

Teoría y praxis en Derechos universales. Más allá de la ambigüedad ética

Eduardo Jorge Tagliani*

Resumen:

La vida humana ha exigido siempre, entre otros, alimentos, vivienda, libertad, justicia, seguridad y valores culturales.

Es sabido que la estructura en que se asienta la racionalidad jurídica de la Modernidad es la construcción teórica de los derechos humanos que ha estado orientada por el paradigma de: "simplicidad + individualidad" llegando a su máxima expresión con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este paradigma - universalmente aceptado en lo teórico - ha contribuido al ocultamiento de la pluralidad, la diversidad y la complejidad ontológica de las sociedades que no son mera suma de individuos. También ha ayudado a dificultar la aplicación concreta del goce de los derechos universales desde el Estado hacia las personas.

Se dice que el gran invento jurídico-político de la Modernidad reside en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a y de todos los hombres, y en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos que, no obstante llamarlos así o "fundamentales" o "universales", aflora en ellos su identidad axiológica: el hombre tiene estos derechos por su sola condición, los tiene y los ostenta por su propia naturaleza.

Es decir: su ratio es el conjunto de necesidades esenciales de cada individuo en convivencia social. Esta razón está fundada en el respeto de la legalidad supranacional de los mismos y en la necesidad de llevar a la práctica la segunda generación de ellos, tales como los derechos económicos, sociales y culturales (cf. art. 28, D.U.D.H. y art. 26, Pacto de San José de Costa Rica).

Partiendo de que el principio de organización de las democracias se basa en la separación de poderes como herramienta básica para lograr la protección de los derechos humanos que la comunidad internacional se comprometió a respetar, el mismo deviene así en el concepto de "Estado social de derecho" en el que las funciones estatales se han multiplicado para dar satisfacción a los múltiples derechos de segunda generación nombrados y reconocidos a las personas así como a la concepción del principio de igualdad, no sólo como igualdad ante la ley, sino como igualdad de oportunidades.

Creemos que pocos de los derechos humanos son absolutos y el ejercicio de ellos, inclusive, puede estar limitado circunstancialmente. Así, podrían admitirse dos planos de movimiento permanente por la transformación de la sociedad: el ideal y el de la realidad o práctico

Por un lado, el plano ideal, en el que los derechos humanos se sostienen como valores realizables a partir del respeto y sujeción a un orden predeterminado y donde no es necesario individualizar a nadie, siendo el hombre el sujeto principal, como tal y como partícipe de la sociedad. Por otro, la realidad práctica, aquella que enfrenta al hombre con la sociedad en que vive y al hombre con el Estado, sea porque otro lo condiciona, o porque no goza de los derechos a que positivamente accede y donde resulta preciso limitar el derecho a la jurisdicción; porque será justamente ella quien retornará las cosas a su estado natural. Hay en esto una realidad práctica: si el derecho no tiene posibilidades de protección y aplicabilidad concreta, es como un ser inanimado, no existe en la coexistencia social.

* Maestro Normal Nacional (ENNAM); Abogado - Procurador (F.D.y Cs. SS. UBA); Abogado Especializado en Derecho de Familia y Sucesiones (UNLZ); Mediador (CI.JU.SO.-COL.PRO.BA); Doctorando en Filosofía - (Dpto Humanidades y Artes U.N.La.); Ex Docente Derecho Político (UBA) y Derecho Civil y Realidad Social Latinoamericana (UNLZ).

Derecho escrito y realidad, entonces, son dos situaciones que marcan una difícil confrontación entre lo ideal y lo posible. Podrá existir el mejor sistema que anude derechos con deberes y obligaciones, pero bien cierto es que si ellos no se realizan, se cae en la más pura abstracción.

Los fundamentales, son derechos de la comunión y la pacífica armonía del hombre en coexistencia y generan a su vez un marco de adecuación en el sistema político por el que atraviesen y por eso, aun manteniendo innato su espíritu, pueden reformularse en base – desde una óptica filosófica – a su condición de posibilidad, la que podríamos denominar en la práctica como “sus condiciones de viabilidad”. Los problemas políticos en la vigencia de los derechos humanos aportan otro contra-peso cuando el gobernante o el sistema no acompañan en el empeño por realizar concreta y francamente el compromiso con la comunidad.

La cuestión se centra en que si la exigencia se reduce a la especificación de casos concretos o el llevar a cabo de una manera más laxa las normas que ya existen, sin alterar el paradigma jurídico-constitucional que se funda en la titularidad individual de los derechos fundamentales. Lo que debiéramos tener en cuenta es que, en la práctica, en su aplicación, no reaparezcan formas de discriminación injustificadas. Es decir: poder discernir lo ético en la aplicación práctica de los derechos.

En el fundamento de la ética, Dussel nos habla sobre sus principios, mencionando entre ellos a lo formal, lo material y a la factibilidad u operabilidad que es lo que determina el ámbito dentro del cual es posible (técnica, económica y políticamente) efectuar lo que esta jurídicamente dispuesto y éticamente permitido hacerse.

Esta última y fundamental parte sirve de base para el desarrollo de lo que llama “ética crítica” o “de la liberación” y que se inicia con la afirmación ética de la vida o del goce de sus derechos, negados a las víctimas - por pobreza, marginalidad, discriminación, exclusión, etc.) y el reconocimiento de su dignidad y de su posición asimétrica o excluyente en la no participación discursiva.

Las mismas víctimas (los individuos de carne y hueso), en intersubjetividad formal discursiva y antihegemónica, van adquiriendo conciencia crítica. Eso va creando solidaridad y corresponsabilidad, para construir alternativas dialécticamente posibles. Finalmente, se construyen positivamente nuevos momentos en normas o en instituciones y serán esas mismas víctimas, asimétricamente situadas en la comunidad hegemónica, las encargadas de construir una nueva simetría. Ese será el paso del plano ideal al real del goce de los derechos universales. De la teoría a la praxis a través de lo ético.

Teoría y praxis en Derechos universales. Más allá de la ambigüedad ética

Introducción

La vida humana ha exigido siempre, entre otros, alimentos, vivienda, libertad, justicia, seguridad y valores culturales.

Es sabido que la estructura en que se asienta la racionalidad jurídica de la Modernidad es la construcción teórica de los derechos humanos que ha estado orientada por el paradigma de: “simplicidad + individualidad” llegando a su máxima expresión en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, faro rector del destino de la Organización de las Naciones Unidas.

Ya desde el preámbulo de su documento angular, la organización parte de la premisa de “... *que los pueblos de las naciones unidas han reafirmado... su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad*” (DUDH), enlazando la creencia – aunque se usa la palabra ‘fe’ - en los derechos fundamentales con la persona y el objetivo de promover el progreso de las sociedades con la elevación del estándar de vida de sus miembros dentro del marco de la libertad. Tras cartón, varios de la treintena de artículos de la DUDH ratifican este primer concepto inicial.

Aquel paradigma de la pertenencia del derecho a la persona individual, universalmente aceptado en lo teórico, ha contribuido en forma indirecta pero segura, al ocultamiento de la pluralidad, la diversidad y la complejidad ontológica de las sociedades que no son mera suma de individuos. Y, en consecuencia a ello, ha ayudado a dificultar la aplicación concreta del goce de los derechos universales desde el Estado hacia las personas.

Para ampliar este esquema introductorio debemos indicar – concepto que ampliaremos *infra* - que el gran legado de la Modernidad residió en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea de los derechos ‘a’ y ‘de’ todos los hombres, y tras ello, el de haber formulado el concepto de tales derechos como “humanos”, lo cual, no obstante llamarlos así - o “fundamentales” o “universales” - hace que aflore en ellos su identidad axiológica: el hombre tiene estos derechos por su sola condición, los tiene y los ostenta por su propia naturaleza.

Es decir: su *ratio* es el conjunto de necesidades esenciales de cada individuo en el marco de su convivencia social. No tendría andamio si el hombre fuese un ser solitario.

Esta razón está fundada en el respeto de la legalidad supranacional de los derechos humanos y en la necesidad de llevar a la práctica en la vida cotidiana la segunda generación de ellos, tales como los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere la propia Declaración Universal y también el Pacto de San José de Costa Rica. (art. 28 DUDH y art. 26 Convención Americana sobre DDHH).

Pero ello no lo es solamente por una específicamente jurídica. Comprobamos que, prácticamente desde el último cuarto del siglo XX y marcado por hitos y eventos descomunales tales como la caída del muro y el fin de la polaridad dual, el terminarse la preeminencia del Estado gendarme garante de la paz planetaria, la globalización, la dicotomía Islam-Occidente y el advenimiento de nuevos jugadores emergentes en el tablero mundial (BRIC), nos vemos obligados a repensar aquel paradigma por medio de un cambio cualitativo hacia uno al que la idea de los derechos individuales le es totalmente ajena, por muy importantes que sean sus aportaciones en otros campos.

Se trata de un nuevo paradigma individual que se instala en la cabeza de cada persona y colectivo en la medida de su sociabilidad, que hará girar todo lo humanamente importante en torno al ser individual con derechos propios pero inserto en sociedades cosmopolitas, haciéndonos pensar en que no pareciera ser constructivo debatir solamente una versión débil de la teoría de los derechos colectivos que se limite a exigir interpretaciones favorables de los derechos de la libertad individual para toda persona que no pertenezca o no esté comprendida en las mayorías, que exprese otro escenario socio-cultural, o una minoría, o que, directamente, no sea oído en el reclamo del ejercicio de sus derechos y necesidades por el Estado proveedor.-

1. Hacia un nuevo paradigma

Partiendo de que el principio de organización de las democracias se basa en la separación de poderes como herramienta básica para lograr la protección de los derechos humanos que la comunidad internacional se comprometió a respetar, el mismo deviene así en el concepto de "Estado social de derecho" en el que las funciones estatales se han multiplicado para dar satisfacción a múltiples derechos de segunda generación indicados y reconocidos a las personas así como a la concepción del principio de igualdad. Los artículos 2º, 7º, 17º, 22º, 25º y 29º de la D.U.D.H. enmarcan principalmente los mismos.

Creemos que pocos de los DDHH son absolutos y el ejercicio de ellos, inclusive, puede estar limitado circunstancialmente. De tal manera, podrían admitirse dos planos de movimiento permanente por la transformación de la sociedad: el ideal y el de la realidad o práctico.

Así, por un lado, el plano *ideal*, en el que los derechos humanos se sostienen como valores realizables a partir del respeto y sujeción a un orden predeterminado y donde no es necesario individualizar a nadie, siendo el hombre el sujeto principal, como tal y como partícipe de la sociedad.

Por otro, la *realidad práctica*, aquella que enfrenta al hombre con la sociedad en que vive y al hombre con el Estado, sea porque otro lo condiciona, o porque no goza de los derechos a que positivamente accede por imperio de las leyes vigentes.

En el escenario de la realidad cotidiana, si el derecho no tiene posibilidades de protección y aplicabilidad concreta, es como un ser inanimado, no existe en la coexistencia social.

Derecho escrito y realidad, entonces, son dos situaciones que marcan una difícil confrontación entre lo ideal y lo posible. Podrá existir el mejor sistema que anude derechos con deberes y obligaciones, pero bien cierto es que si ellos no se realizan, se cae en la más pura abstracción.

Los derechos fundamentales deben articular la comunión y la pacífica armonía del hombre en coexistencia y a su vez generar un marco de adecuación en el sistema político por el que atraviesen y por eso, aun manteniendo innato su espíritu, pueden reformularse en base - desde una óptica filosófica - a su condición de posibilidad, la que podríamos denominar en la práctica como "sus condiciones de viabilidad".

Los problemas políticos en la vigencia de los derechos humanos aportan otro contrapeso cuando el gobernante o el sistema no acompañan, más allá de lo que se declama, en el empeño por realizar concreta y francamente el compromiso de aplicación efectiva en la comunidad.

La cuestión se centra en si la exigencia se reduce a la especificación de casos concretos o en el llevar a cabo de una manera más laxa las normas que ya existen, sin alterar el paradigma jurídico-constitucional que se funda en la titularidad individual de los derechos fundamentales. Entonces, lo que se debiera tener en cuenta es que, en la práctica, en su aplicación, no reaparezcan formas de discriminación injustificadas. Es decir: poder discernir lo ético en la aplicación práctica de los

derechos.

En síntesis: transitar el sendero hacia un nuevo paradigma.-

2. El nuevo paradigma y la universalidad de los derechos humanos.

Quizás la grieta más profunda de los derechos humanos en nuestros días sea es la que se sitúa en "... *la contradicción entre la literatura enaltecedora del tiempo de los derechos y la literatura denunciante del conjunto de los 'sin derechos' ...*"(Bobbio 1991: 22).

Los derechos que proclaman tanto la declaración universal como las continentales y todos los convenios entre países, son los declamados en las convenciones y congresos internacionales. Los que se denuncian en cierta literatura y otros ámbitos, son los que la gran mayoría de la humanidad tiene en derecho aunque no los tiene en su ejercicio de hecho aunque sean en forma solemne e insistente, repetida y constantemente proclamados en tales declaraciones y reuniones.

Comienza así a perfilarse otra teoría ampliatoria de los derechos que se ha definido como la de los *polyethnic rights* (Kymlicka, 2004:31) y que se refiere a un conjunto de concesiones y excepciones a favor de personas que pertenezcan a diferentes minorías socio-culturales.

Esta nueva visión ha sido desarrollada por el filósofo canadiense Will Kymlicka quien fundamenta la extensión del liberalismo a las culturas y minorías propiamente nacionales así como a las de origen en la migración, incluyendo dentro de un marco político liberal a los derechos colectivos junto a las libertades individuales. Este autor rechaza tanto la neutralidad como la ingerencia autoritaria del Estado y el concepto meramente individualista de libertad entre otros derechos humanos básicos y defiende un federalismo asimétrico de los estados multinacionales con minorías nacionales en su territorio como, por ejemplo, en Canadá y España.

El cambio de paradigma que visualizamos tiene que ver, por lo tanto, con un cambio en la imagen del mundo y en las creencias compartidas por un conjunto notable de teólogos, juristas, filósofos y científicos, literatos y artistas que empiezan a rever al hombre en sociedad como el centro de su atención y no como un apéndice de los estados nacionales.

Creemos que la modernidad política tiene dos aspectos esenciales: uno de ellos es la noción de Estado de Derecho - sujeción de gobernantes y gobernados a la ley - que tiene por objeto limitar el poder arbitrario mediante la unidad y la coherencia del sistema jurídico. El otro, la idea de soberanía popular, que permite el ascenso de la democracia y el reemplazo de la unanimidad por el debate, de la imposición desde arriba al consenso desde abajo.

También es sabido que el principio de organización de las democracias contemporáneas descansa en la separación de poderes, pues ésta es la técnica para lograr la protección de los derechos humanos que la comunidad internacional se ha comprometido a respetar y para obtener una organización del poder del Estado que les dé seguridad y respeto. El objetivo de esta separación consiste en evitar la acumulación en un solo órgano de las múltiples funciones que cumple el Estado.

Esta separación tiene hoy aún un mayor impacto por el concepto ya adelantado de "Estado social de derecho", pues, como se ha dicho antes, las funciones estatales se han multiplicado para poder cubrir e intentar satisfacer los derechos de todas las personas en la comunidad y al principio de igualdad, no sólo como igualdad ante la ley, sino como igualdad de oportunidades para la consecución del goce de esos derechos.

Dentro del proceso irreductible de la globalización, nos encontramos con dos tendencias opuestas entre universalidad y diferencialidad que nos están sometiendo a todo tipo de dilemas y

contradicciones que de alguna forma tenemos que afrontar, tales como las concepciones comunitaristas, las populistas o las de la tradición liberal.

Hacia 1968, la humanista suiza Jeanne Hersch en su carácter de Directora de la División de Filosofía de la UNESCO, solicitó a los estados miembros de la O.N.U., así como a expertos de diferentes culturas, que le enviaran aclaraciones sobre el significado de los derechos humanos.

El resultado, formidable desde el punto de vista de su valor universal puede condensarse en las propias palabras de esta autora: *“Si bien puede no existir un concepto universal de los derechos humanos, todos los hombres en todas las culturas necesitan, esperan y son conscientes de esos derechos[...] Con frecuencia la expresión adquiere forma de protesta o rebelión contra un acto particular de violencia o privación, contra una restricción, una mentira o una injusticia. Pero lo importante es que en todos los casos se percibe una exigencia fundamental; todo ser humano, simplemente porque es un ser humano, tiene derecho a algo: respeto y consideración. [...] derecho al reconocimiento de la dignidad que exige para sí mismo porque conscientemente tiende a un futuro. Las muy diversas formas en que se expresa esta universalidad sólo prueban su autenticidad, y en mi opinión la vuelven más asombrosa. Todo hombre desea "ser un hombre", ser reconocido como ser humano y, si este deseo se ve frustrado, su sufrimiento puede ser tan intenso que prefiera la muerte.”* (Hersch 1985:147-8)

La exigencia de universalidad, entonces, sigue siendo una condición imprescindible y necesaria para el reconocimiento de los derechos inherentes a todos los seres humanos excluyendo todo tipo de discriminación o marginación.

Es el momento de que los derechos dejen de ser objeto de apropiación y de que se yergan nuevamente sobre el horizonte sombrío de una humanidad turbada para dibujar los perfiles de una nueva utopía, cuya proyección histórica permitirá la conciliación de la racionalidad tecnológica con la racionalidad de los fines, del derecho con la justicia, del tránsito - en definitiva - de un nuevo paradigma hacia la universalización práctica en complemento de la teórica alumbrada en el siglo XX.-

3. El planteo jurídico

El problema de establecer la categoría jurídica a que pertenecen los derechos humanos retorna a la polémica tradicional en el Derecho entre el positivismo y el naturalismo.

La pregunta sobre si hay más derecho que sólo el establecido por el legislador o por las autoridades del Estado, acompaña a la historia de la humanidad.

Al eterno *“retorno del derecho natural”* que desde la óptica iusnaturalista, esgrimió H.A. Rommen, el iusfilósofo español Andrés Ollero Tassara lo complementó con la *“eterna rutina del positivismo jurídico”* (Ollero Tassara 1996), aquel interrogante medular centrado en el alcance y objeto de la validez u obligatoriedad jurídica, no sólo ha acompañado a la humanidad desde aquellos que de antiguo se interrogaron o *“admiraron”* por el derecho y el poder político (tal el caso de Aristóteles), sino que a lo largo de la historia suscitó grandes debates aún inconclusos.

Por eso, el nombrado jurista alemán, reconocido por las persecuciones que él sobre ejercieron los nazis, explicaba muy bien que *“... la idea de un derecho natural puede surgir sólo cuando la razón descubre que no todas las leyes son inmutables, que pueblos distintos viven de acuerdo con leyes distintas y que casi imperceptiblemente el derecho cambia. Se concluye entonces en que no todo derecho es derecho divino, inmutable y sagrado, sino que existe también un derecho humano cambiante”* (Rommen 1956:179)

El empalme entre la categoría jurídica con la persona humana abre distintas posibilidades de

análisis. Así, como antes dijimos, no obstante que podamos llegar a llamarlos "derechos humanos", "derechos naturales", "derechos fundamentales", "derechos del hombre", "derechos individuales", etc., en todas estas denominaciones aflora un valor, una identidad axiológica.

Adscribimos, entonces, a la corriente de pensamiento que afirma que el hombre tiene estos derechos por su sola condición, no importando el nombre que se les asigne. El ser humano los tiene y los ostenta por su propia naturaleza y condición: la humana.

Estos derechos fundamentales son propios de la naturaleza humana porque le son inherentes y “...lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”. (Truyol y Serra, 1968:11)

Al estar afuera de cualquier orden jurídico por estar más allá del orden normativo concreto, de ser "supra o metapositivos", es decir: no establecidos por una declaración de la voluntad del hombre al instituir un sistema normativo sino por serle a éste inherentes, sólo puede colegirse su factibilidad concreta a partir de una situación ideal: su respeto a ultranza. Sería algo así como un código de conducta; una ética del comportamiento.

Ahora bien, la cuestión radica en que si los derechos humanos fueron sólo eso carecerían de la realidad ontológica de un orden objetivo, y como tales, serían consagraciones para una sociedad ideal tal como las esbozadas por Platón o Tomás Moro.

Pero son trascendentes a la persona misma por interesar su acatamiento y realización a todo el conjunto en cada comunidad..

A propósito, el político español Peces Barba sostiene que los derechos fundamentales son “valores o paradigmas de un derecho futuro” y que de “... esos derechos sólo se puede hablar en sentido estrictamente jurídico una vez que son recibidos en un derecho positivo”. (Peces Barba 1980:16) De manera tal que si los derechos humanos son un valor a realizar, el mecanismo que les insufla vida sólo puede ser determinado por su positivización, su encuadre en términos de obligatoriedad y de vigencia.

Es el jurista argentino Bidart Campos quien refiere sobre la presencia positiva de los derechos humanos en el sector de los valores tales como justicia y equidad y que hay plenitud de tales en el sector de las conductas, expresando que si “... hay derechos humanos es porque ellos coexisten en la realidad como derecho de posible cumplimiento y exigencia” (Bidart Campos 1983: 181). Deben ser valores existenciales que obran con su positivización por la idea de imponer la justicia que ellos representan.

El hecho de aceptar como positivos a los derechos humanos no nos lleva sólo a sostener que deban ser realidades escritas en una declaración, un estatuto o en una ley que los identifique y reconozca. Realmente, lo que verdaderamente importa es el esfuerzo intersubjetivo que concibe la practicidad a partir de la comprensión social que los incorpora y remedia como valores de tránsito constante.

Otro tratadista ibérico de los derechos humanos, Pérez Luño, ratificando lo dicho antes afirma que: “*El gran invento jurídico-político de la modernidad reside, precisamente, en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos a todos los hombres, y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de los derechos humanos*” (Pérez Luño 2005:23).

En la línea de nuestro pensamiento, también agrega que: “*Hay una praxis histórico social en la que el Derecho y los valores éticos-jurídicos - y por tanto, también derechos humanos - surge y se desarrollan, lo que cifra el fundamento de los derechos en el despliegue multilateral consciente de las necesidades humanas, que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica.*” (Pérez Luño 1984:162).

Nos queda claro que muy pocos de los derechos humanos son absolutos y el ejercicio de ellos, inclusive, puede estar limitado circunstancialmente. Si existe cercenamiento - recordando que el derecho se resuelve como exigencia práctica por ante el estrado judicial - sólo quien se ve o cree afectado podría pretender su reparación. Es decir, el que detenta el derecho subjetivo.

En el ámbito específico de los derechos humanos pensamos que esta peculiar situación que relaciona al titular del derecho con la pretensión esgrimible, sólo tiene andamio a partir de resolver no tanto la condición jurídica de quien reclama (lo que en este plano denominamos legitimación procesal), sino la situación específica que se padece o que se sufre, a lo que podríamos denominar legitimación propia o natural.

Es decir, y tal como adelantamos (en el punto 1) al esbozar el camino hacia un nuevo paradigma, podrían admitirse dos segmentos de movimiento permanente por la transformación de la sociedad: por un lado, el *ideal*, donde los derechos humanos se sostienen como valores realizables a partir del respeto y sujeción a un orden jurídico predeterminado e inserto en declaraciones, pactos, etc.

Por el otro, la *realidad práctica de la vida cotidiana*, aquella que enfrenta al hombre con la sociedad o al hombre con el Estado, sea porque otro lo condiciona, o porque no goza de los derechos a los que positivamente debiera tener acceso a través de éste.

En el primero, no es necesario individualizar a nadie: el sujeto principal es el hombre como tal y como partícipe de la sociedad.

En el segundo, resulta preciso dirigir el derecho a la órbita jurisdiccional porque será justamente ella quien retornará las cosas a su estado natural. Se desprende de esto una realidad práctica: si el derecho no tiene posibilidades de protección, es como un ser inanimado, no existe en la coexistencia social.

No obstante, la vía de la tutela judicial o de la protección de los jueces es subsidiaria pues obra como garantía pero no hace a la esencia constitutiva de cada derecho fundamental. De tal suerte, el derecho no se resuelve funcional por la coacción en caso de incumplirse sino por su valor axiológico.

En definitiva, los derechos humanos sólo son parte del marco del derecho positivo en la medida del consenso unánime de su necesidad.-

4. El planteo socio-cultural.

Tratemos ahora de ver cómo se sitúan los derechos fundamentales desde una visión socio-cultural.

Derecho y realidad, son dos situaciones que marcan un difícil antagonismo entre lo ideal y lo posible.

Es evidente que podemos coincidir en reconocer a los derechos humanos como necesarios e imprescindibles, y aún tenerlos consagrados por aplicación de normas fundamentales que los enuncien como en nuestro ámbito lo es en la primera parte de la Constitución Nacional. Son derechos de la comunión y la pacífica armonía del hombre en coexistencia; generan a su vez un marco de adecuación con el sistema político por el que atraviesen y por eso, aun manteniendo innato su espíritu, pueden reformularse en base a lo que ya hemos adelantado - siguiendo al mismo Bidart Campos - como condiciones de viabilidad. (Bidart Campos 1991:241).

La juridicidad por sí misma no lleva necesariamente a un sistema inmediato de vigencia práctica. Ello porque todo cambio en el sistema de los derechos y las libertades corresponde a los cambios que afectan a las oportunidades reales que permite la estructura social. Y aquí comienza a

tallar el aspecto socio-cultural de cada grupo humano organizado.

Lo jurídico y lo social son órdenes distintos que generan respuestas distintas. Por un lado la norma trascendente que impone la voluntad del Estado sobre el ciudadano; por el otro, la dependencia fáctica del individuo para con, por decirlo en forma hobbesiana, el omnímodo Leviatán.

El filósofo francés Paul Ricoeur nos ilustra acerca de que derechos idénticos pueden no ser derechos similares en todos los aspectos y que por encima de la igualdad abstracta es necesario colocar la solidaridad entre los individuos y la interdependencia entre las sociedades. (Ricoeur en Hersch 1985:29)

La cultura de un pueblo que obre en favor de los derechos humanos supone, como primer imperativo, dar a conocer con precisión lo que esos derechos representan. A partir de la difusión se fomentan la enseñanza y la racionalidad del espíritu de aquéllos para obtener una armonía que no transite por variables inesperadas como la ignorancia de los derechos.

Compartimos la idea del jurista Morello de que el conocimiento de los derechos por el pueblo y su debida valoración por parte del Estado requiere hacerlos accesibles al descubrimiento intelectual y emocional de los gobernados y difundirlos mediante una información continua, que bien puede valerse de la publicidad de los actos públicos pero fundamentalmente de la responsabilidad republicana y del ejemplo ético de los gobernantes.- (Morello: 942)

5. El planteo ético.

El progreso moral de la humanidad está vinculado a la capacidad del hombre para hacer efectivo el catálogo ético que representan los derechos humanos. Su plena realización demanda – como ya expusimos - un nuevo paradigma espacio-temporal que supere las barreras convencionales de la política tradicional y que proyecte los derechos más allá del tiempo presente, un paradigma que permita reconciliar al hombre con sus congéneres y a la especie con el planeta.

Ahora bien, esta cuestión no es nueva. El bucear brevemente en el pensamiento y la obra de dos insignes pensadores argentinos, nos permitirá esbozar un presupuesto ético en relación a la aplicabilidad de los derechos básicos en el escenario de la cotidianeidad social.

En nuestro país, ya es centenaria la preocupación por el basamento ético del desenvolvimiento social y la búsqueda de la aplicación de los más fundamentales valores (derechos) a partir de una llamada “filosofía de la libertad”.

A principios del siglo pasado, uno de los primeros orientadores en ese sentido fue el notable conciudadano Alejandro Korn¹, quien en su vasta obra se centró en criticar el positivismo heredero de la Ilustración e instrumento de las ideas liberales entonces reinantes, enfatizando la necesidad de propender a una filosofía nueva, de orientación ética, capaz de rescatar para argentinos y latinoamericanos la dignidad de su personalidad libre y conciente.

En su “*La Libertad creadora*” (1920) Korn buscó la fundamentación de la ética elaborando su “filosofía de la libertad” apoyándose en las ideas filosóficas de Kant y de la “filosofía de la vida”. En el concepto kantiano de la voluntad libre, trató el pensador argentino de encontrar las bases para la actividad libre y creadora de la personalidad.

Diez años después escribió su célebre “*Axiología*” donde Korn afirmó que los valores se determinan por la actitud valorativa del sujeto pues en la personalidad humana se halla la

¹ Korn, Alejandro (1860-1936). Médico, psiquiatra, filósofo y político argentino. Está considerado como el iniciador del pensamiento filosófico en la Argentina

raigambre común de todos los valores. Los valores tienden hacia una misma finalidad: la libertad absoluta, que es el fundamento de la evolución social. La meta del hombre es someter la necesidad a la libertad para así alcanzar la libertad absoluta.

En su concepción, ética y libertad son conceptos correlativos y, así, la toma de conciencia que hace cada individuo sobre las limitaciones que provienen del mundo y el deseo de la libertad que es propio de su naturaleza, son los primeros pasos de la formación de la personalidad y de su autodeterminación moral.

La ética viene a ser la expresión más acabada de la personalidad, el último objeto de la acción libre, empeñada en someter el orden natural a un orden moral y tanto la independencia económica como la libertad ética son igualmente necesarias.

Korn criticó la moral del utilitarismo que tomaba lo útil por bueno y que tendía a negar la personalidad autónoma. Enfatiza que la ética supone como elementos imprescindibles un sujeto libre y responsable y una sanción. Nuestra voluntad decide y la razón apoya la decisión tomada con el mismo propósito: la libertad creadora. La actitud ética supone el sacrificio consciente de un interés individual a favor de fines supraindividuales que él llama - pomposamente quizás - el "heroísmo ético".

A nuestro criterio, es perfectamente adaptable la doctrina del célebre pensador bonaerense al análisis de la dicotomía de la fundamentación teórica de los derechos humanos y a su aplicabilidad en el mundo real. El heroísmo korniano supone adaptar la praxis individual a las necesidades de la comunidad sin menoscabo del individuo.

Pero es hacia el último cuarto del siglo XX que destella otro notable pensador argentino que propone un argumento para comprender y superar la ambigüedad ética de las invocaciones a los derechos humanos.

Se trata del mendocino Enrique Dussel² cuyo análisis sobre la conducta ética y política ocupa un lugar central en su pensamiento. Comienza criticando la moral vigente que justifica la dominación y a ella le opone su llamada "ética de la liberación."

A tales efectos, desarrolla toda una crítica de la situación socioeconómica de los pueblos en los países subdesarrollados y de las relaciones sociales de dominación. Argumenta que la ética cumple la exigencia de la supervivencia de un ser humano a la vez auto consciente y auto responsable. De tal forma, en la situación actual de la crisis ecológica, del subdesarrollo y de otros problemas globales, la ética debe servir para concientización de estos problemas y su solución.

Dussel toma a la vida humana como punto de partida, desarrollando un concepto omnicompreensivo sobre la misma que fundamenta normativamente un orden, exige alimentos, vivienda, seguridad, libertad, valores culturales. Enfatiza el aspecto material de la vida, la corporalidad, pero en unidad con las características socioculturales del organismo viviente como un ser lingüístico, autoconsciente y ético.

De tal suerte, ser sujeto significa asumir la responsabilidad solidaria por su propio "ser" como un "deber-ser". Dicha autorreflexión se expresa en exigencias de valores culturales y obligaciones éticas que se formulan en enunciados normativos.

Sintetizando, la vida humana es el criterio de la verdad práctica.

Desde este criterio Dussel fundamenta el principio ético material universal que se basará en tres otros principios: lo formal, lo material y la factibilidad u operabilidad que es lo que determina el ámbito dentro del cual es posible - técnica, económica y políticamente - efectuar lo que está

² Dussel, Enrique (1934-). Filósofo argentino, naturalizado mexicano. Investigador en Ética, Filosofía Política y Filosofía latinoamericana, es uno de los fundadores de la Filosofía de la Liberación.

jurídicamente dispuesto y éticamente permitido hacerse.

El primer principio es que todo el que obra éticamente debe producir, reproducir y desarrollar la vida de cada sujeto humano en comunidad, en último término de toda la humanidad. Es un enunciado normativo con pretensión de verdad práctica universal que será el contenido y el deber ético de todo acto, institución, o sistema de eticidad cultural.

Dussel desarrolla su concepto en el debate con la Ética del Discurso desarrolladas por los maestros Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas. Asimila creativamente sus ideas innovadoras desde la perspectiva de la Ética de la Liberación. Al mismo tiempo, critica la "falacia del formalismo" discursivo analizando la cuestión de verdad y validez.

Según el principio discursivo de validez, todo el que obra éticamente debe llegar a la decisión válida gracias a la participación simétrica en una comunidad de comunicación de los afectados por medio de una argumentación donde cada participante es reconocido como igual. Todo acuerdo presupone la norma moral básica y obliga a todos los participantes en la discusión.

Dussel agrega la referencia a la verdad práctica - las orientaciones que emanan del principio material - al reconocimiento recíproco como iguales y plantea el tema de aplicación de los principios a las situaciones concretas exponiendo los límites de la ética discursiva que se especializa en justificación de normas pero que pone entre paréntesis las cuestiones relativas a la aplicación

Dussel agrega que el principio moral universal se plantea como la mediación formal o procedimental del principio ético material. Es una norma universal para aplicar el contenido del enunciado normativo y permite revelar contenidos materiales, no sólo es mera forma del discurso.

El tercer principio en el fundamento de la ética es la factibilidad u operabilidad que determina el ámbito dentro del cual es posible - técnica, económica y políticamente - efectuar lo que está éticamente permitido hacerse en los marcos definidos por el principio material y formal.

El mendocino intenta alcanzar la síntesis del momento material y formal desde una factibilidad de ambos, para lograr una unidad real de la eticidad tocando las cuestiones de la crítica de la razón instrumental y de la crítica de la razón utópica haciendo un análisis crítico de la factibilidad pregonada por Franz Hinkelammert.

La razón estratégica e instrumental tiene pleno sentido ético si cumple con las exigencias de la reproducción y el desarrollo de la vida humana desde la válida decisión de los afectados.

Así se logra una acción o sistema de eticidad "verdadera-válida-posible". Lo "bueno" es un acto que integra a la materialidad ética, a la formalidad moral y a la factibilidad.

Esta parte "fundamental" sirve de base para el desarrollo de la "ética crítica" o propiamente Ética de la Liberación.

En la parte crítica de su armado y con fundamento hegeliano, explica que a los tres principios éticos anteriores corresponde su negatividad dialéctica: el principio material crítico, el principio discursivo crítico y el "Principio-Liberación."

La ética crítica se inicia así con la afirmación ética de la vida o del goce de sus derechos negados a las víctimas - por pobreza, marginalidad, discriminación, exclusión, etc. - y el reconocimiento de su dignidad y de su posición asimétrica o excluyente en la no-participación discursiva.

Las mismas víctimas, en intersubjetividad formal discursiva antihegemónica, van a ir adquiriendo conciencia crítica creando solidaridad y corresponsabilidad para construir alternativas dialécticamente posibles. Finalmente, se niegan las negaciones sistémicas de las víctimas y se construyen, positivamente, nuevos momentos (normas, instituciones) de los que consiste la praxis

de liberación. Dussel concluye que serán las mismas víctimas, asimétricamente situados en la comunidad, los encargados de construir una nueva simetría.

Ese será el paso del plano ideal al real del goce de los derechos universales: de la teoría a la praxis a través de lo ético.

Para finalizar el análisis que propone terminar con la ambigüedad ética cabe afirmar que no importa tanto cuál fuere la definición ética definitiva que impere aquí o allá en tanto lo propio de las sociedades maduras no es enunciarla aunque se la busque en medio de un debate incesante sino que lo que más importa es que predomine la preocupación ética pues esta se ofrece como la única alternativa al dilema que acosa a los integrantes de las sociedades en vías de desarrollo: seguir con fanatismo a quienes los subyugan desde el minarete o fingir que los siguen, cayendo en cinismo.

El fanático es inmoral por no respetar la disidencia ajena. El cínico es inmoral por ocultar su propia disidencia.

La ética crítica como fundamento de la aplicación práctica de los derechos humanos tiende a eliminar ambas posturas antisociales propugnando una visión positiva hacia el futuro de las relaciones sociales.-

6. Legitimación del poder público a partir del reconocimiento de los derechos humanos

Partiendo de todo lo expuesto debemos tener presente que los derechos humanos son también un problema de imagen para un Estado. A modo de valioso ejemplo, no debemos dejar de tener en consideración que el acto explícito de incorporación a cada plexo normativo nacional - en nuestro caso en el marco de la Constitución - de un convenio de las características del Pacto de San José de Costa Rica, ha ido sustanciándose en mayor dimensión a medida que cada país latinoamericano fue democratizando sus instituciones.

Objetivamente la ratificación del ese magno tratado obedece a una forma política de dar seguridad y garantías a los individuos sobre los derechos que intrínsecamente son suyos.

Ni lerdos ni perezosos, en las últimas décadas los distintos países de nuestra región han ido adaptándose al nuevo escenario y pone el acento en ello Bidart Campos al decir que "*En la actualidad, la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana ha llegado a convertirse en una especie de suprema instancia legitimadora del ejercicio del poder, hasta el punto de que es prácticamente imposible encontrar algún sistema de gobierno que, de una u otra forma, no se preocupe por ofrecer una imagen pública de pleno acatamiento de los derechos de la persona*". (Bidart Campos 1991:277)

Hemos dicho que los derechos humanos son anteriores a su reconocimiento pues pertenecen intrínsecamente a la naturaleza social del hombre, pero difícil resulta aceptar que sean ejecutivos *per se* o tutelados *sine die* en tanto a veces requieren su positivización.

Desde allí debiéramos pensar que el hecho simple de reconocer cada uno de los derechos humanos debería importar simultáneamente su operatividad concreta y eficaz por y dentro del Estado que manifiesta la incorporación de aquellos a su derecho positivo y, obvio es manifestarlo, su posterior acatamiento.

Pero la efectividad de tales derechos está sujeta a la interpretación que a la misma se le asigne. Es decir, antes de intentar dar cumplimiento a una norma debemos saber lo que ella significa, y en esto radica una de las principales dificultades para la auto ejecutividad de los derechos del hombre, más allá de la polémica sobre normas programáticas y operativas.

Para la gente del derecho, la ley sólo se interpreta en base a sus antecedentes siendo la jurisprudencia fuente de la norma como lo es la tarea legislativa del Congreso. Pero en la consagración

de los derechos humanos, su precedente es la historia individual del afectado y la universal de toda la especie en su búsqueda y su jurisprudencia se reduce a valores dado que aún cuando reciban en sus formas legales un lenguaje común, el discurso cambia en las diversidades que admiten culturas y minorías diferentes.

El Estado se ciñe a una interpretación de los derechos humanos en la dimensión intelectual elaborada para los derechos constitucionales y en cuanto éstos resultan también operativos o auto ejecutivos y programáticos o ideológicos, resulta necesario conocer a qué derechos nos referimos y cómo juegan internamente.

Se sabe que algunos derechos son operativos cuando son directamente ejecutables y no requieren ni necesitan de una norma que los complemente. Otros son programáticos según formulen una meta a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común; o bien, enuncien un programa a llevarse a cabo. En ambos casos, las normas requerirán de un complemento que las formule positivamente.

El problema que se suscita con los derechos programáticos reside en el tiempo, modo y forma de como se realizan. Si no existe norma indicativa que precise el momento en que deben implementarse podríamos pensar que en la práctica valen sólo como un programa de acción.

Y en este estado del análisis surge un interrogante, ¿son todos los derechos fundamentales de la D.U.D.H. y del Pacto de San José "garantizados" por el Estado? Entendiendo garantía como el efecto de afianzar en lo concreto lo estipulado en las normas: ¿puede el Estado "garantizar" algún derecho?

Creemos que no legitima a un Estado sólo el reconocimiento de los derechos humanos sino que el objetivo persigue que el Estado renueve, cree o fomente las condiciones para que el hombre detente y ejerza libremente sus derechos, cuando no resarcirlo por los avasallamientos padecidos cuando no se respetan o directamente se conculcan.

La finalidad es la concepción del hombre como un ser de praxis, es decir, la realización idéntica de sus posibilidades aun en condiciones sociopolíticas diferentes según las épocas que le toque vivir.

Entonces, para legitimar su conducta, el deber filosófico del Estado será remediar hacia el futuro. Su obligación ética será contemplar el aspecto social del conflicto más allá del reclamo individual, en tanto se ha positivizado el conjunto de derechos humanos saliéndose de la abstracción para realizarlos en el plano de los hechos.

La legitimación de su *potestas* sólo nacerá de observar esta conducta.-

7- El garantismo socio-jurídico como partida del nuevo paradigma.

La garantía arriba expuesta en el sentido de asegurar y proteger contra algún riesgo o cubrir alguna necesidad del individuo en el colectivo social, nos hace pensar que del concepto liberal del garantismo procesal estamos pasando a un nuevo concepto denominado garantismo jurídico. Su mentor es el jurista italiano Luigi Ferrajoli³.

Esta corriente jurídica parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela como la piedra de toque del diseño constitucional del Estado. Desde ese punto de vista, la función y finalidad de las instituciones públicas es, precisamente, la de respetar y proteger de ese conjunto de prerrogativas de los individuos que se

³ Ferrajoli, Luigi. (1940-). Jurista italiano teórico del garantismo jurídico. Profesor de Filosofía del derecho y de Teoría general del derecho en la Universidad de Roma, adhiere al positivismo crítico.

plasman esencialmente en los derechos civiles, políticos y sociales

Partiendo de ese llamado garantismo jurídico, teoría que se desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, podrá luego ser considerada en general, como un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales de los que hemos venido hablando.

Aparte de la enumeración casi taxativa del art. 18 de la Constitución nacional, muchos de los derechos básicos subyacentes en nuestra carta magna y emergidos en su texto por la última reforma han hecho ampliar el abanico protectorio. Esa función de garantía pasa entonces en primera instancia, por el reconocimiento de esos derechos fundamentales en *corpus* constitucional y al que el profesor italiano denomina “garantía primaria” y, en tras ello, por el establecimiento de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva tutela que supone tanto la protección como la exigibilidad de los derechos y que son por él definidas como “garantías secundarias”. (Ferrajoli 2009:37).

Sobre esa base, el diseño constitucional del Estado moderno responde, como es sabido, a la idea de un poder político limitado en sus funciones y facultades para garantizar la incolumidad de esos derechos fundamentales individuales. Dicha incolumidad, sin embargo, no se traduce solamente en un no hacer o dejar hacer por parte del Estado, sino también, en una actitud proactiva del poder público, que tiene la función de satisfacer ciertos derechos (educación, salud, vivienda, seguridad, etcétera) y crear ciertas condiciones materiales de las que depende el efectivo disfrute de otros derechos.

Pero las razones del garantismo van más allá de crear vínculos (de hacer o de no hacer) solamente para el Estado y busca proteger los derechos fundamentales también frente a ciertos poderes privados imponiéndoles a éstos límites y condiciones. Así, el derecho desde una perspectiva garantista tiene por objeto la salvaguarda de las prerrogativas fundamentales de los individuos frente a todos los que Ferrajoli denomina “poderes salvajes” que son los poderes públicos, pero también los privados como por ejemplo: los grandes monopolios.

El debate actual se centra en si la seguridad del ciudadano es hoy una garantía constitucional que el Estado debe respetar y operativizar, por lo que ampliando dicho garantismo podemos decir que no solamente reconoce éste la realidad de la inseguridad ciudadana en la geografía latinoamericana, sino que está fundado en el respeto de la legalidad supranacional de derechos humanos y en la necesidad de llevar a la práctica la segunda generación de derechos humanos, los ya indicados económicos, sociales y culturales del art. 26 de la Convención Americana.

Aquel garantismo liberal argentino parecería tener vergüenza política de hablar, entre otros desafíos de nuestros días, del orden social y de la seguridad ciudadana. Ese pudor político refleja una desactualización intelectual y un divorcio del derecho con la realidad.

La nueva corriente, a la que provisoriamente llamaré garantismo socio-jurídico, está obligado a reconocer la legitimidad del reclamo del ciudadano común de vivir dignamente, que se le ayude a insertarse en la comunidad, que se le provea educación para posibilitarle su elevación social y la de su familia, que se provea seguridad, eficaz y rápido acceso a la Justicia y que se vele por su salud, entre otras muchas cosas que comprende el armazón de los derechos fundamentales de la persona humana.

De tal manera, este nuevo garantismo será el punto de partida del nuevo paradigma el que, creemos, estamos comenzando a transitar.-

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán J. 1983, *Valor, justicia y derecho natural* (Buenos Aires: Ediar).
- Bidart Campos, Germán J. 1991 *Teoría general de los derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea).
- Bobbio, Norberto 1991, *El tiempo de los Derechos* (Madrid: Debate).
- Ferrajoli, Luigi 2009, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia* (Madrid: Trotta).
- Gozáini, Osvaldo Alfredo 1998, *Introducción al nuevo derecho procesal*. (Buenos Aires: Ediar).
- Hersch, Jeanne 1985, “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en el contexto europeo”, en VVAA *Los Fundamentos filosóficos de los derechos humanos* (Barcelona: del Serbal y Unesco).
- Kymlicka, Will 2004, *Estados, naciones y culturas* (Madrid: Almuzara).
- Morello, Augusto Mario. *El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación – El derecho a la información y la realidad social*. (Buenos Aires: El Derecho) Tomo 124.
- Ollero Tassara, Andrés. “La eterna rutina del positivismo jurídico”, en Massini Correas (comp..) *El iusnaturalismo actual*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot) 251-269.
- Peces Barba-Martínez, Gregorio 1980, *Derechos fundamentales*. (Madrid: Latina).
- Pérez Luño, Antonio Enrique 1984, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. (Madrid: Tecnos).
- Pérez Luño, Antonio Enrique 2005, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y Teoría del Derecho* (Lima: Palestra)
- Rommen, Heinrich A. 1956, *El Estado en el pensamiento católico*. (Madrid: Claridad).
- Saramago, José de Souza en *La Repubblica*. 24-06-01. Traducción de Laura Porreca Arletti.
- Truyol y Serra, Antonio 1968, *Los derechos humanos* (Madrid: Tecnos).