

APROXIMACIÓN A LOS

ANTECEDENTES,

FUNDAMENTACIÓN Y CONCEPTO

DE LOS DERECHOS HUMANOS

J. KENNETH BURBANO VILLAMARIN¹

En otras oportunidades, dispensadas por el foro académico y con el valioso aporte de mis alumnos, he tratado de acercarme a algunas lecturas sobre los antecedentes, la fundamentación, clasificación y concepto de los derechos humanos². Voy a hacerlo nuevamente, con el propósito de avanzar en la riqueza y complejidad que la doctrina nacional e internacional ofrece para los temas mencionados; mi interés consiste en explorar esas fuentes.

Antecedentes y Clasificación de los Derechos Humanos

Actualmente no existe un criterio homogéneo sobre el concepto de los derechos humanos y el origen de su desarrollo histórico. Sobre el particular, la doctrina en general ofrece una gran variedad de posturas, unas divergentes y otras complementarias, pero que en definitiva tienen aportes significativos para la construcción y desarrollo no sólo conceptual, sino práctico de los derechos humanos.

Intentando hacer un avance histórico sobre el origen y evolución de los derechos humanos, necesariamente tendremos que referirnos a una serie de hechos importantes que han contribuido precisamente a ese desarrollo. Hernando Valencia Villa³ toma como punto de partida la dignidad humana, de la cual deriva el origen del concepto de derecho humano y la sitúa en cinco etapas principales: la ciudadanía universal del estoicismo, la escuela del derecho natural, la teoría del contrato social, el discurso de los derechos del hombre en el siglo XVIII y finalmente el de la codificación de las libertades fundamentales en las constituciones nacionales y los tratados internacionales de los siglos XIX y XX.

Desde el concepto de ciudadanía universal, la dignidad humana se tiene como atributo esen-

¹ Es asesor de la Dirección Nacional de la Defensoría del Pueblo y Ex defensor del Pueblo Regional Bogotá. Profesor de Derecho Constitucional y Coordinador de la Línea de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.

² Un documento similar hace parte del módulo 1: Visión Histórica, Fundamentación, Clasificación y Conceptos de los Derechos Humanos, en el Diplomado sobre Derechos Humanos, realizado por la Escuela Superior de Administración Pública ESAP y el Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia, año 2004, en varias ciudades del país, al que he invitado como profesor.

³ VALENCIA VILLA, Hernando. Los Derechos Humanos. Arco Editorial, Madrid, 1998. Pág. 14 y 15.

cial de la persona humana, atribuyéndole por primera vez "la condición de ciudadano del mundo" ⁴ Desde aquel momento los ciudadanos figuraban colectivamente en el *ius civile*. Este reconocimiento lleva implícita una cierta noción de derecho natural, es decir, de una ley universal no escrita, según la cual los hombres son iguales desde el mismo momento de su nacimiento y desarrollan una necesidad de construir una comunidad internacional.

Este reconocimiento nos conduce a la siguiente etapa, la del derecho natural. "El derecho natural no es más que esa parte del derecho positivo que se reconoce y observa en cualquier lugar" ⁵. En otras palabras, el derecho natural es considerado como un conjunto de valores éticos, que se superponen a las leyes creadas por el hombre.

A su vez, la teoría del contrato social concibe a la sociedad basada en derechos y no en privilegios. El Estado y el Derecho ya no son considerados de origen natural, por el contrario, se sostiene que es el propio hombre el que esta llamado abandonar ese estado de naturaleza y someterse al imperio de un derecho justo y razonable.

Posteriormente, se generaliza la codificación de las libertades fundamentales en las constituciones nacionales y los tratados internacionales. Uno de los primeros antecedentes de este hecho se encuentra en la Carta Magna de 1215, considerada como la base tradicional de las instituciones inglesas. La importancia de la Carta Magna no sólo radica en los principios contenidos en ella sino también en el hecho de expresar por primera vez que un gobierno deja de ser legítimo en el

momento en que viola los derechos de la comunidad.

También hay quienes sostienen que los derechos humanos tienen origen en concepciones filosóficas no enfocadas al concepto de dignidad humana como tal, sino en la noción del hombre con vocación para asumir la capacidad de ser sujeto libre y autónomo. Así se deduce del libro de Ligia Galvis Ortiz ⁶ que determina como antecedentes constitutivos de la historia de los de-

rechos humanos, la ley natural, el desarrollo de instituciones jurídicas necesarias para la configuración del Estado de derecho y finalmente el desarrollo del modelo democrático como contexto estructural de los derechos humanos.

El primer antecedente, indica que el hombre por su naturaleza misma es titular de derechos fundamentales que anteceden al propio Estado. "El Estado de la naturaleza tiene una propia ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que siendo iguales e independientes, nadie debe dañar al otro en su vida, salud, libertad o posesiones" ⁷

El reconocimiento de estos derechos naturales produjo el fenómeno del desarrollo de las instituciones jurídicas - como el *ius gentium* entre otras - necesarias para la configuración del Estado de derecho. Con el perfeccionamiento de dichas instituciones jurídicas "se afirma la conciencia de la autoridad de la ley como fuente reguladora de la conducta social y la idea del ser humano como titular de derechos que el estado debe garantizar y respetar" ⁸.

⁴ LAFER, Celso. La reconstrucción de los derechos humanos un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, Fondo de la Cultura Económica, México 1994., Pág. 137.

⁵ STRAUSS, Leo. Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política. Ediciones Alfonso el Magnánim, Valencia 1996, Pág. 143.

⁶ Comprensión de los Derechos Humanos. Ediciones Aurora, Bogotá, 1996.

⁷ LOCKE, John. Ensayo sobre el gobierno civil. Trad. Amado Lázaro Bos. Biblioteca Iniciación Política. Edic. Aguilar España. Madrid, 1973, cap. II, parte 6^a, pág. 6.

⁸ GALVIS, Ligia. Comprensión de los Derechos Humanos, Editorial Aurora, Bogotá, 1996.

Finalmente, el desarrollo del modelo democrático que desde sus inicios concede al hombre el ejercicio de una triple dimensión: como individuo, luego como sociedad y por último como Estado. La propia evolución de ese concepto democrático, conlleva a la posterior codificación de las libertades fundamentales en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales.

Pero, el reconocimiento de la existencia de derechos exclusivos de la persona humana, lejos de ser un fin último, es apenas el inicio de una serie de esfuerzos encaminados a establecer la verdadera naturaleza, alcance y contenido de los derechos. Hoy se tiene que en el desarrollo histórico, los derechos humanos pueden agruparse en derechos de primera generación - los civiles y políticos-, de segunda generación - los económicos, sociales y culturales-, y los de tercera generación - los colectivos, de solidaridad e inclusive de autodeterminación de los pueblos en una visión latinoamericana.

Hay clasificaciones de los derechos humanos inspiradas en concepciones de libertad, por ejemplo Angelo Papachini¹⁰, reconoce la libertad como hilo conductor para distinguir tres grandes categorías de derechos: los derechos propios de la tradición liberal, los derechos de participación democrática y los derechos económicos y sociales.

Los derechos de tradición liberal *"garantizan la iniciativa e independencia de los individuos frente a los demás miembros de la sociedad y frente al Estado mismo en esas concretas áreas en las que se despliega la capacidad de las personas incluyendo la pretensión de excluir a todos los demás sujetos de ámbito de acción que se pone a disposición de los titulares"*¹⁰, esta clase de derechos corresponden a la idea de libertad como no-interferencia lo cual implicaba el respeto del Estado hacia una esfera de

libertad de la persona humana. Es decir, el *"Estado estaba obligado a no intervenir en esta esfera de "derechos civiles" o "derechos a la libertad", tales derechos son, en general, de carácter individualista"*¹¹.

En esta primera categoría encontramos el derecho a la vida y a la integridad física, la no-detención arbitraria, proscripción de la esclavitud y el trabajo forzoso, el derecho a la libertad y una regulación sobre las situaciones

Hoy se tiene que en el desarrollo histórico, los derechos humanos pueden agruparse en derechos de primera generación - los civiles y políticos-, de segunda generación - los económicos, sociales y culturales-, y los de tercera generación - los colectivos, de solidaridad e inclusive de autodeterminación de los pueblos en una visión latinoamericana.

de detención, libertad de circulación, condiciones de los extranjeros, igualdad jurídica, a un proceso debido, libertad a la privacidad de pensamiento, conciencia y religión, libre expresión, a tener una familia, nombre y nacionalidad, la proscripción de toda forma de discriminación, entre otros.

Estos derechos fueron recogidos por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Dentro del Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos, los derechos civiles y políticos se encuentran consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹².

¹⁰ Filosofía y Derechos Humanos, (Bónora) Facultad de Humanidades Universidad del Valle, Colombia, 1995.
¹¹ BERLIN, I. Dos concepciones de libertad, la filosofía política (A. Quintan ed.), F.C.E., México, Madrid, Buenos Aires, 1974 pág 110 y 111.

¹² C. VAN BOVEN, Theodor. Criterios distintivos de los derechos humanos. Apartado del libro "Las dimensiones internacionales de los derechos humanos" (de diversos autores) editado por Ediciones del Serbal (Barcelona) y Unesco, 1984 (pag. 87).

La libertad como participación, fundamenta la razón de ser de los derechos de participación democrática, los que insisten en la necesidad que los ciudadanos participen activamente tanto en la elaboración de la ley, como en el ejercicio del poder. Aquí, la libertad es entendida como participación, lo que implica el ejercicio de la autonomía por medio de la participación política, es decir, no se pone al hombre en oposición al Estado, pues mediante el ejercicio de los derechos políticos es la propia persona la que toma parte en la estructuración política de la sociedad de la cual es miembro.

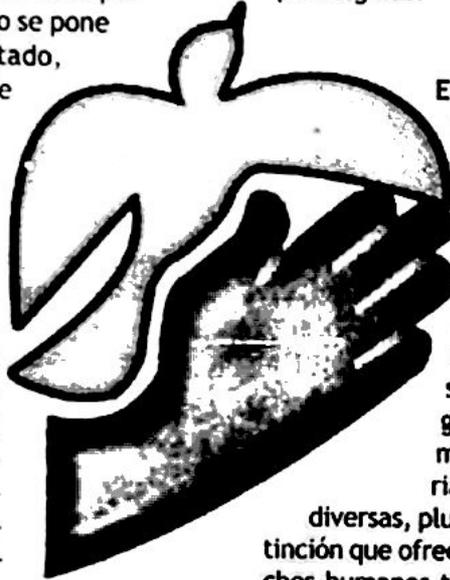
De otro lado, la idea de libertad que sirve como sustento a los Derechos económicos y sociales, es la de liberación del hambre y la miseria, la satisfacción de necesidades. La vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales depende de la política social y económica de los Estados, debido a esto, "el nivel inadecuado de desarrollo económico y la escasez de recursos de muchos países representan, pues, un serio obstáculo para la consecución de estos derechos"¹³

Fundamentación de los Derechos Humanos

Tomando como base los libros de los profesores Eusebio Fernández¹⁴ y Angelo Papacchini¹⁵ vamos a tratar de explicar de manera general la fundamentación de los Derechos Humanos.

Fundamentar los derechos humanos, como la expresión lo sugiere, conduce a encontrar la razón o el motivo con que se pretende encontrar o afianzar el sustento válido de los derechos humanos, o mejor, su justificación racional. La fundamentación pretende responder a las preguntas ¿Qué son? y ¿Cuáles son? los derechos humanos, lo que implica que el concepto y su contenido y alcance, tienen una relación necesaria.

Se cierne en el concepto y fundamentación la dimensión moral de los principios de libertad, igualdad, solidaridad y especialmente de dignidad humana, todos ellos son valorados y algunos de ellos privilegiados por las escuelas de fundamentación, lo que conduce a la distinción de los postulados en que se enfatizan los paradigmas.



Escuelas o paradigmas de fundamentación de los Derechos Humanos

Un primer paso para acercarse a la fundamentación, es reconocer que no hay una sola visión, el gran intento de numerosos países porque se adopte y se ponga en práctica un catálogo universal sobre derechos humanos no basta, ya que la historia y la cultura de los pueblos son

diversas, plurales, basta con verificar la distinción que ofrece la lectura que sobre los derechos humanos tiene el mundo occidental y el oriental.

Es por lo anterior que no puede haber una sola explicación en materia de derechos humanos, de ello dan cuenta las escuelas, modelos o paradigmas de fundamentación de los derechos humanos.

Ahora bien, las distinciones no tendrían razón de ser si sus postulados resultan inaplicables a la realidad social y política de las personas en el mundo, pero más complejo aún, cuando las personas no poseen conocimiento sobre la existencia de sus derechos, la manera de protegerlos y el derecho que tienen a exigir de los estados su protección.

Desde luego que hoy para dilucidar qué son y cuáles los derechos humanos se cuenta con instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Declaración Americana de Derechos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero éstos responden también a cierta fundamentación. No obstante lo anterior y en una visión que su-

¹³ Comisión Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 al 25 - Pacto de San José, noviembre 22 de 1969, San José de Costa Rica.

¹⁴ EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Derechos económicos, sociales y culturales*. Apartado del libro "Las dimensiones internacionales de los derechos humanos" editado por Ediciones del Serbal (Barcelona) y Urzaco, 1990 (pág. 160 a 172).

¹⁵ *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1991.

¹⁶ *Op. cit.*

pere el positivismo jurídico, los derechos humanos suelen venir entendidos como una respuesta contra el abuso del poder o también se argumenta que el objetivo de los derechos humanos es limitar el ejercicio del poder. En este orden de cosas se puede decir que no bastó con la consagración positiva de los derechos humanos, sino que fue necesario establecer organismos supranacionales como la ONU, la OEA y el Consejo Europeo.

En este entramado de los derechos humanos vale la pena hacer una pregunta inicial ¿qué significa tener un derecho? De la doctrina se desprende que tener un derecho equivale a una inmunidad, también puede significar la ausencia de prohibiciones, pero ante todo tener derechos son exigencias, es decir no son una dádiva o una concesión de los Estados o de las otras personas.

Otro discurrir se refiere a la titularidad de los derechos, se pasa de una titularidad estamental (de un grupo) a la titularidad de todas las personas (universalidad), ello genera una consecuencia, cuando se niegan los derechos a las personas se habla de discriminación, es decir toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se da por motivos irrelevantes (raza, religión), por tanto se desconoce la dignidad de los seres humanos.

Una visión preliminar de las escuelas o paradigmas de fundamentación puede presentarse de la siguiente manera:

- **Iusnaturalismo:** los derechos inherentes de la persona humana. La universalidad de los derechos, derechos de individualidad absolutos e inalienables. Los atributos y cualidades de la persona humana. Los valores, la moral.

- **Positivismo o Teoría Jurídica:** los derechos como recono-

cimiento del ordenamiento jurídico, ni anteriores ni superiores al Estado o al derecho. Las leyes como expresión de la voluntad popular y manifestación de la soberanía.

- **Historicismo:** los derechos humanos como construcción social, relativos, producto del desarrollo histórico y cultural de los pueblos. Satisfacción de necesidades. Los derechos humanos en una visión social.

- **Utilitarista:** los derechos humanos como el placer y la felicidad del mayor número de personas.

- **Ética, axiológica o valorativa:** los Derechos Humanos como derechos morales.

Nos vamos a detener un poco más en las escuelas de fundamentación ya que sus principios y justificación de gran trascendencia, ofrecen entre algunas de ellas posturas irreconciliables, en otras, articulación, complementariedad e inclusive superación de los antagonismos.

Paradigma o escuela de fundamentación iusnaturalista.

La fundamentación iusnaturalista o del Derecho natural posee una larga tradición y permanencia, no solo por que sus postulados se han recogido en instrumentos internacionales y en catálogos constitucionales sino también por que sus principios han logrado adaptarse, de cierto modo a las exigencias de lo social y lo jurídico. Hay

una tendencia que se denomina del derecho natural ontológico, concebida como la tendencia iusnaturalista tradicional que recoge el iusnaturalismo grecoromano, la escolástica medieval, el iusnaturalismo racionalista y la corriente neotomista, valorada como una tendencia radical; y la del derecho natural deontológico, referida a la



filosofía del derecho contemporáneo, descrita como tendencia atenuada.¹⁶

Dentro de los principios distintivos del iusnaturalismo puede decirse que el iusnaturalismo descansa en el llamado derecho natural y en el estado de naturaleza, donde la concepción sobre el derecho no se refiere a la norma jurídica sino a los atributos o cualidades que se predicán de la naturaleza misma del ser humano, su naturaleza racional lo distingue de los demás seres vivos, tiene por tanto una identidad única e irrepetible. Se justifica la existencia de un derecho natural porque proviene de la propia naturaleza del hombre; el derecho natural se distingue del derecho positivo

En una discusión contemporánea podría ocurrir que se presente contradicción entre las normas jurídicas que dejan de consagrar los derechos humanos y otras que estipulan, así sea en forma "justificada", su desconocimiento o transgresión.

y a la vez tiene un carácter de superioridad sobre éste.

Los derechos humanos suelen venir entendidos como atributos y cualidades *inherentes al ser humano*, es decir son connaturales, esenciales, inseparables de la persona, hacen parte de su esencia. Por tanto, los derechos humanos los ha tenido la persona durante toda su existencia, sin importar que las costumbres o el ordenamiento jurídico los hayan desconocido, basta mirar como en la época de la esclavitud, los esclavos eran considerados como cosas y no como personas, no significaba bajo la lectura iusna-

turalista que carecieran de atributos o cualidades como la libertad, sino que la sociedad y el ordenamiento jurídico los desconocían.

Fuerza concluir que los derechos humanos no se conceden por el estado o por el derecho sino que son preexistentes a estos, conviene resaltar que el ámbito iusnaturalista está circunscrito al campo de la moral y en el iusnaturalismo clásico unido a la moral religiosa, la ley natural como aplicación de la ley eterna y la razón divina que Dios ha dado, como puede observarse en S. Tomás. El iusnaturalismo moderno, que conserva a Dios como fuente suprema de la naturaleza, da a la ley natural un valor tomado de la racionalidad interna, la razón a jugar un papel importante. En ocasiones se identifica el iusnaturalismo con una dimensión axiológica de la moral, para distinguirlo del positivismo la norma jurídica.

En una discusión contemporánea podría ocurrir que se presente contradicción entre las normas jurídicas que dejan de consagrar los derechos humanos y otras que estipulan, así sea en forma "justificada", su desconocimiento o transgresión. Derechos como la vida, la integridad física y psicológica podrían entrar en discusión con la pena de muerte, la eutanasia o el aborto. En una valoración de principios iusnaturalistas las situaciones descritas se resolverían señalando que los derechos humanos no solo son anteriores al Estado y al de-

recho, sino que también son superiores a estos, en consecuencia inseparables de la persona.

En la tradición ontológica y deontológica se recogen importantes instrumentos internacionales para la protección de derechos humanos, generando una construcción variada y extensa sobre las características de los derechos humanos, veamos algunas de ellas:

- **Universales:** Los derechos humanos se predicán de todas las personas sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, condición social o

¹⁶ FERRAZZOLI, Dario, op. cit.

política, los tienen las personas, dada su condición de tal, en todas partes del mundo.

- **Absolutos:** Los derechos humanos son concebidos como los requerimientos morales más fuertes, que solo pueden entrar en conflicto con otros requerimientos de orden moral, esto es con otros derechos humanos. Derechos de naturaleza legal o simplemente reglamentaria no podrían entrar en contradicción con los derechos esenciales de las personas, porque simplemente los desplazan.

- **Inalienables:** Los derechos humanos son de tal naturaleza que ni su propio titular puede renunciar a ellos¹⁷.

La Defensoría del Pueblo de Colombia¹⁸, bajo la fundamentación en estudio, agrega las siguientes características de los derechos humanos:

- **Preexistentes:** los derechos humanos han surgido con anterioridad al derecho positivo y a la ley: aparecen con la persona y no son creados por las autoridades.

- **Limitados:** el ejercicio de los derechos solamente puede llegar hasta donde empiezan los derechos de otras personas o los intereses justos de la comunidad.

- **Inviolables:** si los derechos son vulnerados o amenazados se comete un acto injusto.

Valoración Crítica.

El iusnaturalismo es la escuela de fundamentación con mayor antigüedad. Reivindica los derechos humanos desde el derecho natural que corresponde a la naturaleza humana, pasando a la teoría de los derechos subjetivos, a las facultades de los sujetos, a los valores. Sus aportes son evidentes en las declaraciones de derechos de la ilustración y en la época contemporánea, donde esos derechos que hacen parte de la esencia de la persona deben ser reconocidos por el ordenamiento jurídico, éste en ningún caso puede des-

conocerlos, por tratarse de derechos naturales inherentes al ser humano.

Las críticas al iusnaturalismo se dirigen a cuestionar los conceptos de ley natural, estado de naturaleza y naturaleza humana, por considerarse vagas, extensas. Sus principios frente al desarrollo histórico de los derechos humanos es difícil de mantener, lo mismo que apelar a los catálogos rígidos de derechos con una mirada individualista. Por último hay quienes consideran que la única fundamentación acertada es ésta, descalificando a aquellos que defienden otros postulados.

Paradigma o Escuela Positivista o Teoría Jurídica

La justificación de los derechos se debe buscar en el ordenamiento jurídico que consagra los derechos humanos. Las leyes son la expresión de la voluntad popular, esa voluntad se concreta jurídicamente y es soberana; *"las leyes obligan al cumplimiento, en virtud de la coacción"*. La pretensión de fundamentar los derechos humanos en forma distinta conduce a negar la legítima soberanía del pueblo. *"Éste, en efecto, es el único que decide democráticamente los dere-*



¹⁷ LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos, en Daza, Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 4, Alicante, 1987

¹⁸ Nueve Cuestiones Básicas sobre Derechos Humanos, Preguntas y Respuestas, 1994.

chos, tanto personales, como de carácter social, que convienen al recto funcionamiento de las instituciones que miran al bien común. Sólo así queda salvaguardada la libertad, como supremo valor de la persona²¹.

Agrega el profesor Salvador Vergés, que el hombre tiende a asociarse para constituir la sociedad civil, con poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. El consenso fundamenta los derechos humanos, como ejercicio ordinario del poder soberano, a través de sus representantes elegidos democráticamente. Refiriéndose a Kant, señala que todo ser racional como fin en sí mismo, debe considerarse como un legislador universal con respecto de las leyes a que debe someterse, pues sus máximas tienen precisamente el carácter de formar una legislación universal²⁰.

Las constituciones políticas en la mayoría de Estados del mundo, como expresión del consenso y la democracia, recogen los derechos del hombre, plasmando de ésta manera el querer o el sentimiento popular, en un ordenamiento que brinde seguridad jurídica, permanencia, es un poder propio del pueblo y lo ejerce por medio de sus representantes.

El profesor Gregorio Peces-Barba, sostiene que el reduccionismo positivista puede ser teórico o práctico. El primero, considerado como propio, estima que los derechos sólo existen por su creación en el Derecho Positivo, postura contraria a la defendida por el iusnaturalismo. Los derechos son expresión del soberano, de la voluntad general fuente de su positividad y de su moralidad. El segundo, llamado práctico o impropio, busca la utilidad de los derechos, la protección de los individuos, por las sociedades democráticas estatales y la comunidad internacional.

Se dan por sentadas unas bases teóricas universales sobre el consenso en materia de derechos humanos, como ocurre con la Declaración de la ONU de 1948, por tanto urge la necesidad de proteger los derechos humanos, hay un afán de garantía, práctico y no de justificación, tal es la posición de N. Bobbio²¹, para quién, según Eusebio Fernández, el fundamento de los derechos humanos está resulto, lo cual es ingenuo.

También, Peces-Barba considera que Bobbio, se convierte en el teórico y justificador del reduccionismo impropio; añadiendo que autores como Kelsen dan argumentos teóricos para no ocuparse de la fundamentación; y que Ross, Hobbes, Hume, M. Weber, conducen al reduccionismo positivista al negar la posibilidad de una fundamentación.

Valoración Crítica.

En la época contemporánea el reconocimiento jurídico de los derechos humanos por parte de los Estados, la existencia de organismos e instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, son una realidad, desconocer su vigencia o hacer una separación entre la concepción filosófica, ética de los derechos humanos y su garantía, resulta poco viable y si se quiere regresivo. Refuerza esta situación la puesta en marcha hacia la universalización de los derechos, como un propósito común de las naciones del mundo. No obstante, consideramos que el problema de la fundamentación sigue latente, ya que se confunde la justificación racional de los derechos humanos con su garantía o protección, que son ciertamente espacios distintos, pero complementarios.

Dejar de lado la valoración sobre el fundamento de los derechos o suplirla con la decisión del soberano o de los representantes que se entiende actúan a nombre del pueblo o los asociados, plantea dificultades. Puede ocurrir que el propio ordenamiento jurídico desconozca atributos o bienes esenciales de la persona, en consonancia con el momento político que se esté viviendo. La razón de ser de los derechos humanos no se resuelve jurídicamente, los ordenamientos constitucionales son diversos, no hay un fundamento común aceptado por los Estados. *La constante violación actual de los derechos humanos muestra la falta de arraigo y la precariedad de esas convicciones generalmente compartidas; y la consiguiente necesidad de seguir argumentando a su favor²².*

Paradigma o Escuela Historicista.

Cierta parte de la doctrina considera que no hay una fundamentación nueva de los derechos hu-

²⁰ VERGÉS R, Salvador. Derechos Humanos: Fundamentación. Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

²¹ KANT, I. Fundamentación, mencionada por Salvador Vergés, Op.cit.

²² Presente y Porvenir de los Derechos Humanos: El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz, Ed. Gedisa, Barcelona, 1982.

²³ PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Ed. Tecnos, Madrid, 1984, mencionada por Eusebio Fernández, Op.cit.

manos en los autores historicistas, porque su intención se dirige a confrontar los postulados de la escuela iusnaturalista para restarle credibilidad y vigencia. Otro sector, estima que hay principios propios de la postura historicista, dándole identidad como escuela o paradigma de fundamentación, sus aportes permiten superar la concepción individualista de los derechos humanos, poniéndolos en el contexto social y cultural, en el estadio de la satisfacción de las necesidades de las personas.

La visión histórica de los derechos humanos nutre a la fundamentación historicista, pero son distintas porque la primera se refiere al trasegar, a la evolución de los derechos y la segunda es una postura para discutir sobre su naturaleza con base en la historia de los pueblos y sus gentes. El

historicismo no admite que los derechos humanos hagan parte de la naturaleza invariable del hombre, en sentido amplio puede decirse que no nacen ni son inherentes al ser humano, sino que se fincan en las necesidades humanas y en la satisfacción de las mismas. Se parte del hombre poseedor de una dignidad humana, entendido como principio y fin, pero con unos valores que van a depender de la sociedad, del reconocimiento que otros sujetos hagan de ellos.

Los postulados del derecho natural y el estado de naturaleza, como un orden establecido e inmediato, son calificados como ambiguos por los historicistas, quienes en sentido contrario le dan un carácter de construcción social, como producto de un proceso civilizador y no del estado primigenio del hombre, *"haríamos mal en apelar a esta condición de animalidad para buscar la fuente de los derechos y las obligaciones. La naturaleza no conoce ni normas, ni leyes; y el animal es en verdad inocente en el sentido que*

*no es ni bueno ni malo"*²³, así lo refiere el profesor Papacchini haciendo alusión a Hegel, acerca de la génesis del eterno mito del hombre por medio del cual él llega a ser hombre - mito de la caída -.

Los pueblos, las comunidades, sus afectaciones sociales, son histórica y culturalmente diversos, por tanto los derechos de las personas no pueden tener un carácter de universalidad e inmutabilidad, son relativos y cambiantes, considerar que los derechos humanos nacen con las personas o los tiene desde la primera naturaleza, resulta ambiguo. El ser humano no nace libre ni con derechos, la naturaleza inmediata es animal, impera la fuerza y le ofrece resistencia, el supuesto de la armonía del estado natural es una ficción. El hombre con su trabajo y su lucha transforma la naturaleza, crea las condiciones sociales propicias para lograr su reconocimiento, es así como se consigue los derechos y la libertad.

No hay por tanto derechos anteriores y superiores a la sociedad, los derechos se originan en la sociedad, en sus procesos de construcción de cada espacio histórico y cultural, reafirmando su carácter relativo, que se contraponen a la universalidad preconizada por el iusnaturalismo. Los derechos humanos se sustentan en las necesidades de las personas y en la búsqueda de su satisfacción, son valores sociales, fines y aspiraciones perseguidos por las comunidades.

Valoración Crítica.

Dentro de los aportes de la escuela historicista está el haber superado la concepción individualista de los derechos humanos, lo que permite ampliar el contexto de los derechos al campo

²³ PAPACCHINI, Angelo. Op. Cit.

del hombre en sociedad. Ciertamente hay una mayor amplitud de los catálogos de derechos desde su construcción histórica, como dan cuenta los derechos cívico-políticos y los económicos, sociales y culturales.

Hay una importante contribución para el debate de la universalidad de los derechos desde el historicismo, pues la permanencia e inmutabilidad de los derechos y el origen único de los mismos ha resulta históricamente insalvable. También se supera la concepción del origen divino de los derechos y del mundo, pero preservando al hombre como titular de una dignidad que lo identifica en sí mismo.

En cuanto a la relatividad de los derechos hay serios reparos, pensar que derechos como la vida, la integridad, la libertad de conciencia dependen de la historia y la cultura de los pueblos, o del reconocimiento que otras personas hagan de ellos es bastante peligroso. Se suscita una contradicción, ¿los derechos fundamentales pueden ser relativos?

La crítica a los derechos naturales y al iusnaturalismo no puede hacerse en general, hay derechos de construcción histórica y hay derechos del hombre en la historia; pero es pertinente también distinguir entre el iusnaturalismo clásico, grecorromano, escolástico, de posiciones ciertamente radicales y el iusnaturalismo moderno, de derecho subjetivo, con representantes como Grocio, Locke, Kant. Es clara la contribución que el iusnaturalismo racionalista hizo a las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII, se trata de un nuevo orden el orden jurídico natural que se sustenta en el derecho natural, distinto al derecho positivo.

Paradigma Utilitarista.

El utilitarismo representado por Jeremias Bentham y John S Mill, constituye una alternativa a la teoría de los derechos, mas que a su justificación. Su aporte con respecto a la promoción y realización de los derechos se materializó en el trabajo que realizaron para evitar el sufrimiento inútil de las personas, aliviar las condiciones de los presos, instaurar

procedimientos prontos e imparciales, promover las políticas sociales y de bienestar. Bentham, criticó la concepción de los derechos naturales anteriores al orden social y los derechos naturales imprescriptibles, como sin sentidos. Sustenta su concepción del hombre sobre un principio: la mayor felicidad para el mayor número como medida de lo justo y lo injusto²⁴.

Mill ha intentado justificar los principales derechos humanos como la mayor felicidad y placer para el mayor número de personas, pero no meramente cuantitativo, al contrario, debe tenerse en cuenta la calidad intrínseca de las diferentes clases de placer. "La calidad de los diferentes placeres, que se mide en la relación con el desarrollo cultural de la humanidad y que tiene en cuenta las facultades y capacidades más específicas del ser humano: por encima de los placeres inmediatos de los sentidos, que el hombre comparte con los animales, se imponen <los placeres del intelecto, de los sentimientos y de la imaginación, de los sentimientos morales>, que poseen un valor mucho más elevado que los placeres ligados con la pura sensación"²⁵. Mill es un defensor decidido de la libertad individual: la conciencia, la expresión y la autodeterminación para que cada individuo realice su propia vida de manera original.



²⁴ BENTHAM, Jeremias, Fragmento sobre el Gobierno. Aguilar., Madrid, 1973, mencionado por Angelo Papacchini, Op.cit.

²⁵ MILL, John Stuart, El Utilitarismo. Alianza Editorial, Madrid, 1984, mencionado por Angelo Papacchini, Op.cit.

Valoración Crítica

Las contribuciones del utilitarismo para evitar el sufrimiento, el mayor grado de bienestar y de libertad para las personas, sus aportes al derecho penal, la oposición a la pena de muerte y considerar que el trabajo filosófico debe ser un compromiso práctico al servicio de los intereses y del bienestar de la comunidad, son muy importantes, no obstante, la libertad y la dignidad no constituyen unos bienes prioritarios, ya que el argumento de la felicidad para el mayor número de personas es el que prima, no los principios en si mismo considerados. Del mismo modo, los argumentos utilitarios pueden entrar en contraposición con bienes fundamentales de las minorías.

Escuela Ética, Axiológica o Valorativa.

Sostiene que el origen de los derechos humanos no puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico, su fundamento por tanto tiene que ser ético axiológico o valorativo, en torno a las exigencias de dignidad humana. Para Carlos Santiago Nino, los derechos individuales son los derechos morales que los hombres tienen por el solo hecho de ser hombres, son exigencias éticas y por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho, independientemente de las contingencias históricas o culturales²⁶.

Los postulados de la Escuela Ética los podemos resumir así:

- *Derechos morales: doble vertiente la ética y la jurídica.*
- *Origen de los derechos previo a lo jurídico.*
- *Exigencias derivadas de la dignidad humana*
- *Valores elevados a una categoría jurídica, dinámica abierta a las exigencias históricas.*

- *No hay una única fundamentación ética válida, con excepción del principio de dignidad humana.*
- *Sobre la razón de ser, por su misma racionalidad, se refiere a los valores de seguridad, la libertad y la igualdad.*
- *Se trata de exigencias no absolutas, históricas, racionales, cuya única excepción es la vida.*

Valoración Crítica

Su solvencia como escuela se ha criticado, porque se dice que no tiene principios y sustento propio sino que se constituye en una mixtura entre la Escuela de fundamentación iusnaturalista y el positivismo jurídico. Para otros representa, el desarrollo contemporáneo del iusnaturalismo. Se sostiene, que su acepción derechos morales, no dilucida, todo lo contrario es un término reciente que confunde y que requiere de muchas explicaciones, entre otras razones porque parece no abarcar a los derechos de desarrollo histórico, a los económicos o prestacionales, solo a aquellos derechos inherentes a las personas reconocidos por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, hay discernimientos a los que me voy a sumar, cuando se dice que la escuela ética ha logrado superar las barreras del permanente enfrentamiento entre el iusnaturalismo clásico y el positivismo, pues se ha considerado tradicionalmente que sus principios son irreconciliables, excluyentes, pues bien, la fundamentación ética, propende por varias fundamentaciones éticas, teniendo a la dignidad humana como principio esencial, reconociendo que los derechos humanos actualmente no pueden separarse del ordenamiento jurídico justo, dada la necesidad de su protección.

De las acepciones

La denominación derechos humanos, es hoy la más conocida y generalizada para referirse a los

²⁶ INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO, Cap. VII, LA VALORACIÓN TOTAL DEL DERECHO, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, mencionado por Eusebio Fernández, Op. Cit.

atributos, a las cualidades, a aquellos bienes morales, de desarrollo histórico y contractuales que se explicitan en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la tendencia hacia la universalización y la búsqueda de su aceptación lo más generalizada posible, no conlleva forzosamente a dejar superada la discusión sobre la pertinencia del término, o de su significación, sobre aquello que se considera esencial a la persona o para la persona humana. Así tenemos que el término derechos humanos, implica doble connotación, los derechos como reconocimiento jurídico y a la vez lo derechos como categoría moral que no dependen de ese reconocimiento positivo. "Estamos ante un caso de polisemia lingüística, de una palabra que pertenece al lenguaje natural, pero que además tiene un significado específicamente jurídico"²⁷.

Ahora bien, como la pretensión no es evaluar con que posición doctrinaria me identifico, voy a continuar describiendo las acepciones o significados, apoyándome en Peces-Barba, sobre eso que actualmente se conoce como derechos humanos, que es una expresión moderna como veremos.

Los llamados **derechos naturales**, es un término que se identifica con la posición iusnaturalista clásica, se utilizó también para referirse a los derechos del hombre especialmente en las primeras declaraciones liberales del siglo XVIII, americana y francesa. Se identifican también con los llamados derechos innatos, como se ve en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, junio 12 de 1776; o derechos inalienables, conforme lo consagra la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de julio 4 de 1776; de derechos naturales, inalienables y sagrados la Declaración



francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, donde a la vez se refiere a los derechos del hombre. De los derechos naturales también da cuenta el iusnaturalismo racionalista de J. Locke y la ilustración. Se ha acudido a los derechos naturales, con una ideología conservadora, para oponerse al poder del Estado y al derecho emanado de éste.

Los **derechos públicos subjetivos**, se inscriben en las acepciones del derecho, término moderno y técnico. Se creó en la escuela del derecho público alemán en el siglo XIX, se constituyen en la especificidad de

los derechos subjetivos, en el individualismo positivista, dentro del contexto del antropocentrismo. Jellinek, aplicó en el derecho público, a través de la teoría del status, situaciones creadas por el derecho objetivo, de donde devienen los derechos públicos subjetivos. El término enmarca a los derechos como límites al poder, exigibles ante las autoridades, pero no entre particulares. Ello ha traído limitaciones y críticas para su utilización como categoría que en el mundo del derecho pretende reemplazar al concepto de derechos humanos. Reacciones como las del normativismo Kantiano sugieren alejarse del término

porque ofrece dificultades en cuanto a la reflexión y práctica de los derechos humanos.

Las **libertades públicas**, término propio de la doctrina francesa y del positivismo, frente a los llamados derechos del hombre del iusnaturalismo, en la tradición revolucionaria de 1789. Con menor acento jurídico que los derechos públicos subjetivos, el término libertades se usa junto a los términos privilegios, derechos y franquicias, siglos XVI y XVII. Se referían a los derechos de los gremios, de los habitantes

²⁷ SOURIOUX, J.L. y LERAT, T.P. *Le langage du Droit*. Referenciado por Gregorio Peces-Barba, Op.Cit., Ed. Gedisa, Barcelona, 1982.

de las ciudades, de las órdenes sociales y posteriormente en la modernidad a los derechos individuales. Con mayor utilización hasta el siglo XVIII que la expresión derechos humanos, las libertades públicas se identifican con un grupo de derechos los se autonomía, que suponen la creación por el derecho de un espacio para la libre acción de la voluntad. Ello implica una limitación para derechos como los de participación o los económicos que no se ajustan a éste término. Se ubica en la filosofía liberal, referida a los derechos civiles individuales.

De los conceptos

- Los derechos humanos son todos aquellos atributos y facultades que permiten a la persona reclamar cuanto necesita para vivir de manera digna y cumplir con los fines propios de la vida en comunidad. Vivir dignamente supone que la persona pueda exigir para sí bienes espirituales (vgr. la educación y la cultura), bienes materiales (vgr. el vestido o el alimento) y otros que tienen una expresión física en el espacio y en el tiempo (vgr. la circulación). La vida en comunidad impone a la persona el deber de respetar los derechos de los demás: cada uno tiene la obligación de permitir que los otros vivan igualmente de manera digna. Los derechos humanos pertenecen a todas las personas por el único hecho de ser miembros de la familia humana. (Defensoría del Pueblo de Colombia. Plegable. Nueve Cuestiones Básicas sobre Derechos Humanos, 1994).

- Los derechos humanos son reivindicaciones de unos bienes primarios considerados de vital importancia para todo ser humano, que concretan en cada época histórica las demandas de libertad y de dignidad. Estas reivindicaciones van dirigidas en primera instancia al Estado, y están legitimadas por un sistema normativo o simplemente por el reconocimiento de la comunidad internacional. (Angelo Papacchini. Filosofía y Derechos Humanos. Editorial Facultad de Humanidades U. del Valle, Colombia, 1995).

- Los derechos humanos suelen venir entendidos como un 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 los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. (Antonio Pérez Luño. Los Derechos Fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid, 1993).

- Son aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana, y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero esencialmente de quienes están constituidos en autoridad. (Salvador Vergés Ramírez. Derechos Humanos: Fundamentación. Ed. Tecnos, Madrid, 1997).