

DERECHOS HUMANOS: FUNDAMENTOS, Y LÍMITES

Eliana De Rosa

I. Introducción: Problemática actual de los derechos humanos

No se puede dudar que una de las conquistas más significativas de la cultura jurídica contemporánea vino de la mano de la segunda post guerra a mediados del siglo pasado a través de la incorporación de la llamada categoría de los derechos humanos en el ámbito tanto de la Teoría General del Derecho como de los ordenamientos jurídicos nacionales por medio de la recepción de los instrumentos jurídicos internacionales. En lo que respecta a la Teoría General del Derecho, este acontecimiento resultó sumamente significativo toda vez que implicó una ruptura con concepción positivista del derecho que, en un afán de avanzar con un abordaje estrictamente científicista del fenómeno jurídico, terminó por relegar la moral al ámbito de las subjetividades humanas, expulsándolo por completo de los esquemas de racionalidad jurídica.

Los horrores vividos durante y después de la Segunda Guerra Mundial tornaron imperioso la revisión del paradigma jurídico vigente el cual resultaba totalmente impotente para responder a los avasallamientos aberrantes a la dignidad humana en los campos de concentración del Tercer Reich. Es así como hicieron su aparición en escena los derechos humanos como categorías

jurídicas en cuya inteligencia se buscaba proteger la dignidad humana mancillada de modo aberrante durante el Holocausto, y de evitar hacia el futuro catástrofes similares, generando un sistema de protección internacional dotado de instrumentos jurídicos y de organismos de contralor y juicio frente a eventuales violaciones.

Sin embargo, como toda conquista, ésta no ha estado exenta de claroscuros y desafíos. Como afirma Serna (2024, p. 17) “los derechos humanos, considerados como un todo, poseen una dimensión casi mítica.”¹. Seguidamente prosigue Serna citando a Ignatieff:

“... que los derechos humanos constituyen el mayor artículo de fe de la cultura laica que teme no creer nada más (...) la lengua franca del pensamiento moral global, tal como el inglés se ha convertido en la lengua franca de la economía global”².

De estas ideas se sigue que la categoría “derechos humanos” está bastaste lejos de ser pacífica, sobreabundando discrepancias en torno a su auténtica existencia, fundamento y alcance, lo cual se debe, en gran medida, a su naturaleza híbrida (tanto moral como jurídica)³. Esto último ha implicado –como señala acer-

1 SERNA, Pedro, “El discurso de los Nuevos Derechos Humanos. Perspectiva genético-crítica”, en AAVV, *Los Nuevos Derechos Humanos. Teoría Jurídica y Praxis Política*, Eds. Jorge Crego y Carolina Pereira Sáez, Ed. Comares, Granada, 2024, p. 17.

2 Ibid., citando a IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, F. Beltrán Adell (trad.) Barcelona, Paidós, 2003, p. 75.

3 MARTÍNEZ DOALLO, Noelia, “La agencia intencional prospectiva de Alan Gewirth como límite a la proliferación de nuevos derechos”, en AAVV, *Los Nuevos Derechos Humanos. Teoría jurídica*

tadamente Martínez Doallo– a clasificaciones confusas, cuando no directamente equivocadas, de las normas jurídicas que los positivizan⁴. Cabe agregar que las dificultades no se circunscriben solo al ámbito legislativo, sino que se agudizan aún más en el plano adjudicativo, condicionando seriamente el razonamiento judicial en las operaciones de interpretación donde confluyen, además del material jurídico–positivo disponible y aplicable, concepciones morales subyacentes del adjudicador.

Sin entrar en la discusión sobre su existencia o no⁵, lo cierto es que la categoría derechos humanos constituye la única herramienta jurídica de la que dispone la Teoría general del derecho para resguardar la dignidad del ser humano en todas sus dimensiones. No obstante, es preciso tener en cuenta que para que cumpla esa finalidad es menester colocarla dentro de un cause objetivo de racionalidad que la haga poco permeable (lo menos permeable que se pueda) a los embates e influjos de los contextos, la política y la ideología. Ello nos obliga a una revisión sobre la temática que conduzca a su conceptualización e identificación de componentes y características esenciales, de

y praxis política, op. cit., p. 118.

⁴ Ibid.

⁵ Algunos autores mantienen una postura escéptica en torno a la existencia de los derechos humanos. En esa línea se encuentra Alasdair McIntyre, véase: MACINTYRE, Aladair, *After Virtue*, University of Notre Dame Press 1984. Traducción española: *Tras la Virtud*, Editorial Crítica, Barcelona 1987; *Ética en los conflictos de la Modernidad. Sobre el deseo, el razonamiento práctico y la narrativa*, trad. David Cerdá, Ed. Rialp, Madrid, 2017. También Onora O' Neil ha mostrado una postura bastante escéptica en torno a la operatividad de los derechos humanos. Véase, O'NEIL, Onora, "The Dark Side of Human Rights", *International Affairs*, 81 (5), año 2005, entre otros.

modo tal que posibilite que los derechos humanos *qua* dispositivo jurídico funcionen respondiendo a esa inteligencia.

II. Sobre la conceptualización y caracterización de los DDHH

No es empresa fácil la de conceptualizar los derechos humanos y no hay una única razón que explique esta dificultad. Algunas de ellas se encuentran mencionadas en la introducción. En muchos desarrollos teóricos el itinerario seguido con este propósito ha sido el de la caracterización primero para luego arribar a una noción.

No obstante, en estas líneas queremos seguir el camino inverso a fin de que, mediante una noción lo más exhaustiva posible, se logre la aprehensión intelectual de sus caracteres esenciales. En este sentido, el profesor Massini Correas propone un caso central⁶ de derechos humanos en los siguientes términos:

6 Como es sabido, la noción de caso central constituye uno de los ejes sobre los cuales se asienta el enfoque metodológico que caracterizó al modelo teórico elaborado por el profesor de Oxford John Finnis propuesto para el abordaje del fenómeno jurídico en clave analógica. Este es tomado de la filosofía práctica de Tomás de Aquino que clasifica las realidades respecto a las cuales se predicán los conceptos en *simpliciter* y *secundum quid*, según que la realidad predicada reúna todos –o la mayoría– de los elementos que comprendidos en el concepto (*simpliciter*) o solo algunos de ellos (*secundum quid*). Aplicada esta lógica a la descripción y evaluación del fenómeno jurídico, habrá realidades a las que quepa calificar como derecho (*simpliciter*) en la medida en que reúnen dimensiones formales y sustanciales. En orden a la formulación de un concepto, Finnis emplea la expresión caso central (o significado focal) de derecho con referencia al concepto comprensivo de la totalidad de dimensiones constitutivas del objeto (derecho *simpliciter*) aplicándolo igualmente a realidades carentes de dichas dimensiones vía analogía como casos secundarios, diluidos o corruptos de derecho (*secundum quid*). Sobre el

“... los derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en personeidad de su sujeto, o en alguna de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personeidad y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aún cuando este los niegue”⁷.

A renglón seguido el profesor Massini completa la definición haciendo referencia a una característica de los derechos humanos que en realidad configura la el núcleo central de inteligencia del concepto, a saber: la preexistencia de los derechos humanos al ordenamiento jurídico-positivo. Esa ‘*anterioridad*’ –agrega Masini Correas– esa anterioridad está fundada –o tiene su título– en una determinación propia de los entes humanos: su personeidad, que los hace sujetos de esos derechos”⁸.

Por lo tanto, de la anterior definición se pueden deducir, *a priori* y racionalmente al menos dos caracteres esenciales de la categoría sin perjuicio de los demás notas que se han reconocido casi de modo unánime en los tratamientos doctrinarios y que serán objeto de análisis en los apartados que siguen.

(i) Por un lado, son anteriores y preexistentes a cualquier promulgación positiva, lo que permite, desde el plano formal, diferenciarlos de los restantes derechos subjetivos los cuales se originan con dicha promulgación (ii) son supraestatales, esto es,

punto, véase: FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 3–22. Véase también LEGARRE, Santiago. The concept of Law in John Finnis. *Persona & Derecho*, 1999, vol. 40, p. 65.

⁷ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho Tomo I. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 130.

⁸ Ibid.

superiores a la legislación positiva de donde se sigue el carácter vinculante que tienen para el legislador, sin que ello importe atribuirles una condición metajurídica. Dicha característica se explicita en el fin al que responde su reconocimiento jurídico-positivo que no es otro que evitar que puedan legitimarse, por esa vía, cursos de acción que importen un avasallamiento directo o indirecto a la dignidad de los ciudadanos. Al respecto apunta Andrés Ollero:

“... los derechos humanos son tan ‘jurídicos’ como cualquier otro sector del derecho (...) Como cualquier otro de sus ámbitos, es deseable que se vean reconocidos por normas jurídicas, aunque su carácter fundamental los hará obligadamente abiertos y necesitados de ulterior desarrollo. Haya o no normas que los reconozcan y desarrollen, impregnarán profundamente el conjunto de principios que mantienen el dinamismo existencial del ordenamiento jurídico. Los derechos humanos son tan jurídicos como cualquier otro sector del ordenamiento, porque apuntan al logro de la convivencia *humanamente ajustada*, cuyos mínimos contribuyen a delimitar: si parecen más “morales” que otros elementos jurídicos es por su inmediata vinculación al *modelo antropológico* que permite considerar humano a un determinado esquema práctico de convivencia”⁹.

Lo expuesto nos conduce directamente a indagar sobre el fundamento de los derechos humanos, lo cual será tratado en la sección que sigue.

9 OLLERO, Andrés, *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 124-125.

III. Acerca de la fundamentación

Hoy quizás como nunca podemos afirmar que la tarea de fundamentar los derechos humanos se ha tornado extremadamente ardua. Ello se explica por múltiples causales las cuales, a priori, podríamos sintetizar en el modo en que se ha configurado la cosmovisión antropológica occidental caracterizada fundamentalmente por profundos desacuerdos y rupturas. Occidente vive una curiosa paradoja ya que nunca como antes se dispuso de tantas herramientas para defender la dignidad humana y nunca como antes hubo tantas discrepancias en torno a su naturaleza o esencial, conocimiento, abordaje y dimensiones. En una época embanderada detrás de los consensos nunca ha sido más complejo arribar a ellos.

Concretamente, es posible identificar tres órdenes de discrepancias: (i) la primera y más evidente de todas es la discrepancia de orden moral como consecuencia del llamado fenómeno del multiculturalismo por el cual se defiende la idea de la igualdad cultural de todos los pueblos no siendo procedente valorar axiomáticamente una cultura partiendo de parámetros evaluativos de otra, aunque sea la dominante. Como es obvio, de este axioma se sigue necesariamente un relativismo en la valoración de lo que constituye la naturaleza, esencia y fundamento de los derechos humanos. (ii) La segunda discrepancia es de orden epistémico y, en cierto modo, constituye un corolario de la discrepancia moral, ya que al colocarse en tela de juicio el fundamento de orden moral transitivamente se cuestiona la posibilidad del conocimiento de su esencia y contenido¹⁰. (iii) Por último, la duda

¹⁰ Sobre el punto véase: CIANCIARDO, Juan. A "Defense" of Cognitivism and the Law. *Law Ukr.*:

acerca de su conocimiento conlleva dudas correlativas en torno al uso del concepto, lo que configura la tercera discrepancia que es de orden semántico.

En esta atmósfera de fragmentación cabe indagar entonces a qué nos referimos cuando hablamos de fundamentar. Siguiendo al profesor Massini Correas, etimológicamente el término proviene del latín *fundamentum* que originariamente significa ‘soporte’ o ‘cimiento’ de una construcción cualquiera, idea ésta que se traslada luego al orden lógico para designar al principio que otorga justificación racional a una afirmación, un razonamiento, una ley o institución¹¹. El carácter racional se explica en la posibilidad de arribar a idénticas conclusiones siguiendo el mismo itinerario lógico. Con referencia específica a los DDHH, el profesor Massini Correas explica que la tarea de fundamentación supone arribar lógicamente a principios o axiomas que, “en razón de aparecer como evidentes o directamente cognoscibles, justifiquen racionalmente, por la vinculación lógica necesaria con ellos, la existencia y extensión [o especificación] de los derechos humanos”¹², su alcance y límites.

En este orden de ideas, al tratarse de realidades intangibles la existencia, de los derechos humanos está supeditada a su inteligibilidad y, por tanto, explicabilidad que en definitiva nos conduce a la cuestión del fundamento. Para ello es preciso partir del lenguaje que emplean los instrumentos jurídicos internacionales que los reconocen. En efecto, si nos remontamos a la Declaración

Legal], 2021, pp. 139–153.

11 Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho Tomo I. El Derecho, Los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, Ed. Abeledo Perrot, 2005, p. 131.

12 Ibid.

de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentran expresiones tales como “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”¹³. No obstante, es preciso tener en consideración el contexto histórico en el que emerge esta declaración no es el mismo que el que impulsa a los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, lo que explica la elocuencia de las expresiones tales como la que está plasmada en el art. 1: “*Todos los seres humanos* nacen iguales en dignidad y derechos...”¹⁴. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “*toda persona* tiene derecho a que se respete su vida, protegido por la ley desde la concepción, y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”¹⁵. Así, el lenguaje de las declaraciones permite inferir un *quid* del ser humano que sirve de base para su fundamento.

Ahora bien, el esquema fragmentario del razonamiento moral que caracteriza a las sociedades occidentales también tiene incidencia en la noción de dignidad humana, controvirtiendo también su significado y alcance. Conviene en este sentido, efectuar un breve recorrido sobre las principales posturas y corrientes a este respecto.

III. a. Teoría legal o positiva de la fundamentación¹⁶

Quienes se enmarcan dentro de esta postura mantienen y

13 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (Preámbulo).

14 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Las cursivas con nuestras.

15 Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Las cursivas son nuestras.

16 Seguimos en este tópicó a la tipología delineada por Ramírez García y Pallares Yabur. Véase: RAMIREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, Ed. Trirant Lo Blanc, México, 2021, p. 71.

comparten un juicio evaluativo del que se sigue la dificultad para reconocer objetividad a ideas como la dignidad humana o valores como la justicia¹⁷. Como representante de este posicionamiento se encuentra, por ejemplo, Norbert Hoester, quien niega que el concepto de dignidad humana tenga carácter descriptivo. “La consecuencia –escribe Hoester– es que las controversias de aplicación son necesariamente controversias de valoración ética y, en tanto tales, por razones de principio, son (...) inaccesibles a una decisión científico–racional¹⁸. Por su parte, el emblemático Hans Kelsen sentenció en su Teoría Pura del Derecho que un derecho humano no es más que un reflejo de una obligación establecida por una norma jurídica positiva¹⁹. En otras palabras, los derechos humanos carecen de existencia como tales mientras no sean expresamente consagrados por el ordenamiento jurídico, siendo la noción de dignidad una categoría demasiado volátil como para hacer depender de ella el fundamento de los derechos.

III b. Teorías subjetivas: la autonomía individual como fundamento de los derechos²⁰

Según esta postura “la dignidad humana se actualiza en la posibilidad de una existencia autónoma, es decir, dado que no existen parámetros morales objetivos para calificar las conductas humanas como buenas o malas en sí mismas, es una prerrogativa

17 Ibid., p. 72.

18 HOESTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 99, citado por RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit., p. 72.

19 Ibid. P. 73, citando a KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 148.

20 Ibid., p. 73.

natural de todo individuo realizar esta calificación para sus propias conductas”²¹. Esta concepción responde al esquema liberal de pensamiento, y concibe los derechos como prerrogativas del individuo frente a las decisiones de la mayoría y al poder estatal. Su aproximación gnoseológica al concepto de dignidad es más bien de tipo constructivista y subjetivo, más asociado a las preferencias personales²² que a dimensiones estructurales de la realidad o de la naturaleza humana. Como exponentes destacados de esta corriente encontramos a Carlos Nino, Robert Nozick y por supuesto, Ronald Dworkin, quien, en línea como el axioma constructivista, ha expresado con elocuencia que “un derecho (individual) debe ser un derecho a hacer algo cuando la mayoría piense que hacerlo está mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar ‘peor’ porque ese algo se haga”²³.

III. c. Teorías intersubjetivas de la naturaleza humana: el fundamento dialógico de los derechos humanos²⁴

Basada en el principio de construcción de discurso moral por consenso social. Esta alternativa se presenta a sí misma como la más adecuada para la conciliación de intereses en los casos de sociedades caracterizadas por el pluralismo moral, cuando no es posible arribar a consensos de carácter sustantivo. El tipo de consenso que se propone es de corte procedimental. En este sentido explican Ramírez García y Pallares Yabur que “la legi-

²¹ Ibid.

²² Ibid., p. 76.

²³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 289.

²⁴ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 77.

timación ética de las normas morales, jurídicas, etc., no deriva de su contenido sino del procedimiento por el cual han sido obtenidas, concretamente de aquel que tenga como resultado un *consenso racional*²⁵. En este posicionamiento se enmarca por ejemplo, Adela Cortina, quien propone dos modos de entender el consenso: o bien como pacto estratégico o bien como mutuo entendimiento²⁶. Concretamente, en lo referente a los derechos humanos, Cortina entiende que su fundamento está asociado a las “condiciones que debe cumplir un procedimiento dialógico para validar normas de carácter universal”²⁷.

III. d. Teorías objetivas de fundamentación de los derechos humanos

Explican Ramírez García y Pallares Yabur que estas teorías remiten a datos de la realidad cuyo “descubrimiento y conocimiento es el punto de partida para reconocer la existencia de derechos humanos objetivos e insoslayables”²⁸. En otros términos, las teorías objetivistas remiten a dimensiones estructurales de la realidad, inmodificables y constitutivas de la naturaleza humana que serían *a priori* las que tienen verdadera potencialidad justificativa del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, y, sobre todo, de los deberes que les son correlativos.

²⁵ Ibid., p. 78.

²⁶ Cfr. CORTINA, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 174.

²⁷ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 79, parafraseando a CORTINA, Adela, *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 248.

²⁸ Ibid., p. 80.

Así las cosas, las teorías objetivistas –también llamadas realistas– se diversifican en torno a la discusión sobre la materia que constituye el fundamento de los derechos. Siguiendo esa línea, encontramos posturas que sitúan la materia del fundamento, por ejemplo, en las necesidades humanas, la cual se explica en términos de carencia de algún bien indispensable para una vida digna²⁹. Nussbaum, por su parte, propone un abordaje desde lo que ella denomina “enfoque por capacidades”³⁰, y en ese orden de ideas, los derechos humanos juegan un rol cada vez más importante en la explicación de cuáles son las capacidades más importantes³¹, indicando a los gobiernos un mínimo nivel de capacidades que es necesario promover entre los ciudadanos³². Reforzando la tesis, arguye Nussbaum:

“... una lista de derechos humanos suele funcionar como un sistema de restricciones colaterales en la deliberación internacional y en los debates políticos internos. Es decir, solemos decir a los gobiernos que persigan el bien social tal como lo conciben, siempre y cuando no violen los puntos de esta lista. Creo que esta es una muy buena manera de pensar cómo debería funcionar una lista de derechos humanos básicos en una sociedad pluralista (...). De esta manera, concebimos las capacidades como un conjunto de objetivos —un subconjunto de los objetivos sociales totales— y

29 Ibid. p. 81, En este punto los autores citan como ejemplo de esta postura a AÑÓN, José María, “Fundamento de los derechos humanos y necesidades básicas”, en Ballesteros, Jesús, *Derechos Humanos. Concepto, fundamento y sujetos*, Tecnos, Madrid, 1992.

30 NUSSBAUM, Marta, Capabilities and human rights. *Fordham Law Review*, 66 (2), p. 275.

31 Ibid., p. 277.

32 Ibid., p. 279–280.

afirmamos que tienen una necesidad urgente de ser promovidas, independientemente de lo que también promovamos”³³.

Otras posturas han preferido colocar el eje de la fundamentación de los DDHH en la dignidad humana como atributo inherente al ser humano. Robert Spaemann intentó formular una respuesta al problema de la fundamentación de los derechos humanos por referencia al art. 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, el que rezaba que “la dignidad del hombre es inviolable”. De ahí que la noción de dignidad humana se aprehenda como el atributo específico “que contiene la fundamentación de todo lo que puede ser considerado como un derecho humano en general”³⁴. Partiendo de esta premisa, el profesor Massini explica que, para el profesor alemán, la “idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía de lo absoluto”³⁵. No obstante, el concepto de dignidad tampoco ha podido escapar de las tenazas de la lógica contemporánea que controvierte y coloca en tela de juicio absolutamente todos los componentes de la realidad. Así, entonces, se discute la naturaleza verdaderamente ontológica de la dignidad humana y se la suele asociar –siguiendo una lógica utilitaria– al goce de determinadas condiciones materiales de vida tergiversando el orden de las premisas en juego.

33 Ibid., 300.

34 SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, trad. D. Innerarity y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989, p. 93.

35 MASSINI CORREA, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho Tomo I. El Derecho, los derechos humanos y el Derecho Natural*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 139.

No es el ser humano el que es digno porque accede a la satisfacción de determinadas necesidades o determinados bienes, sino que porque es digno se le debe procurar el acceso a dichas metas en orden a propiciar su perfectibilidad. Aquello que los clásicos denominaron bienes no son otra cosa que condiciones de perfección o realización humana para cualquier agente, en cualquier contexto o circunstancia. En esta misma línea el aporte más exhaustivo es el del profesor de Oxford John Finnis, quien ha ofrecido un esquema racional de argumentación para la fundamentación de los DDHH sobre la base de la prioridad ontológica del ser humano respecto del universo³⁶.

Finnis explica que, en la gramática contemporánea, lo que está implicado en la expresión ‘derechos humanos’ provee una forma de expresar virtualmente requerimientos de la razonabilidad práctica³⁷, y afirma la naturaleza moral de los llamados derechos humanos. Éstos, según Finnis, son naturales en la medida en que son exigencias de justicia, en consonancia con el tratamiento del Aquinate sobre el análisis del vocablo *jus*. Luego de una larga argumentación sobre el tratamiento filosófico de los derechos y sus implicaciones, Finnis afirma que cuando examinamos el contenido de las listas de los *Bill of Rights* (Declaraciones de derechos), las mismas constituyen “una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común”³⁸.

A su turno, el bien común es definido por Finnis como el modo de asegurar un conjunto de condiciones que posibilite la

36 Cfr. FINNIS, J., “The Priority of Persons”, en HOERDER, Jeremy (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford University Press, 2000, pp. 1–15.

37 FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 198.

38 *Ibid.*, 214.

realización, por cada individuo en la comunidad de su desarrollo personal³⁹, lo cual solo es posible en la medida en que se garantice a cada miembro de la comunidad el acceso a bienes humanos básicos⁴⁰ en tanto condiciones de realización humana. En otros términos, para Finnis, el logro del bien común depende en gran medida de que se garantice la efectividad de los derechos humanos⁴¹, constituyéndose éstos en dispositivos idóneos y eficaces para proteger jurídicamente la dignidad de las personas.

IV. Características y límites de los derechos humanos

La sola definición de la categoría analizada en su inherencia y vinculación con la condición específicamente humana ha determinado que los desarrollos teóricos y iusfilosóficos en torno a la caracterización de los mismos sea más bien pacífica y uniforme. En efecto, no parece haber discrepancias en considerar que los derechos humanos gozan de los siguientes caracteres:

(i) Universalidad: si los derechos humanos son aquellas prerrogativas que corresponden al ser humano por el solo hecho de pertenecer a la especie humana, no parece razonable admitir excepciones de ninguna naturaleza en tal sentido, porque ello importaría una suerte de discriminación arbitraria e infundada que contraría la inteligencia misma del concepto. Pese a ello, hoy parecen emerger pretensiones que se enmarcan en el discurso de los DDHH y que entran en tensión atentan o entran en tensión

39 Ibid., 154.

40 Ibid. 155.

41 Ibid. 218.

con los llamados derechos *core* o “no derogables”⁴² como el derecho a la vida, o a la libertad de expresión entre otros.

Esta afirmación resulta congruente con el lenguaje que emplean los instrumentos jurídicos internacionales. Así por ejemplo, el Preámbulo de la DUDH de 1948 invoca como fundamento y base “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y su artículo 1 establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁴³. Por su parte, la Convención Europea de DDHH de 1950, reafirma la universalidad de los derechos con particular énfasis en el derecho a la vida cuando proclama: “El derecho [a la vida] de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”⁴⁴. Y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica formula una importante mención en respecto al fundamento preexistente al ordenamiento jurídico positivo de los derechos reconocidos en los siguientes términos: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la

42 SERNA, Pedro, “El discurso de los nuevos derechos humanos y la perspectiva genético crítica”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2024, p. 35.

43 <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

44 https://www.echr.coe.int/documents/djchr/convention_spa

persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”⁴⁵. Seguidamente proclama la Convención en su art. 3: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y el art. 4. 1 reza: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”⁴⁶.

Del empleo de expresiones tales como “toda persona”, “nadie”, se advierte con palmaria claridad que es la misma humanidad la que funda el reconocimiento de los derechos y que esta característica de los derechos tiene una proyección y fuerza categórica, y en esa lógica, toda discriminación entre seres humanos de la naturaleza que sea resulta infundada y, por tanto, arbitraria.

El requisito de la universalidad también se evidencia en los sujetos obligados, que constituyen un colectivo indeterminado e igualmente universal.

(ii) Inalienabilidad e Imprescriptibilidad: Algo es inalienable cuando no es susceptible de enajenación de ninguna naturaleza. Los derechos humanos son indisponibles. En esa lógica, el no ejercicio de un derecho no implica su pérdida, porque como afirman Ramírez García y Pallares Yabur, la inalienabilidad se refiere a la titularidad del derecho más que a su ejercicio⁴⁷. A idéntica lógica responde el carácter de la imprescriptibilidad, y

⁴⁵ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 103.

en este sentido, el transcurso del tiempo no incide en la titularidad del derecho, aun cuando el mismo no se ejercite por que el fundamento es inherente a la naturaleza del titular más que a sus potencialidades prácticas.

(iii) Indivisibilidad e interdependencia: el primero de los caracteres hace referencia a la imposibilidad de que el contenido de los derechos (bienes humanos básicos) admita fragmentación⁴⁸, lo que equivale a afirmar que no resulta lógica ni jurídicamente concebible que sean objeto de interpretaciones contradictorias y excluyentes fundadas en diferencias políticas o ideológicas. La interdependencia es una implicación lógica de la indivisibilidad y supone la vinculación entre derechos de modo tal que la vulneración de alguno de ellos necesariamente conlleva a la vulneración de otros. A modo de ejemplo: si una persona es detenida y torturada arbitrariamente (sin juicio ni condena) se afecta no solo su derecho a la libertad, a la integridad física, la presunción de inocencia, el debido proceso, etc⁴⁹.

(iv) Progresividad: Sobre este carácter explican Ramírez García y Pallares Yabur que se trata de “una proyección al interior de la práctica de los derechos como respeto del orden institucional que ha satisfecho el deber de reconocerlos”⁵⁰. Concretamente,

48 Ibid., p. 106.

49 A título ilustrativo podemos ejemplificar el libro titulado *El Diario de Guantánamo* del año 2015 que es el relato de Mohamedou Ould Slahi, a quien el gobierno de Estados Unidos mantuvo detenido sin cargos, sin juicio ni condena durante catorce años en la prisión de Guantánamo. Slahi durante su detención fue sometido a torturas de diversa naturaleza, lo cual fue expresamente reconocido por las autoridades estadounidenses años más tarde.

50 RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos Humanos. Promoción y defensa de la dignidad*, op. cit, p. 108.

se materializa en el imperativo que asumen los ordenamientos jurídico-positivos de mejorar las condiciones para el ejercicio de los derechos. En el contexto de las prácticas jurídicas, la progresividad se concreta, en la aplicación del principio pro persona (*o pro-homine*) por el cual “ante hipótesis de concurrencia de normas o sus respectivas interpretaciones, habrá de preferirse aquella aplicación que tenga como resultado el estado de cosas más favorable para el titular del derecho”⁵¹.

V. El problema del carácter absoluto. ¿Es posible hablar de derechos humanos absolutos?

Una de las ideas que ha calado hondo en nuestra cultura actual es que no hay derechos absolutos, sino que todos los derechos son limitados, en principio por la legislación que reglamenta su ejercicio. Esto se explica en gran medida al predominio en la mentalidad contemporánea de una racionalidad netamente utilitarista que mide la dignidad humana ya sea por adecuación a estándares de maximización de placeres o ventajas materiales de la mayoría o minimización de dolor, lo que en definitiva conduce a la formulación de categorizaciones arbitrarias entre vidas mejores y peores, más y menos dignas. Aún así, resulta pertinente realizar algunas precisiones a este respecto.

Por una parte, nuestra Constitución Nacional consagra el **principio de legalidad** en su art. 19, por el cual: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”. Este principio debe ser entendido, complementado y articulado con el llamado **principio**

⁵¹ *Ibid.*, p. 109.

de razonabilidad, el cual se encuentra expresamente consagrado en el art. 28 de la Carta Magna, según el cual: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esto implica que toda vez que el Estado ejerza su poder de policía de modo tal que suponga algún tipo de limitación a los derechos, dicho ejercicio nunca podrá implicar vulneración y/o desnaturalización de los mismos.

Sobre este último principio, la CSJN ha sostenido que las leyes “son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecúan a los fines a cuya realización procuran o cuando consagran manifiesta iniquidad”⁵². En otros pronunciamientos el Alto Tribunal se ha expedido en análogo sentido: “las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en que resulten razonables y mantengan una adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y eviten conducir a una desnaturalización de los derechos del afectado”⁵³.

De la lectura de la jurisprudencia de la Corte se sigue que efectivamente los derechos humanos se encuentran sujetos a limitaciones las que se imponen en atención al interés público y a los derechos de terceros. El ejemplo más claro es el del derecho a la libertad. En efecto, siendo la libertad una prerrogativa inherente a la dignidad humana en tanto que entraña la capacidad de autodeterminación y la agencia racional, no obstante, la libertad ambulatoria puede ser sujeta a restricciones cuando así lo demande el interés de la sociedad.

52 Fallos 319: 2151, doctrina Barry.

53 Fallos 322:2468 y 333:993, entre otros.

Otro tópico vinculado a la limitación de derechos humanos o de derechos fundamentales es el que cae bajo la órbita del llamado **principio de proporcionalidad**, el cual ha sido ampliamente desarrollado por el iusfilósofo y jurista alemán profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy. Como punto de partida del tratamiento de los derechos humanos, Alexy formula una distinción elemental que sirve de axioma para su esquema subsiguiente y que es la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. A los primeros les adscribe calidad moral y adquieren el carácter de derechos fundamentales una vez que son efectivamente receptados por el ordenamiento jurídico positivo⁵⁴.

Asimismo, distingue entre reglas y principios. Las reglas constituyen mandatos definitivos⁵⁵. Son normas que contienen descripciones precisas de esquemas fácticos con asignación de consecuencias jurídicas igualmente precisas, de modo que la forma típica de aplicación es la subsunción⁵⁶ (encaje del hecho en la norma). Mientras que los principios constituyen mandatos de optimización en la medida en que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁵⁷, siendo estos últimos los enunciados que consagran derechos fundamentales.

54 Véase: ALEXY, Robert, Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, 2011, pp. 24–26.

55 *Ibid.*, p. 12.

56 *Ibid.*

57 Cfr. Robert ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (1.ª ed., 1985). Traducción al inglés de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 47–49. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 67–69.

En este esquema, Alexy introduce la problemática referente a la posible tensión entre principios (y/o derechos) lo cual se resuelve a través de la ponderación, que es la forma específica de aplicación de los principios⁵⁸. A su vez, los principios se vinculan con el principio de proporcionalidad el que se subdivide en tres sub principios:

(i) *Principio de idoneidad*, por el cual se “excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”⁵⁹.

(ii) *Principio de necesidad*: exige que “de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra”⁶⁰.

Tanto el principio de idoneidad como el de necesidad se refieren a las posibilidades fácticas de optimización en términos de ahorro de costos.

58 ALEXY, Robert, Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad, *Revista Española de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 13.

59 Ibid.

60 Ibid., p. 14. Alexy ilustra como corolario de este subprincipio un caso en el que el Tribunal Constitucional Federal alemán se expidió “respecto de las golosinas con forma de conejo de Pascua y Santa Claus, que estén hechas con arroz inflado. Con el fin de proteger a los consumidores de confundir dichos dulces hechos con arroz inflado por productos hechos de chocolate, se decidió prohibir las golosinas a base arroz inflado. El Tribunal argumentó que la protección de los consumidores podría ser lograda «en una forma igualmente efectiva pero menos restrictiva con una obligación de señalización» («in gleich wirksamer, aber weniger einschneidender Weise durch ein Kennzeichnungsgebot») (9). Por esta razón, la prohibición fue declarada como una violación al principio de necesidad y, en consecuencia, como contraria al principio de proporcionalidad”.

(iii) *Principio de proporcionalidad en sentido estricto*: este subprincipio, a diferencia de los dos anteriores, se refiere a las posibilidades jurídicas de optimización, en cuyo caso la ponderación deviene en inevitable, la cual se rige por una regla que estatuye: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶¹. Esta ley debe ser completada con una fórmula de peso por la cual se asignará en el caso concreto mayor peso a un principio por sobre el otro.

En resumen, con este complejo y sofisticado mecanismo, Alexy pretende resolver las posibles tensiones que se generen entre derechos. De modo que aun cuando en abstracto se predique la absolutez o inalienabilidad a priori de los derechos humanos, la aplicación de este esquema conduciría a deducir la relatividad y circunstancialidad de los mismos en contextos fácticos de resolución de conflictos admitiendo la posibilidad de sacrificar o interferir sobre algún derecho fundamental cuando el beneficio que se obtiene sobre el derecho en conflicto sea significativamente mayor.

Queda subsistente entonces la pregunta de si existe algún derecho que tenga carácter absoluto, esto es, que no sea susceptible de ser sacrificado en beneficio de ningún otro. Ya se argumentó –al tratar la cuestión atinente a la fundamentación de los derechos humanos– sobre el carácter absoluto de la dignidad humana como base y justificación del reconocimiento de los derechos. Más aún, siguiendo al profesor Massini Correas, dicha fundamentación tiene carácter absoluto ya que los prin-

⁶¹ *Ibid.*, p. 15.

cipios en los que se funda son inexcusables e inexcpcionales⁶², los cuales con conocidos de modo intuitivo y evidente sin necesidad de discurso argumentativo⁶³. Es asimismo trascendente, en la medida en que la dignidad que corresponde a la persona humana se vincula con su grado de participación en el ser, es decir, trasciende a su conciencia⁶⁴.

En esa lógica, si cada derecho constituye un corolario de condiciones básicas realización de la vida humana en sociedad, es preciso por tanto reconocer la prerrogativa de carácter absoluto en lo que concierne a aquel bien que constituye el presupuesto ontológico para el ejercicio de cualquier otro derecho, a saber: la vida. Por consiguiente, la vida constituye o debería constituir un límite claro e infranqueable a la ponderación y a la proporcionalidad en cualquier conflicto de derechos.

VI. Síntesis conclusiva

Las líneas precedentes han perseguido el objetivo de delinear a grandes rasgos un componente de la cultura jurídica contemporánea, por ser, sin lugar a dudas, un concepto que atraviesa la vida pública, y que ha acaparado prácticamente todos los espacios en los que se desenvuelven las prácticas jurídicas y que, por esa misma razón, es objeto de intensos debates iusfilosóficos.

Por lo pronto, interesa puntualmente resaltar que los derechos humanos constituyen una gran conquista tanto desde

62 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. Tomo I. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, op. cit., p. 148.

63 Ibid., p. 147.

64 Ibid., 148.

una perspectiva teórica como práctica. Desde el plano teórico, supuso la admisión, en el ámbito de la ciencia jurídica, de la necesidad de contar con instrumentos axiológicos para la conceptualización, alcance y delimitación de categorías jurídicas, generando dispositivos técnicos idóneos para materializar condiciones elementales de justicia. Desde la praxis, ha implicado la incorporación de instancias de evaluación moral en los procesos de adjudicación contando con una herramienta eficaz que permite superar el rigorismo formal que otrora impuso el modelo decimonónico del derecho.

Sin perjuicio de todas las aristas que suscita la categoría desarrollada en este capítulo, los cuales, por su extensión y relevancia, resultan inabarcables, interesa puntualmente focalizar en su conceptualización, fundamento y caracterización, procurando que su estudio pueda contribuir a una aproximación lo más objetiva posible, por referencia a dimensiones estructurales de la realidad y de la naturaleza humana que resulten inmunes a los influjos de las ideologías. En palabras del profesor Massini Correas: “la realidad gnoseológicamente trascendente al sujeto es el carácter es el carácter de persona que constitutivamente compete a todo hombre que le otorga especial dignidad y eminencia y lo coloca sobre el resto de las cosas del universo”⁶⁵.

65 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. Tomo I. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*, op. cit., p. 153.

Lecturas complementarias

Derechos Humanos y Ley natural⁶⁶

JOHN FINNIS

Los preceptos de justicia nos ordenan abstenernos de actos y omisiones que perjudiquen a otra persona o personas. Los preceptos de justicia, que ya sostenía Santo Tomás, tienen como objeto, razón de ser y fundamento el derecho de la otra persona o personas, es decir, aquello a lo que la otra persona tiene derecho de quien tiene el deber; un deber que (utilizando un lenguaje distinto al de Santo Tomás) podemos decir, por tanto, que es correlativo a ese derecho. Así pues (continúa Santo Tomás) la definición apropiada de justicia es la disposición a conceder o conceder a otra u otras su derecho o derechos. Esta es, en esencia, la concepción moderna de un derecho: tener un derecho es ser beneficiario de un deber impuesto por alguna ley o principio, ya sea de derecho estatal o de derecho natural. Una expresión posterior para expresar lo mismo se refiere a los derechos naturales que conllevan las leyes morales naturales, y una expresión aún más reciente para las mismas proposiciones se refiere a los derechos humanos. Si los derechos humanos se formulan o entienden sin tener en cuenta estrictamente los deberes individuales que son sus correlativos, son meras afirmaciones programáticas de un beneficio o interés que se reivindica como importante, pero que se reivindica sin el suficiente cuidado para especificar un deber correlativo, o para especificar quién tiene dicho deber. Hablar de derechos humanos es

66 FINNIS, John, "Natural Law, Practical Reason and Created Information" en *Persona y Derecho* N° VOL. 82 / 2020, pp. 19-38.

importante y verdadero solo cuando va acompañado de la atención para identificar a la persona o personas que tienen o tienen la carga correlativa: hacer o abstenerse de hacer algo específico, cuya acción u omisión afecta a un individuo o clase de individuos especificables de una manera, y en un grado, que es contrario a algún precepto aplicable de la verdadera moralidad.

Los derechos humanos, naturales y de derecho natural más claros y ciertos son aquellos en los que un bien humano básico está directa y estrechamente en juego, es decir, donde existe un deber claro y cierto de no elegir destruir, dañar o impedir la participación de una persona en ese bien. Los ejemplos más obvios son el derecho a la vida —a no ser asesinado intencionalmente ni mutilado (a diferencia de sufrir una amputación por la propia supervivencia o la salud en general)— y el derecho de A a casarse con B, quien está dispuesto a casarse con A y quienes juntos podrían entablar relaciones maritales, relaciones de las cuales podría surgir un hijo cuyos verdaderos padres serían A y B”.

Derechos fundamentales y Principio de Proporcionalidad

ROBERT ALEXY⁶⁷

Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la constitución. sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. además de esto, ellos poseen una dimensión ideal. La razón para esto consiste en que los derechos fundamentales son

67 ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales y principio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 24–25.

derechos que han sido consagrados en una constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo —la intención, en otras palabras, de positivizar los derechos humanos (43). Esta intención a menudo es tenida en cuenta —objetiva o subjetivamente— por el legislador constituyente. además, esta intención es una pretensión elevada por aquellos que estatuyen un catálogo de derechos fundamentales. En este sentido, ella es una intención objetiva. ahora bien, los derechos humanos son, en primer lugar, morales, en segundo lugar, universales, en tercer lugar, fundamentales, en cuarto lugar, abstractos y, en quinto lugar, son derechos que gozan de prioridad por sobre los demás tipos de derechos (44). Aquí solamente interesan dos de estas cinco propiedades: su carácter moral y su carácter abstracto. Los derechos existen solamente si son válidos. La validez de los derechos humanos qua derechos morales depende únicamente de su fundamentabilidad. Lo que pretendo demostrar consiste en que los derechos humanos son fundamentables en base a la teoría del discurso. el Leitmotiv de esta fundamentación consiste en efectuar afirmaciones, preguntas y argumentaciones. esta práctica presupone necesariamente reglas que expresen autonomía e igualdad (45). nada de esto puede ser desarrollado aquí. para los fines que nos ocupan ahora, lo único que interesa aquí es que los derechos humanos qua derechos fundamentales pertenecen a la dimensión ideal del derecho.

La segunda propiedad relevante es el carácter abstracto de los derechos humanos. ellos se refieren simplemente a objetos tales como libertad e igualdad, vida y propiedad, así como a la libertad de expresión y la protección del honor. como derechos abstractos, los derechos humanos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad pública. Los derechos humanos, en consecuencia, requieren de la ponderación.

Podría objetarse que esto no sirve como argumento para demostrar la existencia de una conexión necesaria entre la ponderación o principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. una vez los derechos humanos se positivizan, ellos pasan a ser derechos positivos y nada más que derechos positivos. esto, sin embargo, podría significar una comprensión equivocada de la doble naturaleza de los derechos fundamentales. el carácter ideal de los derechos humanos no se desvanece una vez ellos hayan sido transformados en derecho positivo. al contrario, los derechos humanos permanecen conectados con los derechos fundamentales como razones en favor o en contra del contenido que ha sido establecido a través de la positivización y como razones exigidas por la textura abierta de los derechos fundamentales. por lo tanto, la dimensión ideal de los derechos humanos sobrevive, a pesar de su positivización.

.....

Análisis jurisprudencial

Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo (expediente digital).

Buenos Aires, 19 de noviembre de 2020.

1°) Que en la presente causa, cuyos antecedentes y objeto de la pretensión deducida fueron descriptos en el pronunciamiento de esta Corte del 29 de octubre de 2020, los actores solicitaron el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la Provincia de Formosa el inmediato ingreso al territorio provincial de los ciudadanos que se encuentran varados y esperando por retornar a sus domicilios y, si por la falta de infraestructura o condiciones edilicias, no se puede realizar la cuarentena obligatoria en los centros provinciales destinados al efecto, se les permita realizarla en sus domicilios o en hoteles costeados por ellos mismos.

En tal contexto, mediante la decisión ya señalada y sin pronunciarse respecto de su competencia originaria en la causa, el Tribunal decidió requerir a la Provincia de Formosa que informara la cantidad precisa de pedidos de ingreso de personas al territorio provincial que se presentaron desde la vigencia del “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado de Personas a la Provincia de Formosa” dispuesto por resolución 2/2020 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 o de cualquier otra medida o protocolo adoptado en el marco de la pandemia provocada por la propagación del coronavirus Covid-19, como así también cuántos de esos pedidos habían sido admitidos y rechazados, y cuántos otros se encontraban en ese

momento pendientes de autorización, debiendo precisarse la fecha en que habían sido solicitados y, en el caso de los admitidos, la fecha en la que se había otorgado la autorización y la del efectivo ingreso; debiendo en su caso informar si los ingresos se habilitan al momento de concesión de la autorización o a fechas diferidas; los criterios aplicados por las autoridades provinciales para resolverlos, el orden de prelación que se le asignan a las peticiones y las razones que podrían justificar su rechazo.

2°) Que el Estado provincial demandado informó: a) que en el marco del “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado” se habían registrado trece mil trescientos diecisiete (13.317) personas; b) que el Consejo de Atención Integral para la Emergencia Covid-19 no rechaza solicitudes de ingreso; c) que desde la implementación del aludido programa y hasta el día 30/10/2020 se habían efectivizado un total de cinco mil setecientos noventa y cinco (5795) ingresos de personas a la provincia; d) que a esa fecha se registraba la cantidad de siete mil quinientos veintidós (7522) solicitudes pendientes de autorización para los ingresos; e) que, de esas solicitudes pendientes, tres mil seiscientos sesenta y seis (3666) correspondían a personas que poseen domicilio en la Provincia de Formosa, y tres mil ochocientos cincuenta y seis (3856) a personas que registraban su domicilio fuera del territorio provincial; f) que los permisos se otorgan previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución n° 2/20 de dicho Consejo, conforme a las plazas disponibles en los Centros de Alojamiento Preventivo, a la evolución de la situación epidemiológica de la provincia, y por aplicación de los criterios y prioridades previstos en la normativa sanitaria; g) que, a la fecha informada, la provincia contaba con un total de mil cuatrocientas cincuenta y cinco (1455) plazas en sus centros de alojamiento,



los que se encontraban ocupados con ingresos programados para los meses de noviembre y diciembre; h) que conforme al orden de prioridad, se asigna una fecha de posible ingreso, supeeditando el otorgamiento de la autorización a la presentación de un test PCR (hisopado nasofaríngeo) con resultado negativo a coronavirus (covid-19), realizado dentro de las 72 horas. Señaló que la citada resolución n° 2/20 del Consejo de Atención Integral para la Emergencia Covid-19, del 21 de abril de 2020, establece el siguiente orden de prelación: A.- Personas que solicitan su retorno desde otros países. B.- Personas que solicitan su retorno desde otras provincias.

Destacó que el desarrollo del “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado de Personas a la Provincia de Formosa”, se sujeta a los siguientes Criterios Generales: a) Cantidad de plazas disponibles en los Centros de Alojamiento Preventivo (CAP) habilitados por el Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19. b) Lugar de procedencia de las personas y riesgo viral. c) Optimización de la relación capacidad–demanda del Centro de Alojamiento Preventivo (evaluación que se practica en relación a los lugares de procedencia de las personas y su riesgo viral, cantidad de solicitudes y capacidad del Centro de Alojamiento Preventivo).

d) Aceptación de las condiciones establecidas para el ingreso de personas a la Provincia de Formosa. e) Aceptación de la fecha comunicada para el Ingreso.

Explicó que también se realiza un análisis y clasificación de las solicitudes de retorno, gestionadas por el sitio web www.formosa.gov.ar/coronavirus, para la determinación del orden de prioridad, las que se autorizan siguiendo el siguiente orden de prioridades:

a) Fecha de gestión de la solicitud de retorno: otorga prioridad de orden a aquellas que poseen mayor antigüedad en la gestión de la solicitud.

b) Domicilio: otorga prioridad a las personas que posean domicilio real y efectivo en la Provincia de Formosa, asentado en el Registro Nacional de las Personas.

c) Razones o motivos por los que la persona se encuentra fuera de la provincia. Establecida la prioridad por fecha de gestión, y acreditado el domicilio o residencia efectiva en la provincia conforme los ítems a y b, enunciados precedentemente, el orden para el tratamiento de las solicitudes de autorización para retornar a la provincia, se establece a su vez, conforme los siguientes motivos:

c.1.- Salud: se refiere a aquellas personas que hayan requerido atención o prácticas médicas en centros sanitarios ubicados fuera de la Provincia de Formosa;

c.2.- Educación: se refiere a aquellas personas con residencia familiar real y efectiva en la provincia, que se encuentren en otra provincia con motivo de estudios terciarios, universitarios o de Post-grado; c.3.- Atención a Familiar: se refiere a aquellas personas que acrediten fehacientemente que se encuentran fuera del territorio provincial para prestar asistencia o atenciones a un familiar por razones de salud; c.4.- Trabajo: I. En primer orden, se refiere a aquellas personas que acrediten suficientemente una relación laboral o de servicios que deba cumplirse en la Provincia de Formosa, a quienes se asigna prioridad sobre las indicadas en el punto siguiente; II. Se refiere a las personas que se encuentran en otras provincias con motivo de una relación laboral de carácter temporal. c.5.- Vacaciones u otros motivos.

Por otro lado, indicó que se han establecido sendos controles a las personas que ingresan a su territorio.

El primero de ellos, en los ingresos habilitados a la provincia, en el que participan en forma conjunta personal sanitario y policial, oportunidad en la que se les toma la temperatura, se les realiza un cuestionario sanitario y el personal de seguridad procede a la notificación escrita e individual de cada persona, respecto del Centro de Alojamiento Preventivo asignado y su aceptación expresa por parte del interesado, como así también del formulario de aceptación de deslinde de responsabilidad y del consentimiento previo e informado de alojamiento preventivo y obligatorio, así como de la posibilidad de renunciar al cumplimiento de la medida y retornar a sus lugares de origen.

El segundo control se realiza en la Unidad de Pronta Atención de Contingencia (UPAC), ubicado en el Hospital de Alta Complejidad “Juan Domingo Perón”, en el que los profesionales de la salud realizan a las personas que ingresan un triage con toma de temperatura y se le formulan preguntas sobre síntomas compatibles con Covid-19, conforme a los protocolos sanitarios vigentes y se practica el hisopado nasofaríngeo (test PCR). En cuanto a los Centros de Alojamiento Preventivo (por motivos epidemiológicos) informó que se habilitó un sistema informático que permite el ingreso durante 48 hs. de todas las personas que van a realizar el aislamiento. Cumplido dicho término, el sistema no admite el ingreso de otras personas, de manera que se garantice que los resultados obtenidos al culminar la cuarentena sean los mismos.

Añadió que los Centros de Alojamiento Preventivo demandan que, con carácter previo al alojamiento de las personas, se lleve adelante la completa desinfección de las instalaciones y la



preparación con todos los elementos y servicios necesarios para la estadía de las personas que van a ser alojadas, como también de toda la infografía adecuada para que tengan permanente conocimiento y observen las medidas preventivas y de distanciamiento recomendadas para evitar el contagio de coronavirus Covid-19.

Cumplidos los controles a todas las personas que ingresan a un Centro de Alojamiento Preventivo (CAP), se les entrega un “Kit de Elementos de Protección Personal” que debe ser utilizado en todo momento elementos de higiene personal , y se les explica nuevamente las pautas de cuidado, prevención y manejo que habían sido notificadas y explicadas al ingreso a la provincia.

Agregó que, a todos los alojados en los Centros de Alojamiento Preventivo, se les provee de manera gratuita de todas las comidas diarias, y que cuentan con todos los servicios básicos e internet (wifi), agua fría y caliente, en cada uno de los diferentes sectores.

Las recomendaciones y medidas sanitarias que aplica el personal que asiste a las personas que son alojadas en los Centros de Alojamiento Preventivo, así como a estas últimas, se encuentran desarrolladas en los documentos “Protocolo de Prevención del Personal de Servicio en Centros de Alojamiento Preventivo Covid-19”, y “Protocolo de Prevención para las Personas Destinadas a Realizar Aislamiento Preventivo y Obligatorio en Centros de Alojamiento Preventivo”.

Puso de resalto que existen 44 Centros habilitados para la realización del Aislamiento Preventivo y Obligatorio, con -como se adelantó- una capacidad total de 1455 plazas.

A su vez, la demandada también destacó que, por fuera de lo que la provincia brinda gratuitamente, las personas que

puedan hacerlo actualmente tienen la posibilidad de ir a hoteles habilitados, en cuyo caso deberán hacerse cargo del costo de la estadía en el hotel, la alimentación, los hisopados, la atención médica y de la consigna policial extra que insoslayablemente debe haber. Y en todos los supuestos, tanto los destinados a los centros gratuitos como a los que asuman pagar hoteles, previa acreditación de PCR negativo.

3°) Que, a modo de síntesis de lo informado por la Provincia de Formosa -reseñado ut supra- en cuanto aquí importa respecto de lo denunciado por los actores y de la medida cautelar solicitada, y sin perjuicio de que la provincia no ha informado las fechas requeridas a ese respecto, corresponde concluir que, en algo más de seis meses (desde que se dispuso el sistema de ingreso ordenado y administrado a la provincia, el 21 de abril, y hasta la fecha informada, el 31 de octubre, ambas del corriente año), han logrado ingresar al territorio formoseño menos de la mitad de las personas que lo han solicitado -concretamente, un 43,5% de los pedidos registrados.

Respecto de las esperas sufridas por las personas solicitantes de ingreso para retornar a sus domicilios ubicados dentro de los límites provinciales -períodos durante los cuales se encontraban en las más variadas situaciones, algunas de ellas de alta vulnerabilidad-, conforme a la información brindada por la propia provincia respecto de tres de las personas individualizadas en el escrito inicial (Manuel Jesús Brito, Carlos Argentino Soto y Karen Elizabeth Alonso), en algunos casos se extendieron por cuatro (4) meses.

Por lo demás, habida cuenta de la información proporcionada a solicitud de esta Corte, esto es la cantidad total de plazas en los Centros de Alojamiento Preventivo, los ingresos ya

programados para los meses de noviembre y diciembre, el tiempo de permanencia mínima en dichos centros y las solicitudes pendientes de autorización, muchos de esos pedidos de ingreso demorarán varios meses más en ser satisfechos.

4°) Que los hechos denunciados que dieron lugar a la promoción de este proceso, exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 331:2925; 341:39, entre otros).

Ello es así, toda vez que le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328:1146; 330:111 y 4134;331:2925, entre otros).

5°) Que tal como este Tribunal lo señaló en la causa FRE 2237/2020/CS1 “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 10 de septiembre de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado jueves 9 de abril de 2020 emitió una Declaración titulada “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte la comparte, que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

6°) Que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho a transitar libremente en su territorio, sin distinción alguna (artículos 8° y 14).

Por su parte, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (aprobada por la ley 23.054), como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (aprobado por la ley 23.313), ambos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental), también reconocen en los incisos 1° de sus artículos 22 y 12, respectivamente, el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él; y si bien el ejercicio de dicho derecho puede ser restringido en virtud de una ley cuando sea necesario para proteger, entre otras cosas, la salud



pública, lo cierto es que las restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos en esos actos (incisos 3° de los artículos 12 y 22 citados).

7°) Que aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance.

8°) Que en el marco de las consideraciones particulares incluidas en la declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordada en el considerando 5°, cabe señalar que este Tribunal ha establecido que, aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros). El principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480).

9°) Que, pese a que no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la Provincia de Formosa para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria

de efectos mundiales que está transcurriendo, dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales.

Sin perjuicio de reconocer los propósitos de protección de la salud pública perseguidos por el “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado” instaurado por el Estado provincial, lo cierto es que, en los hechos, las restricciones establecidas por las autoridades locales no superan el test de razonabilidad que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable, conforme surge del considerando 3° precedente. Sin que obste a tal conclusión la alternativa señalada por la provincia de ingresar asumiendo los costos económicos (estadía en hotel, alimentación, hisopados, atención médica y consigna policial). 10) Que, por otro lado, corresponde poner de resalto que habiendo transcurrido varios meses desde la puesta en práctica del referido “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado”, no se ha definido el tiempo de su vigencia ni de las medidas allí dispuestas, ni existen indicios de hasta cuándo se extenderán las restricciones al derecho a transitar libremente, derecho este especialmente reconocido en la Constitución Nacional y en los citados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En tales condiciones, aun cuando pudiesen resultar adecuadas a la tutela de la salud pública, las medidas adoptadas por las autoridades provinciales aparecen en su puesta en práctica, prima facie, como limitaciones irrazonables a la autonomía personal frente a la demora que se produce para concretar el ingreso de quienes lo requieren, incluso, de aquellas personas que, de acuerdo con la propia reglamentación local, se encontrarían dentro de los casos prioritarios.



Por lo demás, los planteos judiciales que se efectuaron en otras instancias por parte de los afectados por las restricciones en cuestión, y la cantidad de personas que fueron autorizados a ingresar a Formosa por esa vía –denunciados por el Estado provincial como una interferencia a las políticas sanitarias desarrolladas–, solo demuestran la insuficiencia del sistema instaurado para responder a la legítima demanda de pedidos de autorización de ingresos.

11) Que esta Corte ha sostenido que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía. La interpretación debe armonizarlos, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales (Fallos: 255:293; 272:231; 330:1989;333:2306).

Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro.

La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico (Fallos: 302:1284).

En síntesis, a la luz de todo lo hasta aquí expresado, cabe puntualizar que la restricción de derechos en el marco de la aplicación de medidas de la naturaleza de las descriptas, no resulta prima facie razonable en su aspecto temporal (por las excesivas esperas reseñadas en el considerando

3° precedente) ni en el aspecto económico, en tanto supe-
 pedita el ejercicio de derechos a una determinada capacidad económica.

Por ello, en su condición de custodio de las garantías constitucionales, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida en relación a la competencia de esta Corte para entenderen el caso por vía de su instancia originaria, el Tribunal resuelve: Ordenar a la Provincia de Formosa que arbitre los medios necesarios de modo de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial, con cumplimiento de las medidas sanitarias que estime pertinentes, de todos los ciudadanos que lo hayan solicitado, dentro del plazo máximo de quince días hábiles a partir del día de la fecha, ajustando el programa a las pautas constitucionales referidas en los considerandos anteriores. Notifíquese.



Análisis jurisprudencial



Actividades

Teniendo en cuenta el tópico desarrollado, los textos complementarios y el fallo de la CSJN responda las siguientes preguntas:

1) De la lectura de Finnis: ¿Qué rol juega la justicia en la noción de derechos? ¿Cuál sería la diferencia, según Finnis, entre derechos positivos y derechos naturales? ¿Cuál sería la naturaleza específica de los derechos humanos? ¿Cómo se define su sustancia y contenido? A partir de las tesis que surgen del texto: ¿Considera que para Finnis es posible hablar de derechos humanos absolutos? ¿Es el enfoque de Finnis un enfoque realista o constructivista? Justifique su respuesta.

2) De la lectura de Alexy: ¿Qué entiende Alexy por derechos fundamentales? ¿Hay alguna diferencia con los derechos humanos? ¿Cuál? ¿Qué característica le asigna Alexy a los derechos humanos? ¿A qué condiciona el autor la validez de los derechos humanos? A partir de las tesis que surgen del texto ¿Considera que para Alexy es posible hablar de derechos humanos absolutos? ¿Es el enfoque de Alexy un enfoque realista o constructivista? Justifique su respuesta.

3) A partir de la lectura del fallo Lee: ¿Cuál es el objeto del proceso? Describa brevemente la plataforma fáctica. ¿Qué derecho humano se ve controvertido? ¿Cuáles son los argumentos que opone el Estado demandado? ¿Qué resuelve la Corte y cómo fundamenta su resolución? ¿Qué fuentes jurídicas invoca el tribunal como fundamento de su fallo?