

SOBRE EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Rodrigo LABARDINI*

No great improvements in the lot of mankind are possible, until a great change takes place in the fundamental constitution of their modes of thought.**

It is often stressed that the idea of human rights is of recent origin, and that this is enough to dismiss its claims to timeless validity. In its contemporary form, the doctrine is certainly new, though it is arguable that it is a modern version of the natural law theory, whose origins we can trace back at least to the Stoic culture. There is no substantial difference between proclaiming "the right to life" and stating that natural law forbids killing. Much as the concept may have been elaborated in the philosophy of the Enlightenment in its conflict with Christianity, the notion of the immutable rights of individuals goes back to the Christian belief in the autonomous status and irreplaceable value of the human personality.***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La naturaleza de los derechos humanos*. III. *El contenido de los derechos humanos*. IV. *La justificación de los derechos humanos*. V. *El fundamento de la idea de los derechos humanos*. A. *Los orígenes*. B. *La tesis naturalista*. C. *La tesis del acuerdo social*.

* Las opiniones expresadas son de carácter estrictamente personal y no deberán entenderse que necesariamente reflejan las de las instituciones con las que se encuentra vinculado.

** John Stuart Mill, *Autobiografía* (1873), cap. 7.

*** Leszek Kolakowski, *Modernity on Endless Trial*, 1990, p. 214.

D. *El hombre como agente (moral)*. E. *Sobre quiénes detentan derechos humanos*. VI. *Las críticas a la teoría natural y al acuerdo social*. A. *El utilitarismo*. B. *Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos*. C. *El escepticismo sobre los derechos humanos*. D. *La política como fundamento de los derechos humanos*. VII. *La función internacional de los derechos humanos*. A. *Derechos humanos y soberanía*. B. *Derechos humanos como agenda mundial*. C. *Derechos humanos como estándar internacional*. D. *Derechos humanos como movimiento internacional*. VIII. *La función nacional de los derechos humanos*. IX. *Comentarios finales*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN¹

Pocos días pasan sin que los derechos humanos sean noticia en el mundo. Constantemente sabemos de ellos en radio, prensa o televisión, así como en conversaciones cotidianas. Los conceptos mismos de “derechos humanos”, y de “violación (grave o no) de los derechos humanos” (y la consecuente importante carga moral de reprobación) han adquirido cada vez mayor aceptación y son constantemente usados por personas o grupos de diferentes comunidades y sociedades y la población en general. Las diversas orientaciones políticas de quienes esgrimen dichos conceptos (muchas veces opuestas entre sí), así como sus ideologías, aluden a los estándares morales más elevados que gobiernos e individuos por igual deben procurar respetar y promover.

La idea de “derechos humanos” cuenta ya con alas propias. Ha encontrado su propio nicho en el mundo y constantemente se nos recuerda de su importancia. Está directamente vinculada con dos problemas fundamenta-

¹ A fin de facilitar la lectura y evitar constantes repeticiones de los distintos instrumentos internacionales que se mencionan en el presente opúsculo, habremos de utilizar las siguientes siglas y abreviaciones, además de las expresamente indicadas en el curso del trabajo. CADH: Convención Americana de Derechos Humanos, Carta de Banjul: Carta Africana sobre Derechos del Hombre y los Pueblos, CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos [Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales], DADDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDP: Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos [Declaración de Algeria], PDCP: Pacto de Derechos Cíviles y Políticos, PDESC: Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PSS: Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

les de nuestros tiempos:² democracia y paz.³ Valga recordar que la DUDH señala en su primer considerando que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Cotidianamente escuchamos sobre actos realizados por individuos en defensa de sus derechos humanos: ciudadanos inermes enfrentando tanques y grupos militares en distintas regiones del orbe, monjes protestando porque sus costumbres son perturbadas por extranjeros, protestas por desapariciones forzadas, víctimas kurdas de ataques químicos iraquíes mostrando sus lesiones a Médicos por los Derechos Humanos.⁴ El hecho de que crecientemente, y que cada vez de manera más normal y rutinaria, clasificamos dichos actos como un problema de derechos humanos no sólo nos vuelve a todos filósofos morales sino que también muestra que nos acercamos al siglo XXI con un concepto que moldeará las aspiraciones mundiales.

Así, los derechos humanos pueden estar siendo utilizados (que no su esencia) para cumplir con diversas agendas políticas, sociales, culturales, internacionales o morales. (Esto podría apuntar a que al emitir un juicio sobre conductas ajenas, puede sólo buscarse la mera reprobación o censura moral, o bien puede pretenderse sentar las bases para intervenir directa o indirectamente en terceras comunidades y así justificar las acciones que se adoptan para acallar la conciencia de quienes exponen las violaciones. En otras palabras, ¿es el concepto de “derechos humanos” un argumento político frente a los “otros”?)

El ingenio y la capacidad del ser humano no tienen límites. Bien orientados habrán de superar cualquier objetivo que se propongan. Desdichadamente, este potencial en ocasiones se desvía y con el tiempo se han desarrollado nuevos métodos y formas más eficaces para causar daño a otros

² El reconocimiento y la protección de los derechos humanos son la fundación sobre la que descansan las instituciones democráticas. La paz es un prerequisite para la efectiva protección de los derechos humanos en los Estados y el sistema internacional. Cfr. Norberto BOBBIO, *I diritti dell'uomo, oggi*, en *ATTI DELL'ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI*, vol. CCCLXXXVIII, no. IX, serie 2 (1991), pp. 55-64, reproducido como *Human Rights Today* en Norberto BOBBIO, *THE AGE OF RIGHTS*, Polity Press, Cambridge, 1996, pp. 61-72.

³ Recuérdese a Marco Tulio CICERÓN: *Silent enim leges inter arma* (las leyes se encuentran silentes en tiempos de guerra), en *Pro Milone*, cap. 11.

⁴ *Physicians for Human Rights*.

seres humanos. Entre actos de tortura utilizados en la historia podemos mencionar la flagelación, las quemaduras de piel por cigarrillos o líquidos o ácidos hirvientes y la extracción de uñas. Otros involucran el temor de las víctimas, como la inmersión prolongada de la cabeza en líquidos (los errores de cálculo siendo fatales) y la celebración de ejecuciones falsas. Unas más usan elementos modernos, incluso designándolas con motes, como "El Esclavo Negro" (sentar y amarrar a la víctima en un aparato que al ser conectado inserta en el ano un artefacto metálico previamente calentado al rojo vivo) o "La Alfombra Mágica" (amarrar a la víctima a una madera con forma de silueta humana y golpear o aplicar electricidad sobre todo el cuerpo).⁵ De igual manera leemos de personas severamente golpeadas en sus genitales, donde el agresor manifiesta una convicción sin par por vejar y lastimar a su víctima, haciendo gala de su "oficio" y capacidad de tortura.⁶

La repulsión que sentimos ante la descripción de hechos tan brutales es muchas veces el comienzo para comprender qué son los derechos humanos. Frente a torturas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones y prisión arbitrarias, actos tan moralmente reprobables, parece que se comete un acto perverso al intentar averiguar por qué los seres humanos no deben ser víctimas de tales ultrajes. Y, sin embargo, al redactar los textos internacionales de derechos humanos frecuentemente se ha estimado necesario especificar que varios de los derechos consignados no pueden ser objeto de derogación en cualesquiera circunstancias. Los derechos humanos inderogables⁷ (derecho a la vida, prohibición de tortura y castigos crueles, inhumanos y degradantes, prohibición de esclavitud y no-retroactividad de la ley)⁸ son expresión de la intención por definir un mínimo básico y esencial, incluso en términos de derecho positivo (nacional e internacional), para fomentar el respeto a la persona y dignidad humanas.

⁵ HUMANA, Charles, *Surveying Human Rights In Third World Affairs*, en THIRD WORLD AFFAIRS, 1985, Third World Foundation, Londres, 1985, p. 135.

⁶ "I am determined ... to destroy your manhood, those dirty testicles that make you feel like a small bull. ... If you are alive tomorrow morning", shouted the captain self assuredly, 'then we don't know our job'. Tshenuwani Simon FARISANI, DIARY FROM A SOUTH AFRICAN PRISON, Fortress Press, Filadelfia, 1987.

⁷ *Droits intangibles o non-derogable rights*.

⁸ Estos derechos se encuentran consignados, entre otros, en los artículos 4-PDCH (en relación con los artículos 6, 7, 8, 11, 15, 16 y 18), 15-CEDH (en relación con los arts. 2, 3, 4 y 7), 27-CADH (en relación con los arts. 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18), 4 del Protocolo 7 de la CEDH, 2 de la Convención ONU contra la Tortura, y el art. 3 común de las Convenciones de Ginebra.

Frecuentemente indicamos que dichos actos se encuentran prohibidos por ley. Pero si la ley (o práctica social) permitiera o tolerara dichos actos, ¿qué podría argüirse en su contra? ¿Podemos apelar a estándares éticos superiores para juzgar a gobiernos e individuos por igual?⁹ ¿Son los derechos humanos esos estándares éticos superiores con los que juzgamos a otros (o los elementos para acallar el dolor ante injurias ajenas, que sufren una o varias personas)?

Pese a algunas opiniones disidentes,¹⁰ observamos con frecuencia que se considera una premisa del discurso de derechos humanos que se trata de derechos universales, es decir, que toda persona goza de ellos por igual sin importar la época o sociedad en que se desarrolle y que las personas normalmente disfrutan de esas facultades por virtud de su humanidad, por ser seres humanos.¹¹ Punto distinto es si son absolutos,¹² es decir, si todos o sólo algunos admiten limitaciones en su ejercicio.¹³

⁹ Recuérdese que Sófocles en sus tragedias *Antígona* y *Ajax*, destaca que por encima de las leyes de los hombres están las leyes de los dioses. En *Ajax*, leemos que Odiseo dice a Agamenón (sobre el entierro del enemigo): "Escuchad entonces. No lancéis el cuerpo de este valiente hombre sin enterrar; no seáis tan duros en nombre de los dioses. La venganza no os debe gobernar tanto que pisotéis el derecho. ... estaría mal en hacerle daño; al actuar así [no enterrando al enemigo] no lo estarían injuriando, sino a las leyes de los dioses. Es rastrero injuriar a un valiente que yace muerto, aun cuando hubiera sido tu enemigo". *Ajax*, en Mortimer ADLER (editor en jefe), GREAT BOOKS OF THE WESTERN WORLD, t. 4, AESCHYLUS — SOPHOCLES — EURIPIDES — ARISTOPHANES, Enciclopedia Británica, Chicago, 1990, pp. 189-194 (traducción del autor) [t.a.]. *Antígona* rechaza las leyes de los hombres indicando: "Para mí no fue Zeus quien dictó esa orden. ... Ni tampoco pensé que tus órdenes fueran tan imperativas que tú, un hombre mortal, pudieras atropellar las leyes no escritas e infalibles de los dioses". *Antígona*, en ADLER, *op. cit.*, p. 164 [t.a.].

¹⁰ Cfr. LINDHOLT, Lone, QUESTIONING THE UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS, Ashgate, Dartmouth, 1997. La mayoría de los argumentos esgrimidos son de corte relativista cultural y social (ver *infra* el apartado Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos).

¹¹ Cfr. HENKIN, Louis, *The Age of Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1990, pp. 1-10. "Traditionally, human rights have been thought of as those ethical rights every human being must possess simply because he or she is human". Carl WELLMAN, *A New Conception of Human Rights*, en E. Kamenka y A. S. Tay (editores), HUMAN RIGHTS, St. Martin's Press, Nueva York, 1978.

¹² La conclusión de Michael PERRY (THE IDEA OF HUMAN RIGHTS, FOUR INQUIRIES, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 87-106) es mixta: "aun cuando ningún derecho humano es, como derecho moral, absoluto, algunos derechos humanos, como derechos subjetivos internacionales, deben ser —y, felizmente, son— absolutos", p. 106 [t.a.].

¹³ La terminación o suspensión de un tratado por incumplimiento no se aplica a la protección de la persona en tratados humanitarios. Art. 60, Convención de Viena sobre el

Desafortunadamente, pese a la recurrente alusión a “derechos humanos”, difícilmente se entiende con cabalidad su significado y por qué resultan ser tan importantes en la sociedad contemporánea, sobre todo en el pensamiento occidental.¹⁴ Adicionalmente, no podemos negar que el término “derechos humanos” puede ser utilizado con fines diversos (pero que no por ello los derechos humanos pierden su esencia).

El presente trabajo es el primero de cuatro¹⁵ para intentar definir si los particulares, las personas físicas como tales (sin estar envueltas de un aura de carácter público o autoridad), pueden violar derechos humanos. Ello surge porque la figura de la autoridad es un elemento recurrente en toda discusión sobre derechos humanos y su violación.¹⁶ Constantemente se le exige que repare injusticias (realizadas por comisión u omisión suya o de terceros), y moral y políticamente se le reprueba por cometer actos moralmente reprobables, por no impedirlos o no repararlos. Pese a ello, si los derechos humanos son universales y todo ser humano los posee, se violan no por una acción (u omisión) de la autoridad, sino por situaciones creadas por cualquier persona, pública o privada, física o moral, legalmente reconocida o no. “Los derechos humanos de la persona a libertad y bienestar se violan seguramente en igual medida, aunque posiblemente de manera menos poderosa e irrevocable, si uno es secuestrado y detenido para pedir rescate, que si estuviera uno sujeto a aprisionamiento injusto; y la tortura por una persona física privada infringe los derechos humanos de una persona tanto como la tortura cometida por un agente del Estado.”¹⁷

Derecho de los Tratados [1969] y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales [1986]. Por otra parte, sobre derechos inderogables véase Daniel Prémont, Christian Stenersen, Isabelle Oseredczuk (editores), DROITS INTANGIBLES ET ÉTATS D'EXCEPTION / NON-DEROGABLE RIGHTS AND STATES OF EMERGENCY, Association de consultants internationaux en droits de l'homme, Établissements Émile Bruylant, Bruselas, 1996.

¹⁴ Como lenguaje fundamental de un sistema jurídico, político y moral, “derecho” surge y es asociado primordialmente con la tradición del liberalismo occidental. Cfr. Charles TAYLOR, *Human Rights: The Legal Culture*, en UNESCO, PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF HUMAN RIGHTS, 1986, pp. 49 y siguientes, y Henry STEINER y Philip ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 187.

¹⁵ Forma parte los trabajos de investigación realizados en el marco del Programa de Maestría en Derecho de la Universidad Iberoamericana.

¹⁶ Ver Karl KLARE, *Legal Theory and Democratic Reconstruction*, 25 UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA LAW REVIEW 69 (1991), pp. 97 y siguientes.

¹⁷ Alan GEWIRTH, *The Basis and Content of Human Rights*, en Roland Pennock y John Chapman (editores), NOMOS XXIII: HUMAN RIGHTS, New York University Press, Nueva York, 1981, pp. 119-147, reproducido en Morton Winston, THE PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS, Wadsworth Publishing Company, Belmont, California, 1989, pp. 195-196 [t.a.].

II. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Expresar que el ser humano goza de derechos naturales significa definir dos pilares sobre la relación del individuo con la sociedad. Primero, al destacar a la persona frente a la sociedad y el Estado (u organización política), hace que las relaciones políticas y sociales no sean exclusivamente vistas desde la óptica gubernamental. Segundo, subraya que los derechos anteceden, en importancia (y jerarquía), a los deberes y obligaciones en las relaciones jurídicas, morales y sociales (aunque no por ello se implica la eliminación del deber).¹⁸

Generalmente entendemos que “derecho humano” significa un tipo de “derecho moral”¹⁹ universal que pertenece por igual a todos los seres humanos por el simple hecho de que *son* seres humanos.²⁰ Aquí, distinguimos “derecho moral”²¹ de un derecho subjetivo.²² Éste es la facultad del sujeto con personalidad jurídica; facultad que se encuentra reconocida, protegida y exigible (incluso compulsivamente) conforme al orden jurídico vigente.

Un derecho moral es “(1) el fundamento racional de una reclamación justificada (2) de que el disfrute actual de una sustancia (3) requiere estar socialmente garantizado contra las amenazas normales”.²³ Si bien las relaciones jurídicas normalmente reflejan contenidos morales, los “derechos morales” generalmente no están protegidos por el derecho.²⁴ Sin embargo,

¹⁸ Cfr. BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 2.

¹⁹ “...los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho”, FERNÁNDEZ, Eusebio, TEORÍA DE LA JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 107.

²⁰ WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 7.

²¹ Cfr. Eusebio FERNÁNDEZ, *Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos*, en Javier MUGUERZA, EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS, Ed. Debate, Madrid, 1989, pp. 155-162.

²² Cfr. Roberto VERNENGO, *Los derechos humanos y sus fundamentos éticos*, y Alfonso RUIZ MIGUEL, *Los derechos humanos como derechos morales, ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa?*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 327-343 y 321-326, respectivamente.

²³ SHUE, Henry, BASIC RIGHTS: SUBSISTENCE, AFFLUENCE AND U.S. FOREIGN POLICY, Princeton University Press, 1980, cap. 1 [t.a.].

²⁴ Recuérdese que existen cuatro tipos de normas: religiosa, social, moral y jurídica. Si bien en ocasiones reflejan el mismo contenido y prescriben la misma conducta, no son idénticas. Cfr. Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, LECCIONES DE FILOSOFÍA DE DERECHO, UNAM, México, 1986, pp. 65-133.

el que no exista recurso jurídico para exigir una prestación u obligación moral, no significa que esta última no exista, ni que faltan mecanismos sociales para lograr su cumplimiento o reparación. De igual forma, tampoco quiere decir que los "derechos morales" carecen de cualidades imperativas u obligatorias. De hecho, los "derechos morales" expresan exigencias y restricciones morales a la acción (u omisión) de terceros.

Se afirma que existe un derecho cuando el bienestar de alguna persona amerita que otra persona esté obligada frente a ella.²⁵ Igualmente, se poseen derechos cuando se puede reclamar algo de alguien; relación definida (en términos jurídicos) por la legislación o (en términos morales) por principios de conciencia.²⁶ En este contexto, los derechos requieren al menos de cuatro elementos: contenido (el bien objeto de reclamo), un poseedor (quien goza del derecho), un destinatario (el obligado) y una fuente de validación (medio o entorno para exigir el reclamo).²⁷

Un derecho humano es un reclamo moral que cuenta además con un adecuado reconocimiento social.²⁸ En otras palabras, "derecho" es un reclamo y derecho moral que ha alcanzado cierta validación social: derechos (jurídicos) consignados en un sistema jurídico, o derechos humanos, que se reflejan en una opinión ampliamente difundida o asentada por el orden internacional.²⁹

Todo derecho surge en condiciones históricas específicas.³⁰ Son reclamos que han sido históricamente moldeados, formulados, concedidos o acatados por personas. En este sentido, podemos señalar un patrón evoluti-

²⁵ "X has a right" if and only if X can have rights, and other things being equal, an aspect of X's well being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty". RAZ, Joseph, *On the Nature of Rights*, en 93 *Mind* 194-214 (1984).

²⁶ FEINBERG, Joel, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, en William Blakstone (editor), *PHILOSOPHY AND ENVIRONMENTAL CRISIS*, University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1974.

²⁷ Estos elementos corresponden, *grosso modo*, a los datos formales y reales que detalla PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, *supra* nota 24, pp. 120-133.

²⁸ En este orden de ideas, un reclamo moral que carezca de sistema social (de validación) en que se le reconozca, podrá ser un reclamo legítimo, incluso moralmente condescendido, pero que no logra calificar como "derecho humano". Cfr. Rex MARTIN, *Human Rights and Civil Rights*, en *PHILOSOPHICAL STUDIES*, 31, núm. 4 (1980), pp. 391-403.

²⁹ KAMENKA, Eugene, *Human Rights, Peoples' Rights*, en James Crawford (editor), *THE RIGHTS OF PEOPLES*, 1988, p. 127.

³⁰ Miguel VILLORO TORANZO define derecho como un "sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica". INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, Ed. Porrúa, México, 1980, 4a ed., p. 127 (énfasis añadido).

vo de los derechos.³¹ Inicialmente se acepta que una necesidad o bien humano requiere de un patrón social (un referente) para su protección. El reclamo es convalidado por los dictados de conciencia de la población o un subgrupo (generalmente minoritario). Posteriormente, dichos reclamos, o en alguna forma "derechos adquiridos" en virtud de la reiterada exigencia, adquieren reconocimiento y aceptación social en la medida en que más personas del grupo social consideran que se trata de una exigencia moralmente válida porque el interés que promueve sirve para proteger, en última instancia, un interés y/o un valor. Luego pueden surgir movimientos sociales o políticos con el propósito explícito de reconocer y proteger dichos reclamos y terminar con lo que la población crecientemente considera una violación del incipiente "derecho". Para estos efectos, se instituyen los mecanismos y procedimientos necesarios para su protección. En este sentido, se considera que los derechos humanos son "un aglomerado de libertades éticas, reclamaciones, facultades e inmunidades que en conjunto constituyen un sistema de autonomía ética que el individuo posee como ser humano frente al Estado".³² Sólo hasta que la reclamación alcanza esta última etapa es que se convierte en derecho positivo.³³ Así, los derechos humanos aparecen 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".³⁴

³¹ "Claims are needs and demands in movement, and there is a continuous transformation, as a society advances [toward greater abundance] of economic and social claims into civil and political rights and not all countries or all claims are by any means at the same stage in the process". J. E. S. FAWCETT, *The International Protection of Human Rights*, en D. D. Raphael (editor), *POLITICAL THEORY AND THE RIGHTS OF MAN*, The Indiana University Press, Bloomington, Indiana (1967), pp. 125 y 128, citado en FEINBERG, *op. cit.*, *supra* nota 26.

³² WELLMAN, *op. cit.*, *supra* nota 11 [t.a.].

³³ Cfr. MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28. Una limitación a lo anterior consiste en que pareciera que el destinatario principal (o único) de los derechos humanos son las instituciones gubernamentales. Véase MARTIN, *op. cit.*, WELLMAN, *op. cit.*, *supra* nota 11, y Louis HENKIN, *International Human Rights as "Rights"*, en 1 *Cardozo Law Review* 425 (1979), reproducido en HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 31-41, y en Winston, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 129-145.

³⁴ Antonio Pérez Luño, DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, citado por Muguerza, *La alternativa del disenso*, en Muguerza, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 20-21 (énfasis en el original). Exigencias que Muguerza precisa son de carácter moral que pasarán a ser denominadas "derechos humanos" "una vez superada la reválida de su reconocimiento jurídico", p. 24.

De esta forma, vemos por qué los derechos (y en especial los “derechos humanos”) funcionan en el discurso político como elementos que vencen otras consideraciones.³⁵ Dado que las instituciones gubernamentales formulan y enmarcan las políticas sociales para promover el bienestar general (para maximizar el bien común o para satisfacer las preferencias de la *mayoría*),³⁶ nada parecería obstar para que la dignidad e igualdad de individuos o grupos minoritarios fueran sacrificados en aras del bien general o las preferencias mayoritarias. En este sentido, los derechos humanos funcionan como ases (o “triumfos”)³⁷ que impiden que la mera consideración de utilidad social baste para sobrepasar a los individuos y a los derechos individuales. Sin embargo, no por ello, los derechos humanos son absolutos y no pueden ser superados en cualesquiera circunstancias.³⁸

El problema radica entonces en determinar cuál es el derecho que debe prevalecer. Esta disyuntiva surge cuando los derechos son reconocidos por el sistema social, y en especial por la autoridad, así como al momento de su instrumentación. Pero, ¿cuáles deben ser los derechos que la autoridad reconozca? ¿Qué bienes e intereses deben proteger los derechos humanos? Un serio problema contemporáneo consiste en determinar cuál debe ser (o es) el contenido de los derechos humanos.

III. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho es una relación social,³⁹ y “no existe un Rubicón entre derecho y moralidad”.⁴⁰ Puede considerarse que los derechos humanos constituyen

³⁵ En forma similar a los “triumfos” (“trumps” en inglés) en juegos de naipes. Ronald DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978.

³⁶ Los derechos humanos “son la instancia legitimadora de los programas políticos”, Victoria CAMPS, *El descubrimiento de los derechos humanos*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 111.

³⁷ *Cfr. supra* nota 35.

³⁸ Los conflictos entre derechos específicos así como entre derechos e importantes intereses sociales tampoco serían fáciles de resolver. Valga recordar el dolor y dilema de Orestes: “... my murder of my mother was, I admit, a crime. But in another sense, since, by killing her, I avenged my father, there was no crime at all. ... What else could I have done? I had two duties, two clear choices, both of them conflicting. ... What could I do? Or was he competent to command a murder, but now incompetent to purge the guilt?”. Eurípides, *Orestes*, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, pp. 564-565.

³⁹ PRECIADO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, *supra* nota 24.

⁴⁰ BROWNLIE, Ian, *Causes of Action in the Law of Nations*, 50 *BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW* 13, 40 (1979) [t.a.].

el pináculo de la cima moral y/o jurídica.⁴¹ Sin tener una clara jerarquía entre sí, el derecho internacional ha reconocido algunos como inderogables.⁴²

Actualmente hablamos de una gran cantidad de derechos: a la salud, a la educación, al trabajo, etc. Igualmente nos referimos a derechos de padres respecto a sus hijos y viceversa, de creyentes y no creyentes, etc. Cómo decidir cuáles son los derechos que deben protegerse y qué medidas utilizar para determinar cuáles son más urgentes, son definiciones esenciales en todo sistema jurídico.

Al redactar la DUDH, individuos y gobiernos se enfrentaron a un dilema que históricamente no había surgido. En las constituciones y legislaciones internas, el propósito fue manifestar la expresión de los valores políticos fundamentales y los principios morales de una sociedad o Estado específicos, en tanto que reglas de gobierno de un Estado soberano. En 1947, la ONU encargó a la UNESCO elaborar una declaración *internacional* que reflejara un concepto de derechos humanos que lograra dar cabida a las diferentes creencias políticas, sistemas económicos y culturas de los Estados miembros de la ONU. La UNESCO estableció al efecto el Comité sobre Principios Filosóficos de los Derechos del Hombre. El Comité indicó que “una declaración internacional de derechos humanos debe ser la expresión de fe que debe mantenerse al igual que un programa de acciones a realizar”. El Comité no intentó resolver las diferencias filosóficas ni tampoco quiso llegar a un consenso doctrinal sobre derechos humanos, sino que procuró “descubrir los medios intelectuales para llegar a un acuerdo sobre derechos fundamentales y evitar las dificultades que pudieran surgir en la instrumentación”.⁴³ El Comité señaló que por razones prácticas, las definiciones de “derechos”, “libertad” y “democracia” debían utilizar términos intencionalmente ambiguos.

En la DUDH encontramos reflejadas diferentes orientaciones políticas.⁴⁴ En el modelo de Karel Vasak⁴⁵ se identifican las tres generaciones

⁴¹ *Cfr.* Theodor MERON, *On A Hierarchy of International Human Rights*, 80 *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 1 (1986).

⁴² *Cfr.* PRÉMONT, STENERSEN y OSEREDCZUK, *op. cit.*, *supra* nota 13.

⁴³ UNESCO, *HUMAN RIGHTS: COMMENTS AND INTERPRETATIONS*, A. Wingate, Londres, 1949, citado en WINSTON, *op. cit.*, *supra* 17, pp. 16-17 [t.a.].

⁴⁴ Una de las primeras objeciones que surgieron fue considerar que un instrumento internacional de derechos humanos, representaría una violación de la soberanía nacional.

⁴⁵ *A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, UNESCO COURIER (Nov. 1977), pp. 29-32.

(acumulativas) de derechos humanos:⁴⁶ 1) derechos civiles y políticos, con origen en el siglo XIX, que subrayan la prioridad de las libertades y facultades del individuo que le protegen de toda interferencia gubernamental,⁴⁷ 2) derechos económicos, sociales y culturales,⁴⁸ que surgen en este siglo,⁴⁹ y que destacan que los derechos tienen como propósito el proporcionar a los individuos los medios para evitar que sean privados de las necesidades materiales para sobrevivir,⁵⁰ y 3) derechos de solidaridad mundial,⁵¹ que nacen en las postrimerías del siglo XX, y que están referidos a derechos grupales y derechos de los pueblos.⁵²

Una de las preocupaciones al redactar la DUDH (y para estos propósitos la DADDH y la DUDP), fue tratar de encontrar una fórmula sobre la idea de derechos humanos que pudiera ser aceptable como universal, y no simplemente una expresión de derechos concebida en términos de los valores prevaletentes en los países de Europa Occidental y América.⁵³ La influencia de la sociedad sobre los individuos es innegable. Por ello, se ha considerado que los derechos de los seres humanos deben basarse en que la

⁴⁶ Cfr. asimismo Diego URIBE VARGAS, *LA TROISIÈME GÉNÉRATION DES DROITS DE L'HOMME ET LA PAIX*, Coopérative et d'Édition Mutualiste, París, 1985; Luis Miguel DÍAZ MÜLLER, *AMÉRICA LATINA, RELACIONES INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS*, FCE, México, 1986.

⁴⁷ Esta concepción de derechos humanos está basada en la doctrina liberal de los derechos del hombre que concibe a la persona como una entidad autónoma que posee derechos individuales.

⁴⁸ El PDESC y el PSS se encuentran entre los ejemplos internacionales más desarrollados.

⁴⁹ Sin embargo, C. J. FRIEDRICH muestra que algunos derechos económicos y sociales fueron conocidos en la Ilustración. Cita a Turgo y Robespierre refiriéndose al derecho al trabajo y presenta expresiones aludiendo a un derecho a la educación. *Rights, Liberties, Freedoms: A Reappraisal*, AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW, núm. LVII, 4 (Dic. 1963), en WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 128.

⁵⁰ Esta visión, basada en el marxismo, rechaza la previa y determina que no existen "derechos naturales" previos y en forma independiente a la sociedad, sino que es el Estado el que concede los derechos a sus ciudadanos.

⁵¹ Libre autodeterminación (económica y política), patrimonio común de la humanidad, preservación del medio ambiente y paz nacional e internacional.

⁵² Prescribe que los derechos no son posesión natural de los individuos ni son históricamente condicionados por los Estados. Derivan, más bien, de la relación entre individuos y las culturas en que se encuentran inmersos. Coloca gran énfasis en la relación del individuo con los grupos comunitarios tradicionalmente definidos y los "derechos" de estos grupos a una autodeterminación cultural.

⁵³ La consecuente vaguedad conceptual es el precio de la universalidad del acuerdo alcanzado sobre derechos humanos; precio que redundará en la dificultad de ponerlo en práctica.

personalidad del individuo sólo puede desarrollarse en los términos de su cultura social y, por tanto, que el respeto a las diferencias culturales debe ser un lineamiento esencial al formular cualquier declaración de derechos.⁵⁴ En otras palabras, los estándares y valores éticos son relativos a la cultura a la que pertenecen y, por tanto, pretender juzgar los valores de una cultura frente a los de otra, resulta contraproducente y mina la validez de la idea de los derechos humanos universales.

Admitir que existe una pluralidad de valores y concepciones morales básicos, así como el reconocimiento de una variedad de estos bienes e intereses protegidos por los derechos humanos ha derivado en una sorprendente proliferación en el número de derechos humanos.⁵⁵ Este crecimiento ha sido criticado indicando que el resultado es debilitar y minar la efectiva protección de lo que realmente son los "derechos humanos".⁵⁶ Al efecto se proponen cuatro medidas para determinar lo que realmente debe ser un "derecho humano": 1) realización (no puede haber derecho si no existe posibilidad de proporcionarlo), 2) legislables, 3) verdaderamente universales (no restringidos a un sector de la población [v. gr., personas empleadas]), y 4) protección de un bien con valor intrínseco (y no algo deseable pero utópico).⁵⁷

En este proceso, los instrumentos internacionales representan un movimiento internacional para intentar asegurar que todos los individuos gocen

⁵⁴ "...man is free only when he lives as his society defines freedom, that his rights are those he recognizes as a member of his society..." American Anthropological Association, *Statement on Human Rights*, 49 AMERICAN ANTHROPOLOGIST 539 (1947).

⁵⁵ Debido al incremento de bienes considerados dignos de protección (no sólo religión, pensamiento, expresión, sino derechos civiles y políticos que requieren intervención directa por el Estado), al extender el número de beneficiarios (incluyendo no solamente a los seres humanos [como familia, minorías religiosas y étnicas, sino incluso el derecho de supervivencia de generaciones futuras, derechos de animales y del medio ambiente]), y porque la persona no es vista más como un ente abstracto, sino crecientemente en su situación concreta en la sociedad (sexo, edad, condición física). Cfr. Norberto BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società*, en SOCIOLOGIA DEL DIRITTO, vol. XXVI (1989), pp. 15-27, reproducido en BOBBIO, *THE AGE OF RIGHTS*, *supra* nota 2, pp. 47-60.

⁵⁶ CRANSTON, Maurice, *Human Rights, Real and Supposed*, en D. D. Raphael (editor), *POLITICAL THEORY AND THE RIGHTS OF MAN*, Indiana University Press, Bloomington, Indiana, 1967, pp. 43-53.

⁵⁷ Como observamos, prácticamente todos estos parámetros tienen como referente implícito el que puedan verse ejecutados en la realidad. De donde, más parece que la realidad determinaría la naturaleza humana, o, en su defecto, las concepciones políticas que los representantes internacionales adoptan.

de ciertos bienes jurídicos en los sistemas jurídicos de sus sociedades. La falta de cumplimiento expone al Estado a críticas internacionales y, en casos extremos, a sanciones políticas y económicas.⁵⁸

En algunos sectores existe discusión sobre exactamente qué es a lo que se han comprometido los Estados signatarios al suscribir acuerdos⁵⁹ y declaraciones⁶⁰ internacionales de derechos humanos. Al efecto se destacan las siguientes tres posibilidades: 1) surgimiento de derechos y obligaciones entre Estados, donde los individuos sólo son beneficiarios casuales de los derechos humanos, 2) creación de derechos en beneficio de los individuos para recurrir a organismos internacionales en defensa de sus derechos, y 3) creación por los Estados de derechos humanos otorgándoles el carácter positivo de valores independientes.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es posible que no exista una visión sobre los derechos humanos que sea mejor o más adecuada que otra. Cada una es válida en su marco referencial, en especial para la sociedad que la sostiene. En consecuencia, la actitud frente a opiniones divergentes a la nuestra, debiera ser una de apertura,⁶¹ sin que ello derive necesariamente en tolerancias normativas (o respeto

⁵⁸ V. gr., Sudáfrica en el caso del *apartheid*.

⁵⁹ HENKIN, *op. cit.*, *supra* 33.

⁶⁰ Se reconoce generalmente que las declaraciones internacionales no tienen carácter jurídico ni dan lugar a derechos y obligaciones exigibles conforme a derecho internacional. La opinión de la Oficina de Asuntos Jurídicos del ECOSOC es que una declaración es "un instrumento formal y solemne adecuado a ocasiones en que se enuncian principios de suma importancia y carácter perenne". Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos, Secretaría de las Naciones Unidas, 34 UNESCOR, Supp. (núm. 8) 15, UN doc. E/CN.4/L.610, 2 de abril de 1962. Sin embargo, más adelante la misma opinión indica que "teniendo en cuenta la mayor solemnidad y significado de una 'declaración', puede considerarse que el órgano que la aprueba abriga mayores esperanzas de que los Miembros de la Comunidad Internacional habrán de respetarla. En consecuencia, la declaración puede llegar a ser reconocida, por el uso, como un instrumento que establece normas obligatorias para los Estados". *Cfr.* asimismo Jorge CASTAÑEDA, VALOR JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES DE LAS NACIONES UNIDAS, El Colegio de México, México, 1967.

⁶¹ La actitud no debe ser una de mera tolerancia, que parece implicar una superioridad de un agente frente al otro. En la apertura se supera la tolerancia para convertirnos en seres iguales a nuestros congéneres, de otros grupos, sociedades, culturas y civilizaciones (y, si fuera factible, incluso de eras distintas).

irrestringido a legislaciones extranjeras) cuando se prescribiera por mandato de ley actos genocidas⁶² o de lesa humanidad.⁶³

Existen diferentes teorías para justificar los derechos humanos: convencionalista,⁶⁴ prudencialista,⁶⁵ deontológica,⁶⁶ utilitarista,⁶⁷ interdependentista⁶⁸ y religiosas;⁶⁹ todas ellas enfrentadas al escepticismo.⁷⁰

La tesis convencionalista sostiene que si bien lo justo (lo correcto) no necesariamente es lo que la población dice que sea ni que los referentes morales de un grupo social están exentos de crítica, es indudable que la moral tiene sustento en convencionalismos sociales.⁷¹ En otras palabras, las normas morales (incluyendo las contenidas en los derechos humanos), surgen mediante procesos de "negociación implícita" entre individuos y grupos en toda sociedad.⁷² Sin embargo, esta tesis no limita, ni considera im-

⁶² *Cfr.* Ian KERSHAW, *The Extinction of Human Rights in Nazi Germany*, en Olwen Hufton (ed.), HISTORICAL CHANGE & HUMAN RIGHTS, Basic Books, Nueva York, 1995, pp. 217-246.

⁶³ El 17 de julio de 1998, después de cinco semanas de discusión y negociación entre representantes gubernamentales y con la participación de organizaciones no gubernamentales, se adoptó en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, Documento A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones (México incluido). La misión de dicho tribunal consiste en procesar a personas acusadas por los crímenes internacionales más graves: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión.

⁶⁴ Las normas morales incorporadas en los derechos humanos existen, al igual que otras normas sociales, sólo por costumbre o convencionalismos sociales.

⁶⁵ Los individuos celebran variaciones de acuerdos sociales mediante los cuales se crean derechos para avanzar su interés propio.

⁶⁶ Principalmente derivado de las ideas filosóficas de Immanuel KANT (1724-1804), sostiene que los derechos humanos están basados en la característica universal de la naturaleza humana.

⁶⁷ Las normas morales contenidas en los derechos humanos representan reglas importantes y prioritarias para normar el comportamiento humano y cuyo cumplimiento promueve a largo plazo la mayor felicidad para la mayoría de la población.

⁶⁸ Los derechos básicos a la libertad, la seguridad y el bienestar son necesarios y de ellos depende el goce y disfrute de los demás derechos.

⁶⁹ Los derechos humanos están basados en el carácter sagrado de la vida humana.

⁷⁰ Duda que cualquier aproximación filosófica pueda satisfactoriamente proporcionar una sólida justificación para la idea de los derechos humanos.

⁷¹ *Cfr.* Gilbert HARMAN, *Moral Relativism As a Foundation for Natural Rights*, en 4 JOURNAL OF LIBERTARIAN STUDIES (1980), pp. 367-371.

⁷² Mediante el consenso de la comunidad y sus individuos sobre patrones y conductas se logra el reconocimiento moral y social de los derechos humanos. Consenso que se alcanza mediante una comunicación plena y por vía de la argumentación cooperativa. Véanse las múltiples discusiones de estudiosos españoles en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21.

plicito, que las circunstancias en que se lleva a cabo la "negociación" deban ser justas o que permitan a todas las personas igual oportunidad para participar en dicha "negociación". De igual forma, ello no significa que no existan (y tampoco precluye) principios universales para determinar lo que las convenciones morales deban ser.⁷³

La tesis prudencialista enfatiza que los individuos participan en variedades de acuerdos sociales en que los derechos son creados a fin de promover intereses sociales.⁷⁴ En este sentido, se sostendría que sería razonable que los individuos acepten y cumplan con normas que incorporan a los derechos humanos porque al hacerlo estarían protegiendo sus propios intereses fundamentales en el largo plazo.⁷⁵

La propuesta deontológica deriva principalmente de la filosofía de Immanuel Kant. Contrasta con la posición convencionalista al sostener que los derechos humanos están fundados en la característica universal de la naturaleza humana, *ergo*, no pueden estar basados en convencionalismos sociales. Basándose en las tres fórmulas de Ulpiano,⁷⁶ Kant señala que los hombres no deben considerarse medios sino fines en sí mismos,⁷⁷ no debe causarse daño a persona alguna incluso bajo situaciones de necesidad,⁷⁸ y

⁷³ Por el contrario, se ha buscado la fundamentación de los derechos desde el disenso: "acerca de los derechos humanos, quizá vaya siendo hora de reparar en que la fenomenología histórica de la *lucha política* por la conquista de estos últimos, bajo cualquiera de sus modalidades conocidas, ha tenido bastante más que ver con el 'disenso' de individuos y grupos de individuos respecto de un consenso antecedente —de ordinario plasmado en la legislación vigente— que les negaba esa su pretendida condición de sujetos de derechos". MUGUERZA, *Carta a Gregorio Peces-Barba*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 17 (énfasis añadido).

⁷⁴ WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 24.

⁷⁵ Las opiniones de HARMAN, *op. cit.*, *supra* nota 71, combinan convencionalismos sociales con una orientación prudencialista.

⁷⁶ *Honeste vive, neminem laede y suum cuique tribue* (vivir honestamente, causar daño a nadie y dar a cada quien lo suyo).

⁷⁷ "Now I say: man and generally any rational being *exists* as an end in himself, *not merely as a means* to be arbitrarily used by this or that will, but in all his actions, whether they concern himself or other rational beings, must be always regarded at the same time as an end". FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE METAPHYSIC OF MORALS, 2a sección, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, t. 39, KANT, p. 271 (énfasis en el original). Asimismo, "Do not make thyself a mere means for the use of others, but be to them likewise an end", THE SCIENCE OF RIGHT, en *ibidem*, pp. 400-401.

⁷⁸ "Do no wrong to any one, even if thou shouldst be under the necessity, in observing this duty, to cease from all connection with others and to avoid all society", *ibidem*, p. 401.

hay que dar a cada quien lo que le corresponde.⁷⁹ En su opinión, los derechos se dividen en naturales y positivos. Aquéllos descansan en principios racionales puros *a priori*, y éstos en derechos establecidos en reglas derivadas de la voluntad del legislador; donde un derecho innato es el que por derecho pertenece a cada uno por naturaleza, independiente de cualquier experiencia o acto jurídicos, y derecho adquirido el que se funda en dichos actos jurídicos.⁸⁰

La orientación utilitarista intenta mostrar que las normas morales incorporando derechos humanos representan reglas de alta prioridad para regular el comportamiento humano y cuya observancia general promueve la mayor felicidad para el mayor número de personas en el largo plazo. La postura deriva de las consideraciones de John Stuart Mill y Jeremy Bentham.⁸¹ El utilitarismo desecha las tradiciones religiosas y convenciones sociales en favor de considerar el bienestar o felicidad humanos como el foco central para toda evaluación moral. Los hechos no son derecho u obligatorios por su carácter inherente o los motivos subyacentes, ni por su relación con los dictados divinos o sociales, sino por la cantidad general de bienestar humano (o sensible)⁸² que sean capaces de generar.⁸³

En la tesis interdependentista,⁸⁴ un elemento esencial del derecho es no sólo el adecuado reconocimiento social, sino también su apropiada instrumentación y ejecución.⁸⁵ Pero esto no significa que nunca deberá ocurrir alguna violación de derechos humanos (meta presumiblemente imposible de alcanzar en toda sociedad), sino que deben haberse adoptado medidas para prevenir violaciones de derecho y que los individuos que se sientan afectados tengan a su alcance recursos para apelar (y exigir) que la sociedad repare (o corrija) el daño. Ello requiere de obras positivas (acciones) y

⁷⁹ "Enter, if wrong cannot be avoided, into a society with others in which every one may have secured to him what is his own", *loc. cit.* (énfasis en el original).

⁸⁰ *Loc. cit.*

⁸¹ *Vid infra* notas 152 y siguientes.

⁸² *Sentient*.

⁸³ *Cfr.* Michael SLOTE, *Utilitarianism*, en Ted HONDERICH, THE OXFORD COMPANION TO PHILOSOPHY, Oxford University Press, Nueva York, 1995, pp. 890-892. Esperanza GUIÁN, *Una justificación utilitarista de los derechos humanos*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 185-194, considera a la ética utilitarista no sólo la justificación más apropiada, sino la éticamente más satisfactoria y pertinente.

⁸⁴ *Cfr.* SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 23.

⁸⁵ "A proclamation of a right is not the fulfillment of a right". SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 23.

negativas (omisiones).⁸⁶ Al describir tres derechos básicos (de seguridad,⁸⁷ de libertad⁸⁸ y de subsistencia),⁸⁹ se niega que pueda existir una prelación entre ellos, porque cada uno de los derechos básicos⁹⁰ es necesario para el ejercicio de todos los demás derechos.⁹¹ El esquema muestra que las concepciones ofrecidas por países desarrollados (subrayando libertades individuales) y países en desarrollo (enfaticando la importancia de la seguridad económica, o subsistencia en general)⁹² son correctas en cuanto consideran sus preocupaciones deben recibir mayor prioridad, pero que ambas visiones se equivocan al concebir que sólo sus intereses deben recibir el mayor peso.

Otros estiman que las justificaciones seculares, como las anteriores, para afirmar la dignidad humana son insuficientes, y que los derechos humanos realmente se basan en consideraciones religiosas, por lo que fundan su existencia en el carácter sagrado de la vida humana y otras doctrinas morales asociadas con el judaísmo, el cristianismo y otras religiones.⁹³ En este concepto, afirmar el carácter sagrado, o valioso en sí mismo, del ser humano es ineludiblemente religioso; donde la convicción sobre los derechos humanos está envuelta de una cosmovisión religiosa en la que el mundo

⁸⁶ Obligaciones de dar y hacer, y no hacer, respectivamente. Tales son los tres tipos de obligaciones que existen. Manuel BORJA SORIANO, *TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*, Ed. Porrúa, 10a. ed., México, 1985, pp. 68-76.

⁸⁷ Incluye los tradicionales derechos civiles y políticos, como el no ser objeto de tortura u homicidio.

⁸⁸ Incluyendo la libertad de pensamiento, opinión, religión, expresión y participación política.

⁸⁹ Incorporando los derechos de la 2a y 3a generación, relacionados con la protección del medio ambiente, derecho a una vida digna y decorosa, etc. Henry SHUE, *Security and Subsistence*, reproducido en WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 152-171. Respecto a las tres generaciones de derechos humanos, *cfr. supra*, notas 45 y 46.

⁹⁰ "The structure of the argument that a specific right is basic may be outlined as follows, provided we are careful about what is meant by 'necessary': 1. Everyone has a right to something. 2. Some other things are necessary for enjoying the first thing as a right, whatever the first thing is. 3. Therefore, everyone also has rights to the other things that are necessary for enjoying the first as a right". SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 89, p. 164.

⁹¹ "The absence of any of these basic rights is sufficient normally to allow the thwarting of the enjoyment of any other rights", SHUE, *ibidem*.

⁹² SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 89, pp. 152-171.

⁹³ Una excelente exposición es la de PERRY, *op. cit.*, *supra* nota 12, pp. 11-41, también reproducido como *Is the Idea of Human Rights Ineliminably Religious?*, en Austin Sarat y Thomas Kearns (editores), *LEGAL RIGHTS*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan, 1997, pp. 205-262. *Cfr.* asimismo Jean MARQUISET, *LOS DERECHOS NATURALES*, Colección ¿Qué sé?, núm. 37, Oikos-Tau, Barcelona, 1971, con una exposición fundada más en argumentos morales-espirituales.

entero tiene un sentido último en un esquema ordenado, conforme a la religión, de todas las cosas.

Sin aludir a referentes expresamente religiosos, los grandes instrumentos internacionales de derechos humanos parecen reflejar una tal convicción y fe sobre los derechos humanos. La DUDH se refiere en su preámbulo al "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" y señala que "los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana". El PDCP y el PDESC repiten las expresiones de la DUDH sobre "la dignidad inherente a la persona humana".⁹⁴ La Declaración de Viena y el Programa de Acción adoptado⁹⁵ el 25 de junio de 1993 por la Conferencia de la ONU sobre Derechos Humanos reafirma dicho lenguaje e insiste en que "todos los derechos humanos derivan de la dignidad y el valor inherente de la persona humana". La DADDH y la CADH mencionan que los pueblos americanos han reconocido la dignidad del individuo, ya que en sus respectivos preámbulos manifiestan que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". En forma similar, la Carta (africana de) Banjul señala en su preámbulo que "los derechos humanos fundamentales nacen de los atributos del ser humano". En este sentido se sostiene que el culto de los derechos humanos actual sustituye el lugar que antes tuvo la religión, los mandamientos y la revelación divina.⁹⁶

Así, la idea de derechos humanos que informa a los anteriores instrumentos internacionales de derechos humanos (y muchos otros) es que, en parte, existe algo acerca de cada y todo ser humano por simplemente ser un ser humano, por lo que algunas cosas deben hacerse a todo ser humano y que otras cosas no deben hacerse a todo ser humano.⁹⁷ En expresión de algunos, la única forma consistente de hablar sobre derechos humanos, con estos referentes sobre la dignidad humana y el valor intrínseco de la persona humana, no es más que "ineliminablemente" en términos religiosos.⁹⁸

⁹⁴ Preámbulo de ambos documentos.

⁹⁵ Por representantes de 172 países en Viena.

⁹⁶ CAMPS, Victoria, *op. cit.*, *supra* nota 36.

⁹⁷ O por lo menos, que ciertas cosas deben no hacerse a todo ser humano en determinadas circunstancias y que otras cosas deben hacerse a todo ser humano en determinadas circunstancias. *Cfr.* PERRY, *op. cit.*, *supra* nota 12, pp. 11-41.

⁹⁸ PERRY, *op. cit.*, *supra* nota 12, pp. 11-41.

V. EL FUNDAMENTO DE LA IDEA DE LOS DERECHOS HUMANOS⁹⁹

La idea de "derechos humanos" es de relativa reciente acuñación.¹⁰⁰ "No puede haber duda de que los derechos humanos son una de las grandes invenciones de nuestra civilización",¹⁰¹ o bien se les considera como el culto o "descubrimiento" de nuestros tiempos.¹⁰² La proclamación de derechos humanos representa un parteaguas histórico,¹⁰³ no sólo por su trascendencia social, sino por ser el producto acumulado de los esfuerzos humanos de todas las épocas para promover y respetar la dignidad humana.¹⁰⁴

⁹⁹ Sobre el desarrollo histórico del derecho natural véase Morton HORWITZ, *Natural Law and Natural Rights*, en SARAT y KEARNS, *op. cit.*, *supra* nota 93, pp. 39-52, Gregorio PECES-BARBA, Liborio HIERRO, Santiago ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO y Ángel LLAMAS, *DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS*, Ed. Debate, Madrid, 1987, Micheline Ishay (editor), *THE HUMAN RIGHTS READER*, Routledge, Nueva York, 1997, Richard MCKEON, *Philosophy and History in the Development of Human Rights*, en Howard Kiefer y Milton Munitz (editores), *ETHICS AND SOCIAL JUSTICE*, State University of New York Press, Albany, NY, 1968, pp. 300-323, Richard TUCK, *NATURAL RIGHTS THEORIES: THEIR ORIGIN AND DEVELOPMENT*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, Kenneth Minoque, *The History of the Idea of Human Rights*, en Walter LaQueur y Barry Rubin (editores), *THE HUMAN RIGHTS READER*, New American Library, Nueva York, 1977, pp. 3-17, M. P. GOLDING, *The Concept of Rights: An Historical Sketch*, en B. Bandman y E. Bandman (editores), *BIOETHICS AND HUMAN RIGHTS*, Little & Brown, Boston, 1978, pp. 44-50.

¹⁰⁰ "... the actual concept of human rights, ..., is particular and modern, representing a radical rupture from the many status-based, nonegalitarian, and hierarchical societies of the past and present ... Human rights are a modern concept now universally applicable in principle because of the social evolution of the entire world toward state societies". Rhoda HOWARD, *Dignity, Community, and Human Rights*, en Abdullah Ahmed An-Na'im (editor), *HUMAN RIGHTS IN CROSS CULTURAL PERSPECTIVES: A QUEST FOR CONSENSUS*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1991, p. 81 (énfasis en el original).

¹⁰¹ NINO, C. S., *ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS*, Paidós Studio, Buenos Aires, 1984, p. 13. Si bien el autor se refiere a los derechos humanos como una "invención", creemos más apropiado que se trata de una "innovación" conceptual. Adicionalmente, habría que acotar la referencia a nuestra civilización, por los problemas que presenta el relativismo cultural. *Cfr. infra* el apartado Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos.

¹⁰² *Cfr.* Victoria CAMPS, *op. cit.*, *supra* nota 36, pp. 111-117.

¹⁰³ BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 65-66.

¹⁰⁴ *Ex. gr.*, el derecho a trabajo remunerado encuentra un esbozo desde el año 1501 en la *Instrucción de los Reyes Católicos a Nicolás de Ovando*, Gobernador de las Indias (16/IX/1501). Rodrigo LABARDINI, *Antecedentes de Derechos Humanos: siglos XV-XVII*, en *JURÍDICA*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 29, 1999 (en prensa). Adicionalmente véase la descripción de la evolución histórica que hace Héctor GONZÁLEZ URIBE, *Fundamentación Filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?*, *JURÍDICA*, núm. 19, 1988-1989, pp. 325 y siguientes.

La DUDH constituye el mejor ejemplo la acumulación de esfuerzos en la historia; es "la mayor prueba histórica que haya existido nunca de un *consensus omnium gentium*, esto es, de un efectivo consenso universal acerca de un determinado *sistema de valores*: a saber, el sistema de los derechos humanos."¹⁰⁵

No fue sencillo llegar a dicho acuerdo internacional. Sólo se logró hasta 1948. Previamente, los derechos humanos se encontraban bajo la autoridad exclusiva de los Estados, los que ejercieron control total sobre sus ciudadanos. Si los individuos ocasionalmente adquirían alguna relevancia internacional, era como simples "objetos" o, cuando mucho, "beneficiarios" de tratados.¹⁰⁶

Recientemente, los Estados han comenzado a permitir que las personas individuales jueguen un papel (menor) en la comunidad internacional. Después de la Primera Guerra Mundial, el Pacto de la Sociedad de las Naciones (sdN) puso de relieve el principio de la primacía de la dignidad humana sobre los intereses de los Estados en diversas esferas. En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se facultó a organizaciones de trabajadores y empleadores a exigir a los Estados el cumplimiento de las Convenciones de la OIT. Esto se acompañó con importantes avances logrados en la sdN en materia de protección de minorías.¹⁰⁷ En ambos casos; el fundamento residía en que al protegerse en los instrumentos internacionales a trabajadores (y empleadores), así como a minorías, debían sus representantes estar facultados para activar la maquinaria internacional. Adicionalmente, dado que los respectivos tratados no contemplaban obligaciones sinalagmáticas¹⁰⁸ sino obligaciones *erga omnes*,¹⁰⁹ y cuyo resul-

¹⁰⁵ MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, *supra* nota 34, p. 32 (énfasis en el original).

¹⁰⁶ De carácter comercial, relativos a aspectos de navegación o convenciones sobre el trato que debe prestarse a extranjeros. De igual forma, los individuos constituían el punto de referencia entre los Estados, como en el caso de la regla de derecho internacional consuetudinario permitiendo a los Estados a ejercer su derecho de protección diplomática cuando un nacional suyo resultaba afectado negativamente en el exterior.

¹⁰⁷ Boutros BOUTROS-GHALI (introducción), *LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1945-1995*, ONU, Nueva York, 1995, p. 5. Esta obra es una excelente fuente para consultar el texto de instrumentos internacionales de derechos humanos en el marco de la ONU.

¹⁰⁸ Obligaciones recíprocas y bilaterales, en donde las partes manifiestan su consentimiento a compromisos mutuos, obligándose uno con el otro.

¹⁰⁹ La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso *Barcelona Traction [Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (2a fase)]*, CIJ REC. (1970) 3, párrafos 33 y 34] distinguió entre obligaciones que los Estados han asumi-

tado sólo afectaría al Estado que hubiera incumplido, de no haberse facultado a dichos representantes, ningún Estado habría tenido oportunidad de protestar, se habrían hecho nugatorios los derechos contemplados y los tratados se habrían convertido en letra muerta.¹¹⁰

Después de la Segunda Guerra Mundial, los principios de la OIT, y los derechos humanos en general, fueron solemnemente reafirmados y la maquinaria de su instrumentación gradualmente fortalecida. Los tratados sobre minorías fueron reemplazados por convenciones de derechos humanos, que dejaron de proteger a grupos de individuos para proteger a los individuos mismos. Algunos incluso contemplaron la posibilidad de que los individuos pudieran exigir y demandar a los Estados por posible incumplimiento en foros internacionales.¹¹¹

A. Los orígenes

En la Biblia y las obras griegas no hay una mención explícita a “derechos humanos”, al igual que en los antiguos escritos de la filosofía de la India, China y otras grandes culturas.¹¹² Lo que hoy denominamos “derechos humanos” fue referido en la época de la Ilustración (Locke y Rousseau) como “derechos naturales” y en el siglo XVIII como “derechos del hombre”, lo cual encuentra sus raíces en la doctrina escolástica del derecho

do entre sí de las que deben cumplir respecto a la comunidad internacional en su conjunto. La CIJ indicó que las últimas “por su propia naturaleza ... conciernen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*” [t.a.]. La Corte ejemplificó el punto y señaló que tales obligaciones derivan de principios y reglas relativas a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección respecto de la esclavitud y de la discriminación racial.

¹¹⁰ Los representantes de las minorías tenían derecho a someter peticiones ante la SDN, cuando consideraban que los Estados habían incumplido sus obligaciones. Los resultados y beneficios prácticos, sin embargo, fueron muy pobres. Antonio CASSESE, *INTERNATIONAL LAW IN A DIVIDED WORLD*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 99-103.

¹¹¹ *Ex. gr.*, la CADH y la CEDH establecieron las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos que cuentan con jurisdicción sobre quejas en materia de derechos humanos (si bien sujeto a que el Estado respectivo reconozca dicha jurisdicción [arts. 62 y 46, respectivamente]). La Corte Penal Internacional, *supra* nota 63, contempla jurisdicción incluso en casos en que un Estado no hubiera aceptado su jurisdicción.

¹¹² *Cfr.* Rodrigo LABARDINI, *Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV*, en *JURÍDICA*, Anuario del Depto. de Derecho de la Univ. Iberoamericana, núm. 19, 1988-1989, UIA, México, pp. 287-324.

natural, y ésta a su vez en algunas expresiones de Aristóteles, los estoicos y las enseñanzas morales judeo-cristianas.¹¹³

Aristóteles indica que, en los asuntos políticos, la justicia habrá de “encontrarse entre hombres que comparten una vida común a fin de que su asociación les proporcione autosuficiencia, y quienes son libres e iguales... Pues la justicia sólo existe entre hombres cuyas relaciones mutuas están gobernadas por el derecho; y el derecho existe para los hombres entre quienes existe injusticia”.¹¹⁴ Si bien Aristóteles justifica la esclavitud,¹¹⁵ estima que entre las personas consideradas como iguales, la justicia está determinada por la naturaleza y los fines universales de la sociedad humana, de forma que “es justo por naturaleza aquello que tiene la misma fuerza en todas partes y no existe por lo que las personas consideren”.¹¹⁶ En consecuencia, debido a que la naturaleza humana es universal existe una constitución que por naturaleza es la mejor en todas partes.¹¹⁷

B. La tesis naturalista

La idea del “derecho natural” tuvo bastante influencia entre los estoicos y la escolástica cristiana. Santo Tomás de Aquino (1224-1274) consideraba que el “derecho natural” es aquél del cual “todos están conscientes y por el cual todas las personas reconocen en sí mismas lo que está bien y lo que está mal” y en el que Dios instituye capacidades e inclinaciones naturales en todas las personas.¹¹⁸

¹¹³ En adición a las fuentes señaladas en la nota 99, *cfr.* Imre SZABO, *Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores* en Karel Vasak (editor general), *LAS DIMENSIONES INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS*, Ed. del Serbal, y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Barcelona, 1984, vol. I, pp. 36-74.

¹¹⁴ *Ética Nicomaquea*, libro V, capítulo 6, 1134a, 25-31, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, t. 8, ARISTOTLE II, p. 382 [t.a.].

¹¹⁵ “Es evidente que unos hombres son libres por naturaleza y otros esclavos, y que para éstos la esclavitud es una cosa justa y conveniente”, *Política*, libro I, capítulo 5, 1255a, 1-5, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 114, p. 448 [t.a.].

¹¹⁶ *Ética Nicomaquea*, libro V, capítulo 7, 1134b, 18-20, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 114, p. 382 [t.a.].

¹¹⁷ *Ibidem*, 1135a, 4-5, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 114, p. 382 [t.a.].

¹¹⁸ *Tratado sobre la Ley*, Cuestión XLI, art. 2, en ADLER, *op. cit.*, *supra* nota 9, t. 18, AQUINAS II, p. 208 [t.a.].

Quizá quien utilizó por primera vez el término “derecho” (*ius*) en forma aproximada al concepto moderno, fue William de Ockham (1290-1349),¹¹⁹ quien considera que el “derecho natural” es un “poder” personal para ceñirse a la correcta razón, sin necesidad de pacto o acuerdo.¹²⁰ Posteriormente, Pico Della Mirandola (1463-1494) rechaza el concepto aristotélico de una naturaleza humana fija y eterna, y afirma que la esencia del hombre consiste en su libre voluntad y capacidad de raciocinio para moldear su propio destino.¹²¹

De estos elementos se observa cierta continuidad entre las tesis naturalistas y las recientes formulaciones de derechos humanos, caracterizadas¹²² por: elaboración de una lista de derechos específicos (cuyos contenidos varían pese a derivar de las características universales del hombre), adjudicación de los derechos sólo a seres humanos (con la implicación de que todo ser humano, por su capacidad de raciocinio, posee derechos), definición de que tales derechos son propiedad de seres humanos racionales y que por tratarse de derechos *naturales* (o del hombre en su estado natural), derivan de la naturaleza misma y no de la sociedad o de la historia.

Recurriendo a la doctrina del derecho natural se originó en los siglos XVII y XVIII con una visión individualista de la sociedad.¹²³ Evolucionó, y con ella la designación de los derechos reclamados. Dos factores influyeron para esto: 1) el romanticismo mostró la dimensión nacional del hombre, haciéndolo ver como un ser cultural que desarrolla su humanidad a través del lenguaje y el conjunto de conocimientos expresados en su respectiva cultura, y 2) desde entonces, gradualmente se ha ido incorporando

¹¹⁹ “It may be that our conception of human rights might have been different from what it is. In any event, it is admittedly a conception that came into being at a certain time (somewhere between Ockham and Hobbes) and has had a different history (natural rights theory, the eighteenth-century declarations, nineteenth-century criticisms, human rights theory and practice today).” MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28.

¹²⁰ Cfr. GOLDING, *op. cit.*, *supra* nota 99.

¹²¹ WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 3-4.

¹²² SIDORSKY, David, *Contemporary Reinterpretations of the Concept of Human Rights*, en Sidorsky (editor), *ESSAYS ON HUMAN RIGHTS* (1979), pp. 89 y siguientes.

¹²³ Se estima que, a pesar de que el individualismo (*vis-à-vis* el comunitarismo o los derechos de la sociedad y mayoría frente al individuo) tuvo dificultades para afianzarse debido a que se le consideraba el instigador de la desunión, el desacuerdo y el rompimiento del orden establecido, es a partir de Locke que la doctrina del derecho natural presupone un concepto individualista de la sociedad y del Estado. N. BOBBIO, *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, en ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS (1988-1989), Universidad Complutense, Madrid, reproducido en *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 32-46.

la idea de que el pleno desarrollo del hombre se logra estando éste inmerso en la comunidad.¹²⁴

C. La tesis del acuerdo social

La noción de los “derechos naturales” no alcanzó amplia aceptación sino hasta los trabajos de los grandes pensadores de la Ilustración, como Hobbes, Locke y Rousseau. Conforme a éstos, los seres humanos poseen ciertos derechos inherentes, “naturales”, en un hipotético estado de la naturaleza, *previos* a la formación del Estado. Los poderes legítimos de la autoridad derivan, mediante un contrato o acuerdo social, de dichos derechos naturales, que consecuentemente anteceden a la autoridad y sus posibilidades de acción. Al combinar la idea del derecho natural con la teoría del contrato social, la noción de los derechos naturales surgió como un presupuesto necesario de la teoría del Estado y definió tanto los orígenes como los límites de toda facultad gubernamental legítima.

Para Hobbes, el “derecho de la naturaleza” incluye el derecho a la autopreservación que, a diferencia de otras situaciones en el estado de la naturaleza, no puede ser intercambiado por seguridad bajo un soberano en la sociedad civil.¹²⁵ Locke señala que el estado de la naturaleza¹²⁶ es “un estado de libertad perfecta para ordenar las acciones [de una persona] y disponer de las posesiones [de esa persona] ...como uno estime oportuno..., y un Estado también de igualdad, en el que todo el poder y jurisdicción son recíprocos, sin que uno tenga más que otro...”.¹²⁷ Para Locke, todos los hombres eran iguales y libres al principio.¹²⁸ Libremente se unieron en sociedad mediante un pacto. Así surge el Estado, cuya misión es defender el bien común, y establecer y hacer cumplir las leyes,¹²⁹ y garan-

¹²⁴ TAYLOR, *op. cit.*, *supra* nota 14.

¹²⁵ Cfr. WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 121.

¹²⁶ “El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que obliga a todos; y la razón, la cual es esta ley, enseña a toda la humanidad, apenas ésta la consulta, que, siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, en su salud, en su libertad y en su propiedad.” Citado en Guillermo FRAILE, *HISTORIA DE LA FILOSOFÍA*, t. III, *DEL HUMANISMO A LA ILUSTRACIÓN*, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, Madrid, 1966, 2a edición, p. 784.

¹²⁷ SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT, cap. 2, 10, 4.

¹²⁸ BOBBIO estima que a partir de Locke la doctrina del derecho natural presupone un concepto individualista de la sociedad y del Estado. Cfr. *supra* nota 123.

¹²⁹ Que deben dirigirse al bien común del pueblo, ser iguales para todos y no variar en casos particulares.

tizar la libertad y los derechos naturales de los individuos. A diferencia de Locke, que defendió la esclavitud, Rousseau arguye que ningún hombre tiene facultades para "alienar" su propia libertad natural ni la de sus hijos ya que "...ellos han nacido libres; su libertad les pertenece, y nadie tiene derecho a disponer de ella, excepto ellos mismos".¹³⁰

Jefferson adopta dichas tesis y declara que una verdad evidente en sí misma es la de los derechos naturales y que no sólo era permisible sino moralmente necesario derrocar las tiranías que violaran estos principios de "justicia y equidad natural". Estas ideas fueron incorporadas en la Declaración de Independencia estadounidense.¹³¹ De manera similar, los autores de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) aseveran que los derechos de "libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión" son "naturales, inalienables y sagrados".

D. El hombre como agente (moral)

Se ha pretendido justificar los derechos humanos a partir de las características del obrar humano, de sus acciones como agente (moral), presuponiendo nociones sobre la igualdad y dignidad humanas.¹³² En este esquema, el fundamento de las normas morales universales (los derechos humanos) se encuentra en las condiciones necesarias próximas a la actividad humana. El ser humano al obrar, considera, como agente humano, que son buenas sus acciones intencionales (aquéllas que tienen un propósito) de conformidad con los criterios (no necesariamente morales) que utilizó para decidir las y ejecutarlas. Por ello, la libertad y bienestar del agente se transforman de "bienes necesarios" a "derechos" (como una necesidad normativa), extendiendo el argumento para ser aplicable a todo agente, a todo ser humano,¹³³ ergo, los derechos humanos.

¹³⁰ EL CONTRATO SOCIAL, en LAQUEUR y RUBIN, *op. cit.*, *supra* nota 99, p. 70.

¹³¹ "We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness", 18 de enero de 1777.

¹³² Considerando como "moralidad" "un conjunto de requisitos categóricos obligatorios para acciones que se dirigen, parcialmente al menos, a cada agente factual o prospectivo, y que pretenden avanzar los intereses, especialmente los intereses más importantes, de otras personas o beneficiarios diferentes o en adición al agente o de quien los expresa". GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 185 [t.a.].

¹³³ GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 185-186.

Esta argumentación parte de los datos de la naturaleza humana: se trata de seres racionales y con capacidad de actuar con un propósito definido, dependientes del Principio de Consistencia Genérica (PCG),¹³⁴ que prescribe que el agente (moral) debe actuar de conformidad con los derechos genéricos de todos los beneficiarios, incluido el propio agente, o de lo contrario se genera una situación de autocontradicción. En términos más simples puede concebirse como no hacer a otro lo que no se quiere que se haga a uno.

Sin embargo, aun cuando todo agente efectivamente posea dichas calidades (racionalidad, voluntad y libertad para actuar con un propósito), no logra demostrar que por el hecho de poseer dichas calidades, el agente tiene derechos. Por otra parte, si algún agente no fuere racional,¹³⁵ cometiera acrasia,¹³⁶ o actuara en desacuerdo con el conjunto racional de referentes de otro agente, ¿significaría que el primero perdió sus derechos o los tuvo de origen? Pese a que los actos de una persona pudieran afectar negativamente a otra, la agraviada (debido a su moralidad y el PCG) al estar obligada frente a quien agravia, pero, ¿sin atender aspectos lógicos, morales o sociales?¹³⁷

E. Sobre quiénes detentan derechos humanos

Una de las cuestiones que más perplejidad ha causado recientemente es definir quiénes detentan derechos humanos. Varias de las argumentaciones que hemos visto son "teorías tipo-C",¹³⁸ que buscan identificar

¹³⁴ "Principle of Genric Consistency".

¹³⁵ V. gr., personas en estado de interdicción.

¹³⁶ Teniendo la posibilidad de escoger rumbos, deliberadamente tomar el peor. Para una breve discusión, véase HONDERICH, *op. cit.*, *supra* nota 83, pp. 19-20 y 230.

¹³⁷ "Morality cannot be legislated but behavior can be regulated. Judicial decrees may not change the heart, but they can restrain the heartless." Martín Luther King, Jr., STRENGTH TO LOVE.

¹³⁸ Se trata de teorías que pretenden identificar una característica o capacidad "C" que: 1) pertenece a todos los miembros de un grupo de seres que detentan el derecho "D", 2) no pertenece a quienes no detentan el derecho "D", y 3) funciona como el fundamento racional para atribuir el derecho "D" a seres que tienen la característica o capacidad "C". El esquema puede ser criticado porque 1) excluye a individuos que intuitivamente deberían detentar el derecho "D" (ex. gr., si se pretendiera fundar la libertad de expresión en inteligencia elevada, lo que podría excluir a seres humanos que no la tuvieran), 2) incluye a individuos que intuitivamente no deberían poseer "D" (v. gr., pudiendo hacer que el derecho a la vida dependiera del hecho de estar vivo, lo que incluiría plantas y animales),

una cualidad, característica o capacidad específica ("C") que permite a un grupo de seres detentar un derecho ("D"). En este sentido, se ha argüido que los seres humanos detentan cuatro derechos inalienables (derechos a la vida, a la libertad individual, al trato benigno y a la satisfacción de las necesidades básicas) debido a la capacidad humana de actuar como agentes morales.¹³⁹ La capacidad moral deviene en la esencia para fundar los derechos humanos, los cuales a su vez permitirían a las sociedades morales funcionar y a los agentes morales desarrollarse. En otras palabras, se fundamentan los derechos humanos en la capacidad humana, incluso potencial,¹⁴⁰ de deliberar y actuar como un agente moralmente responsable.

Los derechos humanos no se poseen de igual forma que se tiene un brazo o se tienen sentimientos.¹⁴¹ Cada agente (moral) debe aceptar que todos los agentes (actuales o posibles),¹⁴² tienen derecho (o justificadas reclamaciones) a las condiciones necesarias para llevar a cabo acciones (y acciones exitosas en general). Conforme al principio de proporcionalidad,¹⁴³ los agentes deben reconocer que cuando los seres humanos poseen "en menor grado las capacidades prácticas para participar en agencia [moral] ... también poseen los correspondientes derechos en menor grado".¹⁴⁴

y 3) el vínculo entre "C" y "D" puede ser inapropiado o ininteligible para establecer el fundamento racional para atribuir "D" a un individuo (v. gr., argüir que poseer pulgar oponible [que todos los humanos poseen] equivale a dicho fundamento, sin que se explique por qué dicha habilidad física es una valiosa característica intrínseca que permitiría sustentar el derecho a la vida). Cfr. WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 32-37.

¹³⁹ MEYERS, Diane, *Possession of Inalienable Rights*, en *Inalienable Rights: A Defense*, Columbia University Press, Nueva York, 1985, pp. 115-141.

¹⁴⁰ En contra se arguye que si bien, en general, todo ser humano tiene capacidad de actuar moralmente, no todos los seres humanos gozan de dicha capacidad en el mismo grado; v. gr., niños y adultos que sufren de condiciones (físicas y mentales) que les impiden funcionar como agentes moralmente responsables. (Recordemos que en términos legales, los menores de edad e interdictos tienen limitada su capacidad jurídica de ejercicio.) Meyers responde que dichos seres humanos tienen el *potencial* de actuar como agentes morales responsables. Cfr. *op. cit.*, *supra* nota 139.

¹⁴¹ GEWIRTH, Alan, *Why There Are Human Rights*, SOCIAL THEORY AND PRACTICE, vol. 11, núm. 2 (verano de 1984), pp. 235-248.

¹⁴² Recuérdese el derecho de supervivencia de generaciones futuras mencionado por BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 55, y FEINBERG, *op. cit.*, *supra* nota 26.

¹⁴³ GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 141.

¹⁴⁴ GEWIRTH, *op. cit.*, *supra* nota 141 [t.a.].

VI. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA NATURAL Y AL ACUERDO SOCIAL

El éxito durante el siglo XVIII del fenómeno político de la teoría del derecho natural ha provocado diversas reacciones en contra desde el siglo XIX. Jeremy Bentham rechazó la declaración francesa como un disparate y afirmó que no existen derechos previos al establecimiento de la autoridad y del gobierno.¹⁴⁵ Bentham temía que hablar libremente de "derechos naturales" elevaría los deseos de insurrección o anarquía a un nivel virtuoso y que recoger dichos "derechos" en instrumentos constitucionales "esclavizaría" a las futuras generaciones y condicionaría a éstas a los deseos de sus ancestros.¹⁴⁶

Otro tipo de crítica provino de Mary Wollstonecraft (1759-1797), quien reaccionó contra las limitaciones impuestas a los derechos naturales al sólo aplicarse a hombres y no a mujeres. Wollstonecraft consideraba al raciocinio como una característica universal humana, en la cual se basan la dignidad humana y los derechos humanos. En consecuencia, si las mujeres también son criaturas racionales, debían gozar de los mismos derechos que los varones.¹⁴⁷

Otra fuerte crítica a la idea de los derechos naturales provino de Karl Marx y Frederick Engels, quienes la consideraron como un producto histórico, cuya creación requirió condiciones históricas definidas, lo que a su vez presupone un largo desarrollo histórico. Por ello, la idea de los "derechos naturales" "es cualquier cosa excepto una verdad eterna".¹⁴⁸

Actualmente la doctrina de los derechos naturales es criticada por una variedad de autores, incluyendo utilitaristas, conservadores, marxistas y

¹⁴⁵ "How stands the truth of things? ... that there are no such things as Natural Rights. No such things as rights anterior to the establishment of government. No such things as Natural Rights opposed to, and in contra-distinction to, legal rights. Natural Rights is simple nonsense." Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies*, citado en James O'Toole, *Natural Rights*, en THE GREAT IDEAS TODAY, 1998, Enciclopedia Británica, 1998, p. 182, *Vid infra* notas 152 y siguientes.

¹⁴⁶ Recuérdese el derecho de supervivencia de generaciones futuras mencionado por BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 55, y FEINBERG, *op. cit.*, *supra* nota 26.

¹⁴⁷ Wollstonecraft fue satirizada por Thomas TAYLOR en su *Vindication of the Rights of Brutes*, indicando que conforme al mismo argumento debían extenderse los derechos naturales a los animales, conclusión que consideraba absurda. Cfr. WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 121, p. 5.

¹⁴⁸ ENGELS, Federico, *Anti-Duhring*, en Howard Selsam y Harry Martel (editores), *READER IN MARXIST PHILOSOPHY*, International Publishers, Nueva York, 1963, p. 260. No debe olvidarse que las ideas de Marx y Engels fueron convertidas bajo Lenin en realidad política con la revolución bolchevique de 1917.

relativistas culturales y morales. Entre las objeciones esgrimidas (varias de ellas envueltas en la indeterminación de los derechos humanos)¹⁴⁹ se encuentran:¹⁵⁰

1. No hay forma de probar la existencia de tales derechos (¿cómo puede uno presumir que conoce la voluntad divina?).
2. Los derechos naturales no pueden ser compulsivamente realizados (no existe poder terreno encargado de garantizar los derechos otorgados por Dios).
3. La doctrina deriva de una confusión subjetiva entre lo que las personas sienten que *debe ser* (derecho natural) con lo que *es* (derecho positivo).
4. Los derechos naturales son ilimitados y arbitrarios (un cheque en blanco librado contra la sociedad).
5. Los derechos son resultado de un lugar (Occidente) y tiempo (la Ilustración) específicos y, ergo, no son universales.¹⁵¹
6. La idea de derechos naturales es absoluta y, por tanto, potencialmente tiránica porque seguramente se impondrán a quienes no creen en ellos.

A. El utilitarismo

Una voz que fuertemente criticó la idea de derechos inherentes fue Jeremy Bentham (1748-1832).¹⁵² Para él, se trataba de una falacia anárquica: los derechos naturales han incluido el derecho divino de los reyes, la inferioridad natural de esclavos y mujeres, así como el derecho inherente que los terratenientes tienen a la propiedad. Concebía a los derechos naturales como un obstáculo al progreso económico y social. Para Bentham, los derechos

¹⁴⁹ Ver *infra* notas 183 y siguientes.

¹⁵⁰ Cfr. O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145, pp. 183-185.

¹⁵¹ Ver *infra* el apartado Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos, así como Bilhari KAUSIKAN, *Asia's Different Standard*, 92 FOREIGN POLICY 24 (1993), Oficina de Información del Consejo de Estado, HUMAN RIGHTS IN CHINA, Beijing, 1991, reproducido parcialmente en STEINER y ALSTON, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 233-234, Yash GHAI, *Human Rights and Governance: The Asia Debate*, 15 AUSTRALIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 1 (1994), y Jack DONNELLY, UNIVERSAL HUMAN RIGHTS IN THEORY AND PRACTICE, 1989, pp. 118 y siguientes.

¹⁵² Originalmente respaldó a la revolución francesa, aunque después se opuso a ella y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

dependen del gobierno y son fijados por ley.¹⁵³ Bentham contemplaba el bien social en términos de utilidad, orientada a incrementar la felicidad total y maximizar el mayor bien para el mayor número de individuos. Por ello, "los derechos naturales simplemente son un disparate; derechos naturales e imprescriptibles, un disparate retórico, un disparate en zancos".¹⁵⁴

Algunos autores consideran que el utilitarismo se opone al concepto de derechos,¹⁵⁵ ya que éstos no tendrían consideraciones de utilidad social.¹⁵⁶ El utilitarismo desecha las tradiciones religiosas y convenciones sociales en favor de considerar el bienestar o felicidad humanos como el foco central para toda evaluación moral. Los hechos no son legales u obligatorios por su carácter inherente o los motivos subyacentes, ni por su relación con los dictados divinos o sociales, sino por la cantidad general de bienestar humano (o sensible)¹⁵⁷ que sean capaces de generar.¹⁵⁸

Actualmente pretende distinguirse entre utilidad de "actos" y utilidad de "normas".¹⁵⁹ Aquélla define la bondad o maldad de las acciones en razón de si pueden producir la mayor felicidad posible al mayor número de personas posibles. En la segunda, se invoca el principio de la mayor felicidad para justificar normas y reglas morales cuyo cumplimiento tiendan a maximizar el bienestar general de la sociedad.

B. Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos

Una interrogante importante en el contexto político internacional es tratar de definir si un sistema de derechos subjetivos puede tener igual relevancia en culturas (políticas) que no atribuyen la misma importancia fundamental a la libertad del individuo o de diferentes grupos sociales. Se trata del

¹⁵³ "Right is the child of law: from real laws come real rights, but from imaginary law, from 'laws of nature', come imaginary rights", citado en CRANSTON, *op. cit.*, *supra* nota 56.

¹⁵⁴ Citado en Louis HENKIN, Gerald NEUMAN, Diane ORENTLICHER, David LEEBRON, HUMAN RIGHTS, Foundation Press, Nueva York, N.Y., 1999, p. 50 [t.a.]. Cfr. O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145.

¹⁵⁵ HENKIN *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 154, p. 41.

¹⁵⁶ DWORKIN, *op. cit.*, *supra* nota 35.

¹⁵⁷ En inglés: *Sentient*.

¹⁵⁸ Cfr. Michael SLOTE, *Utilitarianism*, en HONDERICH, *op. cit.*, *supra* nota 83, pp. 890-892.

¹⁵⁹ David LYONS, *Human Rights and the General Welfare*, en PHILOSOPHY & PUBLIC AFFAIRS, 6, núm. 2 (invierno de 1977), Princeton University Press.

debate sobre el carácter "universal" o "relativo" de los derechos humanos, lo que a su vez se relaciona con el carácter "absoluto" o "contingente" de los derechos reconocidos.

Los argumentos universalistas sostienen que los derechos humanos internacionales como igualdad, seguridad física o libertades de expresión y religión son y deben ser los mismos en todo lugar, dado que las personas los poseen¹⁶⁰ por el simple hecho de ser seres humanos.¹⁶¹ Esto se aplica, por lo menos al contenido y sustancia de los derechos humanos,¹⁶² ya que incluso los propios universalistas aceptan que muchos derechos básicos (como derecho al debido proceso legal) son instrumentados o realizados en forma diferente en razón de las distintas culturas.¹⁶³

Los proponentes del relativismo cultural¹⁶⁴ indican que los derechos y normas morales se encuentran codificados y dependen, por tanto, del contexto cultural.¹⁶⁵ El argumento relativista va más allá de la diversidad cultural y concluye de ésta una importante consecuencia: no es posible acordar o hallar idea trascendente o transcultural alguna¹⁶⁶ y, por tanto, ninguna

¹⁶⁰ "Human rights adhere to the human being by virtue of being human, and for no other reason ...". HOWARD, *op. cit.*, *supra* nota 100 (énfasis en el original).

¹⁶¹ "Human rights are rights held simply by virtue of being a human person. They are part and parcel of the integrity and dignity of the human being. They are thus rights that cannot be given or withdrawn at will by any domestic legal system." Rosalyn HIGGINS, *PROBLEMS & PROCESS, INTERNATIONAL LAW AND HOW WE USE IT*, Oxford University Press, Nueva York, 2a reimpression de la 1a ed., 1996, p. 96.

¹⁶² "... we believe that the idea of human dignity involves a complex notion of the individual. It includes recognition of a distinct personal identity, reflecting individual autonomy and responsibility. It also embraces a recognition that the individual self is a part of larger collectivities and that they, too, must be considered in the meaning of the inherent dignity of the person ...". Oscar SCHACHTER, *Human Dignity As A Normative Concept*, 11 *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 848 (1983).

¹⁶³ Los procedimientos jurídicos difieren entre sociedades, tradiciones jurídicas y costumbres sociales. En unas se requiere un jurado, en otras se trata de legislación escrita, en otras más se contemplan usos y costumbres sociales. *Cfr.* STEINER y ALSTON, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 192-255.

¹⁶⁴ Surge ante el problema de no hallar normas transculturalmente válidas. Elvin HATCH, *CULTURE AND MORALITY: THE RELATIVITY OF VALUES IN ANTHROPOLOGY*, Columbia University Press, 1983.

¹⁶⁵ Donde "cultura" es un término amplio y puede abarcar desde tradiciones y costumbres indígenas hasta incluir ideologías religiosas y políticas, así como estructuras institucionales.

¹⁶⁶ "No hay valores transculturales, por la simple razón de que un valor sólo existe como tal en un determinado contexto cultural". PANNIKAR, *Is the Notion of Human Rights a Western Concept?*, 120 *Diogenes* 75 (1982) [t.a.].

cultura se encuentra justificada para intentar imponer a otras sus propias ideas.¹⁶⁷

En este punto, el relativismo contradice la premisa universal del movimiento internacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁶⁸ Para el relativista, estos instrumentos y la pretensión a la universalidad son ejemplos de arrogancia o imperialismo cultural de Occidente.¹⁶⁹

C. El escepticismo sobre los derechos humanos

Debido a que décadas y siglos han transcurrido sin lograr definir qué son los derechos humanos, así como las dificultades que muestra el debate universalismo-relativismo cultural, hay quienes como Alasdair MacIntyre¹⁷⁰ consideran que ningún esfuerzo ha podido ofrecer razones suficientes para fundamentar la creencia en los derechos humanos, y que todos los esfuerzos por buscar una fundamentación contundente han sido un fracaso. MacIntyre considera que existen dos argumentaciones principales al tratar este problema: el utilitarista (o teleológico)¹⁷¹ que pretende derivar normas morales a partir de bienes humanos (como la felicidad y el placer) mientras que el kantiano (o deontológico)¹⁷² procura fundamentar las normas morales en los requisitos de la razón práctica,¹⁷³ y en la característica universal de la naturaleza humana.

¹⁶⁷ Respecto a la relación entre derecho internacional público y la tradición religiosa musulmana, se sugiere que la reconciliación entre ambos se haga mediante una reinterpretación de la tradición religiosa y no en la identificación de valores transculturales entre diferentes sistemas. Abdullah Ahmed An-Na'im, *Human Rights in the Muslim World*, 3 *HARVARD HUMAN RIGHTS JOURNAL* 13 (1990).

¹⁶⁸ Los instrumentos internacionales de derechos humanos son, en general, de carácter universalista. La DUDH, el PDCP y el PDESC aluden a los derechos de toda persona y de todas las personas, sin incluir una mención explícita a variaciones culturales. La DADDH y la CADH reiteran lo anterior en el ámbito regional americano. Sin embargo, la DUDP y otros instrumentos regionales sí mencionan las variaciones culturales.

¹⁶⁹ *Cfr.* LINDHOLT, *op. cit.*, *supra* nota 10. Por contra, Fernando TESÓN, *International Human Rights and Cultural Relativism*, *VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 25, núm. 4 (1985), pp. 869-898, critica vigorosamente al relativismo cultural.

¹⁷⁰ *Some Consequences of the Failure of the Enlightenment Project*, en A. MACINTYRE, *AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THEORY*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1981, pp. 61-69, reproducido en WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, pp. 172-180.

¹⁷¹ Incluyendo entre sus exponentes a Jeremy Bentham y John Stuart Mill. *Cfr. supra* notas 155 a 159.

¹⁷² *Cfr. supra* notas 76 a 80.

¹⁷³ Aludiendo a Alan GEWIRTH, *REASON AND MORALITY*, 1978.

MacIntyre arguye que el esquema utilitarista ha fracasado porque los fines del placer y la felicidad son demasiado polimórficos para poder proporcionar una verdadera orientación sobre el contenido específico de los derechos humanos, o para aportar un método confiable que determine las prioridades y pesos de derechos específicos. "Hay demasiados tipos de actividades que se disfrutan, demasiadas formas en que se alcanza la felicidad ... Pues los diferentes placeres y las diferentes felicidades son en amplio grado inconmensurables; no existen escalas para medir su calidad o cantidad",¹⁷⁴ por lo que no es posible recurrir a criterios de placer para decidir qué acción tomar o qué conducta adoptar.

Frente al argumento deontológico, MacIntyre cuestiona el silogismo de que los agentes que pueden tener propósitos¹⁷⁵ o que requieren (o desean) libertad y bienestar para funcionar adecuada y exitosamente como agentes sociales *tienen, por ese mismo hecho, derecho* a dichos bienes.¹⁷⁶ En otras palabras, para MacIntyre, carente de un entorno social, el reclamar derechos equivale a presentar un cheque para pago en un sistema social que no cuenta con la institución de la moneda.¹⁷⁷

Ante ello, concluye que suponer la existencia de derechos humanos es una conjetura que carece de fundamento racional. "No hay derechos humanos, y la creencia en ellos es una con brujas y unicornios".¹⁷⁸ En consecuencia, derechos humanos es una ficción moral que cumple útiles propósitos en polémicas, protestas y manifestaciones políticas (ya que sirven para dejar registrados nuestros valores, inclinaciones y juicios morales, así como para revelar y desenmascarar ante la sociedad una situación [de presumible injusticia o repudio personal]), pero que no se trata de verdades morales que puedan demostrarse. Por ello, "es fácil entender por qué la *protesta* [social] se convierte en una característica moral que distingue a la era moderna, y por qué la *indignación* es la emoción moderna predominante".¹⁷⁹

¹⁷⁴ *Op. cit., supra* nota 170, p. 174 [t.a.].

¹⁷⁵ "Purposive agents", implicando voluntad y libertad en dichos agentes.

¹⁷⁶ "Since the agent regards as necessary goods the freedom and well-being that constitute the generic features of his successful action, he logically must also hold that he has rights to these generic features and he implicitly makes a corresponding rights-claim". Alan GEWIRTH, *op. cit., supra* nota 173, p. 63.

¹⁷⁷ "Lacking any such social form, the making of a claim to a right would be like presenting a check for payment in a social order that lacked the institution of money", *op. cit., supra* nota 170, p. 177.

¹⁷⁸ *Op. cit., supra* nota 170, p. 178 [t.a.].

¹⁷⁹ *Op. cit., supra* nota 170, p. 179 (énfasis en el original) [t.a.]. MACINTYRE señala que, en la antigüedad, "protesta" significaba dar cuenta, ser testigo de algo y como ofre-

Respecto a quiénes poseen derechos humanos, se aduce que para fundamentar los derechos humanos nunca podrá encontrarse una cualidad o característica empírica que genéricamente pueda aplicarse a todos los individuos (o "teorías tipo-C");¹⁸⁰ ya que siempre habrá casos en que al menos algunos de ellos carecerán de dicha cualidad.¹⁸¹ En cuyo caso, se presentarían dos posibilidades: a) la posesión o ausencia de la característica "C" realmente no es determinante (regresando entonces a sólo aspectos biológicos [ex. gr., pertenencia a la especie *homo sapiens sapiens*]), o b) algunos individuos no tienen derechos humanos porque carecen de la cualidad "C" (lo que amenaza minar el "atractivo" del concepto de derechos humanos, o la idea de que "todo ser humano posee [estos derechos], sin importar las cualidades [o circunstancias] contingentes que puedan ocurrir").¹⁸²

Otra crítica radica en la denominada indeterminación de los derechos humanos.¹⁸³ El discurso de derechos humanos pretende ofrecer criterios políticos para evaluar instituciones y prácticas sociales a fin de resolver el conflicto social.¹⁸⁴ Un problema consiste en que los conceptos de derechos humanos son formulados en términos de alta abstracción. Por ello, debido a que tienden a ser muy elásticos y proclives a interpretación, es posible darles múltiples significados, incluso inconsistentes.¹⁸⁵ Lo que puede explicarse porque los derechos resultan "contradictorios internamente",¹⁸⁶ ya que al igual que el discurso jurídico, la teoría de derechos es una arena donde se enfrentan concepciones diversas sobre justicia y libertad. Los derechos se invocan para proteger al individuo de la acción del Estado,

cimiento de lealtad, pero que actualmente se ha convertido en un fenómeno social negativo que recurrentemente ocurre como reacción a la presunta invasión de los *derechos* de alguien en favor del *beneficio* o *utilidad* de un tercero. *Loc. cit.*

¹⁸⁰ *Cfr. supra* nota 138.

¹⁸¹ HUSAK, Douglas, *Why There Are No Human Rights*, SOCIAL THEORY AND PRACTICE, vol. 11, núm. 2 (verano de 1984), pp. 125-141.

¹⁸² *Cfr. HUSAK, op. cit., supra* nota 181 [t.a.].

¹⁸³ *Cfr.* la exposición que al respecto hace KLARE, *op. cit., supra* nota 16.

¹⁸⁴ *Cfr. infra* notas 225 a 229, sobre los derechos humanos como estándar internacional.

¹⁸⁵ *V. gr.*, el derecho de expresión es utilizado para permitir manifestar las ideas que uno profese y críticas a la autoridad; sin embargo, se limita cuando se invade la esfera ajena o para evitar la distorsión de procesos electorales restringiendo el número de contribuciones que empresas pudieran hacer. En el primer caso se utiliza para romper jerarquías y permitir el debate. En el segundo se refuerza el mecanismo instituido. Cuando un valor es vago, equívoco y ambivalente, sirve igual para justificar una posición, que la posición contraria. Véase CAMPS, *op. cit., supra* nota 36.

¹⁸⁶ KLARE, *op. cit., supra* nota 16.

pero igualmente se invocan para exigir la acción del Estado para proteger al individuo (de otros grupos o personas más poderosas).

Por otra parte, los instrumentos internacionales invariablemente se refieren a restricciones al poder del Estado en su actuar frente al individuo.¹⁸⁷ La concepción generalizada muestra que los derechos representan barreras al poder público en defensa del individuo. Ante esto, se cuestiona la universalidad de los derechos humanos, ya que se deja de lado muchas otras formas en que la libertad del hombre puede negarse por métodos de dominación privada, incluyendo jerarquías de clase, raza, género.¹⁸⁸

D. La política como fundamento de los derechos humanos

Algunos autores prefieren obviar el problema del fundamento de los derechos humanos. Mencionan que "El problema fundamental relativo a los derechos humanos en la actualidad no es tanto cómo justificarlos, sino cómo protegerlos. El problema es político, no filosófico".¹⁸⁹ De igual manera se estima que, después de la II Guerra Mundial, los derechos humanos no son obra de filósofos, sino de políticos¹⁹⁰ y ciudadanos, y sólo hasta ahora están los filósofos tratando de ofrecer alguna justificación.¹⁹¹

En la sociedad política moderna puede observarse que las opiniones que las personas tienen sobre cuál debe ser la conducta política apropiada frecuentemente están separadas de sus opiniones doctrinales, de tal forma que, a pesar de las diferencias doctrinales, pueden acordar los principios

¹⁸⁷ U obligando al Estado a ejercer su poder para crear condiciones de bienestar.

¹⁸⁸ Cfr. *infra* nota 202.

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto, *L'illusion du fondement absolu*, en LE FONDAMENT DES DROITS DE L'HOMME, La Nueva Italia, Florencia, 1966, pp. 3-9, reproducido como *On the Fundamental Principles of Human Rights*, en BOBBIO, THE AGE OF RIGHTS, pp. 3-11, p. 10 [l.a.]. Vale destacar el debate que esta opinión ha generado entre varios estudiosos españoles, sea aceptándola, modificándola u ofreciendo algunas ideas en contrario (cfr. José María GONZÁLEZ GARCÍA, *Fundamento de los derechos humanos*, J. MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, y Francisco PUY, *¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 179-184, 19-56, y 289-302, respectivamente).

¹⁹⁰ La existencia de los derechos humanos es un artículo de fe "reafirmado" por "los pueblos de las Naciones Unidas" en la DUDH. "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres;" Quinto considerando, DUDH.

¹⁹¹ HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 6.

básicos que deben gobernar su vida política.¹⁹² Adicionalmente, en la DUDH se reflejan diferentes orientaciones políticas y se procuró encontrar una fórmula que pudiera ser aceptada como universal y no como una expresión de los derechos concebidos en términos de los valores de Occidente.¹⁹³

Lo anterior, además de confirmar el carácter histórico de los derechos humanos, manifiesta la gran importancia que los aspectos políticos tienen en la definición y promoción actual de los derechos humanos. Considérese que varios Estados, al evaluar si suscriben instrumentos internacionales de derechos humanos (y en general materias de desarrollo progresivo o programáticas), determinan el beneficio político, económico y prestigio que les acarrearán.¹⁹⁴

VII. LA FUNCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Durante un prolongado periodo, los Estados ejercieron total control sobre sus ciudadanos y consecuentemente dominaron la esfera de sus derechos humanos.¹⁹⁵ Si los individuos ocasionalmente adquirían alguna relevancia internacional, era como simples "objetos" o, cuando mucho, "beneficiarios" de tratados.

Recientemente, los Estados han comenzado a permitir que las personas individuales jueguen un papel (menor) en la comunidad internacional. Sin embargo, algunas de las limitaciones que se encuentran son:¹⁹⁶ 1) los individuos sólo cuentan con derechos procedimentales,¹⁹⁷ 2) el derecho es concedido (y definido) por un tratado,¹⁹⁸ 3) no todos los Estados parte en un tratado han aceptado ser responsabilizados de sus actos u omisiones frente a los individuos, y 4) los mecanismos establecidos difieren sustancialmente

¹⁹² Véase Peter JONES, *International Human Rights: Philosophical or Political?*, en Simon Caney, David George y Peter Jones (editores), National Rights, International Obligations, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, pp. 187-204.

¹⁹³ Cfr. *supra*, texto que acompaña a las notas 53 y 54.

¹⁹⁴ La capacidad política y económica de cumplir con los acuerdos siendo una variable menos importante.

¹⁹⁵ Cfr. *supra* notas 99 a 111.

¹⁹⁶ CASSESE, *op. cit.*, *supra* nota 110.

¹⁹⁷ Para iniciar alguna averiguación a fin de determinar si los Estados han violado el acuerdo internacional que detalla los derechos sustantivos que benefician a la persona. Dicha posibilidad normalmente se acompaña de una queja.

¹⁹⁸ Consecuentemente sólo existe respecto de cuestiones bastante definidas (*ex. gr.*, relaciones laborales), aunque en términos abstractos para dar cabida a las distintas tradiciones jurídicas y sociales presentes en la comunidad internacional.

de los recursos establecidos en derecho interno. Pese a estas deficiencias, no debe subestimarse la importancia de la (pequeña) presencia del individuo en el escenario internacional: 1) puede presentar peticiones a los órganos internacionales sin importar su nacionalidad, 2) están presentes en foros internacionales, pese a consideraciones soberanas del Estado,¹⁹⁹ y 3) en la mayoría de los casos, los Estados que han aceptado jurisdicción de órganos internacionales, han respetado sus decisiones y sentencias.

En el discurso actual, definido principalmente por políticos y diplomáticos, se utiliza la expresión “derechos humanos” con dos propósitos principales. Primero, para tratar de afirmar que las normas o estándares universales resultan aplicables a toda sociedad humana.²⁰⁰ Segundo, para afirmar que todos los individuos, en virtud de ser seres humanos, gozan de derechos morales que ninguna sociedad y ningún Estado pueden negar.²⁰¹ Al efecto, recordemos que los sistemas de derechos subjetivos, nacional o internacional, tienen dos efectos: 1) establecer límites a la acción de los gobiernos y de las decisiones colectivas, ofreciendo un mínimo de protección a individuos y grupos específicos, y 2) ofrecer al individuo y a grupos específicos la posibilidad de reparar un daño y ofrecerles un margen de libertad con la imposición de dichos límites.²⁰² El carácter político de los derechos humanos parece estar reforzado porque normalmente se entienden referidos casi exclusivamente en relación con la autoridad y como una barrera entre la persona y el Estado.²⁰³

El término “derechos humanos internacionales” es concebido como un código verbal, un referente de la comunicación,²⁰⁴ para aludir a diversas

¹⁹⁹ Ante las dificultades del Estado para privarse de sus prerrogativas soberanas y regular la vida interior del Estado.

²⁰⁰ Lo que tiene su origen en las antiguas ideas de justicia universal y las nociones medievales del derecho natural.

²⁰¹ Lo que tiene su origen en las teorías del derecho natural de los siglos XVII y XVIII.

²⁰² Cfr. TAYLOR, *op. cit.*, *supra* nota 14, y KLARE, *op. cit.*, *supra* nota 16.

²⁰³ Para MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28, los derechos humanos requieren como un componente esencial la presencia de los gobiernos. Para que haya derechos humanos es necesaria la presencia de derechos subjetivos y un sistema jurídico, en el que, si bien los derechos humanos son generales, muchos son “restringidos” (o, añadiríamos, “específicos”). Son oponibles a todos, pero sólo son exigibles ante unos cuantos y resultan viables para unos cuantos. MARTIN continúa diciendo que aún cuando sean oponibles a todos, la mayoría de los derechos humanos requiere (o implica) la presencia de las instituciones en una sociedad organizada políticamente; ergo, la presencia del gobierno se vuelve esencial y fundamental.

²⁰⁴ Cfr. Richard Pierre Claude y Burns Weston (editores), HUMAN RIGHTS IN THE WORLD COMMUNITY, ISSUES AND ACTION, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2a impresión en rústica de la 2a ed., 1995, pp. 2-14.

iniciativas, que día con día se expanden cada vez más, y en forma cada vez más acelerada: 1) un ataque al concepto tradicional de la soberanía de los Estados, 2) una agenda para fijar metas en los temas de la política mundial, 3) un estándar para evaluar el comportamiento nacional y, por tanto, juzgar su legitimidad política, y 4) un movimiento de grupos e individuos que trasciende fronteras nacionales.

A. Derechos humanos y soberanía

El derecho internacional busca preservar la paz mundial y al efecto ha establecido gran cantidad de doctrinas, principios y reglas. Muchos de ellos han sido alterados, enmendados e incluso desechados en su significado por los derechos humanos internacionales. Por ejemplo, la doctrina clásica de soberanía de los Estados, y su corolario sobre la no intervención se ven amenazados con los derechos humanos; ¿es acaso una intervención inapropiada el que un Estado critique la situación de derechos humanos de otro?

Sir Hersch Lauterpacht estima que en la segunda mitad del siglo XX se observa que el Estado soberano cede lugar a la “soberanía de la humanidad”. Así, “...el reconocimiento de estos derechos [los derechos humanos fundamentales] constituye un freno al nacionalismo exclusivo y agresivo, que es el obstáculo, tanto consciente como involuntario, a la idea de una comunidad global bajo el régimen del derecho”.²⁰⁵ Los derechos humanos surgen claramente como un legítimo tema de interés internacional al término de la Segunda Guerra Mundial, el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.²⁰⁶

Por cuanto hace a la restricción a la doctrina clásica de soberanía, pareciera cierto que “No puede hablarse más, a finales del siglo XX, que el Estado puede tratar a sus propios ciudadanos como guste, sin ser responsable frente a la comunidad internacional. Internacionalmente, no puede decirse más que ‘el rey no puede cometer mal alguno’”.²⁰⁷

²⁰⁵ INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS, Garland, Nueva York, 1973, p. 47 [t.a.].

²⁰⁶ Véase Burns Weston, *Human Rights*, en ENCICLOPEDIA BRITÁNICA, Macropedia, t. 20, Geomorphic-Immunity, 15a ed., 1991, pp. 656-664.

²⁰⁷ CLAUDE y WESTON, *supra* nota 204, p. 5 [t.a.]. Por contra “it is an inescapable fact that one state’s treatment of its citizens is of little interest to other states”. WATSON, *Legal Theory, Efficacy and Validity in the Development of Human Rights Norms in International Law*, 1979 UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW FORUM 609, pp. 619. Vale destacar, sin embargo, que WATSON alude a “intereses” y no a “derechos”.

B. Derechos humanos como agenda mundial

Los derechos humanos internacionales se han vuelto comprensivos y han alcanzado la calidad de ser la política pública preferida por el mundo. Son la legitimación de todo programa público.²⁰⁸ Proporcionan el marco mundial sobre la dignidad humana.²⁰⁹ Las tradicionales exigencias por respeto,²¹⁰ por poder,²¹¹ y por riqueza²¹² se ven acompañadas actualmente por aquéllas relativas a educación,²¹³ bienestar,²¹⁴ afectos,²¹⁵ rectitud²¹⁶ y habilidades.²¹⁷ En contraste con este esquema de ocho valores, encontramos uno reducido a sólo tres, derivados de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad; las denominadas tres generaciones de derechos humanos.²¹⁸

Se observa que los Estados no son más los únicos actores significativos en las relaciones internacionales.²¹⁹ Se recurre a variables políticas y cultu-

²⁰⁸ Ver *supra* nota 36.

²⁰⁹ Myres MCDUGAL, Harold LASSWELL y LUNG-CHU CHEN, instan a facilitar el desarrollo de una política global para explorar los valores que "cada vez más insistentemente se expresan en crecientes demandas comunes ... de personas en todos los lugares" y consecuentemente proporcionar la lista de acciones y temas de estudio de los derechos humanos internacionales. *HUMAN RIGHTS AND WORLD PUBLIC ORDER: THE BASIC POLICIES OF AN INTERNATIONAL LAW OF HUMAN DIGNITY*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1980, p. 90 [t.a.].

²¹⁰ P. ej., la no discriminación.

²¹¹ Exigiendo mayor participación política.

²¹² Incluyendo la acumulación y empleo de riqueza con propósitos productivos.

²¹³ Incluyendo el acceso y disfrute de conocimiento e información.

²¹⁴ Incluyendo la supervivencia de individuos y grupos en las distintas comunidades.

²¹⁵ Como la libertad de dar y recibir la lealtad de grupos a quienes uno elija.

²¹⁶ Donde con responsabilidad pueda actuarse en provecho de la comunidad.

²¹⁷ Para mejorar los talentos propios y superar condiciones físicas y discapacidades.

²¹⁸ Ver *supra* notas 45 a 52.

²¹⁹ Véanse los interesantes esquemas de "lógicas normativas" que sirven para explicar los derechos humanos en el contexto internacional, que presenta Richard FALK, *Theoretical Foundations of Human Rights*, en *HUMAN RIGHTS AND STATE SOVEREIGNTY*, Holmes and Meier, Nueva York, 1981, pp. 33-62. "Lógica estatista": los derechos humanos sólo son de interés internacional cuando un Estado lo ha aceptado. "Lógica hegemónica": derechos humanos establecidos y defendidos por el hegemón. "Lógica naturalista": los derechos humanos son derechos inherentes a la naturaleza humana. "Lógica supranacionalista": si bien los Estados definen los derechos humanos, es la comunidad supranacional la que los promueve. "Lógica transnacional": aceptando la legitimidad estatal, los derechos humanos son de interés de cualquier persona o grupo (incluyendo no gubernamentales) en el mundo. "Lógica populista": la legitimidad es del orden mundial, no estatal, y los derechos humanos son promovidos por cualquier persona o grupo (incluyendo no gubernamentales) en el mundo.

rales para explicar o limitar la universalidad de los derechos humanos. Otros rechazan la validez de dichas variables. Pero distinguir entre sociedades con retórica sobre derechos humanos universales es propenso a generar escepticismo y frustración.²²⁰

Una consecuencia política de apoyarse en el relativismo cultural es que fácilmente puede proporcionar sustento a sistemas tiránicos y despóticos para justificar prácticas abusivas en virtud de la sanción histórica de las costumbres locales. En la búsqueda del consenso,²²¹ los conceptos occidentales universalizantes pueden servir (y han sido utilizados) como herramienta para la penetración colonial,²²² o bien para impedir la aplicación internacional de los derechos humanos.²²³ Y, sin embargo, dicho relativismo cultural no constituye un fundamento adecuado para justificar la no observancia de los derechos humanos.²²⁴ Intencional o involuntariamente, el relativismo cultural exhibe fuertes tonos discriminatorios y consecuentemente rechaza toda convención, pacto o declaración internacional de derechos humanos.

Los párrafos previos muestran que los derechos humanos son esgrimidos para convalidar o denunciar diversas situaciones en los Estados, para justificar o criticar la inclusión o exclusión de derechos y sus beneficiarios (varias de las propuestas o denuncias pueden pretender mejorar las condiciones sociales en una o más sociedades, pero también satisfacen agendas y prioridades diversas).

C. Derechos humanos como estándar internacional

Los derechos humanos internacionales igualmente pueden ser utilizados como un estándar para evaluar el comportamiento nacional. "[El] desarro-

²²⁰ "The cultural patterns, ideological underpinnings and developmental goals of non-Western and socialist states are markedly at variance with the prescriptions of the Universal Declaration of Human Rights. Efforts to improve the Declaration as it currently stands not only reflect a moral chauvinism and ethnocentric bias but are also bound to fail", Adamantia Pollis y Peter Schwab, *Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability*, en *HUMAN RIGHTS: CULTURAL AND IDEOLOGICAL PERSPECTIVES*, Praeger, Nueva York, 1979, p. 37.

²²¹ Cfr. Javier MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, *supra* nota 34.

²²² Cfr. AN-NA'IM, *op. cit.*, *supra* nota 100.

²²³ SAKAMOTO, Yoshikazu, *Human Rights Are Universal*, UNESCO COURIER 6 (agosto-septiembre, 1982), pp. 19-22.

²²⁴ TESÓN, Fernando, *International Human Rights and Cultural Relativism*, VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 25, núm. 4 (1985), pp. 869-898.

llo del derecho internacional positivo sobre los derechos humanos ha sido inspirado, entre otros factores, por el deseo de establecer un sistema global para la promoción y protección de los derechos humanos".²²⁵ Los grandes documentos de derechos humanos internacionales (entre otros, DUDH, DADDH, PDCP, PDESC, CADH, CEDH) representan los primeros grandes avances de un largo peregrinar. En el actual esquema de compromisos internacionales que los Estados han adquirido, resulta relativamente fácil señalar cuándo no se ha cumplido total o parcialmente con una obligación.

No por ello, y sin que constituya un relativismo cultural, deben invocarse los derechos humanos internacionales para pretender la imposición de un conjunto de valores en detrimento de otros.²²⁶ Igualmente, también debemos ser escépticos de la sabiduría popular que pregonaba que los derechos humanos internacionalmente prescritos son comunes a todas las tradiciones culturales y adaptables a la gran variedad de sistemas y estructuras sociales.²²⁷ Más bien, los estándares reconocidos en convenciones, declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos reflejan el consenso entre Estados sobre la existencia de ciertos derechos mínimos que individuos y grupos deben gozar en sus respectivas jurisdicciones.²²⁸

En este esquema, pareciera que la función actual de la teoría de los derechos humanos, a diferencia de la doctrina del derecho natural, no es como principio de legitimación al interior de un Estado nacional. Se ha convertido en un esfuerzo por desarrollar estándares que evalúan progresos alcanzados en materia de derechos individuales en el contexto de la comunidad internacional.²²⁹

²²⁵ VAN BOVEN, Theodor, *Estudio del derecho internacional positivo sobre derechos humanos*, en VASAK, *op. cit.*, *supra* nota 113, vol. I, p. 137.

²²⁶ El art. XXIX de la CADH dispone que la Convención no puede ser interpretada de forma que los derechos reconocidos puedan ser limitados más allá de lo previsto por la propia Convención.

²²⁷ Rhoda HOWARD y Jack DONNELLY, *Human Dignity, Human Rights, and Political Regimes*, 80 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 801 (1986). Véase también el contraargumento, en Nell MITCHELL, *Liberalism, Human Rights and Human Dignity*, 81 AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 921 (1987). *Cfr.* asimismo, *supra*, el apartado sobre Universalismo y relativismo cultural de los derechos humanos.

²²⁸ "Although human rights are not defined and the character of the undertakings may be uncertain, later instruments, resolutions, and practices, in particular the Universal Declaration and its aftermath, have realized and concretized the original, inchoate undertakings in the Charter." HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 33.

²²⁹ SIDORSKY, *op. cit.*, *supra* nota 122.

D. Derechos humanos como movimiento internacional

Los derechos humanos han sido, en gran medida, "una réplica a las preocupaciones políticas o sociales de carácter urgente y general".²³⁰ Respuesta que ha sido promovida por múltiples organizaciones (gubernamentales y otros), más como un movimiento de "derechos humanos" que de "deberes humanos", buscando preservar las consideraciones individuales por encima de las de la comunidad.²³¹ Amnistía Internacional, Medecins sans frontieres, son tan sólo unos ejemplos de este movimiento internacional. Muchos otros grupos han proliferado en todas partes del mundo.

Lo anterior muestra que los derechos humanos internacionales cuentan con una comunidad global atenta a cualquier acto u omisión, si bien generalmente sólo enfocada a la esfera pública. Por otra parte, manifiesta una nueva perspectiva en las relaciones internacionales. Mayor énfasis en actores no gubernamentales, acompañado de un creciente rechazo a la participación casi exclusiva del Estado y organizaciones internacionales en las relaciones internacionales.

VIII. LA FUNCIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La doctrina de los derechos humanos históricamente surgió como un elemento indispensable en la lucha contra la tiranía, si no por otras cosas, porque se carecía de argumentos más convincentes.²³² En la actualidad se sigue utilizando el término "derechos humanos" para avanzar logros sociales que de otra forma parecen difíciles de conseguir, sea porque la sociedad no cuenta con los recursos jurídicos necesarios, no han sido establecidos, o

²³⁰ VAN BOVEN, *op. cit.*, *supra* nota 225, p. 138.

²³¹ En el judaísmo, el menor no se emancipa al alcanzar la madurez, sino que se vuelve persona jurídica cuando adquiere obligaciones. *Cfr.* Robert COVER, *Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order*, 5 JOURNAL OF LAW AND RELIGION 65 (1987). La enseñanza de la obligación social se observa también en el pueblo Gikuyu de Kenya. Jomo KENYATTA, *FACING MOUNT KENYA: THE TRIBAL LIFE OF THE GIKUYU* (1965). Asimismo, *cfr.* BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 128, LINDHOLT, *op. cit.*, *supra* nota 10, y STEINER y ALSTON, *op. cit.*, *supra* nota 14, pp. 166-192.

²³² Durante la revolución americana, el Rey había declarado como rebeldes a Hamilton, Madison y compañía, por violar las leyes inglesas; acusación indudablemente cierta. El único recurso que quedaba a los colonos americanos era recurrir a leyes de orden superior: las leyes de la naturaleza y de la naturaleza divina. *Cfr.* O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145, pp. 182-185.

no se encuentran igualmente disponibles y accesibles al grueso de la población. Sin embargo, se ha argumentado que el establecimiento en algunas sociedades de sistemas judiciales que limitan las facultades y posibilidades de acción de la autoridad, no buscaba promover los derechos subjetivos ni defender al individuo frente al Estado, sino que, por el contrario, se trataba de un mecanismo para judicialmente sancionar la orden y acción del Ejecutivo; en esencia, para proporcionar mayor apoyo institucional a la orden oficialmente sancionada y construir un Estado más efectivo, más centralizado y más intrusivo en la esfera privada.²³³

En el curso de la historia dos temas son recurrentes: dignidad humana y libertad. Ambos conceptos no han significado lo mismo en diferentes épocas. En las primeras sociedades, poco secularizadas, observamos ya ciertas valorizaciones con precedentes (*lato sensu*) de las garantías jurídicas consagradas. Constantemente es reiterado el aspecto procesal referido a la justiciabilidad de los sujetos.²³⁴ Cerca del siglo XV se encuentran expresiones que anuncian el tránsito hacia la modernidad. Son letras próximas a lo que actualmente se concibe como derechos humanos.²³⁵ Como hemos indicado en otra parte,²³⁶ en los primeros textos históricos se avizora una incipiente preocupación por la persona individual, que busca fijar la norma por escrito para que pueda perdurar. Más adelante, en la Edad Media, se denota una barrera al poder de las autoridades,²³⁷ y se intenta corregir las desviaciones ocurridas.²³⁸ Posteriormente, se esgrime el derecho natural para enfrentarse a la arbitrariedad de las autoridades,²³⁹ esfuerzo que continúa hasta el presente siglo. Ante ello, podemos ver por qué en los derechos humanos “se trata de derechos que no quedan sujetos al regateo

²³³ Cfr. Nathan BROWN, *THE RULE OF LAW IN THE ARAB WORLD. COURTS IN EGYPT AND THE GULF*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1997.

²³⁴ Derechos de la primera generación. Ver, *supra* notas 45 y 46.

²³⁵ Como acertadamente se ha mencionado, el lapso previo al siglo XV “es mucho más de la filosofía que del derecho positivo”. PECES-BARBA *et al.*, *op. cit.*, *supra* nota 99, p. 20.

²³⁶ LABARDINI, *op. cit.*, *supra* nota 112.

²³⁷ Al fijar límites a la acción gubernamental y ofreciendo posibilidades de resarcir daños sufridos. Cfr. *supra* nota 202.

²³⁸ Los individuos son sujetos de las facultades consagradas pero como parte de un agregado social, gremial o estamental. Las normas son recogidas como costumbres y prácticas de ciertos sectores sociales y no como medidas precautorias para normar actos futuros. LABARDINI, *op. cit.*, *supra* nota 112.

²³⁹ Cfr. O'TOOLE, *op. cit.*, *supra* nota 145, pp. 182-185.

político ni al cálculo de los intereses sociales; constituyen para sus titulares triunfos frente al gobierno ...son derechos sustraídos al arbitrio de los poderes políticos constituidos”.²⁴⁰

IX. COMENTARIOS FINALES

Podemos identificar dos concepciones principales de derechos. Una, sustancialmente de la tradición occidental, sobre derechos subjetivos de la persona. Otra, considerándolos como objetivos sociales que no deben ser abandonados. Aquélla se concentrará en la capacidad del individuo para determinar la forma en que la sociedad (el Estado) debe actuar frente a la persona (y por tanto preocupada por derecho a la vida, a la libertad de expresión, al debido proceso legal y similares); en tanto la segunda procura un código de derechos sociales que serán alcanzados por la acción de la comunidad (empleo, ingreso mínimo, educación y similares).²⁴¹

El pensamiento sobre “derechos humanos”, y “derechos” en general, predominantemente se ha preocupado por la relación entre el individuo y el Estado. Tradicionalmente se ha concebido que los derechos humanos se erigen como barreras entre el individuo y el Estado.²⁴² No cabe duda que en una sociedad justa se requieren de dichas protecciones. Sin embargo, la libertad del hombre puede igualmente ser invadida o nulificada por la acción de entes no públicos, lo que corresponde a la esfera privada de la persona. Las declaraciones de derechos humanos invariablemente se refieren a restricciones al poder público y, por tanto, dejan de lado muchas otras formas de dominación privada (incluyendo, entre otras, jerarquías entre clases, razas, género, entre otras).

El individuo siempre está situado en una comunidad. Su creencia y opinión individuales tienen relevancia en el diálogo para definir el consenso sobre normas (morales, sociales, políticas y jurídicas), acuerdo que se encuentra abierto en el tiempo, a través del cual, mientras unos valores se consolidan, otros evolucionan. La idea del consenso implica la del disenso; si existe éste es porque hubo consenso previo y viceversa. La lucha histórica por los derechos humanos puede ser entendida como el disenso frente a

²⁴⁰ DELGADO PINTO, José, *La función de los derechos humanos en un régimen democrático*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, pp. 136-137 (énfasis añadido).

²⁴¹ TAYLOR, *op. cit.*, *supra* nota 14.

²⁴² Cfr. *supra* texto que acompaña a la nota 202.

situaciones de negación de los valores aceptados o rechazo de ellos. De esta forma, los valores se sitúan en el tiempo en un proceso dialéctico, se proyectan en el futuro y se aceptan por generaciones futuras.²⁴³

Sin recurrir al lecho de Procasto,²⁴⁴ consideramos que el concepto actualmente en uso de derechos humanos es un concepto e instrumento político,²⁴⁵ de contenido moral, revestido de formas pseudojurídicas, para avanzar conquistas sociales.²⁴⁶

Los derechos humanos "aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho".²⁴⁷ Así, se erigen en la base racional de un reclamo justificado de que el goce y disfrute de una sustancia debe estar socialmente garantizado contra los riesgos normales.²⁴⁸

Los derechos humanos son utilizados frecuentemente para solicitar la incorporación de nuevos derechos, la exigibilidad de los ya reconocidos, la actualización de los ya instituidos. Es un proceso constante que queda en manos de los legisladores.²⁴⁹

Los términos "derechos humanos" y "derecho" no son más definibles en su significado, ni menos sujetos a interpretaciones varias y disputas entre Estados, que cualquier otro concepto moral, político o jurídico,

²⁴³ "Los valores así considerados no aparecen en un momento determinado, sino que son el resultado de una evolución comunicativa basada, principalmente en las necesidades humanas y proyectada en el tiempo". RAFAEL DE ASÍS ROIG, *Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 72.

²⁴⁴ También llamado Polypemón, se trataba de un ladrón, muerto por Teseo, que tenía un lecho de hierro en el que obligaba a sus víctimas a acostarse en él, estirando o cortando sus miembros para que ajustaran al tamaño del lecho. THE NEW ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, vol. 9, Otter-Rethimnon, Micropedia, Enciclopedia Británica, Chicago, 1991, 15a ed., p. 718.

²⁴⁵ "If the processes of concretizing rights concepts and of resolving rights conflicts beyond the traditional discourse of rights onto the terrain of social theory and political philosophy, it follows that rights rhetoric must be politicized in order to serve as a foundation for legal reconstruction." KLARE, *op. cit.*, *supra* nota 16.

²⁴⁶ "Contemporary human rights law ... is idealistic, not merely political, in motivation, although in legal principle the obligations and the principal remedies run to other states, not the victim". HENKIN, *op. cit.*, *supra* nota 33.

²⁴⁷ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 107.

²⁴⁸ SHUE, *op. cit.*, *supra* nota 23.

²⁴⁹ Cfr. BOBBIO, THE AGE OF RIGHTS, *supra* nota 2.

como pueden ser "propiedad", "soberanía", "consentimiento" o "seguridad nacional".²⁵⁰

Cuando se declara que ha ocurrido una "violación de derechos humanos" muchas veces no se quiere significar, no se quiere transmitir que un "derecho" (positivo) ha sido transgredido o incumplido. Parece más bien que, en términos morales (y conforme a los criterios y referentes morales de quien expone la violación), se reprueba (severamente) una conducta ajena, subrayando implícitamente que las acciones, u omisiones, que se destacan (porque se escoge no resaltar otras), resultan inaceptables en la cosmovisión de ese individuo que reclama y consecuentemente igualmente deben ser reprobadas (y reparadas) por aquellos a quienes se critica. En otras palabras, las consignas de derechos humanos, y de su violación o respeto, son la manifestación y el registro histórico del rechazo a la percepción de una injusticia. La denuncia de esa injusticia puede responder a múltiples motivos, no necesariamente relacionados directamente con el bienestar de uno o varias personas.

Las declaraciones de derechos humanos representan sistemas de valores que pueden fundarse²⁵¹ en varias formas: datos objetivos de la naturaleza humana, verdades evidentes por sí mismas, religión y consenso (social o político).²⁵² Pero la adopción de textos internacionales (y nacionales) es el resultado muchas veces de una negociación entre grupos opuestos, unos defendiendo y otros minando el *statu quo*, unas posiciones producto del consenso y otras resultado del disenso. Toda definición de derecho surge en condiciones históricas específicas, y son promovidos por movimientos sociales o políticos²⁵³ (nacionales e internacionales).²⁵⁴ Pueden representar iniciativas para acallar dolor de conciencia de algunas personas y muchas veces fungen como "ases" o "triumfos"²⁵⁵ que vencen otras consideracio-

²⁵⁰ "Derecho" es usado con diferente sentido cuando aludimos a un derecho humano, un derecho jurídico, un derecho moral o un derecho social. Cfr. MARTIN, *op. cit.*, *supra* nota 28.

²⁵¹ BOBBIO, *Presente e avvenir dei diritti dell'uomo*, reproducido como *Human Rights Now and in the Future*, en BOBBIO, THE AGE OF RIGHTS, *supra* nota 2, pp. 12-31.

²⁵² MUGUERZA, *La alternativa del disenso*, *supra* nota 34, p. 31, critica, sin embargo, que la naturaleza humana puede ser concebida de múltiples formas y que recurrir a verdades autoevidentes no resulta más promisorio debido a que lo evidente en una época puede no serlo en otra.

²⁵³ Ver *supra* notas 30 a 34.

²⁵⁴ Cfr. *supra* el apartado Derechos humanos como movimiento internacional.

²⁵⁵ Cfr. *supra* notas 35 a 38.

nes. Sin embargo, y es importante resaltarlo, no por ello, los derechos humanos son absolutos y no pueden ser superados por otros derechos o valores en determinadas circunstancias.²⁵⁶

Estadistas y políticos se refieren a reclamos²⁵⁷ o exigencias cuando aluden a las necesidades naturales y a carencias que los seres humanos padecen cuando existen recursos limitados (que se destinan a múltiples y diversos propósitos). Al haber recursos limitados, resulta imposible proveer los bienes respectivos que en lo individual y en grupo se demandan. Al insistir en hablar de estas necesidades en términos de "derecho", y que no se trata de simples reclamos,²⁵⁸ se avanza por la idea de que el "derecho" consiste en tener título a un bien, pero no que ello constituya una reclamación dirigida contra una persona en particular y definida, puesto que en condiciones de escasez y limitaciones de recursos, puede no haber individuos (o grupos) que puedan realmente proporcionar dicho bien y que tengan la obligación de proporcionarlo a quienes (realmente o por demandarlo) necesiten de él.²⁵⁹

En este contexto, podemos considerar como un principio y un valor moral, en la comunidad internacional, el que todas las necesidades humanas deben reconocerse como reclamaciones dignas de ser apoyadas y debidamente tomadas en cuenta, aun cuando, en muchos casos, no puedan ser tratadas ni atendidas cabalmente, ni como fundamento suficiente para imponer obligación en alguien más para su cumplimiento. Los instrumentos internacionales, como el PSS,²⁶⁰ aluden a la obligación de cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales hasta el límite de los recursos disponibles.

²⁵⁶ Cfr. *supra* nota 12 y 13.

²⁵⁷ Donde los derechos no son simples reclamos; han sido reconocidos por un orden social. Cfr. *supra* notas 25 a 29.

²⁵⁸ Victoria CAMPS, *op. cit.*, *supra* nota 36, sostiene que el culto de los derechos humanos actual sustituye el lugar que antes tuvo la religión, los mandamientos y la revelación divina.

²⁵⁹ Quienes avanzan la idea de las necesidades humanas como derechos humanos, más parecen promover la atención (y resolución) de dichas necesidades que de verdaderos derechos.

²⁶⁰ La cooperación entre los Estados, de conformidad con el Protocolo, será "hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo". Art. 1-PSS. "Desarrollo" que parece estar restringido a aspectos exclusivamente económicos, sin comprender otras facetas cualitativas de la vida de los Estados, v. gr., cultura, sociedad, etc.

La anterior descripción podría explicar los derechos humanos "esenciales" como los derechos económicos y sociales,²⁶¹ v. gr.: "vacaciones periódicas pagadas".²⁶² Si bien es deseable extender a todo ser humano los derechos que más se puedan, incluidos los económicos, sociales y culturales, se trata más bien de un proceso de socialización de las aspiraciones político-sociales y no como un problema de derechos universales de todo ser humano.²⁶³ Si los derechos humanos requieren de la posibilidad de su realización física,²⁶⁴ parece ello significar que si se carece de recursos, no habría violación; incluso si se contara con recursos podría no haber transgresión debido a que los recursos son limitados y podría argüirse que existen otros derechos con mayor prioridad.²⁶⁵ ¿Se encuentra la sociedad obligada a reunir mayores recursos y contar con suficiente disponibilidad? ¿Qué ocurre con quienes viven en sociedades que cuentan con mayores recursos? En otras palabras, ¿quién está obligado a cumplir y hacer cumplir los derechos humanos?

²⁶¹ En el contexto del PSS, México sostuvo en primera instancia que, sin hacer una discriminación o graduación de los derechos económicos, sociales y culturales, sino más bien una separación, debiera existir una convención para aquellos derechos de corte progresivo que habrían de instrumentarse en forma paulatina, y otra para los derechos cuya aplicación y exigibilidad fuere inmediata. OEA/Ser.G, CP/CAJP-622/85 add. 6, 18 de agosto de 1986. La Corte Interamericana originalmente expresó la misma posición, es decir que sería conveniente que hubiera dos pactos para los derechos económicos, sociales y culturales, uno para los de aplicación progresiva y otro para los de exigibilidad inmediata. OEA/Ser. G, CP/CAJP-622/85 add. 2, 26 junio 1986.

²⁶² Art. 24, DUDH. CRANSTON, *op. cit.*, *supra* nota 56, considera que los derechos económicos, sociales y culturales realmente no son derechos humanos porque no son actuales (no pueden ser exigidos hoy día por todos los individuos ni ante todos los obligados), no son fácilmente legibles (por lo que no pueden ser definidos y exigidos) y porque no son derecho positivo.

²⁶³ En adición, la vaguedad conceptual es el precio de la universalidad del acuerdo que busca satisfacer orientaciones y tradiciones jurídicas y morales de muy distintas sociedades. Esta situación dificulta poner en práctica el consenso al que se llegó. Cuando un valor es vago, equívoco y ambivalente, sirve igual para justificar una posición, que la posición contraria. Véase CAMPS, *op. cit.*, *supra* nota 36.

²⁶⁴ CRANSTON, *op. cit.*, *supra* nota 56, ofrece tres pruebas para definir la autenticidad de un derecho humano: 1) practicabilidad (exigencia sólo de lo físicamente posible), 2) se trata de un derecho moral universal genuino (no perteneciente a una clase de personas o aplicables en determinadas situaciones), y 3) importancia sin parangón del derecho. Sin embargo, sus argumentos apuntan a considerar que las consideraciones fundamentales de los derechos humanos radican en su incorporación al derecho positivo y en lo físicamente realizable; lo que haría nugatoria toda exigencia o reclamación moral.

²⁶⁵ Sólo en el plano abstracto conviven sin problemas los derechos consignados en las declaraciones de derechos humanos. Los problemas surgen cuando todos y cada uno de los sujetos de derechos exigen que éstos sean respetados.

Cuando en derecho internacional (y en los sistemas nacionales) se habla de derechos humanos, muchas veces se alude a la exigencia, planteada en decálogos políticos, de que son reales y efectivos derechos. Es decir, que tienen presencia actual y real. Sin embargo, se trata más bien de la manifestación pública de la intención de alcanzar la aspiración de que se satisfarán todas las necesidades humanas. En consecuencia, se exige su ratificación como las determinantes de las aspiraciones presentes y que funjan como guías y orientaciones para las políticas presentes.

Vale subrayar que esta expresión se realiza en términos por demás fuertes al acompañarse de una sorprendente carga moral, al señalar concomitantemente la convicción de que dichas reclamaciones (o derechos humanos) deben ser reconocidas y aceptadas por los Estados, aquí y ahora (o como mínimo, como derechos potenciales). En otras palabras, argüir una violación de un derecho humano tiene mayor reprobación moral que decir que se cometió un delito o se incumplió con la legislación.

X. CONCLUSIONES

La idea de los derechos humanos es tan explosiva, tan revolucionaria, que aún necesita de tiempo para ser completamente asimilada en las comunidades nacional e internacional. En última instancia, los derechos humanos internacionales significan que el Estado ha dejado de ser el único ente que posee derechos. El individuo tiene ahora posibilidad de recurrir al derecho internacional público para presentar reclamos en defensa de sus derechos, de sus derechos humanos.²⁶⁶ Aún más explosivo es el hecho de que los individuos pueden, bajo derecho internacional público, reclamar actos contra sus propios Estados.

Si bien la universalidad de la naturaleza humana es un concepto que data de épocas muy antiguas,²⁶⁷ la transformación de esa idea filosófica en ins-

²⁶⁶ *Ex. gr.*, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁶⁷ "Es cierto que en todas las épocas de la humanidad ha existido y se puede hablar de un sentido de justicia. Pero existe un consenso generalizado a la hora de considerar que los derechos humanos, tal como han sido conceptualizados hoy, tienen un origen inusnaturalista, y surgen como contrarréplica al absolutismo exigiendo toda una serie de garantías civiles, políticas y procesales sobre la base de argumentaciones de índole contractualista". Ignacio ARA PINILLA, *Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática*, en MUGUERZA, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 58.

tuciones políticas sólo ocurre en tiempos modernos. Ello genera nuevas relaciones entre gobernados y gobernantes, así como en las relaciones entre los propios gobernados. Su primera expresión fueron las declaraciones de derechos humanos al final del siglo XVIII. Fue en ese momento que "una nueva forma de organización política ha sido creada ..., una que no es un gobierno de leyes ..., sino un gobierno de hombres y leyes juntos, de hombres que hacen leyes y leyes que se encuentran restringidas por derechos individuales preexistentes que las leyes mismas no pueden infringir".²⁶⁸ Los derechos humanos son concebidos generalmente como el estándar moral fundamental por el cual se evalúa la actividad gubernamental (pero que debiera igualmente evaluar las acciones de los individuos). Lo anterior es evidenciado por el gran número de declaraciones, tratados e instrumentos internacionales que se encuentran en vigor en derecho internacional.²⁶⁹

Existen diferentes teorías para justificar o negar los derechos humanos: convencionalista,²⁷⁰ prudencialista,²⁷¹ deontológica,²⁷² utilitarista,²⁷³ interdependentista²⁷⁴ y religiosas;²⁷⁵ todas ellas enfrentadas al escepticismo²⁷⁶ y a la crítica por su indeterminación.²⁷⁷ En el siglo XVIII, los proponentes

²⁶⁸ BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 64 [t.a.].

²⁶⁹ *Cfr.* WINSTON, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 6.

²⁷⁰ Las normas morales incorporadas en los derechos humanos existen, al igual que otras normas sociales, sólo por costumbre o convencionalismos sociales. *Cfr. supra* nota 71.

²⁷¹ Los individuos celebran variaciones de acuerdos sociales mediante los cuales se crean derechos para avanzar su interés propio. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 74 y 75.

²⁷² Principalmente derivado de las ideas filosóficas de Immanuel KANT (1724-1804), sostiene que los derechos humanos están basados en la característica universal de la naturaleza humana. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 76 a 80.

²⁷³ Las normas morales contenidas en los derechos humanos representan reglas importantes y prioritarias para normar el comportamiento humano y cuyo cumplimiento promueve a largo plazo la mayor felicidad para la mayoría de la población. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 82 y 83.

²⁷⁴ Los derechos básicos a la libertad, la seguridad y el bienestar son necesarios para el goce y disfrute de los demás derechos. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 84 a 92.

²⁷⁵ Los derechos humanos están basados en el carácter sagrado de la vida humana. *Cfr. supra* texto que acompaña a la nota 93.

²⁷⁶ Duda que cualquier aproximación filosófica pueda satisfactoriamente proporcionar una sólida justificación para la idea de los derechos humanos. *Cfr. supra* texto que acompaña a las notas 170 a 182.

²⁷⁷ Los derechos humanos son formulados en términos abstractos que en ocasiones son de difícil concreción. *Cfr. supra* notas 183 a 185.

de derechos naturales aseveraban su dicho en verdades autoevidentes.²⁷⁸ En el siglo XX, los horrores del nacional-socialismo y de actos genocidas derrumbaron los fundamentos absolutos del positivismo jurídico. Algunos han apelado a esquemas intuicionistas,²⁷⁹ y otros sostienen que no puede demostrarse la existencia de derechos humanos.²⁸⁰ Otros responden que de esto no puede concluirse que no existen.²⁸¹ Lo cual es cierto. Sin embargo, lo mismo puede afirmarse de fantasmas y unicornios.

Con el surgimiento del movimiento internacional de derechos humanos, utilizando el lenguaje de “derechos” asociados a moralidad y derecho, se acompaña con la búsqueda por justificaciones morales, jurídicas, sociales y políticas.²⁸² Resurge el derecho natural y los derechos naturales, modificando esquemas previos. El utilitarismo de Bentham²⁸³ hubo de contemplar salvaguardas contra la posibilidad de que las mayorías en una sociedad fueran a sacrificar tanto a individuos como a minorías a cambio del “mayor bien para el mayor número” de personas, tal como lo definiera la mayoría.²⁸⁴ Los derechos debían tomarse en serio.²⁸⁵ Políticos y filósofos aceptaron la idea de los derechos, especialmente fundados en principios de libertad e igualdad, divididos en la característica de “derechos” de los derechos de bienestar y otros derechos sociales y económicos.²⁸⁶ Las principales justificaciones de derechos buscaron apoyarse en nociones de justicia²⁸⁷ (aunque ésa puede tener una visión más política que doctrinal).²⁸⁸ Con el mismo propósito, otros exploraron diversas disciplinas sociales.²⁸⁹

²⁷⁸ V. gr., Jefferson, siguiendo las enseñanzas de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau, *vid supra* nota 131.

²⁷⁹ Como Michael Dummett. El intuicionismo señala que el hecho de que algo no sea demostrable o refutable, no significa que su negación sea cierta. Cfr. HONDERICH, *op. cit.*, *supra* nota 83, pp. 415-416. Vale destacar, sin embargo, que los filósofos parecen recurrir a la “intuición” cuando el argumento esgrimido parece tener algunas fallas.

²⁸⁰ Cfr. *supra* el apartado El escepticismo sobre los derechos humanos.

²⁸¹ DWORKIN, *op. cit.*, *supra* nota 35, p. 81.

²⁸² Cfr. *supra* el apartado La justificación de los derechos humanos.

²⁸³ *Vid supra* notas 152 y siguientes.

²⁸⁴ Cfr. H. L. A. Hart, *Between Utility and Rights*, 79 COLUMBIA LAW REVIEW 828 (1979).

²⁸⁵ Cfr. Dworkin, *op. cit.*, *supra* nota 35.

²⁸⁶ El PDESC y el PSS son excelentes ejemplos.

²⁸⁷ RAWLS, John, *TEORÍA DE LA JUSTICIA*, Fondo de Cultura Económica, México, 1a reimpresión de la 2a ed., 1997.

²⁸⁸ Cfr. *supra* nota 192.

²⁸⁹ Jerome Shestack describe los fundamentos de las teorías modernas de derechos humanos en: 1) derechos naturales, 2) utilidad, 3) justicia, 4) reacciones frente a la injusticia, 5) dignidad y 6) igualdad de respeto y atención. Cfr. *The Philosophic Foundations*

Generalmente entendemos que “derecho humano” significa un tipo de “derecho moral” universal que pertenece por igual a todos los seres humanos por el simple hecho de que *son* seres humanos.²⁹⁰ Distinguimos “derecho moral” de un derecho subjetivo, que consiste en la facultad exigible (incluso compulsivamente) conforme al orden jurídico vigente.²⁹¹

En otro lugar indiqué²⁹² compartir opinión con el profesor Hübner Gallo en el sentido que si bien se ha difundido la expresión de “derechos humanos”, la misma es redundante ya que todo derecho necesariamente debe ser humano.²⁹³ Sin embargo, a la luz de lo analizado, pareciera que no es tan clara esta situación. Varias argumentaciones mantienen esquemas de “teorías tipo-C”, que buscan identificar una cualidad, característica o capacidad específica (“C”) que permite a un grupo de seres detentar un derecho (“D”).²⁹⁴ Aun cuando los argumentos para justificar los derechos humanos son variados,²⁹⁵ creemos que realmente resultan complementarios entre sí, dado que parecen converger en que algunos derechos humanos deben considerarse como básicos y fundamentales. Cada persona puede legítimamente reclamarlos y exigir que su libertad, seguridad personal y acceso a medios para el bienestar personal son bienes cuyo uso y disfrute deben estar protegidos por la sociedad. En principio, la agencia moral del individuo puede resultar un parámetro más adecuado; lo que será necesario explorar con mayor detalle.

Observamos que actualmente se ponen demasiadas esperanzas en la proclamación formal de un documento nacional o internacional, de una am-

of Human Rights, 20 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 6 (1998), y *The Jurisprudence of Human Rights*, en Theodor Meron (editor), HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL LAW: LEGAL AND POLICY ISSUES (1984), pp. 69 y siguientes.

²⁹⁰ Un derecho humano es “an ethical right of the individual as a human being vis-à-vis the state”. WELLMAN, *op. cit.*, *supra* nota 11.

²⁹¹ Cfr. *supra* notas 21 y 22.

²⁹² Rodrigo LABARDINI, Javier Ramón BRITO MONCADA y Miguel Ángel GONZÁLEZ FÉLIX, *La Convención Americana de Derechos Humanos*, “Pacto de San José de Costa Rica”, *Revisitada*, en *El Foro*, órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Octava Época, t. I, núm. 4, 1988, México, pp. 115-179.

²⁹³ “Con mayor propiedad filosófica y jurídica se ha hablado de los ‘derechos innatos’ o ‘congénitos’ o ‘derechos fundamentales de la persona humana’”. Jorge Iván HÜBNER GALLO, PANORAMA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 1.

²⁹⁴ Cfr. *supra* nota 138.

²⁹⁵ V. gr., SHUE, GEWIRTH y LYONS. Cfr. *supra* el apartado La justificación de los derechos humanos.

plia lista de presuntos derechos humanos. En otras palabras, se utiliza el término "para albergar pretensiones de justicia", por lo que "cabe la sospecha ... de que asistimos a una extensión indebida de la noción de derechos humanos, que en ocasiones deviene una categoría ideológico-positiva, respetable en ciertos ámbitos de la actividad social, pero inservible para la teoría jurídica por falta de perfiles definidos".²⁹⁶

El análisis filosófico se complementa con los análisis político, jurídico, moral y sociológico. Unos necesitan de los otros. Evidenciando la necesidad de la interdisciplinariedad para el estudio de los derechos humanos, es que surgen confrontaciones entre derechos humanos cuando en la práctica aparecen otras variables no estrictamente éticas: políticas, económicas, culturales o sociales. Dichas pugnas pueden derivar la búsqueda de agendas políticas, limitaciones en recursos o acciones disponibles para satisfacer las distintas necesidades humanas que se han exigido, y a que los derechos humanos no son absolutos y sí admiten limitaciones en determinadas circunstancias. Adicionalmente, el choque puede darse por tratarse de reclamos que se encuentran en conflicto entre sí.²⁹⁷

Debemos proceder de las acciones individuales a las medidas institucionales que conllevan a la aplicación jurídica y la realización política de los derechos humanos. Si bien es en el contexto político (y moral) en el que más acostumbrados nos encontramos al hablar de derechos humanos, debemos subrayar que un aspecto central de todas las relaciones interpersonales son los derechos y obligaciones que todos tenemos con los demás (y con uno mismo). "Los derechos humanos de la persona, libertad y bienestar, se violan seguramente en igual medida, aunque posiblemente de manera menos poderosa e irrevocable, si uno es secuestrado y detenido para pedir rescate, que si estuviera uno sujeto a aprisionamiento injusto; y la tortura por una persona física privada infringe los derechos humanos de una persona tanto como la tortura cometida por un agente del Estado."²⁹⁸

Hace falta una profunda transformación no sólo de las instituciones gubernamentales, sino también de entidades privadas y de las prácticas sociales para lograr el respeto a los derechos humanos. Esto requiere de cambios importantes en las consideraciones políticas, en la distribución de recursos

²⁹⁶ Delgado Pinto, *op. cit.*, supra nota 240, p. 135.

²⁹⁷ Procurando que el derecho prevalezca incluso frente a reclamos o disposiciones contradictorios. Ver *supra* nota 38.

²⁹⁸ GEWIRTH, *op. cit.*, supra nota 17, pp. 195-196 [t.a.].

y en el acceso a medios y recursos jurídicos para reparar un presunto daño; todos envueltos de la certeza de que el uso de los medios instituidos realmente pueden ser efectivos.

Notes From A Poem That Can Never Be Written
Margaret Atwood²⁹⁹

The facts of this world seen clearly
are seen through tears;
why tell me then
there is something wrong with my eyes?

To see clearly and without flinching,
without turning away,
this is agony, the eyes taped open
two inches from the sun.

What is it you see then?
Is it a bad dream, a hallucination?
Is it a vision?
What is it you hear?

The razor across the eyeball
is a detail from an old film.
It is also a truth.
Witness is what you must bear.

²⁹⁹ En Arthur Miller (introducción), *THOUGHTS ON HUMAN DIGNITY AND FREEDOM*, Amnesty International, Universe Publishing, 1991, Nueva York, p. 38.