

2019

# FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS



USAL  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

## El derecho a la Buena Administración en el sistema público de Salud

En este trabajo de investigación se propone como objetivo determinar qué es el Derecho a la Buena Administración, su incorporación a nuestro sistema jurídico y de qué manera los pacientes pueden tornarlo exigible en el servicio público de salud.

Directora de tesis: Verónica Franceschi.

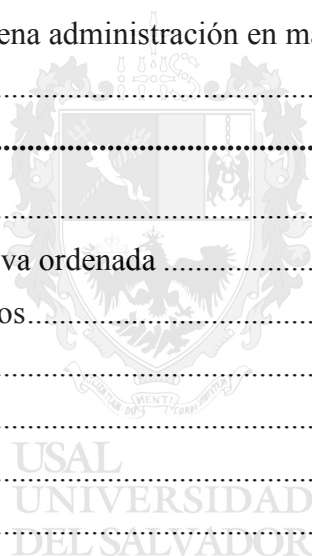
Doctorando: Pablo Ariel Temponi.

## ÍNDICE

---

<b>I. Introducción.....</b>	<b>3</b>
<b>Capítulo 1: Derechos humanos.....</b>	<b>11</b>
I. Los derechos humanos como concepto histórico .....	11
II. Concepto y características de los DD HH .....	15
III. Criterios de clasificación de los DD HH.....	25
IV. Clasificación estructural de los DDHH.....	32
IV.1. Derecho de defensa .....	33
IV.2. Derechos prestacionales .....	35
IV.3. Derechos de estructura compleja .....	38
IV.4. Clasificación estructural de los derechos de los pacientes.....	39
<b>Capítulo 2: Sistema de salud en Argentina .....</b>	<b>42</b>
I. Historia de los procesos de lucha.....	42
II. Composición del sistema de salud argentino.....	53
II.1. El subsistema de Obras Sociales.....	54
II.2. El subsistema privado .....	56
<b>Capítulo 3: Derechos de los pacientes.....</b>	<b>58</b>
I. Historia del surgimiento de los derechos de los pacientes.....	58
II. Marco normativo Argentino.....	62
III. Los pacientes: mucho más que enfermos.....	66
IV. Jurisprudencia .....	71
<b>Capítulo 4: El Derecho a la Buena Administración.....</b>	<b>77</b>
I. Buena Administración .....	77
II.1. El rol del Defensor del Pueblo Europeo .....	84
II.2. Otras consideraciones.....	89
III. Derecho a un buen gobierno .....	90
IV. Su implementación del Derecho a la Buena Administración en nuestro país .....	92
V. El derecho a la Buena Administración y su impacto en la democracia .....	97
<b>Capítulo 5: El Servicio Público.....</b>	<b>99</b>
I. El nacimiento y desarrollo histórico .....	99
II. Poder de regulación y prestaciones estatales.....	100
III. El concepto histórico del servicio público (subjetivo, objetivo y mixto) .....	103

IV. Textos normativos que definen qué es un Servicio Público .....	105
V. ¿Quiénes pueden crear, regular, explotar y extinguir el servicio? .....	107
VI.1. La gestión del servicio público .....	109
VI.2. Las privatizaciones.....	115
VI.3. El proceso de reestatización.....	119
VII. La responsabilidad del estado por la prestación del servicio en términos clásicos .....	123
<b>Capítulo 6: La centralidad del ser humano y la salud considerada como un servicio público.....</b>	<b>125</b>
I. La persona y su vínculo con los servicios públicos .....	125
II.1. Características del derecho a una Buena Administración del Servicio Público de Salud .....	133
II.2. La relación usuario-paciente.....	134
III.1. Requisitos de una buena administración en materia de salud .....	136
IV. Su exigibilidad .....	139
<b>Capítulo 7: Conclusión .....</b>	<b>147</b>
I. Consideraciones .....	147
II.1. Regulación normativa ordenada .....	154
II.2. Recursos económicos.....	156
II.3. Infraestructura .....	159
II.4. Recursos humanos .....	163
II.5. Insumos .....	167
II.6. Otras cuestiones .....	170
<b>Bibliografía.....</b>	<b>175</b>



## I. INTRODUCCIÓN

---

La presente investigación plantea como objetivo general analizar cuáles son las maneras que tienen los pacientes para exigir jurídicamente el derecho a la buena administración del servicio público de salud. Pero para responder esta pregunta, es necesario contestar previamente, si este derecho resulta exigible.

Este objetivo se plantea en el marco de una situación problemática en la cual se observa que desde la concepción de la humanidad, el derecho ha servido para regular las conductas de las personas en el marco de una sociedad. De manera tal que primero se producen los hechos o situaciones, y luego, éstas son reguladas por las normas. A contrario sensu, se puede decir que el derecho no puede ordenar situaciones que aún no se han producido.

En este sentido, es dable traer a conocimiento dos ejemplos conocidos que sirven para graficar este proceso.

El primero de estos acontecimientos se puede encontrar en la Revolución Francesa del año 1789. El segundo, en la primera y segunda guerra mundial de 1914 y 1939, respectivamente.

A partir de estos hechos, el mundo comprende que es indispensable abandonar la idea de las guerras como método de imposición de fuerza, pues en caso de persistir, llegaría un momento en el que no habría planeta y, por tanto, tampoco personas. Así pues, y a efectos de establecer reglas claras de convivencia, es que se crea la mayor organización internacional conocida hasta el día de hoy: la Organización de las Naciones Unidas (ONU)<sup>1</sup>.

Volviendo más acá en el tiempo, y siguiendo con la lógica descrita anteriormente, en la que primero suceden los hechos y luego el derecho los regula, las personas que habitan en Argentina se encuentran ante un hecho puntual el cual consiste, en mayor o menor medida, en

---

<sup>1</sup> fue creada en el año 1945 por 51 países con el fin de mantener la paz y la seguridad en el mundo, promover amistad entre las naciones, mejorar el nivel de vida y defender los derechos humanos.

que la clase política no administra de manera eficaz y eficiente los recursos que produce el país.

Mucho menos aún, en el caso específico de la salud pública, donde pareciera ser que nada es suficiente para satisfacer la demanda de quienes utilizan a los efectores públicos (<http://www.defensoria.org.ar/informe-anual/>, 2008).

Fue a partir de esta observación que el autor del presente trabajo comienza a investigar si existían herramientas jurídicas que permitiesen exigirles a nuestros gobernantes una eficaz distribución de los recursos con los que cuenta nuestro país. En esta investigación exploratoria no se encontró en el ordenamiento jurídico alguna norma específica que regulase esta cuestión.

Circunstancia que trae aparejado un claro vacío normativo frente a un hecho puntual, y más grave aún, cuando se trata del derecho de los pacientes, toda vez que pertenecen a un grupo de vulnerabilidad.

Sin embargo, se observa que desde el año 1980 los ciudadanos europeos cuentan con una herramienta jurídica capaz de exigirles a sus gobernantes que administren los recursos de manera correcta. Este es el llamado derecho a la buena administración.

De modo tal, que ante esta asimetría jurídica entre nuestro país y Europa, y teniendo en cuenta el conglomerado de normas, como ser la Constitución Nacional, los tratados internacionales y otros preceptos infraconstitucionales, cabría preguntarse si de todos modos resultaría posible lograr la exigibilidad del derecho a la buena administración en Argentina y ¿De qué manera los pacientes podrían exigir jurídicamente el derecho a la buena administración dentro del servicio público de salud?

A efectos de contestar estos interrogantes cabe señalar que se realiza una recopilación bibliográfica y que, por cuestiones de método y de mejor exposición, el trabajo se divide en siete capítulos.

El capítulo 1 se llama “*Derecho Humanos*” brinda el marco teórico general. Se aborda la temática de los DD HH como un concepto histórico, debido a que si no se conoce el recorrido histórico y las luchas que permitieron el alcance de cada uno de los derechos actualmente legislados es difícil comprender los derechos de la actualidad.

Además, se establecen definiciones y aceptaciones del término, así como sus características. Se desarrollan los criterios de clasificación más frecuentemente utilizados, como son la clasificación según su función y la clasificación según su estructura de defensa, prestacionales y de estructura compleja y se intenta llevar a cabo una primera aproximación sobre qué tipo de derecho es el de los pacientes.

En el capítulo 2 habla del “*Sistema de Salud en Argentina*” en el cual describe la historia desde sus comienzos hasta la actualidad y la composición de este sistema.

En el capítulo 3 se trata el “*Derecho de los Pacientes*”. Aquí se desarrolla el recorrido histórico de este derecho desde su aparición hasta la actualidad, haciendo especial hincapié en los diferentes pactos internacionales que lo vio nacer y enmarcarlo allá por mediados del siglo XIX. Estos han sido tomados como fuentes de inspiración del marco jurídico nacional que permitió su incorporación en la Constitución Nacional con la reforma de 1994 y la sanción de la ley 26.549 en el año 2009 con sus posteriores modificaciones aportadas por la ley 26.742 sancionada en el año 2012. Ambas leyes generan un cambio en el paradigma de la relación médico-paciente-institución de salud, revalorizando la autonomía y autodeterminación del paciente en la toma de decisiones en cuanto a su salud, al ponerlo como centro y eje de dichos procesos. Este cambio provoca una nueva perspectiva sobre la pregunta, qué es un paciente actualmente. También se lleva a cabo una descripción del sistema de salud argentino, con perspectiva histórica, así como de los subsectores, haciendo especial hincapié en el público, que es el que interesa en este trabajo.

En el capítulo 4 el estudio se centra en el “*Derecho a la Buena Administración*”. Para ello se realiza un recorrido histórico por los diferentes hitos internacionales que han dado origen al

mismo, principalmente a nivel de la Unión Europea, con la figura institucionalizada del Defensor del Pueblo.

En el capítulo 5 el enfoque es sobre *“El servicio público”*. En el mismo se lleva a cabo una caracterización del servicio público. También se da un marco teórico sobre el nacimiento y desarrollo del servicio público. Su poder de regulación, concepto y características. Se analiza qué es considerado un servicio público como así también, su creación, regulación, explotación y extinción. Además, se hace un pasaje histórico sobre el proceso de privatizaciones en nuestro país como su reestatización en la década del 2000. Finalmente, se menciona la responsabilidad del estado frente al deficiente servicio desde su concepción clásica.

En el capítulo 6 se trata de *“La centralidad del ser humano y la salud considerada como un servicio público”*. En este capítulo se hace un enfoque de acuerdo a los términos de investigación de este trabajo. De modo tal que se hilvana el derecho a la buena administración con el del servicio público para luego insertarlo con la persona, e incorporarlo particularmente al sistema de salud. Para ello, es necesario abordar la cuestión desde el punto de vista del usuario y su relación con el paciente, y a éste, con el derecho a la buena administración. Además, se esbozan los lineamientos de la acción de amparo, sus antecedentes y su importancia práctica sobre el restablecimiento inmediato de derechos.

Finalmente, en el capítulo 7 versa sobre las *“Conclusiones”* de este trabajo. Allí también se darán distintas perspectivas de desarrollo futuro, con la finalidad de que el mismo pueda servir de inspiración para el efectivo ejercicio del derecho, no solo por parte de los pacientes del subsector público, sino también que esto pueda replicarse a otros rubros.

Por lo demás, el propósito es poner de relieve que durante el transcurso de esta investigación se encontraron algunos trabajos que, si bien abordaban el derecho a una buena administración, ninguno de ellos se trata desde la perspectiva de los servicios públicos de salud, principal hipótesis de la presente investigación. A continuación, se mencionan brevemente tres de ellos que sirven de inspiración y marco teórico general.

El primero de ellos es un trabajo de investigación de diseño cualitativo, no experimental, con método hipotético deductivo, de fuerte análisis dogmático bajo técnica documental y de estructura lógico jurídica. Presenta como objetivo establecer relaciones entre los conceptos de buen gobierno, buena administración, democracia y transparencia para luego definir el principio de transparencia en virtud de su contenido, conformado por un plexo de derechos amplio entre los que se incluye el derecho de acceso a la información pública, libertad de expresión y derecho de participación ciudadana en sus diversas formas. Sobre esta base propusieron que la estrecha vinculación entre el ejercicio de la transparencia y la rendición de cuentas implica beneficios para los estados en términos de legitimación democrática. Esto con el objeto de enfatizar en la importancia que las políticas públicas de transparencia tienen en el campo de acciones de lucha contra la corrupción y de transformación de la administración pública para la efectiva tutela de los derechos fundamentales. El trabajo concluye que tanto los ciudadanos, centro de atención del interés general, como los mercados, exigen a las instituciones cada vez más transparencia con el propósito de que rindan cuentas sobre sus políticas y resultados. En este marco, cada uno de estos criterios exige el funcionamiento de instituciones adecuadas para que puedan realizarse y que tales instituciones, a su vez incentiven la buena administración volviéndose políticas públicas. Leyes de transparencia, organizaciones y procesos de control y participación directa, son imprescindibles para calificar a un gobierno y a una administración de transparente. Tanto el derecho convencional internacional, como los ordenamientos jurídicos nacionales de la mayoría de los estados democráticos modernos nacionales, en mayor o menor medida, han ido incorporando herramientas de transparencia. Observaron que cada vez es más frecuente la creación de redes o marcos de integridad en las que estas instituciones, cuyo objetivo es afianzar los elementos de una democracia de calidad, se interrelacionan y se apoyan mutuamente para la consecución de sus fines. Consideran crucial no solo vencer la resistencia en el ámbito público, sino también, imprescindible involucrar a los ciudadanos para que conozcan y se sirvan de las



posibilidades legales, para permitir el efectivo ejercicio de sus derechos (Spano Tardivo, 2016).

El segundo de ellos tiene como idea central la de indagar sobre el estado de situación del derecho a una buena administración y buen gobierno en el derecho argentino, y su vinculación con uno de los capítulos más importantes del derecho administrativo, como es la administración consultiva. El mismo considera el derecho a una buena administración desde una perspectiva iusnaturalista, es decir que los derechos humanos no requirieren de la consagración legislativa positiva para sostener su existencia y virtualidad existiendo aun antes de la misma (Puig, 2000), Por este motivo, si bien estos derechos no se encuentran consagrados a priori constitucionalmente, los principios que la inspiran no son del todo extraños. Es así como sería dable sostener que el “derecho a una buena administración” y el “derecho a un buen gobierno” se podrían encontrar entre los “derechos no enumerados” del art. 33 de la Constitución Nacional, además se podría asimismo argumentar su fundamento en el principio republicano del art. 1 de la misma. Por otra parte, también hace referencia al art. 42 de la carta Magna en la manda que exige “calidad y eficiencia de los servicios públicos” como antecedente de este nuevo paradigma de la administración; no relativo únicamente a los servicios públicos, sino dotado de un efecto expansivo a toda la administración. Además, dicho trabajo realiza un recorrido tanto a nivel constitucional como por las diferentes leyes en las cuales este conjunto de derechos podría encontrarse resguardado y de los pactos internacionales a los cuales adherimos y los contemplamos. Por otra parte, y para finalizar con el mismo, recorre los autores que trabajan con el tema, así como la doctrina y jurisprudencia que lo enmarcan y anteceden. El mismo concluye en la necesidad fundamental del elemento humano para garantizar una buena administración, ya que, sin buenos funcionarios, no es posible la misma, aspecto contemplado en la Constitución Nacional, ya que la misma establece y exige la idoneidad como condición para la administración pública del empleo.

En este sentido es de notar que en contraposición con el primer trabajo, en el cual se revalorizó y enfatiza la importancia de la participación y empoderamiento ciudadano, este se centra principalmente en aquellas personas que llevan a cabo la administración pública, restando importancia a la capacidad participativa de los sujetos (Moscariello, 2011).

El tercer trabajo que resulta interesante mencionar fue llevado a cabo teniendo especialmente en cuenta el marco jurídico y normativo del Derecho a la Buena Administración. Asimismo, brinda dos elementos importantes que debe ser tenido en cuenta. El primero de ellos, al llevar a cabo un recorrido histórico desde el origen hasta la actualidad del Derecho a la Buena Administración y, en segundo lugar, al reconocer la aplicación del mismo en otros lugares del mundo para poder llevar a cabo un análisis comparativo y tomar perspectiva del camino que queda por recorrer. En su trabajo la autora establece una indisociable relación entre la parte orgánica y parte dogmática de la Constitución, por cuanto la posición constitucional de la Administración Pública española es examinada a la luz y en función del contenido del derecho fundamental a una buena administración. En el capítulo introductorio afronta *“la proyección del parámetro europeo sobre el diseño constitucional de nuestra Administración”*, y los siete capítulos centrales se ocupan, sucesivamente, del derecho a una buena administración por referencia a *“los sujetos obligados”* (capítulo primero), las *“manifestaciones en la Constitución de 1978”* (capítulo segundo), las *“concreciones en la normativa infraconstitucional”* (capítulo tercero), la delimitación del contenido objetivo con relación a *“su alcance jurídico según el parámetro de la Carta de Niza”* (capítulo cuarto), la delimitación del contenido subjetivo respecto a *“sus implicaciones políticas para la ciudadanía según el parámetro de la Carta de Niza”* (capítulo quinto), *“las garantías supranacionales y su potencial proyección constitucional”* (capítulo sexto), y *“las garantías internas del derecho a una buena administración en la aflicción del Derecho comunitario”* (capítulo séptimo). En el capítulo final la autora reflexiona sobre el derecho a una buena

administración como un valor añadido de necesaria consideración en la reforma de la administración española (Tómas Maller, 2004) .

En este contexto es dable señalar que la justificación de este trabajo consiste en dotar de conocimientos a los ciudadanos en general, y a los pacientes en particular, sobre las herramientas jurídicas que tiene nuestro ordenamiento a efectos de poder exigir el derecho a la buena administración en general y en el servicio público, respectivamente.



USAL  
UNIVERSIDAD  
DEL SALVADOR

## CAPÍTULO 1: DERECHOS HUMANOS

---

### I. Los derechos humanos como concepto histórico

Los derechos humanos son, ante todo, un concepto histórico y, por tanto, para su comprensión e interpretación es necesario reconstruir brevemente el proceso histórico que le dio origen, así como su consolidación y evolución desde los albores de la Modernidad (siglos XV y XVI) hasta nuestros días. En efecto, hay quienes ponen como fecha de su nacimiento el año 1789 cuando, en el marco de la revolución francesa se llevó a cabo la declaración de los derechos del ciudadano; mientras que otros consideran que fue el 10 de diciembre de 1948, en las Naciones Unidas, cuando se produjo la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Si bien, ambas fechas son correctas y recuerdan momentos históricos muy importantes, es un error reducir los derechos humanos a una construcción jurídica positiva. Esta visión se encuentra sustentada por la doctrina hegemónica liberal de derechos humanos, siendo esta la más difundida y consolidada. Parte de una visión estática y legalista de los derechos, aunque, no obstante, las luchas de poder que se expresan implican procesos bastante más complejos que la mera acumulación de conquistas jurídicas. Esta doctrina se pretende además imponer como verdad universal aplicable a todos los pueblos, a pesar de que se legitima a partir de un relato eurocentrista de la historia excluyendo las visiones y realidades de los pueblos del sur (Colautti, 2004).

Los seres humanos están sujetos a los acontecimientos históricos que sucedieron a lo largo de la existencia lo que implica, por tanto, un desarrollo, un despliegue, una serie de cambios y modificaciones en los que intervienen diversos factores. Por un lado, hay un despliegue intrínseco del propio ser humano y de la sociedad en la que habita que se refleja en un cierto crecimiento o en una modificación de algunas de las características básicas que lo definen.

Por otro lado, modificaciones del contexto en el que habitan las personas, obliga a dar respuestas diferentes, adecuadas ha dicho entorno.

Es así como en materia de derechos humanos conviene, por tanto, distinguir entre un núcleo duro que se mantiene estable y que se puede detectar desde el momento mismo de la aparición de los seres humanos como tales, y una expansión o desarrollo de este núcleo duro, que conduce a explicitación de lo que ya está implícitamente contenido en el núcleo.

El primero se puede encontrar en declaraciones muy antiguas, tan antiguas casi como la escritura humana y consiste básicamente en el reconocimiento de la dignidad inviolable de todo ser humano, el hecho de que, simplemente por serlo, es acreedor de un reconocimiento de su propio valor y exige ser tratado con respeto y cuidado. El despliegue posterior no es más que la concreción en cada momento histórico de lo que ya está en el núcleo, siendo la novedad y la contingencia ejes en todo el proceso creativo que caracteriza la realidad humana. Por su parte, es importante comprender su alcance, dado que se crea también esa realidad comprendida, no limitándonos a ser recipientes pasivos; si no que más bien la acción se encuentra encaminada a hacer efectivo aquello que se ha comprendido. Existe igualmente contingencia en la medida en que no es posible predecir de antemano, salvo a grandes rasgos muy generales, cuál de las posibles líneas de desarrollo irá adoptando este núcleo inicial (Gordillo & Flax, Derechos Humanos, 2007).

En el proceso de desarrollo, pueden marcarse al menos, dos ejes principales. El primero de ellos puramente cuantitativo y comprende la ampliación del número de sujetos que han sido reconocidos como seres humanos y, por tanto, como personas de pleno derecho. Este fenómeno puede ejemplificarse con el tardío reconocimiento jurídico de los derechos de los niños y de las mujeres. Fue así como la falta de libertad, la negación de la igualdad de oportunidades, la exclusión de la vida política, la falta de acceso a la educación, la exposición a la violencia social y familiar, entre otros, han gravitado constantemente sobre las mujeres, precisamente, sólo por el hecho de ser mujer.

Esta expansión cuantitativa, no se encuentra completamente pues resulta necesaria la discusión en torno a los derechos de las generaciones futuras, así como aquellos relacionados con el desarrollo de la genética, la ciencia y la tecnología (Queraltó , 2000).

El segundo eje es más bien de tipo cualitativo y hace referencia al contenido específico que en cada momento histórico se incluye como derecho humano, fenómeno que está dado por un proceso de autocomprensión, que permite conocer en profundidad al ser humano y de esta manera comprender su realidad. Existe, en este segundo momento un desarrollo de tipo técnico que hace que se produzca una ampliación de las posibilidades de realización.

Por todo lo mencionado anteriormente, no resulta posible hablar de derechos humanos sin una previa referencia al contexto en el que surgieron, a los ideales que han pretendido encarnar, a las dificultades para su implementación efectiva y, sobre todo, a sus transformaciones en los tres últimos siglos, pues es evidente que los derechos humanos de comienzos del siglo XXI ofrecen un panorama muy distinto al propio del siglo XVIII. Esta inicial aproximación histórica servirá también para demostrar dos aspectos de los mismos que se presentan como contradictorios, pero solo en apariencia. En primer lugar, pese a su evolución, tienen unos elementos comunes que se mantienen en el tiempo; es decir que no cualquier pretensión individual o social, más o menos fundamentada, pertenece a esta categoría. En segundo lugar, existen diversas teorías o concepciones sobre los derechos que conducen a significativas transformaciones y recíprocas influencias entre ellas.

En la Edad Antigua (3500 aC) y en la Edad Media (V a XV) ya se encontraba algunas referencias de los derechos humanos, es así como pensadores como Confucio (551-479 a. C.) o Aristóteles (384-322 a. C.), y determinadas corrientes de pensamiento, como el estoicismo y el cristianismo primitivo, avanzaron en algunas ideas en favor del individualismo, pero el contexto sociopolítico impidió su desarrollo. Durante este último período, en la época medieval aparecen una serie de documentos (cuyo exponente más conocido es la Carta Magna de 1215 de Inglaterra) que obligan al poder político a respetar determinadas posiciones

individuales, tales como la propiedad privada o la inviolabilidad del domicilio. Si bien se trata de textos muy diferentes a las modernas declaraciones de derechos, de las que difieren sobre todo por su extensión y expresión jurídica, han sido fuente de inspiración de muchas de las declaraciones posteriores.

En la Edad Moderna (XV a XVIII), la idea del individualismo comenzó a ser desplazada por el de la comunidad enmascarado generalmente bajo fórmulas religiosas. Sin embargo, es durante este período cuando se produce su consolidación en la cultura occidental, dado que el marco ético—político generó el campo propicio para este desarrollo: la separación entre la moral y el derecho y entre la religión y el estado, lo que trae aparejado el derrumbe del orden feudal—estamental y surge una sociedad de individuos que se presumían, al menos formalmente, libres e iguales.

Previo a la modernidad apareció la denominada corriente humanista; corriente que destacó la confianza en las capacidades humanas, propiciando la aparición de un nuevo tipo de individuos que podrán desarrollarse en la esfera tanto pública y privada.

La primera aplicación práctica se produjo en el año 1492 —luego de la conquista de América—, momento en el cual algunos pensadores comenzaron a desarrollar la lucha a favor de la sustancial igualdad entre las personas, abriendo paso a una idea central del concepto de los derechos humanos. Cabe citar al pensador Bartolomé de Las Casas (1474-1566), quien denunció los horrores de la conquista y rechazó categóricamente la asimilación de los indios a la condición de esclavos por naturaleza, afirmando la sustancial identidad de todos los seres humanos. También es dable citar a Francisco de Vitoria (1480-1546), que reivindicó los títulos de propiedad de los indios sobre sus tierras cuestionando la legitimidad misma de la conquista (Travieso J. , 2005).

Posteriormente, dos nuevas corrientes contribuyeron a continuar abriendo el camino de los derechos humanos de forma decisiva. La primera de ellas, se refirió a la secularización del poder político. La cual propone un modelo de organización del poder conectado con la

sociedad. De esta manera el Estado pasa a tener una idea al servicio de determinados fines sociales que superan la divinidad establecida por la modernidad. La segunda es la lucha por la tolerancia religiosa, que se gestó en Europa en el marco de las guerras de religión de los siglos XVI y XVII. Si bien no guardan una relación directa con los Derechos Humanos contribuyeron a establecer las bases de la idea de limitación del poder; esencial al iusnaturalismo racionalista.

Es así como, cada persona puede ser autónoma en sus creencias y prácticas religiosas, sin molestar ni perjudicar con su conducta la libertad de los demás, reconociéndose la autonomía moral y la libertad de conciencia. De manera tal que éste puede ser considerado el primero de los derechos humanos reconocido como tal.

A pesar de los grandes avances producidos en materia de Derechos Humanos, es necesario intentar comprender cuáles han sido las dificultades que han encontrado estos derechos para su efectivo cumplimiento y desarrollo, debido quizás, a su formalización jurídica y a su concepción abstracta, que en la sociedad moderna, los sujetos enajenados por las dinámicas del sistema capitalista, subyugaron la conciencia del hombre a un simple sentido operacional.

Es así como la teoría crítica de derechos humanos rechazó determinadas concepciones y discursos acerca de derechos humanos que instrumentalizaron a los mismos como mecanismo estabilizador de la sociedad y buscó comprender tanto las situaciones de discriminación como la base estructural que las produce (Gallardo, 2006).

## **II. Concepto y características de los DD HH**

Los Derechos Humanos promueven y protegen la individualidad de la dignidad humana, proyectándola a nivel social para la construcción de un ideal común a toda la Humanidad. Las definiciones existentes son múltiples, siendo todas ellas muy significativas, tanto en el campo teórico como en el práctico y de estas dependen la manera en la que los individuos comprenden sus derechos y, consecuentemente, como los reclamarán. Además, estas



definiciones deben ser claras, sencillas y delimitadas, atendiendo a la historia en la que se ha desarrollado el término.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos lo define como los “*derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, lengua o cualquier distinción. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna*” (ONU, *Qué son los Derechos Humanos?*, 2011).

Es decir, ésta definición tiene un claro corte orientado dentro del campo de la ética y no del derecho positivo.

Aquellos derechos reconocidos en la constitución de un país se denominan derechos fundamentales que son los que tuvo en miras el poder constituyente —máxima expresión jurídica de la soberanía popular— como para gozar del mayor nivel de garantía. Por tanto, hasta que los derechos humanos no sean reconocidos por una constitución vigente y concreta, no se transforman en derechos fundamentales, permaneciendo por tanto como demandas y no como exigencias jurídicamente tuteladas.

Si bien la cantidad de garantías de los derechos fundamentales varía ligeramente de un país a otro, su mera incorporación al texto constitucional implica ya, por sí solo, un nivel de protección muy elevado.

Por su parte, cabe señalar que el poder constituyente es quien selecciona los derechos que luego serán incluidos finalmente en la constitución. Es así como resulta imposible soslayar las razones morales de cada uno de ellos (ya que, en última instancia, tras toda decisión política trascendental se encuentra implícita una opción moral), como así también la correlación de fuerzas presentes en el parlamento, la presión de la opinión pública, la mayor o menor necesidad de marcar distancias con la situación política anterior, las influencias externas o el grado de evolución doctrinal de los derechos en ese momento, entre otros factores. Por tanto, pensar que el poder constituyente se encuentra ajeno a presiones o a percepciones propias de

la realidad es falaz. De manera tal que puede afirmarse que el poder constituyente no es enteramente libre (Travieso J. A., 1996).

Las relaciones existentes entre derechos humanos y derechos fundamentales son múltiples, pero a continuación se desarrollarán brevemente las 3 más importantes. La primera de ellas es aquella que posibilita de manera implícita o explícita la apertura del catálogo de aquellos derechos que por diferentes motivos no han sido aún incorporados en la constitución a través de dos mecanismos: el principio de dignidad de la persona y el derecho internacional. Cabe señalar que gracias a este último precepto, los derechos humanos no reconocidos expresamente en la constitución pueden convertirse en fundamentales. Por tanto, el derecho internacional sólo serviría para ampliar el contenido de los derechos fundamentales, nunca para limitarlo o para justificar intervenciones sobre los mismos no previstas a nivel constitucional.

En segundo lugar, los derechos humanos habilitan la interpretación de los derechos fundamentales. La argumentación moral, será asimismo de utilidad para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, sobre todo por la vía de los principios constitucionalizados. En este marco son múltiples los textos constitucionales que remiten con frecuencia a valores morales, los cuales, pese a no configurar como derechos propiamente dichos, pueden ser conceptualizados como cláusulas de apertura del razonamiento jurídico a la moral (Gialdino, 2013).

El tercer aspecto es el que permite una crítica al derecho positivo, dado que como se señaló previamente, el análisis jurídico no cierra el debate en materia de derechos. En efecto, una vez agotadas las posibilidades de extensión del catálogo de los derechos fundamentales y de ampliación de su contenido mediante la interpretación, siempre quedarán los derechos humanos como instancia crítica del derecho positivo e instrumento idóneo para proponer su reforma. En esta perspectiva, resulta de gran interés las experiencias de las Defensorías del