

LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

ANA MARÍA FIGUEROA *

I. Introducción

Quiero agradecer la invitación a participar en estas Jornadas en homenaje al Dr. Germán Bidart Campos, quien durante toda su vida se dedicó a estudiar el derecho, centralizando en el derecho constitucional, abordándolo desde la filosofía, sociología jurídica y en la última etapa analizó la importancia de los derechos humanos, realizando aportes significativos en la materia, siendo hoy cita permanente en el ámbito académico, judicial y doctrinario.

Para pensar acerca de la filosofía de los derechos humanos, debemos preguntarnos ¿Cómo nace la idea de que los seres humanos tenemos derechos?, ¿Por qué se idearon y sostienen estructuras jurídicas en base a desigualdades?, ¿Cómo se construye ese conocimiento de derechos?, ¿Después de conocerlos, podemos transformarlos?, ¿Qué relación debe darse entre Estado Constitucional de Derecho y Derechos Humanos?, parecen pocas preguntas, pero cada una de ellas podría derivar en un tratado, por ello la importancia de seminarios, donde podamos debatir, preguntarnos, aportar, reconstruir, porque los estudiosos del derecho debemos dar en este campo respuestas, que sirvan a las necesidades de nuestro tiempo. No podemos sentirnos satisfechos con describir la realidad o interpretarla, sino que debemos comprometernos para cambiarlo y fundamentalmente desde la Universidad Pública.

Por ello no podemos analizar los derechos en el siglo XXI que iniciamos, sin advertir que el nacimiento del Estado de Derecho se produce a partir de 1789 con la Revolución Francesa, donde se impone la práctica de que los Estados adoptan sus cartas constitucionales con un contenido formal de proclamación de derechos, libertades y garantías, con una organización y distribución del poder, emanados sus contenidos del poder constituyente. Este es el nacimiento de los derechos subjetivos.

Con el inicio del constitucionalismo, las ideas del aseguramiento de las libertades individuales e imposición de los límites al poder constituían la centralidad.

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNL, Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, UNR. Profesora titular ordinaria de Derecho Constitucional II –Derechos Humanos y Garantías Públicas–, en la Carrera de Abogacía. Profesora titular de Derechos Humanos en la Especialización en Magistratura de la Facultad de Derecho de la UNR.

En el devenir se incorporaron a los derechos civiles, los políticos, luego de la Revolución Rusa se generalizaron los derechos económicos, sociales y culturales.

En el siglo XX con la Carta de Naciones Unidas –1945– y la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*” –1948–, nacerá el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos, aunque recién en este siglo hayamos advertido su nueva construcción teórica. Las declaraciones, pactos, tratados que se elaboran a partir de esta etapa constituyen una nueva legalidad internacional y del derecho interno, a partir de la cual esta diferente mirada de la sociedad controlará a los gobernantes y al derecho, por medio de la cual ya no habrá ningún acto de poder que pueda ser admitido ni aceptado como legítimo, si no pasa el test de los estándares mínimos en derechos humanos.

En la década del '70, se comprendió que la proclamación de las independencias de los nuevos Estados y del tercer mundo, eran insuficientes para autodeterminarse, se comenzaron a construir nuevos esquemas teóricos sobre los derechos de los pueblos, como mecanismos para hacer frente a las mayores concentraciones del poder.

Paralelamente en este período se instauraron los autoritarismos en el Cono Sur, donde sectores de la sociedad civil, ONG, las/os ciudadanas/os comprometidas/os con los derechos humanos, militantes, opositores a las diversas modalidades de las derechas, usamos del discurso jurídico y la llave del monitoreo supranacional que prevén los tratados, para hacer frente a la ilegitimidad de los estados terroristas. Lejos de servir sólo como mecanismo para esa etapa, lo fuimos profundizando con la instauración de las democracias, prácticas que cada vez tienen más fuerza en el contexto regional y global.

Llegamos al final del siglo XX, donde fue creciendo la idea del neoconstitucionalismo, que constituye la superación de la concepción decimonónica del Estado Liberal de Derecho, por la etapa del Estado Constitucional de Derecho, en donde el contenido es significativo, al decir de Luigi Ferrajoli que corresponden a dos modelos normativos diferentes: *el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o modelo constitucional)*¹.

Esta nueva concepción del neoconstitucionalismo, va ampliando la incidencia del DIDH en las normas internas, como así también que los actos estatales deben aprobar el estándar de los derechos humanos para su validez y legitimidad, incorporará a la organización interna de los Estados una nueva práctica, que traerá discusiones y desequilibrios si pretendemos abordarla con las viejas concepciones jurídicas. De ello

1 FERRAJOLI, Luigi “Neoconstitucionalismo”, Edición de Miguel Carbonell, 2ª Ed. Madrid, Trotta, 2005, págs. 13-4.

resultará una síntesis que abre paso a la incorporación de tipologías que modificarán lo actuado hasta ahora.

II. Desarrollo

1. Globalismo jurídico y derechos humanos

Iniciamos el siglo XXI con el paradigma de la globalización, el poder de los medios de comunicación masivos e Internet y el discurso único instalado.

Convivimos con un sistema de mundialización de bienes y servicios en un mundo interdependiente, con bolsas y mercados de valores que funcionan los 365 días y las 24 horas del año, dado que siempre existe por las diferencias horarias alguna bolsa abierta donde juegan en el gran casino mundial los ciudadanos globales, que son un porcentaje muy pequeño de seres humanos, apuestan y deciden la suerte de los más de seis mil millones que habitamos el planeta.

El flujo de capitales, transacciones, bonos y valores se mueve en un propio estado supranacional, independientemente de los estados nacionales, en donde cotiza la comunidad económica multinacional y tiene como objetivo la optimización de sus recursos a escala planetaria del capital financiero, divisas, acciones, con el aval del FMI, OMC, Banco Mundial, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, entre otras. Es un supra estado multinacional, sin sociedad política y sin ciudadanos, donde no existe la democracia liberal del ejercicio de los derechos políticos, sino las decisiones económicas que condicionan la política, se toman sólo por los que cotizan, especulan y juegan en las bolsas, pero sus consecuencias las sufrimos los miles de millones de seres humanos que nos encontramos excluidos de ella. Ante el acrecentamiento del poder económico, se van degradando los DH.

Debe agregarse que no existen mecanismos ideados por las democracias para hacerles frente a la especulación financiera organizada, habiendo ejemplos, aún en nuestro país, de finalización anticipada de mandatos legítimos de gobernantes, cuando lo impone el poder económico. Se puede analizar así la fragilidad del Estado de Derecho y de las democracias ante al poder económico concentrado. El derecho interno también resulta ineficaz para el control.

Frente al ejercicio del poder económico transnacional y violento, donde la minoría que lo detenta lo hace a costa de la mayoría de la población mundial; que se caracteriza por su pobreza, vulnerabilidad, insuficiencia de alimentos, bienes y servicios y omisión de derechos esenciales, va creciendo la fuerza del *globalismo jurídico*, en donde los

derechos corresponden a los seres humanos, como sujetos de derecho internacional, que nacen libres e iguales, independientemente de su nacionalidad, raza, condición social, educación, linaje, etnia, ciudadanía, género y que no reconoce ningún tipo de fronteras.

Este *globalismo jurídico* se encuentra contenido en las declaraciones, pactos, tratados, convenciones, internacionales y regionales, que a su vez cada uno de ellos tienen sus propios organismos políticos, jurídicos, contenciosos y cuasi contenciosos de control para el cumplimiento del contenido de esos instrumentos, ratificados voluntariamente por los Estados que los suscriben.

El contenido de las normas del DIDH, se encuentran basadas en un consenso universal, poseen un positivismo convencional regulado en el contenido de los artículos respectivos en cada instrumento, que tienen en el caso de Argentina jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional –once instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia CN determina–, o superior a las leyes internas –artículo 75 inciso 24 CN–, de manera que todas las normas y actos de los poderes del Estado se deben adecuar a éstos, de lo contrario la CSJN deberá resolver su inconstitucionalidad en ejercicio del “*control de constitucionalidad y convencionalidad*” de las leyes y actos de gobierno.

En este sentido la CSJN ha venido sosteniendo en los casos “*Giroldi*”, “*Bramajo*”, “*Alvarez*” y más extensamente a partir de su nueva conformación en “*Arancibia Clavel*” –24/08/2004–; “*Simón*” –14/06/2005– y “*Riveros*” –13/07/2007– que es su obligación interpretar las normas del derecho interno tomando como guía a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos –CIDH–, ya sea en sus fallos como en las opiniones consultivas –OC–.

Es interesante analizar las citas y la validez asignada por la CSJN a los decisorios de la CIDH, especialmente de los casos “*Barrios Altos vs. Perú*” –14/03/2001– y “*Almonacid Orellano y otros vs. Chile*” –26/09/2006–, cuando debieron decidir cuestiones semejantes a las ya resueltas por la Corte Interamericana en las planteados ante el Superior Tribunal de Argentina, sobre la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad 23492 y 23521 y la validez de la ley 25779; como así también sobre la inconstitucionalidad del indulto 1002/1989.

2. El nuevo paradigma de los Derechos Humanos

Como lo anticipara en la introducción, los derechos contenidos en el sistema convencional no constituyen un plus a los derechos subjetivos del constitucionalismo decimonónico, por lo que para su mejor comprensión realizaré la diferencia acerca de la

construcción epistemológica entre derechos humanos y derechos subjetivos.

a. En primer lugar poseen una construcción epistemológica distinta, el origen de los derechos humanos surgen a partir de la Carta de UN y la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, son construcciones convencionales realizadas entre los Estados que las elaboran en las primeras instancias con formato de declaraciones, donde se discutía su exigibilidad, hasta perfeccionarlas en Pactos y Convenciones exigibles por quienes las ratifiquen. En la actualidad los derechos humanos son aceptados por sus características de supralegalidad interna, de orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y se aplica el principio *pro homine*.

Los derechos humanos surgen entre las dos guerras mundiales, se formalizan a partir de las declaraciones universales y regionales de derechos humanos en 1948. Los sujetos que violan los derechos humanos son los estados o grupos de estados, organismos internacionales, organizaciones internacionales –Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, Banco Mundial–, por lo que se debe reconocer una antijuridicidad objetiva ante la situación de desposesión.

Mientras que los derechos subjetivos surgieron con el Estado Liberal de Derecho en 1789, como consecuencia del abstencionismo estatal, son positivizados en constituciones, normas, que consagran los derechos y libertades del ciudadano. Los sujetos de los derechos subjetivos son las personas, podemos afirmar que estos derechos son vulnerados por los particulares entre sí en diversas relaciones: civiles, comerciales, laborales; o por grupos económicos, teniendo una base contractual privada.

b. En segundo lugar se diferencian en cuanto a la formalidad, los derechos humanos son construcciones normativas convencionales que se realizan entre Estados ya sean de una misma pertenencia internacional o regional –UN, OEA, Unión Europea, Unión Africana–, que a pesar de las diferencias culturales, étnicas, geopolíticas, poder, se consensúa estándares mínimos de derechos, de manera que si un Estado en su derecho interno tiene mayores reconocimientos, funciona el principio “*pro homine*” y se aplica siempre lo más favorable al ser humano, pero a la vez los Estados que lo ratifican no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlo, siempre deben respetar el piso mínimo. Estos instrumentos luego de ser sometidos a su aprobación en el organismo internacional o regional que corresponda, posee otro proceso igualmente formal por los poderes de cada Estado para su positivización en el derecho interno y una vez que se logra el voto positivo, nuevamente vuelve al trámite internacional hasta culminar con el depósito del instrumento ratificado.

Los derechos subjetivos de cada Estado sólo poseen un trámite interno para la

sanción de las leyes ya sean constitucionales u ordinarias, son formulaciones generales que conforman las constituciones, legislaciones internas, normas del sistema jurídico, que contemplan las particularidades de cada país, que pueden ser cambiadas con mayor frecuencia dado que depende únicamente del poder político de cada Estado.

Pero, cuando esos mismos derechos se encuentran en el texto de un tratado que el Estado ha ratificado, estamos en la órbita de los derechos humanos y en consecuencia se está reconociendo estándares mínimos universales para aplicarlos en el país. De manera tal que, si no se cumplen los preceptos convencionales se incurre en responsabilidad internacional, que es mucho más grave que violar una norma interna, porque el incumplimiento genera la intervención de órganos supra nacionales que pueden derivar en sentencias condenatorias, exigiendo el cese de la violación, reparaciones o modificaciones de actos estatales². Los mecanismos de control son diversos, desde la presentación de informes de los Estados para establecer el grado de cumplimiento a los pactos, los contra informes de las ONG, las denuncias que los particulares realizan a los incumplimientos, entre otras.

En consecuencia la violación de una norma interna, aún constitucional, implica responsabilidades al Estado en el orden interno frente a los ciudadanos, pero cuando el mismo contenido normativo se encuentra positivizado en un tratado, genera además responsabilidad estatal internacional.

c. En tercer lugar se diferencian en cuanto al sujeto, los derechos humanos son violados por acción u omisión por los Estados, de manera que no sólo se incumple una convención cuando en sus prácticas las vulnera o desconoce directamente, sino también cuando frente a una situación de desposesión generalizada, no adopta políticas públicas para que las/os ciudadanas/nos tengan acceso a los derechos, reconociéndose la anti-

2 La *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, determina que sus controversias serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de parte, artículo 9; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece dos órganos para conocer de los asuntos relacionados con los compromisos de la CADH –artículo 33– que son la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* –artículos 34/51– y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* –artículos 52/69–; la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* su monitoreo lo realiza el *Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* –artículos 17/22–; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* establece que su monitoreo estará a cargo del *Consejo Económico y Social* –artículos 16/22–; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* es controlado por el *Comité de Derechos Humanos* –artículos 28/43– y su *Protocolo Facultativo* que reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* encomienda al *Comité contra la Tortura* la tarea de control –artículos 17/24– y la *Convención sobre los Derechos del Niño* deja en manos del *Comité de los Derechos del Niño* –Artículos 43/45–.

juridicidad objetiva.

En cambio los derechos subjetivos son vulnerados por particulares, personas físicas o jurídicas, grupos, sociedades, que se encuentran en el circuito económico y poseen una base contractual privada o efectivizan una conducta disvaliosa tipificada como ilícito.

d. En cuarto lugar se diferencian en cuanto al objeto, los derechos humanos son derechos y garantías que constituyen necesidades humanas internacionalmente objetivadas en los respectivos instrumentos convencionales, se parte de la concepción que todo ser humano es un sujeto de derecho internacional y cada Estado, como parte integrante de la comunidad internacional debe velar por ellos, independientemente de su capacidad de adquirirlos frente al mercado. Deben ocuparse los Estados del acceso al derecho, remover los obstáculos cuando los seres humanos no pueden tener derechos.

Los derechos subjetivos tienen como objeto la defensa y protección del derecho de propiedad, las cosas, los objetos susceptibles de una apreciación patrimonial, reconocidos por las leyes del sistema jurídico interno.

e. En quinto lugar se diferencian en cuanto al sistema de garantías, los derechos humanos contenidos en el sistema convencional, cuando son violados las/os ciudadanas/os disponen de un accionar jurisdiccional ante los tribunales de justicia de su país, pero si el reclamo no es receptado y se sienten agraviadas/os, subsidiariamente pueden reclamar ante el organismo de control de cada instrumento convencional, como fue referido en el punto b.

Cuando la vulneración es de derechos subjetivos se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional reclamando por incumplimientos contractuales, obligaciones insatisfechas, turbación ilegítima de un derecho o frente a la desposesión arbitraria, porque se demanda la reposición al estado anterior al litigio, o en caso de imposibilidad, como es la muerte de una persona por otro particular, ya sea ante delitos o cuasi delitos, se reclamarán los daños y perjuicios o sanciones punitivas o ambas.

f. En sexto lugar se diferencian en cuanto a la legitimación, frente a la vulneración de derechos humanos el particular lesionado, las ONG, los grupos sociales, el Estado y la comunidad internacional tienen legitimación para accionar ante la justicia para el cumplimiento de derechos convencionales, máximo cuando las investigaciones, juzgamiento y sanciones se refieren a crímenes de lesa humanidad.

La legitimación frente a los derechos subjetivos generalmente está reservado al afectado, a quienes tiene un interés legítimo y a funcionarios específicamente designados por la ley para asumir dichos roles.

g. En séptimo lugar se diferencian en cuanto a la jurisdicción, los derechos humanos son subsidiariamente internacionales o regionales, según del instrumento convencional del que se trate. Se aplica la subsidiaridad porque primero deben reclamarse en el propio Estado donde se ha producido la violación y una vez que se agotó la vía dentro del sistema jurisdiccional de cada país, se habilita el reclamo o demanda internacional.

En los derechos subjetivos la jurisdicción es interna, se judicializan en los tribunales competentes de cada país, el superior tribunal de justicia es el que resuelve en definitiva y la sentencia es inapelable. Sólo cuando el litigio versa sobre cuestiones de derechos humanos es posible someter el decisorio a análisis de otro organismo supranacional, pero éste no podrá revisar un fallo de los tribunales de otro país, ni las leyes internas de ese, sino que sólo analizará si el caso viola o no normas convencionales.

Esta construcción acerca de los derechos humanos trae consecuencias en la teoría de los derechos subjetivos, porque frente a determinadas violaciones sobre los primeros, no podemos analizar únicamente los contenidos del derecho interno, sino que debemos efectuar el control de convencionalidad.

III. Conclusiones

Con la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la jerarquía asignada a los tratados sobre derechos humanos, internacionales y de integración, se asumía una nueva filosofía política e iniciaba la etapa del neoconstitucionalismo, o del estado Constitucional de Derecho siendo ésta la coalición de Democracia, Constitución y Derechos Humanos.

El neoconstitucionalismo implica asegurar: Que el contenido de la Constitución debe ajustarse a los estándares del DIDH; el control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno; la subordinación de todos los órganos del Estado a los derechos humanos.

Este paradigma de derechos humanos constituye la cara progresista de la globalización, impone un globalismo jurídico en donde por un lado protege a los seres humanos como sujetos de derecho internacional y por la otra podrán los ciudadanos utilizar nuevas herramientas de resistencia al poder económico concentrado y a los Estados más poderosos.

Posibilita que el derecho sea usado como un espacio más de resistencia y construcción, dado que la globalización también puede ser encaminada hacia la creencia de que un mundo mejor es posible, con vigencia plena de los derechos humanos.