



Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Berazategui

Carrera Abogacía

Derechos Humanos: “Universalismo vs Relativismo”

Año 2021

Alumno: Alejandra B. Riveros

Tutor: Pablo M. Baccaro

Título al que aspira: Abogado

E-mail: alecs_ri@hotmail.com

Celular: 115-494-6096

Solicitud de tema para trabajo final y tutor

De: Alejandra Riveros
Lun 7/10/2019 15:13
Para: Marilina.Miceli@UAI.edu.ar

Berazategui, 07 de octubre de 2019.-

Estimada Marilina:

Por medio de la presente solicito tenga a bien proceder a la reserva del tema para mi Trabajo final cuyo título es "El derecho de acceso a la justicia como derecho humano fundamental", en el cual me acompañará como tutor el Dr. Pablo Baccaro.-

Espero atentamente su respuesta, y le envío saludos cordiales.

Desde ya muchas gracias. Alejandra Riveros

DNI 24.882.233
Legajo 5188
Sede Berazategui, turno tarde.

Cambio de tema para trabajo final

De: Alejandra Riveros
Enviado el: martes, 18 de febrero de 2020 04:57 p.m.
Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
Asunto: Fw: Cambio de tema de Trabajo Final

Berazategui, 18 de febrero de 2020.-

Estimada Marilina:

Por medio de la presente solicito el cambio de tema de mi Trabajo final cuyo nuevo título es "**Derechos humanos: Universalismo vs Relativismo**".-

Espero atentamente su respuesta, y le envío saludos cordiales.

Desde ya muchas gracias. Alejandra Riveros

DNI 24.882.233
Legajo 5188
Sede Berazategui, turno tarde.

De: Marilina.Miceli@UAI.edu.ar <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
Enviado: miércoles, 19 de febrero de 2020 14:58
Para: alecs_ri@hotmail.com <alecs_ri@hotmail.com>
Asunto: RE: Cambio de tema de Trabajo Final

Quien sería su tutor y cuál era el anterior?

De: Alejandra Riveros [alecs_ri@hotmail.com]
Enviado el: miércoles, 19 de febrero de 2020 08:56 p.m.
Para: Miceli, Marilina
Asunto: Re: Cambio de tema de Trabajo Final

Buenas noches. Mí tutor sigue siendo el mismo. El Dr. Pablo Baccaro.
El tema anterior era "El derecho de acceso a la justicia como derecho humano fundamental".

Aceptación de tema para trabajo final y tutor

Marilina.Miceli@UAI.edu.ar
Jue 20/2/2020 20:13
Para: Usted
CC: Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar

Recibido. Atte

Dra. Marilina Andrea Miceli

Secretaria Técnica de la

Facultad de Derecho y Cs. Políticas y

Directora de la carrera de Martillero público,

Corredor y Administrador de consorcios

Universidad Abierta Interamericana

Tel. 4342-7788 int.139 Fax 4342-7654

Carta al tutor

Berazategui, 15 de septiembre de 2019.-

Profesor: Dr. Pablo Marcelo Baccaro

Asunto: Trabajo final.

Tema: "El derecho de acceso a la justicia como derecho humano fundamental".

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. con el fin de solicitarle su tutoría para la realización de mi trabajo final, con el objetivo de obtener el título de abogado, ya que creo que su conocimiento en la materia me va a poder proveer de una gran experiencia en el desarrollo del presente trabajo.

Sin otro particular, saludo a Ud. Atentamente

Alejandra B. Riveros

DNI 24.882.233

Legajo 5188

Aceptación del tutor

Berazategui, 18 de septiembre de 2019.-

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Dr. Marcos Córdoba:

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. que acepto desempeñarme como tutor del Trabajo Final de la alumna Alejandra B. Riveros.

Declaro conocer la reglamentación e instructivos vigentes.-

Dr. Pablo Marcelo Baccaro

Tutor aceptante

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'P' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Carta al tutor notificando cambio de tema

Berazategui, 15 de febrero de 2020.-

Profesor: Dr. Pablo Marcelo Baccaro

Asunto: Cambio de tema del trabajo final

Tema: "Derechos humanos: Universalismo vs Relativismo".-

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de notificarle mi decisión de cambiar el tema para la realización de mi trabajo final, siendo éste "Derechos humanos: Universalismo vs Relativismo".-

Sin otro particular, saludo a Ud. Atentamente

Alejandra B. Riveros

DNI 24.882.233

Legajo 5188

Notificación del tutor

Berazategui, 16 de febrero de 2020.-

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Dr. Marcos Córdoba:

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. que me he notificado acerca del cambio de tema del Trabajo Final de la alumna Alejandra B. Riveros.

Saludos cordiales.-

Dr. Pablo Marcelo Baccaro

Tutor aceptante

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'P' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Agradecimientos

Indudablemente y en primer lugar agradezco a mis hijos que durante los años que duró la carrera sufrieron o disfrutaron mi ausencia, sabiendo que todo lo que hago es por y para ellos que son mi vida, mi sol y mi luna.

A mi hermana de la vida Joe, que nunca dejó de creer en mi capacidad para lograr el objetivo, y que en los momentos difíciles estuvo ahí para que no cayera, no sólo durante mi tiempo de universitaria, sino en todos y cada uno de los instantes importantes de mi vida. Le agradezco al universo haberla cruzado en mi camino.

Al Dr. Gastón Zivec, que con su insistencia logró que tomara la decisión de comenzar mis estudios para crecer profesionalmente; gracias por tu generosidad, por haberme brindado tanta confianza y libertad de ser.

A mi mamá y mi hermana, que estuvieron ahí para mis hijos supliendo mi ausencia en los momentos que yo no pude estar, y que siempre siempre me alentaron a seguir adelante.-

A mis locas amigas Carla y Sabri, por ser parte de mi universo.-

A mis amigas Suri y Luli, hermosas personas que me regalo la facultad, compañeras de estudio, de cafecitos en el bar y de interminables charlas.-

A mi compañero Julián por su aporte y colaboración.-

A mi tutor, el Dr. Pablo Baccaro, que a través de sus conocimientos, experiencia y sobre todo paciencia, me acompañó en el desarrollo de este trabajo. Gracias doctor por haber sido parte de mi formación profesional!

Gracias a todos y cada uno de los que me acompañó en este bello viaje!

“Y en este vasto continente humano, la infinita variedad de las razas no destruye la unidad misteriosa del conjunto, del mismo modo que la diversidad de las olas no rompe la majestuosa monotonía del mar”

Marguerite Yourcenar

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN	11
PROYECTO DE TESIS.....	12
1.- TEMA:.....	12
2.- TÍTULO:	12
3.- ÁREA TEMÁTICA:	12
4.- METODOLOGÍA:.....	12
5.- OBJETIVOS:	12
6.- MARCO TEÓRICO:	12
7.- HIPÓTESIS PRINCIPAL:	13
8.- HIPÓTESIS SECUNDARIA:	13
9.- PLANTEO DEL PROBLEMA:	13
CAPÍTULO PRIMERO - IUSNATURALISMO	15
1.- LA LEY NATURAL	15
2.- EL DERECHO NATURAL	19
3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL IUSNATURALISMO.....	21
4.- CRÍTICAS AL IUSNATURALISMO	27
CAPÍTULO SEGUNDO – POSITIVISMO JURÍDICO.....	29
1.- LA LEY POSITIVA.....	29
2.- EL DERECHO POSITIVO	31
3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO	34
4.- PRINCIPALES EXPONENTES DEL POSITIVISMO JURÍDICO MODERNO.....	37
5.- EL POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO	41
6.- CRÍTICAS AL POSITIVISMO JURÍDICO.....	43
CAPÍTULO TERCERO - POSICIONES FILOSÓFICAS FRENTE A LOS VALORES Y FUENTES DEL DERECHO.....	45
1.- LOS VALORES	45
2.- LOS VALORES EN EL DERECHO.....	46
2.1- Clasificación de los valores jurídicos	47
3.- POSICIONES FILOSÓFICAS SOBRE LOS VALORES	48
CAPÍTULO CUARTO – DERECHOS HUMANOS	52
2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	53
4.- LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	56
5.- DERECHOS CULTURALES.....	57
6.- DIVERSIDAD CULTURAL.....	60
7.- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS.....	61

CAPÍTULO QUINTO – UNIVERSALISMO vs RELATIVISMO	63
1.- UNIVERSALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS	63
1.1.- Universalismo radical de los Derechos Humanos	66
1.2.- Universalismo relativo de los Derechos Humanos	67
2.- RELATIVISMO.....	68
2.1- Relativismo cognitivo.....	69
2.2.- Relativismo moral	69
2.3.- Relativismo cultural	70
3.- EL DEBATE ENTRE LAS TEORÍAS DEL UNIVERSALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RELATIVISMO CULTURAL	74
3.1.- Universalismo y Relativismo ¿son antagónicos?	88
CAPÍTULO SEXTO - REFLEXIÓN FINAL	90
BIBLIOGRAFÍA.....	96

RESUMEN

Indudablemente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ocurrida el 10 de diciembre de 1948, es uno de los grandes logros de la humanidad. Sin embargo, la afirmación de universalidad contenida en su título podría aparecer como presuntuosa si se toman en consideración las opiniones de quienes consideran inexistente una verdad única y absoluta.

Así, a 72 años de su promulgación, la Declaración es, en muchos lugares del mundo, aún hoy, letra muerta.

En ese contexto, el avance de corrientes relativistas que promulgan que cada sociedad representa un universo conceptual autónomo y que en consecuencia existe amplia variedad de sistemas morales, culturales y de justicia con diferencias sustanciales, profundiza la crisis de aplicabilidad de tal declaración.

Ante dicha situación este trabajo busca analizar el contrapunto entre el universalismo que sustenta aquel pretendido sistema de principios generales e indiscutibles y el relativismo cultural, que promueve la validez de sistemas positivos de valores propios de cada sistema socio – cultural.

De esta manera partimos de la distinción de las dos teorías más destacadas a lo largo de la historia de la filosofía jurídica como son el iusnaturalismo y el iuspositivismo, señalando la importancia y vigencia de la primera (principal sustento de la universalidad de los derechos humanos), pero destacando también el aporte de la contraria en cuanto recepta la existencia de mutabilidad en los sistemas de valores.

En ese plan realizaremos un breve análisis sobre las posiciones filosóficas frente a los valores y fuentes del derecho, para luego abocarnos, a través de una mirada panorámica, a analizar los derechos humanos en el contexto propuesto para culminar revisando los fundamentos de cada una de las doctrinas tema de éste trabajo final.

Por último, presentamos las conclusiones a las cuales hemos llegado luego de la investigación.

Palabras clave: derecho natural – derecho positivo – valores – derechos humanos – universalismo – cultura – relativismo.-

PROYECTO DE TESIS

1.- TEMA:

“El debate entre las teorías del Universalismo de los Derechos Humanos y el Relativismo Cultural”

2.- TÍTULO:

Derechos Humanos: “Universalismo vs Relativismo”

3.- ÁREA TEMÁTICA:

Derechos Humanos

4.- METODOLOGÍA:

Para el presente trabajo de investigación utilizaremos diferentes métodos que se resumen en descripción explicativa; investigación de doctrina y jurisprudencia y análisis cualitativo.

5.- OBJETIVOS:

- * Analizar los fundamentos del universalismo y del relativismo cultural a fin de describir en qué consisten cada una de estas doctrinas.-

- * Demostrar que el relativismo cultural nos ayuda a contribuir a un mejor entendimiento entre los pueblos y que es importante para sustentar la diversidad y la riqueza de los aportes que todas las culturas hacen a una experiencia humana en común.-

- * Analizar la universalidad de los derechos humanos reconocidos en el contexto de la diversidad cultural.-

6.- MARCO TEÓRICO:

Para el desarrollo del presente trabajo utilizaremos bibliografía de los grandes filósofos y juristas clásicos, modernos y contemporáneos, los más destacados expositores

tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo, así como bibliografía de los defensores de los derechos humanos.

Adicionalmente para analizar el tema de los derechos humanos, recurriremos a los conocimientos transmitidos en las conferencias de los disertantes del Ciclo de Conferencias Maestros del Derecho de la Facultad.

Asimismo, nos apoyaremos en los distintos Tratados sobre los Derechos Humanos, tomando como base principal la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como también así toda la información registrada por las Naciones Unidas en las páginas oficiales de dicho organismo.

Finalmente, recurriremos también a artículos y trabajos de investigación elaborados por científicos y estudiosos de los temas a desarrollar.-

7.- HIPÓTESIS PRINCIPAL:

- Los Derechos Humanos como proyecto de ley universal constituyen una utopía.-

8.- HIPÓTESIS SECUNDARIA:

- El multiculturalismo y la diversidad cultural son realidades dignas de respeto, y hacen parte de nuestra situación contemporánea y de nuestro mundo globalizado, por lo que su consideración es esencial en la búsqueda de un sistema que pretenda ser universal.-

9.- PLANTEO DEL PROBLEMA:

Una de las grandes controversias existentes en el mundo jurídico es el enfrentamiento entre la doctrina que defiende la universalización de los derechos humanos, y aquella otra que plantea una diversidad cultural que niega la unidad.-

La característica esencial de los derechos humanos es la de ser supuestamente universales, ya que serían poseídos por todos los seres humanos, de todos los tiempos y lugares, en virtud de que todos somos iguales por naturaleza; sin embargo las costumbres, los valores y las culturas varían de una sociedad a otra, por lo tanto encontramos aquí el origen de nuestro debate.-

De esta forma, nos hallamos frente a dos corrientes distintas, por un lado, el universalismo que propugna que los derechos humanos son inalienables, que existen con el fin de proteger la dignidad humana, y por lo tanto todas las personas en igualdad de condiciones deberían gozar de ellos, y por el otro, el relativismo que sostiene que existe una inmensa diversidad cultural en el mundo, que no hay valores universales y que la variedad de las diferentes culturas implica que los derechos humanos no son, y no deberían ser interpretados de igual manera.-

Por lo tanto, la cuestión que se plantea se desprende sobre la base de que algunos de los derechos de la Declaración Universal no son compatibles con la diversidad de criterios de valores que hay en el mundo, razón por la cual ésta aparece como la imposición de un sistema de valores extranjeros a las distintas tradiciones, más aún a las no occidentales.-

Asimismo, otro de los problemas abordados es que un relativismo cultural extremo puede ser utilizado como herramienta que legitima comportamientos llevados a cabo para preservar estructuras de poder, y que ni el relativismo cultural ni el universalismo escapan a manipulaciones políticas.

CAPÍTULO PRIMERO - IUSNATURALISMO

1.- LA LEY NATURAL

La idea de la existencia de una ley natural provoca una fascinación universal desde hace más de dos mil años. Este concepto continúa vigente en el debate contemporáneo a pesar del desprestigio que se les ha dado a las distintas tesis basadas en la naturaleza.

Claramente son razones históricas y culturales las que explican esta sorprendente permanencia, siendo una de ellas la necesidad de recurrir a principios éticos superiores a las leyes positivas en ciertas circunstancias de la historia reciente; un ejemplo de ello son los juicios de Nuremberg.

Sin duda, otra de las razones es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948, estableciendo derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero.-

Sin embargo, el concepto de ley natural es complejo, y recibe fuertes críticas desde diferentes ámbitos de la filosofía, sumado al hecho de que la Iglesia Católica es quien más utiliza este concepto para sentar posición en cuestiones fuertemente debatidas en la cultura contemporánea - el aborto, la homosexualidad, la regulación de la natalidad, etc., con lo cual frecuentemente se produce una confusión al pensar que los argumentos basados en la ley natural son meramente teológicos y válidos para los creyentes; sin dejar de mencionar que existen varias teorías de la ley natural, y no todas tienen el mismo valor y significado.

En este sentido, empezando con el tema planteado entendemos por ley natural en términos generales al conjunto de principios que remiten a lo que se supone son las características permanentes de la naturaleza humana, que sirven de modelo para guiar y valorar la conducta y las leyes de la comunidad, cuyas propiedades son unidad, universalidad, indelebilidad e inmutabilidad:

- Unidad: no obstante de contar con varios preceptos, es una sola ley. Todas las reglas en que se descompone son aplicaciones de principio primero y básico, en el cual radican y están precontenidas.

- Universalidad: tiene vigencia para todos los hombres de todos los tiempos y lugares.
- Indelebilidad: está impresa de un modo imborrable en la mente y en el corazón del hombre.
- Inmutabilidad: consiste en que no puede cambiar, en lo que es bueno o malo, prohibido, mandado o permitido.¹

De lo señalado por este autor, se deriva que esta ley natural se desprende de la estructura ontológica del ser humano y no de factores naturales externos, no es una doctrina sino un hecho de experiencia, un dato natural del hombre. Son los juicios deónticos de razón, con características de norma vinculante que todo hombre observa en sí, con total independencia de lo establecido por la sociedad. Es natural porque proviene de la estructura psicológico moral del ser humano y no de los factores culturales; es una operación natural de nuestra inteligencia, es la naturaleza humana quien nos proporciona la regla fundamental del obrar, de que debe hacerse el bien y evitarse el mal.

Esta ley natural manifiesta en forma de deber nuestras exigencias naturales del ser, la obtención de nuestros fines naturales, o sea nuestra realización como individuos y en desarrollo con la sociedad.

Nos define el profesor Hervada sobre la ley natural: “es el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio como persona”.

Y siguiendo la postura del profesor Hervada esas inclinaciones se resumen de la siguiente manera:

- a.- La inclinación o tendencia a la conservación del ser, de la vida y de la integridad física y moral;
- b.- La inclinación a la unión conyugal de varón y mujer, formando ambos la comunidad primaria de la sociedad humana, ordenada a la generación y educación de los hijos;
- c.- la inclinación a la relación con Dios, como manifestación de la creaturidad; dimensión constitutiva del ser del hombre;
- d.- la tendencia al trabajo, como expresión de la índole dominadora y transformadora del hombre respecto al mundo circundante, y en conexión con ella la tendencia al descanso y a la actividad lúdica;

¹ UGARTE GODOY, José Joaquín. La ley natural. Dialnet, 1979 (consulta: 12 de enero de 2020). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>

- e.- La inclinación a la sociedad política y a las varias formas de asociación; que proviene de la índole social del hombre;
- f.- La tendencia a la comunicación, expresión también de la sociabilidad humana;
- g.- La inclinación al conocimiento y a las diversas formas de cultura y arte.²

La ley natural es la regla racional de esas inclinaciones, es una prescripción de la razón, un precepto racional, así la ley natural y las inclinaciones se conectan en la obligación o deber moral; de esta forma podemos decir que la ley natural convierte en obligación la inclinación natural. Asimismo, nos dice el profesor Hervada que la ley natural obedece a una estructura natural del ser humano, primeramente obedece a los fines naturales del hombre, a aquellas inclinaciones o tendencias que proceden de la naturaleza humana, y por otra parte, sus enunciados responden a una estructura psicológica natural; en consecuencia la ley natural es inherente y obligatoria a todos los hombres; es una ley universal en el espacio y en el tiempo.

Debido a la ambigüedad del significado de la palabra naturaleza, la ley natural ha sido considerada desde diferentes perspectivas por las distintas corrientes a lo largo de los siglos.

Para la teoría clásica, de la cual uno de sus referentes máximos, de quién al día de hoy se siguen sus ideas, Santo Tomás de Aquino, la ley natural es la manera propia mediante la que el hombre, la criatura racional, participa de la ley eterna; es la luz de la razón natural a través de la que podemos discernir entre lo bueno y lo malo. Dice el Aquinate:

(...) pertenece a la ley natural todo aquello a lo que el hombre se siente inclinado por naturaleza. Más todos los seres se sienten naturalmente inclinados a realizar las operaciones que les corresponden en consonancia con su forma; por ejemplo, el fuego se inclina por naturaleza a calentar. Y como la forma propia del hombre es el alma racional, todo hombre se siente naturalmente inclinado a obrar de acuerdo con la razón.³

En cuanto a las teorías modernas podemos nombrar al holandés Hugo Grocio quién describe a la ley natural como una norma directiva de los actos morales que

² HERVADA, Javier. “Introducción crítica al Derecho Natural”; 11ª edición, España, Ed. EUNUSA, 2011. pág.144/146.

³ AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I.IIae. q91.-

obligan a practicar lo justo y recto, creando una obligación ineludiblemente necesaria.⁴

Ya en la edad contemporánea encontramos a algunos estudiosos que definen a ley natural como un conjunto de prescripciones de la razón sin referencia alguna a la naturaleza humana, que puede ser entendida, aplicada y analizada reflexivamente sin advertir la cuestión de la existencia de Dios.

Esto, y el hecho de que durante los siglos recientes haya habido una negación de la ley natural en algunos ámbitos culturales, dio lugar a que fueran los Papas quienes hayan defendido y sostenido su existencia. Así en palabras del Papa Benedicto XVI:

La ley natural es, en definitiva, el único baluarte válido contra la arbitrariedad del poder o los engaños de la manipulación ideológica. El conocimiento de esta ley inscrita en el corazón del hombre aumenta con el crecimiento de la conciencia moral. Por tanto, la primera preocupación para todos, y en especial para los que tienen responsabilidades públicas, debería consistir en promover la maduración de la conciencia moral. Este es el progreso fundamental sin el cual todos los demás progresos no serían auténticos. La ley inscrita en nuestra naturaleza es la verdadera garantía ofrecida a cada uno para poder vivir libre y respetado en su dignidad.⁵

Para la Iglesia Católica la ley natural está inscrita y grabada en el alma de todos y cada uno de los hombres; consiste en la participación de la sabiduría y de la bondad de Dios, y expresa el sentido moral originario; no somos simplemente animales sino que tenemos una dignidad, tenemos una herencia, una genética divina que está impresa en esa ley natural, que nos lleva a buscar unos valores, una forma de vivir, una forma de pensar, una forma de ver la misma vida, la dignidad que existe en las personas. Esta ley natural nos permite discernir sobre el bien y el mal a través de la razón.⁶

No obstante todos sus significados, del hecho de que diferentes culturas capten distinto lo que se cree como ley natural, o de que en algún momento incluso intentó dejarse de lado su aplicación y/o interpretación para la creación de leyes positivas, es

⁴ RODRIGUEZ MOLINERO, Marcelino. La doctrina del Derecho Natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno, DADUN, 1992 (consulta: 15 de enero de 2020). Disponible en: <https://hdl.handle.net>

⁵ BENEDICTO XVI, Papa. Discurso a los participantes del Congreso sobre la ley moral natural; Roma, 12 de febrero de 2007.-

⁶ JÁCOME, Rafael, padre La ley Natural, Cápsula del compendio del Catecismo de la Iglesia Católica, 2015 (consulta: 15 de enero de 2020), Disponible en: https://youtu.be/2MSquT_sKd4

indudable que su aporte es esencial para la existencia de un derecho justo, que tenga en cuenta la dignidad de todos los seres humanos, sin distinción de raza, de religión ni de ninguna índole.

Creemos indefectiblemente que se debe respetar y obedecer el contenido de la ley natural, ya que su quebrantamiento trae aparejado lesiones tanto a la persona humana como a la misma sociedad.

2.- EL DERECHO NATURAL

Dada la vaguedad con la que solemos utilizar la expresión derecho natural, resulta inevitable antes de comenzar a repasar las diferentes teorías del iusnaturalismo y la influencia del mismo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, precisar correctamente su significado.

De esta forma tomando la idea del profesor John Finnis podemos decir que el derecho natural es el conjunto de principios de la razonabilidad práctica que identifican las formas básicas de nuestra realización, que distinguen el pensamiento práctico consistente del inconsistente permitiéndonos diferenciar entre lo correcto y lo incorrecto.⁷

En cambio, el iusnaturalismo es la denominación genérica con la que se alude a todas las teorías que aceptan la existencia de un derecho natural, difiriendo entre ellas enormemente en sus explicaciones sobre el derecho natural y sobre sus contenidos verdaderos.

La idea fundamental es la existencia de un derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva; cuando nos referimos al derecho natural estamos haciendo alusión al derecho propio inherente a la naturaleza humana, un derecho que no está creado deliberadamente por un órgano gubernamental sino que constituye principios y criterios rectores de la conducta humana considerados inmutables y eternos.

No obstante las diferencias entre las distintas concepciones iusnaturalistas sobre los fundamentos que se le asignan a los principios morales y de justicia contenidos en el

⁷ RODRIGUEZ TOUBES MUÑIZ, Joaquín. El iusnaturalismo de John Finnis. Dialnet, 1993, (consulta: 15 de enero de 2020), Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142246.pdf>

derecho natural, y acerca de cuáles son esos principios, afirma el jurista argentino Carlos Nino que no será parte de la doctrina iusnaturalista quien rechace alguna de estas tesis:

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia.⁸

Por otra parte y siguiendo con las características que tienen en común nos dice Javier Dorado Porras: “El iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural”.⁹

De lo investigado podemos aseverar que ninguna concepción iusnaturalista ha sido jamás contraria a la idea de la existencia de un ordenamiento positivo.

La función del derecho natural es la de determinar qué normas pueden convertirse en derecho, actuando sus mandamientos como un criterio de validez para toda la norma positiva.

Claramente inferimos que la particularidad presentada por esta doctrina, lo que distingue el pensamiento iusnaturalista específicamente, es la presencia de una ley superior, el derecho natural, quien delimita contenidos éticos mínimos sobre determinados derechos que necesariamente deben ser observados cuando se crea el derecho positivo, siendo sin dudas un parámetro de validez de éste.

Más allá de intentar descifrar qué es el derecho, la cuestión principal para esta doctrina se refiere a lo que debe contener el derecho, por eso la necesidad evidente de condicionarlo a la moral.

Ya en estos tiempos, cuando hablamos de derecho natural, estamos haciendo referencia a la existencia de un orden jurídico cuyo fin es el establecimiento y la conservación de un orden social verdaderamente humano.

⁸ NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho, 2º edición, Buenos Aires, ed. Astrea, 2003, pág.28.-

⁹ DORADO PORRAS. Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo; Madrid, ed. Dykinson, 2004, pág. 54.-

Asimismo, hoy en día el derecho natural es considerado una de las fuentes del derecho junto a la costumbre y al derecho positivo debido a que sus postulados nacen junto con el ser humano, siendo por lo tanto la base de los derechos humanos universales.-

3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL IUSNATURALISMO

Podemos decir que la noción de derecho natural es el resultado de la contribución fundamental de la filosofía griega, en continuación con la romana, y el pensamiento cristiano; por ello, para remitirnos a sus comienzos podemos retroceder a los grandes moralistas y poetas de la antigüedad como Sófocles, quién con su tragedia griega convirtió a Antígona en la eterna heroína del derecho natural, cuando en su diálogo con el rey Creonte manifiesta:

(...) ni creí que tus bandos habían de tener tanta fuerza que habías, tú, mortal, de prevalecer por encima de las leyes no escritas e inmutables del cielo; que no son de hoy ni son de ayer, sino que viven en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron. No iba yo a incurrir en la ira del cielo violando esa ley por temor a los caprichos de hombre alguno.¹⁰

Asimismo, podemos remontarnos a los filósofos de la tradición griego romana, de los cuales destacamos a Aristóteles para quien el derecho natural es aquel que tiene la misma fuerza de obligar en todas partes; y que esa fuerza de obligar no depende de si es o no reconocida, sino que lo es por la misma naturaleza de la cosa que se ordena, y como la cosa goza de la misma naturaleza en todas partes y ante todos los hombres, el derecho natural posee siempre la misma fuerza de obligar.¹¹ Para Aristóteles los componentes de cada ordenamiento jurídico no tienen el mismo origen; una parte procede de la convención humana, es un producto cultural, obra del hombre, y otra tiene su raíz en la naturaleza, no es obrar del individuo, sino de un orden dado a éste y a la sociedad.-

Una aportación muy significativa para esta concepción es también la del jurista Cicerón en la edad de la república romana, con una gran influencia del estoicismo, corriente que defiende la idea de que los seres humanos participan de una razón universal, que es origen y providencia del mundo; por lo tanto para éste filósofo el derecho natural es la ley de la razón, y para conocerla hay que conocer las inclinaciones naturales de los

¹⁰ SÓFOCLES. Antígona, s V a.C.-

¹¹ ARISTÓTELES. La ética, libro V, cap. VII.-

seres humanos, sin dejarse engañar por las pasiones. Nos enseña Cicerón que el derecho de la naturaleza a diferencia del derecho positivo de Roma o Atenas es eterno e inmutable y tiene en Dios a su autor, profeta y juez.-

Podemos observar cómo ya en la antigüedad existía un pensamiento coherente sobre el derecho y recomendaciones sobre su contenido, no obstante el discurso no ha sido unívoco y ha sufrido a lo largo del tiempo una serie de cambios en varias de sus tesis principales.-

Una de las corrientes más clásicas e importantes es la dominada por el pensamiento Tomista durante el medioevo cristiano, en el que seguirá prevaleciendo la versión sobre la naturalidad de la razón en el derecho natural, añadiendo junto a la razón humana la revelación divina. Tanto para Tomás de Aquino como para los pensadores defensores de esta doctrina denominada escolástica, el fundamento último de la obligatoriedad de la ley natural está en la ley divina, en la religión. La razón humana es capaz de entrever lo que es necesario racionalmente y por ende obligatorio.-

Así, por ejemplo, en el decretum Gratiani¹² se declara que el derecho natural inmutable ha venido a la existencia junto con la creación divina del hombre como ser racional.

Esta corriente propugna el origen de una racionalización de la moral a través de lo divino, asocia el principio de la ley natural a una voluntad divina, busca relacionar e integrar de la mejor forma la razón con la fe, superponiendo ésta por sobre la razón.-

Nos enseña Tomás de Aquino en la Suma teológica que el derecho natural es el conjunto de cosas que deben ser dadas a quién tiene un título sobre ellas según lo determinado por la naturaleza de las cosas (natura rerum); el ius naturale es lo justo natural, entendiendo por tal a aquella cosa justa, cuya igualdad proporcional no proviene de la convención humana sino de la misma naturaleza de las cosas.

Esta línea de pensamiento filosófico junto con el de Aristóteles es una de las más permanentes hasta nuestros días; a partir de Tomás de Aquino habrá otras concepciones o modos de comprender el derecho natural, pero con el apogeo escolástico se ofrece una teoría completa que continúa hasta la actualidad.

No hay dudas de la influencia innegable que ha ejercido la metafísica teológica en el desarrollo de la doctrina del derecho natural, en especial al incluir una idea de ley

¹² Decreto de Graciano es una obra del siglo XII perteneciente al Derecho Canónico.-

superior, que es una de las principales características del iusnaturalismo; de ésta forma, como bien nos explica Norberto Bobbio:

(...) el derecho natural es considerado superior al positivo en cuánto es visto como una norma fundada en la misma voluntad de Dios y dada a conocer por ésta a la razón humana o, como dice San Pablo, como la ley escrita por Dios en el corazón de los hombres.¹³

A partir del siglo XVI las tesis iusnaturalistas comienzan a sufrir un proceso de secularización, que se refleja en la retirada del origen divino de la ley natural para ser considerada como algo connatural a los seres humanos, pasando a ser una norma dictada por la razón humana. Sin embargo jamás pierde la cualidad de ley superior.

Podemos nombrar a Hugo Grocio como una de las figuras más destacadas del iusnaturalismo de ésta época, para quien el derecho natural fluye de principios internos al hombre, y de modo tal que aunque Dios no existiese o no se preocupara de los hombres, existiría igual.

Nos enfrentamos aquí a la aparición del problema relativo al criterio último de validez del derecho natural.

En el régimen de cristiandad éste encontraba su criterio de validez en una fuente superior por naturaleza. La sociedad estaba regida por un sistema de leyes divinas por un lado, y leyes humanas por otro, relacionadas entre sí y uniendo sus raíces en Dios; en cambio con el proceso de secularización del pensamiento jurídico la fuente metafísica infalible e incuestionable de lo divino es sustituida por la razón.

El derecho natural debe ser descubierto a través de un proceso racional, no sujetándolo a una perspectiva histórica ni a un concepto de voluntad, son derechos necesarios a los hombres por su simple condición de ser humano, por lo cual no se alteran en el tiempo ni en el espacio, no existe voluntad en los derechos naturales, sólo discernimiento y razón.

Ciertamente, esta racionalización de los derechos naturales que elimina la voluntad de su concepto, es la que de alguna manera posibilita una concepción universal de los derechos naturales, es un paso importantísimo para la unificación del significado

¹³ BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico, Greppi, Rafael de Asís y Andrea (trad.), Madrid, ed. Debate, 1993, pág.43.-

de derecho universal, ya que la razón es considerada como una característica propia y común del género humano.

Asimismo, si bien por un lado esta nueva concepción racionalista permite una universalización de derechos, ya no dependiente de una voluntad divina, por el otro deja de contar con la fuerza coercitiva que impone la sanción divina, sufriendo además un proceso de subjetividad e individualización, haciendo necesario para la protección de estos derechos el surgimiento de las instituciones, basado en la relación de los derechos naturales con el contrato social. No hay fundamento para el contrato social que no sea la garantía de los derechos naturales del hombre.

Para esta concepción racionalista, el Estado y el Derecho no poseen un soporte teológico o histórico, por lo que no pueden basar su legitimidad en una ley superior o en la tradición, sino que es necesario el consentimiento de los hombres como único camino para justificar la sociedad política, es decir el llamado pacto o contrato social. El fin de toda asociación política no es otro que la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, siendo en consecuencia el Estado el guardián de esos derechos.-

Otra característica particular de esta doctrina es la distinción entre estado de naturaleza y estado civil, a fin de identificar lo que precede la actual posición en la comunidad política, es decir la ley natural; el status naturalis del hombre es aquel estado anterior a la sociedad, y el status civilis es el estado del hombre en sociedad.

Según Thomas Hobbes, por ejemplo, la naturaleza humana se estudia a través de la observación de las cosas humanas, de los comportamientos humanos efectivos; y que la ley natural es un teorema de la razón, un cálculo, y su precepto principal es el de pasar del estado de naturaleza de guerra de todos contra todos al estado civil, el único en el que es posible la sobrevivencia del individuo, y una vez abandonado el estado de naturaleza, la ley positiva es prácticamente absoluta.-

En este contexto, como resultado de la autonomía del derecho natural respecto de la teología, se produce la ruptura entre moral y derecho, considerándose dos esferas separadas de la normatividad de la conducta humana, debido a lo cual esta tesis iusnaturalista racional es considerada como un decaimiento y una deformación del concepto de derecho natural.

Podemos decir entonces, en palabras de Gregorio Peces Barba que conforme a la concepción iusnaturalista moderna, derechos naturales son;

(...) derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho positivo. Son producto de la razón y presentes en la naturaleza humana. Tienen un carácter abstracto, afectan al ser humano genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del Derecho natural sobre el positivo. Al deducirse de un sistema jurídico, natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad en la historia no es tomada en cuenta en su configuración.¹⁴

La idea de derecho natural es hasta el siglo XVIII una constante del pensamiento humano. A partir del siglo XIX se continúa escribiendo sobre derecho natural, pero digamos que con cierta pausa, ya que un notable sector del pensamiento jurídico lo rechaza. Es un período de transición en el cual se produce una rápida extensión del positivismo, donde muchos pensadores viven bajo la ilusión de que se puede abordar la problemática filosófica-teológica del fundamento trascendente del orden natural; del origen y principio del mundo y del hombre, del fundamento moral y de las explicaciones de las leyes humanas; las cuestiones sobre la dignidad del hombre y sus límites, sobre los criterios de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto y sobre las cuestiones especiales de justicia y ética personal y social sin apelar a conceptos funcionalmente equivalentes al clásico derecho, ley o justicia natural, y sólo progresivamente la doctrina del derecho natural vuelve a reconquistar posiciones.-

Si bien los iusnaturalistas del siglo XX y XXI, no son propiamente tomistas, podemos decir que la gran mayoría adopta como uno de sus puntos de referencia la doctrina del Aquinate, obviamente adaptadas al contexto del respectivo debate cultural.

Así, siguiendo esta perspectiva estamos en condiciones de calificar de iusnaturalistas contemporáneos a aquellos autores que además de defender la idea básica de una ética racional independiente de las convenciones, siguen acudiendo a las nociones de naturaleza y de razón para considerar fundamentos para aquellos criterios no convencionales de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto; siendo uno de sus puntos centrales la defensa de los contenidos verdaderos de la ley moral natural acerca de la vida humana, su dignidad y tutela; la defensa sobre el matrimonio y la familia, sobre el carácter natural de la vida social y de sus exigencias, como la primacía del bien común; la defensa sobre alguna forma de propiedad privada y sobre la religión.-

¹⁴ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Lecciones de derechos fundamentales, Madrid, ed. Dykinson, 2004, pág.51.-

También podemos observar que algunas corrientes de pensamiento, debido a la problemática e incomprensida noción de naturaleza que lleva consigo la modernidad, la han reemplazado por instrumentos conceptuales funcionalmente equivalentes como ser derechos humanos, valores universales, moralidad crítica, crímenes contra la humanidad, etc.-

Un destacado filósofo de nuestra era es Jacques Maritain, quien realiza un meritorio intento de compatibilizar la doctrina tomista con la democracia moderna y los derechos humanos. Según Maritain:

(...) El único conocimiento práctico que todos los hombres tienen en común de una manera natural e infalible como un principio que no necesita demostración, es que debemos hacer el bien y evitar el mal. Lo cual es preámbulo y principio del derecho natural pero no el derecho natural en sí. Derecho natural es el conjunto de las cosas que se deben y que no se deben hacer, que hay que observar de una manera necesaria.¹⁵

Hay una larga lista de defensores del iusnaturalismo contemporáneo, entre los que nombraremos con orgullo al argentino Carlos Ignacio Massini Correas quien en una de sus obras manifiesta que “es necesario reiterar la racionalmente necesaria ‘anterioridad’ de los derechos humanos frente a la normatividad positiva, ya que sin ella la noción misma de derechos humanos resultaría incomprensible”¹⁶

No obstante, en general la mayoría de los iusnaturalistas contemporáneos coinciden en denunciar que la distinción iuspositivismo vs iusnaturalismo se encuentra obsoleta, plantean una forma de comprender la tradición y de abordar los problemas éticos, políticos y jurídicos fundamentales renovando los argumentos y el lenguaje conforme al contexto polémico en el que se sitúan.-

Ciertamente creemos que por encima de toda norma dictada por los hombres existe un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen pautas de justicia y derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana, que incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a ejercer libremente cultos religiosos, a expresar opiniones políticas, a la no discriminación por razones de ninguna índole; y que el desconocimiento sobre éstos comporta inevitablemente un rechazo a la noción de los derechos del hombre. Confiamos en la existencia de derechos

¹⁵ MARITAIN, Jacques. El hombre y el Estado, 3º edición, Gurrea, Manuel (trad.), Buenos Aires, ed. Guillermo Kraft Ltda, 1959, pág. 108.-

¹⁶ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. Filosofía del derecho, Buenos Aires, ed. Lexis Nexis, 2005, vol. I.-

cuyo fundamento radica en la naturaleza misma del sujeto, y de los cuales es titular independientemente de que algún ordenamiento jurídico los reconozca o no.

4.- CRÍTICAS AL IUSNATURALISMO

Una forma de poder llevar adelante el planteo de algunas características criticables del iusnaturalismo se basan en el estudio de la posición opuesta, el positivismo, es decir una mirada sobre la teoría idealista contrapuesta a una teoría realista.

Desde este punto de apreciación podremos exponer, de una manera breve, ciertas críticas a esta postura iusnaturalista.

- Monismo/Dualismo:

La disyuntiva planteada sobre si es monismo o dualismo; para ello debemos decir que el dualismo del derecho natural, se fundamenta en la coexistencia entre el naturalismo y el positivismo, entre normas no creadas por el ser humano superiores al hombre, las que conviven en forma paralela con las normas positivas creadas por voluntad del hombre.

En cambio, para el positivismo el derecho es uno solo, es decir la norma real creada por voluntad del hombre, siendo imposible comprender, para esta postura, que el derecho natural postule que el derecho positivo sea una mera creación artificial del hombre y le reste importancia indicando que este deviene del naturalismo. Y lo más, importante que solo el derecho natural, al ser superior a los hombres, es el único derecho justo.

Asimismo este dualismo confronta con la idea de la validación, ya que cuando una norma de justicia y una norma positiva se encuentren en convivencia en forma paralela, al momento de una contradicción entre ellas, una de las dos normas terminará siendo invalidada por la otra, por lo cual la coexistencia resultaría infructuosa.

- Validez jurídica:

En virtud de lo indicado en la última parte del punto anterior, debemos plantear como otro punto de crítica al iusnaturalismo, su validez jurídica. La ausencia de una noción de validez jurídica. La verdad de estas normas de justicia no puede ser demostrada en forma o manera científica a través de la experiencia, sino que solo presupone una interpretación metafísica de la naturaleza del hombre.

Desde el punto de vista positivista, la falta de un sistema jurídico en el cual se desarrolle el derecho natural, marcaría a este de inválido.

Para Kelsen la validez de una norma es su modo específico de existir; una norma es válida porque su creación ha sido autorizada por otra norma. En efecto, cabe recordar que en el desarrollo de su teoría pura, el jurista explica que la validez de una norma esta supeditada a que se trate de una derivación lógica y coherente de lo contenido en la norma superior. Así, entiende que la validez de una norma - formal y material - se encuentra dada por su propia construcción y por su adecuación a la norma superior en los cinco ámbitos que describe (material, procedimental, personal, temporal y espacial). Si una norma existe, sus destinatarios habrán de comportarse según lo que ésta establece.

- La norma absolutamente justa e inmutable:

Desde el iusnaturalismo se plantea que el derecho es inmutable y absoluto, el derecho natural que deviene de Dios o de la razón humana, es por si, común a todos los tiempos y a todos los pueblos y a su vez cognoscible de forma clara e inequívoca por medio de la razón. Posición contraria ésta, a la idea de la existencia de un pluralismo de modos y formas de pensamiento, de la diferenciación de culturas y la vivencia de las sociedades en diferentes periodos de tiempo.

La universalidad del derecho natural se vería omitida al momento de citar en ejemplo la creencia, como norma, entre dos civilizaciones distantes, no solo en tiempo sino en espacio, es decir el accionar de un pueblo africano ante un determinado hecho y su correlación con otro de algún país europeo.

También podemos decir que por parte del positivismo, en relación al absolutismo de las normas, la norma jurídica positiva expresa o da a entender un valor pero para esta corriente no es absoluto, como si para el iusnaturalismo, sino relativo pues entiende que dicha norma es la expresión política de un momento determinado, o más aun de un pensamiento específico de uno o varios legisladores creadores de ésta.

CAPÍTULO SEGUNDO – POSITIVISMO JURÍDICO

1.- LA LEY POSITIVA

La idea de positivismo jurídico puede sintetizarse en la sumisión de una sociedad a un sistema de normas establecidas en un tiempo y espacio determinados.

El término positivo (latín: *positivus*, *positus*) quiere decir puesto, ya que deriva de *positio*, de ahí las locuciones *lex posita* o *lex positionis* que encontramos en los autores medievales, y se refiere a algo no natural, esto es al derecho que se establece por el comportamiento de la comunidad o por un acto de promulgación del legislador.

En este sentido, la expresión hace referencia a la circunstancia de la norma jurídica de haber sido “puesta” por un legislador previamente elegido y legitimado para ello, y realizada con todos los requisitos legales de validez formal. Toda vez que las leyes humanas han sido puestas, son positivas; antes de esto no son ni dejan de ser, simplemente no existen.

La presencia o ausencia de esta ley dentro del universo de lo jurídico es contingente, se adapta a las necesidades y circunstancias de cada Estado, a veces a la justicia, pero no siempre, siendo generalmente de común aceptación.

Definitivamente lo que la ley positiva pretende es ser la expresión común, justa, estable y pública de lo que podemos hacer con nuestros derechos, respetando al mismo tiempo los derechos de otros, a fin de conseguir una sociedad que no requiera el uso de la violencia para defender y disfrutar de lo suyo, logrando así una convivencia en paz y armonía.

Si bien podría decirse que la ley positiva cumple la función de prevenir los comportamientos injustos o contrarios a la utilidad común, no se agota en ese único objetivo, sino que también tiene la aptitud de brindar al sujeto la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus actos.-

En ese contexto puede decirse que la norma positiva abona a la seguridad jurídica al tiempo que ofrece criterios de objetividad que permiten la coexistencia y la resolución de conflictos.

Ahora bien, quienes sostienen el dualismo – derecho natural- derecho positivo – y alegan la superioridad del primero sobre el segundo, dirán que las normas positivas

deben asentarse en la ley natural, o incluso en términos de Santo Tomás, las leyes injustas no deben ser obedecidas. En efecto, el filósofo cristiano nos define ley positiva como:

(...) una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar; (...) tiene por objeto primero y principal el orden al bien común, (...) ordenar algo al bien común corresponde, ya sea a todo el pueblo, ya a alguien que haga sus veces. Por tanto, la institución de la ley pertenece, bien a todo el pueblo, bien a la persona pública que tiene el cuidado del mismo.¹⁷

Según el Aquinate, la ley positiva es una expresión de la ley natural que, a la vez, es una expresión de la ley eterna, que tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural, y que si está en desacuerdo con ésta ya no es ley, sino corrupción de la ley.-

Sin embargo, y si bien resulta indudable que una ley con alta legitimación material posee un mayor nivel de acatamiento, ello no implica una comprobación de la existencia de esa ley natural. Y es que tal legitimación puede proceder de orígenes más mundanos (interés, temor, etc.). Sin ir más lejos, Carlos Cossio reconocía como fuente remota del derecho y de los sentidos jurídicos generales que se establecen a través de las normas a las valoraciones sociales vigentes.

Volviendo a Santo Tomás, cabe decir que en su suma teológica profundizaba la idea reconociendo que había normas que estaban dirigidas a evitar el escándalo y el desorden, y que por ello el hombre debía ceder de su propio derecho. Para él sólo cuando la ley fuera gravemente injusta debía ser desobedecida.-

Siguiendo sus lineamientos, John Finnis, uno de los grandes juristas de nuestra época nos describe la ley positiva como:

(...) la respuesta humana a necesidades humanas, ella, no es un instrumento creado sobre el modelo de una campaña de defensa social contra una plaga de langostas. Es la necesidad de todos los miembros de una sociedad de ser enseñados sobre cuáles son las exigencias del camino elegido para alcanzar el bien común.¹⁸

En este contexto, no hay dudas de que las leyes positivas son necesarias, y creemos que para ser beneficiosas y socialmente respetadas deben atender en su contenido a preceptos objetivos que garanticen la mayor equidad posible.

¹⁷ AQUINO, Tomás de. Op. Cit. I. II (prima secundae), q90.-

¹⁸ FINNIS, John. Natural law and natural rights, Nueva York, ed. Oxford Clarendon Press, 1986, pág.262.-

Claros ejemplos de la ley positiva de nuestros días son la Constitución, el código penal o el código civil; lo que varía en las concepciones iusnaturalistas o iuspositivistas son los fundamentos de su validez, mientras que para los primeros la validez de la norma positiva deriva del derecho natural (Dios, egoísmo humano, contrato social, etc.) para los positivistas proviene del mismo marco normativo que le dio origen (por ejemplo para Kelsen, la norma superior y el ordenamiento jurídico todo, hasta llegar a la norma fundamental concebida como un supuesto gnoseológico).

2.- EL DERECHO POSITIVO

Se suele designar así al conjunto de normas establecidas por hombres que actúan en calidad de órganos investidos con poderes normativos, en contextos sociales, tiempos y lugares determinados, con el fin de instituir y regular los poderes públicos y las capacidades privadas, sancionar comportamientos socialmente indeseables, incentivar comportamientos socialmente dignos, imponer prestaciones personales o patrimoniales, distribuir la riqueza, el ingreso y la oportunidad entre individuos o grupos. En otras palabras, como el conjunto de normas establecidas por una sociedad en un tiempo y espacio determinados.

En un sentido más estricto, podemos definirlo también como al conjunto de disposiciones legales escritas, de aplicación coercitiva, emanadas por organismos competentes que rigen en un momento y lugar históricos determinados, de las cuales se desprenden facultades o prerrogativas en relación con los sujetos a los que se rige.

Es un amplio sistema estatal de legalidad constituido por leyes de distinta naturaleza, jerarquía y origen que se aplica en un espacio físico concreto y a una específica población, con una vigencia indeterminada; cuya finalidad es posibilitar la existencia y el desarrollo de la vida en sociedad y la realización plena del hombre como tal.

En otras palabras, el derecho positivo es aquel que se exterioriza en las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y en la doctrina, y su aplicación puede ser exigida por quien o quienes tengan un interés jurídico en hacerlo.

O como enseña el profesor Germán Cisneros Farías: “(...) conjunto de normas puesta por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento

formalmente valido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas.”¹⁹

El concepto de derecho positivo encuentra su basamento en la corriente filosófico-jurídica denominada positivismo jurídico o iuspositivismo, que considera que el derecho se identifica con la ley creada por la autoridad; para ellos no existen verdades universales, ni principios normativos independientes del parecer humano, sólo es derecho el derecho legal.

Asimismo, Norberto Bobbio afirma que “la expresión positivismo jurídico deriva de la locución Derecho positivo en contraposición a la de Derecho natural,”²⁰ es positivismo porque tiene que ver con el derecho positivo, o más exactamente porque es la doctrina según la cual no existe más derecho que el derecho positivo; por lo cual desde el punto de vista histórico podemos considerar que se encuentran agrupadas bajo la denominación positivismo jurídico todas aquellas teorías que se oponen al iusnaturalismo.

De esta forma, mientras el iusnaturalismo mantiene una tesis dualista en cuanto al concepto de Derecho, distinguiendo entre derecho natural y derecho positivo, el positivismo se caracteriza por defender una tesis monista conforme a la cual no existe otro derecho que no sea el derecho positivo.

Dentro del positivismo jurídico encontramos tantas escuelas como movimientos, incluso profundamente encontrados entre sí, por lo que resulta difícil determinar en esencia lo que es el positivismo o ser positivista; sin embargo, generalizando podemos encontrar ciertos aspectos que nos permitan alguna identificación de las tesis iuspositivistas:

- a) El rechazo o la no consideración de las teorías metafísicas en los discursos científicos del derecho;
- b) La opinión generalizada de que el derecho válido no está relacionado necesariamente con el derecho justo;
- c) El énfasis en la consideración del Estado como única o principal, dependiendo el caso, fuente del derecho válido;

¹⁹ FARIAS CISNEROS, Germán; Teoría del Derecho, 2ª edición, México, ed. Trillas, 2000.-

²⁰ BOBBIO, Norberto; op. cit., pág. 35.-

- d) La aceptación del monismo; existe un único derecho válido y es el derecho positivo;
- e) La reivindicación de la expresión lingüística determinable, en particular de la palabra escrita, como la forma propia del derecho.-

No obstante, profundizando aún más en la definición del positivismo jurídico vamos a utilizar como punto de partida la clasificación propuesta por Norberto Bobbio. Este autor italiano hizo una distinción entre tres positivismos; el ideológico, el teórico y el metodológico.-

El positivismo ideológico es aquel que considera al derecho válido como justo y sabio, especialmente si es válido por emanar de la voluntad de un órgano representativo-democrático. Según Bobbio, el positivismo como ideología defiende las siguientes proposiciones:

1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez.

2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal.

El positivismo teórico o como teoría se identifica con una concepción particular que conecta al Derecho con la formación de “(...) un poder soberano capaz de ejercitar la coacción. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal de derecho.”²¹

Finalmente, el positivismo metodológico o como método científico nos señala que el discurso científico legítimo del derecho es el que se ocupa del derecho positivo o válido, y no del derecho que debería ser derecho.

“Para un positivista la ciencia debe excluir de su ámbito los juicios de valor ya que pretende alcanzar un conocimiento objetivo de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre subjetivos.”²²

²¹ BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico; 1º edición, GARZÓN VALDES, Ernesto (trad), México, ed. Fontamara S.A., 1991, pág. 49.-

²² BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico; op. cit., pág. 145.-

De esta manera, el iuspositivista requiere que el concepto de derecho se defina a través de criterios netamente formales e imparciales en cuanto al contenido; existe una clara distinción entre derecho real y derecho ideal, entre derecho como hecho y derecho como valor.

Cuando hablamos de positivismo, no estamos haciendo referencia a un paradigma determinado y concluido, sino a una posición filosófica ante los cuestionamientos más urgentes del conocimiento y la moralidad, cuyo principal postulado es que la ciencia es el único criterio de verdad, la medida de lo que es y de lo que no es, de lo que existe y de lo que no existe.-

No obstante, la mayor aspiración de la concepción positivista es “(...) convertir la materia jurídica entera en una unidad interna de oraciones jurídicas positivas en forma piramidal, un sistema homogéneo, y al mismo tiempo excluir la vigencia inmediata de la moral y la política en el derecho.”²³

3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El positivismo jurídico se encuentra íntimamente ligado al desarrollo del Estado contemporáneo, y más allá de poseer algunos precedentes en los legistas medievales o en los juristas de Estados absolutos, surge a principios del siglo XIX.

La transición de iusnaturalismo a positivismo no es una imposición sino una transición cultural, es un proceso gradual de construcción de una realidad jurídica en la cual el derecho pasa a ser producción del Estado; esta reducción de las fuentes del derecho al Estado se debe en gran medida al pensamiento de Thomas Hobbes, considerado por algunos como el primer positivista.-

A partir de la Revolución Francesa comienza a fluir la idea de ley como unificadora de la voluntad popular y estatal, contribuyendo, al menos en Europa continental, a la casi eliminación del derecho basado en la ley natural o en las costumbres.-

²³ VESTING, Thomas. Teoría del Derecho; 2ª edición. Bogotá, ed. Beck Munchen, 2015, pág.263.-

Según Norberto Bobbio, es con la codificación, o sea, cuando el derecho común es totalmente absorbido por el estatutario, cuando efectivamente comienza el verdadero y estricto positivismo jurídico.²⁴

Desde este momento podemos observar el énfasis de los teóricos en hacer del derecho una ciencia autónoma, proponiendo una ciencia jurídica de carácter científico, que puede ser descubierta a través de elementos empíricos, separándola así del ámbito filosófico y político; y construyendo la base de su teoría en la noción de norma.

De esta forma, progresivamente se elimina el característico sistema dualista del iusnaturalismo, para pasar a ser un sistema monista en el que no existe otro derecho sino el derecho positivo.

En este contexto, lo que interesa es la realidad social, donde lo cognoscible para el teórico del derecho es lo empírico. El concepto de derecho ya no se distingue de la norma jurídica, y planteamientos axiológicos, de justicia o de moral referidos a problemas metafísicos “no constituyen ciencia, y en consecuencia, no tienen nada que ver con el Derecho.”²⁵

Si consideramos la evolución ocurrida en las variadas tesis positivistas a lo largo del tiempo resulta posible encontrar diferentes acepciones referidas al enfoque teórico jurídico frente a la visión positivista del derecho.

Remontándonos a mitad del siglo XIX, tiene su origen la acepción para la cual el positivismo jurídico designa una visión del derecho hegemónica según la cual, “(a) la ley es la única fuente del derecho; (b) toda ley es incondicionalmente derecho y vale como derecho, cualquiera sea su contenido; (c) solamente la ley del Estado merece consideración, tanto para fines teóricos como para fines prácticos.”²⁶

Lo definen como el sistema coherente y completo de las leyes producidas por el Estado que se hacen valer por medio de la fuerza que es monopolio del Estado.

Un claro ejemplo fue la escuela de la exégesis, nombre dado a un grupo de juristas, especialmente franceses que se centraron en la interpretación del código civil y defendieron el legicentrismo²⁷ y el estatalismo.

²⁴ BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico; op. cit., pág. 50.-

²⁵ MIRETE, José Luis. Racionalismo, idealismo y positivismo; Murcia, ed. DM, 1995, PÁG. 117.-

²⁶ CHIASSONI, Pierluigi. El discreto placer del positivismo jurídico; Moreno Cruz, María Angélica (trad), Bogotá, ed. Pablo Moreno Cruz, 2016, pág. 47.-

²⁷ El Estado a través del legislador interviene en la gestión de los derechos aportándoles eficacia (existencia jurídica). La ley es la única autoridad legítima.-

Otra acepción se remonta a finales del siglo XIX, dónde positivistas del fin de siglo como Biagio Brugi designan positivismo jurídico al conjunto de las filosofías del derecho que tienen por objeto el derecho positivo, basándose bajo el perfil epistemológico, en el positivismo filosófico.

Nos explica Chiassoni que los positivistas jurídicos son bajo esta perspectiva, aquellos para los cuales el derecho positivo puede, y debe, ser investigado científicamente, tratándose de un hecho social complejo, de un fenómeno empírico históricamente determinado que, en cuanto derecho efectivo (real), debe ser diferenciado cuidadosamente del derecho ideal.²⁸

Continuando con el análisis de las distintas acepciones ya a partir de los años veinte y treinta del siglo XX, nos encontramos con las corrientes empiristas del derecho, que denominan positivismo jurídico a las filosofías positivistas del derecho positivo en sentido amplio, que se asientan bajo el perfil epistemológico, en una teoría del conocimiento empirista y anti- metafísica.

Ejemplos de este positivismo son la teoría pura del derecho de Kelsen, el realismo estadounidense, la jurisprudencia analítica de las escuelas de Turin, representada por Norberto Bobbio, o la escuela de Oxford representada por Herbert Hart, entre otras.

Con los estudios sobre el derecho por parte de autores como Hans Kelsen, o Herbert Hart, el positivismo jurídico atraviesa un gran avance como ciencia, motivando importantes debates sobre el derecho existente y sobre el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Se destacan en esas discusiones temas como el contenido del derecho, su relación con la moral, su origen social o la eficacia y falta de esta en el derecho. Nos afirma el profesor Dorado Porras que lo característico del positivismo jurídico de esta época “no es tanto un concepto concreto y acabado de Derecho como un método de aproximarse a su estudio”.²⁹

Finalmente, encontramos además aquella acepción para la cual el positivismo jurídico es sólo un rótulo profesional, una denominación especializada utilizada frecuentemente por juristas y filósofos del derecho, bajo la que encubren tesis y teorías dispares, cada una con su historia y su contexto.

²⁸ CHIASSONI, Pierluigi, op. cit., pág. 44.-

²⁹ DORADO PORRAS, Javier, op. cit. Pág. 23.-

No obstante, atento a los contenidos epistemológicos, teóricos e ideológicos analizados y reconstruidos brevemente, podemos hacer una división de las mencionadas filosofías del derecho en dos grupos, pertenecientes a dos positivismos:

- 1- El (ius) positivismo ideológico o doctrinal: estas filosofías o escuelas tienen en común una valoración positiva en el plano ético-normativo, el derecho positivo en sí mismo es expresión de la voluntad general del Estado. Se caracterizan por determinar cómo debe funcionar el sistema jurídico, y no en cómo funciona; quizás por la necesidad de establecer una cultura jurídica disociada del iusnaturalismo.

Cabe destacar que para los juristas continentales el positivismo ideológico es el positivismo jurídico por excelencia, constituyendo aún hoy un blanco de críticas extremas, ya sea por su teoría estatal legalista del derecho positivo, como por su doctrina de la obediencia incondicional a las leyes positivas en cuanto tales.

- 2- El (ius) positivismo epistemológico o científico; estas disciplinas en cambio, poseen su punto de conexión en el objetivo epistemológico del derecho positivo. El conocimiento científico del derecho se consigue por medio de investigaciones empíricas y de análisis conceptuales y estructurales, basadas en el postulado de neutralidad ético-normativo, con un exclusivo compromiso con los valores epistémicos de la verdad, de la claridad conceptual, de la honestidad intelectual, etc.³⁰

Por consiguiente, el positivismo científico es aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa y objetiva, o éticamente neutral, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables, y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores.³¹

4.- PRINCIPALES EXPONENTES DEL POSITIVISMO JURÍDICO MODERNO

Quizás sean Hans Kelsen y Herbert Hart dos de los autores más destacados del positivismo jurídico, por tal motivo esbozaremos algunos rasgos generales de sus pensamientos, criterios y/o teorías.-

³⁰ CHIASSONI, Pierluigi; op. cit., pág.65.-

³¹ DORADO PORRAS, Javier, op. cit. pág. 24.-

Por una parte, Hans Kelsen intenta superar con su teoría pura la dualidad de voluntad-Estado y razón-derecho, basándose en que la soberanía radica en una constitución que fundamenta al derecho, incluso a la ley; por consiguiente la voluntad de la ley se encuentra sometida a la razón de la constitución, de manera tal que es el Estado a través de la constitución el que consagra y limita los derechos de los individuos, y no el Estado mediante la ley.-

Hans niega que exista un dualismo entre el Derecho natural y el Derecho positivo, entre un derecho real y un derecho ideal, dedicando su teoría exclusivamente al estudio del Derecho positivo; su aspiración es descifrar la naturaleza del Derecho en sí misma, determinar su estructura y formas típicas que muestra el Derecho independientemente de los contenidos variables que pueda mostrar en sociedades y épocas distintas.³²

La validez del derecho radica para el profesor austríaco en la jerarquía de las normas; el ordenamiento jurídico es escalonado o jerárquico, naciendo esa jerarquía de una derivación dinámica dónde la norma superior valida la inferior, hasta llegar a la norma más básica de aplicación, y siendo la constitución la norma jurídica y jerárquicamente superior que fundamenta todo el sistema jurídico; pero a la vez la constitución encontraría su fundamento en una norma hipotética fundamental (una *grundnorm*) o norma jurídica ficticia, sin contenido alguno e inverificable; sabemos que es ficticia, pero hacemos como si existiese, pues es necesario para poder darle unidad coherente al ordenamiento. Consecuentemente, la supuesta norma fundante es neutra, para así lograr que el derecho y la jurisprudencia puedan ser puros.

En este orden de ideas, denomina a su doctrina como “pura” porque pretende obtener un conocimiento orientado exclusivamente hacia el derecho, excluyendo de ese conocimiento todos los elementos que le son extraños, en especial los juicios morales; y delimitarlo frente a las disciplinas como la psicología, la sociología, la ética y la política.

Sobre esta base Kelsen nos afirma que “aun cuando las normas del derecho como prescripciones de deber, constituyen deberes, la finalidad de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto.”³³

³² KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho, 2ª edición, VERNENGO, Roberto J. (trad), México, ed. DR, 1982, pág.15.-

³³ KELSEN, Hans, op. cit, pág. 81.-

De esta manera, la teoría pura del derecho como ciencia del Derecho se limita al conocimiento y descripción de su objeto, y no a su evaluación o justificación.-

En cambio, a diferencia de Kelsen, el destacado profesor de la Universidad de Oxford, Herbert Hart, si toma en cuenta el contenido que debe tener la norma para ser válida y eficaz, y se aboca por un lado a clarificar las distintas tesis que se acogen bajo la etiqueta “positivismo jurídico”, abriendo el camino para demostrar que no resulta ilógico defender algunas de estas asociadas al mismo o negar otras, y por otro, si bien no asume una posición que afirme la conexión necesaria entre Derecho y moral, también se ocupa de demostrar en qué sentido dicha conexión existe y es importante.

Ahora bien, Hart utiliza la expresión positivismo en un sentido amplio “para incluir cualquier doctrina según la cual el Derecho es definido como la expresión de la voluntad humana, que el derecho es de hechura humana, incluso si no tiene la forma de mandato.”³⁴

Este filósofo inglés nos plantea tres tesis positivistas centrales acerca de la naturaleza del derecho:

La primera es la que denomina la “tesis de la separación conceptual del derecho y la moralidad”, que nos indica que existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moralidad; de modo que frecuentemente hay coincidencia o solapamiento de facto entre el derecho de algún sistema y las exigencias de moralidad, pero que esas conexiones no son necesarias lógicamente ni conceptualmente, sino que son contingentes.

Entiende que “(...) en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ser así.”³⁵

Una segunda tesis es la de “las fuentes sociales del derecho”, en esta tesis el profesor sostiene que para que exista el derecho debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, determinando lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos de validez jurídica.

³⁴ HART, Herbert. L.A.. Enciclopedia Internacional de Filosofía, Nueva York, ed. Macmillan, 1967, vol. 4, pág. 419.-

³⁵ HART, Herbert. L.A.. El concepto de Derecho, 2ª edición, CARRID, Genáro R. (trad), Oxford, ed. Abeledo-Perrot, 1963, pág. 230.-

Desde la perspectiva de Hart, la norma básica tiene una naturaleza fáctica, ya que depende del reconocimiento y adhesión prestados por todos aquellos que participan del sistema jurídico.

La tercer y última de las tesis la llama “tesis de la discrecionalidad jurídica”, y nos plantea que en todo sistema jurídico siempre habrá casos no previstos y no regulados legalmente, lo que deriva en que el derecho sea parcialmente indeterminado o incompleto; por lo tanto es el juez quien debe llegar por sí mismo a una decisión, ejercitando su discrecionalidad y creando derecho para el caso particular.-

Otro punto característico de la teoría de Hart es la distinción que formula entre la justicia en la aplicación de las normas y la justicia de las normas del Derecho, aunque considera posible, a partir de ciertas características que poseen los hombres, así sea considerados en sí mismos como en la convivencia con los demás, determinar y justificar racionalmente algunos contenidos mínimos de justicia, a los cuales él nombra “contenido mínimo de derecho natural”.

Según el distinguido profesor de Oxford, esas normas mínimas con las que toda organización social debe contar para poder persistir, tal y como las menciona Suárez³⁶, son:

- La vulnerabilidad humana: los hombres son vulnerables a los ataques de los demás, lo que hace necesario algún tipo de reglas que restrinja el uso de la violencia, por ejemplo: la regla que establezca «no matar» para garantizar el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen cuando se asocian entre sí.
- La igualdad aproximada de los hombres: determina que nadie es tan poderoso como para poder sojuzgar a los otros por un tiempo indefinido, ningún hombre es tanto más fuerte que los demás para mantener un sometimiento prolongado, siendo preciso que se establezca algún sistema de abstenciones y concesiones mutuas pero, como siempre habrá hombres que violarán tales restricciones, será necesario pasar de las formas simplemente morales a las formas jurídicas.
- El altruismo limitado: señala que los hombres no son ni demonios ni ángeles, no plenamente buenos ni plenamente malos; en consecuencia, es preciso que existan reglas que prescriban ciertas restricciones a la libertad de los hombres.

³⁶ SUÁREZ, Eloy Emiliano. Introducción al Derecho, 3ª edición, Santa Fé, ed. UNL, 2020, pág. 149/150.-

- La existencia de recursos limitados: los bienes de los que disponen los hombres en el mundo para satisfacer sus necesidades, son escasos, no alcanzan, por lo que se hace necesario que se establezcan ciertas reglas que garanticen alguna forma mínima de propiedad, aunque no forzosamente de propiedad individual.

- La comprensión y fuerza de voluntad limitadas: no todos los hombres comprenden los intereses a los que obedecen las anteriores reglas y no todos tienen fuerza de voluntad para obedecerlas sin más, por lo tanto en ocasiones esas reglas serán violadas, lo que hace preciso que sean acompañadas de sanciones para asegurar su cumplimiento.

No hay dudas, que para éste prestigioso jurista es necesario en toda organización social que el contenido de la justicia este constituido por estas cinco normas de requisitos mínimos. De esta forma, a través de las obras de Herbert Hart, el positivismo jurídico contemporáneo adquiere una nueva perspectiva que lo encumbra como un referente imprescindible.-

5.- EL POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Como hemos visto hasta aquí, para el positivismo jurídico la norma fundamental o regla de reconocimiento ubica al derecho en un plano superior a la política, toda vez que más allá de que en un sistema jurídico la mayoría de sus normas emanen de un poder político, ese poder únicamente encuentra su legitimación en el propio derecho, por lo tanto el derecho no estaría condicionado por la política porque es anterior a esta. Asimismo, el positivismo niega a su vez el condicionamiento del derecho a un argumento metafísico de validez fundado en principios morales.

No obstante, si bien la posición de independencia del derecho es coincidente en todas las teorías positivistas, no lo es el papel ejercido por la política y por la moral en la definición sobre los contenidos de las normas jurídicas.

Un sector del positivismo más clásico reconoce a la política como fuente suprema del derecho, mientras que debido al auge de las ideas aportadas por Hart, a partir de la concepción del derecho como hecho social, es la práctica jurídica la que se destaca en una posición superior como fuente, dando lugar a que los jueces se valgan de argumentos morales para decidir sobre la validez de una norma, generando así que este reconocimiento de principios y valores se encuentre cada vez más presente en los

ordenamientos jurídicos e incitando el resurgir de las discusiones doctrinarias sobre la incorporación o no de los criterios morales en el derecho.

Consecuentemente vamos a distinguir una clara división entre aquellos positivistas que adhieren a la idea de una incorporación, y a aquellos que sin dejar de tratar el derecho como hecho social, la rechazan por completo.

De esta manera identificamos por un lado a los positivistas incluyentes o incorporacionistas y a los positivistas excluyentes o no incorporacionistas.-

Va de suyo que los positivistas incluyentes son aquellos que contemplan la posibilidad de que principios morales puedan ser parte del derecho positivo de una sociedad. Siguen sosteniendo que la moral carece de un papel necesario en la definición de lo jurídico, pero aceptan que a través de un criterio convencional, un determinado sistema jurídico pueda instaurar un argumento moral en el contenido de las normas jurídicas. En esos casos, la moral ejerce un papel contingente, pero nunca a punto de hacer depender la validez de cualquier norma a un argumento moral.

En cambio, los positivistas excluyentes son quienes excluyen que principios morales puedan ser parte del derecho positivo.

Acá, tomamos en consideración dos concepciones que sostienen esta imposibilidad de conexión, y que son diversas entre sí;

Por una parte, se encuentra la posición escéptica en materia ética, la cual nos refiere que cuando el derecho remite a la moralidad, realiza una remisión vacía, debido a que el objeto de esa remisión es inexistente. El escepticismo ético rechaza todo tipo de razones morales objetivamente válidas que sirvan para determinar a través del discurso moral el contenido del derecho.

En otro orden de ideas, pero también en defensa de la conexión imposible, nos encontramos con la tesis de las fuentes sociales atribuidas al positivismo jurídico defendida por Joseph Raz, la que argumenta que:

Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.³⁷

³⁷ RAZ, Joseph. La autoridad del Derecho - Ensayos sobre derecho y moral, 2ª edición, Rolando Tamayo y Salmorán (trad), Oxford, ed. Clarendon Press, 1985, pág. 58.-

Además, conforme a esta corriente positivista excluyente, el fundamento único del derecho es la autoridad; o sea, las normas establecidas por autoridad competente deben ser acatadas sin necesidad de apelar a argumentos morales.

Otro de los razonamientos pertenecientes a esta tesis nos indica que cuando nos enfrentamos con textos jurídicos que contienen expresiones valorativas debemos acudir a la discrecionalidad del juez para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad.

De esta manera, ni la tesis de la incorporación ni la tesis no incorporativista dejan de ser positivistas, fundamentando el derecho a partir de una fuente social y manteniendo la defensa sobre la separación entre derecho y moral.

De modo que, en base a lo analizado, creemos que la controversia existente entre positivistas incluyentes y no incluyentes debe ser reformulada, “(...) dado que no tiene sentido preguntarse si es posible o no incorporar a la definición de derecho conceptos morales, ya que desde el momento en que aparecen en un texto legal, éstos tienen el significado jurídico que en él se les adjudica.”³⁸

Y obviamente debemos tener en cuenta que en la mayoría de los ordenamientos actuales, principalmente en las constituciones, ya es asiduo el contenido de normas que hacen referencia a valores con correspondencia en la moral.-

6.- CRÍTICAS AL POSITIVISMO JURÍDICO

Una de las principales críticas que recae sobre el interior del planteamiento positivista, se evidencia a través de la realidad de los sistemas jurídicos que pone a la luz la poca existencia de textos jurídicos claros, precisos y consistentes, tal y como fue la pretensión de todo legislador presumido de “racional”. En efecto, trae aparejado que bastantes normas de los ordenamientos jurídicos adolecen de vaguedades; ambigüedades; contradicciones (o antinomias) y lucen redundantes, esto es, poseen una doble o múltiple regulación. Y a ello cabe añadir que los ordenamientos, en tanto que tales, no son completos, sino que poseen lagunas, es decir, existen aspectos de la vida social que los legisladores no han podido contemplar en forma normativa.

³⁸ CANO JIMENEZ, Roberto M. El carácter de la teoría y de la identificación del derecho. Dialnet (consulta: 25/06/2020), Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313287.pdf>

Asimismo, el positivismo jurídico quita la función crítica de la ciencia jurídica, ya que despoja a los juristas del criterio de enjuiciamiento o crítica propia a su función (el criterio de lo justo y lo injusto), para dejarles tan sólo un criterio formal de lo legal o ilegal. Por ejemplo, ante la búsqueda del derecho hacia la justicia, la determinación de lo que es justo le corresponde a la justicia que emana de las instituciones de poder, con lo cual los hombres acuden al juez como figura que aplica el derecho, como representación viva o animada. A su vez, en cuanto a las condiciones que debe tener un juicio, es manejar la prudencia, siendo que ante ausencia de la misma, nos encontraríamos ante grandes abusos o arbitrariedades.

Si no hay prudencia y se maneja con lo temerario todo el esfuerzo realizado para obtener lo considerablemente justo termina siendo injusto.

Otro de los puntos criticables al positivismo jurídico desde una visión más profunda, podemos decir que es la ausencia del derecho natural en resguardo de la persona. Porque como bien nos expone la Dra. Loayza Tamayo³⁹ el positivismo jurídico va a hacer que se desplace a la persona humana y va a colocar en el centro del ordenamiento jurídico al Estado, ubicándolo como la razón del derecho internacional, permaneciendo y justificando la toma de medidas aborrecibles que hemos vivido en nuestros países.

La historia nos hace testigos de que por esa razón de Estado se mataron y ejecutaron personas, se las sometió a torturas, se las privó de la libertad; por esa razón de Estado.

Todas estas acciones revelan claramente el positivismo jurídico, como el Estado reemplaza a la persona por la razón de Estado, y como se suprimen, se niegan y se violan derechos por la razón de estado, con el simple fin de acrecentar y afianzar sus dominios.

En consecuencia, una de las críticas más severas que se le atribuye a esta corriente es su incapacidad para proteger la dignidad humana ante las arbitrariedades del poder.-

³⁹ LOAYZA TAMAYO, Carolina (Septiembre de 2014). La Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Base de conocimiento de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Abierta Interamericana.-

CAPÍTULO TERCERO - POSICIONES FILOSÓFICAS FRENTE A LOS VALORES Y FUENTES DEL DERECHO

1.- LOS VALORES

La meditación iusfilosófica referida a los valores es un tema ya tratado en la época de Platón, pero su denominación como valor es relativamente moderna.

Antiguamente, estos temas eran tratados como problemas de la ética, de la filosofía o de la razón práctica. Valores como la belleza, la justicia, la santidad, el bien, etc., fueron motivos de profunda preocupación en pensadores de todas las épocas pero eran estudiados aisladamente y no como una categoría más amplia.

En la actualidad, el estudio relacionado con los valores es una disciplina, y el conjunto de doctrinas sobre el valor ha recibido el nombre de Axiología.

La esencia de la axiología es discernir el SER del VALER. Los valores poseen una naturaleza diferente del ser y se caracterizan porque valen.

Ahora bien, el origen de la palabra valor deriva del latín “valorem”, “valori”, “valere”, que significa fuerza o fortaleza.

En el concepto tradicional, alude a todos aquellos principios, virtudes o cualidades que caracterizan a un individuo, una acción o un objeto, considerados típicamente positivos o de gran importancia para un grupo social.

Asimismo, son cualidades y creencias anexadas a cada una de nuestras características que nos ayudan a obrar de una cierta forma, y que posibilitan la determinación de nuestras prioridades.

Los valores no pueden existir por sí solos, sino que necesitan de un depositario en el cual descansar, por lo tanto, se nos aparecen como meras cualidades de esos depositarios: así por ejemplo, la belleza de una obra de arte, la elegancia de un traje o la utilidad de una herramienta.

Nos dice Risieri Frondizi:

Los valores son cualidades irreales (...) pues no agregan realidad o ser a los objetos, sino tan solo valer (...) no son cosas ni elementos de cosas sino propiedades, cualidades sui generis que poseen ciertos objetos llamados bienes.⁴⁰

En base a ello, estos valores cuentan con ciertas características distintivas como:

a.- Polaridad: los valores están desdoblados en un valor positivo y su correspondiente valor negativo; por lo que esta polaridad trae aparejada la ruptura de la indiferencia. Podemos ser indiferentes frente a los objetos del mundo físico, pero una vez que a éstos se les asigna un valor ya no nos es posible tal indiferencia, puesto que nuestro valor será positivo o negativo.

b.- Jerarquía: los valores se expresan en un orden jerárquico o tabla de valores revelado de conformidad a las preferencias. Ya sean las comunidades y/o grupos culturales concretos como el hombre individualmente, se rigen con alguna tabla de valores, y a pesar de que no son estables, y a veces quizás tampoco coherentes, es indudable que nuestros comportamientos son juzgados y priorizados con arreglo a una jerarquización de valores.-

Sin embargo, para el Derecho, existen valores que no son de su interés, por lo tanto la jerarquización realizada por la filosofía de éstos, no se extiende a los valores jurídicos.

2.- LOS VALORES EN EL DERECHO

El derecho es un instrumento creado por el hombre, que al igual que otros, forma parte del mundo cultural, cuyo fin es la realización de ciertos valores que le dan sentido a su vida.

Todo ordenamiento jurídico simboliza un sistema de valores, proyecciones de nuestra conciencia al mundo externo, que representan las preferencias que son producto de las condiciones sociales e históricas a las que pertenecemos.

Los valores pueden ser considerados como elementos extrínsecos del derecho, porque permiten su crítica y la evaluación de legitimidad del derecho positivo, y como

⁴⁰ FRONDIZI, Risieri. ¿Qué son los valores? Introducción a la axiología. México; ed. Fondo de Cultura Económica, 1958, pág. 12.

elementos intrínsecos porque se incorporan al orden jurídico para orientarlo hacia determinados fines.

El problema crucial de la axiología lo constituye la averiguación de los principios o de las leyes para la determinación de la jerarquía entre los valores jurídicos.-

El filósofo Gustav Radbruch sostenía que “el bien común-justicia-seguridad jurídica, son considerados los fines supremos del derecho, pero no en una hermosa armonía, sino en aguda lucha el uno con el otro”.⁴¹

Para Santo Tomás de Aquino el valor más importante a realizar a través del derecho es el bien común, en cambio para los filósofos clásicos el fin principal del derecho y lo que le da validez es su contenido de justicia, mientras que para algunos autores contemporáneos la finalidad destacada de un sistema de derecho se encuentra en la seguridad jurídica.

En esta línea, reconocemos que no existen valores autónomos en los que podamos apoyarnos para alcanzar acuerdos universales, sino que nos enfrentamos a diferentes y plurales compromisos axiológicos relativos a diferentes y plurales proyectos de vida y de sociedad.

2.1- Clasificación de los valores jurídicos

Eduardo García Maynez nos clasifica los valores jurídicos de la siguiente manera:

- a) Valores jurídicos fundamentales.
- b) Valores jurídicos consecutivos.
- c) Valores jurídicos instrumentales.⁴²

Dentro del primer tipo de valores, éste mismo autor nos dice que se encuentran la justicia, la seguridad jurídica y el bien común; y que de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino.

Dentro de los valores jurídicos consecutivos hallamos la libertad, la igualdad, la paz social y aquellos que son consecuencia inmediata de una armónica realización de los anteriores.-

⁴¹ RADBRUCH, Gustav. El hombre en el derecho, Buenos Aires, ed. Depalma, 1980, pág. 103.-

⁴² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del derecho, 17ª edición, México, ed. Porrúa, 2013, pág. 439.

Y por último, tenemos los valores instrumentales, los cuales van a ser propiamente cualquier medio de realización de los valores fundamentales y de los consecutivos, las llamadas garantías constitucionales, y en general todas las de procedimiento.

3.- POSICIONES FILOSÓFICAS SOBRE LOS VALORES

Más allá de no existir un criterio aceptable a fin de resolver los conflictos axiológicos o cual sería la naturaleza efectiva del valor, encontramos varias posturas filosóficas que se explayan al respecto. Éstas son:

1 – **Subjetivismo**: para los seguidores de esta filosofía es el sujeto quien otorga valor a las cosas; éstas no son valiosas en sí mismas sino que somos nosotros quienes le asignamos valoración.

Para ellos el valor se fundamenta en el sujeto que valora, reducen los valores al plano de nuestros deseos e intereses, “los valores valen porque nosotros los apreciamos”⁴³, con lo cual el valor se relaciona tanto a lo existente como al objeto ausente o inexistente.

Esta visión subjetivista admite también que todo valor depende de la aceptación de un grupo social, en consecuencia, algo se define como bueno / malo, conforme a la valoración que le concede el grupo social mayoritario.

En conclusión, el valor no se encuentra en el objeto; el origen y fundamento de los valores está en el sujeto que valora, siendo así que las cosas adquieren valor por el interés que suscitan.

Dentro del subjetivismo axiológico se desprende otra forma de interpretación de la naturaleza subjetiva de los valores que considera el valor como una idea. En tal sentido, las ideas adquieren una distinción frente a los estados de placer o de dolor en la conducta. No podemos valorar una acción y/o un objeto, si no poseemos la idea que se refiere a ello.

Este particular subjetivismo no medita sobre nuestras reacciones subjetivas, sino sobre nuestras ideas y las que rigen el pensamiento de todos los hombres, y es con éstas ideas con las que debemos contar para saber lo que es valioso o no.

⁴³ AFTALION, Enrique R, VILANOVA, José, RAFFO, Julio. Introducción al derecho, 3ª edición, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1999, pág. 691.-

Para esta concepción el valor es “una pura categoría mental, una forma subjetiva a priori del espíritu humano, sin más contenido que aquel que le presta la estructura formal a la mente, una idea dependiente del pensamiento colectivo humano.”⁴⁴

2 – **Objetivismo**: en oposición al subjetivismo los objetivistas sostiene que los valores son absolutos pues son y valen por sí mismos; eternos e inmutables ya que valen aquí y allá, ayer, hoy y siempre; y además no dependen de un sujeto ni de un objeto, “(...) nosotros apreciamos los valores porque los valores valen.”⁴⁵

Esta postura surge como una reacción contra el relativismo implícito en la interpretación subjetivista y la necesidad de hacer pie en un orden moral estable.⁴⁶

Para ellos, somos nosotros los individuos, quienes descubrimos el valor de las cosas. Reconocen la subjetividad de la percepción de la realidad o de los objetos, sin embargo, aseveran que éstos mantienen sus cualidades aunque no las percibamos.

De la misma forma que dentro del subjetivismo, existen entre los partidarios del objetivismo, dos perspectivas opuestas a la hora de concebir la naturaleza de los valores; la escuela fenomenológica que defiende el valor como ideal, y la posición realista que defiende el valor como real.

Para la fenomenología el valor es, aunque objetivo, también ideal; le otorga una independencia total respecto de la persona, sosteniendo que los valores no son ni reacciones subjetivas ante los objetos ni formas apriorísticas de la razón. Los valores tienen valor por sí mismos al margen de cualquier realidad física o psíquica, somos nosotros quienes lo captamos a través de la experiencia sensible; son cualidades valiosas que no varían con las cosas.

Claramente, esta corriente objetivista defiende el absolutismo, la inmutabilidad, e independencia de los valores, delegando lo relativo del valor al conocimiento humano.

Como hemos indicado anteriormente, nos encontramos en oposición a la perspectiva fenomenológica con el realismo axiológico. Éste, defiende el valor como una realidad. Consideran los valores como reales e identificados con el ser; es decir, el valor sólo existe en lo real.

⁴⁴ GERVILLA CASTILLO, Enrique. Axiología Educativa. Granada, Ediciones TAT, 1988.-

⁴⁵ AFTALION, Enrique R, VILANOVA, José, RAFFO, Julio. Op. cit., pág. 691.-

⁴⁶ SEIJO, Cristina. Los valores desde las principales teorías axiológicas. Dialnet, 2009 (consulta: 08 de diciembre de 2020), Disponible en: <file:///C:/Users/alecs/Downloads/Dialnet-LosValoresDesdeLasPrincipalesTeoriasAxiologicas-5114848.pdf>

De esta forma, partiendo de que todo lo real es valioso afirman que todo vale, aunque no todo tiene el mismo valor.

3 – **Situacionismo**: esta concepción filosófica sostiene que cada vez que nos encontramos en una determinada situación creamos nuestros propios valores. Por ende, no es una escuela que se fundamente sobre valores eternos, sino que somos los artífices de ellos, elaborando de esta forma nuestras conductas de acuerdo con las circunstancias.

Todas las circunstancias constitutivas de nuestra personalidad están presentes en cualquiera de nuestras valoraciones.

Cada situación que enfrentamos a lo largo de la vida nos da la oportunidad de crear nuevos valores, de manera que habrá tantos valores como situaciones se presenten, produciendo una dependencia del valor a las circunstancias, ya sean individuales, sociales, culturales y/o históricas.

Para éstos pensadores los valores tienen existencia y sentido sólo dentro de una concreta y determinada situación.

Es evidente que para esta corriente filosófica siempre lo valioso es relativo a la situacionalidad de la vida humana, que da la base y el apoyo a toda apertura axiológica.⁴⁷

4 – **Utilitarismo**: es una corriente que determina la utilidad como el fundamento de la moralidad, toda vez que para sus seguidores las acciones serán buenas en la medida en que las consecuencias de éstas provoquen la máxima utilidad posible para el mayor número de personas.

Todas las teorías del utilitarismo tienen un centro común que es la búsqueda de la felicidad, pues consideran que la utilidad de una conducta se valora en proporción al grado de felicidad que sea capaz de provocar en un mayor número de individuos.

En este contexto existen dos aspectos fundamentales que lo caracterizan:

a) lo que brinda la medida de lo bueno o lo malo es la felicidad y esta es igual a placer o a la ausencia de dolor.

b) lo que trasciende son las consecuencias del acto, no el acto en sí mismo.

Es este último aspecto lo que califica al utilitarismo como una teoría teleológica o consecuencialista.

⁴⁷ AFTALION, Enrique R, VILANOVA, José, RAFFO, Julio. Op. cit., pág.698.-

El fundador del utilitarismo, Jeremy Betham, en una de sus principales obras literarias expresa:

“La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Sólo ellos nos indican lo que debemos hacer, así como determinan lo que haremos. Por un lado el criterio de bueno y malo, por otro la cadena de causas y efectos, están sujetos a su poder.”⁴⁸

Siguiendo esta línea de pensamiento podemos establecer que para el utilitarismo lo bueno es lo que redunde en placer o ausencia de dolor y lo que maximice este bien, o sea, la acción que provoque un mayor placer o menos dolor, será lo correcto.

Como podemos observar, los interrogantes y objeciones que se desligan de cada una de las posturas mencionadas en la determinación de la naturaleza de los valores, nos demuestra la complejidad del problema, y no obstante, será difícil resolver la situación si se persiste sólo en una u otra posición.-

⁴⁸ BENTHAM, Jeremy. Introducción a los principios de la moral y la legislación, ed. Claridad, 2008, pág.11

CAPÍTULO CUARTO – DERECHOS HUMANOS

Conforme a la definición de las Naciones Unidas, los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna.⁴⁹

Ahora bien, existen diversas definiciones de diferentes autores filosóficos cargadas con sus propios fundamentos, entre las cuales podemos encontrar la del maestro Antonio Truyol y Serra para quien;

(...) decir que hay Derechos Humanos o Derechos del Hombre en el contexto histórico-espiritual -que es el nuestro-, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.”⁵⁰

Este es un fundamento iusnaturalista racionalista que supone ver a los Derechos Humanos como derechos naturales, en consecuencia, inmutables, universales y absolutos.

Por otra parte, el profesor Gregorio Peces-Barba, define a los Derechos Humanos como:

“(...) la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.”⁵¹

⁴⁹ NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos. (consulta: 15/12/2020); Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>

⁵⁰ TRUYOL Y SIERRA, Antonio. Los Derechos Humanos; Madrid, ed. Tecnos, 1979, pág.6.-

⁵¹ PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales; Madrid, ed. Latina Universitaria, 1979, pág.27.-

Esta es una definición con una perspectiva dualista, ya que el discurso de los derechos se desenvuelve tanto en el ámbito ético como en el jurídico.

También hallamos una fundamentación histórica que considera que los Derechos Humanos son derechos históricos, variables y relativos, y que en palabras del maestro Antonio Pérez Luño aparecen como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”⁵²

Según los defensores históricos, los derechos humanos no basan su sustento en la naturaleza sino en las necesidades humanas y en la posibilidad real de satisfacerlas dentro de una sociedad, por lo que la temática de los Derechos Humanos se encuentra en función de los valores constituidos en una sociedad histórica concreta y de los fines que esta pretende realizar, siempre que se respete como principio básico la esencia de la dignidad humana como el fin de sí misma.

Como podemos apreciar los valores que sostienen a los Derechos Humanos giran en torno al concepto de dignidad humana, de esta manera, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa: “(...) que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; y el art. 1 declara que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”.⁵³

Por lo tanto, los valores que sustentan la idea de dignidad humana son: la seguridad, la libertad y la igualdad. En lo que a ellos se refiere, no podemos decir que haya alguno superior a otro, toda vez que todos tienen una estrecha relación y se complementan entre sí. O en otras palabras, no podemos pretender que prevalezcan los derechos individuales sobre los sociales, ni viceversa, como tampoco que unos sean desplazados por otros.

2.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

⁵² PEREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, ed. Tecnos, 1984, pág. 48.-

⁵³ ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. (consulta.15/12/2020); Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Algunas ideas relacionadas con lo que hoy día entendemos como Derechos Humanos son tan antiguas como la civilización humana. Desde inicio de los tiempos, alrededor del año 1750 a.c., se han escrito leyes (más bien tallado en piedra) por el rey Hammurabi de Babilonia, que incluyen principios de justicia, equidad y protección. Aquellas leyes prescribían por ejemplo que las personas debían estar protegidas por la ley, que los gobernantes no podían tratar arbitrariamente a sus súbditos, que las mujeres, niños y extranjeros merecían protección especial, o que los tribunales debían ser libres de arbitrariedad y corrupción, entre otras.

Sin embargo, estas leyes antiguas no pueden equipararse a derechos humanos propiamente dichos, estas no eran universales y solo eran válidas para una determinada sociedad. También mantenían una gran desigualdad, no había duda que un ciudadano, el monarca y un esclavo no tendrían los mismos derechos, y gran parte de lo que ahora denominamos derechos humanos (como el derecho a la libertad de expresión o la prohibición de la tortura) no se mencionaba en tales leyes.

En la historia de los derechos humanos no existe una secuencia lineal de desarrollo, sino que puede distinguirse una serie de fases o hechos, es decir, ciertas ideas y prácticas que tuvieron un gran avance o florecimiento en un momento histórico particular.

Historia antigua: las ideas sobre la dignidad inherente del hombre se originaron hace miles de años tanto en la ley como en la religión. Llegó con nociones tales como no usar la violencia de manera arbitraria, no mentir, no robar, no romper contratos. Ya antes del 200 a.C. la mayoría de los principales sistemas de creencias del mundo se habían fundado: la fe judía, más tarde desarrollada en el cristianismo, el confucianismo y el taoísmo en China, el hinduismo y el budismo en India, y la filosofía humanista de Atenas.

Siglo III a.C.: la idea de que la igualdad de derechos se aplica a todas las personas se encuentra en la filosofía griega de los estoicos. Consideraron que el hombre y la mujer son iguales, debatieron sobre el respeto a las mujeres y los niños, por la compasión y la tolerancia hacia los demás, por la inclusión de los “barbaros” en la comunidad, e incluso algunos estoicos consideraron a los esclavos en pie de igualdad.

Siglo XIII: la representación popular, la práctica de que el gobierno debe una responsabilidad a los representantes del pueblo ya existía en ciudades estado griegas como Atenas, pero luego desapareció durante muchos siglos. Recién a partir del siglo XII se establecieron pequeños parlamentos en Escocia, Polonia, y París, y surge la Carta Magna

inglesa de 1215, un contrato entre el monarca y los ciudadanos (acomodados) que formaron un “parlamentum”.

Siglo XVIII: el derecho a la libertad individual. En esta época se adoptó la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano en Francia (1789).

Siglo XIX: surgen los derechos socioeconómicos y abolición de la esclavitud. Los derechos a la protección en el campo del trabajo y el desempleo surgieron en este siglo bajo la presión del movimiento sindical. En 1830 se fundó un sindicato nacional británico, bajo la presión del parlamento y del exterior, el imperio británico abolió la trata de esclavos en 1807 y la esclavitud en 1833. Solo décadas después se abolió la esclavitud en países como Argentina (con el artículo 15 de la Constitución de 1853), Rusia (1861), Países Bajos (1863), y Estados Unidos (1865).

Principios del siglo XX: igualdad de derechos para mujeres y hombres. Se introduce el sufragio femenino en nueva Zelanda (1893), luego en Holanda y Rusia (1917), estados unidos (1920), el Reino Unido (1928), y en nuestro país unos veinte años más tarde.

1948: Declaración Universal de los Derechos Humanos. En esencia, el texto es la elaboración de una idea que ha existido desde tiempos inmemoriales, que los derechos fundamentales son necesarios porque la sociedad no puede existir sin ellos. Una sociedad que permite la arbitrariedad, la violencia, o los asesinatos indiscriminados es un peligro para sí misma.

Los principios de la DUDH provienen del estudio de muchas fuentes del derecho de la historia occidental, pero las referencias a una creencia o tradición se dejaron de lado en el texto final. Personas con profesiones muy distintas y con diferentes creencias e ideologías participaron en la creación. Sin embargo, no todos los países estuvieron de acuerdo con la Declaración Universal, ocho países se abstuvieron de la votación final. Desde aquella fecha en adelante, las Naciones Unidas han adoptado unos 300 tratados y declaraciones en el campo de los derechos humanos. Las referencias a esta declaración se encuentran en las constituciones de al menos noventa países.

En Europa, así como en Estados Unidos y América Latina, los derechos humanos se convirtieron en pocos años en la palabra clave en el activismo social, la retórica de la política internacional y las acciones de las Naciones Unidas.

4.- LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, sin un solo voto disidente, pero con ocho Estados que se abstuvieron, fue anunciada como el logro de haber alcanzado un “estándar común”. Ha sido mencionada en numerosos instrumentos internacionales y Constituciones de diferentes Estados. Más tarde, en 1966, las normas de esta Declaración se convirtieron en disposiciones legalmente vinculantes a través de dos Pactos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta división en diferentes categorías de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), no implica de ninguna manera que una categoría de los derechos humanos sea más importante que la otra. En los preámbulos de ambos Pactos promulgados en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, se afirma que todos los derechos humanos están interrelacionados, son indivisibles, interdependientes e igualmente importantes.

Los estados han reafirmado este principio en varias ocasiones, por ejemplo en la Declaración de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993. No obstante, las diferentes categorías de los derechos humanos no se han desarrollado en un igual ritmo. Los derechos culturales, por ejemplo, han recibido menos atención y, en consecuencia, son conceptual y legalmente menos desarrollados que los civiles, políticos, económicos y sociales.

Sin embargo, el hecho de que la gran mayoría de los Estados sean partícipes y ratifiquen las normas internacionales existentes sobre derechos humanos, no implica su cumplimiento.

Sin ir más lejos, durante los últimos años hemos sido espectadores de los brutales grupos armados que ejercen un control similar al de un estado sobre cada vez más poblaciones civiles, sometidas a ataques, persecución y discriminación, o del empeoramiento de las crisis humanitarias y de refugiados, con un número cada vez mayor de personas desplazadas a causa de los conflictos, en tanto que los gobiernos continúan cerrando fronteras.⁵⁴

⁵⁴ ANAYA MUÑOZ, Alejandro (2017). Los regímenes internacionales de derechos humanos: la brecha entre compromiso y cumplimiento; Puebla; Revista IUS; vol.11 no.40; (consulta: 05/06/2020); Recuperado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000200159

Esto se debe a que los sistemas de protección de los derechos humanos, y el grado de compromiso en el cumplimiento de las normas del régimen internacional de derechos humanos que los Estados han asumido sobre ellos no son eficaces. Si bien los diferentes órganos tienen funciones y herramientas para observar y evaluar la situación de los derechos humanos en todos los países del mundo, no cuentan con capacidad coercitiva que les permita tomar decisiones a fin de implementar medidas que obliguen a los Estados a cumplir con sus recomendaciones.

Sobre este asunto nos dice la Dra. Loayza Tamayo que el reto que tiene hoy en día nuestro sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como cualquier sistema internacional de los derechos humanos es el tema de la efectividad, que las normas de derecho internacional referidas a la persona humana sean una realidad. Y para que ello sea posible, es fundamental el conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos para todos los abogados, pues es a través del derecho interno de los Estados, y a través de sus tribunales que esas normas de derecho internacional puedan llegar a ser efectivamente una realidad, y por ende las decisiones que se adopten por los organismos internacionales también lo serán.⁵⁵

5.- DERECHOS CULTURALES

En ninguno de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos existe una definición de Derechos Culturales, como resultado, se han elaborado en los diferentes instrumentos internacionales, listas de disposiciones que podrían etiquetarse como tales. Que derechos culturales sean incluidos en la lista, va a depender de cómo se defina esa cultura, por lo tanto, diferentes conceptos de cultura, van a llevar a diferentes enfoques sobre los derechos culturales.

Si a la cultura se la interpreta como arte, literatura, patrimonios culturales, etc., entonces estos derechos podrían incluir la protección de dicho patrimonio, así como el derecho a participar en la vida cultural, tener acceso a museos, teatros, bibliotecas. Si a la cultura se la considera desde la perspectiva del proceso de creación artística y científica, entonces estos derechos incluirán los derechos a la libertad de expresión, intelectual, los

⁵⁵ LOAYZA TAMAYO, Carolina (Septiembre de 2014). La Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Base de conocimiento de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Abierta Interamericana.-

relacionados con la protección de los derechos de autor. Y finalmente, si se considera a la cultura como una forma de vida, como la suma de actividades materiales y espirituales de una comunidad, entonces, los derechos culturales incluirán el derecho de libertad de pensamiento, religión, asociación, el derecho a la educación, y también los derechos de mantener y desarrollar esa cultura.

También podríamos realizar una distinción de los Derechos Culturales en sentido estricto, y son aquellos que se refieren explícitamente a la cultura, como derecho de participar en la vida cultural establecido en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.”⁵⁶ o el artículo 15 inciso 1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya parte pertinente versa “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural;⁵⁷”, y el derecho de las minorías a gozar de su cultura, tal como fue plasmado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual expresa “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”⁵⁸

En contraposición, el grupo de derechos culturales en sentido amplio, además del mencionado ut supra, incluye también otros derechos civiles, económicos, políticos o sociales que tienen relación con la cultura.

De alguna forma, casi todos los derechos humanos tienen un vínculo con la cultura, pero a los que nos referimos especialmente son los derechos de libertad de religión, libertad de expresión, de asociación, y el derecho a la educación.

Muchos de los órganos de protección de los derechos humanos, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se han referido a otras disposiciones para proteger la cultura, como el derecho a la vida, a la salud, a la familia y/o a la vivienda por ejemplo.

⁵⁶ NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos, (consulta: 05/06/2020), Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁵⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (consulta: 05/06/2020), Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (consulta: 05/06/2020); Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

El derecho a la autodeterminación podría ser considerado también un derecho cultural. De hecho, se vincula especialmente con la protección de la diversidad cultural, puesto que es el único derecho colectivo en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Tiene dos componentes, la autodeterminación externa y la interna.

La parte externa se refiere a la capacidad de los pueblos de liberarse, por ejemplo, del colonialismo, o el racismo. Esto puede significar secesión y el establecimiento de un nuevo Estado soberano e independiente, o la libre asociación con otro Estado independiente.

La autodeterminación interna, implica la presencia de un gobierno representativo comprometido a respetar los derechos humanos y las libertades, con especial atención a los derechos de los pueblos y comunidades. Incluye también la posibilidad de participar en el gobierno y en la toma de decisiones sin ningún tipo de discriminación.

Si bien a simple vista algunos de estos derechos humanos parecerían no tener relación con la diversidad cultural, la realidad es que la mayoría de ellos tienen importantes implicancias culturales. Por ejemplo, cuando se habla de vivienda, el Comité de Derechos Económicos y Sociales dijo que “...el concepto de "vivienda adecuada" comprende los siguientes factores: seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural”⁵⁹, con respecto al derecho a la salud expresó que “...todos los establecimientos de salud, los bienes y servicios ... deben ser culturalmente apropiados y respetar la cultura de los individuos, las minorías, los pueblos y las comunidades.”

Los derechos culturales claramente tienen una dimensión individual y otra colectiva. Ahora bien, ¿Cómo se refleja la dimensión colectiva en las normas?

Las disposiciones con respecto a los derechos culturales en los instrumentos internacionales son mayormente definidas como derechos individuales. Sin embargo, aunque legalmente hablando solo los individuos pueden reclamar estos derechos, es evidente que su disfrute está firmemente asociado con otros individuos y comunidades. A modo de ejemplo, el derecho individual de participar en la vida cultural puede ser disfrutado por individuos como miembros de una comunidad cultural. Otros derechos

⁵⁹ Comité Derechos Económicos y Sociales. (consulta: 05/06/2020); Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>

culturales, tales como la libertad de religión, expresión y asociación, también tienen una dimensión colectiva, pero son definidos como derechos individuales⁶⁰.

En otras palabras, la perspectiva colectiva de esos derechos no significa que sean legalmente hablando, derechos colectivos que una comunidad pueda reclamar como tal. Sólo un puñado de derechos humanos colectivos fue incluido en instrumentos internacionales.

Esto es principalmente porque los Estados han sido reacios a empoderar comunidades, como un todo, con derechos culturales, por miedo a que tal acercamiento colectivo ponga en peligro la estabilidad de la sociedad.

A pesar de esto, los derechos culturales colectivos han formado parte en la elaboración de instrumentos que protegen derechos de las minorías y pueblos originarios, tales como la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las cuales (nos resulta menester mencionar) no son instrumentos legalmente vinculantes.

6.- DIVERSIDAD CULTURAL

Según el Diccionario de la Real Academia Española a la palabra diversidad se le atribuye el significado de “variedad, desemejanza, diferencia”⁶¹, por lo que nos remite siempre a la idea de pluralidad. Por consiguiente, en el discurso de los derechos humanos, al hablar de diversidad se lo hace en el marco del reconocimiento, respeto y tutela de la diferencia, como un medio para contribuir a la construcción de sociedades inclusivas, solidarias y justas.

La declaración Universal de la UNESCO⁶² sobre la Diversidad Cultural entiende que la diversidad cultural es una fuente importante de intercambio, innovación, y creatividad, que debe ser preservada para las generaciones presentes y futuras.⁶³

⁶⁰ Folleto Informativo nº 33 - Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales. (consulta:06/05/2020); Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf>

⁶¹ Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/diversidad>

⁶² La UNESCO es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. La UNESCO trata de establecer la paz mediante la cooperación internacional en materia de educación, ciencia y cultura.

⁶³ UNESCO. Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural; (consulta: 05/06/2020); Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Vincular a la diversidad cultural con los derechos humanos, afirma que la cultura es un aspecto importante de la identidad, existencia, y dignidad de los individuos y comunidades.

Los derechos humanos proveen un marco moral y legal para promover y preservar no solo la diversidad entre las culturas, sino también la diversidad dentro de ellas. Sin embargo, la implementación de derechos humanos en relación con la diversidad cultural, siempre presenta dificultades.

A los Estados siempre les cuesta decidir si los derechos culturales son derechos humanos, o más bien derechos que no imponen obligaciones definidas.

7.- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006 encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo. Su objetivo es hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones sobre ellos. Está compuesto por 47 Estados Miembros elegidos por la Asamblea General.

Un año después de celebrar su primera reunión, el 18 de junio de 2007, el consejo adoptó un paquete de construcción institucional que proporciona elementos que guían su trabajo futuro. Entre estos se destaca el mecanismo de Examen Periódico Universal, a través del cual se examina la situación de los derechos humanos en los 192 Estados miembros de las Naciones Unidas.

El Examen Periódico Universal (EPU) es un proceso que incluye un examen de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Se encuentra dirigido por los Estados con el auspicio del Consejo de Derechos Humanos, que le ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia.

Al ser una de las herramientas principales del Consejo, el EPU se concibió para asegurar un trato homogéneo a todos los países cuando se evalúan las situaciones de

derechos humanos. Les recuerda a los Estados su responsabilidad de respetar y aplicar plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁶⁴

El EPU es un mecanismo cooperativo basado en un diálogo interactivo, cuyo desarrollo debe producirse de manera objetiva y transparente, siendo regido por criterios no selectivos y de forma constructiva y, a la vez, evitando la confrontación y la politización.

La base del EPU esta conformado por tres documentos: un “Informe Nacional” preparado por el estado en cuestión; una “Recopilación de la ONU” formulada por la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos (OACDH) que expone la información contenida en la documentación de la ONU, junto con los informes de los órganos de tratados y de los procedimientos especiales de relatores de la OACDH; y finalmente, un “Resumen de los Interlocutores del EPU”, que incluyen actores de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales. Este resumen se encuentra compilado por la OACDH y busca complementar y dar contraste a las otras dos aportaciones.⁶⁵

⁶⁴ NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. (Consulta: 05/06/2020), Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx>

⁶⁵ BLACKBURN, Roger Lloret (2020) Relativismo cultural en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Revista Internacional de Derechos Humanos, vol.10, núm.2, pág.191.-

CAPÍTULO QUINTO – UNIVERSALISMO vs RELATIVISMO

1.- UNIVERSALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La teoría jurídica y filosófica del Universalismo de los Derechos Humanos, proviene principalmente de la idea de lo universal, que se fue presentando en la antigüedad y el medioevo; pero su aspiración como tal se da en el tránsito a la modernidad, como consecuencia de una construcción antropocéntrica de las sociedades, fundamentada en el iusnaturalismo racionalista y en el contractualismo, doctrinas que ubican en el centro de todas las cosas al individuo, y que postulan facultades jurídicas básicas y comunes a todos los seres humanos sin exclusión.

Es así que las primeras aproximaciones del universalismo provienen de lógicas dadas por filósofos como René Descartes y su idea del “universalismo abstracto”, quien entiende lo universal como un conocimiento eterno que sobrepasaba el tiempo y el espacio, debiendo desvincularse al sujeto de todo cuerpo y territorio que le genere determinaciones. Descartes nos habla de un universalismo abstracto en dos sentidos, uno que nos indica un conocimiento que se abstrae de toda determinación espacio-temporal pretendiendo ser eterno; y otro en sentido epistémico en el cual el sujeto es abstraído de cuerpo y localización generando conocimientos con pretensiones de verdad y universalidad para todos.

Algunos de estos razonamientos fueron retomados por el filósofo Immanuel Kant para quien el espacio y el tiempo son innatos al hombre y de los cuales este último no se puede abstraer, en razón que le otorgan un orden al mundo donde se puede producir un conocimiento reconocido como verdadero y universal.

Otro de los filósofos que aportó a la cuestión del universalismo fue Friedrich Hegel, cuyas ideas se direccionan en torno a la existencia de dos tipos de universalismos: uno abstracto compuesto por categorías simples, y uno concreto formado por categorías complejas, siendo que el pasaje de uno a otro se da a partir de las mediaciones, contradicciones y negaciones del pensamiento, pretendiendo llegar a un saber absoluto, válido en todo tiempo y espacio, el cual sería el nuevo tipo de universalismo verdadero para toda la humanidad.⁶⁶

⁶⁶ RECA, Joaquín Pablo (2020); Una aproximación sobre el universalismo de los derechos humanos; Revista de la Facultad de Derecho de México; Tomo LXX, número 277, pág.1115.-

Ya, desde la modernidad existieron varios momentos de la historia en los que se ha intentado expresar la universalidad de los derechos del hombre. Tal es el caso de la Declaración de Virginia de 1776, en la que su art. 1º establece “que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos (...)”⁶⁷, o por ejemplo luego de la Revolución Francesa con la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en la cual el art. 1º enuncia que “(...) los hombres nacen y permaneces libres e iguales en derechos (...)”⁶⁸ documento de una significación inmensa cuyo valor universal constituyó la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el seno de las Naciones Unidas, en la que se proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos (...)”⁶⁹.

De esta manera, con la DUDH la comunidad internacional reconoce los derechos fundamentales de la persona, universales e indivisibles, como uno de sus intereses esenciales y uno de los principios constitucionales del orden internacional, logrando que la protección de los derechos naturales pueda tener al mismo tiempo eficacia jurídica y valor universal; y que el individuo pase a ser de un sujeto de una comunidad estatal a ser un sujeto también de la comunidad internacional, potencialmente universal.⁷⁰

Más recientemente, en junio de 1993, los representantes de 171 estados aprobaron por consenso la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que presenta un plan común para el fortalecimiento de la labor relativa a los derechos humanos en todo el mundo, y que definitivamente contribuyó a la confirmación de los caracteres de universalidad e indivisibilidad del derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido el art. 1 de este documento reafirma “(...) el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas.” Y su art. 5 declara que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e

⁶⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL. Declaración de Virginia de 1776; (consulta:08/06/2020); Disponible en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>

⁶⁸ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; (consulta: 08/06/2020); Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁶⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos; (consulta: 08/06/2020); Disponible en: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz; BINAGHI, Jorge (trad.); Barcelona; Ed. Gedisa; 2000; pág. 522.-

interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”⁷¹ Claramente podemos apreciar como este instrumento, acepta los obstáculos culturales, ideológicos, sociales y económicos que condicionan los derechos humanos, pero apuesta, en base a un consenso internacional, por la universalidad de los mismos.

Continuamos ahora con el tema de las ideas universalistas más contemporáneas, encontrándonos con el jurista Gregorio Peces Barba, quien distingue tres ámbitos de aplicación diferentes de universalismo.

Una la sitúa en el plano lógico, haciendo referencia a una titularidad de derechos que se adscriben a todos los seres humanos, con características de racionalidad y abstracción.-

Una segunda desde el ámbito temporal, en el cual la racionalidad y abstracción de los derechos se poseen al margen del tiempo y son válidos en cualquier momento de la historia, razón por la cual algunos autores los han calificado también como inmutables.

Y por último desde el plano espacial, entendiendo que la universalidad de los derechos humanos se extiende a todos los seres humanos de todos los lugares y de todas las culturas sin discriminación, haciendo referencia a la internacionalización de los derechos humanos.-⁷²

Por lo tanto, con el carácter de universalidad se quiere resaltar que todos los derechos calificables de humanos son poseídos por todos los seres humanos de todos los tiempos y lugares, en virtud de que éstos son iguales por naturaleza.

Entonces, decir que los derechos humanos son universales quiere significar que se nos reconocen a todos los seres humanos sin exclusión alguna, por tanto todo ser humano nace libre y en igualdad en cuanto a dignidad y a éstos derechos se refiere.-

⁷¹ Declaración y programa de Acción de Viena; (consulta: 08/06/2020); Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

⁷² PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (2014). La Universalidad de los derechos humanos; Revista Doxa; Cuadernos de filosofía; Alicante; núm 15; pág.614/615.-

No son universales porque sean universalmente compartidos, sino tan sólo porque se nos atribuyen a todos y en garantía de todos independientemente de nuestro color de piel, de nuestro sexo, de las condiciones sociales, políticas, religiosas, de nacionalidad, de raza, de idioma o de cualquier otra condición., acogiendo su carácter universal en la igualdad e indivisibilidad de los derechos humanos, en la ley natural, la justicia y la dignidad.

Desde esta concepción, de orientación marcadamente iusnaturalista, podemos afirmar que el postulado de la dignidad humana descansa en la unicidad y singularidad del género humano, otorgándonos una titularidad sobre los derechos humanos o al menos, sobre los más básicos y fundamentales, independientemente del contexto social o político.⁷³

1.1.- Universalismo radical de los Derechos Humanos

Los defensores de esta corriente creen firmemente que los derechos humanos y las libertades fundamentales son inherentes a la naturaleza y la dignidad de cada individuo; son facultades que tenemos por el solo hecho de ser persona, aplicables en todo tiempo y en cualquier lugar, siendo que debería existir un grupo de estándares éticos básicos y principales aceptable para todas las culturas, religiones y sistemas políticos.-

Manifiestan que tanto los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales como en las convenciones deben aplicarse en todos los países, prevaleciendo incluso cuando entren en conflicto con prácticas culturales o religiosas establecidas, ya que desde su punto de vista las culturas son irrelevantes cuando se trata de la validez moral de los derechos o las reglas.-

En este marco, niegan completamente la autonomía ética, la autodeterminación nacional y sub nacional, dándole absoluta prioridad a las demandas de la comunidad moral internacional por sobre otras comunidades morales. Asimismo, propone que todos los valores incluidos los derechos humanos, son enteramente universales, y en consecuencia no pueden modificarse por diferencias culturales o históricas.

Afirman que los derechos humanos son atributos innatos del hombre por lo que no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos, defendiendo la universalidad de ciertos

⁷³ BLANC ALTEMIR, Antonio. La universalidad de los derechos humanos: algunas reflexiones; España; Universidad de Lleida; pág. 173; (consulta:12/11/2020); Disponible en: <file:///C:/Users/alecs/Downloads/376-Article%20Text-841-3-10-20170120.pdf>

valores, normas y verdades recurriendo a un mundo más allá de cualquier determinación cultural.

No hay dudas de que esta visión de universalismo es absolutamente crítica con los postulados del relativismo cultural, y sobre todo que sus postulados implican en cierto modo un método de imperialismo cultural.-

1.2.- Universalismo relativo de los Derechos Humanos

Dentro de esta postura se encuentra el profesor e investigador Jack Donnelly, quien propone la existencia de un universalismo relativo de los derechos humanos que permite valorar la diversidad cultural, destacando que “un entendimiento adecuado de estos derechos deja un espacio considerable para la diversidad y relatividad nacional, regional, cultural y particular.”⁷⁴

Para desarrollar esta teoría, Donnelly nos plantea tres tipos de universalidad:⁷⁵

a) Universalidad funcional: las ideas y prácticas de los derechos humanos son construcciones sociales de la modernidad, en particular de los mercados y los estados modernos y no fruto de la cultura. Nos expone que los mercados y los estados burocráticos han globalizado las amenazas a la dignidad humana, y frente a esta situación son los derechos humanos la vía más efectiva para asegurar esa dignidad.

b) Universalidad legal: originada según este autor con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, documento que establece los derechos humanos a nivel mundial, incorporándose posteriormente la Declaración de Viena en 1993, la cual en uno de sus artículos proclama la naturaleza universal de los derechos humanos y libertades fundamentales. En la actualidad contamos con gran cantidad de instrumentos universales y regionales que configuran la universalidad legal, siendo ésta contingente y relativa al igual que la universalidad funcional, ya que su implementación y grado de cumplimiento depende de la decisión de los estados, organizaciones internacionales, actores transnacionales y grupos nacionales.

c) Universalidad consensual: los derechos humanos se pueden abordar desde diversos enfoques, toda vez que ninguna cultura o doctrina es por naturaleza compatible o incompatible con los derechos humanos. Es indudable que la igualdad moral de todos

⁷⁴ DONNELLY, Jack (2007). The Relative Universality of Human Rights; Human Rights Quarterly; ed. Johns Hopkins University Press; vol. 29; núm 2; pág. 281.-

⁷⁵ DONNELLY, Jack. Op. cit; pág. 281-306.-

los seres humanos está fuertemente respaldada por la mayoría de doctrinas y religiones del mundo, podríamos decir que existe un acuerdo global que acepta que ciertas necesidades básicas son indiscutiblemente universales independientemente del contexto histórico, geográfico y cultural.

2.- RELATIVISMO

El relativismo es una postura gnoseológica que rechaza toda verdad absoluta y defiende que la validez del juicio en el que la verdad se expresa depende de diversas circunstancias.

Estas circunstancias pueden ser muy variadas, dando así origen a diversos tipos de relativismo. Sin embargo, todos ellos niegan la validez objetiva y universal del conocimiento verdadero y cierto.

Su fundamento científico se basa en la teoría de la relatividad, ya que el supuesto básico de ésta nos dice que la localización de los sucesos físicos es relativa al estado de movimiento del observador, tanto en el tiempo como en el espacio.-

Por lo tanto, conforme a esta corriente todo debe valorarse en función del hombre, de la sociedad y del momento.

El relativismo considera que los procedimientos a través de los que justificamos lo verdadero y lo falso, lo que es bueno y lo que es malo dependen de un conjunto de convenciones, y que sólo pueden determinarse teniendo en cuenta el contexto en el que nos encontramos.

Según su perspectiva, las propiedades que les damos a ciertas cosas o situaciones no son intrínsecas y universales, sino que pueden variar de acuerdo al modo en que las abordemos.

Ya hemos mencionado que el relativismo no es una única doctrina, sino que dependiendo del área del saber al que nos refiramos, podemos hallar diversas formas. No obstante, sus raíces provienen de la antigüedad griega, específicamente de los sofistas, y más allá de la multiplicidad de variantes existentes todas coinciden en algunos puntos esenciales que podemos resumir:

- Negación del derecho natural, nada meta-jurídico puede afectar ni fundamentar el derecho.

- Se rechaza que por encima del derecho positivo de cada estado o comunidad pueda darse un derecho universal.-
- Rechazo al concepto de verdad objetiva y defensa del derecho de cada individuo a tener su propia verdad conforme a sus circunstancias.
- Desestimación de una moralidad universal y de la existencia de valores absolutos.
- La verdad no tiene valor gnoseológico absoluto sino relativo y dependiente de muchas causas.

Asimismo, en cuestiones humanas y sociales se reconocen tres formas básicas de relativismo: el cognitivo, el moral y, el más importante para nosotros, pues es parte del planteo de nuestro problema: **el relativismo cultural**.-

2.1- Relativismo cognitivo

El relativismo cognitivo es aquel que manifiesta que los integrantes de diferentes sociedades viven en mundos de conocimientos distintos e inconmensurables. Centra sus argumentos en la incapacidad del conocimiento del ser para establecer verdades universalmente válidas.

Según el cognitivismo cada afirmación es dependiente a un contexto o estructura que la condiciona, siendo éstas el lenguaje, la cultura, los paradigmas de un período histórico, las creencias religiosas, el género, raza o estatus social y, sobre todo, la experiencia e historia de cada individuo.

Persisten en que la perfecta traducción de una cultura a otra es imposible; nos vienen a decir: “somos totalmente incognocibles, al menos para ti.”⁷⁶

2.2.- Relativismo moral

El relativismo moral es la corriente que sostiene que los valores de cada pueblo son sui generis y se auto validan, por lo tanto pretenden que aquellos que son ajenos los juzguen con el estándar propio de su grupo y no con uno universal.

Es la creencia que da igual valor, legitimidad e importancia a todas las opiniones morales y éticas, con independencia de quién, cómo, cuándo y dónde se aplican.

⁷⁶ BROWN, Michael F. Relativismo Cultural. Madrid, 2010, pág. 38

Esta doctrina afirma que la justificación de los juicios morales no es absoluta sino que es relativa a un determinado grupo de individuos.

Por lo tanto, el relativismo moral trae a cuevas la existencia de irresolubles desacuerdos en torno a los juicios morales. Consiguientemente, mientras para un determinado grupo de individuos una acción puede considerarse como buena, para otro resulte lo contrario, sin poder llegar a decidir de manera absoluta si dicha acción es buena o mala en sí.⁷⁷

En base a estas ideas concluimos que para esta corriente la moralidad es una clase de convención acordada entre los integrantes de un grupo humano sobre lo que es correcto y lo que no, siendo estas convenciones morales de donde surgen las normas éticas que imparten a cada individuo lo que debería hacerse en función de su código moral.

Ciertamente, el relativismo moral es aplicable perfectamente tanto a nivel de individuo concreto como a nivel de grupo humano, conectándose de esta última forma con el relativismo cultural.

2.3.- Relativismo cultural

Cuando se hace alusión a que los derechos son relativos, lo que se quiere expresar es que no son absolutos, que no son iguales en todo tiempo y lugar, sino que varían de acuerdo a los valores de una cultura determinada.-

Por ende, al hablar de relativismo cultural estamos hablando de diversidad de valores, o siendo más amplios, de la aceptación de la diversidad del hombre; por ello para el relativismo cultural no es posible hablar de derechos humanos universales inherentes a la persona por su calidad de tal, sino que es preciso respetar las distintas culturas admitiendo que lo que un determinado grupo social considera derecho humano no tiene porqué serlo para otros.

El relativismo cultural es un conjunto variado de actitudes que fue creciendo en la Europa moderna desde la colonización de América, cobrando su apogeo máximo a partir del siglo XIX con los primeros antropólogos culturales.

Durante esta época se destaca Johann Gottfried Herder, a quien se lo reconoce como el precursor del relativismo cultural. Herder plantea que se debe rechazar la idea de que todos los pueblos son iguales, ya que “cada nación tiene en sí su centro de felicidad

⁷⁷ Elvio. Por un relativismo moral moderado. El giro cognitivo (consulta: 01/12/2020). Disponible en: <https://girocognitivo.wordpress.com>

(...)”⁷⁸; para él la humanidad no tiene una única forma sino muchas, y las culturas se producen en una época determinada con valor y lógica propios.

Esta representación se encuentra acompañada por el desarrollo del estudio del lenguaje y de la convicción de que cada lengua tiene una estructura intrínseca que determina el desarrollo de la comunicación del pueblo o cultura dentro de un espacio específico, combinándose para producir una interpretación relativista en cuanto a que las culturas se configuran gradualmente.

A su vez, el antropólogo Franz Boas, otro notable del relativismo cultural, propone que cada cultura es única y no puede compararse con otra, complementando su pensamiento con el historicismo, en donde la cultura es resultado de procesos únicos.

Ya en una época más actual nos enfrentamos con las ideas del filósofo Michel Foucault, para quien la historia no se rige de una forma lineal sino que se basa en las rupturas y quiebres, siendo su objetivo hacer de la historia una contra memoria, una historia que no tiene sentido histórico, ni coordenadas, ni universales antropológicos. De la misma forma, rechaza la posibilidad de principios absolutos o de algún criterio con fundamentación definitiva, no aceptando de forma positiva el establecimiento de normas universales.⁷⁹

En función a lo expuesto, podemos decir entonces que el relativismo cultural se define “(...) como el principio de que las creencias y actividades de un individuo o sociedad solamente pueden ser interpretadas en términos de su propia cultura.”⁸⁰

El relativismo cultural es una doctrina que no percibe al ser humano como sujeto individual, sino como miembro de un grupo; por lo tanto, las nociones de orden y de justicia se disponen a partir del grupo, de la tradición y de los lazos sociales. El objetivo del individuo en este caso, es obrar para hallar en la sociedad a la que pertenece, las condiciones más satisfactorias para realizarse.

Ciertamente, piensa a la ciencia una actividad social y humana, considerándola un medio para adquirir el conocimiento humano, tomando en cuenta los aspectos personales y los contextuales.

⁷⁸ ASTRADA, Carlos. El pensamiento filosófico-histórico de Herder y su idea de la humanidad, (consulta: 18/12/2020) Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.1725/pr.1725.pdf

⁷⁹ FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas; LYNCH, Enrique (trad), Barcelona, ed. Gedisa, 1996.-

⁸⁰ BROKMANN, Haro C. Relativismo cultural: evolución de un concepto antropológico ante los derechos humanos, 2007, pág. 8 (consulta:18/12/2020), Disponible en: <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanoscndh/article/view/5572/4917>

De esta manera, así como para el positivismo, para el relativismo cultural el derecho es una ciencia; parten del método empírico y niegan las verdades abstractas, profundas y absolutas.

Hans Kelsen creía que: “(...) la tolerancia, los derechos minoritarios, la libertad de expresión y la libertad de pensamiento, no tienen cabida en un sistema político basado en la creencia de valores absolutos.”⁸¹

Asimismo, hablamos de relativismo cultural en cuanto afecta al dominio de la moralidad, toda vez que para estos pensadores, (...) nuestras creencias morales acerca de lo que es bueno o malo, justo o injusto, depende de la cultura en la que hemos sido socializados. De acuerdo con el planteamiento relativista cada pueblo o sociedad tiene su propia cultura distinta, y la moral es un aspecto esencial de la vida colectiva, estrechamente ligada al conjunto de prácticas y creencias que conforman esa cultura.⁸²

En opinión de los seguidores de esta corriente, no existen valores o principios absolutos sobre los cuales cualquier cultura o sociedad pueda ser juzgada, aparte de los de la cultura dada, por lo que ningún juicio moral sería universalmente válido. Consecuentemente, si un derecho humano no es propio de una cultura particular, su validez y aplicabilidad es cuestionable.

En igual sintonía, afirman que la única norma fuente para validar un derecho surge de la cultura, y que la única ley universalmente válida es la tolerancia a las costumbres de otros pueblos.-

La gran mayoría de los relativistas culturales sostienen que la existencia de una concepción universalmente válida de los derechos humanos, no es más que una pretensión de los países occidentales de infligir sus valores al resto del mundo.-

Esta posición refleja el hecho empírico de que existe una inmensa diversidad cultural en el mundo, incluyendo diversas visiones de lo que está bien y lo que está mal, proclamando que no hay valores universales y que la variedad de diferentes culturas implica que los derechos humanos son, y deberían ser interpretados de diferentes maneras.⁸³

⁸¹ ARAOS SAN MARTÍN, J. Relativismo, tolerancia y democracia en Hans Kelsen, ed. Veritas, vol. III, 2008, pág.256.-

⁸² TOSCANO MÉNDEZ, Manuel. ¿Qué es el Relativismo Cultural?, Málaga, 2011, pág. 4.-

⁸³ STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, GOODMAN. International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals : Text and Materials, ed. Oxford University Press, 2008, pág.517-618.-

Sus defensores manifiestan que permitir que las normas internacionales anulen los dictados de la cultura y la religión es una violación a la soberanía del estado. Para ellos los derechos solo existen cuando una sociedad los percibe como tales.

Sobre la base de estos argumentos, podemos distinguir dos tesis referidas al relativismo cultural:

1 – Tesis descriptiva: esta interpretación afirma las diferencias y desacuerdos existentes acerca de normas y valores entre los miembros de comunidades culturales distintas; o sea, podemos confirmar como una cuestión de hecho que las personas de sociedades histórica y culturalmente lejanas tienen creencias desiguales, y por lo general incompatibles en relación a lo que esta bien o mal, es justo o injusto.-

Sin embargo, más allá de que admitamos como un hecho tales discrepancias no nos impide considerar, como en otro tipo de desacuerdos, que una de las partes esta en lo cierto o tiene razones más adecuadas.

Algunos críticos afirman que esta tesis no es relativismo cultural sino situacionismo; teniendo en cuenta que decir que pertenecen a culturas o sociedades diferentes implica obviamente, que cada una de ellas se encuentra en distintas situaciones, por lo tanto, perciben su mundo de acuerdo a sus propias circunstancias.-

No obstante, lo ideal sería que tengamos en cuenta que para conseguir acuerdos y mayores logros, en vez de nublarnos en defender tal o cual doctrina, lo más óptimo sería encontrar un punto de encuentro.

2 – Tesis metaética: esta disciplina restringe o limita la validez de los juicios morales. Es una posición sobre la verdad objetiva de los juicios morales para la cual la verdad se encuentra limitada culturalmente, y puede ser válida y justificada sólo dentro de los límites de un determinado contexto cultural o comunidad, pero no trascenderlos.

No niega que existan verdades morales, sino que sean verdades morales universales.

El relativista metaético sostiene una objetividad moral radicalmente recortada, ya que cree que sólo podemos descubrir, justificar o discutir la verdad de los planteamientos morales en un marco cultural homogéneo.

En virtud de lo expuesto y analizado, claramente para pertenecer a la doctrina del relativismo cultural extremo o clásico debemos aceptar tanto la teoría de la tesis descriptiva como la de la tesis metaética.

Sin embargo, es fundamental comprender las diferencias entre ambas, ya que muchos aceptan concluyente el relativismo cultural por entender como plausible e innegable la tesis descriptiva, tomándola como un supuesto del que se parte.-

Existe además un relativismo moderado que sí admite que haya normas universales, aunque pocas, lo suficientemente amplias para que los estándares y prácticas locales sean compatibles con ellas.

3.- EL DEBATE ENTRE LAS TEORÍAS DEL UNIVERSALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RELATIVISMO CULTURAL

Desde la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 se ha debatido e incluso disputado que los derechos humanos puedan ser realmente universales, fundamentado en gran medida, tanto en el papel de la cultura, como en la capacidad de esta para determinar las prioridades morales y para configurar las relaciones entre el individuo y su comunidad⁸⁴, abriendo la puerta a dos interpretaciones, que en sus estados más extremos, se contraponen entre sí.

Estamos hablando del Universalismo de los Derechos Humanos y del Relativismo Cultural.

Como ya hemos visto al analizar los fundamentos de cada una de estas doctrinas, el Universalismo afirma que el atributo esencial de los Derechos Humanos es su carácter de universalidad, por lo tanto son facultades que deben ser reconocidas sin exclusión; mientras que el Relativismo asevera que esa pretensión no es válida, y que cada sociedad tiene derecho a desenvolverse independientemente, por lo que no existen sistemas de creencias ni criterios de verdad universales. Sostienen que los derechos humanos dependen del contexto en que se aplican y, por ello, de cada cultura.

La visión relativista señala que hablar de universalismo es una contradicción que encuentra su refutación en la práctica. Toda vez que los derechos humanos han sido creados hace 73 años no pueden ser universales, pues es incoherente pretender proclamar derechos de una naturaleza intemporal cuando en realidad éstos se encuentran ligados a

⁸⁴ BLACKBURN, Roger Lloret. op. cit. pág.185.-

un período histórico determinado; no dejan de ser el producto de una sociedad particular en un momento dado.

Efectivamente, el Universalismo se manifiesta como una vertiente posicionada general e internacionalmente con la puesta en escena de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que declara que éstos están dirigidos hacia todos los seres del mundo por el sólo hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el mundo no es homogéneo, sino que presenta una diversidad de culturas mucho más grande y rica de lo que podemos llegar a imaginar, que son muy diferentes entre sí, y tienden a generar fuerzas de inclusión o exclusión entre ellas.⁸⁵

De manera que, es de ese gran conjunto de culturas que cohabitan en el mundo que salen a la luz los cuestionamientos sobre dicha diversidad, y especialmente en relación a la práctica del universalismo de los derechos humanos.

En consecuencia, en contraposición a los postulados del Universalismo, el Relativismo cultural emerge para defender la existencia de la diversidad cultural. Rechaza el paradigma de los derechos humanos por considerarlo opresivo para los estados en vías de desarrollo y con culturas diferentes, asegurando que no pueden ni deben existir formas superiores de cultura, y negando rotundamente que haya principios éticos comunes que puedan imponerse. Por lo que claramente, para esta corriente, es imposible que todas las culturas tengan acceso a un derecho internacional unificado, entendiendo además que muchas veces hasta va en contra de la misma cultura.

Conforme el Universalismo de los Derechos Humanos las tradiciones culturales son irrelevantes para la validez de las normas morales, por lo tanto reafirman la universalidad, indivisibilidad, igualdad e interdependencia de todos los derechos humanos; y niegan terminantemente que los estándares universales de éstos puedan ser subordinados a una cultura concreta, de manera que dejan de lado el estudio de las prácticas culturales y tienden a establecer estándares mínimos que no deben entrar en discusión.

En cambio, el Relativismo Cultural considera que sí es importante incluir las tradiciones culturales dentro de los derechos humanos, ya que los individuos provienen

⁸⁵ LÉVI-STRAUSS, Claude. Raza e Historia; 1999, (consulta:19/12/2020), Disponible en: file:///C:/Users/alecs/Downloads/Levi_Strauss_raza_e_historia.pdf

de una cultura, la cual compromete su personalidad y moralidad arraigadas, por lo que el derecho debe reconocerlas.

De manera que, debemos tener en cuenta que los derechos humanos forman parte de múltiples perspectivas, en ocasiones muy conflictivas puesto que se han universalizado como valores reinterpretados, contextualizados, adaptados y renegociados de distinta forma en cada rincón del planeta. Y es debido a estas distinciones que los relativistas juzgan que los derechos humanos materializan en sí mismos prejuicios y que son una construcción etnocéntrica con aplicabilidad limitada.

Como para ellos existe una extensa pluralidad de sistemas morales y de justicia, los derechos humanos entran en conflicto con los diversos sistemas culturales, por lo tanto entienden que es indudable que para que una teoría sobre los derechos humanos sea viable debe tener en cuenta esa diversidad.

Contrariamente, los universalistas de los derechos humanos, sostienen que estos derechos son inherentes a todos los individuos más allá de la cultura, la raza, el sexo, el género, la religión, etc., pues se encuentran fundados en la naturaleza humana, la que les brinda el carácter de universales e inalienables; de aquí que se diga que la DUDH sienta sus bases en el derecho natural.

Los defensores de los derechos humanos plantean que pese al origen occidental de éstos, la noción es universalmente aplicable y que es posible llegar a un consenso mediante el diálogo intercultural. Opuestamente, sus adversarios creen que la gran multiplicidad de sistemas morales existentes imposibilita todo tipo de acuerdo con aplicabilidad universal.

Podemos decir que el conflicto se desprende debido a que alguno de los derechos de la Declaración no compatibilizan con la diversidad de sistemas de valores del mundo, por lo cual ésta se presenta como la imposición de un sistema de valores extranjeros a las tradiciones no occidentales.

Así, por ejemplo, “(...) durante las deliberaciones vinculadas con la adopción de la Declaración Universal Arabia Saudí hizo el reclamo aislado de que la libertad de matrimonio y el cambio de religión eran ideas occidentales, inapropiadas para una aplicación universal.”⁸⁶

⁸⁶ BROWN, Michael F. op. cit., pág. 33.

Desde la visión del universalismo, aquellos países que controlan sus políticas de desarrollo y encubren un poder que aprueba las violaciones sistemáticas a los derechos individuales, se valen de estas objeciones. O sea, buscan justificar con motivaciones culturales actos contrarios a los estándares universales que imponen los derechos humanos.

De esta manera, bajo el manto de diversidad cultural podemos analizar la problemática del poder que se esconde. Parte de la virulencia de Occidente en la defensa de las libertades fundamentales marcando la relación inseparable entre derechos humanos y globalización económica contribuye a constituir a los ciudadanos poseedores de las características que los hacen aptos para una economía de mercado, y así, bajo el concepto de civilización universal justificar la dominación cultural (y económica) de otras sociedades.⁸⁷

En consecuencia, lo que los occidentales y defensores de los derechos humanos aprueban como una saludable integración mundial, los relativistas condenan como un despreciable imperialismo occidental, ya que aceptar la postura universalista (...) implicaría la negación de la autonomía y la autodeterminación nacional y subnacional y, por ello sería proclive al imperialismo.⁸⁸

Tal es el caso del relativismo cultural africano por ejemplo, que rechaza el concepto de derechos humanos por catalogarlo como un producto contemporáneo originado en la modernidad y por tanto ajeno a las sociedades tradicionales de África y del resto del mundo.

No obstante, no debemos dejar pasar que en los hechos esto configura una cantidad inexplicable de seres humanos que ven interrumpida la cotidianidad de sus vidas presos de los juegos del poder, y que como hemos mencionado con anterioridad, de la misma forma que el universalismo de los derechos humanos es utilizado para justificar el sometimiento cultural y/o económico, el relativismo cultural puede ser empleado como un instrumento legitimador de conductas llevadas a cabo para preservar el dominio estatal.

Aunque en otro sentido, apreciamos aquí la semejanza del relativismo cultural con el derecho positivo y las críticas que éste acarrea. Como hemos afirmado anteriormente

⁸⁷ BOCO, Rita, BULANIKIAN, Gisela. Derechos Humanos: universalismo vs relativismo cultural, *Alteridades* 2010, vol.20, n.40, pág.9-22, (consulta: 10/12/2020), Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S018870172010000200002&lng=es&nrm=iso

⁸⁸ BLACKBURN, Roger Lloret. op. cit. pág.188.-

al hablar del derecho positivo, tanto para sus seguidores como para los relativistas no existen las verdades absolutas, existe un único derecho que es el derecho legal, que excluye de su ámbito los juicios de valor. En igual sintonía, para los relativistas la única fuente que otorga validez al derecho es la cultura, entendiendo que tanto las creencias como las actividades de los individuos sólo pueden ser interpretadas en sus propios términos. Es por ello, que ambas teorías son juzgadas por su incapacidad para proteger la dignidad ante las arbitrariedades del poder.

Otra gran controversia entre el relativismo y el universalismo es la referente a la intervención humanitaria de las Naciones Unidas, pues los relativistas la consideran absolutamente ilegal, ya que creen que es una imposición de los países europeos que les permite fortalecer su posición y poder, y no un recurso que ayude realmente a las personas necesitadas.

Por otra parte, observando las definiciones analizadas en el capítulo precedente sobre qué son los derechos humanos, podemos advertir la variedad de fundamentos sobre éstos y sus justificaciones; pues bien, es esa incapacidad de los filósofos para llegar a un acuerdo lo que fundamenta la crítica de los relativistas, que proponen a los derechos humanos como históricamente contingentes, socialmente contruidos, y consecuentemente relativos.

El relativismo cultural ataca a las bases morales y doctrinarias mismas de la teoría de los derechos humanos. Éstos aseguran que la formulación de los derechos humanos refleja una filosofía individualista, en contraste con las tradiciones comunitarias presuntamente prevalecientes en culturas no occidentales. Para ellos, la cultura es una construcción del hombre, y no algo que se les pueda imponer. Critican la idea de concebir a un individuo desprovisto de todas sus características concretas, desligado de sus pertenencias culturales y naturales.

Justamente una de las críticas a la universalidad de los derechos humanos es que no alcanza con una universalidad puramente jurídica para que los individuos puedan gozar de sus derechos, ya que éstos deben ejercer esos derechos en sus comunidades y deben seguir viviendo en ellas, por lo que un cambio jurídico, aun siendo un paso importante, no conduce a un cambio cultural; por lo tanto las personas no tienen la posibilidad de poner en práctica esos derechos en el interactuar con su grupo, pues serán discriminados.

Sabemos que frente al gran síntoma de nuestra época que es la globalización o tendencia a la uniformidad totalizante, se genera la preocupación por preservar las diferentes culturas y formas de vida que hoy existen, empero, en su afán por defender la diversidad cultural los relativistas olvidan que también podemos hallar la diversidad dentro de las mismas culturas, y que cada individuo con sus propias particularidades, puede compartir sus aspiraciones y necesidades. En este sentido, las normas que surgen del concepto de dignidad intrínseca del hombre con la puesta en escena de la DUDH, buscan la preservación de la integridad moral y física de todos los individuos y no la anulación de la diversidad cultural.

Por ello, los universalistas distinguen un grupo de normas mínimas que no pueden ser suprimidas en ninguna circunstancia ni lugar, que constituyen un verdadero núcleo de derechos humanos absolutos e inderogables y que adquieren desde un punto de vista jurídico el valor de *ius cogens*. Estas son: el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a la no discriminación racial, entre otras.

Indudablemente, para los universalistas (...) estas normas son la representación de atributos inalienables de la persona humana fundada en valores que se encuentran presentes en prácticamente todas las culturas y sistemas sociales. Por lo tanto, una cultura no se encuentra en riesgo de desaparición si la tortura y los castigos crueles son eliminados, si los prisioneros políticos son liberados, o si se promueve la desaparición de discriminaciones en función de la raza.⁸⁹ Definitivamente estas no son características esenciales de su identidad. El objetivo principal de estas normas es la protección de los gobernados frente a las conductas de los gobernantes, de modo que es el amparo y la preservación de estas prácticas lo que a criterio de los universalistas pone en riesgo la continuidad y desarrollo de las culturas.

A todas luces, de lo que hemos desarrollado hasta aquí, podemos darnos cuenta de las tensiones latentes entre estas dos teorías, como la que hace referencia a la existencia de una naturaleza humana; la del rol que cumple la moral y las costumbres culturales dentro de la sociedad y del desarrollo de los derechos humanos; el tema de la individualidad versus la comunidad; la referente a la afirmación de que los derechos

⁸⁹ SALMÓN GARATE, Elizabeth. América Latina y la universalidad de los derechos humanos, 1999, (consulta: 20/12/2020), Disponible en: <file:///C:/Users/alecs/OneDrive/Documentos/Dialnet-AmericaLatinaYLaUniversalidadDeLosDerechosHumanos-%20garate.pdf>

humanos son utilizados como un instrumento de poder o como una forma de imposición de una cultura hacia otra.

Un claro ejemplo de la tensión existente entre los partidarios de cada una de estas doctrinas lo encontramos al tomar alguno de los tratados sobre derechos humanos, ya que si bien los estados los ratifican, generalmente hacen reservaciones a los mismos por considerar que algunas definiciones difieren con sus prácticas culturales, por lo que la idea de universal ya no sería válida para todos.

Otra pauta de esa tirantez la podemos ver al analizar el Examen Periódico Universal (EPU) de alguno de los países partidarios del relativismo cultural. Tomemos el caso de Pakistán, quien en su Informe Nacional declara:

La firme adhesión del Pakistán a los derechos humanos emana, en primer lugar, de su Constitución y del deber para con su pueblo. Estamos decididos a velar por que todo ciudadano pakistaní viva en condiciones de igualdad, dignidad y libertad. Las palabras del padre fundador, Quaid-e-Azam Muhammad Ali Jinnah, “Somos ciudadanos de un Estado en pie de igualdad”, son el principio rector de nuestras políticas. En consecuencia, el Gobierno asigna gran prioridad al fomento de los objetivos en materia de desarrollo, derechos humanos y democracia, que se refuerzan mutuamente, y mantiene un compromiso político firme e inequívoco en ese sentido.⁹⁰

Mientras que por otro lado, la recopilación de la ONU del EPU de Pakistán afirma que el Comité de los Derechos del niño sigue profundamente preocupado por la grave discriminación que sufren las niñas y la persistencia de la disparidad de género en las tasas de mortalidad infantil y las tasas de matriculación escolar, la persistencia de los matrimonios precoces y la entrega de niñas para liquidar deudas, así como la violencia doméstica contra ellas. Además, el Comité contra la Tortura expresó su preocupación por las informaciones sobre el elevado nivel de violencia que sufren las mujeres, como asesinatos, violaciones, delitos de lesiones con ácido, secuestros, violencia doméstica y asesinatos por honor, así como también por la bajísima tasa de condenas por esos delitos, y por las referencias de que en los sistemas de justicia paralelos se condenan a las mujeres a castigos violentos o incluso a muerte por lapidación, mientras que a otros autores de delitos graves se les imponen penas más leves.⁹¹

⁹⁰ NACIONES UNIDAS. Informe Nacional de Pakistán; A/HRC/WG.6/28/PAK/1 (04/09/2017)

⁹¹ NACIONES UNIDAS. Recopilación sobre Pakistán; A/HRC/WG.6/28/PAK/2 (04/09/2017)

De una forma parecida, los interlocutores señalan que el apoyo para eliminar la desigualdad de género sigue siendo baja, y que las mujeres pertenecientes a las minorías son doblemente discriminadas, encontrándose en una situación de vulnerabilidad mayor frente al secuestro y a la conversión forzada. Afirman que el acceso a la justicia sigue siendo complicado para las mujeres, y que más allá de que en el examen periódico universal anterior Pakistán recibió recomendaciones de otros Estados a fin de impedir los matrimonios forzados y con menores, éstas no fueron aplicadas. También denuncian que en 2013 se aprobó la Ley de limitación del matrimonio precoz de Sindh, que eleva la edad mínima para contraer matrimonio hasta los 18 años, sin embargo los tribunales no aplican dicha ley.⁹²

Claramente apreciamos que si bien la República islámica de Pakistán en apariencia demuestra ser partidaria de velar por la aplicación de los derechos humanos, en los hechos expone una práctica sistemática manifiesta en detrimento de la igualdad jurídica entre géneros y con una tolerancia hacia tradiciones que son completamente opuestas a los estándares de los derechos humanos.

Desde la misma perspectiva, exponemos algo del EPU de China, que en su informe Nacional declara:

En el mundo no existe una vía universal para el desarrollo de los derechos humanos. Al tratarse de un elemento importante del desarrollo económico y social de cada país, la causa de los derechos humanos debe promoverse atendiendo a las condiciones nacionales y las necesidades de la población del país, y no puede definirse en función de una autoridad única. (...) China concede gran importancia a la promoción y la protección de los derechos humanos y ejerce de defensora, practicante y promotora de esta causa, sin apartarse de la senda del desarrollo de los derechos humanos con características chinas. La senda de China hacia el desarrollo de los derechos humanos está arraigada en una tradición cultural con más de 5.000 años de antigüedad (cuyo) elemento central es el pueblo. Asimismo, se opone a la politización de los derechos humanos y a los “dobles raseros”, y defiende la equidad y la justicia internacionales. Aboga por el diálogo y la cooperación internacionales en materia de derechos humanos sobre la base de la igualdad y el respeto mutuo; concede cada vez más importancia a los derechos económicos, sociales y culturales y al derecho al desarrollo, que centran el interés

⁹² NACIONES UNIDAS. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre el Pakistán; A/HRC/WG.6/28/PAK/3 (23/08/2017)

de los países en desarrollo, y promueve el desarrollo integral de los derechos humanos de todo tipo.⁹³

En contraposición, la recopilación de la ONU y el Informe de los Interlocutores expresan su preocupación por las prácticas de tortura, las penas de muerte, las condiciones de detención, la falta de libertad religiosa, la censura y las desigualdades; así como la discriminación hacia las minorías, los refugiados y los inmigrantes.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer por ejemplo manifiesta su inquietud por la persistencia de estereotipos muy arraigados respecto del papel y las responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad, los cuales se reflejan en la tradición de la preferencia por el hijo varón, dando lugar al aborto en función del sexo del feto y otras prácticas ilegales, como el aborto forzado, la esterilización y el infanticidio de niñas.⁹⁴

En la misma línea, el Comité contra la Tortura denuncia en su informe la existencia de clínicas, tanto privadas como públicas, que ofrecen una denominada terapia de conversión para cambiar la orientación sexual de las personas lesbianas y gays, y de que entre sus prácticas figuran la administración de descargas eléctricas y, en ocasiones, el internamiento involuntario en centros psiquiátricos y de otro tipo.⁹⁵

En el caso de los interlocutores una de las organizaciones sobre derechos humanos expresó su preocupación ante el hecho de que, desde 2013, el Gobierno había intensificado la represión sistemática de la libertad de expresión, de reunión y asociación pacíficas, aprovechando leyes y reglamentos para restringir esos derechos e intensificar la persecución penal de quienes los ejercieran, encarcelando a escritores, periodistas y blogueros.⁹⁶

No nos quedan dudas que China es uno de los países más arraigados al relativismo cultural, podemos observar su reticencia a la implementación de los derechos humanos, alegando que es una interferencia en sus asuntos internos que socava su integridad territorial, y si bien ha ratificado varios tratados referentes a los derechos humanos, no es partícipe de todos ellos. Generalmente hace sus reservaciones aludiendo a la soberanía popular adaptando los derechos humanos a su situación nacional.

⁹³ NACIONES UNIDAS. Informe Nacional de China; A/HRC/WG.6/31/CHN/1; (20/08/2018).-

⁹⁴ NACIONES UNIDAS. Recopilación sobre China; A/HRC/WG.6/31/CHN/2; (27/08/2018).-

⁹⁵ Idem

⁹⁶ NACIONES UNIDAS. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre China; A/HRC/WG.6/31/CHN/3; (03/09/2018)

Dentro de estas posiciones, pero no tan lejos en el mapa, sino aquí mismo, en Latinoamérica podemos mencionar a Venezuela, para comprobar que el problema no es sólo entre culturas occidentales y no occidentales, sino que comprende también otros contextos.

En tal sentido en el informe Nacional realizado en 2016 Venezuela afirma que: (...) cuenta con un pueblo y un Estado comprometido con los valores y los principios supremos de la dignidad y la justicia social, y que (...) avanza en la implementación de los derechos humanos para el buen vivir, trabajando de manera participativa con todos los movimientos, organizaciones sociales y la sociedad civil en general, ratificando que el Estado siempre está abierto y dispuesto al diálogo y a las críticas en materia de DDHH, pero siempre bajo la cooperación no condicionada y constructiva, y en el marco del respeto a la soberanía y autodeterminación de los pueblos.⁹⁷

No obstante, la recopilación de la ONU y los informes de los interlocutores dan cuenta de que Venezuela ha (...) decidido no acatar resoluciones, opiniones o medidas adoptadas por distintos organismos internacionales y regionales de derechos humanos⁹⁸, a la vez que formulan su preocupación por la discriminación, por las detenciones arbitrarias, las torturas y los malos tratos a personas detenidas, por las muertes violentas, por la falta de autonomía, independencia e imparcialidad del poder judicial, por la falta de acceso a la justicia, por el deterioro de la libertad de prensa, etc. El Comité contra la Tortura por ejemplo, “se mostró preocupado por las agresiones, las amenazas, las intimidaciones y los hostigamientos contra periodistas, recomendando que se investiguen todas las alegaciones relativas a actos de intimidación, amenazas y ataques y que los autores sean llevados ante la justicia.”⁹⁹

Ante esta realidad, Venezuela posee infinidad de denuncias de violaciones contra los derechos humanos, en particular de las organizaciones de derechos humanos internacionales, sin ir más lejos, en julio del pasado año “(...) la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, criticó la situación en el país al presentar un informe en el que denunciaba "detenciones arbitrarias, violaciones a las

⁹⁷ NACIONES UNIDAS. Informe Nacional de Venezuela; A/HRC/WG.6/26/VEN/1; (22/08/2016).-

⁹⁸ NACIONES UNIDAS. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre Venezuela; A/HRC/WG.6/26/VEN/3; (23/08/2016)

⁹⁹ NACIONES UNIDAS. Recopilación sobre Venezuela; A/HRC/WG.6/26/VEN/2; (25/08/2020).-

garantías al debido proceso" y casos de "tortura y desapariciones forzadas."¹⁰⁰ Sin embargo, las organizaciones oficiales nacionales defienden los esfuerzos del régimen en relación a los derechos humanos, exigiendo respeto a la autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela.-

En definitiva, como resultado de la presente investigación y de los ejemplos expuestos entendemos que la forma más radical de relativismo cultural es la que se fundamenta en el discurso revolucionario, perteneciendo a este grupo la República de China y Venezuela, que tienen regímenes de origen revolucionario de corte comunista, y cuyo principal punto de roce con las normas internacionales de derechos humanos la hallamos en las reticencias que poseen respecto a la libertad política e individual, y particularmente el rechazo a las injerencias en sus asuntos internos.

En lo que respecta a Pakistán podemos decir que se encuentra en una zona de argumentación intermedia junto con el grupo de países relativistas que se basan en la reivindicación multicultural, que conforma un relativismo cultural moderado cuyo principal punto de roce con los estándares universales de los derechos humanos reside en la incidencia de ciertas prácticas tradicionales y religiosas en la derivada aplicación de las libertades, así como en la conjugación de la autodeterminación colectiva con la autodeterminación individual, además de la autodeterminación de ciertos colectivos, minorías o comunidades indígenas. En este caso, al ser Pakistán un país con fundamento islámico, distinguimos un particular impacto entre los derechos humanos y la aplicación de la ley de la sharía.¹⁰¹

Del mismo modo, lo aportado nos revela que en los países partidarios del relativismo cultural se desarrollan prácticas que van desde la tortura y las ejecuciones, hasta la limitación de la libertad de expresión, pasando por la prohibición de fórmulas políticas disidentes, la discriminación estructural de género, la represión de la libertad sexual, implicando todo ello una autodeterminación colectiva que limita o impide la autodeterminación individual. Por lo cual estas prácticas implican para los universalistas un quebrantamiento de los derechos humanos individuales más elementales, que además generalmente son sistemáticas y tratadas por el estado en cuestión con unas respuestas pasivas y ambiguas.

¹⁰⁰ Agencia AFP (2020). Tortura y ejecuciones: en un demoledor informe, la ONU vincula a Maduro con "crímenes de lesa humanidad"; La Nación; Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/la-onu-vincula-maduro-al-gobierno-venezolano-nid2451904>

¹⁰¹ BLACKBURN, Roger Lloret. op. cit. pág.213.-

En relación con este tema, en nuestro país, el relativismo cultural se encuentra arraigado en la defensa de los pueblos originarios y sus culturas ancestrales.-

Si bien Argentina ha suscripto y reconocido tratados internacionales que involucran los derechos humanos, éstos no suponen un consenso en su conceptualización, en la obligatoriedad de su cumplimiento ni en sus mecanismos de garantía. Sin mencionar que la cosa se dificulta aún más cuando surgen discrepancias entre sus defensores.

No podemos ignorar que cuando las víctimas son los pueblos originarios, solemos posicionarnos en una disyuntiva en cuanto a la aplicación de los principios sobre los que se apoya la doctrina universal de los derechos humanos frente a las particulares características culturales y de identidad de los pueblos originarios.-

Un claro ejemplo de esto, lo hallamos reflejado al analizar los hechos acaecidos en el caso de Julián Acuña y el de Estela Tejerina, dos menores pertenecientes a diferentes comunidades aborígenes de la Argentina, para quienes la justicia adoptó el criterio relativista en uno de ellos, y el criterio universalista en el otro.-

- Hecho 1: Julián Acuña era un niño de 3 años de la comunidad Mbya Guaraní de Pindó Poty, ubicada en la provincia de Misiones. En el año 2005 una asistente social al notar que el niño no tenía signos de buena salud lo traslada junto a sus padres al hospital de El Soberbio. Tras dos días de internación volvieron a su comunidad “(...) convencidos de que la medicina de guardapolvo no funcionaba en este caso”¹⁰². Al rechazar el tratamiento, desde el centro sanitario informan a la justicia, por lo que toma intervención la jueza Julia Alegre, quién envió un patrullero a buscarlos y llevarlos al hospital. Inicialmente estuvo internado en el hospital Posadas, pero luego de un mes fue trasladado al hospital Gutiérrez de Buenos Aires bajo el diagnóstico de cardiopatía congénita. Allí, mediante una biopsia le detectaron un tumor en el corazón, pero para saber si era benigno o maligno debían someterlo a una operación de alto riesgo. Los padres se oponían a ésta, ya que el sacerdote de la comunidad había soñado que el niño tenía una piedra en el corazón y que si los hombres blancos se lo abrían para sacarla Julián iba a morir. Tanto ellos como la comunidad rechazaban el tratamiento y querían volver a su tierra dónde las energías espirituales favorecerían al niño. Sin embargo, el equipo médico del Gutiérrez estimó que si Julián regresaba a Pindó Poty sin operarse moriría. De esta manera comienza el dilema entre la medicina y la justicia, de un lado la vida del niño y del otro el respeto hacia las costumbres de una comunidad ancestral.-

¹⁰² OCHOA, Sebastián (2005). Un dilema para la medicina blanca. Página 12. Recuperado de : <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-54954-2005-08-12.html>

Finalmente, Julián es intervenido quirúrgicamente el 15 de septiembre de 2005, mediando una orden de la Jueza Alegria quien determina que teniendo en cuenta los antecedentes de la causa “(...) se deberá respetar la voluntad de los progenitores del menor Julián Acuña siempre y cuando esta voluntad no ponga en juego la vida del menor pudiendo en este supuesto los médicos proceder a hacer todas las diligencias necesarias a fin de salvaguardar la vida del menor.”¹⁰³

Los familiares del niño aceptaron pero en disconformidad con la situación, ya que no conciben la cuestión legal. Atribuyen la medida a una imposición arbitraria más del hombre blanco.

Es dable hacer notar, que no se respetaron las tradiciones ni la identidad cultural de Julián y su familia, y que el resultado de esta tensión analizada no tendría que haber sido la preferencia de un derecho sobre otro, sino su coherente convivencia.

- Hecho 2: Estela Tejerina es una mujer perteneciente a la comunidad aborígen wichi que a la edad de 11 años quedó embarazada producto de las reiteradas violaciones sufridas por parte del marido de su madre, José Fabián Ruiz, miembro de la misma comunidad. La madre de la menor había asistido a realizar la denuncia acompañada por la directora de la escuela a la que concurría la niña. Al ser llamada ratificar sus dichos en sede judicial, modificó su declaración y afirmó que había sido obligada por la directora del colegio, pero que ella no estaba enojada con Ruiz. El acusado en su defensa excusó que el acto deriva de una costumbre ancestral según la cual el hombre wichi que convive con una mujer de la misma etnia puede también tener relaciones con la hija de ésta, siempre y cuando no sea su propia hija.

El Juzgado de Instrucción Formal Segunda Nominación del Distrito Judicial del Norte consideró que José Fabián Ruiz era culpable, condenándolo a prisión por el delito de abuso sexual agravado, y luego de varios recursos denegados el caso llegó a la Corte Suprema de Salta, quien contradijo las resoluciones anteriores declarando su nulidad y la de todos los actos que de ellos dependen, entendiendo que al procesarlo no se había ponderado correctamente el respeto a la identidad indígena, y justificando su decisión alegando que las pautas culturales de la comunidad wichi conforman “(...) un modo de vida conocido como “matrimonio privignático” y que el acusado no tuvo conciencia del incumplimiento de norma jurídica alguna durante su trato íntimo con

¹⁰³ La justicia falló a favor de que los médicos operen a Julián. (15/09/2005). Recuperado de: <https://misionesonline.net/2005/09/15/la-justicia-fallo-a-favor-de-que-los-medicos-operen-a-julian/>

Estela Tejerina, por lo que, a todo evento, resultaría penalmente inimputable del delito que se le atribuye.”¹⁰⁴

Contrariamente al caso del niño Mbya guaraní, podemos distinguir que aquí, los magistrados intervinientes optaron por la preeminencia de los derechos culturales de la comunidad wichi representados en una supuesta costumbre ancestral, por sobre el interés superior del niño, dejando absolutamente a un lado la observancia de los pertinentes instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Ya hemos dicho que para los relativistas todos los sistemas culturales son intrínsecamente iguales en valor, que los rasgos característicos de cada uno deben ser evaluados y explicados dentro del sistema en el que aparecen, y que son tan dignos de respeto como los demás; pero sin dudas, el respeto por las tradiciones y las costumbres debe mantenerse siempre y cuando se garantice el respeto a los derechos básicos de todos los seres humanos.

Es evidente la influencia relativista utilizada por los jueces en la resolución de este caso, y que su interés se vio reflejado en proteger la autonomía de los modos de vida de la comunidad wichi y su sistema de valores. Sin embargo, nos resulta inadmisibles que una práctica consuetudinaria, bajo el pretexto de ser aceptada por la comunidad indígena toda, vulnere de tal forma la dignidad humana lesionando derechos inherentes a la vida y a la integridad personal. En situaciones como estas, la costumbre, como derecho, debe ser dejada de lado, sin que ello derive en el desconocimiento de los derechos de los pueblos originarios.

Como podemos ver, el debate entre el universalismo de los derechos humanos y el relativismo cultural ha estado presente por décadas, y se ha ido incrementando en el discurso público del derecho internacional y de los derechos humanos provocando que las teorías enfrentadas de cada una de ellas sobre las ideas de lo que moralmente esta bien o mal, la libre autodeterminación de culturas, el uso de mecanismos de castigos, entre otras, desemboque en una problemática puertas adentro del ordenamiento del sistema internacional, en cuanto consiente una disputa entre visiones culturales que manejan los

¹⁰⁴ “C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN – RECURSO DE CASACIÓN”, Expte. N° CJS 28.526/06; Corte Suprema de Salta; 29 de septiembre de 2006; pág. 8/9.-

Estados y las comunidades culturales, llevando así a que se materialicen problemas jurídico internacionales en la aplicación y efectividad del derecho.

3.1.- Universalismo y Relativismo ¿son antagónicos?

Algunos autores consideran que la discusión entre Universalismo y Relativismo es un falso debate, ya que lo que se considera como universal es una doctrina particular que en realidad nunca podría serlo por completo. Aseguran que lo que en realidad tenemos, son dos formas de construcción política de los derechos humanos, una desde la cultura occidental sobre la separación entre moral y derecho, y otra desde el diálogo transcultural, que plantea la posibilidad de un consenso que respete la diversidad.¹⁰⁵

En otro plano de ideas, pero con el mismo sentido, encontramos que las posturas intermedias de ambas corrientes reconocen algunos puntos de encuentro, contemplando la posibilidad de que los derechos humanos y el relativismo cultural puedan coexistir de forma armoniosa y desmitificando la falsa dicotomía.

De modo que analizando en profundidad el tema llegamos a la conclusión de que los derechos humanos y el relativismo cultural comparten algunas características, toda vez que ambos conceptos aseveran que existen ciertos atributos del ser humano que son inviolables y que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder. Efectivamente, la dignidad de las personas constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento. De esta manera, la dignidad intrínseca de las personas se puede garantizar a través de los derechos humanos sin desconocer la diversidad cultural, ya que las sociedades tradicionales también tienen sus propios mecanismos de protección de la dignidad.

En consecuencia, no podemos señalar que los principios de los derechos humanos y del relativismo cultural se excluyen mutuamente, en todo caso, desde esta posición tranquilamente pueden coexistir dentro de un régimen de derechos humanos que tenga como eje central al individuo y la protección de sus derechos.

En definitiva, lo que estas posturas intermedias expresan es que por muy dividido que se encuentre el mundo en diferentes pueblos, colonias, comunidades, etc., siempre habrá alguna unidad, no simplemente específica sino tal vez también política y/o moral.

¹⁰⁵ CORONA DE LA PEÑA, Claudia Liza. Universalismo y Relativismo en los Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23645.pdf> .-

Por último, sin desconocer las diferencias asociadas a los diversos grupos humanos “(...) cabe resaltar que dichas diferencias, reales e innegables, enriquecen y hacen compleja la concepción universal de los derechos humanos. En efecto, no necesariamente constituyen expresiones de negación, sino por el contrario, aportes esenciales para que los derechos humanos puedan ser realmente universales y para que sean sentidos, comprendidos y respetados, no como la imposición de una idea ligada a una civilización particular, en un determinado momento de la historia, sino como una aspiración universal.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ PARRA VERA, Oscar, ARANZAZÚ HERMIDA, María, MARTÍN, Agustín Enrique. Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Sistema Universal y Sistema Interamericano; San José; ed. Editorama S.A.; 2008; pág.23.-

CAPÍTULO SEXTO - REFLEXIÓN FINAL

La humanidad se ha caracterizado desde sus orígenes por percibirse de forma profundamente antropocéntrica. Los estudios de Copérnico y otros astrónomos, Darwin y los múltiples conocimientos que se han ido incorporando, le han causado las que Freud denomina heridas narcisistas, llevándola a enfrentarse a realidades que antes no concebía y que han hecho al hombre tomar conciencia de su finitud. Hoy mayoritariamente sabemos que no somos el centro del universo, hemos evolucionado de otras especies, y tal vez hay algo en nuestra mente que determina nuestras acciones y de lo que no somos absolutamente controlantes.

Aun así, el ser humano sigue manteniendo un fuerte rasgo que se balancea entre lo antropocéntrico y egocéntrico. Con frecuencia utilizamos expresiones grandilocuentes (como universal) y en forma casi permanente descartamos, denostamos o impugnamos ideas, creencias, convicciones, principios y hasta culturas por resultar discrepantes con la nuestra.

Aún con las mejores intenciones y la mayor apertura intelectual llega un punto donde nuestro fundamento se centra únicamente en la idea de que el eje de lo correcto es el que nosotros utilizamos.

Valga como ejemplo la religión: no importa de cual religión se trate, la mayor o menor apertura y comprensión que se intente, la flexibilidad o voluntad de inclusión que haya, al final y en el mejor de los casos todo se reduce a que el único dios que existe es el mío.

En lo que al derecho se refiere este contexto se plasma al intentar fundar los principios en un hecho natural, universal, absoluto, puro e inmutable.

Y es que el derecho natural es inasible, pues si su contenido es puro y absoluto no puede ser comprendido o conocido por la mente finita del ser humano. Se reproduce aquí la problemática de la que dábamos cuenta al analizar el objetivismo, y en especial la referida a la forma de captación o percepción. Podríamos, si se quiere hacer una analogía con lo que planteaba Platón respecto del mundo de lo inteligible y de lo sensible, y concluiríamos con que el derecho natural se ubicaría en el mundo de las ideas y nosotros sólo podríamos percibir las representaciones de ese derecho natural a las que tenemos acceso.

Tal circunstancia explicaría que, siendo el derecho natural, por definición, de naturaleza inmutable, su contenido haya variado a lo largo del tiempo en la forma en que lo ha hecho.

En este camino, no hay método cartesiano, tomista o kantiano que permita demostrar la existencia del derecho natural, menos aún su contenido. Probablemente, lo que llamamos derecho natural coincida más con lo que algunos autores como Cossio denominan valoraciones sociales vigentes.

En última instancia y en busca de sinceridad intelectual deberemos reconocer que ese que llamamos derecho natural sería en todo caso un supra derecho positivo establecido por un grupo cultural (occidental, religioso, étnico, político, etc.), en desmedro de valoraciones minoritarias.

Esta afirmación no pretende ser un juicio de valor o necesariamente una crítica sino simplemente el reconocimiento de límites intelectuales y fácticos que determinan la imposibilidad de acceder al universalismo que pretenden quienes detentan esta idea.

Dicho esto, y no obstante la imposibilidad apuntada nos encontramos ante la necesidad de reconocer que es preciso apuntar a una universalidad, pero teniendo en cuenta la diversidad de culturas, en la inteligencia de que todo grupo como unidad, sociedad, etc., tiene aportes positivos que hacer y algo que enseñar a todas las demás. Es este el sentido de la diversidad y de la riqueza de experiencias que de ella se deriva. El modo de construir la universalidad es fomentando la comunicación y el diálogo entre las culturas y no a través de la imposición.-

Resulta claro que habitamos en una sociedad multicultural, rodeados de un mosaico de culturas y tradiciones que reacciona de forma diferente al debate sobre los derechos humanos, y donde se entremezclan puntos de vista y orientaciones filosóficas muy distintas; no obstante ello, creemos en la necesidad de alcanzar determinadas cuotas de consenso y de mínimos éticos para poder asentar la convivencia y la buena salud de la sociedad democrática contemporánea.

En este punto, nuestro análisis parecería dar razón a los defensores del relativismo cultural. Sin embargo la misma imposibilidad que apareció como obstáculo respecto del universalismo aparecerá ahora como impedimento para plasmar en una conjunción las diferentes valoraciones culturales.

Y es que de lo planteado en el presente trabajo podemos inferir que la cultura tiene tanto una dimensión objetiva como subjetiva. La primera se refiere al contenido, a la

herencia, lo atávico, en tanto que lo subjetivo es la valoración que se hace de ese contenido material. Asimismo, tiene un enfoque individual y otro colectivo, la cultura es desarrollada y moldeada por comunidades con las cuales los individuos se identifican, construyendo así su identidad cultural, dotándolos de una cierta sensación de pertenencia, por lo tanto se relaciona indiscutiblemente con la dignidad humana, valor intrínseco por excelencia del ser humano.

Es justamente ese plano subjetivo el que plantea la mayor barrera para el relativismo cultural. La valoración positiva o negativa que se haga de una particular pauta cultural determinará la aceptación o rechazo por parte de quienes intentan integrar un sistema universal.

Hemos visto que existen en el mundo prácticas culturalmente aceptadas por distintas comunidades, que son defendidas por los partidarios del relativismo cultural, quienes exigen respeto, tolerancia y reconocimiento de la pluralidad de culturas y de formas de vida.

La pretensión de aceptación de la total pluralidad cultural implicaría reconocer la validez de derechos y pautas completamente opuestos.

Entendemos que esto es imposible. No obstante y como dijéramos, estimamos que la necesidad de reconocimiento de ciertos derechos esenciales para todos los seres humanos se imponen.

En este contexto, y abandonando el purismo con el que hemos intentado hacer el análisis de las diferentes culturas y corrientes, y reconociendo que como pertenecientes al género humano tenemos nuestras propias valoraciones subyacentes, pensamos que, por ejemplo, resultan inaceptables ciertas prácticas arraigadas en algunas culturas (matrimonios de niñas de 12 años comercial o políticamente acordados, lapidaciones por adulterio, etc.). Claramente tolerancia y respeto a la diversidad no supone tolerancia a la crueldad, impunidad en el abuso de poder y menos aún contra la dignidad humana.

Creemos que la oposición de los relativistas al imperialismo moral se justifica en algunos casos; pero en otros no hace más que perpetuar injusticias y despropósitos disfrazados de convenciones.

No debemos pasar por alto que las culturas como tales son dinámicas, que se encuentran expuestas a procesos de cambio y de mutua influencia, más aún en la era del internet y los medios de comunicación. No obstante, reconocerlo no conlleva a aceptar pasivamente como deseables, justas o morales todas las influencias que ciertas culturas

pueden ejercer sobre otras, ni resignarse ante los verdaderos casos de imperialismo cultural. Indefectiblemente esto debe ser rechazado, pues configura formas de dominación y uso arbitrario del poder entre estados.

En resumidas cuentas, la diversidad cultural y sus desafíos nos posicionan en un escenario de un inmenso collage, en el cual las culturas contactan entre sí, se confrontan, friccionan, se tensionan, quedando expuestas como causal de los conflictos sociales o como su justificación, acusándose mutuamente de tiranos o imperialistas. Por lo tanto es más que evidente que ni el relativismo cultural ni el universalismo de los derechos humanos escapan a manipulaciones políticas; y lamentablemente en el universo de la política y el poder no existe buenos y malos, sino intereses en disputa y seres humanos que sufren sus consecuencias.-

En todo caso, entendemos que “el relativismo cultural en los derechos humanos es útil y deseable pero con límites. Usar los argumentos del relativismo cultural extremo puede llegar a legitimar tiranías y sostener gobiernos de facto sobre la idea de respetar las diferencias culturales. El respeto por lo diferente es esencial. Tener en cuenta la validez de diversos patrones de conducta y de vida no debe llevar a aceptar la opresión y supresión de valores básicos como la vida.”¹⁰⁷ Lo indeseable son las consecuencias de ese relativismo extremo que desencadena en criterios moralmente insostenibles, argumentativamente indefendibles y políticamente incongruentes.

Sencillamente debemos optar por un relativismo moderado que evite el nihilismo en referencia a la moralidad, toda vez que el multiculturalismo y la diversidad cultural son realidades dignas de respeto, y hacen parte de nuestra situación contemporánea y de nuestro mundo globalizado. Es sin dudas una herramienta esencial para el mejor entendimiento entre los pueblos y para sustentar la diversidad y la riqueza de los aportes que todas las culturas hacen a una experiencia humana en común.

Tenemos que aprender a ejercitar la tolerancia y la comprensión, que no significa estar de acuerdo o consentir, sino penetrar en el sentido de las acciones humanas y las prácticas sociales desde los contextos particulares.

Nunca debemos olvidar que somos nosotros los seres humanos los artífices y portadores de la cultura, y no prisioneros de ella, por lo que resulta imprescindible

¹⁰⁷ SALMÓN GARATE, Elizabeth. América Latina y la universalidad de los derechos humanos, 1999, (consulta: 20/12/2020), Disponible en: <file:///C:/Users/alecs/OneDrive/Documentos/Dialnet-AmericaLatinaYLaUniversalidadDeLosDerechosHumanos-%20garate.pdf>

respetar las tradiciones culturales, siempre y cuando podamos estar en condiciones de elegir ser parte de ellas o no.-

Por otro lado, y ya para finalizar, queremos destacar que si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los pertinentes tratados referidos a éstos son instrumentos muy importantes para el establecimiento de estándares mínimos de valores universales, no resultan suficiente ni resuelven los conflictos, máxime considerando que la efectividad de los mismos sólo se logra en la medida en que sean reconocidos por los ordenamientos positivos de cada estado, sumado a que los mecanismos sancionatorios son aún bastante débiles, de lo contrario, no seríamos espectadores de tantas denuncias por incumplimiento y violaciones a ellos.

En definitiva, no podemos suscribir a ninguna de estas posturas en sus estados absolutos, principalmente porque si bien es necesaria una construcción de universalidad de los derechos humanos basada en el respeto a la diferencia, esa universalidad es hoy, tanto teórica como empíricamente, una ilusión; pues resulta indiscutible que los derechos humanos no son ni han sido reconocidos y garantizados universalmente, en todo momento y circunstancia.-

Lógicamente, tampoco compartimos la idea de que la cultura sea irrelevante para la validez de derechos y reglas morales, ni que sea la única fuente de validez existente: por el contrario, amparamos la construcción de la universalidad, sabiendo que no es un hecho cumplido sino una tarea, un amplio camino por recorrer, que debe estar fundado en el diálogo entre las culturas, el rechazo a las nociones de superioridad y en la aceptación de la posibilidad de un enriquecimiento mutuo.

Justamente es el contraste existente entre la teoría y la práctica universalista de los derechos humanos lo que ha llevado a algunos autores a adoptar una actitud escéptica ante dicha universalidad, ante la constatación de que la Declaración Universal sigue siendo una bella promesa incumplida para amplios sectores de la humanidad¹⁰⁸.-

Sin duda alguna, los derechos humanos como proyecto de ley universal constituyen una utopía, pues es evidente que establecer un sistema jurídico para toda la humanidad que contemple a todas las culturas y sistemas de valores es imposible.

Podríamos decir que lo que hoy denominamos universal no es más que una imposición utilitarista y pragmática que tiene la pretensión de alcanzar, provocar o brindar

¹⁰⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidad de los derechos humanos; En J.A. López García y J.A. Del Real. Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho; Madrid; ed. Dykinson; 2000, pág. 51/68.-

la mayor felicidad posible para la mayor parte de la humanidad (o parafraseando a Bentham ubicando cada objeto de forma tal que permita que sea aprovechado de la mejor manera posible por el mayor número de personas), pero en la que subyace una concepción egocéntrica de valores.

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALION, Enrique R, VILANOVA, José, RAFFO, Julio. Introducción al Derecho; 3ª edición, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1999.-
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. Declaración de Virginia de 1776; Disponible en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>
- ANAYA MUÑOZ, Alejandro (2017). Los regímenes internacionales de derechos humanos: la brecha entre compromiso y cumplimiento; Puebla; Revista IUS; vol.11 no.40; Recuperado en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1870-21472017000200159>.-
- AQUINO, Tomás de. Suma Teológica, I.IIae.
- Agencia AFP (2020). Tortura y ejecuciones: en un demoledor informe, la ONU vincula a Maduro con "crímenes de lesa humanidad"; La Nación; Recuperado de: https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/la-onu-vincula-maduro-al-gobierno-venezolano-nid_2451904
- ARAOS SAN MARTÍN, J.; Relativismo, tolerancia y democracia en Hans Kelsen, ed. Veritas, 2008.-
- ARISTÓTELES. La ética, libro V, cap. VII.-
- ASTRADA, Carlos. El pensamiento filosófico-histórico de Herder y su idea de la humanidad; Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.1725/pr.1725.pdf
- BENEDICTO XVI, Papa. Discurso a los participantes del Congreso sobre la ley moral natural; Roma; 2007.-
- BENTHAM, Jeremy. Introducción a los principios de la moral y la Legislación; ed. Claridad; 2008.-
- BLACKBURN, Roger Lloret (2020); Relativismo cultural en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Revista Internacional de Derechos Humanos.-
- BLANC ALTEMIR, Antonio. La universalidad de los derechos humanos: algunas reflexiones; España; Universidad de Lleida; Disponible en: <file:///C:/Users/alecs/Downloads/376-Article%20Text-841-3-10-20170120.pdf>
- BOAVENTURA DE SOUSA. El Pluriverso de los derechos humanos – La diversidad de la lucha por la dignidad; México; ed, AKAL; 2020.-
- BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico, Greppi, Rafael de Asís y Andre

(trad.), Madrid, ed. Debate, 1993.-

- BOBBIO, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz; BINAGHI Jorge (trad.); Barcelona; Ed. Gedisa; 2000.-

- BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico; 1º edición; GARZÓN VALDES, Ernesto (trad); México, ed. Fontamara S.A.; 1991.-

- BOCO, Rita, BULANIKIAN, Gisela. Derechos Humanos: universalismo vs relativismo cultural; *Alteridades* 2010; Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S018870172010000200002&lng=es&nrm=iso

- BOTERO BERNAL, Andrés. El positivismo jurídico en la historia: Las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX; México; UNAM Instituto de investigaciones jurídicas; 2015.-

- BROKMANN, Haro C.; Relativismo cultural: evolución de un concepto Antropológico ante los derechos humanos; 2007; Disponible en: <https://revistas.colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechoshumanoscndh/article/view/5572/4917>

- BROWN, Michael F. Relativismo Cultural. Madrid, 2010.-

- CANO JIMENEZ, Roberto M. El carácter de la teoría y de la identificación del derecho; Dialnet; Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313287.pdf>

- “C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN – RECURSO DE CASACIÓN”, Expte. N° CJS 28.526/06; Corte Suprema de Salta; 29 de septiembre de 2006.-

- CHIASSONI, Pierluigi. El discreto placer del positivismo jurídico; Moreno Cruz, María Angélica (trad), Bogotá, ed. Pablo Moreno Cruz, 2016.-

- Comité Derechos Económicos y Sociales; Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>

- CORONA DE LA PEÑA, Claudia Liza. Universalismo y Relativismo en los Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23645.pdf> .-

- Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de: <https://dle.rae.es/diversidad>

- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bankmm/espagnol/esddhc.pdf>

- Declaración Universal de los Derechos Humanos; Disponible en: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

- Declaración y programa de Acción de Viena; Disponible en:

https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

- DONNELLY, Jack (2007). The Relative Universality of Human Rights; Human Rights Quarterly; ed. Johns Hopkins University Press;
- DORADO PORRAS. Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del positivismo; Madrid, ed. Dykinson, 2004.-
- DREIER, Horst. Derecho natural y positivismo jurídico. Juicios generales, prejuicios, juicios erróneos; Colombia; Publicaciones externado; 2015.-
- ELVIO. Por un relativismo moral moderado; El giro cognitivo; Disponible en: <https://girocognitivo.wordpress.com>.-
- FARIAS CISNEROS, Germán; Teoría del Derecho, 2ª edición, México, ed. Trillas, 2000.-
- FINNIS, John. Natural law and natural rights; Nueva York; ed. Oxford Clarendon Press; 1986.-
- Folleto Informativo nº 33; Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales; Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf>
- FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas; LYNCH; Enrique (trad; Barcelona; ed. Gedisa; 1996.-
- FRONDIZI, Risieri. ¿Qué son los valores? Introducción a la axiología. México; ed. Fondo de Cultura Económica; 1958.-
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Filosofía del derecho; 17ª edición; México; ed. Porrúa, 2013.-
- GERVILLA CASTILLO, Enrique. Axiología Educativa. Granada; Ediciones TAT; 1988.-
- GOMEZ ADANERO, Mercedes y otros. Filosofía del derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica; Madrid; ed. Sinderés; 2019.-
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. ¿Son los derechos humanos universales? Disponible en: [file:///C:/Users/alecs/Downloads/Dialnet-SonLosDerechosHumanosUniversales-142391%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/alecs/Downloads/Dialnet-SonLosDerechosHumanosUniversales-142391%20(1).pdf).-
- HART, Herbert. L.A.. El concepto de Derecho; 2ª edición; CARRID, Genáro R. (trad); Oxford; ed. Abeledo-Perrot; 1963.-
- HART, Herbert. L.A.. Enciclopedia Internacional de Filosofía; Nueva York; ed. Macmillan; 1967.-
- HERVADA, Javier. “Introducción crítica al Derecho Natural”; 11º edición; España, Ed. EUNUSA, 2011.-

- Kelsen, Hans. Teoría pura del Derecho; 2ª edición; VERNENGO, Roberto J. (trad); México; ed. DR; 1982.-
- La justicia falló a favor de que los médicos operen a Julián. (2005). Recuperado de: <https://misionesonline.net/2005/09/15/la-justicia-fallo-a-favor-de-que-los-medicos-operen-a-julian/>
- LÉVI-STRAUSS, Claude. Raza e Historia; 1999; Disponible en: [file:///C:/Users/alecs/Downloads/Levi Strauss raza e historia.pdf.-](file:///C:/Users/alecs/Downloads/Levi%20Strauss%20raza%20e%20historia.pdf)
- LOAYZA TAMAYO, Carolina (2014). La Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Base de conocimiento de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Abierta Interamericana.-
- MARITAIN, Jacques. El hombre y el Estado, 3º edición; Gurrea, Manuel (trad.); Buenos Aires; ed. Guillermo Kraft Ltda.; 1959.-
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. Filosofía del derecho; Buenos Aires; ed. Lexis Nexis; 2005.-
- MENDEZ, Juan E., COX Francisco. Universalidad y Relativismo; Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/universalidad-y-relativismo.pdf>
- MIRETE, José Luis. Racionalismo, idealismo y positivismo; Murcia, ed. DM, 1995.-
- MORESO, José Juan. Positivismo Jurídico Contemporáneo; México; UNAM Instituto de investigaciones jurídicas; 2015.-
- NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos; Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos; Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>
- NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos; Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Home.aspx>
- NACIONES UNIDAS. Informe Nacional de China; A/HRC/WG.6/31/CHN/1.-
- NACIONES UNIDAS. Informe Nacional de Pakistán; A/HRC/WG.6/28/PAK/1.-
- NACIONES UNIDAS. Informe Nacional de Venezuela; A/HRC/WG.6/26/VEN/1.-
- NACIONES UNIDAS. Recopilación sobre China; A/HRC/WG.6/31/CHN/2.-

- NACIONES UNIDAS. Recopilación sobre Pakistán; A/HRC/WG.6/28/PAK/2.-
- NACIONES UNIDAS. Recopilación sobre Venezuela; A/HRC/WG.6/26/VEN/2.-
- NACIONES UNIDAS. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre China; A/HRC/WG.6/31/CHN/3.-
- NACIONES UNIDAS. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre el Pakistán; A/HRC/WG.6/28/PAK/3.-
- NACIONES UNIDAS. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre Venezuela; A/HRC/WG.6/26/VEN/3.-
- NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho, 2º edición, Buenos Aires, ed. Astrea, 2003.-
- OCHOA, Sebastián (2005). Un dilema para la medicina blanca. Página 12. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-54954-2005-08-12.html>
- ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos; Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- PARRA VERA, Oscar, ARANZAZÚ HERMIDA, María, MARTÍN, Agustín Enrique. Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Sistema Universal y Sistema Interamericano; San José; ed. Editorama S.A.; 2008.-
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Derechos Fundamentales; Madrid; ed. Latina Universitaria; 1979.-
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (2014). La Universalidad de los derechos humanos; Revista Doxa; Cuadernos de filosofía; Alicante.-
- PECES - BARBA MARTINEZ, Gregorio. Lecciones de derechos Fundamentales; Madrid; ed. Dykinson; 2004.-
- PEREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución; Madrid; ed. Tecnos; 1984.-
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La universalidad de los derechos humanos; En J.A. López García y J.A. Del Real. Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho; Madrid; ed. Dykinson; 2000.-
- RADBRUCH, Gustav. El hombre en el derecho; Buenos Aires; ed.

Depalma; 1980.-

- RAZ, Joseph. La autoridad del Derecho - Ensayos sobre derecho y moral; 2ª Edición; Rolando Tamayo y Salmorán (trad); Oxford; ed. Clarendon Press; 1985.-
- RECA, Joaquín Pablo (2020); Una aproximación sobre el universalismo de los derechos humanos; Revista de la Facultad de Derecho de México.-
- RODRIGUEZ MOLINERO, Marcelino. La doctrina del Derecho Natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno; DADUN; 1992; Disponible en: <https://hdl.handle.net>
- RODRIGUEZ TOUBES MUÑIZ, Joaquín. El iusnaturalismo de John Finnis. Dialnet; 1993; Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142246.pdf>.-
- SALMÓN GARATE, Elizabeth. América Latina y la universalidad de los derechos humanos; 1999; Disponible en: <file:///C:/Users/alecs/OneDrive/Documentos/DialnetAmericaLatinaYLaUniversalidadDeLosDerechosHumanos-%20garate.pdf>
- SEIJO, Cristina. Los valores desde las principales teorías axiológicas; Dialnet; 2009; Disponible en: <file:///C:/Users/alecs/Downloads/Dialnet-LosValoresDesdeLasPrincipalesTeoriasAxiologicas-5114848.pdf>
- SÓFOCLES. Antígona, s V a.C.-
- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, GOODMAN. International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals: Text and Materials, ed. Oxford University Press, 2008.-
- SUÁREZ, Eloy Emiliano. Introducción al Derecho; 3ª edición; Santa Fé; ed. UNL; 2020.-
- TOSCANO MÉNDEZ, Manuel. ¿Qué es el Relativismo Cultural?; Málaga; 2011.-
- TRUJILLO, Isabel. Iusnaturalismo tradicional, clásico, medieval e ilustrado; México; UNAM; Instituto de investigaciones jurídicas; 2015.-
- TRUYOL Y SIERRA, Antonio. Los Derechos Humanos; Madrid; ed. Tecnos; 1979.-
- UNESCO. Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural; Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- UGARTE GODOY, José Joaquín. La ley natural. Dialnet, 1979; Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es>
- VESTING, Thomas. Teoría del Derecho; 2ª edición. Bogotá; ed. Beck Munchen; 2015.-

NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS

Berazategui, 28 de enero de 2021.-

Sr. Director de la Carrera de Abogacía.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Alejandro Laje

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico por este medio que la alumna Alejandra Beatriz Riveros ha confeccionado bajo mi supervisión el trabajo final que lleva el título de “Derechos Humanos: Universalismo vs Relativismo”.

Creo que por la calidad disciplinar de su contenido merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

Sin otro particular, saludo a Ud. atte.

Dr. Pablo Marcelo Baccaro



Apellido y nombre: Riveros, Alejandra Beatriz

Domicilio: Calle 142 N° 1978. Berazategui - Provincia de Buenos Aires.

E-mail: alecs_ri@hotmail.com

Celular: 115-494-6096