

FUNDAMENTACIÓN,  
NATURALEZA Y  
UNIVERSALIDAD  
DE LOS DERECHOS  
HUMANOS, HOY

Elida Aponte Sánchez

El ordenamiento jurídico debe reconocer la existencia de los derechos humanos, garantizar su ejercicio y regularlo. Los poderes públicos, por su parte, tienen el deber ineludible de reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover aquellos derechos, y en contribuir, por consiguiente, a hacer más fácil el cumplimiento de los respectivos deberes.

El respeto a los derechos humanos debe ser universal y efectivo como bien lo expresa el Preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Sin embargo, existen dudas sobre la universalidad y la efectividad de tales derechos, sobre todo si tomamos en cuenta que para que los derechos humanos sean efectivos, deben ir más allá de la esencia normativa y textual, y convertirse en parte de la cultura jurídica de una sociedad dada. Deben tener, como ha sostenido

<sup>1</sup> Radhika Coomaraswamy. "Bramar como una vaca: las mujeres, la etnia y el discurso de los derechos", en Rebecca J. Cook (ed.). *Los derechos humanos de la mujer: Respectives raciales e interraciales*. Profamilia, Bogotá, 1999, p. 37-54.

Radhika Coomaraswamy,<sup>1</sup> resonancia en la conciencia pública general en relación con los temas políticos y civiles.

En lo que respecta a los derechos humanos de las mujeres el nivel de resonancia es mínimo, lo que ha impedido la aplicación efectiva de esos derechos.

**Los derechos humanos como elaboración  
del constitucionalismo**

Para nosotras, el hilo que une el incipiente

constitucionalismo de la Revolución Francesa con el constitucionalismo actual es el reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales.

La autora Ana Rubio Castro<sup>2</sup> considera que el reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales en el constitucionalismo de finales del siglo XVIII es un punto clave, pues tiene como fin primordial preservar ciertos valores o principios que se consideraban propios, inalienables y universales, porque son presupuestos lógicos para la construcción de la autonomía y el ejercicio de ciudadanía que la misma exige, al tiempo que representan la cara obligacional del nuevo poder y permiten establecer un ámbito de inmunidad del ciudadano respecto del Estado.

<sup>2</sup> Ana Rubio Castro. *Feminismo y ciudadanía*. Instituto Andalúz de la Mujer, Sevilla, 1997.

Los derechos humanos no son una creación del Derecho. Su consagración en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 les reconoce una existencia anterior, al punto de que el texto revolucionario lo único que hace es "declararlos" y sacarlos del olvido, de la ignorancia o el desprecio a que se veían sometidos, como bien se expresa en la declaración.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Nicolás López Galea. *Introducción a los derechos humanos*. Cívitas S.L., Granada, 2000, p. 19.

La misma declaración parece priorizar entre los derechos asignándole un papel central al derecho de libertad y al derecho a la propiedad. El artículo 1º dice: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos". La libertad tiene ante todo un carácter individualista, entendida como espontaneidad del sujeto en el ha-

cer, en el pensar y en el decir (arts. 10 y 11). Y la propiedad es consagrada como un derecho "inviolable y sagrado" (art. 17).

Por otra parte, los derechos humanos, según la misma declaración, existen antes de la ley, pero es la ley la que los reconoce y limita. Su existencia es ante todo jurídica o legal, entendiéndolo en la misma declaración que la ley "es la expresión de la voluntad general" y, en consecuencia, todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación (art. 6).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 20.

La manera de formular los derechos humanos, contenida en la misma declaración, es una manera abstracta. Yo diría que abierta, porque existiendo antes de la ley, la misma no podía recogerlos en su totalidad. El nivel de abstracción de los derechos humanos en la declaración, para el ius filósofo Nicolás López Calera, lo lleva a aseverar que son fórmulas o formulaciones jurídicas. Su abstracción permite importantes consensos sobre su formulación, pero el problema se presenta o pudiera presentarse a la hora de su realización concreta, pues deja abierta la puerta para interpretaciones variadas y contradictorias.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> *Ibid.*

Dos aspectos centran el debate doctrinal en materia de los derechos humanos: 1) una cuestión es la referente a la fundamentación de los derechos y 2) otra cuestión atiende a su efectiva realización. Incluso, algunos autores han llegado a desestimar la primera cuestión para poner sobre el tapete, como problema álgido de nuestro tiempo, la efectiva realización de esos derechos.

Para fundamentar los derechos humanos existen argumentos dispares, entre los que podemos mencionar: a) el iusnaturalismo, que considera que los derechos humanos son *derechos naturales*. Los autores iusnaturalistas sostienen que hay exigencias subjetivas de justicia, derechos que vienen predeterminados en el hombre por su condición de tal, derechos imatos. b) El positivismo jurídico que, partiendo de la concepción de que el derecho es una creación humana, llega a la conclusión de que no existen derechos que no hubiesen sido creados por el hombre. En consecuencia, no existen derechos humanos o derechos del hombre en cuanto tal o derechos esenciales. Pero tal postura no autoriza a concluir que el positivismo es un enemigo de los derechos humanos. "Al buen positivista no le da igual un régimen racista que un régimen democrático respetuoso con los derechos humanos".

Lo que el positivismo jurídico descalifica son tesis centrales del iusnaturalismo. La primera es que sea posible justificar una "esencia humana" como soporte de unos derechos. La segunda tesis iusnaturalista que descalifica es que esas exigencias sean estrictamente *derechos*. Serían en realidad exigencias éticas, reivindicaciones políticas pero no auténticos derechos subjetivos que, como sabemos, sólo son aquéllos que están contenidos en las leyes positivas.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> *Idem*.

El positivismo jurídico, evitando una fundamentación metafísica de los derechos humanos, siempre remitirá a los pactos sociales que, desde la libertad e igualdad de todos los sujetos, se pueden establecer para constituir un orden político y jurídico justo. Esto es de interés para López Calera, hasta el punto de insistir en que el

positivismo jurídico, si bien no explícitamente, de manera tácita afirma un principio trascendental: "todos los seres humanos son iguales y libres y así han de participar y ser tratados a la hora de construir un orden jurídico y político histórico o concreto".<sup>7</sup>

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> G. Peces-Barba. *Los valores superiores*. Temas, Madrid, 1984, pp. 16-24.

Gregorio Peces-Barba<sup>8</sup> propone una tesis, si se quiere mediadora; un modelo dualista de los derechos humanos, a tenor del cual los derechos humanos deben ser tratados bajo dos perspectivas: a) una perspectiva filosófica, y b) una perspectiva científico jurídica.

Desde la perspectiva filosófica, Peces-Barba considera que los derechos humanos no son derechos, sino sólo valores que deben incorporarse al derecho positivo, no siendo tampoco correcto afirmar cualquier derecho como derecho válido, sea cual sea su contenido, como proponen los positivistas voluntaristas. En su opinión, hay que afirmar la autonomía de la realidad de los valores de los derechos fundamentales, que han de ser analizados históricamente desde la perspectiva de la situación económica, social, cultural y política de cada momento y desde la perspectiva del pensamiento político y filosófico.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 44.

La perspectiva científico-jurídica trata de considerar "el derecho de los derechos fundamentales"; es decir, la inserción de esos valores en las normas jurídicas, en el derecho positivo y la configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos. En consecuencia, y según se deriva de esta postura, en tanto una sociedad política no reconoce e incorpore a su derecho positivo

unos derechos humanos, no se puede hablar de éstos en un sentido jurídico, en sentido estricto, ni pueden alegarse ante los tribunales competentes en el caso de su desacato o infracción.

Uno de los aspectos más interesantes que nos ha aportado López Calera sobre el tema de los derechos humanos es su *naturaleza dialéctica*. Naturaleza que se pone en evidencia cuando versamos sobre el problema de la *realización* de los derechos humanos, constituyendo dicha problemática —según buena parte de la doctrina—, la cuestión más importante.

La situación que más sorprende sobre la problemática de los derechos humanos, aparte de su dramaticidad diaria (régimenes que niegan de manera total y totalizante los derechos humanos), es el conjunto de insuficiencias y negaciones parciales que se siguen produciendo en las sociedades avanzadas.

La historia de los derechos humanos, como sabemos, no es una historia lineal, sino una historia de contradicciones. Parece, según el profesor granadino, como si cualquier concepto o realización de los derechos humanos tropezara con contradicciones insalvables y constitutivas, cualquiera que sea el sentido que se quiera dar al concepto o a la realidad que se denomina derechos humanos.<sup>10</sup>

La concepción sobre la naturaleza dialéctica de los derechos humanos es tal en un doble sentido. Ello es, tanto en el sentido del predicado de lo que los derechos humanos son realmente, y en este caso su dialéctica siempre expresará lo inconcluso, lo inacabado de su realidad, lo impre-

<sup>10</sup> Nicolás López Calera. "Naturaleza dialéctica de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 71-84.

sible e imprevisto; como en el sentido del método o vía para acercarnos a esa realidad, lo que nos impone que debemos huir de toda comprensión definitiva de la realidad que, en su continuo devenir, en sus inevitables dialécticas, no tiene un momento fijo, un instante definitivo que pueda fotografiarse como el ser total, objetivo y acabado de una cosa.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 74.

De lo dicho se infiere que los derechos humanos no son una realidad fija, estática, que pueda ser comprendida y mucho menos determinada en la praxis de manera objetiva y definitiva, sino que son una realidad que fluye en medio de contradicciones, pero algo de esa realidad, al menos en términos muy formales, puede ser tenido como común.

El método dialéctico también se justifica porque ello permite acercarse, de manera no dogmática, a los conflictos sociales.

Es muy probable, como lo considera el autor referido, y este planteamiento da luz sobre amplios aspectos de los derechos humanos en América Latina, que los derechos humanos estén edificados sobre contradicciones reales, previas e insalvables. Su concepción y realización parecieran suponer contradicciones preconstitutivas que no pueden resolverse. Hasta puede afirmarse que los derechos humanos llevan en sí, por definición o por constitución, *el germen de su propia negación*.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 61.



## Los derechos humanos como sistema de valores

Peter Häberle<sup>13</sup> considera que los derechos fundamentales

son un sistema de valores, pero no un sistema de valores trascendente y eterno como pretende el iusnaturalismo, sino un sistema de valores de una determinada comunidad. Ese sistema<sup>14</sup> de valores ha sido positivado

en la Constitución y es objeto de una continua actualización aquí y ahora.

Los derechos fundamentales para Häberle no tienen un contenido fijo y determinable de antemano, pues el contenido y límites de cada uno de ellos debe ser determinado en relación con los demás bienes protegidos por la Constitución. Esa determinación exige *ponderar* entre los bienes; de tal manera que el contenido de un derecho fundamental nos vendrá dado en su relación con el resto de los derechos fundamentales señalando los límites que éstos le imponen.

Así pues, los derechos fundamentales no tienen un contenido fijo y son "magnitudes", cuya dimensión se determina caso por caso. Cada derecho "nace de nuevo en cada situación conflictiva y es actualizado y concretado caso por caso".<sup>15</sup>

Los marcos de ponderación en los cuales Häberle inscribe el problema de la determinación de la magnitud de los derechos fundamentales de libertad son: a) el que atiende a la relación individuo-sociedad o el estatus del individuo frente a la sociedad en general; y b) el que

<sup>13</sup> Peter Häberle. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Trad. de Ignacio Gutiérrez G. Trotta, Madrid, 1998, pp. 49-56.

<sup>14</sup> Esa idea de sistema no tiene el sentido de jerarquía rígida entre los diversos valores, sino la existencia de una cohesión entre ellos y de remisión de unos a otros.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 104.

tiene que ver con la relación individuo-institución-Estado o el estatus del individuo dentro del marco de cada institución.

El primer marco de ponderación, el que atiende a la relación individuo-sociedad, tiene que ver con el problema de la articulación de los derechos de libertad del individuo con los de los demás individuos, con las exigencias de la seguridad general y con el principio democrático y el social. 1) La relación entre los derechos de libertad del individuo y los derechos de libertad de sus congéneres es de condicionamiento recíproco. 2) Häberle considera que todos los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, tienen una función social. El principio de función social de los derechos fundamentales se traduce, por una parte, en que no pueden concebirse

como ámbitos de libertad individual preservados de injerencias es-

<sup>16</sup> C. Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Alianza, Madrid, 1982.

tatales (que es el planteamiento de C. Schmitt).<sup>16</sup> Y por otra parte, no pueden con-

cebirse exclusivamente como medios para la consecución de determinados objetivos sociales. 3) Lo dicho nos obliga a considerar los derechos fundamentales con una visión equilibrada entre la función social y la libertad individual, y ello lo cree posible Häberle, al suponer una relación individuo-sociedad de carácter armónico, donde cada componente presuponga el otro y viceversa.

Dentro del mismo marco de ponderación individuo-sociedad es necesario articular entre los derechos fundamentales de libertad y la democracia. Los derechos fundamentales de libertad son, para Häberle, la base funcional de la democracia. La democracia existe sobre la base de una interrelación entre el componente liberal y el

componente democrático de la Constitución. En ese sentido, los derechos fundamentales son, además de mecanismos de defensa frente al Estado, espacios de libertad que se garantizan a los individuos no en cuanto burgueses, sino en cuanto ciudadanos, partícipes del Estado.

Desde la ciudadanía de los sujetos de ese Estado, los derechos de libertad se constituyen en condición de posibilidad del ejercicio de los derechos específicamente políticos, sin que se pueda hablar de una "politización" completa de tales derechos, que en definitiva buscan someter a los gobernantes a control.

La concepción de Häberle de los derechos humanos como límites y no como barreras se basa en si dichos derechos son igualmente constitutivos para el individuo y la sociedad, si al mismo tiempo que son consagrados como garantías a favor del individuo, cumplen una función social; si configuran la base funcional de la democracia, entonces, la protección y el ejercicio de dichos derechos se caracterizan por un "ensamblaje" de intereses públicos e intereses privados.

El segundo marco de ponderación aportado por Häberle tiene que ver con el individuo-institución.<sup>17</sup> Las instituciones son ámbitos de relaciones intermedias entre el individuo y el Estado (instituciones). En este marco es necesario salvaguardar la libertad individual en el marco de las instituciones constitucionales protegidas.

1) La libertad individual es ingrediente insustituible de la vitalidad de las diferentes instituciones, pero no se encuentra consagrada en interés exclusivo del individuo, sino también en beneficio de la institu-

<sup>17</sup> Desechando con ello el planteamiento de los derechos fundamentales tratados sólo en la relación individuo-Estado propuesto por Schmitt.

ción. 2) La libertad como tal ingrediente es lo que dota a las instituciones de un carácter "relativamente dinámico" que les permite adaptarse a los cambios sociales y evolucionar. 3) Por su parte, el orden de relaciones vitales que la institución representa constituye un marco de ejercicio de la libertad. Lo que la institución aporta es dirección y medida, seguridad y salvaguardia, contenido y función.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 108.

En la concepción de Häberle, el individuo adquiere un estatus "activo y positivo", duradero y estable, en la posición del sujeto, en relación con el marco de relaciones vitales en que se encuentra inmerso. El individuo, en ese marco, cumple una función hacia la que "fluyen" sus derechos y libertades individuales. Al mismo tiempo, los diferentes ámbitos vitales institucionalizados se encuentran en una relación de interdependencia y complementariedad que los lleva a fusionarse y componer la totalidad social. Es, mediante este proceso de confluencia, como el individuo adquiere un estatus global o estatus referido a la globalidad.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 109.

### **Las normas de derechos humanos como principios y como reglas**

El derecho constitucional de hoy, superado que fuera el Estado de derecho legislativo, ha introducido distinciones de gran importancia. Entre esas distinciones existen las de ley, derecho y justicia. Dentro de la noción genérica de norma se distingue la "regla" de lo que podría denominarse "principio".

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, es de observar que las normas jurídicas son principalmente reglas, mien-

tras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, lo cual, *mutatis mutandi*, sería como distinguir entre la ley y la Constitución.

Las constituciones, además de principios, también contienen reglas. Cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla; pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable, estamos ante un principio.

Alexy, citado por Pérez Araujo,<sup>20</sup> construye su teoría sobre esta división de las normas jurídicas, al señalar que las normas jurídicas

se dividen en dos grandes tipos: los principios y las reglas. Los principios son normas que obligan a que algo sea realizado en el mayor grado posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son, por consiguiente, obligaciones de optimización. Por el contrario, las reglas son normas que sólo pueden cumplirse e incumplirse. Cuando una regla es válida, entonces es obligatorio hacer lo que exige, ni más ni menos.<sup>21</sup>

Las normas de derecho fundamental funcionan como principio y como regla. La tesis central de Alexy es la de que toda norma de derecho fundamental —entendida como el conjunto compuesto por una disposición del texto constitucional y el conjunto de normas de derecho fundamental anexas a ella—, tiene un doble carácter de regla y de principio a la vez.

Toda norma de derecho fundamental tiene, pues, un componente de principio. Ello hace que sea susceptible de aplicación el crite-

<sup>20</sup> J. A. Pérez Araujo. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Trotta, Madrid, 1994, pp. 91-119.

<sup>21</sup> *Idem*.

rio de preeminencia (ponderación) por parte del intérprete cuando se encuentran con principios que entran en conflicto entre sí.

El componente reglado de toda norma de derecho fundamental lo interpreta Alexy como un conjunto de determinaciones relativas a las exigencias de principios contrapuestos. El componente reglado es también una operación de ponderación, pero una ponderación que realiza el titular del poder constituyente que cristaliza en las diferentes garantías, presupuestos y límites del ejercicio de los derechos que se señalan en el texto constitucional.

Lo dicho nos lleva a concluir con Pérez Araujo que para Alexy la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales consiste básicamente en una operación de ponderación, y esa operación es la que va a determinar el alcance de un derecho concreto en cada

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 118. caso.<sup>22</sup>

Las diferencias entre reglas y principios pudieran resumirse así: 1) Sólo los principios desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico (constitucional). Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Se agotan en sí mismas, careciendo fuera de su propia significación de toda fuerza constitutiva. 2) La ciencia del derecho da un diferente tratamiento a las reglas y a los principios. Sólo a las reglas se aplican los variados métodos de interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. Es por ello que a las reglas se *obedece*. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Comúnmente su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser escudriñado razonando sobre las palabras.

Las fórmulas *de principio* son a menudo expresiones un tanto banales, producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que *interpretadas* a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*.<sup>23</sup> Es por ello que a los principios *se presta adhesión* y, por ello, es fundamental comprender el mundo de los valores, las grandes opciones jurídicas de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

<sup>23</sup> Gustavo Zagrebelski. *El derecho dicitil. Ley, deberes, justicia*. Trotta, Madrid, 1995, pp. 109-113.

En la historia del Constitucionalismo del siglo XVIII<sup>24</sup> es de gran importancia la trans-

<sup>24</sup> Tal y como ha sostenido Ana Rubio Castro en varios de sus trabajos.

ferencia al derecho positivo de los derechos naturales reconocidos a los sujetos: hombre abstracto, racional, blanco, propietario y heterosexual; sujetos iguales que pactaban entre sí con libertad y seguridad, y para los que no era relevante la condición social. A partir de esta premisa se produce una doble tradición: para un sector, estos derechos fundamentales representan más una cuestión de justicia que de política; por este motivo se consideran una fuerte limitación de la libertad política del legislador que es construida por una tutela jurisdiccional estricta y rigurosa. Para otra parte de la tradición, los derechos sólo son el fundamento social y racional del nuevo Estado, el argumento legitimatorio con el que el Estado justifica su monopolio exclusivo de la fuerza física contra los súbditos o ciudadanos.

## ¿Son todos los derechos fundamentales?

Se puede hablar de derechos fundamentales en el sentido de los derechos que son adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las

personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanas o capaces de

<sup>25</sup> Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999, p. 26.

gozar.<sup>25</sup> Y se puede hablar también desde un punto de vista dogmático de una definición

de los derechos humanos formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto como, por ejemplo, la Constitución venezolana o la Constitución española. Nosotros lo haremos en el segundo sentido y al hilo planteamos la siguiente pregunta: ¿todos los derechos recogidos en la Constitución deben tener la consideración de fundamentales y, con tal consideración, ser inalienables y universales?

La Constitución venezolana de 1999 en su título III enuncia los derechos humanos, las garantías y los deberes (en un acto de arrogancia que no tiene par en ninguna Constitución de América Latina) y luego a tenor de capítulos va desglosando todos los derechos desde la nacionalidad y la ciudadanía: civiles, políticos y del referéndum popular, sociales y de las familias, culturales y educativos, económicos, derechos de los pueblos indígenas y los derechos ambientales. Nos parece que tal y como se encuentran recogidos bajo el título III, todos los derechos mencionados son derechos fundamentales, derivándose de esa afirmación algunas consecuencias de importancia. Al estar todos los derechos en un mismo nivel, gozarán de una misma exigibilidad.



Según lo dicho, el problema teórico que recoge Pietro Sanchis<sup>26</sup> entre las libertades y los derechos civiles y políticos, concebibles sin Estado, en tanto que los derechos económicos, sociales y culturales exigen la intervención directa de las instituciones públicas, no se presentaría en la Constitución venezolana de 1999. Aunque desde el punto de vista de su realización, la complicación es de grandes proporciones, pues el Estado estaría obligado frente a la comunidad a dar satisfacción a todos y cada uno de los derechos consagrados, muchos de ellos sin tener establecido el contenido prestacional en sentido estricto.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Pietro Sanchis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.

<sup>27</sup> Lo cual reserva el constituyente a una ley posterior.

Rudiera parecer que con esa manera de consagrar los derechos, el constituyente venezolano de 1999 quiso dar paso adelante e ir de un modelo centrado en un concepto aparentemente abstracto de persona que contenía la Constitución de 1961 (hoy se sabe que el modelo utilizado encerraba en sí una parcialidad que era utilizada como genérica) al establecimiento de una determinación progresiva de los sujetos titulares de los derechos, para que esos derechos adquirieran una mayor efectividad. Tal vez por ello la Constitución recoge los derechos de las familias,<sup>28</sup> de los niños, niñas y adolescentes;<sup>29</sup> de los

<sup>28</sup> Artículo 75: "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia..."

<sup>29</sup> Artículo 78: "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetan, garantizan y desarrollan los contenidos de esta Constitución, la Ley, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República..."

<sup>30</sup> Artículo 79: "Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y en particular la capacitación y el acceso al primer empleo de conformidad con la ley".

Artículo 80: "El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida..."

Artículo 81: "Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantiza el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades..."

jóvenes y las jóvenes;<sup>30</sup> de los ancianos y las ancianas; de las personas discapacitadas o con necesidades especiales. En esta línea de pensamiento, creemos, se ubica la transversalización que el lenguaje de género hace de todo el texto de la Constitución venezolana vigente.

La concreción de los sujetos titulares de derechos ha llevado a un sector de la doctrina liberal a defender que los derechos sociales no pueden garantizarse sin tener en cuenta las diferencias entre las personas y los contextos, sin tener en cuenta los fines particulares; es decir, las necesidades y, por esta razón, no son concebibles como dere-

chos universales. En armonía con esta argumentación, los derechos denominados individuales o libertades públicas son esenciales para toda persona humana, dado que salvaguardan su autonomía y su dignidad; mientras que los derechos sociales, dependiendo del contexto y del momento, proporcionarán ciertas ventajas o intereses.

En oposición a este planteamiento liberal, los derechos sociales han sido considerados por las teorías social-demócratas como instrumentos indispensables para la igualdad. Esta perspectiva no enfrenta las libertades públicas o civiles a los derechos sociales, son ambos grupos considerados complementarios, puesto que libertad e igualdad no son principios antagónicos sino que se interrelacionan fuertemente.

Pérez-Luño, en su obra *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*,<sup>31</sup> sostiene que ni en el plano de la fundamentación, ni en el de la formulación jurídica, ni en el de la tutela, ni en el de la titularidad procedimental es posible establecer una separación estricta entre derechos civiles y sociales.

<sup>31</sup> A. Pérez-Luño. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1984, p. 26.

John Rawls,<sup>32</sup> por su parte, considera que el valor de los derechos sociales es hacer extensible la libertad a todos.

<sup>32</sup> John Rawls. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

Desde el sector feminista de la filosofía política se ha criticado la teoría de la justicia de Rawls, argumentando que su contemporaneidad y sus múltiples aciertos no han logrado superar la parcialidad de los análisis tradicionales sobre los derechos y la justicia.

La teoría feminista le critica a Rawls que reitere y parta de un sujeto autónomo que no existe, y que centre su teoría en el ámbito de lo público, como único espacio de la política. Esta contextualización parcial de las relaciones intersubjetivas olvida algo mayoritariamente aceptado a nivel del derecho internacional, constante en los informes, recomendaciones y directivas internacionales, como es la interrelación entre lo privado y lo público y la multiplicidad de sujetos.

El propio Rawls ha reconocido públicamente su olvido, pero la cuestión que sigue abierta es si ese olvido debilita el contenido de su argumentación o si, por el contrario, la misma es compatible con una simple extensión a lo privado.

La doctrina actual diferencia, basándose en el carácter de la obligación, entre los derechos civiles y los derechos sociales. Tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, fundamentalmente de abstención. En los derechos sociales existen normas secundarias o de organización, siendo tal vez ésta una de las razones que explican la complejidad de las relaciones jurídicas que contienen aquel segundo grupo de derechos. Esta diferencia de grado de mayor o menor nivel de objetividad o subjetividad, en el derecho español, es eso: una cuestión de grado.

<sup>33</sup> Ana Rubio Castro. "Las teorías de la argumentación y las sentencias lamentables", en Elida Agente Sánchez (ed.). *Temas de conocimiento alternativo: más género, más libertad, más ciencia*. Córdex-LUZ., Maracaibo, 2000, p. 759.

Ana Rubio Castro<sup>33</sup> considera, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional de España contenida en las Sentencias 25/1981 y 53/1985, que los derechos son elementos

esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional. Ahí radica su fuerza para ser tomados en consideración en la interpretación del derecho y en la determinación del interés público.

Si la igualdad es un principio normativo, no descriptivo, los juicios de igualdad son siempre valorativos. Afirmar que dos sujetos deben ser tratados de igual manera<sup>34</sup> supone aceptar que existe un elemento común esencial que debe predominar sobre lo accesorio y particular.

El núcleo común es determinar las razones o argumentos que justifican un tratamiento igual o diferente, en atención a determinadas circunstancias fácticas. Esta valoración conjunta de elemen-

<sup>34</sup> Artículo 21 de la Constitución de Venezuela y 14 de la Constitución española.

tos fácticos y normativos es lo que la jurisprudencia constitucional española denomina *razonabilidad* o interdicción de la arbitrariedad.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Santis, op. cit., p. 84.

Si lo dicho es cierto, cabría sostener con Ana Rubio Castro que tanto la homogenización como el trato diferencial deben estar sujetos a *razonabilidad* y no exclusivamente el trato diferente. Cuando se exige la *razonabilidad* sólo al trato diferente, de forma solapada se sostiene que el trato igual es lo natural y lo correcto desde un planteamiento adecuado de lo justo. No es el reconocimiento de la diferencia un desvío del orden natural, si es que este orden natural existiera. Los tratos diferenciales pueden actuar y de hecho lo hacen en las políticas de igualdad para lograr alcanzar, en realidad, el modelo igualitario que ha sido establecido como modelo normativo.

### **La universalidad de los derechos humanos y la exclusión de las mujeres**

Rese a las contradicciones que, como vimos, señala López Calera, los derechos humanos —se dice— tienen un carácter universal. Ello en un sentido formal, pues las normas internacionales sobre derechos humanos aún no han sido aplicadas en forma efectiva para reparar las desventajas e injusticias que experimentan las mujeres únicamente por el hecho de ser mujeres. En este sentido, el respeto de los derechos humanos dista de ser *universal*.

La dimensión universal de que gozan los derechos humanos según la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de las Naciones

Unidas (ONU) de 1948, lo que quiere decir es que la protección de dichos derechos y, consiguientemente, su violación no constituyen ámbitos reservados a la soberanía interna de los Estados, sino problemáticas que afectan a toda la humanidad. La universalidad afecta el núcleo de los derechos humanos y está presente en su génesis y en toda concepción "humanista" sobre la materia.

Frente a las profundas divergencias en relación con la universalidad que se dan tanto en el disfrute como en la fundamentación de los derechos humanos, algunos estudiosos han levantado su voz. Antonio Pérez-Luño ha sido uno de ellos y ha defendido la universalidad no desde la mera postulación teórica, sino desde el reclamo de un esfuerzo constructivo tendente a su realización.

Para ese empeño constructivista, Pérez-Luño ha dicho que la universalidad constituye una tarea que debe cumplirse en ámbitos de debate policéntricos multinacionales y multiculturales. Si bien, para eludir el riesgo del relativismo, conviene puntualizar que el coro plural de voces culturales no significa que todas las voces posean la misma intensidad y eco. Una de las voces cantantes de ese coro plural deberá ser, sin resquicio a dudas, la que corresponde al huma-

<sup>36</sup> Antonio E. Pérez-Luño. "La universalidad de los derechos humanos", en José A. López y J. Alberto del Real (eds.). *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*. Universidad de Jaén, Madrid, 2000, pp. 51-68.

nismo cosmopolita, que halló su expresión definida en el proyecto ilustrado de la modernidad,<sup>36</sup> proyecto que, por cierto, no satisfizo las exigencias de las mujeres.

La universalidad es lo que da entidad a los derechos humanos. Sin ella, sin el atributo de la universalidad, nos podemos encontrar

con derechos de las etnias, de entes colectivos más o menos numerosos, de grupos, pero no con derechos humanos.

Si la modernidad dejó pendiente la asignatura de la universalidad de los derechos humanos al no suponer como destinatarias o sujetas a las mujeres, la *Declaración* de la ONU<sup>37</sup> vino a emendar esa carencia, y desde entonces la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas, grupos o un solo género; sino que va a ser reconocida como un atributo de todos los integrantes de la especie humana por el mero hecho de su nacimiento.

<sup>37</sup> Recomiendo revisar la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, pues constituye la primera declaración internacional de los derechos de la mujer.

Claro que estamos aún lejos de la concreción de los derechos humanos para las mujeres. Gregorio Peces-Barba ha insistido, por ejemplo, hablándonos del tema de la igualdad hombre-mujer en la participación política, sobre la insuficiencia de la equiparación entre ambos en el sufragio universal activo y pasivo, porque si todos, hombres y mujeres, son iguales ante la norma para votar y ser votados como candidatos y candidatas, la realidad es que en el sufragio activo es efectiva esa igualdad, pero no lo es en el sufragio pasivo; es decir, en la posibilidad de ser elegibles.

<sup>38</sup> Gregorio Peces-Barba. "De la igualdad normativa a la igualdad de hechos. Las cuotas femeninas en las elecciones", en López y Del Real, *op. cit.*, pp. 169-191.

Peces-Barba nos revela,<sup>38</sup> a partir de las revoluciones liberales, varios modelos en relación con el tratamiento histórico de los derechos fundamentales desde el hecho real de la existencia de los sexos y teniendo como presupuesto el marco del principio de igualdad. Esos modelos son:

a) El modelo de discriminación normativa, donde la diferencia entre los sexos era relevante para un tratamiento discriminatorio, en el trabajo, en las relaciones familiares y en la participación política. Los derechos, con un origen europeo y Atlántico, se atribuían al hombre blanco con instrucción y con medios económicos. La mujer estaba excluida normativamente de participar en el goce de derechos como los referidos a la patria potestad, el salario o el sufragio.

b) El modelo de la igualdad normativa como equiparación, vivió como un proceso, se sitúa históricamente a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX, cuando se inicia la extensión de la igualdad

<sup>39</sup> Por las luchas reivindicativas llevadas adelante por las mujeres.

desde el "todos" masculino a la mujer,<sup>39</sup> y esa igualación normativa se puede considerar muy avanzada en nuestros días.

Las normas constitucionales equiparan a efectos de los derechos fundamentales al hombre y a la mujer y se considera discriminatorio cualquier trato normativo inferior a la Constitución. Ése es el modelo que recoge el artículo 14 de la Constitución española y el 21 de la Constitución venezolana. Sobre la base de esos nuevos criterios en el ámbito del derecho internacional, del comunitario, del comparado en los países democráticos, del español y del venezolano, se adecuan las normas civiles, laborales, penales, mercantiles y políticas al nuevo marco de la igualdad normativa como equiparación.

No desaparece el origen masculino de los derechos, pero en el marco de una equiparación de otras diferencias que se consideran igualmente no relevantes (nacimiento, raza, ideología, religión, opinión o cualquier otra condición general o social) la mujer se incor-



para al modelo normativo como sujeto titular de los derechos fundamentales. Se puede hablar de universalidad de los derechos como consecuencia de esa igualdad como equiparación.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Gregorio Peces-Barba. "De la igualdad normativa a la igualdad de hechos. Las cuotas femeninas en las elecciones", *op. cit.*, p. 174.

c) El modelo de la especificación, por medio de la igualdad como diferenciación, propio del siglo XX, da lugar a una corrección de la igualdad normativa como equiparación que tenía como sujeto titular de los derechos a un abstracto destinatario: *el homo iuridicus*, que incluía a la mujer en su ámbito, y que se refería a las personas y a los ciudadanos. La corrección se produce al constatare que hay grupos de personas, colectivos, que no abarcan a todos y que por diferentes razones se encuentran en situación de inferioridad respecto a otros. Así comenzará la corrección desde los derechos económicos y sociales que se generalizarán y extenderán a todos, equiparándose a los derechos individuales civiles y políticos.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> *Idem.*

Pero este modelo de la especificación, por medio de la igualdad como diferenciación, afecta a colectivos como el de la mujer y otros<sup>42</sup> que por razones culturales, físicas o psicológicas, necesitaban un tratamiento específico. Aquí el tratamiento exigía una idea de igualdad como diferenciación<sup>43</sup> para que la inferioridad concreta pudiera desaparecer, a través de una homogeneización de situaciones que equiparase a esos colectivos con el resto. La universalidad

<sup>42</sup> Minusválidos; de edad, como los niños y los ancianos; económicas como los consumidores; de sujeción especial, como los soldados o los presos; o de salud, como los enfermos.

<sup>43</sup> Término que prefiere Peces-Barba al de discriminación.

aquí no estaba planteada en el punto de partida sino en el punto de llegada.

El modelo de especificación se justifica porque existen rasgos relevantes entre seres diferentes que sólo pueden gozar realmente de los derechos fundamentales si reciben un trato específico para alcanzar una igualdad real, y en la toma de conciencia de que la igualdad como norma, no suprime la desigualdad como hecho. En este tercer modelo, el autor español sitúa el problema de establecer las cuotas para las mujeres en la legislación electoral para ser elegibles.

El modelo de especificación, nos parece, es el modelo que recoge la Constitución de Venezuela de 1999, cuando en el numeral 2 del artículo 21 establece que...

La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan.

### Conclusión

Como conclusión puede afirmarse que las posibilidades de implantación de los derechos humanos son vastas y abarcan no sólo los derechos básicos que se oponen frente al Estado, sino también los derechos que se generan ante

nuevas fuerzas que despliegan poder económico, social y político con el consentimiento implícito o explícito de aquél.

Los derechos de las mujeres, en consecuencia, se encuentran inscritos en un andamiaje de derechos sustantivos (sin despreciar los derechos adjetivos que curiosamente tampoco son neutros al género) que son implantados por la burocracia igualmente vasta y que ha mantenido, como toda buena burocracia, una dosis masiva de mistificación en su discurso de implantación, de modo que permanezca accesible sólo para aquellos miembros *bona fide* del Club internacional.

Por otra parte, ni las normas constitucionales ni las normas internacionales sobre derechos humanos son aplicadas en forma efectiva para reparar las desventajas e injusticias que experimentan las mujeres únicamente por el hecho de ser mujeres. Ese fracaso tal vez pueda ser explicado por la falta de comprensión del carácter sistémico que tiene la subordinación de la mujer, la incapacidad de reconocer la necesidad de caracterizar la subordinación de la mujer como una violación de los derechos humanos, así como la ausencia de prácticas estatales que condenen la discriminación contra la mujer.

A demás, como lo revelan informes nacionales e internacionales<sup>44</sup> de derechos humanos, ha habido falta de voluntad de los grupos tradicionales de derechos humanos para enfocar las violaciones a los derechos de las mujeres.

<sup>44</sup> Resultado de la consulta de profesionales del derecho provenientes de África, las Américas, Asia, Australia y Europa que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, Canadá, 1992.