

DERECHOS FUNDAMENTALES-DERECHOS HUMANOS.
¿UNA DISTINCIÓN VÁLIDA EN EL SIGLO XXI?*

*FUNDAMENTAL RIGHTS-HUMAN RIGHTS. A VALID
DISTINCTION IN THE XXITH CENTURY?*

Gonzalo AGUILAR CAVALLO**

RESUMEN: En el ordenamiento interno de los Estados, y particularmente en la doctrina constitucional, se efectúa una distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. El concepto de derechos fundamentales ha predominado en el orden estatal. Esta distinción produce una serie de consecuencias en el orden interno de los Estados. Esta diferenciación y, por tanto, estas consecuencias no corresponden con la existencia de un orden jurídico plural al interior del Estado. Entre otras consecuencias, la persistencia de esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos tiende a mermar el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Palabras clave: derechos humanos, derechos fundamentales, derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional comparado.

ABSTRACT: *There is a distinction between fundamental rights and human rights in the domestic legal system and particularly in constitutional doctrine. The concept of fundamental rights has dominated states legal system. This distinction leads to a number of consequences that are not compatible with the existence of a plural legal system inside the state. However, the contemporary state is increasingly shaped as a plural legal system, since it has to coexist with various legal orders both in parallel with and transversally, such as domestic and international legal system. Among the consequences, the maintenance of the distinction between fundamental rights and human rights tends to undermine the effective fulfilment of economic, social and cultural rights.*

Descriptors: *human rights, fundamental rights, international human rights law, comparative constitutional law.*

* Artículo recibido el 22 de mayo de 2009 y aceptado para su publicación el 2 de agosto de 2009.

** Doctor en derecho, MA en relaciones internacionales, LLM en derechos humanos y derecho humanitario; profesor de Derecho internacional público y derechos humanos; becario de investigación postdoctoral en el DAAD-Conicyt del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Universidad de Heidelberg; gaguilarch@hotmail.com.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos fundamentales y derechos humanos. Hacia un enfoque integrador*. III. *Objeciones a la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos humanos*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La segunda mitad del siglo XX nos legó un sistema avanzado y consolidado de promoción y protección internacional de los derechos humanos, con una penetración cada vez más intensa en los órdenes estatales. Este orden de los derechos humanos ha alterado las estructuras normativas, posicionando al individuo y su dignidad y derechos, en el lugar preferente de los ordenamientos estatales, siendo este elemento el factor determinante para decidir muchos de los conflictos de jerarquía normativa. Particularmente, en el ámbito latinoamericano, el individuo hoy ocupa un lugar privilegiado en la construcción del derecho constitucional. En consecuencia, los Estados latinoamericanos, en virtud del principio de cooperación leal con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), deben contribuir y facilitar de buena fe el desempeño de la Corte y, luego, dar cumplimiento efectivo a las sentencias de la misma.¹

En otras palabras, las normas relativas a la dignidad de la persona humana y sus derechos se encuentran en la cúspide de la estructura normativa —sea ésta estatal o internacional— debiendo subordinarse todas las otras normas. De este modo, en el orden estatal, todas las normas existentes en el ordenamiento, incluso aquellas emanadas del Poder Constituyente, determinan su validez con base en su adecuación y conformidad con los derechos emanados de la dignidad humana. Así, existiría una matización en cuanto a la visión de que el ordenamiento jurídico determinaría la validez de sus normas con base en su adecuación o compatibilidad con una norma superior, entendida ésta desde la perspectiva de una fuente formal o instrumento de pro-

¹ Sobre el principio de cooperación leal, véase Nohlen, Nicolas, “Germany: The European Arrest Warrant Case”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 153-161; “26. *Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 1969.

ducción del derecho, consistente en que la validez de las normas del ordenamiento se determinaría desde la óptica del contenido normativo de los derechos humanos, de la máxima autorrealización del ser humano y de la dignidad humana en sí misma considerada, en su aspecto normativo.

Una de las consecuencias de este cambio de enfoque normativo, en el ámbito de los derechos humanos, sería que habría surgido un nuevo orden, tanto en la esfera estatal como en la esfera internacional de los derechos humanos. Este nuevo orden posee un derecho, el derecho de los derechos humanos, el cual, si considera los particularismos regionales, en el caso de América Latina se concretiza en el derecho americano de los derechos humanos (en adelante, el DADH). De esta manera, parafraseando a Alejandro Álvarez, en materia de derechos humanos, se deberían “aplicar e interpretar tanto las viejas como las nuevas instituciones jurídicas en conformidad tanto con este nuevo orden como con este nuevo derecho”.²

Toda esta normativa correspondiente al derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, el DIDH) ha penetrado con fuerza el orden interno de los Estados, permeando y, a su vez, empapando el derecho constitucional —sus valores, principios y espíritu— y generando, desde la perspectiva de los derechos humanos, una unidad jurídica coherente protectora del individuo, de los grupos y pueblos.³ Hay autores que incluso han identificado esta misma realidad y dinámica interactiva en el orden más concreto del derecho interna-

² “After the social cataclysm which we have just passed through, a new order has arisen and, with it, a new international law. We must therefore apply and interpret both old and new institutions in conformity with both this new order and this new law”. International Court of Justice, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, Dissenting Opinion of Judge Alvarez, 28 de mayo de 1951, p. 51.

³ “El reconocimiento explícito, por parte de nuestra más elevada instancia jurisdiccional constitucional, del carácter ‘sistemático’ de nuestra tabla de derechos fundamentales deja abierta la consideración de importantes cuestiones... La Constitución (*sic*), como norma suprema de un Estado de derecho desarrollado, al apelar a la noción de ordenamiento jurídico no hace sino reconocer que el conjunto de reglas que integran su derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de unidad, plenitud y coherencia”. Pérez Luño, Antonio Enrique, “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 495-511, especialmente p. 498.

cional del trabajo y los derechos humanos de los trabajadores.⁴ Esto es lo que algunos autores han denominado la internacionalización del derecho constitucional.⁵ Por tanto, la protección del individuo, de los grupos y los pueblos, y sus derechos, ocupan el primer lugar entre los valores protegidos por el orden jurídico. En este contexto, tal como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional chileno, “todos los valores, principios y normas articulados en [la Constitución] gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político”.⁶

En consecuencia, hoy en día se puede apreciar que existe un orden jurídico plural, en el sentido de pluralidad de fuentes formales, fuentes de producción de normas, las cuales no pertenecen todas ellas al monopolio estatal.⁷ Algunos autores incluso han llegado a plantear la idea de un *pluriversum* normativo.⁸ Esto es mucho más marcado y acentuado en el ámbito europeo, donde pueden llegar a coexistir en el orden interno hasta cuatro tipos diferentes de ordenamientos, el internacional, el europeo, el estatal y el local.

Con todo, en el caso de América Latina, también se produce el mismo fenómeno, donde, al menos, concurren dos tipos de fuentes, la estatal y la internacional. Esto se ve particularmente patente en el caso de los derechos humanos donde, además, existe un órgano inter-

⁴ Gravel, Eric y Delpéch, Quentin, “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, núm. 4, 2008, pp. 447-461, especialmente p. 449.

⁵ “Hoy día es posible constatar todo un proceso de internacionalización e integración progresiva del sistema de derechos fundamentales en los diferentes ordenamientos nacionales”. Álvarez Conde, Enrique y Tur Ausina, Rosario, “Los derechos en el constitucionalismo: tipología y tutela ‘multilevel’”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 231-276, especialmente, p. 232; véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “La internacionalización del derecho constitucional”, *Estudios Constitucionales*, año 5, núm. 1, 2007, pp. 223-281.

⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento de Inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del Artículo 38 ter de la Ley núm. 18.933, conocida como Ley de Isapres, en Recurso de Protección contra Isapre ING Salud S. A., Rol de Ingreso núm. 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol núm. 976-2007, sentencia de fecha 26 de junio de 2008, par. 25o.

⁷ Rosenfeld, Michel, “Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 3-4, 2008, pp. 415-455.

⁸ Bogdandy, Armin von, “Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, *op. cit.*, pp. 397-413, especialmente p. 401.

nacional que resuelve, en último término, sobre las violaciones a los derechos humanos producidas en la jurisdicción de los Estados que han aceptado su competencia, por ejemplo, el Estado de Chile. En este contexto, se podría plantear la pregunta de si tiene sentido continuar haciendo la distinción —con efectos formales y materiales— entre derechos fundamentales y derechos humanos.

En este trabajo nos esforzaremos por bosquejar la concurrencia y divergencia —real o aparente— entre derechos fundamentales y derechos humanos, y de determinar si esta dualidad consagra, al mismo tiempo, una dualidad de órdenes normativos. Nuestro planteamiento es que hoy en día no existe ni podría existir separación ni diferenciación entre los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos y, consecuentemente, no podría ni debería haber distinción en cuanto a los órdenes normativos que los regulan. El individuo no puede quedar sujeto a estatus jurídicos diferentes de sus derechos y libertades, sin que ello hiciera correr peligro su integridad moral, psicológica y física, sin perjuicio de constituir ello un socavamiento de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Desde un punto de vista metodológico, conviene aclarar que este estudio no se trata de un análisis diacrónico, sino más bien sincrónico de la realidad de los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos. Por tanto, no se desconocen las causas históricas que podrían haber justificado esta distinción tanto en sede constitucional como en sede internacional, como tampoco la vinculación relevante que la doctrina constitucional ha hecho, a través de la historia, de las generaciones de derechos a modelos de Estado. Del mismo modo, no se ignora el contexto histórico en el cual han surgido los derechos humanos. Sin embargo, este estudio se concentra en la realidad jurídico política actual, principalmente de América Latina, y a la luz de esa realidad, de esas Constituciones y de esas sociedades contemporáneas, se cuestiona la necesidad y pertinencia de continuar hoy, en el derecho constitucional moderno, con la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos.

En consecuencia, nosotros trataremos de examinar si en el tiempo actual, considerando la evolución y expansión que han sufrido los derechos humanos y la interacción creciente entre derecho constitucio-

nal y derecho internacional, si es justificado hoy en día mantener esta distinción en el derecho constitucional actual entre derechos fundamentales y derechos humanos.

Este trabajo se organiza en dos partes, en la primera se aborda la discusión en torno a los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos y sus consecuencias, y, en la segunda parte, se examinan las objeciones a la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, en el orden interno de los Estados.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS. HACIA UN ENFOQUE INTEGRADOR

Tradicionalmente, en el orden estatal, se han entendido, sobre todo por autores de derecho constitucional y político, los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos como divergentes, a saber, con un significado diferente. A decir verdad, el concepto derechos fundamentales es el que se ha impuesto en la doctrina constitucional, sobre todo, por la influencia de la experiencia alemana.⁹ Así, Aldunate señala que:

⁹ Desde una mirada histórica y comparada, “un primer empleo de la expresión ‘derechos fundamentales’ puede ser encontrada en la Constitución alemana de marzo de 1849”. A continuación, esta expresión es utilizada por Jellinek considerándolos “como derechos subjetivos garantizados por normas de derecho público y protegidos contra el poder público en el sentido más amplio”. Luego, “la noción se instala en la doctrina y en los sistemas jurídicos germánicos y, por impregnación, en los sistemas y la doctrina de los países de esta esfera de influencia intelectual”; véase título primero y, especialmente, sección 1a. del capítulo 2 de la Constitución Española de 1978; véase primera parte de la Constitución portuguesa de 1976. A su vez, a través de la influencia de la península ibérica en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, la expresión derechos fundamentales se asentó en las Constituciones latinoamericanas; “Toda la parte primera (arts. 12 y ss.), relativa a los derechos y deberes fundamentales, especialmente el título segundo, sobre derechos, libertades y garantías, fuertemente influido por las declaraciones de derechos presentes en las anteriores Constituciones portuguesas y por la Ley Fundamental de Bonn, desarrolla, en términos tradicionales de la dogmática jurídica del constitucionalismo de los Estados europeos continentales, las posiciones subjetivas originarias de los ciudadanos frente al Estado y la temática de los derechos sociales y de los derechos de participación. En la parte tercera del texto constitucional, sobre la organización del poder”. *Cfr.* Machete, Rui, “Los principios estructurales de la Constitución y la revisión constitucional en

La identificación entre derechos fundamentales con derechos consagrados positivamente en la Constitución corresponde precisamente a la Ley Fundamental de Bonn: los *Grundrechte* (literalmente, derechos fundamentales) son, precisamente, los derechos garantizados por dicha Ley Fundamental. Esto facilita las cosas a la doctrina alemana ya que, para el tratamiento del tema sólo recurre, en general, a dos categorías: derechos humanos (*Menschenrechte*) y derechos fundamentales (*Grundrechte*). A partir del texto de la Constitución de 1978 (título I, “De los derechos y deberes fundamentales”), la doctrina española ha acogido este mismo sentido para la expresión “derechos fundamentales”.¹⁰

Esta distinción que se realiza comúnmente en sede constitucional y política no existe en el ámbito del derecho internacional, y tampoco, naturalmente, en el derecho internacional de los derechos humanos, como no sea para enfatizar la fuerza vinculante y la jerarquía normativa de unos determinados derechos humanos. Por lo tanto, examinar esta diferenciación, que es propia del derecho interno de los Estados, tiene importancia porque, a menudo, la doctrina constitucional arranca consecuencias jurídicas diversas de unos —derechos fundamentales— o de otros —derechos humanos—, las cuales tienden a producir sus efectos en el orden interno de los Estados.

En este sentido, cabe tener presente que los derechos humanos han nacido —con distintas denominaciones que han respondido a los fundamentos filosóficos, históricos, económicos, políticos y constitucionales de cada época en particular—, fundamentalmente, en el seno del Estado y del orden constitucional. Las declaraciones de derechos del siglo de las luces se referían principalmente, debido al contexto histórico específico en que nacieron, a lo que hoy denominaríamos los derechos civiles y políticos.¹¹ En general, los derechos económicos, sociales y culturales son un logro posterior del derecho internacional, tal como lo demuestra la creación de la Organización

Portugal”, *Revista de Estudos Políticos*, nueva época, núm. 60-61, abril-septiembre de 1988, pp. 913-934, especialmente p. 919.

¹⁰ Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, p. 47.

¹¹ *Cfr.* Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776 (Estados Unidos); Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 (Francia).

Internacional del Trabajo, al fin de la Primera Guerra Mundial.¹² Así, estas declaraciones inspiraron fuertemente el reconocimiento posterior de los derechos humanos en el orden internacional, esencialmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, la evolución de los derechos humanos, posterior a la Segunda Guerra Mundial, ha sido más vertiginosa en el ámbito internacional que en el estatal, y este último ha sido poco receptivo y reactivo a las condiciones de vida contemporáneas. De este modo, se podría argumentar que el derecho constitucional ha quedado empanzanado y no ha seguido la evolución que han vivido los derechos humanos en el ámbito internacional, mucho más dinámica —proactiva frente a las nuevas necesidades sociales— y evolutiva que el ámbito interno y, en particular, que el derecho constitucional.

Una manifestación de ello, como se verá a continuación, es que todavía hoy el derecho constitucional continúa usando distinciones entre los derechos que estuvieron vigentes en el ámbito internacional durante la época de la guerra fría, pero que ya no lo están, en el orden internacional actual. Por otro lado, este uso por parte del derecho constitucional de categorías muestra un grado de penetración y de interacción del derecho internacional en el derecho constitucional. En este contexto, se puede apreciar que —en el orden de los derechos humanos— el derecho constitucional ha sido más conservador, y que ha sido menos abierto al dinamismo y a la evolución, que el derecho internacional, y ello es porque la comunidad internacional, mucho más heterogénea, tiende —producto de dicha heterogeneidad— al dinamismo y a la evolución, a diferencia de la sociedad estatal, la cual se orienta —producto de su relativa homogeneidad— a la estaticidad y al lento desarrollo, y, en todo caso, en el ámbito de los derechos humanos, más lento que en el derecho internacional.

Dicho de otro modo, tal como se examinará a continuación, la doctrina constitucional, particularmente en América Latina, distingue entre derechos fundamentales y derechos humanos, sosteniendo, en términos generales —como se verá—, que no todos los derechos hu-

¹² “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social...”: este es el inicio del preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo que fue creada en la parte XIII del Tratado de Versalles de 1919.

manos son derechos fundamentales, sólo son derechos fundamentales los que la Constitución considera como tal. A partir de esta distinción, arrancan y se extraen una serie de consecuencias que, en nuestra opinión, podrían producir el efecto de socavar la posición de preeminencia que debe ocupar el ser humano, individual y colectivamente hablando, en la comunidad estatal.

1. *Debates doctrinales en Europa*

Si bien es posible constatar una dominación del concepto de derechos fundamentales en la doctrina constitucional, el entendimiento que de dicho concepto se tiene a veces es variado y presenta matices diferentes. La doctrina latinoamericana y la europea, en este sentido, van de la mano, aun cuando es acusada la influencia que la doctrina europea ha ejercido en la doctrina latinoamericana.

La doctrina alemana, precursora de la terminología de derechos fundamentales, la ha mantenido y desarrollado, comprendiendo, en el caso de Häberle, los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos.¹³

Desde la perspectiva de la doctrina española, García Roca ha resaltado esta divergencia al señalar que “[L]os derechos ‘humanos’, y con más razón los que además gozan del rango constitucional de ‘fundamentales’, son uno de los límites más importantes al ejercicio del poder”.¹⁴ Por su parte, el profesor Pérez Luño sostiene la separación entre estos dos términos cuando señala que:

[E]stas dos nociones de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los *derechos humanos* po-

¹³ “[L]os derechos fundamentales son esencialmente derechos públicos subjetivos. Una concepción funcional de los mismos no puede lograrse a costa de su significación individual. Los derechos fundamentales son garantizados no sólo para el logro de un ‘resultado colectivo’, sino que también se garantizan en los singulares sectores de la vida a favor del desarrollo de la personalidad individual”. Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 13; Gavara de Cara, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

¹⁴ García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143, especialmente p. 119.

seen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de derecho. Por tanto, los derechos fundamentales constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos.¹⁵

Además, este mismo autor ha propuesto como definición de derechos humanos aquella que consiste en “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”. Mientras que, este mismo autor, ha señalado que “se puede entender que derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el orden jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.¹⁶

La profesora Garrido Gómez también ha insistido en esta dicotomía, al señalar que:

El término derechos humanos es el más tradicional en el uso referido a los derechos positivados que, en el plano internacional, se traducen en exigencias morales o naturales reclamadas como derechos básicos e, incluso, es el vocablo que se usa para hacer alusión a las exigencias que, con determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona, aún no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. En cambio, a los derechos fundamentales hay que circunscribirlos como derechos humanos positivados en el plano estatal.¹⁷

¹⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 235 y 236.

¹⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 46.

¹⁷ “Cuando hablamos de *derechos humanos* esgrimimos una pretensión moral fuerte que debe atenderse para hacer posible una vida digna... la voz derechos humanos es vaga en alto grado, lo que representa una nota de la función histórica que pretende erigirse en criterio que mida la legitimidad de un modelo político y, por consiguiente, que justifique la obediencia a sus normas... Mas, cuando hablamos de *derechos fundamentales*, la expresión es más precisa, siendo los derechos que se recogen en las Constituciones de los Estados y son apoyados por el ordenamiento jurídico y el sistema de

En el caso de Jiménez Campo, queda aun más clara la diferencia que en el ámbito constitucional y político se efectúa, cuando señala que “[u]n derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución, y esto no significa otra cosa, en lo que ahora importa, sino preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa”.¹⁸

El profesor español Martín-Retortillo, sin embargo, utiliza indistintamente los conceptos derechos humanos y derechos fundamentales, como intercambiables.¹⁹ La misma posición pareciera desprenderse de algunos textos de Carrillo.²⁰ A veces, pudiera pensarse que por el sólo hecho de estar inserto en una Constitución o en un texto de carácter constitucional, esos derechos que protegen la dignidad humana debieran llamarse derechos fundamentales. Esta es la impresión que se desprende cuando se aborda la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pero, luego, cuando se examina el tratamiento que hacen del tema profesores como Alonso García, que habla de “la construcción de los derechos fundamentales comunitarios” o cuando se aborda “la relación de la Carta con otros instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos fundamentales”, se genera la impresión, según la cual —para estos autores— se produce una suerte de simbiosis con los términos.²¹

Sin embargo, Solozábal Echavarría, cuando explica el por qué de la fundamentalidad de los derechos, pareciera que apunta más a su jerarquía que a su positivación en el texto constitucional, pues insiste en hablar de derechos constitucionales. Así, este autor explica que:

[L]os derechos constitucionales no deben su fundamentalidad al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino

garantías correspondiente”. Garrido Gómez, María Isabel, *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho*, Madrid, Diles, 2007, pp. 18-25.

¹⁸ Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

¹⁹ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006, p. 47.

²⁰ Carrillo, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 25.

²¹ Alonso García, Ricardo y Sarmiento, Daniel, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006.

sólo el exponente de la misma. Así, los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección. De modo que para nosotros no hay sino una fuente, o un criterio, necesariamente material, de la fundamentalidad de los derechos constitucionales, a saber: el de su relación, determinada ideológica, o teórica, o históricamente, o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana.²²

También dentro de la doctrina española, Robles ha considerado que el concepto derechos humanos o derechos del hombre llamados clásicamente derechos naturales, y en la actualidad derechos morales, no son en realidad auténticos derechos —protegidos mediante acción procesal ante un juez— sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, y que en todo caso, “una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y pasan a ser derechos fundamentales, en un determinado ordenamiento jurídico”; o lo que es lo mismo: los derechos fundamentales son derechos humanos positivados.²³ En cambio, un gran exponente de la doctrina española, como Díez-Picazo, no considera que haya ‘diferencia sustancial’ entre derechos humanos y derechos fundamentales. Este autor señala que:

[C]iertamente, el concreto régimen jurídico y, en especial, los mecanismos de protección de los derechos variarán según cual sea la norma en que estén reconocidos; pero ello no autoriza a olvidar que se trata siempre de derechos tendentes a salvaguardar unos mismos valores que, desde un punto de vista moral y político, se consideran básicos [para la convivencia humana].²⁴

²² Solozábal Echavarría, Juan José, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 71, enero-marzo de 1991, pp. 87-109, especialmente p. 92.

²³ Robles, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 20 y ss.; Durán Ribera, Willman Ruperto, “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional”, *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 177-194, especialmente p. 178.

²⁴ Díez-Picazo, Luis María, “Aproximación a la idea de los derechos fundamentales”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 225 y 226.

Al mismo tiempo, el destacado profesor español Peces-Barba ha afirmado que el concepto ‘derechos fundamentales’ es más preciso que el de ‘derechos humanos’ y “carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone”.²⁵ Exactamente, en esta misma línea, no por ello menos paradójica, se encuentra la profesora Barranco Avilés cuando señala que el reproche fundamental al concepto derechos humanos viene dado por la imprecisión, la ambigüedad, la vaguedad y emotividad del mismo, lo que constituye un obstáculo para distinguir entre la dimensión ética y jurídica de la categoría. Continúa esta autora, cuando nos referimos a derechos fundamentales, por tanto, estamos haciendo referencia a una categoría jurídico-positiva. Por esta razón, señala Barranco Avilés, ‘derechos humanos’ se contraponen a ‘derechos fundamentales’.²⁶ Por ahora, baste con adelantar que no se comprende cómo el concepto derechos humanos puede ser ambiguo y estar desprovisto de juridicidad, pues en la historia posterior a la Segunda Guerra Mundial ha habido jurisdicciones, internas e internacionales, que han juzgado y condenado a individuos por violaciones de los derechos humanos, respecto de los cuales se afirma que son ambiguos, no jurídico-positivos, y que configuran programas sobre lo deseable.

La doctrina francesa, por su parte, mantiene esta misma separación, asignándole a los derechos fundamentales el carácter de ‘derechos y libertades constitucionalmente garantizados’ y agrega la categoría de las libertades públicas. Los autores franceses sostienen que:

Los derechos humanos que son exigencias políticas y morales, más o menos inspiradas por el liberalismo político y sus extensiones, consideradas fuera de todo contexto propiamente jurídico. Si, en la perspectiva de los derechos humanos, los sistemas jurídicos deberían respetar ciertos imperativos, ellos no se preocupan de los medios jurídicos que permitirían alcanzar dicho respeto. En cambio, la cuestión de saber si tal o cual derecho fundamental existe en tal o cual sistema según tal o

²⁵ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 37; Durán Ribera, Willman Ruperto, *op. cit.*, nota 23, pp. 177-194, especialmente p. 178.

²⁶ Barranco Avilés, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 1996, pp. 30-36.

cual modalidad es enteramente independiente de la cuestión de saber, si tal como existe, ese derecho fundamental corresponde o no, a tal exigencia de derechos humanos.²⁷

En Francia, la difusión de la expresión ‘derechos fundamentales’ ha sido muy lenta.²⁸ A partir de la decisión de 16 de julio de 1971 del Consejo Constitucional francés, llamada decisión de “la libertad de asociación”,²⁹ el juez constitucional deja de ser sólo el guardián de la Constitución formal, pero además se convierte en el defensor de la Constitución material, aquella de las libertades y derechos fundamentales. Este vocabulario, inédito en el derecho francés, no es neutro pues sugiere que, por sobre la ley, en la base del derecho se encuentren los derechos de la persona humana, que, si bien no son absolutos, se imponen a todos, incluso a la voluntad de todos.³⁰

²⁷ Favoreu, Louis *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, París, Dalloz, 2007, p. 86 (traducción del autor).

²⁸ *Ibidem*, p. 70 (traducción del autor).

²⁹ Véase Décision no. 71-44 DC du 16 juillet 1971 sur la Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association; véase el texto de la decisión del Consejo Constitucional francés en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html> (consultado el 31 de marzo de 2009).

³⁰ Depuis la décision de 16 juillet 1971, “un nouveau vocabulaire s’impose et se banalise dans la démocratie française. Ce vocabulaire, qui est celui des ‘libertés et droits fondamentaux’ de la personne, remplace celui des ‘libertés publiques’ et introduit une nouvelle conception du rapport de l’individu à la loi dans la culture juridico-politique française”. “Les gouvernés, en qualité de justiciables, ont en effet la faculté d’écarter l’application d’une loi à leur cas en vertu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et libertés fondamentales”. Favre, Jérôme, “La décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971. L’invention d’un nouveau pouvoir judiciaire”, <http://www.repas-senat.fr/docs/2/article2.pdf> (consultado el 31 de marzo de 2009); “Par sa décision du 16 juillet 1971 (núm. 71-44 DC), le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958. Ce Préambule renvoie lui-même directement et explicitement, d’une part, à la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen du 26 août 1789, d’autre part, au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (Constitution de la IVème République). Ces deux derniers textes, qui comportent un catalogue de droits fondamentaux, ont donc, eux aussi, valeur constitutionnelle”. Steinmetz, Pierre, “Contribution a la Conférence Mondiale sur la justice constitutionnelle (Le Cap 23-24 janvier 2009)”, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/FRA_Steinmetz_F.pdf (consultado el 31 de marzo de 2009); véase también la decisión del Consejo Constitucional francés, DC, núm. 81-132, 16 de enero de 1982.

Entre los exponentes de la doctrina italiana, Ferrajoli parece adherirse a la terminología de derechos fundamentales, si bien, desde un punto de vista más sustancial que disciplinario, en el sentido de hablar también de derechos fundamentales en el ámbito del derecho internacional.³¹ Así, este autor ha definido los derechos fundamentales en términos amplios, señalando que son:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.³²

Rolla asume, asimismo, el concepto de derechos fundamentales como aquel que refleja los derechos de la persona en el proceso de constitucionalización.³³ Por su parte, Spadaro, aunque prefiere netamente el concepto de *diritti fondamentali*, parece asimilar ambos, derechos fundamentales y derechos humanos, sobre todo cuando argumenta en el ámbito de los derechos fundamentales respecto de los DESC, como el derecho a la alimentación.³⁴ Fioravanti, a su turno, asume la terminología de derechos fundamentales.³⁵

La doctrina estadounidense también ha consagrado el concepto de derechos fundamentales (*Fundamental Rights*), refiriéndose a los derechos fundamentales personales, y señalando que éstos incluyen los de-

³¹ “Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son ‘fundamentales’ no sólo dentro de los Estados en cuyas Constituciones se encuentran formulados, son derechos supraestatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 55.

³² *Ibidem*, p. 37.

³³ Rolla, Giancarlo, “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano” <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Rolla3.pdf> (consultado el 31 de marzo de 2009).

³⁴ Spadaro, Antonino, “L’amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione”, p. 20, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0045_spadaro.pdf (consultado el 31 de marzo de 2009).

³⁵ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, 3a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2000, pp. 127 y ss.

rechos constitucionales expresamente en la Constitución, y para otros, comprenden derechos que se pueden desprender de las expresas garantías constitucionales.³⁶ Esta posición de asumir el concepto de derechos fundamentales ha sido rubricada por la jurisprudencia estadounidense.³⁷

2. Referencia específica a la doctrina latinoamericana

Se puede apreciar que no existe una gran diferencia en el uso de los conceptos y sus significados con respecto a la doctrina europea, probablemente debido a que la doctrina latinoamericana se ha inspirado de la europea en esta materia.

Así, en el ámbito latinoamericano, el jurista boliviano Durán Ribera, por su parte, ha considerado que:

Es posible sostener que bajo la expresión ‘derechos fundamentales’ se designa a los derechos garantizados por la Constitución y que en cambio, la denominación ‘derechos humanos’, hace referencia a derechos garantizados por normas internacionales. Las primeras tienen como fuente de producción al legislador constituyente, y las segundas, a los Estados y organismos internacionales.³⁸

Por su parte, Rivera Santivañez parece fundir ambos conceptos como equivalentes, cuando predica el amparo constitucional respecto de los derechos humanos y afirma que:

Como parte del proceso de judicialización de los derechos humanos, el amparo constitucional debe constituirse en la vía tutelar efectiva e idó-

³⁶ Barron, Jerome A. y Dienes, C. Thomas, *Constitutional Law in a Nutshell*, 3a. ed., St. Paul, West Publishing Co., 1995, pp. 168 y 169.

³⁷ “The fourteenth amendment prohibits a State from depriving any person of life, liberty, or property, without due process of law; but this adds nothing to the rights of one citizen as against another. It simply furnishes an additional guaranty against any encroachment by the States upon the fundamental rights which belong to every citizen as a member of society”. US Supreme Court, *US vs. Cruikshank*, 92 US 542 (1875). October Term, 1875; “Since the classification here touches on the fundamental right of interstate movement, its constitutionality must be judged by the stricter standard of whether it promotes a compelling state interest”. US Supreme Court, *Shapiro vs. Thompson*, 394 US 618 (1969). Decided April 21, 1969.

³⁸ Durán Ribera, Willman Ruperto, *op. cit.*, nota 23, pp. 177-194, especialmente p. 178.

nea para otorgar una protección inmediata a las personas o, en su caso, a los grupos sociales, cuyos derechos humanos son vulnerados de manera ilegal e indebida. Ello implica que el amparo constitucional otorgue tutela a todos los derechos humanos consagrados en las Constituciones de los Estados así como en los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre la materia.³⁹

Por su lado, el profesor peruano Landa Arroyo da la impresión de unificar el significado de estos dos conceptos, ya que utiliza, casi de manera intercambiable, derechos fundamentales y derechos humanos.⁴⁰ En México, Fix-Zamudio parece fundir ambos —derechos fundamentales y derechos humanos— en un mismo concepto, aun cuando prefiriendo aquel de derechos humanos.⁴¹

En Argentina, el destacado profesor Bidart Campos ha indicado la idea de la positividad de los derechos, señalado que:

La doctrina, y las mismas constituciones, utilizan la denominación de “fundamentales” en relación con los derechos (todos, o algunos). A veces, cuando por sobre la positividad se erige una instancia de derecho natural o de ética y se elabora la categoría de los derechos morales, se puede decir que cuando estos derechos se positivizan quedan convertidos en derechos fundamentales, con lo que aquí la fundamentalidad significaría algo así como la recepción en el derecho positivo de derechos que aquella instancia extrapositiva señala como “debidos”: fundamentales serían los derechos que, por indicativo del deber —ser— ideal del valor justicia, cuentan con reconocimiento en el derecho positivo.⁴²

A diferencia de Bidart Campos, que alude a los derechos humanos como derechos morales, representativos de valores éticos, superiores y

³⁹ Rivera Santivañez, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007, p. 121.

⁴⁰ Landa Arroyo, César, *Constitución y fuentes del derecho*, Lima, Palestra, 2006, *passim*.

⁴¹ Esta notoria preferencia del maestro Fix-Zamudio queda de manifiesto a lo largo del capítulo noveno de su obra sobre el derecho constitucional comparado, el cual lleva por título “Los derechos humanos”. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 411 y ss.

⁴² Bidart Campos, Germán J., *Nociones constitucionales: las intersecciones iusnaturalistas de la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 133.

preexistentes a la positividad, Nino parece sostener que cuando habla de derechos humanos alude:

A situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo nacional e internacional, como los artículos 14 y 18 de la Constitución de la nación argentina, o en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Con esta interpretación los derechos humanos serían primordialmente derechos jurídicos.⁴³

En Ecuador, el profesor Zavala primero parece:

Aceptar que no existe diferencia alguna entre derecho humano, derecho constitucional y derecho fundamental, esto es, que todos los derechos humanos se encuentran reconocidos por la Constitución y, a su vez, que todos los derechos humanos, constitucionalmente reconocidos, son fundamentales, pues son objeto de protección especial por parte de la jurisdicción constitucionalmente instituida.

Sin embargo, luego, al interior de los derechos fundamentales mismos, Zavala realiza una distinción a propósito de su fundamentalidad o fuerza directa, cuando señala que:

No todos los derechos humanos reconocidos por la Constitución y, por tanto, fundamentales, tienen igual fuerza o “fundamentalidad”, pues existen ciertos derechos constitucionales que pueden ser aplicados en forma directa y otros que no, dado que requieren de un desarrollo legal, esto es, dependen, para su efectiva vigencia, de normas de rango legal, en mayor o menor grado.⁴⁴

En Chile, el profesor Nogueira ha resaltado que se entiende el concepto de derechos fundamentales “como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados”.⁴⁵ Aldunate, por su parte, haciendo una separación muy clara, ha indicado que:

⁴³ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 15.

⁴⁴ Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional*, Quito, Edino, 2002, t. II, pp. 58 y 59.

⁴⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2008, p. 36.

Se ha sugerido reservar el concepto ‘derechos humanos’, que no corresponde a un lenguaje jurídico, sino a un lenguaje vulgar, para su uso en el ámbito de la filosofía del derecho. A ésta le tocaría, en cuanto tiene por objeto de estudio los derechos humanos, examinar cuáles atributos pueden ser reconocidos a todo individuo de la especie humana por el hecho de ser tal y, a su vez, dentro del universo de posibilidades de desarrollo pleno del ser humano, qué aspectos deben ser reconocidos como derechos... y, por lo tanto, reclaman una consagración positiva.

Luego, este autor continúa, “la expresión ‘derechos fundamentales’ apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, y que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional”. Desde este punto de vista, el criterio distintivo de los derechos fundamentales es meramente formal. Pero hay otra visión, dice Aldunate, de carácter material, de los derechos fundamentales “como derechos que junto con considerarse naturales o innatos, tienen un carácter primario o básico; su carácter fundamental alude a su importancia o trascendencia para el desarrollo de la persona”. Como una tercera alternativa, según este autor, “el rasgo definitorio de los derechos fundamentales sería su universalidad, sin atender a la naturaleza o importancia de los intereses protegidos bajo este concepto”. Para Aldunate, una forma de resolver esta pluralidad de conceptos, es distinguir entre el aspecto formal de derechos fundamentales, es decir, su positivación en la Constitución y el aspecto material, es decir, derechos fundamentales como elementos fundantes y constitutivos de la legitimidad del orden político, se encuentren o no consagrados en el texto constitucional, lo que arroja la existencia de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y derechos fundamentales no consagrados en la Constitución.⁴⁶

Cea Egaña parece fundir ambos conceptos —derechos fundamentales y derechos humanos— en un mismo concepto, cuando en la primera parte de su obra dedicada al tema habla de la “caracterización de los derechos fundamentales” mientras que en la segunda parte se refiere a los “derechos humanos en la Constitución”, sobre todo, cuando en su introducción, este autor indica que expondrá una

⁴⁶ Aldunate Lizana, Eduardo, *op. cit.*, nota 10, pp. 47-49.

sistematización, “breve y esquemática, del complejo y trascendental tema de la dignidad y los derechos humanos en nuestro ordenamiento fundamental y en su legislación complementaria”.⁴⁷ Además, dentro de la doctrina iuspublicista, Bordalí también ha consagrado y desarrollado el término derechos fundamentales como el propio del ámbito de los derechos esenciales contenidos en la Constitución.⁴⁸ Y, Diez Urzúa, aun cuando no lo explicita completamente, parece distinguir entre el concepto derechos humanos, más centrado en lo valórico, de aquel de derechos fundamentales (o constitucionales), cuando señala que “desde un punto de vista constitucional, los derechos del hombre son espacios que la Constitución Política reconoce que pertenecen a la persona para que ejerza plenamente todas sus potencialidades y obtenga su realización como ser”.⁴⁹

Por su parte, Gómez Bernal es parece decantarse por la alternativa formal del concepto derechos fundamentales en el sentido de derechos positivados en la Constitución. En efecto, este autor señala que:

[L]os derechos fundamentales designan así, en mayor o menor grado, un conjunto de bienes indisponibles para el poder político o público, articulando espacios que permiten a cada individuo desarrollar autónomamente la vida conforme a las valoraciones que escoja en aspectos decisivos de la existencia. Estos derechos, por situarse positivados en la regla que está en la cúspide del ordenamiento, cumplen la función de límite objetivo al poder constituido. Es bueno agregar que al señalar que los derechos son límite al poder no marginamos de la definición a derechos que exigen una actividad positiva prestacional de parte del Estado (todos los derechos exigen apoyo institucional). Ya sea que la estructura de ese derecho fundamental sea de inmunidad o de prestación, se presenta como restricción externa impuesta constitucionalmente a toda autoridad o poder constituido.⁵⁰

⁴⁷ Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías*, Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2004, p. 31.

⁴⁸ Bordalí Salamanca, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2a. ed., Santiago, Lexis-Nexis, 2007, pp. 33-65.

⁴⁹ Diez Urzúa, Sergio, *Persona y valores. Su protección constitucional*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1999, p. 96.

⁵⁰ Gómez Bernal es, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, p. 30.

De las posiciones doctrinales precedentes, en términos generales y salvo algunos autores, la tendencia es considerar que los derechos fundamentales tienen como fuente formal de producción y garantía la Constitución o, al menos, son aquellos que gozan de recepción positiva y garantía en la Constitución, a diferencia de los derechos humanos, los cuales tendrían como fuente de producción el derecho internacional, con la consecuente diversa fuerza vinculante al interior del Estado, o bien, los cuales representan meros valores morales o aspiraciones éticas consensuadas por la comunidad internacional.

En este contexto, nosotros plantearemos que, desde la perspectiva interna de los Estados, debería ponerse fin a esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, con el objetivo de adoptar una visión integradora de estos derechos. En primer lugar, porque —como ha señalado recientemente el profesor Gros Espiell en el seminario internacional “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”—⁵¹ todos los derechos humanos son derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, porque esta distinción contribuye a generar más perjuicios que beneficios para el cumplimiento de los objetivos de valor constitucional como es la salvaguarda de la integridad de la persona humana, individual y colectivamente considerada. A continuación, se sugiere y desarrolla una serie de objeciones a las consecuencias derivadas de la diferenciación entre estas dos conceptualizaciones de los derechos.

III. OBJECIONES A LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS HUMANOS

Según las posiciones doctrinales señaladas anteriormente, los derechos fundamentales serían eso, los fundamentales, a saber, los derechos más importantes, los más prioritarios, los reconocidos por la Constitución y que gozan de plena tutela judicial.⁵² De estos derechos ema-

⁵¹ Seminario internacional “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 18 al 20 de marzo del 2009.

⁵² Para Ferrajoli, los derechos fundamentales serían fundamentales porque expresarían “necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y

narían plenas obligaciones para el Estado —como normalmente ocurre con el correlato de los derechos— porque, en el imaginario socio-político, estas obligaciones sólo serían negativas y proporcionarían un estatus positivo al individuo, en el sentido de que no implicarían ningún costo para el Estado, ya que se basarían en el dejar hacer del Estado, por lo tanto se tratarían de un deber que se puede cumplir —y exigir su cumplimiento— sin ningún problema. Este tipo de derechos son los que configuran, en términos de Landa, el estatus positivo del individuo.⁵³

En cambio, los derechos humanos provendrían del ámbito internacional, se encontrarían reconocidos en el derecho internacional público, y reflejarían altos ideales éticos y políticos expresados por la comunidad internacional. Estos derechos manifestarían aspiraciones que motivarían la actuación de los Estados, pero que difícilmente lograrían una tutela judicial en el orden estatal, salvo que hayan sido asumidos por la Constitución. Normalmente, esto último ocurre con los denominados derechos civiles y políticos, donde generalmente no hay objeción para considerarlos fundamentales por las Constituciones, pero no así con los derechos económicos, sociales y culturales.

En este apartado analizamos las objeciones que se pueden sugerir frente a la distinción entre estos dos conceptos, la cual, como se ha visto, implica consecuencias materiales, además de formales. A continuación, examinemos brevemente algunas de estas objeciones.

1. *Clasificación de derechos por generaciones*

La doctrina de las generaciones de derechos es usada por los autores de derecho constitucional al desarrollar la teoría de los derechos fundamentales. Se usa, entre otras, como una forma de clasificar los derechos fundamentales y sirve para perpetuar, en el ámbito interno, la distinción sustancial entre derechos civiles y políticos, y aquellos derechos económicos, sociales y culturales. En términos generales y de acuerdo con la doctrina de las generaciones de derechos, para la

a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 31, p. 51.

⁵³ Landa Arroyo, César, *op. cit.*, nota 40, p. 16.

teoría constitucional, los derechos plenos y, por lo tanto, los derechos dignos de protección constitucional serían los derechos de primera generación, sin embargo, los derechos de segunda generación, calificados como derechos programáticos, no podrían ser amparados constitucionalmente. En el ámbito de los derechos humanos, esta distinción de los derechos por generaciones con consecuencias sustanciales ya no existe. Por esta razón, si se abandonara la doctrina de las generaciones de derechos permitiría o allanaría el camino para emparejar el uso de los conceptos en el derecho constitucional, consagrando definitivamente el de derechos humanos.

En consecuencia, la óptica de análisis de los derechos fundamentales-derechos humanos por generaciones se encuentra extendida entre la doctrina constitucional, especialmente en América Latina, y constituye uno de los fundamentos —poco certeros en nuestra opinión— que apuntala la división entre estos dos conceptos.

En este orden de ideas, la doctrina constitucional ha vinculado la distinción por generaciones de derechos a modelos de Estado (Estado liberal y Estado social). En este sentido, en general, los derechos de primera generación corresponderían al Estado liberal, y los derechos de segunda generación corresponderían al Estado social. Quizás contemporáneamente podríamos hablar de un Estado solidario si incorporamos los denominados derechos de tercera y/o cuarta generación. De esta manera, a través de estos modelos de Estado, las generaciones de derechos se han vinculado tradicionalmente a grupos específicos de derechos.⁵⁴ Esta visión se compadece con la evolución propia que ha tenido la teoría constitucional en los últimos cincuenta años.

Con todo, lo que nosotros sostenemos es que este análisis de la teoría constitucional se ha efectuado desde una óptica tradicional de la soberanía y, correlativamente, sin considerar la evolución y el progreso de los derechos humanos en el contexto internacional.

⁵⁴ “Tanto es así, que la doctrina ha dividido y clasificado los derechos en generaciones. Estas generaciones se corresponden con los modelos de Estados de derecho, de modo que cada modelo de Estado se identifica con una generación de derechos que lo nutrió ideológicamente, y que, en algunos casos, tuvo mucho que ver en la propia superación del respectivo modelo estatal”. Gómez Sánchez, Yolanda, *Derechos y libertades*, Madrid, Sanz y Torres, 2003, p. 15.

¿Es válida la afirmación que señala, desde la óptica de los derechos: el Estado puede darse la organización jurídica que desee? Podría sostenerse que es una elección soberana del Estado darse la forma de Estado liberal o Estado social y, consecuentemente, de decidir cuáles son los derechos que protege. En este caso, se podría afirmar que sí tiene sentido efectuar la distinción entre derechos fundamentales (aquellos que están amparados en la Constitución) y derechos humanos (aquellos que están protegidos en el orden internacional).

Pero también podría afirmarse que existen estándares internacionales mínimos de derechos humanos a los cuales todos los Estados están sometidos, y que incluyen, por supuesto, los derechos económicos, sociales y culturales. Estos estándares internacionales mínimos debieran verse claramente reflejados en la Constitución y en la práctica de los Estados. Se puede argumentar que el Estado hoy no puede ser analizado (teorizado), al menos desde la perspectiva de los derechos, al margen o en contra del derecho internacional de los derechos humanos. Justamente por esta razón es que se sostiene que la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, desde la perspectiva del derecho constitucional, no conserva más su razón de ser.

Del mismo modo, el análisis que aquí se hace de los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos, y su vinculación con la doctrina de las generaciones de derechos, es un estudio conceptual, por lo que resulta imposible realizar un examen detallado de cada uno de los derechos en particular. Con todo, cuando señalamos que derechos civiles y políticos (primera generación) y derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación) deberían gozar del mismo grado de protección en el derecho constitucional, nos referimos a que ambas categorías de derechos deberían obligar a los Estados —en su ámbito interno— conforme a las normas internacionales y a las obligaciones que los propios Estados han contraído. Los derechos económicos, sociales y culturales —como los contenidos en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales— son derechos, no aspiraciones morales ni éticas, y obligan a los Estados partes del Pacto. Además, aquellos derechos que han adquirido el carácter de consuetudinarios obligan a todos los Estados, salvo a aquellos que han objetado persistentemente la norma. Con todo, el derecho internacional admite una distinción entre la naturaleza de las obliga-

ciones que surgen a partir de estos derechos, diferenciando obligaciones de medio y obligaciones de resultado, pero no autoriza a los Estados a argüir su capacidad económica para liberarse de las obligaciones emanadas de estos derechos. Tomando en cuenta esta afirmación, los derechos económicos, sociales y culturales debieran gozar, en el ámbito interno de los Estados, de las mismas garantías, sobre todo de carácter jurisdiccional. Lo contrario es prolongar la idea, en el orden interno de los Estados, de la segmentación de los derechos.

Por último, los Estados han adoptado diferentes sistemas de recepción interna de las normas internacionales. A veces, las normas internas de incorporación del derecho internacional determinan la posición de estas últimas en el sistema de fuentes interno, pero este punto no será abordado en este trabajo.

A. Clasificación de los derechos en generaciones, y el derecho internacional

La sistematización de los derechos humanos en tres generaciones ha sido ampliamente usada por la doctrina internacional, influenciada por razones ideológicas y políticas características del periodo de la guerra fría. Sin embargo, desde finales de los años ochenta, la mayoría de dicha doctrina ha rechazado enérgicamente esa sistematización con argumentos históricos, éticos, políticos y jurídicos.⁵⁵

⁵⁵ “The Universal Declaration of Human Rights made no distinction between rights; the distinction appeared in the context of the deepening cold war tensions between East and West. The market economies of the West tended to put greater emphasis on civil and political rights, while the centrally planned economies of the Eastern bloc highlighted the importance of economic, social and cultural rights”. Fact Sheet No. 33, Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, p. 9, available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>; Tomuschat, Christian, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 24 y 25; En 1968, la Proclamación de Teherán subraya que “[c]omo los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social”. Proclamación de Teherán, proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán del 13 de mayo de 1968, para.13, disponible en: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/b_tehern.htm; Eide, Asbjorn, “Realization of Social and Economic Rights Threshold Approach”, en va-

En efecto, esta forma de concebir los derechos nació en el ámbito de los derechos humanos y dentro de la óptica del derecho internacional. El primero en formular esta división en generaciones de derechos fue el ex director de la División de Derechos Humanos y Paz de la UNESCO, Karel Vasak.⁵⁶ Tal como ha sostenido González Álvarez:

Vasak introdujo el concepto de las tres generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo (1979); su inspiración fue la de la bandera francesa, es decir, 'libertad, igualdad y fraternidad', sustituyendo esta última con mayor acierto por la presencia del valor 'solidaridad'. La idea de nuestro autor refleja el orden temporal sucesivo (de ahí lo generacional) del reconocimiento internacional de los derechos humanos, identificando tres generaciones que marchan de lo individualista a lo solidario.⁵⁷

En definitiva, la clasificación efectuada por Vasak, y que se extendió luego en el derecho internacional de los derechos humanos y, por esta vía, al derecho interno y, en particular, al derecho constitucional, sólo formaba parte de un afán pedagógico de enseñar los derechos humanos, pero en ningún caso pretendía debilitar la estructura de los derechos humanos o bien, crear una diferenciación o una jerarquía de los mismos, como es lo que ocurre hoy en el ámbito del derecho constitucional con la doctrina de las generaciones de dere-

rios autores, *Les Droits de l'Homme 1948-1988, Quarantième anniversaire de la Déclaration universelle UNESCO-Palais de Chaillot 8-9-10 décembre 1988*, pp. 67-78; Krause, Catarina, "Derechos económicos, sociales y culturales: ¿una categoría distinta o una parte indistinguible de los derechos humanos universales?", *I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos*, Guatemala, 2002, pp. 216 y 217; Rabossi, Eduardo, "Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché", *Lecciones y Ensayos*, núm. 69-71, 1997-1998, pp. 41-52, especialmente p. 51; "La nefasta fantasía de las llamadas "generaciones de derechos", histórica y jurídicamente infundada, en la medida en que alimenta una visión fragmentada o atomizada de los derechos humanos, ya se encuentra debidamente desmitificada". Cançado Trindade, Antonio Augusto, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional", *Lecciones y Ensayos*, núm. 69-71, 1997-1998, pp. 53-103, especialmente p. 92.

⁵⁶ Varios autores, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal-UNESCO, 1984, vol. I, pp. 15 y ss.

⁵⁷ González Álvarez, Roberto, "Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación", <http://www.sopcej.org/rgadddh.pdf>, consultado el 30 de marzo de 2009.

chos. Dicho de otro modo, la idea de las generaciones de derechos, tomada por el derecho constitucional desde el derecho internacional, en general, no ha sido correctamente abordada e interpretada, creando categorías de derechos con distintas características y fuerza jurídica (es descriptiva, pero obedece a una evolución histórica, piénsese sólo en el ámbito electoral en el voto femenino) Como ha sostenido Rabossi, la tesis de las generaciones de derechos:

Está basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferenciación categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la viabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.⁵⁸

Así, esta clasificación de los derechos humanos que tiene su origen en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha sido asumida por la doctrina del derecho constitucional, lo cual explica la razón por la cual los autores de dicha disciplina, especialmente en América Latina, recurren y utilizan las generaciones de derechos en el desarrollo de los derechos fundamentales.⁵⁹

B. *Uso e importación de esta clasificación al derecho constitucional*

En términos generales, en el orden estatal se suele emparejar con la primera generación de derechos a los derechos civiles y políticos, con la segunda generación de derechos a los derechos económicos, sociales y culturales, y con la tercera generación de derechos a los que se denominan los derechos de la solidaridad, tales como el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, los derechos de los consumidores o el derecho a la calidad de vida.⁶⁰ En este sentido, el constitucio-

⁵⁸ Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, pp. 41-52, especialmente p. 51.

⁵⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *La tercera generación...*, *cit.*, nota 15, pp. 28-32; Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 45, pp. 35 y ss.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 28-32; López Guerra, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 104; “[S]uele hablarse de los derechos sociales o derechos prestación para referirse a determinadas pretensiones de los ciudadanos a actuaciones concretas o prestaciones de los poderes públicos. No se reclama la abstención ni la participación, sino el desempeño de una actividad por parte de los poderes públicos.

nalista argentino Ekmekdjian utiliza esta clasificación de los derechos fundamentales en tres generaciones de derechos, señalando que el estudio de los de tercera generación es de difícil abordaje “ya que no están categorizados con rigor sistemático y su elaboración se halla todavía en construcción”.⁶¹ Además, una demostración clara del perjuicio que ocasiona, para el goce integral e indivisible de los derechos humanos, esta división en generaciones de derechos, se encuentra en las palabras de Casalta Nabais, quien le asigna menor valor vinculante a los derechos económicos, sociales y culturales, cuando señala que “no son más que una expresión de tercer nivel de la dignidad humana ya que dependen en cada momento de lo que es posible en términos económicos y sociales”.⁶²

Con todo, hay autores, como Sánchez Ferriz, que introducen una variante interesante al dividir las generaciones de derechos, señalando que los derechos de primera generación serían aquellos que corresponden a las corrientes individualistas en el marco del Estado liberal formalista e inhibicionista, mientras que la segunda generación de derechos, esto es, los de participación política, corresponden a corrientes progresistas, en el marco de un Estado liberal, pero democratizado. En opinión de este autor, solo con la aparición del Estado social puede hablarse de la constitucionalización de la tercera generación de derechos: los sociales o derechos de prestación.⁶³ Además, el profesor Aldunate se refiere incluso a una cuarta (derechos del iusnaturalismo libertario) o quinta (derechos infrahumanos) generación de de-

La actuación que se solicita, sin merma de su necesaria previsión legal, corresponde esencialmente a la administración y depende, consecuentemente, no sólo de una voluntad política o de una disposición ideológica a su rendimiento, sino antes que nada de una cierta capacidad económica o presupuestaria. Por eso el reconocimiento de estos derechos se realiza, a nivel constitucional, en las democracias del Estado de bienestar”. Solozábal Echavarría, Juan José, *op. cit.*, nota 22, pp. 87-109, especialmente p. 90; Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, pp. 41-52.

⁶¹ Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, p. 91.

⁶² Casalta Nabais, José, “Droits fondamentaux”, en varios autores, *Etudes de Droit Constitutionnel Franco-Portugais: A propos de la révision de la Constitution Portugaise suivies de la Traduction de la Constitution*, París, Editions Economica, 1992, pp. 13-33, especialmente p. 23.

⁶³ Sánchez Ferriz, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 102-104.

rechos.⁶⁴ La profesora Gómez Sánchez también ha avanzado la idea de una cuarta generación de derechos, cuando ha señalado que:

Esta cuarta generación de derechos esta integrada al menos por tres grandes bloques de derechos de los que, unos son derechos nuevos y otros son derechos ya incluidos en alguna de las generaciones anteriores pero que aparecen ahora redefinidos o reinterpretados... a) Los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad; b) Los derechos relativos a un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana; c) Los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.⁶⁵

Zavala Egas, por su parte, también se refiere a las generaciones de derechos, cuando señala que:

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. Sobre esta base, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos, complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales.⁶⁶

El Tribunal Constitucional chileno también ha sostenido esta visión de los derechos fundamentales divididos en generaciones de derechos, cuando se ha referido a “los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación”.⁶⁷

C. *Evolución internacional y nuevo enfoque*

Desde nuestra perspectiva, las principales objeciones que se puede formular a esta clasificación de los derechos humanos en generaciones —que se ha prolongado, como se ha dicho, idénticamente en el

⁶⁴ Aldunate Lizana, Eduardo, *op. cit.*, nota 10, p. 60.

⁶⁵ Gómez Sánchez, Yolanda, *op. cit.*, nota 54, p. 19.

⁶⁶ Zavala Egas, Jorge, *op. cit.*, nota 44, p. 53.

⁶⁷ Tribunal Constitucional de Chile, *op. cit.*, nota 6, par. 26o.

lenguaje de los derechos fundamentales— es que conlleva la idea de que existen derechos de distinto nivel o algunos más importantes y otros menos importantes. Con la doctrina de la generación de derechos surge la idea de la aparición histórica de los derechos y de la extinción de los antiguos, pero además de la divisibilidad de los derechos y de la jerarquía de los mismos.

Esta división de los derechos en generaciones parecería mostrar que los derechos civiles son realmente derechos frente a los cuales el Estado tiene una obligación jurídica vinculante, mientras que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho es más flexible, y la obligación que de él emana menos intensa. Zavala Egas señala, por ejemplo, que el derecho al trabajo o el derecho a la seguridad social —ambos garantizados en la Constitución— no permiten el empleo de la acción de amparo judicial, ya que se trata de derechos de desarrollo progresivo.⁶⁸ Con todo, hay autores constitucionalistas, como Nogueira y Rivera Santivañez, que rechazan esta postura.⁶⁹

Por su parte, González Álvarez señala las siguientes críticas a esta división:

- a) Que el propio derecho fundamental a la vida pertenece a todas las generaciones y es civil, político, económico, social, cultural, prácticamente universal, como lo es la libertad y sus diferentes expresiones; b) que no tiene precisión histórica del surgimiento de los derechos de cada una de sus generaciones; c) que la visión generacional implica el surgimiento de una generación y la extinción de otra, porque está referida a la vida de un período y ésta llega en un momento a extinguirse; y d) que es propensa a la atomización de derechos y padece vacíos.⁷⁰

Rabossi, por su parte, habla de la vacuidad del planteamiento, en el sentido de que sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos, y los derechos económicos, sociales y culturales son, en el mejor de los casos, programáticos. En efecto, este autor señala que “ni la distinción derechos negativos *versus* derechos positivos, ni la

⁶⁸ Zavala Egas, Jorge, *op. cit.*, nota 44, t. I, p. 129.

⁶⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 45, t. II, *passim*; Rivera Santivañez, José Antonio, *op. cit.*, nota 39, pp. 120 y ss.

⁷⁰ González Álvarez, Roberto, *op. cit.*, nota 57.

de derechos estrictos *versus* ideales utópicos, ni la de derechos genéricos *versus* específicos logran identificar clases excluyentes de derechos. En verdad, la garantía de la vigencia de un derecho humano supone siempre una política positiva por parte del Estado al diseñar y estatuir el marco institucional y político necesario”.⁷¹ Cançado Trindade también está en contra de esta distinción, señalando que no existe dicotomía ni antinomia, y se refiere, más bien, a la unidad fundamental de concepción de los derechos humanos:

Así como hay derechos civiles y políticos que requieren “acción positiva” del Estado (por ejemplo, derecho civil a la asistencia judicial como integrante de las garantías del debido proceso legal, derechos políticos atinentes a los sistemas electorales), también hay derechos económicos, sociales y culturales, ligados a la garantía del ejercicio de la libertad (por ejemplo, derecho de huelga y libertad sindical), lo que ha de acrecentar la vinculación de los llamados derechos fundamentales a la garantía efectiva de la persona humana.⁷²

Esta división de los derechos en generaciones, que se proyecta a la obligatoriedad, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, atenta en forma directa en contra del principio firmemente establecido en derecho internacional de la indivisibilidad de los derechos humanos. En efecto, la indivisibilidad ha sido reconocida en la Declaración Final de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 y, más recientemente, reiterada como principio, en la Declaración Final de la Quinta Cumbre de las Américas.⁷³ En esta última Declaración, los Estados de América reafirmaron “los principios con-

⁷¹ Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, pp. 41-52, especialmente p. 50.

⁷² Cançado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*, nota 55, pp. 53-103, especialmente p. 59.

⁷³ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. *Cfr.* Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14-25 de junio de 1993; Doc. N.U. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, par. 5.

tenidos en la Declaración y Programa de Acción de Viena, que reconoce que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.⁷⁴

Tal como lo declara la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.⁷⁵ Además, en este sentido, y como otros autores, Texier ha señalado claramente que:

Hablar de derechos de primera, segunda y tercera generación me parece una aberración total. Es obvio que los derechos económicos, sociales y culturales nacen al mismo tiempo que los derechos civiles y políticos; es obvio que son derechos humanos y quisiera que esta terminología de generaciones, artificio de juristas que les gusta crear categorías, se borre definitivamente del vocabulario.⁷⁶

D. *A pesar de la evolución, el derecho constitucional sigue usando esta categorización, y con esto fortalece y justifica la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos*

Esta concepción de los derechos —distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos— ha sido el terreno adecuado para que se perpetúe, en la esfera constitucional y política, la división de los derechos fundamentales en —al menos— tres generaciones, en circunstancias que los derechos esenciales de la persona humana son indivisibles, interdependientes e interrelacionados, además de, por supuesto, universales.

⁷⁴ Declaración de Compromiso de Puerto España, Quinta Cumbre de las Américas, Trinidad y Tobago, Puerto España, 19 de abril de 2009, p. 82.

⁷⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena, *op. cit.*, nota 73.

⁷⁶ Texier, Phillip, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas universales de protección de los derechos humanos”, en IIDH, *Memoria II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos*, San José, IIDH, 2002, pp. 303-322, especialmente p. 303; Benítez, Rafael, “Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema europeo de protección de los derechos humanos”, en *id.*, *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 323-347, especialmente p. 330.

Con todo, la utilización por la doctrina constitucional de la tesis de las generaciones de derechos da cuenta de una penetración e influencia clara, aunque imperfecta y parcial, del derecho internacional en el derecho constitucional. Sin embargo, debe rechazarse la utilización o división de los derechos en generaciones, porque esto, al menos, sugiere la existencia de una división de derechos, aunque se encuentra claramente establecido que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes.

En términos generales, desde el derecho constitucional se ha asumido y utilizado la doctrina de las generaciones de derechos para explicar o teorizar sobre los derechos fundamentales. La vinculación que existe entre la doctrina de las generaciones de derechos y la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos humanos no es una relación de causa a efecto. Una no es ni causa ni consecuencia de la otra. Sin embargo, nosotros sostenemos que la supresión de la teoría de las generaciones de derechos allanaría el terreno para que la doctrina constitucional empezara a considerar los derechos fundamentales y los derechos humanos como equivalentes. Este último sería un factor positivo para consagrar una visión integradora y total de los derechos humanos.

2. *Derechos y prestaciones*

Tradicionalmente se ha distinguido entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, los primeros como derechos que exigen una abstención de parte del Estado, y los segundos como derechos que exigen una acción o determinadas prestaciones. Como consecuencia de lo anterior, no existe dificultad en reconocer a los derechos civiles y políticos como derechos fundamentales, teniendo presente que, desde el punto de vista constitucional, los derechos fundamentales están amparados por la Constitución y se pueden reclamar ante la jurisdicción. Sin embargo, sí causa problema reconocer como fundamentales a los DESC, toda vez que éstos exigen una actuación del Estado, muchas veces con compromisos económicos, lo que disuade otorgarle el amparo y garantía constitucional jurisdiccional. En este sentido, no habría problema en reconocer que los DESC son derechos humanos —concepto más ambiguo, poco

preciso, no jurídico, propio del ámbito filosófico—, pero no derechos fundamentales.

Así, según esta misma doctrina, derechos humanos sería un concepto más amplio, más laxo, de alguna manera más permisivo, que podría comprender los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, pero no sólo ellos, sino también los demás derechos reconocidos, sobre todo, en el ámbito internacional y, consecuentemente, manifestarían buenas intenciones hacia las que hay que ir o intentar acercarse, pero no imponen obligaciones como los derechos fundamentales y menos, consecuentemente, estarían amparados por una garantía de tutela judicial.⁷⁷ De estos derechos no podríamos decir que emanan obligaciones plenas, puesto que eso le puede acarrear un costo económico muy elevado al Estado, que lo conduciría a la catástrofe, que sería imposible de asumir por el Estado.

Como se ha dicho, el concepto de derechos fundamentales tiende a incluir los derechos civiles y políticos, por ser fácilmente garantizables judicialmente, ya que —según la visión clásica— exigen simplemente una inacción de parte del Estado, en cambio, deja fuera, por regla general, a los DESC. La razón en que se funda esta exclusión es que los DESC exigirían una prestación de parte del Estado, no susceptible de amparo judicial, ya que dicha prestación involucraría directamente al presupuesto nacional. Como se puede apreciar, el uso del concepto de derechos fundamentales —diferenciado del de los derechos humanos—, legitima y perpetúa esta división entre derechos civiles y políticos y DESC, lo cual merece nuestra objeción. El profesor Rivera Santivañez ha explicitado esta diversidad de tratamiento que los derechos fundamentales proporcionan a los distintos derechos, cuando ha señalado que:

⁷⁷ Sin embargo, en el caso chileno, el Tribunal Constitucional se ha encargado de desvanecer esta idea y afirmar el carácter jurídico pleno de los derechos sociales, descartando la persistente visión de que los derechos sociales son de carácter programático o aspiracional. En efecto, los jueces constitucionales, acertadamente a nuestro entender, han señalado que “los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”. Tribunal Constitucional de Chile, *op. cit.*, nota 6, par. 26o.

[L]a exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos colectivos o de los pueblos, especialmente de aquellos que tienen el carácter de prestaciones, tiene su fundamento en el hecho de que estos derechos generan obligaciones positivas para el Estado, a diferencia de los derechos civiles y políticos que establecen obligaciones negativas, pues el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales no consiste en la exigencia de un abstencionismo estatal que proteja el ámbito de la autodeterminación del individuo, sino en el requerimiento al Estado para recibir una determinada prestación que haga efectivo su desarrollo para lograr que sus condiciones de vida sean dignas de un ser humano. De ahí que se asume la posición de que el amparo constitucional no otorgue tutela inmediata a esos derechos, porque no se concibe que a través de una decisión judicial se pueda obligar al Estado a alterar su presupuesto general para hacer efectivos los derechos de carácter prestacional.⁷⁸

Sin embargo, ocurre que aun los derechos fundamentales, muchas veces claramente identificados con los derechos civiles y políticos, también exigen una prestación del Estado, que implica, obviamente, un costo económico, y por lo tanto, la disposición de medios o recursos por parte del Estado. Piénsese simplemente en el derecho de acceso a la justicia, que requiere del Estado la plena satisfacción de la prestación jurisdiccional, la construcción de tribunales, la contratación y capacitación de jueces y personal judicial, la creación de un Ministerio Fiscal, etcétera. O bien, piénsese en el derecho a la libertad personal, cuya privación exige del Estado la plena satisfacción de la prestación carcelaria, la construcción de recintos penitenciarios dignos, adecuados y suficientes, la creación de escuelas de formación, la capacitación de personal, etcétera. Y así sucesivamente, se pueden analizar todos los derechos civiles y políticos que tradicionalmente se les identifica como derechos no prestacionales.

Consecuentemente, respecto a la diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los DESC, la naturaleza de sus obligaciones legítima mantener la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos. Sin embargo, esta diferenciación, respecto de la naturaleza de sus obligaciones, entre los derechos civiles y políticos —como ya

⁷⁸ Rivera Santivañez, José Antonio, *op. cit.*, nota 39, p. 121.

se ha visto— no es sostenible, y por lo tanto, se debilitan los fundamentos de la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos.

Desde el punto de vista doctrinal, Landa ha señalado que la superación de la idea programática de los DESC y su visión como verdaderos derechos exigibles y amparables directa e inmediatamente, “permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho”.⁷⁹ Por su parte, Eide ha indicado que “no podemos hacer una distinción neta acerca de los ejes ‘negativo/positivo’ entre los derechos civiles y políticos por un lado y económicos, sociales y culturales por otro”.⁸⁰

Además, Texier ha afirmado que es “indispensable reafirmar el principio de igualdad de estatutos de los dos derechos: económicos, civiles, políticos, sociales y culturales, para conseguir progresivamente la misma exigibilidad” y, además, que existe un núcleo duro de DESC y que los Estados tienen la obligación con efecto inmediato de “utilizar hasta el máximo de los recursos de que dispongan para satisfacer prioritariamente esas obligaciones mínimas y proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad, o con los recursos propios del Estado o mediante la asistencia de la cooperación internacional”.⁸¹

En consecuencia, no hay diferencia clara desde la perspectiva de las prestaciones entre derechos civiles y políticos y DESC, y por lo tanto, tampoco cabría el discurso de que los derechos fundamentales serían aquellos que amparan derechos-libertades pero no derechos-prestaciones. Estos últimos quedarían reconocidos en el concepto moral, aspiracional y programático de los derechos humanos. Lo cierto es que, desde este punto de vista, no hay diferencias netas entre los derechos, por tanto, tampoco entre los términos de derechos fundamentales y derechos humanos.

⁷⁹ Landa Arroyo, César, *op. cit.*, nota 40, p. 48.

⁸⁰ Eide, Asbjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Comisión Internacional de Juristas, La Revista*, núm. 43, diciembre de 1989, pp. 46-60, especialmente p. 47.

⁸¹ Texier, Phillip, *op. cit.*, nota 76, pp. 303-322, especialmente p. 310.

3. *La diferenciación dificulta el respeto, protección y satisfacción de los DESC*

Esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos provoca graves perjuicios al individuo, para que éste pueda gozar plenamente de todos los derechos que le pertenecen en cuanto ser humano. Esta distinción ha proyectado la división entre derechos civiles y políticos y DESC —sobre todo en el orden constitucional y político estatal—, como si estos últimos fueran de una naturaleza más vaga, flexible e inexigible, casi un ideal al cual aspirar, y por lo tanto, siempre algo para lo futuro, nunca para el presente.

Tal como ha señalado Texier, “aunque los derechos económicos, sociales y culturales no son de segunda generación, sí han sido tratados como derechos de segunda categoría. La exigibilidad o la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se presenta en forma muy diferente a la exigibilidad de los derechos civiles y políticos”.⁸²

En general, los DESC no son considerados fundamentales en el orden interno de los Estados, y se observan como obligaciones a futuro, como aspiraciones, en la medida que el Estado, y su grado de desarrollo, disponga de los recursos suficientes. Por eso es que no son derechos fundamentales, porque no serían derechos directamente exigibles al Estado, ya que exigen una prestación, una obligación de hacer, respecto de la cual el Estado está obligado en la medida de los recursos disponibles. Por esta misma razón, estos derechos tampoco podrían ser reclamados ante el juez, esto es, no serían justiciables.

Dentro de los avances que se han producido en estas últimas tres décadas, se encuentra el lento posicionamiento, en un lugar de relevancia en la agenda político-constitucional de los países de América, de los derechos económicos, sociales y culturales. No es que los Estados de la región hayan superado con éxito todas las exigencias derivadas de la plena satisfacción de los derechos civiles y políticos, y muestra de ello son los defectos que aun subsisten en muchos países en relación con el derecho al debido proceso, pero se ha posicionado, en términos relativamente equivalentes, el debate constitucional en torno a los derechos económicos, sociales y culturales. Una manifestación

⁸² *Ibidem*, p. 304.

patente de la relevancia que han adquirido los DESC en el continente, se encuentra en la Declaración Final de la Quinta Cumbre de las Américas, cuando los jefes de Estado y de Gobierno, señalan:

Reiteramos nuestro apoyo a los objetivos de la Carta Social de las Américas y su Plan de Acción, los cuales buscan ofrecer a todos nuestros ciudadanos más oportunidades para beneficiarse del desarrollo sostenible con equidad e inclusión social. Alentamos a la OEA a que concluya la preparación de estos instrumentos y trabajaremos en aras de concluir las negociaciones y de adoptar estos documentos antes de fines de 2009.⁸³

Esta diferenciación entre derechos fundamentales y derechos humanos, propia del orden constitucional, repercute no sólo en el reconocimiento formal de los DESC sino también en su goce efectivo. Por lo tanto, una de las razones por las cuales debería ponerse fin a esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos es porque el concepto predominante de derechos fundamentales tiende a otorgar un determinado *status* a los derechos civiles y políticos y otro diferente a los DESC. Esta visión —que corresponde a la óptica constitucional tradicional— queda bien reflejada en Landa, quien afirma el estatus negativo de la persona humana, frente al estatus positivo de la libertad, propio de los derechos fundamentales del constitucionalismo social.⁸⁴ Mientras que la perspectiva moderna de los derechos humanos es aquella de la indivisibilidad e interrelación entre todos los derechos, sean estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. En este sentido Cançado Trindade ha señalado que “entre las dos categorías de derechos —individuales y sociales o colectivos— no puede haber sino complementariedad e interacción, y no compartimentación y antinomia”.⁸⁵ La Corte Europea de Derechos Humanos ha afirmado esta posición señalando que “there is no water-tight division” entre ambas esferas de derechos.⁸⁶ Asimismo, la

⁸³ Declaración de Compromiso de Puerto España, *op. cit.*, nota 74, par. 84.

⁸⁴ Landa Arroyo, César, *op. cit.*, nota 40, p. 16.

⁸⁵ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*, nota 55, pp. 53-103, especialmente pp. 60 y 61.

⁸⁶ “Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore

Unión Europea ha afirmado esta indivisibilidad de los derechos humanos, específicamente, refiriéndose a la histórica diferenciación desde los derechos fundamentales.⁸⁷ En este sentido, también ha sido afirmado que el ejercicio de los derechos civiles y políticos puede bien depender del acceso a los derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁸ Esta evolución que se muestra, sobre todo en el contexto europeo, podría estimular una nueva forma de abordar el constitucionalismo, lo cual tendría un impacto cierto en la forma de concebir la soberanía. En este sentido, Fioravanti ha señalado que “la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno, como es el caso (*sic*) de los derechos sociales en relación al valor constitucional de igualdad a promover y realizar”.⁸⁹

Desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional, también se ha resaltado la indivisibilidad de los derechos humanos. Así, la idea

considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention”. ECHR, Case of Airey vs. Ireland (Application no. 6289/73), Judgment, 9 de octubre de 1979, par. 26; European Commission, Affirming Fundamental Rights in the European Union: Time to Act, Report of the Expert Group on Fundamental Rights (The Simitis Report), febrero de 1999, p. 16.

⁸⁷ “Any attempt to explicitly recognise fundamental rights must include both civil and social rights. To ignore their interdependence questions the protection of both. It is in this sense that their indivisibility has over and over again been affirmed. Their separation in part has historical reasons. It reflects the late ‘discovery’ of social rights, as compared to civil and political rights”. European Commission, *op. cit.*, nota 86, p. 15.

⁸⁸ “Citizenship rights are not independent of one another; for example, the exercise of civil or political rights may be dependent on access to economic, social and cultural rights. This was recognised by the EU Expert Working Group on Fundamental Rights (1999) —it stressed the indivisibility of civil and social rights. It is important to bear in mind that rights that are universal in principle may not be universal in practice since their exercise may depend on financial, educational or time resources. Neither are citizenship rights and obligations independent of one another. The fulfilling of obligations, for example civil and political obligations, is dependent on access to economic, social and cultural rights and the enhancement of rights on a broad basis is dependent on widely-based participation or at least representation in decision-making”. National Economic and Social Council, “Opportunities, Challenges and Capacities for Choice”, p. 78, <http://www.nesc.ie/dynamic/docs/NESC105.pdf> (consultado el 31 de marzo de 2009).

⁸⁹ Fioravanti, Mauricio, *op. cit.*, nota 35, p. 131.

de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos ha sido mencionada por el Tribunal Constitucional chileno, en la sentencia del 13 de agosto de 1995, al afirmar que:

[E]l Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, núm. 9, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas.⁹⁰

Del mismo modo, dicho Tribunal ha confirmado tanto el carácter indivisible como el carácter interdependiente de los derechos fundamentales, cuando ha señalado que:

El derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social en los términos antes explicados, se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida.⁹¹

En esta línea, cabe absolutamente tener en cuenta lo señalado por Cançado Trindade, en el sentido de que:

Otros derechos consagrados en los tratados de derechos humanos, tales como el derecho a la privacidad y a la vida familiar, y el propio derecho fundamental a la vida, pueden igualmente abrir caminos para una protección más amplia de los derechos económicos y sociales, así como culturales, mediante una visión integral de los derechos humanos.⁹²

La superación de la tradicional distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, y la supresión de la categorización de derechos en generaciones contribuiría a la adquisición de 'ciudadanía

⁹⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento de Senadores respecto de los Artículos 7o., 10 y 11 del proyecto de Ley sobre Trasplantes de Órganos, rol núm. 220-1995, sentencia de 13 de agosto de 1995, considerando 9o., p. 29.

⁹¹ Tribunal Constitucional de Chile, *op. cit.*, nota 6, par. 32o.

⁹² Cançado Trindade, Antonio Augusto, *op. cit.*, nota 55, pp. 53-103, especialmente p. 87.

plena' de los DESC en el orden estatal, y permitiría la desaparición definitiva de la diferenciación, que ha predominado en los órdenes estatales. Asimismo, permitiría dismantelar el cuestionamiento de los DESC, en cuanto a su carácter mismo de derechos humanos fundamentales. En este contexto, la doctrina de las generaciones de derechos es una de las causas, y contribuye directamente al menor grado de reconocimiento y protección que, en el orden interno, se le asigna a los DESC.

4. *Derechos fundamentales sí, derechos positivados no*

En el ámbito internacional de los derechos humanos se habla también de derechos fundamentales, pero no en el sentido de derechos positivados —como en el derecho constitucional—, teniendo presente que en el ordenamiento internacional también existe el derecho positivo, entendido éste como derecho escrito. Así, una declaración internacional es un instrumento jurídico internacional no vinculante —sin perjuicio de que este instrumento puede contener principios generales o expresar normas internacionales consuetudinarias—, mientras que un tratado internacional es un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante. Una resolución de un tribunal internacional es un acto jurídico procesal obligatorio a través del cual se ejerce la jurisdicción internacional. En el derecho internacional, de conformidad con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones de los tribunales internacionales, bajo ciertas características, son fuente del derecho.

Por ejemplo, en la esfera de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT), se habla de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Así, la Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 indica claramente que:

Todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo

del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.⁹³

Se ha dicho de estos principios y derechos fundamentales que constituyen un “mínimo de reglas de funcionamiento social fundadas en valores comunes, en virtud de las cuales los propios interesados tengan la posibilidad de reivindicar una participación justa en las riquezas que han contribuido a crear” y que ellos configuran “una verdadera plataforma social mínima de ámbito mundial”.⁹⁴

De este modo, aquí, más que hacer una referencia a clasificaciones en generaciones de derechos o a distinciones entre derechos propiamente tales y simples ideales o aspiraciones, se quiere expresar derechos que en el desarrollo progresivo de los derechos humanos han adquirido un especial rango o jerarquía normativa, configurándose hoy como verdaderas normas imperativas. Lo anterior queda de manifiesto cuando la Declaración señala que los Estados están obligados a respetar esos derechos “aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos”. Esta es una expresión tremendamente cercana a otra anterior que ya había ingresado en el acervo del Derecho Internacional en 1951, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ) sobre las Reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio. Tal como lo señaló la CIJ en esa oportunidad, una de las primeras consecuencias que emanan de los tratados de derechos humanos es que “los principios que se encuentran a la base de la Convención son principios que están reconocidos por las naciones civilizadas como obligando a los Estados, incluso fuera de todo vínculo convencional”.⁹⁵

⁹³ Véase Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 86a. Reunión, Ginebra, junio de 1998.

⁹⁴ Hansenne, Michel, Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1998, pp. 1 y 3.

⁹⁵ “The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the

En el ámbito universal de la Organización de las Naciones Unidas, también se habla de convenios fundamentales de derechos humanos, pero esta vez se intenta reflejar aquellos textos que forman el corazón o núcleo duro del sistema normativo universal de protección del ser humano, aquellos instrumentos que todo Estado debería ratificar y al cual ningún Estado, sociedad o pueblo puede faltar.⁹⁶

Utilizando una expresión de la Corte Internacional de Justicia, estos instrumentos internacionales son considerados fundamentales porque salvaguardan, con toda intensidad, derechos que reflejan los principios más elementales de moralidad de la comunidad internacional.⁹⁷ En consecuencia, los tratados de derechos humanos y, muy particularmente, los tratados fundamentales —que tienen un carácter universal y obligan a los Estados, individuos y pueblos, incluso sin vínculo convencional— forman lo que Álvarez llamaría el nuevo derecho internacional convencional.⁹⁸ Debido a que hoy en día, todos

conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation". International Court of Justice, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

⁹⁶ Los tratados internacionales fundamentales de derechos humanos son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos y Degradantes (1984), la Convención de Derechos del Niño (1989), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (1990), la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas de Desaparición Forzada (2006), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

⁹⁷ "The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality". International Court of Justice, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

⁹⁸ "They have a universal character; they are, in a sense, the Constitution of international society, the new international constitutional law. They are not established for the benefit of private interests but for that of the general interest; they impose obligations upon States without granting them rights, and in this respect are unlike ordinary

estos derechos fundamentales —aquellos que se califican como tales de conformidad con su jerarquía normativa— se encuentran necesariamente integrados en el orden constitucional de los Estados, ellos, forman parte de lo que denominaríamos el nuevo derecho constitucional internacional.

En este caso, del mismo modo anterior, podemos entender que estos instrumentos fundamentales contienen normas y principios que han entrado y componen el dominio de las normas imperativas de derechos humanos, tales como la norma que prohíbe la tortura, la que impide los tratos y penas inhumanos y degradantes, la que veda la discriminación racial, la que inhibe la discriminación por sexo, la norma que reconoce el acceso amplio a la justicia, o la que acepta el principio de igualdad.

Desde otra perspectiva, y como un antecedente adicional a la falta de justificación de la dicotomía derechos fundamentales-derechos humanos, tal como se describe en el ámbito del derecho constitucional, al menos en la esfera latinoamericana, se puede argumentar que en el ámbito internacional europeo se usa el concepto derechos fundamentales en el mismo sentido que derechos humanos, incluyendo, sin distinción de la naturaleza de las obligaciones, tanto a los derechos civiles y políticos, como a los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, en el seno de la Unión Europea también se utiliza la expresión derechos humanos y derechos fundamentales como intercambiables, de lo cual da debida cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).⁹⁹

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea pretende “reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”. Y la fuente desde donde ha extraído este completo catálogo de derechos han sido, “respetando las competen-

multilateral conventions which confer rights as well as obligations upon their parties”. *Ibidem*, p. 51.

⁹⁹ También se utilizan indistintamente las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales en el Proyecto de Constitución Europea. Véase Proyecto de Tratado por el que se Instituye una Constitución para Europa (CONV 820/1/03 REV 1, CONV 847/03, CONV 848/03). Adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003. Presentado al presidente del Consejo Europeo en Roma, 18 de julio de 2003.

cias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros”.¹⁰⁰ Esto último, que ha sido explicitado manifiestamente en el caso de la Unión Europea, puede ser aplicado y extendido a todos los órdenes jurídicos, en virtud del principio de la universalidad de los derechos.

Por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye todo tipo de derechos, esto es, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Es así que, aún considerando su denominación de derechos fundamentales, la referida Carta incorpora un capítulo IV, titulado “Solidaridad”, el cual comprende, *inter alia*, derechos tales como derecho de negociación y de acción colectiva (artículo 28), condiciones de trabajo justas y equitativas (artículo 31), seguridad social y ayuda social (artículo 34) y protección de la salud (artículo 35). En este sentido, Rolla ha afirmado que “la evolución y el enriquecimiento del principio personalista lleva a que el binomio ‘libertad-igualdad’ —propio del constitucionalismo liberal— se vea acompañado por el binomio ‘dignidad-solidaridad’”,¹⁰¹ propio del constitucionalismo social; y en América, por sus características socio-culturales, propio del constitucionalismo comunitario, centrado en la comunidad y con deberes de contribución del individuo hacia la comunidad.

En consecuencia, como se puede apreciar, en el orden comunitario, fundado mediante tratados internacionales, también se utiliza la expresión derechos fundamentales, que incluye, explícitamente en ellos, derechos económicos, sociales y culturales, sin distinción alguna. Por lo tanto, en este caso, el uso de la expresión derechos fundamentales demuestra que este término no es propio del ámbito interno de los Estados ni coto reservado del derecho constitucional, y que el término derechos fundamentales no es la manifestación jurídica de simples

¹⁰⁰ Preámbulo, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

¹⁰¹ Rolla, Giancarlo, “Técnicas de codificación y cláusula de interpretación de los derechos fundamentales. Algunas consideraciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 87-108.

aspiraciones éticas, como se dice que pueden ser los derechos humanos, y, finalmente, que los derechos fundamentales no son los derechos humanos positivados en la Constitución y garantizados judicialmente. Con el uso de la expresión derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea se demuestra que derechos fundamentales es un concepto amplio, intercambiable o sinónimo de los derechos humanos, ambos conceptos equivalentes en valor e igualmente jurídicos. Este antecedente proveniente de la Unión Europea sirve para reforzar el argumento de la necesidad de supresión de la distinción, muy vigente en América Latina, entre derechos fundamentales y derechos humanos.

De modo que el concepto derecho fundamental, actualmente usado por el derecho internacional de los derechos humanos, no tiene el mismo significado que el término derecho fundamental para el derecho constitucional, el cual restringiría los derechos fundamentales, sólo a aquellos derechos que la Constitución reconoce como tales y que gozan de la posibilidad de la tutela judicial. Aquí cabe preguntarse ¿qué sentido tiene reconocer derechos —tanto a nivel internacional como estatal— que no son susceptibles de solicitar el amparo del juez nacional? Un derecho respecto del cual no se puede invocar el amparo de un juez no es derecho. Todo esto, si se tiene primordialmente presente que todo el sistema de protección de los derechos humanos se encuentra concebido con el reconocimiento del Estado como el actor fundamental para la protección del individuo, y sólo contemplando la participación o intervención del órgano o juez internacional, en el caso de que todas las protecciones y prevenciones proporcionadas por el orden estatal hayan fallado, tal como lo indica la regla del agotamiento previo de los recursos internos. Y, en este sentido, cabe recordar el cambio de paradigma que ya hemos mencionado al comienzo de este trabajo, en el sentido de cambio de enfoque normativo o bien, que el orden jurídico estaría mutando hacia un sistema jurídico plural, donde el ámbito de los derechos actuaría como catalizador. En otras palabras, tanto la esfera estatal como la esfera internacional ocupan un terreno común, el de los derechos humanos. Este nuevo orden u orden plural, en el ámbito de los derechos del individuo, genera un nuevo derecho, el derecho de los derechos huma-

nos, el cual se compone y enriquece de la confluencia del derecho constitucional y el derecho internacional.

5. *Jurisprudencia y derechos fundamentales*

En diversas ocasiones, la jurisprudencia internacional se refiere a los derechos humanos como derechos fundamentales, pero, en nuestra opinión, en estos casos se pretende significar el carácter de valor fundamental o básico de dichos derechos, en el seno de una sociedad verdaderamente democrática, no diferenciarlos de los derechos humanos.¹⁰² La utilización del concepto de derechos fundamentales por la jurisprudencia internacional constituye una demostración más —adicional a aquella proporcionada en el acápite anterior— en el sentido de que el concepto de derechos fundamentales no es exclusivo del ámbito estatal ni mucho menos del derecho constitucional, y que este concepto, en términos generales, se usa como intercambiable con el de derechos humanos. Consecuentemente, esta última constituye una razón más para poner término en el orden estatal a la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, como no sea que se quiera restringir al individuo, el acceso y el goce efectivo de todos los derechos o dividir los derechos, lo cual implica una suerte de categorización o priorización de los derechos humanos, que, desde nuestra visión, es rechazada.

La idea de la indivisibilidad y del goce efectivo de todos los derechos se encuentra fuertemente presente en la Declaración de Compromiso de la Quinta Cumbre de las Américas de 2009, en donde los jefes de Estado y de Gobierno reconocieron que:

La promoción y protección universal de los derechos humanos, incluidos los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el respeto al derecho internacional, entre ellos, el derecho internacional

¹⁰² “In particular, law enforcement agents must be trained to assess whether or not there is an absolute necessity to use firearms, not only on the basis of the letter of the relevant regulations, but also with due regard to the pre-eminence of respect for human life as a fundamental value”. ECHR, Case of Nachova and Others vs. Bulgaria (Applications nos. 43577/98 and 43579/98), Judgment of the Grand Chamber, 6 de julio de 2005, par. 97, p. 20.

humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados son fundamentales para el funcionamiento de las sociedades democráticas.¹⁰³

En esta línea, un concepto de sociedad democrática sería aquella que funciona sobre la base de la división de poderes y cuyo eje principal lo constituyen los derechos fundamentales o derechos humanos.¹⁰⁴

Así, desde la óptica jurisprudencial, un ejemplo lo constituiría el caso *Nachova and Others vs. Bulgaria*, donde la Corte Europea de Derechos Humanos resaltó que:

[T]he right to life under Article 2 of the Convention and the prohibition of discrimination in general, and of racial and ethnic discrimination in particular, under Article 14 reflect basic values of the democratic societies that make up the Council of Europe. Acts motivated by ethnic hatred that lead to deprivation of life undermine the foundations of those societies and require particular vigilance and an effective response by the authorities.¹⁰⁵

De esta manera, en su jurisprudencia, la Corte Europea de Derechos Humanos hace referencia a derechos humanos y derechos fundamentales como dos conceptos intercambiables.¹⁰⁶ Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha referido expresamente a los derechos contenidos en la Convención Europea de Derechos Hu-

¹⁰³ Declaración de Compromiso de Puerto España, *op. cit.*, nota 74, par. 82.

¹⁰⁴ Feddersen Martínez, Mayra, “Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, núm. IV, 2008, pp. 71-94, especialmente p. 71.

¹⁰⁵ ECHR, *op. cit.*, nota 102, 26 de febrero de 2004, par. 155, p. 32.

¹⁰⁶ “The Court considers that when investigating violent incidents and, in particular, deaths at the hands of State agents, State authorities have the additional duty to take all reasonable steps to unmask any racist motive and to establish whether or not ethnic hatred or prejudice may have played a role in the events. Failing to do so and treating racially induced violence and brutality on an equal footing with cases that have no racist overtones would be to turn a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights”. ECHR, *op. cit.*, nota 105, par. 158, p. 32.

manos, y que constituyen obligaciones de respeto para los Estados contratantes, como derechos fundamentales.¹⁰⁷

La Corte IDH, por su parte, también usa derechos fundamentales y derechos humanos como intercambiables o, a veces, los fusiona. Así, en el caso Perozo, la Corte IDH señaló que las autoridades estatales deben:

Tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituirse en formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento.¹⁰⁸

El uso de la expresión derechos fundamentales como sinónimo de derechos humanos es aun más claro en el caso Tristán Donoso, donde la Corte IDH señaló que:

[E]l ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma, el 4 de noviembre de 1950, bajo los auspicios del Consejo de Europa; “In its approach to questions of evidence and proof, it will have regard to its task under Article 19 of the Convention to ‘ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties’, but without losing sight of the fact that it is a serious matter for a Contracting State to be found to be in breach of a fundamental right”. ECHR, *op. cit.*, nota 105, par. 166, p. 34.

¹⁰⁸ Corte IDH, Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de enero de 2009, serie C, núm. 195, par. 151, p. 44.

¹⁰⁹ Corte IDH, Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, par. 112, p. 33.

Incluso, la propia Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH) iguala los términos de derechos fundamentales y de derechos humanos. Esto queda en evidencia cuando en el artículo 15.1, por ejemplo, señala que:

[T]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Del mismo modo, la Corte IDH, en el caso Baldeón García, *inter alia*, funde los dos términos, lo cual es una demostración más del carácter intercambiable de los términos, al menos, en el ámbito internacional. Así, en este caso, la Corte afirmó que “[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”.¹¹⁰

Existen votos concurrentes o separados de algunos jueces de la Corte IDH que recurren también a la expresión derechos fundamentales. Por ejemplo, el juez Antonio Augusto Cançado Trindade ha señalado que “[t]ales medidas [provisionales] pasan a salvaguardar, más que la eficacia de la función jurisdiccional, los propios derechos fundamentales de la persona humana, revistiéndose, así, de un carácter verdaderamente tutelar, más que cautelar”.¹¹¹

Consecuentemente, como se puede apreciar, al menos la jurisprudencia internacional utiliza el concepto derechos fundamentales, y muchas veces lo usa como intercambiable o sinónimo del concepto derechos humanos.

¹¹⁰ Corte IDH, Caso Baldeón García vs. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de abril de 2006, serie C, núm. 147, par. 82, p. 28.

¹¹¹ Corte IDH, Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador, medidas provisionales, resolución de la Corte de 6 de julio de 2004, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 3.

6. *Sometimiento a un sistema de control internacional*

Un argumento adicional que podemos agregar para proponer la supresión de esta dicotomía entre derechos fundamentales y derechos humanos, consagrando definitivamente el uso del término derechos humanos, tanto en el orden estatal como internacional, es que, en la época actual, carece de sentido proponer la distinción entre derechos garantizados y positivados constitucionalmente —los derechos fundamentales— y las aspiraciones políticas y morales de carácter internacional —los derechos humanos—, desde el momento en que el Estado se ha sometido voluntariamente a un régimen de control jurisdiccional internacional de derechos humanos, en donde todos los actos y omisiones del Estado, ya sea del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, quedarán sujetos al escrutinio internacional.

En el caso de América Latina, en forma sistemática, los Estados de la región han aceptado expresamente la jurisdicción de la Corte IDH y ésta es la situación de Chile.¹¹² Consecuentemente, en su caso, los actos violatorios de derechos humanos cometidos al interior del Estado pueden ser sometidos al escrutinio judicial internacional, y en ese evento, la actuación de los actores estatales será medida, en términos generales, conforme a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la CADH) y no bajo la lupa del concepto restrictivo de los derechos fundamentales. En este contexto, como es bien sabido, no es admisible una defensa internacional del Estado que argumente legitimidad de su actuación conforme a su derecho interno, incluso si éste se trata de la

¹¹² “Artículo 62: 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”, Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969; los Estados que hasta octubre de 2009 han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son: Argentina (1984); Barbados (2000); Bolivia (1993); Brasil (1998); Chile (1990); Colombia (1985); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); El Salvador (1995); Guatemala (1987); Haití (1998); Honduras (1981); México (1998); Nicaragua (1991); Panamá (1990); Paraguay (1993); Perú (1981); República Dominicana (1999); Surinam (1987); Uruguay (1985) y Venezuela (1981).

propia Constitución. De este modo, la CADH se configura como un segundo nivel de control —desde la perspectiva de los derechos humanos— de los actos de los agentes del Estado, adicional a aquel de la Constitución, y además, un nivel de carácter superior, ya que prevalece por sobre aquel referido a la Constitución. Dicho de otro modo, los derechos humanos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos —para el caso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos— se configuran como el parámetro último de control de la actuación de los órganos del Estado conforme a los derechos del hombre, pudiendo producirse la paradoja de que ciertos actos sean considerados internamente acordes con el régimen constitucional de los derechos fundamentales, pero no conformes con el régimen internacional de los derechos humanos. Como bien se sabe, en este caso prevalecen los derechos humanos. En este contexto, debe tenerse presente la obligación del Estado en la adecuación del derecho interno, incluso de la Constitución, al derecho internacional de los derechos humanos. Por tanto, para evitar esta paradoja deberían igualarse y homologarse los términos y conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos.

Así, por ejemplo, si el Estado no provee un recurso efectivo para la protección del derecho de acceso a la salud o a la educación, aun cuando ello pueda ser compatible con la legalidad formal y con la regulación constitucional de los derechos fundamentales, de todas maneras el Estado será condenado por violación de los derechos humanos, en este caso, por no respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos.

Recordemos que hasta ahora el Estado de Chile ha sido condenado cuatro veces por la Corte IDH por violaciones a la CADH, y en dos ocasiones la ejecución de las sentencias de la Corte ha significado la modificación, nada más y nada menos, que de la propia Constitución, para adecuar “los derechos fundamentales a los derechos humanos”.¹¹³

¹¹³ Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73; Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.

En consecuencia, en la época actual, desde la perspectiva del individuo y de los grupos que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados de la región que han aceptado la competencia de la Corte IDH, la actuación del Estado no sólo debe ser compatible con los derechos reconocidos en la Constitución, sino que, además y primordialmente, con los derechos reconocidos en la CADH y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Por lo tanto, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, todos los derechos que estén reconocidos en la Constitución o en el DIDH, son actuales, realizables y justiciables en el orden estatal. Como se ha dicho, todo lo señalado precedentemente se inspira del sistema interamericano y de cómo han evolucionado los derechos humanos en América Latina.

Como corolario, se sigue que carece de sentido mantener esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, si, en definitiva, el parámetro último de control de la actuación del Estado está constituido por los derechos humanos y no por los derechos fundamentales, y en definitiva, los derechos fundamentales —entendidos como derechos humanos positivados en la Constitución— se complementan, pero también se subordinan a los derechos humanos. Por supuesto, el caso sólo llegará al órgano de control internacional si el derecho no ha podido ser amparado en el nivel de los derechos fundamentales y, en ese caso, empezará a regir la protección de los derechos humanos.

7. *Derechos implícitos*

Finalmente, un argumento adicional para objetar la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos sería la existencia de los derechos implícitos. En general, se admite en América Latina, y, en particular, en Chile, incluso por el Tribunal Constitucional chileno, la existencia de derechos implícitos. Esos derechos, por definición, no se encuentran positivados. Sólo podrían ser derechos fundamentales si admitimos la concepción material amplia a la que se refiere Aldunate.¹¹⁴ Por nuestra parte, encontramos menos forzado el argumento de decir que los derechos implícitos son derechos huma-

¹¹⁴ Aldunate Lizana, Eduardo, *op. cit.*, nota 10, p. 49.

nos perfectamente vigentes, válidos y aplicables, que se nutren de distintos órdenes jurídicos.

Como se ha dicho, el Tribunal Constitucional chileno ha admitido expresamente la existencia de derechos fundamentales implícitos, cuando ha señalado que:

Universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. Nuestra carta política en el artículo 5o., inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.¹¹⁵

Un reconocimiento similar de la existencia de los derechos fundamentales implícitos ha sido efectuado, por ejemplo, por los tribunales constitucionales de Colombia, Italia, y por la jurisdicción constitucional francesa. En este sentido, el profesor Nogueira ha señalado que:

[E]l concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos puede deducirse de valores y principios... que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional.¹¹⁶

A esta idea abierta de derechos, en el sentido de que los derechos humanos no se agotan en aquellos que se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico positivo, sino que constituyen un *numerus*

¹¹⁵ Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento de Diputados respecto del Artículo 1o., Inciso Tercero; Artículo 9o., Inciso Primero; Artículo 20, Inciso Segundo, y Artículo 43, Inciso Segundo, del Proyecto de Ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo, de acuerdo al Artículo 82, núm. 2, de la Constitución Política de la República, rol núm. 226-1995, sentencia de 30 de octubre de 1995, par. 25, p. 24.

¹¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 45, t. I, p. 24.

apertus, se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, *inter alia*, en las observaciones formuladas al Protocolo de San Salvador, la Corte IDH señaló que:

[E]l Protocolo que habrá de elaborarse tendrá que incluir una enumeración y definición de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos, que, naturalmente, no excluirá otros derechos que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática de gobierno [artículo 29.c) de la Convención Americana].¹¹⁷

IV. CONCLUSIONES

1. En el orden estatal, el derecho constitucional ha asumido el concepto de derechos fundamentales y lo ha consagrado, por oposición al concepto de derechos humanos. En términos generales, la doctrina constitucional, sobre todo en América Latina, afirma que el concepto derechos fundamentales, a diferencia del concepto derechos humanos, es más preciso, es jurídico y corresponde a los derechos positivados en la Constitución.

2. Esta posición va de la mano con una visión única del ordenamiento, excluyente, que no admite la concurrencia plural de órdenes jurídicos al interior del Estado. A su vez, esta visión se compadece con una postura decimonónica y de principios del siglo XX de la soberanía del Estado y, por tanto, de la Constitución, en cuanto manifestación de la soberanía.

3. Sin embargo, los cambios experimentados por el principio de soberanía con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y, con gran ímpetu, a partir de la caída del Muro de Berlín, han implicado, al menos, una matización en el enfoque unívoco y excluyente del orden jurídico interno. Esto ha significado que hoy en el orden estatal concurren pluralidad de fuentes provenientes de órdenes jurídicos diversos, lo cual se aprecia con fuerza, en el ámbito de los derechos

¹¹⁷ Observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentadas conforme a la resolución AG/RES.781 (XV-0/85) aprobada en el Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, *Revista del IIDH*, núm. 3, enero-junio de 1986, pp. 115-120, especialmente p. 116.

humanos, donde operan, al menos, tanto fuentes internas como internacionales.

4. Este último elemento hace que la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos devenga vana y sin sentido, ya que, al interior del Estado, el individuo goza de derechos que provienen tanto del orden interno como del orden internacional.

5. Además, existe un número de argumentos que debilitan la justificación y legitimidad de esta diferenciación entre derechos fundamentales y derechos humanos, tales como el erróneo entendimiento de la división de los derechos en generaciones que afectan su fuerza jurídica, o la equivocada concepción entre derechos no prestacionales y prestacionales, con la consecuencia de que sólo los primeros pueden gozar de reconocimiento o bien de tutela judicial constitucional.

6. Por su parte, dentro de los argumentos que se pueden aportar para poner fin a esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos se encuentra el perjuicio que ella acarrea para los DESC. No sólo por la división de los derechos en generaciones, que en realidad implica rebajarlos de categoría, sino porque esta distinción afecta directamente al goce efectivo de los DESC, al asociarse estos últimos a los derechos humanos, y, por lo tanto, despojarlos de valor jurídico obligatorio en el orden estatal.

7. El concepto derechos fundamentales no es de uso exclusivo del orden estatal y del derecho constitucional, también es usada en el ámbito internacional. Por una parte, la jurisprudencia internacional especializada en derechos humanos recurre a dicho término en forma persistente, y en aquellos casos, no la está utilizando, naturalmente, bajo la concepción de derechos positivados en la Constitución. Por lo demás, asimismo, la jurisprudencia doméstica recurre a la expresión derechos humanos, y en estos casos, no en el sentido de aspiración moral.

8. El uso del concepto derechos fundamentales en el ámbito internacional no se refiere a la idea de derecho positivados, sino más bien, en estos casos, el concepto es usado como sinónimo de derechos humanos, y, en ocasiones, para denotar una especial fuerza jerárquica entre derechos humanos que se consideran inderogables e intransigibles. En todo caso, el concepto de derecho fundamental sí es admitido en el ámbito internacional, lo cual desvanece la idea de que

derechos fundamentales es un concepto de uso exclusivo del derecho constitucional, y que este concepto significa sólo derechos humanos positivados en la Constitución.

9. La superación definitiva de la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales ayudaría, sin duda, a fortalecer la posición preeminente del individuo en la comunidad estatal, sobre todo en lo que respecta al goce efectivo de los DESC, uno de los objetivos prioritarios del Estado democrático-comunitario del tercer milenio.