleza jurídica y política, son hechos históricos que acaecieron a partir de un momento dado y que han ido luego sucediéndose de algún modo hasta nuestros días. Ese momento puede ser situado en el tránsito de la edad media a la modernidad.

Lo anterior no significa que las ideas de dignidad del hombre, de libertad y de igualdad no existieran antes, aunque es a partir del momento antes indicado que tales ideas se expresan en la noción de unos derechos de que los hombres estarían dotados universalmente. Si lo nuevo se teje en lo viejo, lo cierto es también que lo nuevo se forma muchas veces gracias a la "ruptura y contraposición con lo viejo". Por lo mismo, como señala Gregorio Peces-Barba, "la idea de dignidad humana, de libertad y de igualdad se encuentran ya en la cultura precedente, pero serán necesarias situaciones nuevas para que los hombres a partir del renacimiento las empiecen a pensar desde un nuevo concepto: los derechos fundamentales".

Como advierte el propio autor español, tres son los puntos de vista históricos para entender la aparición y el posterior desarrollo de esta clase de derechos: el *contexto económico, social y cultural de su aparición*; los *ámbitos de su génesis histórica*; y los *rasgos generales de su evolución política* desde el momento en que se incorporan por primera vez al derecho positivo, con la revolución liberal en el siglo XVII, en Gran Bretaña, y en el siglo