

PICADO, SONIA, "Los Derechos Humanos en la filosofía del Derecho en América Latina", en Manual de Cursos, Recopilación de Conferencias. Instituto Interamericana de Derechos Humanos, T. I, págs. 1/17, San José, Costa Rica, 1988.

PICADO, SONIA, "Relectura filosófica de la Declaración Universal y Americana cuarenta años después", Conferencia VII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, 1989.

SAVATER, FERNANDO, "¿Todos los derechos o los derechos de todos?", en Sin Contemplaciones, Ariel Ensayo, págs. 71/76, Buenos Aires, 1994.

SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, "Estudios sobre Derechos Humanos", Ed. Edeval, Valparaíso, Chile, 1991.

SZABO, IMRE, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos, Sebal-Unesco, Volumen I, págs. 36/74, Barcelona, España, 1984.

TOMÁS MOLLEN, BEATRIZ, "La justificación de los Derechos Humanos" en Manual de Derechos Humanos, págs. 63/85, Ed. Comares, Granada, España, 1993.

VAN ROVEN, THEODOOR, C., "Criterios distintivos de los derechos humanos", en Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Sebal/Unesco, Volumen I, págs. 76/99, Barcelona, España, 1984.

## MODULO II

### CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

#### Introducción

Analizaremos, tomando como base lo que hasta aquí expresamos, los posibles abordajes conceptuales de Derechos Humanos, como asimismo, los principios generales que dimanarían del sistema de derechos humanos y las pautas interpretativas generales y propias, que constituyen el marco general de esta disciplina jurídica.

#### 1) Concepto de derechos humanos

Un rápido repaso de lo que hemos estado viendo en el primer módulo, nos permite aproximar una diversidad de definiciones o conceptualizaciones de los derechos humanos.

Desde una mirada **fnaturalista**, los podemos definir como: **Derechos Naturales**, inherentes a la persona humana, comunes y universales, y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre Gobiernos.

Desde el **positivismo** (formalismo jurídico) podemos definirlos como: los derechos reconocidos como tales por la legislación vigente, en un momento histórico determinado.

Desde el **marxismo** podemos afirmar que en una sociedad capitalista dividida en clases sociales en lucha, los Derechos Humanos son una construcción jurídica de la clase dominante a través del Estado, lo que explica su dispar efectividad.

Desde la **perspectiva ética** podemos definirlos como derechos morales, éticamente exigibles, derivados de la idea de dignidad de la persona.

Desde una **perspectiva histórica** como aquellos derechos que se los considera tales en un momento histórico determinado, a fin de satisfacer necesidades humanas dentro de una sociedad.

Desde los **valores que protege** como aquellos que amparan la dignidad de la persona humana, y los valores de libertad e igualdad, que son su consecuencia.

permite el uso analógico de un término informático, Derechos Humanos instaura "un proceso de desfragmentación" del hombre, que pretende interrelacionar dialécticamente las distintas disciplinas científicas en un eje común de conocimiento: el hombre.

**D) Los Derechos Humanos como visión global.** La denominada "mundialización" de los Derechos Humanos, implica, desde el encuadre disciplinario, integrar, en primer lugar, la realidad de los mismos en el mundo, a fin de poder analizar su verdadera significación, los interrogantes y desafíos que genera y su posible proyección.

Para dar un ejemplo de lo que pretendo afirmar aquí: No es lo mismo analizar la significación, los problemas y las proyecciones que ocasiona la impunidad, en relación con los Derechos Humanos, considerada ella como un exclusivo problema o fenómeno de carácter nacional, que hacerlo en el contexto continental o mundial, que permite un más amplio análisis de tales cuestiones, tanto en su significación política como jurídica, y sus consecuencias estratégicas. Aquí se instala también el necesario análisis del "Proceso de Globalización", tanto, como proceso hegemónico de dominación, como proceso de contradicción de interpretaciones y objetivos, ya que ello ha resignificado el rol de los Derechos Humanos. (Tema que trataremos con mayor detalle en el tercer módulo).

Del mismo modo, el sistema jurídico de protección, adquiere una dimensión diferente, en la medida en que se lo analice como un todo integrado, concatenado, y no como parcelas de disciplinas distintas, ya que ello permite un análisis más preciso, tanto de sus fortalezas como de sus debilidades.

Considero que estas aproximaciones permiten delinear un perfil propio de los Derechos Humanos, como principios de su autonomía disciplinar.

No quiero cerrar este capítulo sin formular algunas reflexiones en torno del nombre Derechos Humanos. Gregorio Peces-Barba formula un cuestionamiento a ello, diciendo que en definitiva, todos los derechos son humanos, y que por ende, prefiere la denominación de Derechos Fundamentales. Como he expresado anteriormente, considero que las denominaciones que hacen hincapié en términos como "fundamentales" o "básicos", no hacen más, consciente o inconscientemente, que reafirmar el lugar de la "excepcionalidad" para la disciplina. Creo que tal afirmación (la de Peces-Barba) parte de una falacia (dar una característica de los derechos que en realidad es propia de cualquier construcción cultural, ya que es el hombre quien participa de ella) y, en realidad, lo que cabría afirmar es una regla imperativa de valor, como ser: "El Derecho debería ser humano", lo que implica que a veces puede no serlo, y ¿cuándo sucede esto?, cuando el mismo contraria o vulnera la dignidad de la persona, que es, lo que constituye el abordaje propio de los Derechos Humanos como disciplina.

### Bibliografía básica

BIDART CAMPOS, GERMAN, *"Teoría General de los Derechos Humanos"*, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Bernal Pulido, Carlos, "El derecho de los derechos". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. Impreso en Argentina. Marzo de 2005.

CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *"Teorías Jurídicas Alternativas"*, Ed. CÉAL, Buenos Aires, 1993.

COMPTE, AUGUSTO, *"Discurso sobre el espíritu positivo"*, Serie los grandes pensadores, Ed. Sarpe, Traducción de Consuelo Berges, Madrid, España, 1984.

FERNÁNDEZ, EUSEBIO, *"La fundamentación ética de los Derechos Humanos"*, Conferencia, VII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1989.

GARCÍA BARCELÓ, ABEL, M., *"Sociedad y Derecho"*, Ediciones Estudio, Buenos Aires, 1979.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *"El fundamento de los Derechos Humanos"*, en Compilación de trabajos académicos Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos (1983-1987), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, págs. 91/114, San José, Costa Rica, 1989.

GARDELLA, JUAN, CARLOS, *"Sobre las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos"*, en Derechos Humanos. Un Debate Necesario. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, págs. 57/101, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1989.

KOHEN, ALBERTO, *"Marxismo"*, Centro de Estudios, Buenos Aires, 1972.

KOHEN, BEATRIZ, *"El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual"*, en El derecho en el Género y el Género en el Derecho, Haydee Brigin (Comp.), págs. 73/101, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

MARITAIN, JACQUES, *"Los Derechos del Hombre y la ley natural"*, Ediciones Leviatan, Buenos Aires, 1982.

NINO, CARLOS, SANTIAGO, *"El concepto de Derechos Humanos"*, en Ética y Derechos Humanos, Editorial Astrea, 1989.

PACHECO GÓMEZ, MÁXIMO, *"El concepto de derechos fundamentales de la persona humana"*, en Liber-Amicorum Victor Fix Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos, págs. 45/58, Ed. Estado y Derecho, San José, Costa Rica, 1998.

PADILLA, MIGUEL, M., *"Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos"*, en Lecciones sobre Derechos Humanos, T I, Ed. Abeledo Perrot, 1993.

rio de justicia material definido como la plena satisfacción de las necesidades que hagan al integral desarrollo físico, psíquico y moral de la persona. (Criterio de integridad de la persona humana incorporado en los tratados sobre la materia).

Sé que ello genera una serie de *desafíos y conflictos* que hay que asumir.

En primer lugar, *es un desafío respecto al lugar* en que el discurso dominante, del grupo dominante del campo jurídico, ha colocado a los Derechos Humanos, y de la propia homología de la situación de dominación, que la práctica de los abogados defensores de los Derechos Humanos, reafirma. Definir el propio campo de los Derechos Humanos como un campo de la "normalidad" jurídica, que debe aplicarse siempre, y en toda circunstancia, en lo pertinente, como es la visión que impera en relación con el derecho civil, p. ej., representa un salto cualitativo de la disciplina en las relaciones de dominación del campo jurídico, lo que genera y generará resistencias.

Del mismo modo que ello debe estar acompañado por un cambio de *actitud de los abogados de derechos humanos*, que no sólo se sientan "llamados" a intervenir con un criterio de excepcionalidad (frente a las grandes y extremas calamidades humanas) (lugar en el cual han sido colocados por el discurso dominante) sino con un criterio de generalidad (las implicancias vinculadas con la interpretación de lo que debe entenderse por remuneración justa vinculado con el valor dignidad humana, no sólo se da frente a la privación de la remuneración o frente a su relación con los parámetros de la indigencia; sino también cuando discutimos la remuneración justa de un docente con dedicación exclusiva, p. ej.). Esto mismo podría reflexionarse en torno a la instauración de un imperativo discursivo que afirma que "no se puede obtener rédito económico por el trabajo profesional en derechos humanos" (afirmación ésta que se considera un disparate mayúsculo si hablamos de actividad profesional en derecho civil, en derecho comercial, en derecho penal, etc.). Esta desigual aplicación de un imperativo ético de la labor profesional frente a la indigencia y la pobreza (Atención Gratuita: Siempre para Derechos Humanos). En determinadas circunstancias para las demás ramas del derecho), también refleja esta relación de dominación en el campo y su homología por la conducta profesional, que internalizando el discurso del grupo dominante, termina haciendo suya la premisa del no cobro.

Dejar de ser una disciplina del margen (dominada), para transformarse en una del centro (dominante) del campo jurídico, es, en síntesis, todo un gran desafío, que implica ciertamente sincerarnos sobre qué entendemos efectivamente por supremacía de los Derechos Humanos, tanto jurídica como institucionalmente hablando. Esto sólo al efecto de exhibir algunas situaciones como "botón de muestra" y sobre las cuales no seguiré insistiendo para no agobiar. Pero asimismo, la aproximación que he formulado, también genera conflictos, porque replantea una redistribución en la ocupación del espacio jurídico entendido como incumbencia disciplinar, ya que no se trata de asignar a derechos humanos, como también sucede, todo aquello

de lo que los otros no desean hacerse cargo, sino de asignarle un campo propio, de carácter general y ordinario, en las ciencias jurídicas.

Esto representa ingresar en *cuestiones intradisciplinarias*. Sé que a primera vista se dirá que un encuadre epistemológico de los Derechos Humanos, como relación entre Valor Dignidad de la Persona Humana y definición de justicia material, como plena satisfacción de las necesidades físicas, psíquicas y morales de la persona humana, abarca la totalidad del campo jurídico, trataré aquí de demostrar, aunque sea inicialmente, ya que las características de un Manual lo imponen, que no es así.

Tomaré como ejemplo nuevamente el Derecho a la Propiedad Privada: Este derecho está presente no sólo como eje del derecho privado (Civil, comercial, etc.) sino también del derecho público (p. ej. en Derecho Penal la definición de los denominados delitos contra la propiedad). Pero no toda, y afirmo más contundentemente, ni el grueso del contenido de tales disciplinas jurídicas, está incluida en esta directa e íntima relación. ¿Qué es un contrato de locación? ¿Cuáles son las obligaciones entre las partes? ¿Qué es una obligación de dar sumas de dinero?, etc. etc., son preguntas propias a ser contestadas por el derecho civil. Pero sí cabe, en el contexto de esta relación planteada, contestarnos preguntas como ¿Cuáles son los contenidos generales del Derecho a la Propiedad y del Derecho de Propiedad? ¿Existen formas de ejercicio de este derecho que puedan entenderse como una afectación a la dignidad de la persona humana? por ejemplo. Esto permite efectuar una distinción que resulta útil al momento de deslindar los distintos campos del conocimiento jurídico a nivel disciplinar, pero además, coloca a los derechos humanos en el terreno de la normalidad jurídica, como campo propio para la elaboración de determinadas respuestas.

Por supuesto que esto genera una cuestión adicional, y es que un auténtico y cierto ejercicio del *principio de Supremacía* normativamente consagrado, tendría indudable impacto en el "sentido general" en lo que podemos denominar "la visión última" del objeto (en este caso Derecho a la Propiedad Privada) motivo de reglamentación (Derecho Civil, p. ej.). Y creo personalmente, que en ello radica uno de los centros neurálgicos de la resistencia.

C) Los Derechos Humanos como *visión multidisciplinaria*. Esta última aproximación epistemológica que haremos tiene que ver con la necesidad que entiendo, Derechos Humanos, impone en el abordaje de la integridad de la persona, o sea, en la percepción del hombre como una totalidad. Creo que pretender definir que entendemos por integridad física, por integridad psíquica y por integridad moral, excede muy ampliamente la pretensión de hacerlo exclusivamente desde el campo jurídico. Recurrir a los aportes que se pueden formular desde una amplia diversidad de disciplinas aparece como necesaria: desde la filosofía, la ética o la antropología, hasta la medicina, la psicología, etc.

Como igualmente entiendo que la obligación jurídica de respetar dicha integridad, y tender a la satisfacción de las necesidades que ello impone, se proyecta sobre tales disciplinas y permite repensar las mismas. Si se me

da por la primera; como asimismo, como lo he expresado, existe una relación dialéctica entre componente de la propia superestructura, y determinado grado de independencia del desarrollo en la misma; así, profundizar la utilización de las normas y los mecanismos de Derechos Humanos, ya existentes, o procurar su perfeccionamiento, ahora, no es para nada deseable, en la medida en que, no veamos en ello la panacea de los DD.HH., sino que lo inscribamos en el contexto de una lucha, donde se deje claramente establecido, que, la definitiva, firme y decisiva consagración de estos, está vinculada con la modificación de tales relaciones de dominación, las cuales debemos denunciar, primero y procurar ir superando, después. Como se dice vulgarmente, nunca se llega al final del camino si no se lo ha comenzado a transitar.

En este aspecto, coincido, parcialmente, con las Teorías Críticas del Derecho, con respecto a su afirmación, de que así como el derecho posee una función conservadora, además, en la medida en que se pone en evidencia la función ideológica de encubrir relaciones objetivas de injusticia y desigualdad social, puede generar acciones renovadoras de resistencia; como el que respecta a que las relaciones entre dominadores y dominados es dinámica, en la medida en que los dominadores necesitan de los dominados y por ende no pueden pretender su destrucción (ello además está insito en la teoría clásica de la plusvalía), y que el poder, siguiendo las ideas gramscianas, es un proceso de construcción social; no coincido, en cambio, en que tan solo (como sostiene Cárcova) son rescatables del marxismo las categorías de historicidad e ideología, en lo personal considero que la categoría de clases sociales o de capital (aun con reformulaciones como las que realiza P. Bourdieu), de lucha de clases, de estructura y superestructura, siguen siendo categorías útiles, aun para el derecho, como lo ha desarrollado el citado sociólogo francés; por ello, entiendo que si sólo, tales renovaciones, se materializan en el orden formal jurídico, y no se modifican las relaciones de dominación, ni en el campo jurídico ni en el campo social, su perdurabilidad, quedará sujeta, en última instancia, a la voluntad final de la clase dominante.

Que mejor evidencia de ello, a mi entender, que la evolución del derecho del trabajo en la Argentina, en los últimos treinta años. O el limitado desarrollo del denominado Estado de Bienestar. Ello ha respondido, como bien lo ha señalado la Teoría Crítica del Derecho, a la necesidad de conservación de la clase dominada por la dominante, pero en la medida en que se desarrollaron, en el contexto de relaciones de dominación que, en lo sustancial, permanecieron intactas, tales estrategias se modifican, conforme las necesidades y la voluntad de las clases dominantes.

Por otra parte, tampoco hay que desatender las advertencias formuladas por Michael Foucault ("Microfísica del poder", tercera edición, 1992, Las ediciones de la piqueta, Madrid, págs. 158/159 y 152) en el sentido de que "Los sistemas jurídicos, ya que se trate de las teorías o de los códigos, han permitido una democratización de la soberanía con la constitución de un derecho político articulado sobre la soberanía colectiva, en el momento

mismo en que esa democratización de la soberanía se fijaba en profundidad mediante los mecanismos de la coacción disciplinaria... En las sociedades modernas, desde el siglo XIX hasta nuestros días, tenemos, pues, por una parte una legislación, un discurso, una organización del derecho público articulado en torno del cuerpo social y de la delegación por parte de cada uno; y por otra, una cuadrícula compacta de coacciones disciplinarias que aseguran en la práctica la cohesión de ese mismo cuerpo social... un derecho de soberanía y una mecánica de la disciplina: entre estos dos límites, creo, se juega el ejercicio del poder". Y que "El poder debe ser analizado como algo que circula, o más bien, como algo que no funciona sino en cadena... El poder funciona, se ejercita a través de una organización reticular. Y en sus redes no sólo circulan los individuos, sino que están siempre en situación de sufrir o de ejercer el poder".

Y con ello advertir que, el análisis de las relaciones de poder a nivel estructural, requiere también, no desatender estos dos límites en que se juega el ejercicio del poder, y la forma en que este circula a través del individuo que ha constituido.

B) Los Derechos Humanos como realización efectiva de los valores humanos y del concepto de justicia material. En general, existe una *tendencia reduccionista* de los Derechos Humanos, expresada, a mi entender, en términos como "fundamentales" o "básicos", que es negativa, ya que genera un "techo" al ras del suelo, incompatible, con los valores que se pretenden proteger, como la dignidad humana. En síntesis, creo contradictorio pretender satisfacer valores "superiores" o "supremos" del ser humano, como la dignidad, con la satisfacción de "necesidades básicas" o "elementales", como criterio material de justicia. Este reduccionismo, es explicación de por qué, existe una tendencia a identificar, lo que constituyen ataques brutales y notoriamente inhumanos (la pobreza extrema (hoy denominada indigencia); el exterminio masivo; el sufrimiento extremo (retómese aquí el caso del enfermo de HIV), etc.) con afectación concreta del valor dignidad de la persona. Ello explica, además, por qué, en general, hubo que esperar se consumara la tragedia del holocausto (seis millones de judíos muertos) para empezar a hablar firmemente de Derechos Humanos; o de más de cien mil víctimas por la práctica sistemática de la Desaparición Forzada de Personas en el Continente Americano, para comenzar a considerarlo un delito del derecho internacional; O la existencia de índices alarmantes de pobreza extrema para empezar a pensar sobre su incidencia en el goce efectivo de estos derechos en general. Esta epistemología de la brutalidad y de la tragedia, asociada a Derechos Humanos, la considero incorrecta, aunque se justifique en lo coyuntural porque, lamentablemente, está presente tanto en la historia de la humanidad, como en la actualidad, y con indicios vehementes de enlutar nuestro futuro. Pero esta visión trágica de los DD.HH., asimismo, los ha colocado siempre en una posición "a la defensiva" de los acontecimientos, más preocupado por la violación, que por la prevención.

Mi propuesta es que siendo el valor Dignidad de la Persona Humana, síntesis de su condición como tal, ello debe estar acompañado por un crite-

no sólo presuntivamente) los derechos incorporados al régimen de derecho, derechos esenciales, iguales e inalienables de la persona? Es, a lo sumo, una solución "posible", de carácter parcial, en el marco del relativismo de justificación, fundada en el consenso internacional.

### Algunas consideraciones personales

Esta exposición muy general, y seguramente incompleta y provisoria, sobre la justificación de los Derechos Humanos, en primer término, pretende acercar la importancia del tema, no sólo teórica, sino también práctica, lo que retomaremos en el segundo módulo, como la diversidad de enfoques que se han ido desarrollando como respuesta, a fin de que el lector, y principalmente el alumno a quien está dirigido, elabore su propio posicionamiento frente al tema, haciendo propio algunos de los expuestos o reelaborándolos, a través de los conocimientos iniciales aportados y su profundización en la bibliografía del presente módulo, en un proceso de internalización de los Derechos Humanos, necesario para comprender el sentido de esta materia, y del proceso de enseñanza-aprendizaje que con el presente iniciamos.

Desde mi perspectiva, si bien no me considero con la autoridad intelectual y los conocimientos específicos necesarios para formular una teoría de justificación de los Derechos Humanos, sí, un repaso de las mismas, me permite individualizar algunos ejes problemáticos básicos, que calificaría como ejes epistemológicos, que vinculados con ello, pasaré a exponer:

A) Los Derechos humanos en el contexto de las relaciones de dominación: Así como lo expresé en mis palabras preliminares, y lo reitero ahora, comenzar a comprender la realidad, significa en primer término, objetivar las relaciones de dominación existentes, para con ello, entender que, la modificación de dicha realidad (tanto entendidas como relaciones sociales en el contexto de la división y la lucha de clases, como discurso jurídico consecuencia de esas relaciones) depende de que tales relaciones de dominación se modifiquen. Pero que además ello se circunscribe en un proceso de relación dialéctica, dinámica, donde la lucha ideológica, o lo que P. Bordieu denomina, lucha por el poder simbólico, legítimamente de las relaciones sociales, es de carácter permanente, dando sentido por una parte a la reelaboración discursiva, como a lo que podemos denominar el "activismo" en Derechos Humanos, en el contexto de un proceso histórico. Por otra parte, considero que categorías de análisis proveniente de la Teoría de la Dependencia, continúan teniendo vigencia, aun frente a los cambios políticos que le han dado origen, ya que en la relación Norte-Sur, persiste esta relación, y evidentemente, su negación, a mi entender, hace que se piense, equivocadamente, en las posibles soluciones en materia de Derechos Humanos, en el Sur, del mismo modo en que son tratados o resueltos en el Norte. La teoría crítica del derecho, a la que suscribimos, y que afirma al discurso jurídico, como discurso del poder, necesariamente impone esta visión, si, aceptamos con Max Weber, que toda relación de poder esta constituida por relaciones

de dominación, las que reflejan, necesariamente, relaciones de subordinación.

Desde este punto de vista, me centraré ahora en el proceso de evolución normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Trataré de ser lo más claro posible, aunque la cuestión es compleja: Se afirma discursivamente que los instrumentos y tratados internacionales de Derechos Humanos son el resultado del "Consenso de la Comunidad Internacional", pero una mirada objetiva sobre el proceso histórico, nos permite afirmar que se trata en realidad de un "Consenso entre Estados", y más particularmente de "un consenso entre gobiernos". Y estos Estados y/o Gobiernos, ejercen una representación "ideologizada" (en el sentido marxista) de los intereses de los pueblos integrantes de tal comunidad, es decir, en última instancia, y en general, representan los intereses de las clases dominantes. Es decir que, han sido estos Estados o Gobiernos, representantes de intereses de dominación, quienes han conducido, han dominado, este proceso de positivización internacional, por supuesto, que en el marco de una relación dialéctica de lucha, que se ha reflejado en "mejores" o "peores" momentos históricos para los Derechos Humanos, pero que, en definitiva, explican porque, hasta el momento, no se han generalizado en su efectividad.

Pero este consenso además está cruzado por el eje Dominante-Dominado, entre la relación misma entre Estados y/o gobiernos, lo que hace que, además, dentro de ese contexto, sean los dominantes (países más ricos) los que terminen imponiendo su "visión" sobre el tema a los más débiles. El caso más patético ha sido la decisión de la Invasión a Irak por Estados Unidos, y su socio principal Inglaterra y sus consecuencias en la relación Lucha contra el Terrorismo-Derechos Humanos. Estados Unidos (como Estado Dominante) rompió, primero, el consenso que dio origen a Naciones Unidas (que superada la denominada "Guerra Fría" ha perdido gran parte de su sentido frente a las nuevas relaciones de dominación entre Estados) al obligar la salida abrupta de los inspectores; y en segundo lugar, impone una visión de la lucha contra el terrorismo que justifica la violación sistemática de los Derechos Humanos (Torturas, prolongadas detenciones sin juicio y en condiciones Inhumanas, etc.), rompiendo un eventual consenso representado por las Convenciones de Ginebra de 1949 y la Declaración Americana de Derechos Humanos, ante lo cual los restantes miembros de esa comunidad no reaccionan o lo hacen de un modo tímido, reafirmando así las relaciones de dominación existentes. Las implicancias de ello, en el campo de los Derechos Humanos, especialmente, si entre sus premisas figura el de lograr su máxima efectividad, son evidentes: la relación entre estructuras de dominación y Derechos Humanos.

Ahora bien, para nada considero que ello debe ser analizado desde una mirada pesimista: Hay que esperar que se modifiquen las relaciones de dominación para empezar el proceso de efectivización de los Derechos Humanos. Ya he adelantado, que esta relación es dialéctica entre las estructurales de dominación y la superestructura normativa de los Derechos Humanos, que, "en última instancia", pero no en todas las instancias, está condiona-

muchas ocasiones es obvia la ausencia de esos argumentos convincentes, tanto a nivel estatal o universal como individual... También corresponde la justificación (estamos utilizando los términos justificación y fundamentación indistintamente) de la determinación de cuáles son los derechos humanos fundamentales, y la respuesta a por qué han de considerarse humanos éstos y no otros derechos".

También hay quienes se muestran relativamente escépticos ante ello, por ejemplo, es el caso de Norberto Bobbio (en Pacheco Gómez Máximo, pág. 50): "no se trata de encontrar el fundamento absoluto —proeza gloriosa, pero desesperada—, se trata de encontrar los diversos fundamentos posibles. No obstante, de todas maneras esta búsqueda de los fundamentos posibles —hazaña legítima y no condenada a la esterilidad como la otra— no tendrá ninguna importancia si no está acompañada del estudio de las condiciones, de los medios, y de las situaciones, donde tal derecho o tal otro puede ser realizado. Este estudio es la tarea de las ciencias históricas y sociales. El problema filosófico de los derechos del hombre no puede ser dissociado del estudio de los problemas históricos, sociales, económicos, psicológicos, inherentes a su ejecución".

¿Existe verdaderamente una disociación de incompatibilidad entre justificación filosófica e interpretación "realista"? ¿Existe una relación de jerarquías entre ambas? En lo personal, comparto el criterio integrador expuesto en el final del texto transcrito correspondiente a Bobbio, que de algún modo anticipé en las palabras preliminares, y sobre lo cual ahondaré en el final del presente módulo.

### La fundamentación de los derechos humanos en los instrumentos internacionales

Tomaremos el ejemplo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a fin de analizar los distintos criterios de fundamentación que surgen del mismo.

El primer considerando afirma: Que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Este criterio responde claramente al enfoque iusnaturalista. La dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables, corresponden a todos los hombres por igual, en su carácter de tales, limitándose el derecho positivo a "reconocerlos", pero no a crearlos.

El segundo considerando afirma: Que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Este considerando trasluce un crite-

rio de justificación histórica, se refiere tanto a los hechos del pasado inmediato (Actos de barbarie ultrajante) (en referencia al Holocausto), a los que se califica en relación con los principios de la costumbre internacional (la conciencia de la humanidad), la que evoluciona históricamente, y además se anuncia el advenimiento de una nueva realidad favorable al disfrute de la libertad de palabra y religiosa. Estas dos últimas referencias a tipos particulares de libertad también adquieren sentido en el contexto histórico (la quema de libros y la persecución de los judíos por parte del nazismo).

El tercer considerando expresa: "Esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho...". Este párrafo remite indudablemente a un enfoque positivista, al referirse a la necesaria positivización de los derechos humanos, en un régimen de Derecho, como forma de efectiva protección.

El penúltimo considerando expresa: "Que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre". El concepto de efectividad, entendido como correlato entre la consagración formal y su goce concreto por cada persona, remite a un enfoque marxista a fin de que la consagración en un Régimen de Derecho, no sea una mera formulación ideológica de "apariencia" frente a la realidad del hombre socialmente relacionado.

Esta multiplicidad de criterios de justificación, además, puede verificarse en el análisis de preámbulos correspondientes a otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Como puede advertirse, el sistema internacional de protección ha procurado zanjar las discusiones en torno a la fundamentación de los Derechos Humanos, incorporando una diversidad de criterios, que, en lo mejor, procuran rescatar los aspectos más positivos de cada uno de los utilizados, conforme reflexionamos y remarcamos, en párrafos anteriores, y si cabe el término, desentenderse de los negativos, a partir de la combinación de los mismos.

Esta estrategia, de ser aceptada, nos permitiría aproximar una conceptualización de los derechos humanos, como los derechos esenciales, iguales e inalienables de la persona humana, positivamente vigentes y efectivamente gozados por todos, y vistas éstas como tres condiciones necesarias e intrínsecamente interrelacionadas entre sí. Por supuesto que ello no soluciona el problema, ni mucho menos: permite presumir que los derechos positivizados son derechos esenciales, iguales e inalienables de la persona humana, y que para perfeccionarse como tales, requieren poder ser efectivamente gozados por todos.

Pero deja abierta toda otra serie de interrogantes: ¿Son los normativamente consagrados todos los derechos esenciales, iguales e inalienables de la persona humana? o su complemento ¿Cuáles son todos los derechos humanos de carácter esencial, igual e inalienable? O ¿son efectivamente (y

no supresión de las medidas legislativas ya adoptadas, en la medida en que reflejen una desatención o desinterés grosero, por parte del legislador, puede apreciarse en la regla de no regresividad integrante del principio de progresividad, aplicable a estos derechos (Ver Módulo II).

Una cuarta aproximación al tema, que avanza sobre aportaciones antes descritas y ejemplificadas de carácter más fragmentario, reconoce a los DESC como *derechos definitivos*, partiendo de la consideración de que tales derechos no pueden ser objeto de restricciones e incluyen el reconocimiento de un sujeto activo dotado de derechos y pretensiones. Tal carácter se desprende de que, también frente a los derechos sociales, el Estado asume obligaciones de abstención, que existe un derecho frente a la extrema inacción legislativa, en el derecho a la igualdad en la participación de los derechos sociales reconocidos legislativamente, en el derecho a la satisfacción de un mínimo existencial y el derecho a no retroceso social.

Este abordaje se identifica mucho más ampliamente con la denominada teoría de los derechos, elaborada, principalmente, en el ámbito de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. El comité de DESC reconoce el carácter de derechos individuales a los mismos, es decir, un sujeto activo dotado de derechos. La satisfacción de un mínimo existencial se asocia a las obligaciones imperativas a cargo del Estado Parte frente a la indigencia y la pobreza. La igualdad en la participación de los derechos sociales regulados legislativamente surge de la aplicación, de los principios de igualdad y no discriminación, en la determinación de los beneficiarios de tales derechos. El derecho al no retroceso social se plasma en la regla de no regresión, ya referida. Las obligaciones de abstención, en la medida en que el legislador no puede actuar en contra de un derecho social reconocido por la Constitución o un tratado internacional, lo que se denomina obligación negativa. Que finalmente la grave inacción legislativa daría pie al reclamo de una inconstitucionalidad por omisión, a través de un reclamo jurisdiccional. En este último aspecto además, organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han afirmado la necesidad de que los DESC cuenten con garantías de carácter procesal.

Para finalizar, algunos autores (Bernal Pulido Carlos, 322) prefieren hacer referencia a los derechos sociales como *derechos prima facie*, partiendo de la premisa de que en determinadas circunstancias, la prohibición del retroceso social podría generar excepciones, al igual que la inacción legislativa que, en determinadas coyunturas, pudiera aparecer como necesaria, lo que haría pertinente la modificación propuesta; así p. ej. el sometiendo de la prohibición de la inacción legislativa, debe abordarse bajo los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de su justificación.

#### Algunas cuestiones críticas colaterales

También, desde la filosofía, por ejemplo, se ha tenido una visión crítica sobre la expansión de los Derechos Humanos y su rol en la sociedad contemporánea.

Así se expresa Fernando Savater ("Sin contemplaciones", 71/76): "En una palabra: Los derechos humanos se basan en el presupuesto de que los individuos nos parecemos más que nuestras culturas y nuestras formas de organización grupal. Estas segundas, como ya se ha dicho, revierten sobre lo común individualmente compartido y lo trastocan hasta el punto de hacerlo irreconocible. Por medio del reconocimiento universal de derechos a los individuos, se trata de resguardar a estos de los efectos lesivos que puede suponerles su pertenencia a las diversas formas comunitarias, sin privarles claro está de las ventajas sociales que de ellas se derivan. ¿Se trata del gran proyecto político que culmina la modernidad o de la versión humanitaria de la cuadratura del círculo? En esta situación problemática, la proliferación de derechos contribuye a aumentar la confusión... Sin duda los derechos humanos tienen por premisa fundacional ser para todos; pero ello excluye que puedan abarcar todos los derechos imaginables o deseables. En particular excluye que puedan tener otro sujeto que la persona humana como tal, en su singularidad irrepetible, configurada por sus vínculos sociales pero nunca del todo reductible a ellos; los derechos humanos no son sino los requisitos básicos para la implantación universal del Individualismo democrático. Precisamente son aquellos derechos que convierten a cada cual en actor insustituible del drama sociopolítico, sin que ese protagonismo pueda ser delegado en entidades colectivas, ni diluido en ellas, ni regateado o suprimido por ellas.... Pero quizás todo esto suena ahora peligrosamente desmesurado y negativamente utópico. Norberto Bobbio recuerda en su libro, como dijimos, que quieren ser el pallativo a ciertos males y no la promesa de ningún paraíso político, contra cuyo delirante proyecto nuestro siglo nos ha advertido suficientemente. Lo único que sabemos es que deben seguir siendo activados, pues en el momento en que dejen de avanzar, comenzarán a desaparecer"

Varias cuestiones inquietantes surgen de estos párrafos, en principio, la relación entre individualidad y sociabilidad humana, y la inserción, en esta dualidad, de los derechos humanos, que abordaremos al tratar el tema de la relación existente entre pretensión de Universalidad y la diversidad cultural. El otro, entre Derechos Humanos y Hegemonía política (individualismo democrático) como relación indispensable y necesaria, y sobre la cual me ocuparé, al menos parcialmente, en el final del presente módulo. Y en tercer término, el valor de la acción, que nos remite, en parte, a lo que referimos al desarrollar los criterios políticos de justificación.

Asimismo, existen quienes defienden la necesidad de una justificación de los Derechos Humanos, por ejemplo: Beatriz Tomás Mallén (en Paloma Durán Lalaguna, "Manual de Derechos Humanos", págs. 64/66) en términos como los que siguen: "Frente a la afirmación "realista" de que una declaración necesita efectividad jurídica —para ser operante— y una situación económica, social y cultural adecuada —para hacer posible la real defensa de derechos y libertades— no tenemos nada que objetar. La compartimos plenamente pero creemos que ello no empequeñece la necesidad de fundamentación. Todo lo contrario, dentro de ese nivel socio-cultural deberían figurar buenos argumentos para la defensa de los derechos humanos. Y en

ticas) vinculado con la participación plena de mujeres y hombres en la vida social, política, económica, cultural, etc. de una sociedad determinada, conforme se lo hace en el sistema internacional de protección, refleja una aproximación a la concepción socialista descripta.

Otra aproximación a la fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales parte del concepto político de Estado Social de Derecho, sobre cuya base se reconoce la existencia de una sociedad desigual, rompiendo con el presupuesto liberal de ciudadanos libres, autosuficientes y capaces, a cuyas necesidades el estado debe proveer. A partir de lo cual el fundamento de todo derecho que debe tener una persona es solo fundamental el concepto de necesidad, es decir una fundamentación basada en la existencia de un ser humano como sujeto titular de una serie de necesidades (Tugendhat). Estas necesidades deben, inicialmente ser satisfechas por los propios titulares, pero, de ello no ser posible, corresponde sean satisfechas por la sociedad toda y el Estado, procurándose así una compatibilidad con las libertades dentro del marco del Estado.

Claramente la reforma constitucional de 1994 se coloca en esta perspectiva al reconocer el principio de igualdad material, la existencia de grupos vulnerables o la constitucionalidad de las denominadas acciones positivas (art. 75 inc. 19 y 23 C.N.). Y un modelo claro de este tipo de fundamentación lo constituye la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.) que establece el rol subsidiario del Estado parte en la protección y los cuidados necesarios para el bienestar del niño. (art. 3.2 CDN).

La otra perspectiva de fundamentación, dentro del denominado Estado Social de Derecho, es el considerar los derechos económicos, sociales y culturales como medios para garantizar el ejercicio real de las libertades.

En esta perspectiva podemos ubicar, al menos marcando su clara influencia, las características de interrelación e interdependencia de los derechos humanos (Ver Módulo II), ya que afirma la necesidad de efectividad de determinados DESC, en la medida en que garantizan el pleno ejercicio de los DCP. (P. ej. el acceso a la educación como condición necesaria para el efectivo, pleno y responsable ejercicio del derecho a sufragar).

Asimismo la jurisprudencia de la CSJN al vincular la exigibilidad del efectivo acceso al derecho a la salud, en el marco del riesgo de afectar ciertamente el derecho a la vida; o de la jurisprudencia de la Corte IDH al incorporar el acceso a determinados DESC en el marco del concepto de calidad de vida comprendido en el art. 4 de la CADH, se inscriben en esta perspectiva. (Ver su desarrollo en el Módulo IX).

Pero ahondando un poco más en la cuestión le proponemos nos acompañe a una sucinta visita a diversas posturas vinculadas con el concepto y estructura de los DESC, al margen de lo ya expresado, que reflejan la amplitud y la complejidad de esta temática (Bernal Pulido Carlos, págs. 301/326).

Un primer posicionamiento muy difundido es el que ubica a los Derechos Sociales como *derechos de carácter programático*. Su inclusión en el texto constitucional, en principio, no genera compromiso o deber alguno a cargo del legislador, es decir, carece de todo carácter vinculante con éste. Este carácter se desprendería de la indeterminación propia de estos derechos (No se precisan los medios ni el nivel de cumplimiento exigible, p. ej.), y que, como consecuencia de ello, los medios y la oportunidad para su implementación quedan a la decisión discrecional del poder legislativo.

Una parte importante de la doctrina constitucional (Quirga Lavie; Sañes, p. ej.) y fallos de la CSJN, como los casos "Chocobar" y "Heit Rupp", adscriben a esta postura.

Una segunda aproximación al tema define a las disposiciones de derechos sociales como *fuentes de normas de fines del Estado*. Se entiende que las normas sociales prescriben al Estado el deber de perseguir o alcanzar un determinado fin, pero no el camino o los medios para ello. Pero además cabe reconocer en cada derecho social un núcleo esencial vinculante para éste, es decir, medios que le resulten insoslayables, es decir, un contenido esencial del fin. (Sommermann). El legislador se veía vinculado con el fin del Estado prescrito en la norma constitucional que consagra un DESC, sin perjuicio de poder determinar los medios y la oportunidad, respetando el núcleo esencial del derecho de que se trate.

Una perspectiva de estas características podemos advertirla en el fallo de la CSJN en el caso "Badaro", al reconocer el derecho a la movilidad jubilatoria como un fin que el Estado debía garantizar a través de una ley de carácter general, delegando en el legislador, como principio, la elección de los medios adecuados para ello. También podemos advertir una implementación del criterio de núcleo esencial de los DESC en los Comentarios Generales de los Comités de Naciones Unidas de diversos tratados, que tienden a precisar una esencia prioritaria, de cumplimiento insoslayable, como fin del Estado. (P. ej. la garantía de la enseñanza primaria gratuita, frente al derecho a la educación).

Una tercera aproximación refiere a *los derechos sociales como mandatos objetivos*. Esta teoría parte de la idea siguiente: Como los DESC no cuentan con un sujeto activo en los términos de titular de un derecho subjetivo, solo cuentan con un sujeto pasivo (el legislador) y un objeto. Parte, al igual que la teoría anterior, de que la prescripción constitucional constituye un mandato objetivo de cumplir con el fin establecido en la misma a cargo del Estado. Pero completa ello con reglas complementarias, como ser: La prohibición de no adoptar ningún medio o de adoptar aquellos que reflejen la inactividad y la desatención evidente y grosera del fin o del programa por parte del órgano del Estado; asimismo la prohibición de suprimir definitivamente las medidas legislativas ya adoptadas o una reducción que refleje una desatención o desinterés grosero (Bockenforde).

Esta perspectiva, más precisa, también podemos hallarla en el precedente "Badaro", porque, al carácter imperativo del fin, se suma, p. ej. el reproche a la inacción legislativa, la que procura instar. Asimismo la regla de



rales; (valores de libertad e igualdad que son su consecuencia) dando además, a las características de universalidad, indivisibilidad, integralidad, e interdependencia de los Derechos Humanos, compatibles con la "unidad" que representa la persona humana y su dignidad.

Desde otro punto de vista, relacionado con su operatividad, el concepto de dignidad de la persona humana, como tal, resulta de muy difícil definición, y con ello determinar su contenido y su continente, por ende, plantea un doble problema, uno vinculado con la determinación de que derechos son humanos, es decir inherentes a su dignidad como persona (ya que juega como concepto que precede y por ende, justifica los derechos) y dos, el grado o nivel de una violación, para que como tal, se considere afectada la dignidad de la persona humana.

Sin ahondar en excesivas especulaciones, frente al primero de los problemas: tomemos, p. ej., el derecho a la propiedad privada (derecho civil reconocido): ¿Cuál es su relación con la dignidad de la persona? Podemos afirmar que una persona es digna aun careciendo de toda propiedad, diferenciando dignidad de bienestar. Podemos afirmar que ciertos hábitos consumistas o de acumulación (ejercicio del derecho de propiedad) afectan la dignidad de la persona, p. ej. acumula explotando a otros o impidiéndoles el acceso a la alimentación básica, directa o indirectamente. Finalmente, podemos afirmar, también, que la imposibilidad de acceder a recursos materiales mínimos (vivienda digna, única y familiar) afectan la dignidad de la persona. Todas estas afirmaciones las podemos considerar válidas, y lo son, en la medida en que seguramente, cada una de ellas va asociada a otros valores de la persona humana: En la primera respuesta a valores éticos, morales o religiosos; en la segunda a valores de solidaridad y compromiso; y la tercera a valores de supervivencia material mínima. Pareciera que la "sola" dignidad resulta insuficiente. (Es por ello que en nuestro enfoque personal sobre el tema vincularemos este valor humano con un criterio de justicia material vinculado con la plena satisfacción de las necesidades que hacen a la integridad física, psíquica y moral de la persona).

En relación al segundo de los problemas: tomemos el caso de un portador de HIV privado de su libertad por sentencia firme. ¿Se afecta su dignidad como persona sólo en las condiciones de muerte o también, sometiéndolo a condiciones de detención (relajamiento del seguimiento médico; alimentación inadecuada; provisión irregular de la medicación, tensión carcelaria, por nombrar algunas consecuencias "normales" del sistema) que pueden afectar sensiblemente su sistema inmunológico? (excluyo aquí condiciones inhumanas de detención: ausencia de tratamiento médico y de provisión de medicamentos, violencia carcelaria, aislamiento, etc.). Al presente, pareciera ser que sólo las situaciones "extremas" (proceso irreversible de muerte) ameritan una violación a la dignidad humana, y una reconsideración de la privación de libertad, pero en cambio, no lo justifican lo que podríamos denominar las "situaciones de peligro", aunque nadie pueda argumentar que acelerar la muerte, sea un fin legítimo de la pena, al menos en la Argentina. Esta generalización de la afectación de la dignidad humana

asociada a situaciones extremas (como también puede ser la indigencia) es discutible, aunque sea la práctica corriente (como es el caso de la provisión de medicamentos frente al peligro cierto de muerte por el padecimiento de enfermedades crónicas), porque presuponemos que la misma sólo puede ser afectada en condiciones de vida o sociales extremas, lo que entiendo, personalmente, no es así, sino que lo hace sólo más evidente.

### La fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. Algunas aproximaciones

Desde una perspectiva histórica se ha asociado a los denominados derechos civiles y políticos con la visión liberal de los derechos subjetivos y caracterizados como individuales, naturales, contra una comunidad artificial, de defensa contra los ataques de ésta, en protección contra el ataque de terceros, correlativos a deberes, pero prioritarios a ellos, fundamentados en el interés propio, unilaterales y determinados; y a los derechos económicos, sociales y culturales con la concepción socialista, que no encontrarían su fundamento en la defensa frente a ataques de la comunidad o de terceros, sino en la búsqueda de una forma de vida propiamente humana, en la que cada uno pueda ahora relacionarse con los otros, con base en el principio de solidaridad, no serían unilaterales ni determinados y donde los deberes que generan son mayores en la medida en se prioriza su carácter social o comunitario (Bernal Pulido Carlos, siguiendo a Atria, págs. 288/292).

Por aplicación de la primera de las visiones, los derechos económicos, sociales y culturales se advertirían como meros intereses vinculados con la previsión del individuo frente a la posibilidad de encontrarse descubierto o necesitado. Concepto filosófico que pudo corroborarse claramente en la implementación y promoción de la denominada jubilación privada (AFIP) en la Argentina, plasmada en 1995 en la ley 24.241: El ahorro propio como garantía de bienestar personal al entrar en la pasividad laboral. En cambio desde la perspectiva socialista los DEBC persiguen la reducción de las desigualdades de clase y se plantean como una forma superior de organización social, en que, cada uno aporte según sus capacidades y reciba de acuerdo a sus necesidades. Siguiendo el mismo ejemplo, el retorno al sistema único público de jubilaciones y pensiones (ley 26.222 y dec. regl. 313/2007) se fundó en la necesidad de retornar a un sistema solidario, en el cual, los aportes de los hoy activos laboralmente solventan los beneficios previsionales de quienes ya se han jubilado.

Esta diversidad conceptual se advirtió claramente, en el marco del sistema capitalista, en la contraposición de los modelos liberales y neoliberales y los del estado de bienestar, pero desprovisto, en este último caso, de su contenido de lucha clasista y, por ende, sin modificación alguna de las relaciones de dominación de clase propias del sistema.

De igual modo podemos afirmar que la reivindicación de un goce integral de los derechos humanos (Ver en Módulo II el tema de sus caracterís-

### La teoría jurídica feminista

Podemos *aproximar una definición* de la teoría feminista diciendo que es la teoría ético política, comprometida con la superación de la opresión de género y que, a su vez, se propone explicar las relaciones sociales entre los géneros (Sandra Farganis), cuya categoría principal de análisis es la de género.

Dicha categoría implicó *distinguir, inicialmente, sexo de género*. Mientras el sexo se relaciona con la realidad biológica, el género se refiere a las normas culturales que establecen los comportamientos apropiados de varones y mujeres.

Nos interesa señalar aquí que el análisis feminista del derecho ha puesto en cuestión la idea de neutralidad (el sujeto de derecho de género neutro) y el principio de igualdad (¿Igual a quién?, ¿Qué es igualdad?). Y por ende, ha cuestionado el discurso sobre los derechos.

Beatriz Kohen (El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual), a quien seguimos en esta exposición, *distingue tres fases de la teoría feminista*, que nos permitirá esquematizar diversos enfoques sobre la cuestión jurídica:

*La primera fase o El Feminismo Liberal:* "En términos generales, las feministas jurídicas liberales comparan a las mujeres con los varones y aducen que no existen diferencias entre ellos que puedan justificar cualquier discriminación sobre la base del sexo. Solicitan igualdad en término de logros y, por lo tanto, de tratamiento...".

*La segunda fase:* "Su proyecto consiste en exponer y hacer visible el carácter masculino de la ley... Los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad son considerados principios masculinos, desarrollados con el objeto de ocultar la parcialidad de la ley, su preferencia por los varones y su visión del mundo... La neutralidad y la objetividad sirven para oscurecer su sesgo masculino".

*La tercera fase:* "Las feministas llamadas posmodernas buscan develar las maneras cómo el lenguaje constituye la realidad. Reconocen la capacidad del poder masculino para crear a las mujeres como "diferentes" y se centran en el modo en que el poder y las identidades de género se construyen a través de los discursos... Desde el punto de vista conceptual descreen del uso de categorías duales y opuestos binarios, piensan que las perspectivas totalizadoras son necesariamente parciales y nos recuerdan que, así como son importantes las diferencias entre los varones y las mujeres, también lo son las diferencias entre las propias mujeres".

Podemos afirmar, sin lugar a dudas que, los criterios de análisis del denominado Feminismo Liberal, y su actuación social representada, por ejemplo, por el "Movimiento de Mujeres Sufragistas", en la segunda mitad del Siglo XIX y principios del XX, han incidido en la construcción del con-

cepto de No Discriminación en razón del Sexo, generalmente admitido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, después de la Segunda Guerra Mundial, sustentado en la *inexistencia de diferencias* entre varones y mujeres. Por su parte, el segundo de los criterios de análisis permite profundizar la función y el sentido ideológico del derecho. Como la tercera, emparentada con la Teoría Crítica del Derecho, y del Análisis Crítico del Discurso, centra su preocupación en la construcción de identidades de género a través del discurso. Ello permite, asimismo, profundizar en el análisis de las relaciones de dominación y, conforme algunas académicas sobre el tema (N. Naffine), interrelacionar la categoría de Género con la categoría de Clase, a fin de dilucidar cómo el sistema jurídico tiene diferentes efectos entre varones y mujeres provenientes de diferentes clases sociales, como asimismo, demostrar que el sexismo de la ley resulta desigual en los beneficios a los varones que pertenecen a distintas clases sociales.

### Fundamento vinculado con los valores de la persona protegidos por los derechos humanos

Esta segunda línea de fundamentación, ya no vinculada con el origen jurídico de los derechos humanos (reseñado en el iusnaturalismo, el positivismo y el fundamento ético o valorativo), sino que hace hincapié en cuáles son los valores fundamentales de la persona humana que son protegidos por los Derechos Humanos, con especial referencia al valor dignidad humana, del cual se derivan los valores de libertad (fundante de los denominados Derechos Civiles y políticos) y de igualdad (fundante de los Derechos económicos, sociales y culturales). Aquí aparece reconocida la dignidad humana como valor en sí mismo, disociado de su relación con el concepto de naturaleza humana (iusnaturalismo deontológico) y como límite de lo que debemos entender por Derechos Morales (fundamentación ética).

Se sostiene que: "La realidad previa de la que parte el derecho en materia de derechos humanos es la persona humana. Concretamente su dignidad, esto es, el valor que tiene todo hombre, por el hecho de serlo. Algunos autores diferencian entre *los aspectos objetivo y subjetivo de la dignidad*. En sentido objetivo es el respeto que se le debe a la persona en razón de su ser, de su obrar. En su aspecto subjetivo es la cualidad que se predica absolutamente de todos los hombres o relativamente de un hombre concreto... Esos valores representan lo que hay de permanente aunque sus manifestaciones necesariamente hayan de ser históricas... y esas especificaciones (manifestaciones) de los valores son los derechos humanos fundamentales" (Beatriz Tomás Mallen, ob. cit., págs. 81/82).

Este enfoque ha adquirido gran desarrollo, en la medida en que el concepto de dignidad humana, entendido como valor de toda persona, aparece como generalmente admitido. Por otra parte, permite darle un carácter histórico a su implementación, lo que posibilita acompañar la evolución positiva de los Derechos Humanos, constituyéndose así en un "puente de plata" entre los Derechos Civiles y Políticos y los Económicos, Sociales y Cultu-

inicio como concepto político; por ejemplo, representa el respeto del Estado hacia una esfera de libertad de la persona humana... En el estadio siguiente, no se coloca al hombre en oposición al Estado, sino que es la apropiada persona que toma parte en la estructuración política de la sociedad de la cual es miembro. Ello tiene lugar con el ejercicio de los derechos políticos en el seno del Estado. Por último, la aparición de la idea de los derechos económicos, sociales y culturales como un grupo distinto de derechos es un fenómeno más reciente. Tales derechos deben realizarse a través o por medio del Estado. Como puede advertirse aquí, la fundamentación histórica se encuentra estrechamente relacionada con lo que se conoce como la Teoría de las Generaciones, a lo que se dará tratamiento más adelante.

Finalmente podemos vincular la presente tipología de fundamentación con la denominada **justificación dualista** desarrollada por Gregorio Peces-Barba. Por la misma se establecen dos niveles de análisis, el primero de ellos correspondiente al momento de los valores de los derechos fundamentales, donde entiende corresponde efectuar un análisis histórico desde dos perspectivas, una económica, social, cultural y política de cada momento y la otra del pensamiento político y filosófico, a los fines de conocer los factores que han contribuido a la génesis de los derechos humanos y más tarde a darles su sentido actual y un segundo nivel de estudio o Derecho de los derechos fundamentales supone la inserción de los valores en el derecho positivo.

También este enfoque ha recibido críticas, por ejemplo, en lo referente a las variaciones históricas de los derechos humanos, que no resulta igual, en relación a determinados derechos civiles y los derechos políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales (con mayor nivel de variabilidad) que con relación a derechos como el derecho a la vida, o a la integridad física y moral (de mucho menor nivel de variabilidad). Además se le critica su fundamento en las necesidades humanas y sus posibilidades de satisfacerlas, al entender que no todas las necesidades pueden calificarse como suficientes para dar origen a un derecho fundamental, y que por ende, sólo puede remitirse a las más importantes y relevantes para la vida humana.

### Fundamentación de origen político

Inscribimos en este contexto argumental aquellas teorías que, escépticas frente a los esfuerzos destinados a procurar una fundamentación de carácter general de los derechos humanos, centran su preocupación fundamental en su realización, en el concreto cumplimiento del principio de efectividad, conforme el derecho positivo vigente.

Recordamos aquí lo expuesto por Agustín Squella Narducci ("Estudios sobre Derechos Humanos", pág. 126): "Lo anterior no debe ser entendido como si compartiéramos una confianza excesiva y ciertamente ingenua, respecto de las verdaderas posibilidades del derecho positivo, ni tampoco como una invitación a dar por fracasados los esfuerzos que se realizan para

obtener una posible deflación y justificación unitarias de los derechos humanos. Sólo quiero decir que las energías de quienes consideran a los derechos humanos como algo importante e imprescindible para la vida y el desarrollo pleno de la persona humana, deberían volcarse, antes que a disputar sobre una eventual "verdadera" justificación y "correcta" definición de los mismos, a la tarea de conseguir —allí donde no los hay— y de mejorar —donde los hay— los mecanismos de que se valen los pueblos y el derecho positivo para el reconocimiento, consagración, respeto y promoción de los derechos del hombre".

En una posición más extrema aún, transcribiremos lo dicho por Mauricio García Villegas (Compilación de trabajos [1983-1987], IIDH, pág. 114): "Hay que abandonar entonces esta pretensión —ilusoria— de ver la realidad a partir de impecables esencias incuestionadas. ¿Qué importa si los derechos humanos capturan o no esta evasiva y supuesta naturaleza humana inmutable? Esa manía de eternizar al hombre en una pocas palabras siempre será sospechosa. El sujeto está imbuido de un mundo contradictorio e insospechado que no puede medirse o sopesarse con lo ideal o lo exacto. "Los grandes problemas están en la calle" decía Nietzsche. El hombre es una mezcla inefable de pasión, razón, grandeza, miseria, virtud y vicio. Desconocer esta dialéctica inasible puede parecer menos dramático, pero siempre será más inhumano. Así las cosas lo que importa es la acción. Los Derechos Humanos como verdades de nuestra época, plasmadas en una declaración universal, sobrepasan toda especulación e inducen a la lucha política. Cobran entonces sentido las palabras de Fausto: "No quiero conquistar el poder, la posesión. La acción lo es todo, la gloria no es nada".

Aquí podemos incluir los denominados, por Gregorio Peces-Barba, **Modelos pragmáticos**. En ella ubicamos a quienes se encuentran preocupados "exclusivamente por las prácticas positivas, ante todo las de tipo procesal, y por los análisis —a nivel de Derecho Internacional— de los procedimientos, todavía de alcance muy modesto, establecidos en la ONU y algunas organizaciones regionales. No se preocupan, agrega dicho autor, por problemas de fundamento, por la teoría general ni, en consecuencia, por el concepto de los derechos humanos" (Juan Carlos Gardella, "Sobre las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos", en *Derechos Humanos. Un debate necesario*, IIDH, pág. 73/76). Es decir, que son, también, de aquellos que están esencialmente preocupados por la acción, por sobre el problema de justificación.

Por supuesto que este posicionamiento también ha recibido críticas, en principio, por los que sostienen que aquello que no puede justificarse y no puede definirse, en definitiva, no puede precisarse, y en el fondo, carece, al menos desde lo teórico y disciplinar, de significación y autonomía. Que además, al estar emparentados con el fundamento positivista, estas interpretaciones voluntaristas, pueden derivar en prácticas autoritarias o totalitarias.

discusión. Así, se considerarán "necesidades verdaderas o falsas, a aquellas que se han demostrado intersubjetivamente como tales, a través de un proceso de discusión racional."

Esta primera aproximación a la cuestión, deja también abiertos *algunos conflictos e incertidumbres* que, seguramente retomaremos, pero que de algún modo son base de algunos de los reproches que tales interpretaciones han recibido. En relación con la **Fundamentación Iusnaturalista**, al resultar los mismos independientes de su reconocimiento positivo, la implementación de los derechos humanos podría quedar afectada indefinidamente, y con ello, su reconocimiento y efectividad. Con respecto a la **Positivista**, que al quedar condicionada su existencia a la sola voluntad del poder estatal, este puede degenerar en formas autoritarias o totalitarias de funcionamiento, al no contar con el contrapeso del respeto de tales derechos. Y con respecto a la **Marxista**, que al considerar los derechos humanos como una elaboración ideológica del sistema capitalista, los ha minimizado.

Por otra parte, podemos desenvolver sus *ventajas primarias*. Una **fundamentación Iusnaturalista** coloca el "ser mismo" de los Derechos Humanos por sobre la voluntad política del Estado, muchas veces reactiva a su reconocimiento expreso, o proclive a su limitación desmesurada. Por otra parte, *el positivismo* asegura, en principio, la exigibilidad institucional de su cumplimiento o del cese de su restricción ilegítima. Por último, *el marxismo*, permite el ingreso al análisis ideológico del orden jurídico, desenmascarando la compleja relación entre reconocimiento normativo y el efectivo goce de los derechos humanos.

### Fundamentación de origen ético

También conocida como fundamentación axiológica o valorativa, funda los derechos humanos en su reconocimiento como derechos morales y en la idea de dignidad humana, y procurando, conciliar una interpretación supranormativa ("Morales"), con su exigible positivización ("Derechos").

Siguiendo aquí la exposición de Eusebio Fernández (Pacheco Gómez Máximo, pág. 55): "Entiendo por fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos la idea de que ese fundamento no puede ser más que un fundamento ético axiológico o valorativo, en torno a exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna, es decir, de exigencias derivadas de la idea de dignidad humana... Para esta fundamentación, y consiguiente concepción que defiende, los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del Poder político y el Derecho; derecho igual obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos y derecho igual de humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social".

Para explicitar aún más esta relación entre los términos "Derechos" y "Morales" transcribimos las afirmaciones de Antonio Truyol y Serra (ob. cit. ant., pág. 55): "Con el término 'derechos morales' pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos... es decir que a cada derecho humano como derecho moral le corresponde paralelamente un derecho en el sentido estrictamente jurídico del término".

Esta tesis de fundamentación ha sido seguida en el país por los Dres. Germán Bidart Campos y Carlos S. Nino.

Por otra parte, la idea de dignidad de la persona humana, reaparece, aquí como determinante de la extensión del contenido de lo que debe entenderse por Derechos Humanos.

También, a esta teórica de justificación, que procura de algún modo superar la dicotomía suscitada entre la interpretación iusnaturalista y positivista, se le han formulado críticas. En primer lugar, el término "morales" nos pone frente al problema de determinar a qué moral nos estamos refiriendo (Moral individual - Moral social - Moral religiosa, etc.). Que la unión de los términos "Derechos" y "Morales", desafía una distinción ya clásica, entre derecho y moral. Que definir Derechos Morales, sin inclusión en el Derecho Positivo es puro Iusnaturalismo. (Símil a Derechos Naturales).

### Fundamentación de origen histórico

Este criterio sostiene que lo que debe entenderse por Derechos Humanos es variable y relativo a cada contexto histórico determinado y de acuerdo con el desarrollo de la sociedad, vinculado con el principio de satisfacción de las necesidades más estrechamente relacionadas con la idea de dignidad de la persona humana.

Podemos sintetizar el pensamiento respectivo transcribiendo parte de un texto de Manuel Perls (Pacheco Gómez, págs. 52/53): "Los derechos humanos se fundan no en la naturaleza humana sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de la sociedad. Por tanto la temática específica de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta y de los fines que ella misma pretenda realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona como el fin de sí misma, pues de otra forma no podríamos hablar de 'hombre'...".

Podemos complementar lo antedicho con las reflexiones de Theodor C. van Boven (Vasek Karel, "Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos", T. I, pág. 87): "El concepto de los derechos humanos es, en gran parte, producto de la historia y de la civilización humana y como tal está sujeto a cambios y evoluciones. De hecho el desarrollo de los derechos humanos ha atravesado varias etapas, y el concepto de los mismos tuvo su

*Entender la revolución social como una ley del desarrollo de la sociedad dividida en clases, de transición de la humanidad de una formación económico-social vieja a otra nueva. Y el reconocimiento del papel del Estado en una sociedad dividida en clases, formado sobre la base del régimen económico de la sociedad y como expresión de los intereses de unas clases determinadas. El Estado supedita la voluntad de los ciudadanos a la voluntad de la clase dominante. Para ello dispone de un organismo especial, capaz de obligar a que se observen sus prescripciones.*

*Únicamente el Estado erige la voluntad de la clase dominante en ley, dándole forma en el sistema de normas jurídicas. Esta se constituye en la realidad objetiva, a la que está sujeta su reflejo ideológico, que, por ejemplo, como sucede con las leyes, es, muchas veces, una imagen invertida de la realidad objetiva. (Recuérdese aquí los efectos y retóricas de autonomía, neutralidad y universalidad del campo jurídico, como características de su funcionamiento, analizadas en las Consideraciones Preliminares).*

Las relaciones sociales en su antagonismo, la topología dinámica de relaciones productivas funcionando a través de la apropiación privada, el cambio, la circulación con el régimen de la mercancía y el dinero, es la *fuentes matriz originaria*, en última instancia, de las ideologías, y éstas, a su vez se constituyen en reproductoras del sistema.

Pero se constituyen en *formaciones ideológicas*, en la medida en que contrastadas con una mirada científica sobre la estructura de funcionamiento de las relaciones productivas, se constituyen en una "apariencia".

*Tomando el ejemplo desarrollado por Abel M. García Barceló, referido al concepto de "salario" en marco del "Contrato de Trabajo", pretendemos esclarecer el mecanismo descrito con un ejemplo. En la estructura económica capitalista la apropiación de la fuerza de trabajo por el capital, en el marco de una sociedad dividida en clases, genera lo que en la teoría marxista se denomina plusvalía a favor de este último, en la medida en que la compensación económica que recibe el trabajador por la venta de su fuerza de trabajo no está en relación con el nivel de capital (riqueza) que genera. Ahora bien, en primer término, la existencia de esta relación económica estructural entre capital y trabajo, da lugar a la formulación jurídica del contrato de trabajo y al salario, esta formulación es "ideológica", es decir no se corresponde con el real funcionamiento del sistema económico capitalista, en primer lugar, porque plantea el contrato como un relación entre dos (aislándolo de las relaciones sociales estructurales que lo originan) y en segundo lugar, porque plantea el concepto de salario y aun de salario justo, desconociendo el fenómeno de la plusvalía (utilizando otros parámetros que hacen a los niveles de ingresos vinculados con la condición de pobre o indigente o la llamada "canasta familiar" que igualmente, ante la brutalidad del sistema resultan excesivos, al momento de determinarse su "valor"). Pero además, estas formulaciones ideológicas del derecho funcionan como reproductoras del sistema de relaciones sociales estructurales, ya que por su reiteración "fija", "consolida" la apariencia, logrando así una "autenticidad social", que unida a las instituciones políticas (principalmente el Estado) se*

transformará en una "necesidad" y finalmente en una "ley natural inmutable", es decir, en la ideología dominante (el de la clase opresora).

Por último, *los procesos ideológicos* no sólo se vinculan con las clases, sino que constituyen "un espacio" de la lucha entre las clases. Así los efectos objetivos de la base social sobre la ideología, y de ésta sobre aquélla, son "trabajados" también por la lucha entre las clases, que se presenta así como lucha ideológica, lo que permite que "la forma ideológica no aparece ya como puro soporte de una función económica, ni sólo como conciencia del conflicto, sino como acción de disolución, transformación de la estructura, acción que 'lleva hasta el final' el conflicto capital-trabajo, la que hace así alumbrar en la vieja sociedad una estructura nueva" (Marx, Carlos, "Contribución a la crítica de la economía política").

La aportación marxista tendiente a desentrañar la función ideológica del derecho en la sociedad capitalista, y en la denominada etapa de transición, caracterizada por la división y la lucha de clases, y la relación opresor-oprimido, permite un abordaje crítico del discurso jurídico sobre los derechos humanos, remarcando su carácter de producción histórica y de clase, y el carácter crítico de la teoría del derecho.

Aquí haremos referencia también al *Modelo Empirista no Positivista*, definido, y desarrollado, por Juan Carlos Gardella ("Fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos", pág. 76/82) como "una profundización y reformulación del modelo materialista histórico". Y la que se define, por el mismo autor como "una serie de filosofías del derecho que aceptan el postulado empirista, por el cual la validez de nuestros conocimientos —también nuestra concepción de justicia y de derechos humanos— se apoya siempre en último término, salvo que se trate de conocimientos puramente formales, sobre la 'experiencia', pero que, al mismo tiempo, rechazan la manera como ésta ha sido definida en las formas extremas del positivismo".

Para el abordaje particular de las formas de concebir los criterios de justicia, y los criterios con los cuales se logran las pautas de los derechos humanos, el referido autor se ocupa de la reformulación de tres nociones: la *de juicio de valor*, como fenómeno emotivo-volitivo que está más o menos internalizado en la conciencia (que lo vincula con el proceso de internalización de los derechos humanos) y como fenómeno cognitivo, que permite discernir lo verdadero de lo falso (y que se inscribe en el proceso de debate racional sobre los derechos humanos). La *de justicia* que define apelando al concepto de "necesidad", entendidas como "necesidades humanas básicas" entendidas como necesidades biopsíquicas (alimento, sueño, seguridad, respuesta afectiva positiva de los demás) y necesidades específicamente humanas (la relación interpersonal, la creatividad, de identidad, de tendencia a la objetividad, etc.) Lo que relaciona con la importancia de mostrar los derechos humanos, no ya como formulaciones abstractas, sino como instrumentos ideados para la satisfacción de tales necesidades humanas básicas. Y finalmente, la *de verdad*, para lo cual recurre al concepto de verdad intersubjetiva, la que vincula con las teorías de la argumentación y de la

cada orden lo que sólo para algunos de ellos ha sido comprobado, con tal de que tengan una importancia considerable".

Por último analiza la conciliación positiva entre el orden y el progreso y la separación de la moral de la teología y de la metafísica, entre otras cuestiones.

Me he detenido en estas consideraciones generales sobre el positivismo, a pesar de que en teoría se tiende a rechazarla, por diversas razones: En primer lugar, porque desde el punto de vista de este enfoque, el hecho observable lo constituye la ley, y que dicha observación es relativa "a nuestra organización y nuestra situación", con lo cual el fundamento del derecho (y de los Derechos Humanos) está en la ley misma, en un tiempo y un espacio determinado, único medio a través del cual los derechos pueden ser producidos o consagrados. El positivismo jurídico (verdadero formalismo jurídico) que considera hecho positivo a la norma elaborada por el legislador estatal, en parte se distancia del positivismo filosófico (del que es consecuencia) en la medida que se desentiende, el primero, de toda preocupación por los fenómenos sociales y los datos históricos.

En segundo lugar, porque el positivismo como síntesis definitiva entre orden y progreso, marcó políticamente a la denominada "generación del 80", y a toda una generación de intelectuales argentinos, y cuyas implicancias estructurales pueden rastrearse hasta nuestro días, como lo veremos al abordar el módulo histórico.

Y finalmente, porque mal que nos pese, la enseñanza del derecho sigue bajo su influjo, en especial, en las asignaturas estructuralmente codificadas, donde lo justo es lo que la norma designa como tal.

Pero asimismo, la codificación, conforme tan bien lo ha descrito Pierre Bourdieu (217/218), "permite ejercer un efecto que podemos llamar de homologación: en el sentido de la objetivación bajo la forma de un código explícito, del código práctico, que permite a los distintos interlocutores, asociar el mismo sentido al mismo sonido percibido y el mismo sonido al mismo sentido concebido, la explicitación de los principios hace posible la verificación explícita de consenso sobre los principios del consenso (o del disenso)". "La homologación hace posible una forma de racionalización entendida como previsibilidad y calculabilidad... los agentes implicados en una acción codificada saben que pueden contar con una norma coherente y sin escapatoria, y por lo tanto, calcular y prever tanto las consecuencias de la obediencia a la norma como los efectos de la trasgresión. Pero las virtudes de la homologación sólo se ejercen plenamente para aquellos que están al mismo nivel en el universo reglado del formalismo jurídico: las luchas altamente racionalizadas que la homologación autoriza están reservadas, en realidad, a quienes detentan una fuerte competencia jurídica, lo cual está asociada —particularmente entre los abogados— una competencia específica de profesionales de la lucha jurídica, ejercitados en el uso de las formas y las fórmulas como armas. En cuanto a los demás, ellos están condenados a sufrir la fuerza de la forma, es decir, la violencia simbólica

que llegan a ejercer los que, gracias a su arte de poner en forma y poner en formas, saben como suele decirse, poner el derecho de su parte...". Esta fuerza de la forma característica del campo de lo jurídico, explica la razón de tal supervivencia.

**El marxismo.** El marxismo destaca las relaciones económicas como base de la sociedad, estableciendo que todas las relaciones ideológicas y las correspondientes opiniones e instituciones sociales constituyen la superestructura que viene determinada en última instancia por la infraestructura económica de la sociedad. Dice Marx: "El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la subestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social". (Prólogo a la "Contribución crítica a la economía política").

*Pero esta interacción de la base y la superestructura es una relación compleja, ya que la modificación en la estructura económica no produce automáticamente modificaciones en la superestructura; ya que se define como unidad dialéctica de los contrarios. Como asimismo, en este proceso debe analizarse la relación de los distintos elementos integrantes de la superestructura, entre sí. Y por último, porque la superestructura tiene un cierto grado de independencia y puede influir en modo inverso sobre la estructura que le ha dado origen. Es decir en una clara relación dialéctica. Dice Engels: "El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y sobre su base económica. No es que la situación económica sea la causa, lo único activo, y todo lo demás efectos meramente pasivos. Hay un juego de acciones y reacciones, sobre la base de la necesidad económica, que se impone siempre, en última instancia" (Carta a W. Borgius, 23 de enero de 1894).*

*El método de análisis que aplica, a los fines del estudio del derecho, como en relación con las otras ciencias sociales, es el materialismo histórico. Esto implica el análisis del modo de producción entendido como relación dialéctica entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción; la teoría de las clases y de la lucha de clases, entendidas las clases como grandes grupos de personas que se diferencian unas de otras por el lugar que ocupan en un sistema de producción social históricamente determinado, por su relación con los medios de producción, por su papel en la organización social del trabajo, y en consecuencia, por la magnitud de la parte de la riqueza social de que disponen y el modo en que la obtienen, y que pueden apropiarse el trabajo de otro en virtud de los diferentes lugares que ocupan en un sistema de economía social determinado. Sobre la base de esta apropiación reside la fuente del antagonismo de clase y eso hace que los intereses de las clases antagónicas sean objetivamente inconciliables. Por eso la lucha entre las clases no es un fenómeno temporal fortuito, sino una necesidad, algo ineludible, una ley del desarrollo de las formaciones antagónicas.*

les deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional" (Duran Lalaguna Paloma, 71).

Se introduce aquí el concepto de dignidad humana, el que retomado y reelaborado, hasta la actualidad, se constituye en uno de los fundamentos de máxima actualidad sobre el tema (especialmente en su acepción de valor de la persona protegido por los Derechos Humanos). Por otra parte, desde esta óptica, se pretende subsanar uno de los inconvenientes que planteaba la tesis de la inmutabilidad del Derecho Natural, frente a la evolución normativa progresiva de los Derechos Humanos, en especial, después de la Segunda Guerra Mundial, momento de surgimiento de este enfoque filosófico de fundamentación.

**Iusnaturalismo Racionalista.** Finalmente, esta última línea de pensamiento vincula las ideas iusnaturalistas (aunque algunos autores cuestionan tal vinculación, y más bien hablan de una transformación), con las del *idealismo racionalista*, que ubica al hombre solo con sus ideas (pienso, luego existo) y que ve fundamentalmente al derecho, como derecho subjetivo.

De allí que Derechos Humanos serían tales, en la medida en que pudieran ser considerados racionalmente *derechos subjetivos*.

Representa el paso de un Derecho natural objetivo a un *Derecho natural Subjetivo* o derecho como facultad inherente al sujeto que le hace apto para hacer o poseer algo justamente. Además, el cruzamiento del Derecho Natural Subjetivo, con el individualismo, transformó los derechos del hombre, en derechos individuales e incompatibles con los derechos del Estado y se relacionan así con las teorías políticas liberales originarias, representadas por el contractualismo. Pertenecen a esta línea de pensamiento Groccio (Iniciador de la Escuela de Derecho Natural), Pufendorf, Spinoza, Hobbes, Locke, Rousseau, Wolff o Kant.

Esta teoría es, en la actualidad, de aquellas que más fuertemente inciden, tanto en el fundamento general del derecho (en especial el concepto de derecho subjetivo), y en particular de los Derechos Humanos, como asimismo, respecto del sistema político, y su relación con los denominados derechos individuales. Y que impregna, decididamente, la interpretación de nuestra Constitución Nacional Histórica. No es causal, además, que el concepto de derecho subjetivo (entendido como facultad inherente al sujeto que lo hace apto para hacer o poseer algo justamente), asociado a la de derechos individuales (libertad, seguridad, propiedad) y a la evolución de las teorías políticas del liberalismo, dentro del contexto del sistema capitalista, represente una de las barreras epistemológicas y estructurales más fuertes para la consideración de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, como tales (ya que lo cierto es que el individuo no posee o no puede hacer), lo que nos permite analizar ello, también, en el contexto de la reproducción de relaciones de dominación de clase dentro del campo de lo social, tal como lo hemos advertido en nuestras palabras introductorias al presente tema.

**El positivismo:** En su "Discurso sobre el espíritu positivo" (27/28; 35; 39/40; 40/41; 44/45; 47; 93 y 104), Augusto Comte formula algunas de las consideraciones generales que hacen a su posicionamiento filosófico:

En primer lugar, tres etapas en la evolución intelectual de la humanidad, estas son: el **Estado Teológico o ficticio**, sobre el que dice: "En su primera fase necesariamente, todas nuestras especulaciones manifiestan espontáneamente una predilección característica por las cuestiones más insolubles, por los temas más radicalmente inaccesibles a toda investigación decisiva". La que divide en tres etapas: fetichismo, politeísmo y monoteísmo. Y que compara con el proceso evolutivo de la humanidad, diciendo que corresponde a la infancia de ésta.

Luego identifica una segunda etapa, que califica como de transición, dentro de un proceso de tránsito gradual, a lo que él designa como la "virilidad mental" y que denomina **Estado Metafísico o abstracto**: "Las especulaciones dominantes han conservado aquí el mismo carácter esencial de tendencia habitual a los acontecimientos absolutos: sólo la solución ha sufrido una transformación notable, propia para facilitar la marcha de las ideas positivas. En realidad, la metafísica, como la teología, trata sobre todo de explicar la naturaleza íntima de los seres, el origen y el destino de las cosas, el modo esencial de producción de todos los fenómenos; pero en lugar de operar con los agentes sobrenaturales propiamente dichos, los reemplaza cada vez más por esas 'entidades' o abstracciones personificadas cuyo uso, verdaderamente característico, ha permitido a menudo designarla con el nombre de ontología".

Finalmente la tercera etapa la denomina **Estado Positivo o Real**, al cual se caracteriza por: a) La ley o subordinación constante de la imaginación a la observación: "En lo sucesivo la lógica reconoce como regla fundamental que toda proposición que no es estrictamente reducible al simple enunciado de un hecho, particular o general, no puede tener ningún sentido real e inteligible" b) Naturaleza relativa del espíritu positivo: "No sólo nuestras investigaciones positivas deben esencialmente reducirse, en todo, a la apreciación sistemática de lo que es, renunciando a descubrir su origen primero y su destino final, sino que importa además darse cuenta de que este estudio de los fenómenos, lejos de poder llegar en modo alguno a ser absoluto, debe ser siempre relativo a nuestra organización y a nuestra situación". c) Destino de las leyes positivas: Previsión Racional: "el verdadero espíritu positivo consiste, sobre todo, "en ver para prever", "en estudiar lo que es para deducir lo que será, según el dogma general de la invariabilidad de las leyes naturales". Y d) Extensión universal del dogma fundamental de la invariabilidad de las leyes naturales: Pero cuando, por fin, queda suficientemente esbozada esa extensión universal, condición ahora cumplida en las mentes más avanzadas, este gran principio filosófico adquiere inmediatamente una plenitud decisiva, aunque hayan de permanecer ignoradas durante mucho tiempo aun las leyes efectivas de la mayor parte de los casos particulares; porque una irresistible analogía aplica entonces a todos los fenómenos de

Las de origen ético: Que vinculan la fundamentación de los derechos con su consideración como Derechos Morales.

Las de origen histórico, que ponen su acento en la evolución histórica de los Derechos Humanos, a fin de dar respuesta al mismo interrogante.

Y las de origen político, que privilegian la acción política tendiente a su eficacia, sobre lo que denominan razonamientos especulativos.

Finalmente haremos referencia a la justificación de los Derechos Humanos, sobre la base de los valores protegidos por los Derechos Humanos, entendido como el conjunto de los valores protegidos por los derechos fundamentales, es decir, la realidad amparada por los mismos.

Y referiremos, en general, sobre el impacto que las Teorías de Género, producen sobre el campo del derecho.

### Fundamentaciones de origen filosófico

A continuación un desarrollo esquemático de las mismas:

**El Iusnaturalismo Ontológico.** La justificación iusnaturalista de los derechos fundamentales de la persona humana es la creencia en el Derecho Natural. Tanto el orden jurídico natural, de carácter universal e inalterable, como los derechos naturales deducidos de él, son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. (Máximo Pacheco Gomez, pág. 51). Dichos derechos naturales son suprapositivos y por ende los Derechos Humanos existen y los posee el sujeto con independencia de su reconocimiento o no por el derecho positivo. El gobierno civil no los otorga, sino que le incumbe reconocerlos y sancionarlos. El Derecho Natural es el "ser" y el Derecho positivo el "deber ser". Se puede afirmar que la condición de ser persona, es necesaria y suficiente, para ser titular de esos derechos, es decir, que son derechos que le son inherentes. Se vinculan con esta concepción filosófica Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria y Fray Bartolomé de las Casas, p. ej.

Conforme lo expresa Jacques Maritain (65, 67, 68, 69, 71, 76): *La idea del derecho natural es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico, y es definido por este autor "como un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita o el derecho natural, no son otra cosa que esto".*

*"La ley natural es el conjunto de cosas que deben hacerse y no hacerse que surgen de una manera necesaria del solo hecho de que el hombre es hombre, en ausencia de toda otra consideración".*

*"El conocimiento de esa ley que tiene nuestra conciencia moral, es, sin duda, aún imperfecto, y es probable que se desarrolle y afirme en tanto dure*

la humanidad. *El derecho aparecerá en su flor y perfección cuando el Evangelio haya penetrado hasta el fondo de la substancia humana".*

Para luego afirmar en relación a los Derechos Humanos: *"La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa, pues, sobre la idea de la ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales, y en virtud de la cual obliga toda ley, es también, la que nos asigna nuestros derechos fundamentales".*

Para finalmente sostener el referido autor: *"El derecho del hombre a la existencia, a la libertad personal y a la búsqueda de la perfección de la vida moral, surgen, por ejemplo, del derecho natural estrictamente dicho. El derecho a la propiedad privada de los bienes materiales, que tiene raíces en el derecho natural, surge del derecho de gentes, o de la ley común de la civilización, por cuanto la apropiación privada de los medios de producción supone las condiciones normalmente requeridas para el trabajo humano y para su conducción; y las modalidades particulares de ese derecho, son determinadas por la ley positiva".*

Las líneas transcritas nos permiten realizar algunas relaciones: La idea de derecho natural, vinculada con la de Dios, y el Evangelio. La relación del Derecho Natural con el concepto de Derechos Fundamentales. La suscripción de tales derechos al derecho a la existencia, búsqueda de la perfección moral y el derecho a la propiedad privada. De allí también la rápida relación que podemos establecer entre los fundamentos iusnaturalistas con los fundamentos políticos y económicos del liberalismo, y por ende, con un determinado modelo económico y de las consiguientes relaciones sociales entre clases.

**Iusnaturalismo Deontológico.** Fundamentalmente, esta interpretación iusnaturalista, si bien tiene la misma raíz teórica, en el sentido de que es el *derecho natural* el fundamento de los derechos humanos, discrepa con la anterior, en el sentido de que le otorga al mismo, más que el carácter de un *orden jurídico distinto al Derecho Positivo*, "el carácter de principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos... el carácter de juicios de valor de validez general y postulados —normas generales— que parecen tener un fundamento suficiente en su naturaleza humana" (Frede Castberg).

Reelaboran el concepto de naturaleza humana, el que se traduce en el de dignidad de la persona humana. Además, algunos autores, defienden la historicidad, y por ende, la mutabilidad del derecho natural, relacionándolo con la historicidad del hombre, al contrario del iusnaturalismo ontológico que define al Derecho natural como universal, inmutable y permanente. (Legaz y Lacambra; Enrique Pérez Luño; Máximo Pacheco Gómez, 52). Por ello, algunos autores también la denominan Iusnaturalismo atenuado o débil.

Por ejemplo Pérez Luño define los Derechos Humanos como: "Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cua-



## MODULO I

# FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

### Introducción

Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos no resultan indiferentes al momento de definir qué entendemos por los mismos, cuál es su extensión, y cuál es su nivel de exigencia. Valga señalar aquí, de manera introductoria que, por ejemplo, la definición de Derechos Humanos, como derechos esenciales o fundamentales de la persona humana, o como derechos subjetivos, ha permitido cuestionar el reconocimiento de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales, como tales, o ha legitimado diferir su operatividad casi indefinidamente, dejándola en las exclusivas manos de una decisión política (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo). Ello, sumado a la advertencia formulada en las palabras preliminares, de que, oh casualidad, justamente los principales acreedores de tales derechos económicos sociales y culturales son, en definitiva, las clases socialmente dominadas (pobres, indigentes, desocupados, excluidos sociales, etc.) nos alertan sobre la importancia del presente abordaje y de sus implicancias. Por último, una cuestión que no podremos contestar en esta etapa inicial del trabajo, sino más adelante, pero que tiene su influencia en relación con el tema aquí tratado, y es contestarnos la pregunta referida a si el "techo ideológico" de la Constitución Argentina impone la adopción de una concepción filosófica, en materia de Derechos Humanos.

### Distintos tipos de fundamentación

Una primera aproximación a la cuestión, que seguramente no agotaremos con el presente tratamiento de carácter introductorio, exige distinguir entre distintos tipos de fundamentación de los Derechos Humanos:

Las de origen filosófico, que vinculan la respuesta a la pregunta ¿Qué son los Derechos Humanos?, como criterios de justificación, con las grandes tendencias o escuelas de la filosofía, en general, y de la filosofía del derecho, en particular.

	Pág.
La educación en los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados y ratificados por el Estado argentino.....	369
La protección integral a la familia .....	370
Los derechos culturales .....	373
Otras obras consultadas y/o citadas .....	374

## MODULO X

LOS DERECHOS HUMANOS  
DE LOS GRUPOS VULNERABLES

Los derechos humanos de la mujer .....	376
Los derechos humanos de las poblaciones indígenas .....	379
Los derechos humanos de los niños y adolescentes .....	382
Los derechos humanos de las personas de la tercera edad y con capacidades diferentes .....	385
La protección de las personas de la tercera edad .....	386
La protección de las personas con capacidades diferentes .....	386
Otra bibliografía consultada .....	388

## MODULO XI

## LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

El derecho de acceso a la justicia .....	392
Las garantías en el proceso penal .....	398
Las garantías por fuera del proceso penal .....	405
El derecho procesal constitucional.....	406
La acción de amparo .....	407
El hábeas data o amparo para la protección de los datos personales .....	413
La acción de hábeas corpus .....	415
Otras obras y artículos consultados.....	417

## MODULO XII

EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS

El sistema de protección desarrollado por la Organización de Naciones Unidas .....	419
--	-----

	Pág.
Alto comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos .....	423
El sistema de protección interamericano de derechos humanos.....	424
La Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	431
La competencia contenciosa .....	433
La competencia consultiva.....	440
Otras obras consultadas.....	441

	Pág.
La jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos .....	190
El principio de igualdad ante la ley .....	198
El principio de no discriminación .....	199
La reglamentación de los derechos .....	205
La reglamentación de los derechos frente a la emergencia .....	208
Los estados de excepcionalidad institucional .....	214
El estado de sitio .....	214
La libertad .....	220
Bibliografía citada y consultada .....	221

## MODULO VI

DERECHOS HUMANOS EXPLÍCITA  
E IMPLÍCITAMENTE CONSAGRADOS  
EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El derecho a la vida .....	227
El derecho a la integridad personal .....	244
La prohibición de la esclavitud y la servidumbre .....	250
Derecho a la protección de la honra y de la dignidad .....	252
El derecho a la identidad. El derecho al nombre .....	261
Bibliografía citada y consultada .....	265

## MODULO VII

DERECHOS HUMANOS EXPLÍCITA  
E IMPLÍCITAMENTE CONSAGRADOS  
EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL  
(CONTINUACIÓN)

La libertad de conciencia y de religión .....	267
Libertad de pensamiento y de expresión .....	272
El derecho a réplica .....	282
El derecho de asociación .....	286
El derecho de reunión .....	287
El derecho de petición .....	289
El derecho a la propiedad .....	289
La libertad de industria y comercio .....	294

	Pág.
Libertad de contratar .....	295
El orden económico constitucional .....	298
Otra bibliografía citada o consultada .....	299

## MODULO VIII

DERECHOS HUMANOS EXPLÍCITA  
E IMPLÍCITAMENTE CONSAGRADOS  
EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL  
(CONTINUACION)

El derecho de circulación y de residencia .....	301
El derecho a la nacionalidad .....	306
El derecho de extranjería .....	312
Los derechos políticos .....	313
Derechos de incidencia colectiva .....	323
Derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano .....	323
Derechos de los consumidores y usuarios .....	329
El derecho a la paz .....	333
El derecho al desarrollo .....	335
Derecho a la libre determinación .....	336
Otra bibliografía citada o consultada .....	337

## MODULO IX

LOS DERECHOS ECONÓMICOS,  
SOCIALES Y CULTURALES

Introducción .....	339
El derecho a un adecuado nivel de vida, incluyendo el derecho a alimentarse .....	342
El derecho a la vivienda .....	344
El derecho a la salud .....	346
El derecho a la seguridad social .....	361
Derecho a trabajar y derechos en el trabajo .....	363
Los derechos gremiales .....	369
Derecho a la educación .....	364
La autonomía y autarquía de las universidades nacionales .....	367

	Pág.
<b>II) Características de los derechos humanos.....</b>	<b>34</b>
Universalidad.....	34
Indivisibilidad.....	35
Integralidad.....	36
Interdependencia.....	36
La teoría de las generaciones. Crítica.....	38
<b>III) Clasificación de los derechos humanos.....</b>	<b>40</b>
Derechos civiles y políticos.....	40
Derechos económicos, sociales y culturales.....	40
Derechos de incidencia colectiva.....	41
En relación al momento histórico en que tuvieron origen.....	41
En relación con el sujeto activo.....	41
En relación con la normativa que los consagra.....	41
<b>IV) La jerarquización de los derechos.....</b>	<b>42</b>
<b>V) El principio de efectividad.....</b>	<b>45</b>
<b>VI) Principio de progresividad.....</b>	<b>52</b>
Origen normativo del principio.....	53
El principio de progresividad en la evolución histórica de los derechos humanos.....	60
El principio de progresividad y los derechos humanos civiles y políticos.....	61
<b>VII) Principio pro homine.....</b>	<b>62</b>
<b>VIII) Primeras conclusiones generales sobre los temas tratados.....</b>	<b>64</b>
<b>IX) El derecho penal internacional. Los delitos internacionales. Evolución, consecuencias y efectos.....</b>	<b>65</b>
Enquadre histórico político.....	65
Tipificación de los delitos del derecho penal internacional.....	70
El Genocidio.....	70
El crimen contra la humanidad.....	71
Los crímenes de guerra.....	74
El delito de agresión.....	75
Efectos jurídicos.....	80
Prohibición de impedir el juzgamiento y o el cumplimiento de la pena impuesta.....	82
Pautas interpretativas. Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales jerarquizados constitucionalmente.....	86
<b>Bibliografía consultada.....</b>	<b>91</b>

## MODULO III

## HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

	Pág.
<b>Introducción.....</b>	<b>93</b>
<b>El Cristianismo. Las Teorías Teocráticas.....</b>	<b>93</b>
Su desarrollo en Inglaterra.....	96
Los Contractualistas.....	98
La revolución norteamericana y la revolución francesa.....	100
La evolución durante el siglo XIX.....	102
La evolución durante el siglo XX.....	104
Los derechos humanos en América latina.....	109
Los organismos no gubernamentales.....	126
Evolución nacional e internacional de los derechos humanos a nivel normativo.....	129
Bibliografía básica consultada.....	132

## MODULO IV

## DESAFÍOS ACTUALES EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural.....	135
La responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos.....	138
La lucha contra la impunidad.....	140
La reparación.....	163
La indemnización de daños y perjuicios por error judicial.....	171
La contradicción existente entre desarrollo normológico y vigencia efectiva de los derechos humanos.....	174
La relación entre democracia y derechos humanos.....	177
Otras consideraciones en torno de la democracia.....	179
La defensa de la democracia en la Constitución Nacional.....	184
Bibliografía consultada y citada.....	186

## MODULO V

## EL ÁMBITO NORMATIVO. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS GENERALES

La parte dogmática y el capítulo de nuevos derechos y garantías.....	189
--	-----

## INDICE GENERAL

CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	IX
ABREVIATURAS.....	XVII

### MODULO I

#### FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Introducción.....	1
Distintos tipos de fundamentación .....	1
Fundamentaciones de origen filosófico .....	2
Fundamentación de origen ético .....	10
Fundamentación de origen histórico .....	11
Fundamentación de origen político .....	12
La teoría jurídica feminista .....	14
Fundamento vinculado con los valores de la persona protegidos por los derechos humanos .....	15
La fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. Algunas aproximaciones .....	17
Algunas cuestiones críticas colaterales.....	20
La fundamentación de los derechos humanos en los Instrumentos inter- nacionales.....	22
Algunas consideraciones personales .....	24
Bibliografía básica .....	31

### MODULO II

#### CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

Introducción.....	33
I) Concepto de derechos humanos.....	33

## ABREVIATURAS

CADH:	Convención americana sobre derechos humanos
COMISION IDH:	Comisión interamericana de derechos humanos
CORTE IDH:	Corte Interamericana de derechos humanos.
CDN:	Convención sobre los derechos del niño.
CEFDR:	Convención para la eliminación de toda forma de discriminación racial.
CEFDM:	Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.
PIDCP:	Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
PIDESC:	Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
UN o ONU:	Naciones unidas.
OEA:	Organización de estados americanos.

tema de normas jurídicas está continuamente sometido desde hace siglos y que hacen a la esencia de su reproducción. "La retórica de la autonomía está sustentada en el hecho de que el derecho encuentra fundamento en sí mismo, es decir, en una norma fundamental como la Constitución. La retórica de neutralización se sustenta en la utilización sintáctica de construcciones pasivas y giros impersonales apropiados para subrayar la impersonalidad de la enunciación normativa y para hacer del emisor un sujeto universal, a la vez, imparcial y objetivo y por último la retórica de universalización que se logra a través de diversos procedimientos convergentes: el recurso sistemático al indicativo para enunciar las normas; el empleo de verbos conjugados en tercera persona del singular del presente o pretérito imperfecto expresando el hecho consumado (accepta, confiesa, se compromete, ha declarado, etc.) el uso de indefinidos (todo condenado) y del presente intemporal, aptos para expresar la generalidad y la omnitemporalidad de la regla de derecho; la referencia a valores transubjetivos que presumen la existencia de un consenso ético (un buen padre de familia); o el recurso a fórmulas lapidarias y a formas fijas que dejan poco espacio a las variaciones individuales". Las que en definitiva son elaboradas con ese carácter, respondiendo a los intereses de las clases y grupos dominantes, interesados en negar, disimular o eufemizar las desigualdades, y garantizar con ello la reproducción del sistema.

Frente a ello, *el discurso jurídico sobre los Derechos Humanos, plantea una revisión o redefinición de tales retóricas y efectos* (al menos en los términos de una perspectiva crítica) y con ello, las reglas propias que garantizan la reproducción de las relaciones de dominación existentes, lo que también explica sus resistencias. Por ejemplo, el análisis normativo que garantiza el "acceso a los Derechos Humanos" y como consecuencia de ello "su efectivo goce y ejercicio", implican la personalización del discurso (superación de la retórica de la neutralización y universalización y sus efectos) ya que significa reconocer la existencia de las diferencias entre preservación y acceso. Para ejemplificarlo con un enunciado: "Todos los habitantes de la Nación tienen derecho a expresar sus ideas por la prensa sin censura previa" (enunciado neutro y universal, que a su vez presupone el acceso a las condiciones básicas necesarias para ello). "Los analfabetos lo tienen si, al menos, pueden acceder a la educación básica elemental" (condición básica necesaria a cumplir; enunciado particular y personalizado) (ya que la expresión de ideas requiere de determinados niveles de abstracción que necesitan el desarrollo de procesos de enseñanza-aprendizaje).

Las implicancias prácticas de ello son más que elocuentes, desplazamos el poder de nominación del derecho, del presupuesto ficto de igualdad, al presupuesto material de desigualdad (corroborado al menos en principio por datos estadísticos oficiales), y con ello, reelaboramos el concepto de universalidad, no ya entendido como que "Todos tienen derecho a expresar sus ideas por la prensa sin censura previa" sino como que "Todos tienen derecho de acceder a las condiciones necesarias que le permitan el goce efectivo del derecho a expresar sus ideas por la prensa sin censura previa". Este cambio, que se encuentra implícito en el discurso jurídico de los derechos hu-

manos, con fundamento normativo constitucional, como creo podremos ir materializándolo en el transcurso del presente manual, permute asimismo desplazarnos del campo jurídico como reproducción de las relaciones de dominación, a relaciones de transformación y cambio social, como asimismo, poder explicarnos las resistencias y oposiciones que el mismo genera. Del mismo modo que nos permitirá una reelaboración de su relación con otros campos del espacio social (campo de poder, campo político, etc.).

Como se podrá advertir por lo hasta aquí dicho, hemos puesto también en tela de juicio el principio de autonomía, ya que, pretendemos una explicación y elaboración crítica, además, por fuera del campo jurídico, en este caso desde el campo científico (la sociología crítica de Pierre Bourdieu), ya que, conforme el mismo autor reconoce, "según una lógica que se observa en todos los campos, los dominados sólo pueden encontrar en el exterior, en el campo científico y político, los principios de una argumentación crítica tendiente a hacer del derecho una 'ciencia' dotada de su propia metodología y fundada en la realidad histórica por la intermediación, entre otras cosas, del análisis de la jurisprudencia"<sup>(7)</sup>.

Finalmente, hacemos nuestra su advertencia de que: "La función de mantenimiento del orden simbólico que el campo jurídico contribuye a asegurar es, como la función de reproducción del campo jurídico mismo, de sus divisiones y sus jerarquías, y del principio de visión y división que está en su fundamento, el producto de innumerables acciones que no tienen por fin el cumplimiento de esa función y que incluso pueden inspirarse en intenciones opuestas, como los intentos subversivos de las vanguardias que, en definitiva, contribuyen a determinar la adaptación del derecho y del campo jurídico al nuevo estado de las relaciones sociales y a asegurar así la legitimación de la forma establecida de esas relaciones. Es la estructura del juego, y no un simple efecto de agregación mecánica, lo que está en el principio de la trascendencia revelada por los casos de inversión de las intenciones, del efecto objetivo y colectivo de las acciones acumuladas"<sup>(8)</sup>.

Es decir, que no dejaremos de señalar aquí que *un discurso jurídico de los derechos humanos que garantice su acceso y su goce efectivo, está íntimamente vinculado con la superación de las relaciones de dominación establecidas y simbólicamente garantizadas por el discurso dominante, tanto en el campo jurídico como en el campo de lo social en general.*

Partiendo del reconocimiento de todo lo hasta aquí expuesto emprendemos esta tarea profesional y docente.

Cerramos este marco introductorio señalando que hemos procedido a ampliar y actualizar la versión inicial de este Manual incluyendo las novedades producidas en estos últimos cinco años, contados desde su primera edición.

(7) BOURDIEU, PIERRE, ob. cit., pág. 221

(8) BOURDIEU, PIERRE, ob. cit., pág. 223.

Además, corresponde explicar el lugar desde el cual quien escribe, formula sus afirmaciones. Para ello recurrimos inicialmente a la elaboración sociológica del campo de lo jurídico efectuada por Pierre Bourdieu<sup>14</sup>. En

primer término, una división del trabajo jurídico, que establece dos tipos fundamentales de agentes, como dos polos extremos, "por un lado, la interpretación orientada hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de los profesores, que están encargados de enseñar las reglas en vigor bajo una forma normatizada y formalizada; y por el otro, la interpretación orientada hacia la evaluación práctica de un caso particular, patrimonio de los magistrados que llevan a cabo actos de jurisprudencia y que por ese camino pueden, algunos de ellos, contribuir también a la construcción jurídica". Entre los cuales "está en el principio de una lucha simbólica permanente en la que se enfrentan definiciones diferentes del trabajo jurídico como interpretación autorizada de textos canónicos"<sup>15</sup>. En esta división del trabajo jurídico en la lucha simbólica por la interpretación legítima de textos canónicos (en este caso particular de la Constitución) estamos ubicados, en principio, en el de la interpretación orientada hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina.

En segundo lugar, así como el referido autor señala que la lucha de clases adopta la forma de una lucha simbólica por la interpretación legítima de la realidad social, lo que establece relaciones de jerarquía (dominador-dominado), también, hacia el interior del campo jurídico, puede observarse esta situación de jerarquización o categorización. En primer término, entre las diversas ramas del derecho, por ej, el marca la relación entre el derecho civil y el derecho social (en especial el derecho del trabajo) como un desprendimiento del primero<sup>16</sup>, y en segundo término, lo que el denominamos como efectos de la homología<sup>17</sup> definido como "un mecanismo estructural entre diferentes categorías de productores o de vendedores de servicios jurídicos y las diferentes categorías de clientes, por el cual, quienes ocupan posiciones dominadas en el campo (como el derecho social) tienden a estar dedicados también a clientes de dominados que contribuyen a redoblar la inferioridad de esas posiciones".

A este respecto cabe señalar, inicialmente, que Derechos Humanos, en el campo de lo jurídico, surge como un desprendimiento del Derecho Constitucional, y como tal, posee una autonomía disciplinaria cuestionada. Este cuestionamiento puede verse materializado tanto en el hecho de que como tal, no se encuentra incorporada generalmente en la currícula de estudios de las facultades de derecho de las universidades nacionales y privadas del país, y en segundo término, porque donde se la ha incorporado, aparece como un desprendimiento del derecho constitucional, y como tal, muchas veces, se la amenaza con la reutilización. Como también, hacia el interior del derecho constitucional mismo, en la preferente protección de los de-

nomiñados derechos subjetivos (derechos poseídos) en relación con los que podemos denominar derechos en expectativa (derecho de acceso a los DD. HH.), o del tratamiento o calificación como *self-effectuating* de los derechos civiles y políticos, en detrimento de los programáticos (no operativos, en forma indefinida temporalmente), correspondientes a los derechos económicos, sociales y culturales, que reproducen esta relación de jerarquía en el campo jurídico, y de dominación en el espacio social.

Pero también, los efectos de la homología se ven aquí fuertemente ratificados, en primer lugar, por el posicionamiento en el campo de lo jurídico, de "los defensores de los derechos humanos"; son agentes sociales estigmatizados, podemos decir estigmatizados, como institucionalizados, y en general, por no responder al hábitus propio del campo (entendamos, como productor de la posición y la trayectoria social de los individuos, y como productor de la pertenencia al campo o clase y a la reproducción del mismo), o simplemente, cuestionadores de éste, colocándonos así en una situación de subordinado o dominado, con respecto a las reglas propias de funcionamiento del campo, generalmente admitidas como condición de pertenencia. De igual modo, sus clientes provienen de la clase social de los dominados, en última instancia, víctimas de la dominación, desposeídos de sus derechos (pobres e indígenas, desocupados, víctimas del gatillo fácil o del terrorismo de Estado, etc., etc.). Esta situación de dominados dentro del campo que representa los intereses de las clases sociales dominadas en el espacio social, produce un efecto de homología que no hacemos que reafirmar o reproducir las situaciones de dominación<sup>18</sup>.

Consecuentes de este posicionamiento, y de los mecanismos de dominación descritos, entendemos esta lucha simbólica por la definición de lo legítimo, como cuestionadora de tales mecanismos y realidades, buscando formas de reversión de las mismas, partiendo de su reconocimiento.

En tercer término, el referido autor<sup>19</sup> señala que la retórica de la autonomía, de la neutralidad y de la universalidad (que generan los efectos consiguientes) constituyen la expresión misma de todo el funcionamiento del campo jurídico, en particular, del trabajo de racionalización, al que el sis-

(3) Referire aquí una pequeña anécdota personal: Cuando abogados de Derechos Humanos requerimos al Colegio de Abogados al que pertenecemos, se presentaron como querrelantes con una causa penal donde se investigaba la responsabilidad de quién podría ser el autor de la muerte y desaparición forzada de varios colegiados, reconocidos por la institución en tal carácter (en la lista anual figuraban como abogados desahucados). El Colegio resolvió rechazar tal presentación aduciendo la eventual inconstitucionalidad de la ley que declaró la nulidad absoluta de las leyes de impunidad (Punto Final y Obediencia Debida) y que en principio, había que continuar con la causa. Actualizado esquilmo, en primer término, por la relación de agente social sujeta (reclamante o demandado) como agente de producción simbólica en el campo jurídico, como la de los abogados víctimas por igual carácter y como prevalencia de la producción simbólica (violencia simbólica) de los agentes dominantes en el mismo campo, sobre los dominados, que mediante una retórica autónoma, neutralizada y universalizada, contribuyen reafirmando las relaciones sociales establecidas y su legitimación. (Bourdieu, Pierre, ob. cit., págs. 172/174.)

(4) Bourdieu, Pierre, "Poder, Derecho y Clases Sociales", Ed. Desclee de Brouwer S.A., Colección Pálpares, Derechos Humanos y Desarrollo, Bilbao, España, 2000.

(5) Bourdieu, Pierre, ob. cit., pág. 175.

(6) Bourdieu, Pierre, ob. cit., pág. 270.

(7) Bourdieu, Pierre, ob. cit., pág. 219.



ya que, por razones de espacio, metódicamente no transcribiremos dichos textos, los que deberán consultarse por este medio, para favorecer así una mejor comprensión.

Considero pertinente, además, formular algunas consideraciones en relación a la importancia disciplinar e institucional de los Derechos Humanos. Desde el primero de los abordajes, hay que señalar, inicialmente, que los Derechos Humanos surgen histórica y teóricamente, como un desprendimiento del Derecho Constitucional (en algunas currículas, por ejemplo, puede apreciarse como un mero desdoblamiento de la materia madre). Que además, en el campo de lo jurídico (lo que quedará más explicitado en la parte final de esta introducción), los Derechos Humanos aparecen en un posicionamiento subordinado, dependiente, en la lucha por la representación simbólica legítima de lo social. Este doble condicionamiento de subordinación (Histórico y Teórico), a su vez se erige, aunque parezca paradójico, en el fundamento de su independencia y de su importancia, ya que, no son casuales, sino causales, tales posicionamientos, por quienes dominan el campo jurídico.

Pasaré a explicarme. *Derechos Humanos es esencialmente intra e interdisciplinario*. Es intradisciplinario, en el sentido de que, una visión jurídica integral de la disciplina, no sólo exige incorporar temas históricamente pertenecientes al Derecho Constitucional (el régimen de derechos y garantías) y al Derecho Internacional Público (Sistemas Universal y Regionales de Promoción y Protección), unidos innegablemente por aplicación del principio de subsidiariedad, y por la Jerarquía Constitucional de determinados instrumentos internacionales de DD.HH., sino porque, además, corresponde se analice "el impacto" que el sistema de derechos humanos genera sobre las restantes disciplinas del derecho, por aplicación del principio de supremacía, el que, inicialmente, corresponde se formule desde el lugar teórico y disciplinar de los Derechos Humanos.

Pero es interdisciplinario, porque la búsqueda de posibles explicaciones, a los diversos niveles de efectividad (principio propio de este campo), por ejemplo, exigen recurrir al auxilio de otras disciplinas (filosofía, historia, política, sociología, etc.) lo que rompe con la visión hegemónica (del campo jurídico) en la interpretación y la aplicación del derecho. Esta breve aproximación, resulta desde ya suficiente, para caracterizar las particularidades propias de la materia, y como dije antes, para entender, también, las razones de las resistencias y oposiciones que genera, en el campo de la interpretación y aplicación del derecho.

Pero a ello hay que sumarle las implicancias institucionales, que pueden quedar sintetizadas en el análisis de la relación Democracia-Derechos Humanos (la Convención Americana sobre Derechos Humanos la establece) por ejemplo, y que significa adentrarnos, en la doble significación de esta relación: La democracia como ámbito político propicio para el desarrollo de los DD.HH., y la realización efectiva de los mismos como fin u objetivo primordial del Sistema Democrático, lo que puede llevar a clasificar o calificar

una acción de gobierno o determinadas formas de gestión política o pública; y que, volvemos a insistir, una visión integradora de la materia, entendemos, exige incorporar.

También deseo formular algunas breves consideraciones sobre el proceso de enseñanza-aprendizaje en materia de Derechos Humanos. Como bien ha señalado Ana María Figueroa (Enseñanza de los Derechos Humanos, en *Derechos Humanos. Un Debate Necesario*, IIDH, pág. 121) "El enfoque interdisciplinario es la manera más correcta en la que ella debe abordarse, con una concepción de que los 'derechos humanos' no son patrimonio de una materia, sino un área de conocimiento". Esta concepción como área de conocimiento, instala a los Derechos Humanos en un campo propio y particular, y define, de algún modo, sus criterios de abordaje en el proceso educativo. No es posible comprender y explicar Derechos Humanos, abordándolo exclusivamente como un conocimiento formal-normológico, es imprescindible interactuarlo con la historia, con la política, con la filosofía, con la interdisciplina, ya sea, para comprender y explicar ¿Qué son?; O porqué en determinado momento No Son; o Qué hacer para que Sean. En definitiva, para que frases como "Una política basada en los Derechos Humanos" o "Un perfil profesional basado en los Derechos Humanos" o "Una sociedad respetuosa de los Derechos Humanos", no sean meras frases huecas, carentes de contenido sustancial.

Para ello, es vital que el proceso de enseñanza-aprendizaje genere compromiso, entendido aquél como un intercambio dinámico que internalice los Derechos Humanos, venciendo formalismos, prejuicios y discriminaciones, y que haga comprender, en definitiva, que cada uno desde su lugar, no sólo es su beneficiario, sino también su constructor. Ello no es una tarea sencilla, y mucho menos si queda en las solas manos de una materia en una carrera, pero aun así, en ese proceso transformador que representa, creemos que igualmente vale la pena. Por ello, desde lo metodológico, tendremos presente esta forma particular de abordaje, en la medida en que una obra de estas características nos lo permita.

A modo de ejemplo esta breve experiencia pedagógica. El derecho a la movilidad jubilatoria (art. 14 bis C.N.), en un mismo período temporal (1991-1995) ha sido diversamente interpretada por la jurisprudencia de la CSJN (Caso Chocobar [1996] - Caso Sánchez, María del Carmen [2005]). Su abordaje no sólo permite distinguir claramente la aplicación de dos teorías interpretativas diversas de un mismo tema: en el primero la denominada Teoría de la Constitución Promesa, o de los derechos programáticos y en el restante la denominada Teoría de los Derechos, fuertemente vinculada con la evolución internacional de los derechos humanos, pudiéndose establecer no sólo sus orígenes y sus características, y sus diferencias, sino que, a partir de su análisis, desde la perspectiva de la Teoría Crítica, que ubica al derecho como una construcción social y como un discurso del poder, permite explicar las diferencias, a través del análisis de los contextos políticos, sociales, económicos e institucionales en que ambos fallos se pronuncian, superando los estrechos marcos de la exclusiva interpretación normológica.

## CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Considero pertinente realizar una serie de consideraciones previas, introductorias a la lectura del presente Manual de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, que materialicen su objeto y expliciten el lugar desde el cual el mismo se formula.

Como éste se inscribe dentro de la Serie Académica de la Editorial La Ley, cabe señalar que está dirigido, principalmente a los estudiantes, y por ende es un manual de estudio. Como tal, pretende, simultáneamente, ser un texto para la formación como para la reflexión del alumno, para ello, se proporcionarán: información, criterios interpretativos y planteamientos críticos, como asimismo, se procurará insertar el campo de lo jurídico, en el espacio social, interrelacionándolo con otros campos (el político, el cultural, el religioso, etc.), para poder aproximar alguna explicación sobre la actualidad jurídica y social de los Derechos Humanos, en un mundo histórica y actualmente convulsionado, por la utilización, que yo me atrevo a calificar casi como sistemática, de la violencia, con sus consecuencias de muerte y de impunidad.

Partiendo de la idea de que los Derechos Humanos, se tornan inteligibles, en la medida en que son analizados a través de su presencia en campos diversos (campo filosófico, campo político, campo histórico, etc.) es que el Programa que desarrollaremos (que coincide con el vigente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, cuya titularidad ejerce el suscripto) no se detendrá exclusivamente en el análisis crítico del orden normativo constitucional, sino que además, en cuatro módulos (que calificamos como introductorios) procederemos al análisis de aspectos filosóficos, sobre principios generales de los DD.HH., aspectos históricos, y sobre problemáticas actuales, para luego adentrarnos en los aspectos más propiamente constitucionales, y los dos últimos módulos serán dedicados a las garantías constitucionales y al Sistema Internacional de Promoción y Protección. Finalmente, deseamos destacar que, en diversos pasajes del libro hemos optado por la transcripción de textos de terceros, con el fin de que el lector tome contacto directo con los mismos, y a partir de ello, también pueda reinterpretarlos en su alcance, más allá del criterio o criterios expuestos por el suscripto. Por otra parte, recomendamos el seguimiento de los contenidos del Manual, con el texto de la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos jerarquizados,

Wlasko, Juan Carlos

Manual Crítico de Derechos Humanos.- 2ª ed.-  
Buenos Aires: La Ley, 2011.

480 p.: 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1993-1

1. Derechos Humanos. I. Título

CDD 323

1ª edición: 2005

2ª edición: 2011

© Juan Carlos Wlasko, 2011

© de esta edición, La Ley S.A. E. e I., 2011

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida

o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio

electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación

o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información,

sin el previo permiso por escrito del editor y el autor

*Printed in Argentina*

All rights reserved

No part of this work may be reproduced

or transmitted in any form or by any means,

electronic or mechanical, including photocopying and recording

or by any information storage or retrieval system,

without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 800 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-1993-1

ARGENTINA

*A Gloria*

*Compañera sin la cual  
nada me hubiera sido posible.*

*"Ahora estoy más tranquilo, por una parte,  
porque he oído tu voz dulce, he sentido tu amor,  
y sé que eres más mía que nunca.  
Pero, por otra parte, estoy inquieto  
(la vida es terriblemente dialéctica)."*

ANTONIO GRAMSCI

# MANUAL CRÍTICO DE DERECHOS HUMANOS



2ª EDICIÓN ACTUALIZADA

JUAN CARLOS WLASIC

*Profesor titular de Derechos Humanos  
y Garantías Constitucionales*

*Facultad de Derecho  
Universidad Nacional de Mar del Plata*

**LA LEY**