
ROQUE CARRION W. *
(Carabobo, Venezuela)

**Reconocimiento jurídico y fundamentación filosófica
de los derechos humanos en América Latina**

I **

El interés particular por la suerte que corren los «derechos humanos» en América Latina y las perspectivas teóricas del Derecho desde las cuales estos «derechos fundamentales» son examinados, protegidos, y promovidos constituyen, hoy, un tópico de atracción no sólo teórico sino, sobre todo, práctico, es decir, moral.

Parece ser un punto de acuerdo en los foros académicos internacionales observar y juzgar a esta parte del Continente americano (Centro y Sudamérica), como un subcontinente menesteroso, calificado y clasificado de «tercer mundo» o de «sub-desarrollado», de poseer una «economía dependiente» de los grandes centros mundiales de poder económico. Se nos estudia a través de nuestra literatura de lo «real-maravilloso», a través de nuestros poetas del dolor y de la muerte; las agencias internacionales de noticias entretienen al mundo con los horrores de las «dictaduras militares» y de la «guerrilla». América Latina aparece ante el resto del mundo como un enorme e interminable «Cahier de doléances».

(*) Profesor (Catedrático) de la Facultad de Derecho. CELIJS de la Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela. Ex profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

(**) Agradezco a mi amigo el profesor Domingo García Belaúnde la lectura y observaciones que hiciera a las partes I y II de este artículo.

Parecería un ejercicio fútil, inaguantablemente abstracto hablar de los «derechos humanos», en este contexto histórico-geográfico, desde la teoría del derecho. Quizás sería mejor relatar con lujo de detalles todas las «razones», «justificaciones», «procesos judiciales» de la cotidiana violación de los «inmortales derechos del hombre». ¿No sería este el mejor camino a contrapelo para, después de «informarse» de tanta miseria humana salir decidido a luchar por la vigencia efectiva y racional de los derechos humanos? Nuestros novelistas se han encargado, desde hace tiempo, de contarnos estos avatares (1).

La actual teoría del derecho en América Latina recoge estas angustias humanas para, a partir de ellas, construir una teoría que fundamente una práctica efectiva de protección jurídica de los derechos humanos. El propósito de este artículo es doble: por un lado, haré un breve inventario de lo que hay como preocupación teórico-jurídica sobre los derechos humanos en América Latina, y, por otro lado, presentaré algunas consideraciones generales sobre ciertos y particularmente relevantes temas de la teoría y práctica del derecho positivo como un instrumento eficaz para la protección y promoción de estos derechos.

II

UN BREVE INVENTARIO

El inventario que haremos no pretende ser exhaustivo sino meramente indicador (2). Comenzaré ofreciendo un recuento de la situación de los *derechos humanos en el ámbito de los estudios académico-universitarios*. Hasta 1983 los derechos humanos no constituían un tema de particular interés en las Facultades de Derecho de algunos países de

(1) MARUJA BARRIG, *La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana*, CEDYS, Lima, 1980. GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, en su *Cien años de soledad*, relata cómo los «Ilusionistas del Derecho» (los «decrépitos abogados vestidos de negro») demostraban jurídicamente que las «reclamaciones» de los trabajadores de una compañía bananera «carecían de toda validez, simplemente porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal... y se estableció por fallo de tribunal y se proclamó en bandos solemnes la inexistencia de los trabajadores». Editorial Suramericana, Buenos Aires, 1969, p. 256.

(2) La primera parte de este artículo presenta un inventario de tópicos relevantes para la teoría del derecho y derechos humanos en América Latina. Obviamente este muestrario no pretende recoger todas las manifestaciones que sobre el tema se han presentado en el ámbito latinoamericano.

América Latina (3). Para esa época la información obtenida arrojaba el siguiente resultado:

- Los «Derechos Humanos» aparecen en el ámbito de los «Derechos fundamentales de la persona humana» (punto 5 del Programa oficial del Curso «Introducción al Derecho» de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, 1981 y 1982).
- El tema de los derechos humanos constituye el punto 6 del capítulo IV, que versa sobre «Axiología y Deontología Jurídicas» (Programa oficial del curso de «Filosofía del Derecho», Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso, 1981).
- En algunos casos se trata de presentar el ordenamiento jurídico de un país en relación con específicos derechos humanos, como por ejemplo la «libertad» (Derecho Constitucional III, Libertades públicas, Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima, 1982).
- Suponemos que los temas que versan sobre «garantías constitucionales» propician algún tipo de reflexión sobre los derechos humanos. En general, «... en las Facultades y Escuelas de Derecho el tema de los derechos humanos está prácticamente sepultado dentro de los programas de Derecho Constitucional y Derecho Internacional» (4).

(3) La información que pudimos recolectar en 1983 proviene de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos del Perú; Pontificia Universidad Católica del Perú; Universidad de Lima; Universidad de Valparaíso, Chile; Universidad Católica de Valparaíso Pontificia Universidad Católica de Chile; Universidad de Chile; Universidad Central de Venezuela; Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela; Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela; Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela.

(4) Esto lo afirmaba en 1982 Domingo García Belaúnde, en *La reforma de los planes de estudios de derecho en América Latina y comentarios ponencia presentada en la XIII Conferencia de Facultades de Derecho de América Latina*, Universidad Central del Este, San Pedro de Macoris, República Dominicana, 10-15- de octubre de 1982.

DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO PROCESAL
Y DERECHOS HUMANOS

La teoría del derecho constitucional y procesal han sido los puntales de los derechos humanos en América Latina. La primera representaría el reconocimiento jurídico positivo de esos derechos fundamentales y la segunda sería el instrumento jurídico eficaz para la protección de esos mismos derechos. A esta protección procesal se le ha llamado la protección interna de los derechos humanos. La literatura jurídica-política del Estado democrático ha hecho de estas dos teorías sendos objetos de estudios. Esto ha conformado una tendencia «juridicista» de los derechos humanos en América Latina. Un ejemplo de esta posición es el trabajo de Héctor Fix Zamudio (5).

Este autor afirma que lo que caracteriza «al régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia» (6), y la vigencia exige un medio jurídico que haga valer el derecho protegido. Tal medio es la *acción procesal*. Esta acción está amparada en instrumentos procesales específicos, los mismos que se han convertido en el *derecho de los derechos humanos* y son reclamados tanto a nivel nacional como internacional. Desde esta perspectiva se puede hablar de un ámbito judicial de protección de los derechos humanos. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 22 de noviembre de 1969) en su artículo 25 consagra esta protección judicial en los siguientes términos: «1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.»

(5) HÉCTOR FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, UNAM, 1974.

(6) *Op. cit.*, p. 169.

Sólo los instrumentos procesales propiamente dichos son considerados como «verdaderas y propias garantías constitucionales» (7). Para Fix Zamudio estos instrumentos procesales se dividen en: a) *indirectos*: son aquellos que se dirigen a la «protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrarse en este sector el proceso ordinario (civil, penal, laboral, etc.) y la justicia administrativa» (8); b) *instrumentos complementarios*: son aquellos que pueden utilizarse para sancionar la violación de los derechos humanos aunque no hayan sido creados para tales fines, por ejemplo: el juicio político y de responsabilidad de los altos funcionarios (9), y c) *medios procesales específicos*: son «aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores», considerando, además, que no es suficiente la sanción a la violación sino que es necesaria la «restitución al afectado en el goce de los derechos infringidos» (10). Fix observa una diferencia entre los «derechos humanos» y los «derechos subjetivos ordinarios». Los derechos humanos tienen una «naturaleza diversa» de los segundos puesto que los primeros «afectan la dignidad e inclusive la existencia misma de la persona humana, por lo que su violación, aun tratándose de los derechos calificados como individuales, trasciende de la esfera del sujeto afectado y adquiere una repercusión de carácter social» (11). Ha sido el «Habeas Corpus» el instrumento que constituyó el germen de la protección procesal de los derechos fundamentales de la persona humana (12); en la práctica jurídica este instrumento se ha «hipertrofiado», pues se emplea para tutelar todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en las constituciones políticas de los países.

DERECHOS HUMANOS SIN TEORÍA

En la historia de la consagración constitucional de los derechos humanos en América Latina aparece un caso interesante de tener en

(7) *Op. cit.*, p. 174.

(8) *Idem.*

(9) *Op. cit.*, pp. 174-175.

(10) *Idem.*

(11) *Op. cit.*, p. 184.

(12) *Op. cit.*, p. 186. En la actualidad los medios más usados son el Habeas Corpus, el Amparo y Mandado de Seguridad.

cuenta, no tanto por lo que afirma como por lo que dice negar. Alfonso Noriega C., al hacer una breve historia de las ideas jurídico-políticas que influenciaron en la adopción de los derechos del hombre en las constituciones mexicanas (13), apunta que los antecedentes de tales constituciones se remonta a los filósofos de la ilustración, la revolución francesa y americana. Los antecedentes ideológicos fueron el individualismo democrático-liberal y el pensamiento liberal. En la Constitución de 1917 al catálogo de los derechos del hombre se le denominó «garantías individuales». Precisamente estas «garantías» tienen, según Noriega, el carácter de derechos, «sin pretender que se funde este carácter en una teoría específica del derecho natural, sino en la convicción, firmemente arraigada, de que el hombre, como tal, como persona humana, tiene derechos que le son propios frente al Estado; derechos que el poder público reconoce y consigna en la Constitución y que, siendo anteriores al Estado, pueden considerarse un testimonio —consignado en la ley suprema— de sus creencias en la libertad individual». La tesis de Noriega se opone a aquellas otras que afirman que los derechos humanos consagrados en la Constitución de 1917 son meros derechos que concede el Estado, tesis fundada en el positivismo jurídico y a la explicación kelseniana de las garantías constitucionales. Noriega subraya, al hacer el recuento de las discusiones que motivaron el reconocimiento de estos derechos en el artículo 1.º de la Constitución mexicana de 1917, la directa intención, en especial del señor Macías, de evadir las «discusiones filosóficas» que «eran peligrosas y se prestan a confusiones» (15). Para Macías, garantizando todas las manifestaciones de la libertad se protegían todos los demás derechos del hombre; de este modo estarían reconocidos «los derechos naturales del individuo». La expresión «derecho natural» no debe entenderse, afirma Noriega, como «derivado de una teoría específica del derecho natural». Sin embargo, continúa el mismo autor, «hay que reconocer que la idea de que se trata de derechos inherentes a la naturaleza misma del hombre estaba en la mente y en el ánimo de todos los constituyentes» (16).

(13) ALFONSO NORIEGA C., *Las ideas jurídico-políticas que inspiraron las declaraciones de derechos del hombre en las diversas constituciones mexicanas*, en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

(14) *Op. cit.*, p. 119.

(15) *Op. cit.*, pp. 128-130.

(16) *Op. cit.*, p. 131.

Pero una «idea» no es una teoría y por ello Noriega está convencido que «ninguna teoría general, ninguna tesis doctrinal específica influyó en la preparación y redacción final de la Constitución en vigor, en materia social, política o económica, y mucho menos hizo acto de presencia una teoría jurídica o filosófica que pudiera cambiar o modificar el sentido de los derechos del hombre...» (17).

LA POSICIÓN REALISTA-CRÍTICA (ANTINORMATIVISTA Y NO DECLARATIVA Y TRANSDISCIPLINARIA DE LOS DERECHOS HUMANOS)

Una perspectiva comprehensiva sobre los derechos humanos en América Latina es la desarrollada por Enrique P. Haba Muller en su *Tratado básico de Derechos Humanos* (18). Esta visión es comprehensiva en un doble sentido:

a) En cuanto presenta una reflexión «realista crítica» antinormativista y no declarativa fundada en el «pensamiento analítico contemporáneo» y con un alcance transdisciplinario, todo lo cual lleva a E. P. Haba a «insistir en que la letra de las disposiciones jurídicas positivas de derechos humanos aplicables en cada país (Pactos internacionales, Constitución, leyes, etc.) no significa sino un “momento” más en el camino para conseguir hacerlos (a los derechos humanos) realidad» (19). Las «opcionales formas» que adquiere la interpretación de este “momento” de los derechos humanos y “los alcances” prácticos de la interpretación elegida, dependen fundamentalmente de cómo lleguen a entrar allí en juego muchos otros “momentos” también: principios jurídico-hermenéuticos, mentalidad de los jueces, ideologías políticas, intereses sociales contradictorios, dinámica del Poder, etcétera» (20).

Todos estos elementos conforman la visión «crítica-realista», la cual, según Haba, «representa no sólo la forma menos engañosa de aprehenderlos (los derechos humanos) en el plano intelectual, sino también la plataforma del pensamiento que ofrece mayor fertilidad para impulsar la *efectiva* realización de estos derechos, tanto en el queha-

(17) *Op. cit.*, p. 153.

(18) ENRIQUE P. HABA MULLER, *Tratado Básico de Derechos Humanos. (Examen realista-crítico)*, 2 tomos, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1986.

(19) *Op. cit.*, pp. XXVII-XXVIII.

(20) *Idem.*

cer de los juristas como más allá de éste» (21). Esta posición no se encuadra en la práctica constitucionalista, a la que tendencialmente se ha visto reducida la explicación e interpretación de los derechos humanos. En este sentido el *Tratado* de Haba no es un Manual de Derecho Constitucional y por lo mismo no se circunscribe a los textos del derecho positivo ni puede incluírsele —a esta perspectiva— en el «consabido escapismo que tienen los enfoques normativistas acerca de los artículos sobre los derechos humanos, especialmente cuando se estudia el Derecho Internacional de la materia» (22).

Desde esta perspectiva el «lenguaje jurídico» en que se expresan los derechos humanos es puesto en cuestión: en primer lugar, la comprensión del lenguaje jurídico de los derechos humanos exige, como presupuesto de metodología hermenéutica, elementos que de «*ante-mano*» están ya constituidos y que influyen decisivamente en la escogencia de las fórmulas lingüístico-jurídicas que serán incorporadas en las Constituciones: «presupuestos científicos y axiológicos, factores políticos y en general sociales, opciones para fórmulas, preceptos alternativos, etc.» (23); en segundo lugar, existen condicionamientos para la «aplicación ulterior de dichas fórmulas lingüísticas una vez que éstas forman parte de los textos oficiales consagrados como derecho positivo: cuestiones relativas a sus posibilidades de interpretación en los niveles legislativo, administrativo y judicial; condiciones extrajurídicas, y en general fácticas, que determinan su forma de aplicación o la obstaculización, ideologías dominantes, etc.» (24).

b) A la visión comprehensiva realista-crítica del autor, como venimos de señalar, se une el hecho de la construcción de este *Tratado Básico de Derechos Humanos* sobre la base de las investigaciones realizadas por especialistas en el campo jurídico constitucional y el área filosófico-metodológica expuestas en las Reuniones Regionales de Expertos en 1982 y 1983 (25).

(21) Idem.

(22) *Op. cit.*, p. XXXIII.

(23) Idem.

(24) Idem.

(25) Llevadas a cabo el 23 al 27 de agosto de 1982 y el 22 al 26 de agosto de 1983 en Costa Rica. Haba dice al respecto: «Lo investigado durante esta etapa constituye la principal base que en el orden informativo se manejó para el presente trabajo», p. XXXVIII. E. P. Haba, sobre la base de estos materiales, elaboró dos informes generales en diciembre de 1982 y julio de 1983.

Ahora bien, el tema de estudio, el objeto privilegiado sobre el que recaerá el examen es el «Derecho Constitucional» considerado como «instrumento del derecho positivo interno» que está llamado a proveer los «medios jurídicos más *eficaces* para garantizar a los individuos el respeto por sus derechos humanos» (26). Sin embargo, la descripción de la realidad constitucional latinoamericana nos muestra una situación «poco halagüeña»:

1. Las Constituciones de los países de América Latina «con excesiva frecuencia se abstienen de ofrecer protección adecuada para los derechos humanos» (27).
2. «Los individuos —sobre todo el hombre corriente— están demasiado a merced del Estado en cuanto a la seguridad de los derechos fundamentales» (28).
3. Los individuos «incluso sucumben a la acción de otras organizaciones, extraestatales de orden nacional o internacional» (29).

La importancia que tiene el Derecho Constitucional en relación al tema de los derechos humanos proviene, pues, de que éste es considerado como un elemento fundamental que «juega en el centro de las coordenadas político-sociales y jurídicas» (30) de un determinado «contexto colectivo». En esta perspectiva, el Derecho constitucional es la expresión histórica fiel de la «ideología liberal» cuyo *telos* es el de limitar y controlar el poder político: por un lado, se libera a los individuos del «control social absoluto de sus dominadores» y, por otro, se le permite «una legítima participación en el proceso del poder» (31).

Estas ideas «revitalizadas y desarrolladas» continúan en vigencia y conforman el «*tipo* de Derecho constitucional que corresponde a lo que se llama *Estado de Derecho*» (32) y sirven a su vez como «fuente de inspiración básica a los instrumentos internacionales de derechos humanos» (33). La efectividad de la protección jurídica es vista entonces desde el «ángulo de referencia» de las «relaciones entre las Constituciones latinoamericanas y esos documentos internacionales». El aná-

(26) *Op. cit.*, p. 10.

(27) *Op. cit.*, p. 9.

(28) *Idem.*

(29) *Idem.*

(30) *Op. cit.*, p. 11.

(31) *Idem.*

(32) *Op. cit.*, pp. 11-12.

(33) *Op. cit.*, p. 12.

lisis de estas relaciones está complementado por el examen del «correlato fáctico que corresponde o puede corresponder a los textos oficiales» con el objeto de apreciar la importancia «real que una formulación tiene con vistas a la *praxis* de los derechos humanos» (34).

Ahora bien, ¿cómo hacer para que la «aplicación» del derecho protector de los derechos humanos sea *eficaz*; es decir, qué instrumentos conceptuales hay que utilizar para lograr una interpretación «correcta» del derecho positivo interno garante de los derechos humanos? E. P. Haba propone una determinada «corriente interpretativa» que él denomina *dogmática jushumanista*, la misma que puede «servir como guía para destilar unos criterios que, aunque tampoco carecen de elasticidad, están en condiciones (no siempre, pero muchas veces sí) de resultar más operativos» (35). La definición de esta *dogmática jushumanista* se presenta en términos más bien abiertos al considerarla como «la corriente de la doctrina jurídica que, a la hora de entender los textos de derechos humanos, la interpreta con una orientación de tipo «humanista», indicando con esto último que «dicha orientación es el resultado de —y continúa desarrollando ahora— aquellas corrientes de pensamiento que conforman la tradición histórica que ha desembocado en los instrumentos jurídicos donde son reconocidos esos derechos» (36).

Precisando un poco más, la *dogmática jushumanista* se diseña sobre la base de un «cierto cuerpo de criterios y soluciones relativos a las bases doctrinarias y en general a la interpretación de los textos normativos oficiales de derechos humanos. Es una red de pautas que se integran tanto por ideas consignadas en las resoluciones de organismos internacionales como por la doctrina jurídica más afín a la orientación predominante en éstas, todo lo cual permite otorgarle cierta sistematicidad y también un “sesgo” interpretativo común al conjunto de aquellos textos» (37). Pero aun en el seno de esta corriente hay algunas interpretaciones «más íntegras» que otras.

Aunque de hecho existe este ámbito interpretativo jushumanista que señala Haba, esto no significa que los conceptos que aprehenden los

(34) *Idem.*

(35) *Op. cit.*, p. 14.

(36) *Op. cit.* p. 316.

(37) *Op. cit.*, p. 317. Una definición «dedística», como la llama Haba, sobre esta cuestión es lo que se plasma en la obra de HENKIN (ed.), *The International Bill of Rights*.

datos de la acción humana y que se inscriben en el lenguaje jurídico relativo a los derechos humanos sean claros, precisos, definidos y, por todo ello, fácilmente aplicables. Sucede precisamente lo contrario. El lenguaje jurídico de los derechos humanos está plagado de *conceptos indeterminados*, «cuyo ámbito semántico es muy elástico: a menudo resultan polisémicos, siempre ofrecen anchos márgenes de vaguedad (“aureolas de penumbra”)» (38). Los conceptos jurídicos indeterminados puedan ser estudiados desde una cuádruple perspectiva («niveles» en la opinión de Haba) con el objeto de detectar el grado de indeterminación semántico de dichos conceptos. Tales niveles orientados de mayor a menor son los siguientes:

1. *Ámbito lógico-semántico*: «lo confirman todas las interpretaciones posibles de una expresión lingüística, llamando “posibles” a aquellas que responden a reglas de uso comunes de los términos en cuestión; es decir, significaciones suyas que, como tales, son reconocidas por la generalidad de sus locutores, o por algunos círculos de éstos».

2. *Ámbito semántico social*: «de entre las interpretaciones que caben en el ámbito lógico, se toman en consideración sólo aquellas que son reconocidas como tales por locutores de una cierta colectividad, en un momento histórico dado; vale decir, interpretaciones reconocidas hic et nunc, ya sea por la generalidad de los locutores del medio o al menos por quienes pertenecen a los sectores sociales más influyentes».

3. *Ámbito semántico real*: «de entre las interpretaciones que caben en el ámbito social, aquí no se admiten sino las que tienen “peso” político como para ser recogidas eventualmente como palabra del aparato estatal de ese país y ejecutadas por parte de éste; son sólo aquellas interpretaciones cuya puesta en práctica es promovida, o al menos podría ser tolerada, por las fuerzas sociales dominantes».

4. *Interpretación autorizada*: «es una de las del ámbito real, escogida por un intérprete autorizado (legislador, gobernante, juez, etcétera), o sea, por funcionarios estatales de jerarquía tal como para que la determinación que ellos decidan sea respaldada por el aparato del Estado».

No obstante la indeterminación semántica de este tipo de conceptos, que deja siempre grandes márgenes a la interpretación, éstos «ejercen alguna fuerza de “presión”, tanto en lo emotivo como en lo intelectual,

(38) *Op. cit.*, p. 245.

(39) *Op. cit.*, pp. 275-276.

sobre la mente de quienes están llamados a aplicar los textos jurídicos respectivos» (40). En este sentido los referidos «conceptos jurídicos indeterminados» no son *meras* «fórmulas vacías», son más bien «fórmulas semi-vacías». Al lado de la función «emotiva» e «intelectual» que tienen estos conceptos hay que recordar que el establecimiento del contenido jurídico de éstos está en relación con la conciencia social y el tipo de régimen político existente en un país determinado. La praxis interpretativa de los conceptos indeterminados nos permite hacer una clasificación a partir de la orientación que se aprecia en el uso de esos conceptos: a) conceptos indeterminados pro-humanistas, «eventual base para desarrollos jurídicos que garantizan derechos humanos». Un ejemplo de este tipo de concepto, son las expresiones de «dignidad de la persona humana» «libertad», «justicia», «progreso social»; b) conceptos indeterminados restrictivos, con «peligrosa potencialidad expansiva pro-autoritaria» (41). Ejemplo de esto son las expresiones siguientes: «orden público», «interés público», «intereses populares», «moral», «orden social», «tranquilidad pública», «fines lícitos», «honrar a la patria», etc. En este contexto también se usan expresiones tales como «seguridad», «seguridad pública», «seguridad nacional». La práctica efectiva de los derechos humanos en América Latina relativa al ámbito de uso del concepto de «seguridad» nos enseña que es quizás el más «peligroso» y al que con frecuencia recurren los Estados para legitimar sus acciones represivas; c) conceptos indeterminados ambivalentes. Ejemplo de este tipo de conceptos son las expresiones de «bien común», «interés general» (42).

A partir de esta clasificación se pueden estudiar los conceptos indeterminados en las Constituciones de América Latina. Desde esta perspectiva las Constituciones pueden dividirse en tres clases: 1) «las que muestran una cifra más bien escasa de tales conceptos; 2) las que exhiben en cantidad relativamente considerable (sobre todo teniendo en cuenta el preámbulo de las Constituciones) e incluyen un buen número de los conceptos del tipo (a); 3) las que presentan bastantes conceptos (indeterminados), pero particularmente del tipo (b)» (43). Las Constituciones de Colombia y Costa Rica pertenecen a la primera clase; las Constituciones del Perú, Honduras, Venezuela y Uruguay encajan en la segunda clase, y las Constituciones de Chile, Cuba y Brasil se encuadran en la tercera clase.

(40) *Op. cit.*, p. 344.

(41) *Op. cit.*, p. 281.

(42) *Op. cit.*, p. 284.

(43) *Op. cit.*, p. 349.

Al lado de las Constituciones nacionales que defienden o promocionan efectivamente los derechos humanos, opera una especie de «conciencia de la humanidad» expresada en el «Derecho internacional de los derechos humanos». Estos «documentos internacionales» conforman cierto criterio hermenéutico que ilumina, por decirlo así, al Derecho interno de los Estados. La aplicación de ese Derecho internacional sólo funciona en la medida en que es aceptado por las Constituciones de cada Estado. Por ello, y «en definitiva, el papel del Derecho internacional de los derechos humanos es fundamentalmente de carácter semántico-hermenéutico. La función lingüística *real* que él cumple, en la medida en que consigue trasponer los límites del círculo de sus locutores específicos» (44), es la de «incitar» a las autoridades nacionales para que tomen en cuenta las orientaciones inscritas en esos documentos.

Un segundo momento de la reflexión que nos presenta Haba radica, precisamente, en analizar, poniendo en práctica el marco conceptual anterior, los derechos humanos en el Derecho constitucional latinoamericano y en el Derecho internacional. Aquí se trata de examinar la existencia de los instrumentos jurídicos que defienden los derechos humanos en las Constituciones positivas y vigentes. También se trata de ver si existen los órganos estatales que los hagan valer. Para llevar a cabo este tipo de análisis se han detectado cinco indicadores en el discurso constitucional, los cuales son: 1) protección judicial de los derechos humanos, 2) responsabilidad de los funcionarios estatales por violación de los derechos humanos, 3) Estados de excepción, 4) libertad de expresión como garantía genérica, 5) el campo de los derechos económicos. Un análisis de esta naturaleza presupone como condición «la presencia de aquellas características de la organización estatal que habitualmente se conocen bajo la rúbrica *Estado de Derecho*» (45). Veamos ahora qué sucede en el efectivo funcionamiento de las Constituciones de América Latina en relación a cada uno de estos indicadores.

La protección judicial. La idea de la protección judicial de los derechos humanos tiene su expresión en las denominadas «garantías» cuya forma jurídica (institución jurídica) «asegura prácticamente el respeto de los derechos y de las Declaraciones» (46). Las «garantías» se

(44) *Op. cit.*, p. 468.

(45) *Op. cit.*, p. 487.

(46) *Op. cit.*, p. 495.

plasman a través de los «instrumentos procesales» y éstos pueden ser: 1) *ordinarios*, que cautelan intereses corrientes pero que en ciertos casos pueden proteger derechos humanos. Por ejemplo, el «debido proceso de derecho» es un derecho fundamental; 2) *complementarios*, que son los instrumentos destinados a imponer sanciones y no a proteger los derechos humanos «en su ejercicio mismo» (47); por ejemplo «el juicio político»; 3) de *control constitucional*, que tratan de evitar el exceso de las atribuciones de los órganos estatales encargados de producir normas jurídicas. Aquí se dan los diferentes modos de control de las leyes; y 4) *procesales específicos*, que son los instrumentos orientados a la protección de los derechos humanos como, por ejemplo, el Habeas Corpus, Amparo, «Mandados de segurança, etc.». Hay que subrayar que la funcionalidad y eficacia de estos instrumentos procesales está en relación directa con la *idoneidad del Poder Judicial*. «Es clave que la designación judicial no esté sujeta al poder político, que no dependa fundamentalmente del Ejecutivo» (48). La independencia del juez es una condición necesaria para el buen cumplimiento de sus propias funciones. Lamentablemente «este ideal no se cumple en la generalidad de los países de América Latina, ni siquiera en aquellos de régimen democrático» (49). El hecho de que el aparato judicial no opere oportunamente ni tenga el grado de independencia que es una condición *sine qua non* en «la propia estructura interna del Poder» hace que éste no funcione y la conclusión a la que se llega después de pasar revista a la «realidad constitucional» de América Latina es que en muchos países latinoamericanos las condiciones en que trabajan los jueces no son «las aconsejables para lograr una adecuada protección jurídica de los derechos humanos» (50).

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

El estudio de las Constituciones concluye en que estos textos «no permiten reconocer con claridad cuál es el régimen jurídico que está efectivamente en vigor, en el país respectivo, para lo tocante a las responsabilidades de funcionarios públicos por violación de derechos humanos» (51).

(47) *Op. cit.*, p. 496.

(48) *Op. cit.*, p. 508.

(49) *Op. cit.*, p. 509.

(50) *Op. cit.*, p. 631.

Estados de excepción. Un somero análisis de las Constituciones de América Latina arroja un saldo desfavorable en cuanto a las regulaciones de los «Estados de excepción» en relación a la protección de los derechos humanos. Tales regulaciones no son sólo insuficientes, sino que, incluso, son «*peligrosas* para los derechos humanos» (52). Hay que señalar la, en principio, contradictoria situación que plantea esta contra-figura jurídica: reconoce que se puede desconocer en grado, intensidad y número alguno o todos los derechos humanos. Así que «todas las medidas propuestas se orientan de uno u otro modo a “encauzar” los Estados de excepción partiendo de la base de que (¡lamentablemente!) no sería realista suponer que pueda ser eliminado un recurso eventual a ellos» (53). Los «Estados de excepción» son, pues, una inevitable espada de Damocles. Cuanto más restricciones pongamos a la implementación de los «Estados de excepción» mejor será para la vigencia de los derechos humanos.

Libertad de expresión. La expresión del pensamiento, individual o colectivo, a través de los medios de comunicación no es fácil en América Latina. El estudio concluye con esta desalentadora constatación: «en general la libertad de expresión del pensamiento no se halla bien protegida por las Constituciones latinoamericanas... En cuanto a las formulaciones que presentan los textos constitucionales mismos, (éstas) conforman un espectro en uno de cuyos extremos estarían Cuba y Chile, seguidos de cerca por México y Brasil, como ejemplo de países cuyas Cartas contienen restricciones particularmente severas para el ejercicio de tales libertades. Como ejemplo casi solitario de un reconocimiento bastante amplio de éstas, en el otro extremo, estaría la Constitución del Perú, seguida por el texto uruguayo de 1967 (prescindiendo de los Actos Institucionales). Entre ambos polos —reconociendo con cierta amplitud algunas manifestaciones de dichas libertades, pero limitando en exceso otras —se ubican las restantes Constituciones examinadas» (54).

Derechos económicos. Estos derechos humanos son, acaso, el diapason más sensible con que se puede medir esta vocación jushumanista (¿jusnaturalista?) que se plasma, en diferentes grados y con características políticas contradictorias, en las Constituciones de América Latina. Estos derechos son aquellos que «genéricamente» suelen llamar-

(52) *Op. cit.*, p. 748.

(53) *Op. cit.*, p. 729.

(54) *Op. cit.*, p. 865.

se los *derechos económicos, sociales y culturales*. El asunto resulta casi utópico en cuanto cumplimiento efectivo de esos derechos, pues se trata nada menos que de la satisfacción de las necesidades de subsistencia básica de todos y cada uno de los seres humanos que pueblan una nación. Se trata de «alcanzar» salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales necesarios, seguro de desempleo, protección contra la enfermedad, invalidez, viudez, vejez, etc.; es decir, lograr un «nivel de vida adecuado» (cf. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Existen particulares puntos sensibles en este ámbito. En primer lugar está el asunto, supuestamente contradictorio, entre los «derechos económicos, sociales y culturales» y los derechos «civiles y políticos».

En segundo lugar están los derechos económicos y sus correspondientes formas de protección jurídica o derechos instrumentales, tales como la huelga y la sindicalización. Estos últimos podrían servir incluso como indicadores de la realización o no de esos derechos económicos.

E. P. Haba plantea aquí una cuestión ardua: se parte del reconocimiento de una tensión entre los «menos favorecidos» y los «privilegiados»; tensión que expresa el reparto del producto social entre los sectores sociales de una nación. El derecho que expresa una «voluntad política» real orientada a ordenar justamente este reparto (sin desconocer la estratificación de estos sectores sociales) debe otorgar «posibilidades de *presión*» o bien no prohibir tales presiones a los «sectores menos favorecidos». Los dos instrumentos de presión para ejercer esta exigencia son el derecho de huelga y el de sindicalización. Puestas las cosas así y teniendo en cuenta la experiencia de sociedades que disfrutaban de un alto nivel de vida y en donde «los sindicatos de empleados y de obreros soportan menores restricciones estatales para poder funcionar» es precisamente en estas sociedades «donde las huelgas son menos frecuentemente objeto de gran represión» (55).

Según lo dicho «se puede aventurar el siguiente postulado, tomándolo como un indicador de orden tendencial: cuanto más libres de reglamentación estatal se hallen los sindicatos y cuanto menos posibilidades tenga el Estado de obstaculizar las huelgas, más probable es que la mayor parte de la población logre realmente alcanzar «un nivel de vida adecuado» a las *posibilidades* económicas de ese país. Por el con-

(55) *Op. cit.*, p. 929.

trario, cuando la sindicalización libre y las huelgas se prohíben, o se reglamentan de modo tal que resultan muy difíciles de llevar a la práctica, entonces hay buenos motivos para sospechar que de ello sacarán especial provecho sectores minoritarios de la población, que pueden o no formar partes del aparato estatal mismo (en el caso afirmativo suelen ser quienes ocupan los puestos más elevados de dicho aparato)» (56). En este sentido las normas constitucionales sobre sindicalización y huelga constituyen un «síntoma» de la buena o mala marcha de los derechos económicos.

Esta posición de Haba sólo tiene en cuenta la repartición de la riqueza y no la producción de la misma (57).

Una conclusión a la que se llega después del estudio de las Constituciones es que los derechos económicos se hallan por lo general «formulados en normas de carácter *programático*» (58). Por otro lado, las Constituciones no ayudan a formarse una idea de la realización (y en qué grado) de los derechos económicos y por ello mismo se hace imperioso el examen de la *realidad* social, de lo que efectivamente sucede en la vida de una nación en cuanto al cumplimiento en fomentar o restringir los derechos económicos. Precisamente este tipo de trabajos no son los abundantes en el área jurídica constitucional. Esto nos pone en el límite de una determinada concepción del Derecho y de otros órdenes de problemas que no son examinados en el tratado de E. P. Haba.

- a) *La preminencia de la fundamentación moral sobre el reconocimiento jurídico de los derechos humanos*

La búsqueda de una fundamentación moral de los derechos humanos define la perspectiva ético-jurídica sobre la vigencia, validez y protección de los derechos humanos que propone Carlos S. Nino. Esta visión parte del reconocimiento del carácter trágico que informa el destino de la humanidad. Un signo de esta tragedia es esa «práctica de usar a los hombres como instrumentos» que es «mucho más desastrosa cuando, como suele suceder, es llevada a cabo por los poderosos, por quienes tienen acceso a las armas o a otros medios para so-

(56) Idem.

(57) *Op. cit.*, p. 930.

(58) *Op. cit.*, p. 946.

meter a sus semejantes en gran escala» (59). Precisamente la idea de los derechos humanos es el «antídoto» inventado por los hombres para «neutralizar esta fuente de desgracias» (60).

La humanidad parece haberse contentado, para lograr la promoción y defensa de los derechos humanos, con la «creencia de que ella está asegurada cuando se alcanza un reconocimiento jurídico de los derechos humanos» (61). Si bien esto es relativamente cierto, en especial frente a las violaciones de estos derechos por parte de los «particulares o de funcionarios aislados del aparato estatal» (62) considerado como la «modalidad más benigna de desconocimiento» de estos derechos, no es verdad respecto de la forma más perversa y brutal de ese desconocimiento» cual es «la que o bien involucra al núcleo mismo de la maquinaria que concreta el monopolio de la coacción o supone la injerencia de potencias extranjeras» (63).

Aquí se tropieza con obstáculos que están más allá de lo que admite el puro reconocimiento jurídico de estos derechos: por un lado, hay importantes divergencias ideológicas «entre los poderes gobernantes en diferentes naciones», y, por otro lado, «la soberanía de los Estados impone restricciones severas a la obligatoriedad de los compromisos asumidos y a la injerencia de órganos externos para investigar y castigar violaciones de derechos» (64). Este tipo de limitaciones son las que llevan a C. S. Nino a afirmar que aunque es indispensable el reconocimiento jurídico de esos derechos, es necesario ir más allá, a «un plano todavía más profundo: la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor de esos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos. Es esta conciencia, una vez que se arraigue firmemente y que se generalice, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los enemigos de la dignidad humana» (65).

Ahora bien, la formación de esa conciencia moral sólo puede ser realizada a través de la discusión racional (y no simplemente a través de

(59) CARLOS S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 14.

(60) *Idem.*

(61) *Idem.*

(62) *Op. cit.*, pp. 14-15.

(63) *Idem.*

(64) *Idem.*

(65) *Idem.*

la propaganda). Aquí se trata de adoptar una posición de «índole moral» justificada con razones; posición que debe permitirnos «determinar también cuáles son esos derechos que deben ser reconocidos y qué alcances debe asignárseles» y esto sólo puede hacerse «a través de la discusión racional en el plano de la filosofía moral» (66). Esta posición tiene como tradicionales enemigos a dos doctrinas metaéticas: a) el *dogmatismo ético*, según el cual «hay verdades morales autoevidentes o que se adquieren por un acto de fe o por una acción no corroborable intersubjetivamente, lo que hace, en cualquier caso, superfluo el ofrecer razones en apoyo de tales creencias; b) el *escepticismo ético*, para el que es imposible dar razones en defensa de una conciencia moral como la que legitima los derechos del hombre, puesto que la adopción de ese tipo de concepciones está determinado por decisiones o emociones que no están controladas por criterios de racionalidad» (67). Para Nino estas dos posiciones son «uno de los obstáculos más profundos para la formación de una conciencia moral esclarecida que sirva de último baluarte contra los asaltos de la dignidad del hombre» (68).

Frente a este adverso panorama de los derechos humanos las reflexiones de Nino tienen un objetivo práctico: quiere coadyuvar a la vigencia de los derechos humanos discutiendo las tesis que le son contrarias. Así, contra las dos corrientes metaéticas negativas (dogmatismo y escepticismo ético) Nino propone: 1) A la moral «como una creación humana que no es de ningún modo arbitraria, sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales a través de los cuales la identificamos» (69). Las instituciones y los derechos humanos derivan de esta moral. 2) Los principios básicos de la moralidad social: de la descalificación de «tres concepciones inherentes al pensamiento totalitario —el holismo, el perfeccionismo y el determinismo normativo— emergen los derechos individuales básicos», y de estos principios básicos «se derivan ciertas exigencias sustantivas» que las va a asociar con el «liberalismo» sin que por ello esto suponga una «posición acerca del sistema económico preferible» (70). 3) En correspondencia con todo lo anterior Nino intenta «vislumbrar un diseño social», es decir, se trata de idear insti-

(66) *Op. cit.*, p. 16.

(67) *Idem.*

(68) *Op. cit.*, p. 17.

(69) *Idem.*

(70) *Idem.*

tuciones apropiadas a los principios expuestos. Esto supone: a) definir «el alcance de los derechos y sus implicaciones respecto del sistema del gobierno apropiado, b) definir «los límites de la interferencia estatal con las acciones de los hombres» y c) definir «el uso legítimo de la coacción por parte del Estado» (71).

Pero la empresa conceptual que se propone Nino no parte de la nada, es decir, ésta no es un trabajo sobre bases inéditas; hay aquí una posición metodológica de principio tomada: la argumentación que desarrollará Nino hunde sus raíces en la filosofía analítica. ¿Tiene esto una especial relevancia para la discusión sobre los fundamentos morales de los derechos humanos? Nino se esfuerza por no desconocer los pasos dados por «pensadores de distinta orientación filosófica»; pero cada orientación tiene un «equipamiento metodológico» diferente. Hay, pues, caminos diferentes, aunque en la esperanza de Nino éstos puedan ser «paralelos» y «a veces coincidentes» (72). En conformidad con la perspectiva filosófica anunciada, la primera cuestión a resolver desde el punto de vista metodológico es la elucidación, la *reconstrucción racional* de un concepto, que en el caso presente es el de los «derechos humanos», evitando con ello partir desde una posición valorativa a priori o adoptar una pura descripción lexicográfica del uso de esa expresión lingüística. Tal reconstrucción «consiste en la transformación de un concepto inexacto y vago empleado en algún ámbito por otro más preciso y exacto que pueda ser usado en la mayoría de las ocasiones en que se usa el concepto anterior» (73). Se trata, en primer lugar, de *identificar* lo que posteriormente se va a valorar.

La tesis moral en la problemática de la fundamentación de los derechos humanos adelantada por Nino nos pone de cara a la tradicional teoría del Derecho natural. Es importante, pues, ver cómo resuelve Nino esta situación. Nino caracteriza las tesis básicas del Derecho natural del modo siguiente: a) la tesis que afirma que «hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos», y, como consecuencia de lo anterior, b) la tesis que afirma que «un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reco-

(71) Idem.

(72) *Op. cit.*, p. 17.

(73) *Op. cit.*, p. 22.

nocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como *derecho* si no satisface los principios afirmados en a) (74). Estas dos tesis sirven como parámetros para examinar las diferentes posiciones positivistas.

En general, los positivistas se resisten a reconocer la tesis a) con el título de *derecho natural*, porque si se admitiera también tendría que admitirse la tesis b), lo cual impediría que, para los positivistas, «se cuente con un concepto puramente descriptivo de derecho» (75). En este mismo sentido, el reconocimiento de la tesis a) llevaría a aceptar cierto tipo de fundamentación de tales principios que se entronca directamente con una determinada concepción (aristotélico-tomista) de la naturaleza humana. Según Nino, algunos positivistas no aceptan la tesis a) porque tales principios no son *universalmente válidos* ni son *cognoscibles* a través de procedimientos intersubjetivos. Esta posición positivista «muy difundida» constituye el obstáculo más fuerte y decisivo contra el que hay que luchar. Sin embargo, lo que está en la directa preocupación de Nino es más bien preguntarse por si «tenemos necesariamente que tomar partido respecto de ella para caracterizar una noción provisional de derechos humanos que sea operativa para la articulación de una cierta teoría normativa». Nino cree evadir el obstáculo de la posición escéptica «eliminando toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión “derechos humanos” *existen* o sean *cognoscibles*» (76), y llama, además, la atención sobre la relevancia que tiene para la discusión diferenciar una tesis *semántica* de una tesis *ontológica* y de una tesis *epistemológica*. (Las mitologías pueden interpretarse —afirma Nino— sin que por ello exijamos su existencia o cognoscibilidad.) La tesis a la que llega Nino después de esta «aclaración fundamental» es la siguiente: «Los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos *son derechos establecidos por principios morales*, por más que agreguen a continuación que tales derechos son, en consecuencia —como los principios de los que derivan—, relativos, subjetivos o inexistentes» (77).

La cuestión que ahora cobra importancia tanto para la aclaración de esta discusión como para comprender la posición de Nino es la de

(74) *Op. cit.*, p. 24.

(75) *Op. cit.*, p. 25.

(76) *Op. cit.*, p. 76.

(77) *Idem.*

definir los «*principios morales*», algunos de cuyos «rasgos distintivos» son los siguientes: «a) Los principios morales a que aludo son tales que *si* existieran, su existencia estaría dada por su validez o *aceptabilidad* y no por su reconocimiento efectivo o *aceptación* real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito. b) Si estos principios fueran aceptados para justificar ciertas conductas, ellos serían aceptados como justificación *final* de esas conductas; es decir, no hay principios de *otra clase* que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio. c) Los principios morales pueden valorar *cualquier conducta* (en especial, tanto acciones que sólo conciernen al agente como las que interesan a terceros, tanto acciones de funcionarios como de particulares, etc.). Si una conducta está o no sometida a valoración moral no puede determinarse a priori, sino que depende del contenido de los principios morales básicos» (78). Ahora bien, la justificación de estos «principios morales» normativos no podrá lograrse desde un punto de vista no moral, lo cual nos lleva directamente al estudio del discurso moral y de la moral social y crítica (ideal) (79).

La vía metodológica que emprende Nino para esta tarea es la del «construccionismo moral» que «parte de la base de las convenciones conceptuales y metodológicas implícitas en el discurso moral, que están determinadas por las funciones sociales de este discurso» (80). Nino agrega que la «teoría de John Rawls es un ejemplo de este enfoque, como se advierte una vez que se ve a su famosa "posición originaria" como una representación dramatizada del punto de vista moral» (81). Obviamente, esta posición moral tiene consecuencias para la teoría y práctica jurídicas. Para Nino los jueces «apoyan sus decisiones en normas jurídicas», pero «lo hacen a través de juicios de *adhesión normativa* y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico» (82). Con este bagaje teórico y metodológico y después de realizar un análisis (reconstruccionista) del concepto de *Derecho moral*, Nino nos propone tres principios de los cuales van a derivarse los derechos humanos fundamen-

(78) *Op. cit.*, p. 27.

(79) *Op. cit.*, p. 102.

(80) CARLOS S. NINO, *Los hechos morales en una concepción constructivista*, en «Cuadernos de Etica», vol. 1, núm. 1, 1986, p. 78.

(81) *Idem.*

(82) *Etica y Derechos Humanos*, cit., p. 29.

tales. Estos principios son: 1) *inviolabilidad de la persona*, «que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos». 2) *Autonomía de la persona*, que «asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia». 3) *Dignidad de la persona*, que «prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control» (83).

El sujeto humano que encarna estos principios no está exento de una específica exigencia, cual es la de poseer la «aptitud potencial» para «tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor». Es esta clase de personas morales a las que se aplica el «rasgo de universalidad frecuentemente atribuido a los derechos humanos» (84). La cuestión que queda aquí sin resolver es la de la «extensión de la clase de las personas morales, o sea... la de quienes reúnen aptitudes potenciales para tener conciencia de su identidad como titular de una cierta vida que pueden moldear sus propios juicios de valor». Preguntas como «¿hay seres humanos, como tal vez los comatosos y descebrados, que carecen de algunos derechos por haber perdido irreversiblemente las aptitudes que los fundamentan?». O como esta otra: «¿cuándo se dan plenamente las capacidades distintivas de la personalidad moral?». Todas estas y parecidas interrogaciones nos ponen en difícil situación y son, según Nino, «cuestiones muy serias de ética substantiva que no pueden ser resueltas mediante una mera estipulación conceptual» (85).

Nino intenta encarar algunas de estas clases de interrogaciones básicas y, no obstante el tenso y largo esfuerzo que él desarrollará, nos advierte claramente que «las conclusiones a las que se puede llegar por ahora acerca de la fundamentación de principios básicos de filosofía social son extremadamente tentativas. Ellas probablemente no sean todavía suficientes para justificar principios cuya formulación tenga un grado de precisión tal que permita resolver concluyentemente interrogantes como las anteriores. Pero —dice Nino— espero que tales conclusiones, a partir de consideraciones de metaética, provean una justificación *prima facie* de principios formulados de tal modo que se pueda inferir de ellos el conjunto de derechos morales básicos

(83) *Op. cit.*, p. 45.

(84) *Idem.*

(85) *Op. cit.*, p. 47.

de que gozan las personas por el solo hecho de serlo y que ningún orden jurídico pueda desconocer sin perder su legitimidad moral» (86).

b) *Comportamiento racional y derechos humanos:
una fundamentación relativa*

En el ámbito de la fundamentación filosófica sobre los derechos humanos se presenta otra propuesta: la de Francisco Miró Quesada, la misma que reafirma el *ideal de la vida racional*. Los derechos humanos tal y como fueron establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 constituyen el objeto de reflexión de Miró Quesada. La tesis que se adelanta puede ser vista desde la perspectiva de la razón práctica. Efectivamente, frente a una *fundamentación absoluta* de los derechos humanos basada en ciertos tipos de conocimientos como la *evidencia* (de normas como de proposiciones, las cuales se nos impondrían necesariamente) o la *deducción* [cuya justificación lógica exigiría la evidencia de sus principios (axiomas)], que fracasan precisamente porque el primer tipo —la evidencia de las normas— «no posee la universalidad que es condición imprescindible de su necesidad» (87) y trae como consecuencia la eliminación del segundo tipo, Miró Quesada nos ofrece una *fundamentación relativa* de los derechos humanos.

Tal fundamentación parte de la consideración de que «hay un valor sumamente importante para la humanidad, un valor que forma parte constitutiva del mundo moderno, sin el cual no puede concebirse la civilización de nuestros días. Este valor es el *ideal de vida racional*. La *razón humana* es considerada en este ideal como «un instrumento de decisión, tanto teórica como práctica» (88). El contravalor sería una vida irracional. Si aceptamos tal ideal Miró Quesada cree que es «imposible no reconocer los derechos humanos» (89). Pero no todos

(86) *Op. cit.*, pp. 47-48. El libro de Nino, del cual aquí hacemos un inventario y no una reseña, contiene además desarrollos interesantes en cuanto a los tres principios morales básicos de los que se derivan los derechos humanos, así como consideraciones sobre el discurso democrático considerando a éste como «un *sucedáneo* del discurso moral», *op. cit.*, p. 239. Pero también encontramos un examen «casuístico» sobre la «punición del consumo de drogas» y sobre la «pena de muerte».

(87) FRANCISCO MIRÓ QUESADA, *Fundamentación filosófica de los derechos humanos*, en «Derecho», Revista del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 36, diciembre 1982, p. 125.

(88) *Op. cit.*, p. 126.

(89) *Idem*.

los derechos son del mismo tipo: unos son básicos, como por ejemplo la libertad o igualdad; derechos que deben cumplirse siempre en cualquier sociedad. Otros derechos son instrumentales (como el de poseer una nacionalidad) y «deben existir como condición para que exista la posibilidad de que se cumplan los primeros» (90). A los primeros también se les denomina *derechos morales*. La tesis central de Miró Quesada es que «hay un derecho que es fundamental porque de él se pueden deducir los demás derechos básicos», y éste es el «derecho a la libertad». El fundamento que avala esta tesis «parte de la hipótesis del comportamiento racional; de esta hipótesis se deduce que todo hombre debe ser libre y de esta norma se deduce las demás normas básicas» (91).

Ahora bien, para la «demostración» de lo anterior se debe tener en cuenta una singular característica común a la actividad racional cognoscitiva (aquella que, entre otras cosas, dice Miró Quesada, analiza significaciones, efectúa deducciones y conoce con evidencia) como a la actividad racional conductual. Expresada en su forma negativa esta es la siguiente: «ninguna actividad racional puede ser arbitraria». La no arbitrariedad nos lleva a reconocer una *racionalidad interpersonal*; es decir, a no actuar de modo tal que nuestros fines se impongan por encima de otros poniéndoles así trabas. Por el contrario, un comportamiento racional exige que se entienda la *libertad* como la *ausencia de trabas para el comportamiento*. De aquí se deduce que nuestras acciones que persiguen fines no pueden ser realizaciones (conductas) que constituyan trabas a la libertad del otro. Es decir, «si una persona decide comportarse racionalmente, debe respetar la libertad de los demás» (92). De la libertad se deducen todas las demás normas básicas que están reconocidas en la Declaración: «Si todos los hombres deben ser libres, entonces nadie puede tener derechos que otros no tienen, pues quienes no los tienen sufren una limitación a su libertad que no es compensada por una limitación igual para todas las demás (93).

Establecida así la libertad y la igualdad de derechos, es posible, según Miró Quesada, deducir: «Que nadie puede ser esclavizado, ni torturado, que no se puede tomar la raza de una persona como pretexto

(90) *Op. cit.*, p. 127.

(91) *Idem.*

(92) *Op. cit.*, p. 130.

(93) *Idem.*

para limitar su libertad, ni su sexo, ni su religión, ni ningún aspecto constituyente de su personalidad como su nacionalidad, su filiación política, que no puede violarse su domicilio, ni su correspondencia, etcétera» (94). A pesar de que cada una de estas palabras «raza», «religión», «sexo», etc., pueden presentar dificultades en sus significaciones «hay siempre un núcleo significativo perfectamente claro que permite aplicar la norma en la mayoría de los casos» (95). No obstante este esfuerzo de fundamentación, el propio Miró Quesada no cree que la hipótesis sobre la que basa sus «deducciones» puede ser fundamentada racionalmente: «No puede demostrarse que hay que comportarse racionalmente»; sin embargo afirma que es la posición más «sólida que podamos encontrar» (96).

III

El recuento selectivo de tópicos sobre los derechos humanos que hemos bosquejado en grandes líneas nos muestra, creo, que en América Latina la urgencia de promover, reconocer y realizar en la vida diaria estos derechos está orientada hacia una fuerte preocupación de reconocimiento jurídico y que no está ayuna de un esfuerzo racional de fundamentación de estos mismos derechos. Toda la gama de posiciones aquí recogidas cubre una gran parte de modalidades institucionales, jurídicas y filosóficas de tratamiento de los derechos humanos. Sin embargo, no hay que dejar de lado un aspecto particularmente importante en el planteamiento sobre la vigencia de estos derechos: el punto de vista religioso. Me refiero a esa especial modalidad evangélica denominada «Teología de la Liberación». Teología que parte del «Evanglio y de las experiencias de hombres y mujeres comprometidos con el proceso de liberación, en este subcontinente de opresión y despojo que es América Latina. Reflexión teológica que nace de esa experiencia compartida en el esfuerzo por la abolición de la actual situación de injusticia y por la construcción de una sociedad distinta, más libre y más humana» (97). Los derechos del hombre son vistos, desde esta perspectiva cristiano-católica, en un contexto político-religioso comprometido con la realidad social.

(94) Idem.

(95) *Op. cit.*, p. 135.

(96) *Op. cit.*, p. 132.

(97) GUSTAVO GUTIÉRREZ, *Teología de la Liberación, Perspectivas*, CEP, Lima, 1971, p. 9.

No podemos olvidar ciertos cotidianos acontecimientos en la vida de los pueblos de América Latina, que ponen en situación crítica a los derechos humanos: la violencia como medio de subversión del orden jurídico-político-económico establecido; una de las formas de la conducta inmoral social como la «corrupción administrativa» y el caso del «perdón» por la violación de los derechos humanos. Estas formas de comportamiento social, casi normales en América Latina, nos plantean, por un lado, la urgencia de un cambio de las estructuras sociales básicas de los Estados nacionales y, por otro, la imperiosa necesidad de una educación moral ciudadana (98).

Paradójicamente, tanto la *violencia política* como la *corrupción administrativa* han generado respuestas que atentan contra los derechos humanos. He aquí dos ejemplos en la hora actual en América Latina: la guerrilla colombiana y «Sendero Luminoso» en el Perú, cuyas formas de lucha violenta son bien conocidas en el mundo entero frente a esto, la respuesta jurídica de los Estados nacionales comprometidos (Colombia y Perú) adquieren con frecuencia límites muy frágiles hasta llegar a equiparse a la conducta contraria sancionada. ¿Qué hacer frente a la violencia mortal que, por medio de esta conducta radical, reclama el cese de injusticias sociales que en muchos estratos sociales y políticos de esos países son consideradas inhumanas? He aquí una respuesta teórica, es decir, desde el punto de vista moral: «Tanto en el caso de la violencia de Sendero como en el de la violación de los derechos humanos por parte de las fuerzas policiales y militares en la zona de emergencia, uno de los argumentos principales es la presunta necesidad histórica de las acciones cumplidas, ya se trate de actos que contribuyen a realizar la revolución o para acabar la guerra cuanto antes a fin de preservar el orden constitucional. Frente a este argumento hay que afirmar en forma enérgica que la vida humana es un fin moral, y que no se le puede sacrificar ni en el altar de la revolución ni en el de la seguridad del orden constitucional» (99).

(98) Es decir, volver a pensar lo que ha caracterizado a la «Política» desde los griegos: una forma de gobierno adecuado y normas morales de vida de un grupo social humano.

(99) DAVID SOBREVILLA, *¿Es moral la acción política violenta? Un ensayo de ética práctica*, en «Socialismo y Participación», núm. 33, Lima, Perú, p. 9. Para la cuestión de «Sendero Luminoso» véase CARLOS IVÁN DEGREGORIA, *«Sendero Luminoso»: los hondos y mortales desencuentros*, Documento de Trabajo, serie Antropología, núm. 2, noviembre 1985 (2.^a edición), Instituto de Estudios Peruanos, Lima, Perú, y *«Sendero Luminoso». Lucha armada y utopía autoritaria. II Parte*, Documentos de Trabajo, serie: Antropología, 3, noviembre 1985, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, Perú.

Una respuesta política se orienta —como ha sucedido hace poco— a «justificar» la respuesta «legal» de un gobierno frente a la acusación de violación de los derechos humanos. El ministro del Interior de Chile respondió así a una crítica observación de Fernando Volio, representante de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU: «Una cosa es lo que se puede decir en la teoría y otra cosa es lo que debe hacerse en la práctica. El señor Volio puede opinar de acuerdo con las teorías... y otra cosa es la realidad chilena que estamos viviendo» (100). Me parece que la «respuesta política» plasma con exactitud una forma de pensar vigente en relación a los problemas de la praxis moral humana. ¿Nos topamos una vez más con el dilema de la irreconciliación de la reflexión teórica y la urgencia de la acción? De lo que se trata es, precisamente, de fundamentar y demostrar lo contrario: la acción moral implica una justificación de la vida como fin moral que exige, a su vez, un comportamiento acorde con ella.

La «corrupción administrativa» fue objeto de sanción de una ley especial dada por el Congreso de la República de Venezuela denominada Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP) cuyo objetivo es «prevenir, perseguir y sancionar el enriquecimiento ilícito y los delitos contra la cosa pública que en ella se determinan, y hacer efectiva la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios y empleados públicos y demás personas que se indican en ella» (art. 1.º de la LOSPP). Esta misma ley, que persigue promover una conducta moral de los funcionarios del Estado, atenta contra uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cual es el de que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad» (art. 8, núm. 2, de la ley y aprobatorio de la Convención).

Efectivamente, el artículo de la LOSPP dice: «Sin perjuicio de las que pueda promover el órgano competente, incumben a la persona investigada o enjuiciada las pruebas indicadas en el artículo 44 y en el artículo 66 de esta ley, la relativa al importe de sus ingresos y de sus

(100) Declaración recogida por la Agencia AP en Santiago de Chile aparecida en «El Nacional» (Caracas, Venezuela) del 27 de marzo de 1987, p. A./10 a propósito del comentario de Volio sobre la orden del gobierno chileno de confinar, a una remota localidad chilena, al dirigente socialista chileno Clodomiro Almeyda.

gastos ordinarios y lo que tienda a comprobar la licitud del enriquecimiento» (101).

Entre los pocos que alzaron su voz de protesta ante esta violación estuvo el profesor Alberto Arteaga Sánchez quien dijo que «tal previsión es contraria al principio de inocencia a favor del imputado», y agregaba: «considero que en un Estado democrático no puede establecerse un principio que lesiona un interés fundamental de la persona humana como es su libertad, precisamente en juego en el proceso penal, que debe otorgar las máximas garantías al inculpado. La naturaleza del proceso penal, determinado por un interés público, impone al Estado la obligación de indagar la verdad y no puede descargarse tal responsabilidad en el inculpado que debe tenerse como inocente...» (102). No exagero si afirmo que esta ley no sólo fue aplaudida por los principales líderes políticos, partidos políticos, instituciones cívicas, etc., sino que, además, uno de sus inspiradores afirmaba que la ley era «adelantada», incluso «revolucionaria», precisamente por haber consolidado la doctrina de la inversión de la carga de la prueba.

Es obvio que el clamor de los ciudadanos espoliados por la corrupción administrativa veía en esta ley el fin de sus angustias. En medio de esta confusa esperanza la severidad de la ley parecía garantizar su eficacia. Sin embargo, y pasado un corto tiempo de vigencia efectiva de la ley, «se ha visto que la ley, en la práctica, no resultaba tan se-

(101) «Artículo 44. Incurrir en enriquecimiento ilícito el funcionario o empleado público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación y sin poder justificarlo, se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que notoriamente sobrepasen sus posibilidades económicas.»

Elementos para su determinación.

«Parágrafo único: Para la determinación del enriquecimiento ilícito de las personas sometidas a esta Ley, se tomará en cuenta:

- 1) La situación patrimonial del investigado.
- 2) La cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios.
- 3) La ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación causal con el enriquecimiento.
- 4) Las ventajas obtenidas por la ejecución de contratos con alguna de las entidades indicadas en el artículo 4.º de esta Ley.»

«Artículo 66. El funcionario público que durante el desempeño de su cargo o dentro de los dos años siguientes a su cesación, sin poder justificarlo, se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que notoriamente sobrepasen sus posibilidades económicas, será penado con prisión de tres a diez años.»

(102) ALBERTO ARTEAGA SÁNCHEZ, *Los delitos contra la cosa pública en la ley orgánica de salvaguarda del patrimonio público*, en Varios, *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. Estudios, sistemática general e índice alfabético*, Colección Textos Legislativos, núm. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.

vera como se esperaba. Hay detenidos, pero no hay sentenciados. Los procesos amenazan prolongarse» (103). El caso de la «corrupción» y la LOSPP en Venezuela revela que uno de los elementos básicos de esta particular conducta inmoral es, como observa Njaim, la «situación política». La específica formación partidocrática de la democracia venezolana ha repartido por igual la carga de esta deformación moral de la vida institucional, «y sus propios voceros han reconocido que la corrupción no es un fenómeno exclusivo de un determinado partido» (104).

Al lado de estos dos ejemplos de *violación activa* —por decirlo así— de los derechos humanos existe un ejemplo extraordinario de *violación pasiva* de los derechos humanos. Por esta última entiendo los casos específicos de Argentina y Uruguay, países en que la ley obliga al «perdón» de parte de los sufrientes de las personas desaparecidas, muertas y torturadas por los gobiernos militares, y pretende, además, lograr la «reconciliación nacional» de los ciudadanos, poniendo «punto final» al enjuiciamiento de los militares violadores de derechos humanos. La ley uruguaya es, me parece, un caso paradigmático de contradicción interna que supone este ejercicio moral de reconocer la violación de los derechos humanos y perdonar tal violación gracias a la amenaza de «una virtual e inminente insubordinación de las Fuerzas Armadas ante citaciones del Poder Judicial». Esta ley no era más que el producto tardío (con dos años de atraso) del «acuerdo suscrito en agosto de 1984 entre los Partidos Colorados, Unión Cívica y la coalición izquierdista Frente Amplio, con las Fuerzas Armadas, que condujo a la realización de elecciones tres meses después» (105).

En efecto, el artículo 1.º de la citada ley prescribe: «Reconócese que como *consecuencia de la lógica de los hechos* originados por el acuerdo entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984, y a efecto de *concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional*, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1.º de marzo de 1985 por *funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en cumplimiento de sus funciones y en ocasión de*

(103) HUMBERTO HJAIM, *Evaluación político-social de la ley orgánica de salvaguarda*, en «Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas», Universidad Central de Venezuela, núm. 64, Caracas, 1985, p. 167.

(104) *Op. cit.*, p. 168.

(105) Noticias de Gerardo Maronna, Agencia AP, aparecida en «El Nacional», Caracas, el 22 de diciembre de 1986.

acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.» (Los subrayados son nuestros) (106). ¿Es moral este tipo de perdón o reconciliación nacional? Ahora tenemos un nuevo problema ético-jurídico: la justificación nacional del perdón y su eficacia jurídico-política: ¿es suficiente que la ley no persiga a los violadores de los derechos humanos para poner «punto final» a esta situación?

Razones de espacio nos impiden seguir desarrollando este punto y bosquejar, a partir de lo hasta aquí expuesto, una tópica filosófico-jurídica de los derechos humanos en América Latina. Sólo agregaré lo siguiente: el reconocimiento jurídico de los derechos humanos padece de las mismas limitaciones y problemas del Derecho positivo vigente. La fundamentación moral y filosófica tampoco escapan a las arduas cuestiones que plantea la razón práctica. En todo caso, los derechos humanos nos plantean el tema del «sujeto plural» de una ética social a partir de la revisión de las relaciones entre individuo y comunidad. En otras palabras, si tomamos en serio los derechos humanos, debemos recomenzar, una vez más, por pensar al hombre; así, casi sin proponérselo pero presionados por la urgencia de vivir humanamente, los derechos humanos se convierten en un tema subversivo.

Valencia, Venezuela, 4 de abril de 1987.

(106) Esta ley nos muestra la «realidad» de la práctica política y nos pone a dudar seriamente sobre la difícil tarea para los humanos de mantener incólumes los principios de nuestra propia dignidad. O nos desesperanzamos o admitimos la fragilidad ideológica de los principios de esta moral de los «derechos humanos». Que los derechos humanos carecen de un «claro status epistemológico» es cierto, como afirma García Belaúnde, para quien «en un segundo sentido y dentro de una praxis política, no solamente constituyen una ideología, sino que ellos mismos son ideologizados tanto en el orden interno como en el internacional». DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE, *Los derechos humanos como ideología*, en «Derecho», Revista del Programa Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, número 36, diciembre 1982, pp. 97-114, p. 114.

