

P.N. ABI-437 4225

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
FRIEDRICH NAUMANN - STIFTUNG

ENRIQUE P. HABA

**TRATADO BASICO  
DE  
DERECHOS HUMANOS  
I**

Conceptos Fundamentales



**EDITORIAL JURICENTRO**

---

---

**INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

---

Consejo

<i>Presidente</i>	Thomas Buergenthal
<i>Vicepresidente</i>	Marco Monroy Cabra
<i>Vicepresidente</i>	Carlos Roberto Reina
<i>Miembros</i>	María Elena Alves Allan Brewer-Carías Margaret E. Crahan Carmen Delgado Votaw Tom J. Farer Eduardo Jiménez de Aréchaga Emilio Mignone Jorge A Montero Gonzalo Ortiz Martín Eduardo Ortiz Ortiz Máximo Pacheco César Sepúlveda Louis Sohn Rodolfo Stavenhagen Walter Tarnopolski Cristian Tattenbach Diego Uribe Vargas Fernando Volio Jiménez
<i>Miembros Ex-Officio</i>	Pedro Nikken Rodolfo E. Piza E. Rafael Nieto Héctor Fix Zamudio Jorge Hernández Alcerro
<i>Director Ejecutivo</i>	Héctor Gros Espiell
<i>Directora Ejecutiva Adjunta</i>	Sonia Picado S.

## EDITORIAL JURICENTRO

- Abdelnour, Rosita: **La responsabilidad civil derivada del hecho punible.**
- Arguedas, Carlos Manuel: **La iniciativa en la formación de la ley.**
- Asamblea Legislativa de Costa Rica: **Ley de Inquilinato y Desahucio** (anotadas y concordadas).
- Asamblea Legislativa de Costa Rica: **Constitución Política** (anotada y concordada).
- Asociación Costarricense pro-Naciones Unidas: **La Declaración Universal de los Derechos Humanos** (Comentario y texto).
- Bacigalupo, Enrique: **Lineamiento de la Teoría del Delito.**
- Baudrit, Diego: **Teoría general del contrato.**
- Baudrit, Diego: **Los contratos traslativos del derecho privado.**
- Bosch, Juan: **Una Interpretación de la historia costarricense.**
- Brenes Córdoba, Alberto: **Tratado de las obligaciones.**
- Brenes Córdoba, Alberto: **Tratado de los contratos.**
- Brenes Córdoba, Alberto: **Tratado de los bienes.**
- Brenes Córdoba, Alberto: **Tratado de las personas.**
- Buergenthal, Thomas; Norris, Robert; Dinah, Shelton: **La protección de los derechos humanos en las Américas.**
- Carro, Carlos: **Derecho del trabajo costarricense (ensayos).**
- Casafont, Pablo: **Legislación y jurisprudencia sobre inquilinato en Costa Rica.**
- Castillo González, Francisco: **El delito de falso testimonio.**
- Cornú Gérard: **El nuevo Título Preliminar del Código Civil.**
- Fournier, Fernando: **Historia del derecho.**
- Fundación Internacional de Derecho Agrario: **La propiedad.**
- Gross Espiell, Héctor: **La neutralidad de Costa Rica.**
- Gutiérrez, Carlos José: **La Corte de Justicia Centroamericana.**
- Gutiérrez, Carlos José: **Lecciones de Filosofía del Derecho.**
- Gutiérrez, Carlos José: **El funcionamiento del sistema jurídico costarricense.**
- Gutiérrez, Marcos de Jesús: **La jurisprudencia como fuente del derecho.**
- Hernández, Rubén: **Las libertades públicas en Costa Rica.**
- Méndez, Odilón: **La investigación científica.**
- Mora, Fernanda: **Teoría de la empresa.**
- Novoa Monreal, Eduardo: **Causalismo y finalismo en derecho penal.**
- Pérez, Víctor: **Los hechos jurídicos.**
- Picado Guerrero, Antonio: **Acumulación de acciones y autos.**
- Ramírez, Marina: **Derecho Civil, Tomo IV, Los Contratos, Vol. 1, Los contratos traslativos de dominio.**
- Rojas, Magda Inés: **El Poder Ejecutivo en Costa Rica.**
- Torrealba, Octavio y Kozolchky, Boris: **Curso de Derecho Mercantil.**
- Torrealba, Octavio: **Las leyes latinoamericanas sobre títulos valores y la doctrina italiana.**
- Trejos, Gerardo: **Falso, absolutamente falso.**
- Trejos, Gerardo: **Código de Familia** (anotado y concordado).
- Trejos, Gerardo: **El nuevo régimen legal de la adopción.**
- Trejos, Gerardo: **Derecho de familia costarricense** (con la colaboración de Marina Ramírez Altamirano).
- Van Der Laat, Bernarda: **La huelga y el paro en Costa Rica.**
- Vargas Carreño, Edmundo: **Introducción al derecho internacional.**
- Varios, **Derecho constitucional costarricense** (ensayos).
- Ventura Robles, Manuel: **La representación política.**
- Volio, Marina: **Costa Rica en las Cortes de Cádiz.**

# **TRATADO BASICO DE DERECHOS HUMANOS**

## **I**

### **Conceptos fundamentales**

323.4

H112f

H112f

Haba, Enrique Pedro

Tratado básico de derechos humanos / Enrique Pedro Haba. -- 1. ed. -- San José, C. R. : Editorial Juricentro, 1986.

3. v. 526 p.

ISBN 9977-31-09-X Obra completa

ISBN 9977-31-020-3 Volumen I

1. Derechos humanos - Derecho internacional -  
Derecho constitucional. I. Título.

**ISBN 9977-31-020-3**

.c'

**ENRIQUE P. HABA**  
Redactor General

**TRATADO BASICO  
DE  
DERECHOS HUMANOS**

con especial referencia al Derecho Constitucional  
latinoamericano y al Derecho Internacional

**Examen realista-critico**

**I**



**EDITORIAL JURICENTRO**

**Colección: DERECHOS HUMANOS**

**Director: Gerardo Trejos**

**c) Editorial Juricentro S. A., 1986**

**Av. 6, Calles 15 y 17**

**Tel. 21-14-07**

**San José, Costa Rica**

**Hecho el depósito de ley**

*h'*

*Al ejemplo que nos dejaron Anibal Luis Barbagelata y Mario Flores Macal, cuya palabra no declinó ser todo lo crítica —todo lo incómoda— que es la voz de quienes se comprometen REALMENTE con la causa de los derechos humanos.*



Todo buen razonamiento ofende.

STENDHAL

\* \* \*

El Poder es simultáneamente el proveedor  
y el sepulturero de los derechos humanos,  
y más esto que aquello.

Jacques MOURGEON

\* \* \*

Tal vez el escepticismo sea un disolvente  
del entusiasmo, pero el entusiasmo ha  
sido siempre el enemigo de la libertad.

LASKI

\* \* \*

La teoría sin la práctica es vacía. La práctica  
sin la teoría es ciega.

HEGEL

\* \* \*

...y bien descubriremos, entonces, "cosas"  
que una observación ingenua nos hubiera  
escondido, tan cierto es que no hay ciencia  
que no sea una ciencia de lo que está oculto.

Michel MIAILLE

\* \* \*

Enseñando lo incierto, se puede hacer el  
mayor bien o el mayor mal. El mayor bien,  
enseñando lo incierto como incierto. El ma-  
yor mal, enseñando lo incierto como cierto.

Carlos VAZ FERREIRA

# VISION GLOBAL DE LA OBRA

## TOMO I

Sumarios en lenguas extranjeras

Índice general

Presentación. Referencias

### PRIMERA PARTE: MARCO BASICO GENERAL

- Capítulo I. El área de estudio
- II. Premisas metodológicas
- III. La presencia de los conceptos indeterminados en el discurso de los derechos humanos
- IV. Del Derecho Internacional a los Ordenamientos jurídicos internos, en materia de derechos humanos

## TOMO II

### SEGUNDA PARTE: INDICADORES EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

- Capítulo V. Protección judicial de los derechos humanos
- VI. Responsabilidad de los funcionarios estatales, por violación de derechos humanos
- VII. Estados de excepción

**X**

**TRATADO DE DERECHOS HUMANOS**

- VIII. Libertad de expresión, como garantía genérica
- IX. El campo de los derechos económicos

**TOMO III**

**EPILOGO: LINEAS PROSPECTIVAS**

- Capítulo X. Instrumentos jurídicos para mejorar la protección constitucional de los derechos humanos
- XI. En torno a la enseñanza de los derechos humanos (observaciones y sugerencias)
- XII. A modo de conclusión

**INDICES ALFABETICOS**

**TOMO IV**

(eventual)

**MATERIAL COMPLEMENTARIO: ESTUDIOS**

## A B S T R A C T

The present work seeks to study human rights without either diluting them into exegetical fictions (normativism) or offering them as political declamations. It claims to submit human rights to a *realistic* examination—but not a conformist one—and to be *critical* in a broad sense, based on some elementary foundations of modern *analytical* thought.

Given its transdisciplinary inspiration, such a perspective leads to emphasizing the fact that the text of the positive legal human rights documents applicable in any country (international treaties, constitutions, statutes, etc.) only represents a single "moment"; construction (*different* interpretations) and practice of human rights depend fundamentally on how various *other* "moments"—i.e.: legal-hermeneutic principles, the judge's personality, political ideology, conflicting social interests, dynamics of Power, etc.—are at the same time brought into play. Therefore, the major thesis of this work is that considering human rights from a realistic-critical perspective offers not only the least fraudulent approach, but also the very best heuristic platform from which to promote the *effective* realization of those rights, both for the jurist's task and beyond.

From the heterogeneous scope of what is conventionally termed human rights, the book analyses certain basic legal fields, using as a point of reference material from the constitutions of Latin America and international law. The text is organised—by divisions, quotations and indices—, so as to serve also as a reference work.

[Traducción: Bernard S. JACKSON, Keynes College/University of Kent at Canterbury, Gran Bretaña.]

\* \* \*

## S O M M A I R E

Cet ouvrage se propose d'étudier les droits de l'homme sans les diluer (normativisme) dans les fictions de l'exégèse juridique courante, ni donner dans le style déclamatoire. Il prétend les soumettre à un examen *réaliste* — encore que peu conformiste — et *critique* (au sens large), en s'appuyant sur certaines connaissances élémentaires de la pensée *analytique* contemporaine.

Une telle mise au point amène à insister — vu l'inspiration transdisciplinaire de cette approche — sur le fait que la lettre des dispositions juridiques positives sur les droits de l'homme applicables dans chaque pays (Traités, Constitution, lois, etc.) ne signifie rien de plus qu'un "moment" dans leur réalisation. Car les formes *optionnelles* selon lesquelles cette lettre est interprétée, ainsi que les suites pratiques de l'interprétation choisie, dépendent fondamentalement de la manière dont se trouvent entrer en jeu, également, beaucoup d'*autres* "moments": principes juridiques-herméneutiques, mentalité des juges, idéologies politiques, intérêts sociaux contradictoires, dynamique du Pouvoir, etc. La thèse centrale de cette étude est que, par conséquent, le fait de considérer les droits de l'homme de façon réaliste-critique représente non seulement la forme la moins trompeuse de les appréhender au plan intellectuel, mais encore la plateforme de réflexion la plus heuristique pour donner une impulsion à la réalisation *effective* de ces droits, tant dans la tâche des juristes que au delà.

Dans ce champ hétérogène qu'il est convenu d'appeler "droits de l'homme", on analyse quelques points fondamentaux de leur traitement juridique, en utilisant pour référence des formulations qu'ils reçoivent dans des Constitutions d'Amérique latine et en Droit International. L'ouvrage est conçu de telle manière que — par sa structure (ses divisions), ses citations et ses indications bibliographiques, ses index, etc. — il peut servir aussi de texte de référence.

[Traducción: André-Jean ARNAUD, Conseil National de la Recherche Scientifique (C.N.R.S.), Francia.]

\* \* \*

## S O M M A R I O

La presente opera si ripromette di studiare i diritti umani senza diluirli in finzioni esegetiche (normativismo) o nella declamazione. Pretende assoggettarli ad un esame *realista* — quantunque non conformista — e *critico* — in senso ampio —, basandosi in certe nozioni elementari del pensiero *analitico* contemporaneo.

Questa ottica induce, data la sua vocazione transdisciplinare, ad insistere sul fatto che la lettera delle disposizioni giuridiche positive relative a diritti umani applicabili in ogni Paese (Patti internazionali, Costituzione, leggi, etc.) non significa niente altro che un "momento" in più per la loro realizzazione. Perché i loro

*v*ari modi d'interpretazione, e la portata pratica dell'interpretazione scelta, dipendono fundamentalmente da come vi riescano ad entrare in giuoco anche *altri* "momenti": principi giuridico-ermeneutici, mentalità dei giudici, ideologie politiche, interessi sociali contrastanti, dinamica del Potere, etc. La tesi centrale del lavoro è che, pertanto, il considerare i diritti umani in maniera realistico-critica rappresenta non solo la forma meno ingannevole di apprenderli a livello intellettuale, bensì anche la piattaforma del pensiero che offre maggiore fertilità euristica per dare impulso alla *effettiva* realizzazione pratica di questi diritti, tanto nell'attività dei giuristi come pure oltre.

Dell'ambito, così eterogeneo, formato da tutto ciò che é stato chiamato "diritti umani", si analizzano alcuni aspetti fondamentali in materia di trattamento giuridico, utilizzando come quadro di riferimento formulazioni che si incontrano nelle Costituzioni dell'America Latina e nel Diritto Internazionale. L'opera é strutturata in maniera tale che — grazie alle sue divisioni, citazioni e indicazioni bibliografiche, indici, etc. — possa servire anche come testo di consultazione.

[Traducción: Loredana MARRONE, Università "La Sapienza" di Roma, Italia.]

\* \* \*

## S U M Á R I O

A presente obra procura estudar os direitos humanos sem diluí-los nas ficções da exegese jurídica comum, nem tampouco cair na declamação. Pretende submetê-los a un exame *realista* — ainda que não conformista — e *crítico* (em sentido amplo), com base em certos conhecimentos elementares do pensamento *analítico* contemporâneo.

Tal enfoque leva, devido a sua inspiração transdisciplinar, a insistir em que a letra das disposições jurídicas positivas dos direitos humanos aplicáveis em cada país — Pactos Internacionais, Constituição, Leis ordinárias, etc. — não significa senão um "momento" mais para conseguir que os mesmos se tornem realidade. Pois as formas *opcionais* em que essa letra é interpretada, e os alcances práticos da interpretação adotada, dependem fundamentalmente de como cheguem a entrar alí em jogo com muitos *outras* "momentos", tais como: princípios jurídico-hermenêuticos, mentalidade dos juizes, ideologias políticas, interesses sociais contraditórios, dinâmica do

Poder, etc. A tese central do trabalho, portanto, é que considerar os direitos humanos de maneira realista-crítica representa não apenas a forma menos enganosa de apreendê-los no plano intelectual, mas também a plataforma do pensamento que oferece maior fertilidade heurística para impulsar a *efetiva* realização desses direitos, tanto nas atividades dos juristas como em tudo que as excede.

Do heterogêneo âmbito formado por tudo aquilo que vai sendo denominado "direitos humanos", se analisam alguns elementos básicos de seu tratamento jurídico, utilizando como ponto de referência as formulações recebidas em Constituições da América Latina e no Direito Internacional. A obra está conformada de modo tal que — por sua estrutura (suas divisões), suas transcrições e indicações bibliográficas, seus índices, etc. — possa servir também como texto de consulta.

[Traducción: Teresa CARVALHO, Centro de Estudios Brasileños, Costa Rica.]

\* \* \*

## ZUSAMMENFASSUNG

Das vorliegende Werk will von Menschenrechten handeln, ohne sie zu exegetische Fiktionen zu verdünnen (Normativismus) oder in Deklamation aufzulösen. Es versucht sie *realistisch* — freilich nicht konformistisch — und *kritisch* (im weiten Sinne) auf der Grundlage gewisser elementarer Einsichten des gegenwärtigen Denkens zu untersuchen.

Ein solcher transdisziplinär orientierter Ansatz führt zwangsläufig dahin zu betonen, dass der Wortlaut positiver Menschenrechtsschutznormen im jeweiligen Land — internationale Pakte, die Verfassung, einfache Gesetze usw. — lediglich *eines* von mehreren "Momenten" auf dem Wege zur möglichen Verwirklichung dieser Rechte darstellt; die *Entscheidung* zwischen verschiedenen Auslegungen des Wortlautes und ihre praktische Tragweite hängen wesentlich davon ab, wie noch eine Reihe weiterer "Momente" dabei ins Spiel kommen (juristisch-hermeneutische Prinzipien, Mentalität des Richterstandes, politische Ideologien, einander widerstrebende Interessen, staatliche Herrschaftsformen und gesellschaftliche Machtverhältnisse u.a.). Mithin lautet der Hauptgedanke dieser Untersuchung: Menschenrechte realistisch-kritisch zu betrachten, bedeutet nicht nur, an einer weniger trügerischen (also von Normen-

Platonismus und Rhetorik befreien) Art ihrer intellektuellen Erfassung festzuhalten, sondern zugleich gerade jenen Standpunkt einzunehmen, welcher heuristisch die besten Möglichkeiten birgt, um die *effektive* Durchsetzung solcher Rechte voranzutreiben — in der juristischen Tätigkeit wie auch darüberhinaus.

Aus dem heterogenen Bereich all dessen, was heutzutage unter "Menschenrechten" firmiert, werden einige grundlegende Aspekte ihrer rechtlichen Behandlung studiert, und zwar anknüpfend an Formulierungen in Verfassungen Lateinamerikas und im Völkerrecht. Die dreibändige Arbeit ist so angelegt, dass sie — dank ihrer Gliederung, Textwiedergaben und Literaturangaben, Register, etc. — auch als Nachschlagewerk dienen kann.

[Traducción: Michael R. WILL, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, República Federal Alemana; y la colaboración de Erika SEYFRIED, Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), Coordinación Regional para Centroamérica.]

\* \* \*

*Nota.*— Señalamos, junto a nuestro mejor agradecimiento para quienes efectuaron las traducciones, que en algunas de ellas fueron introducidas pequeñas variantes por parte del Redactor General, sin haber podido ser consultadas con aquellos; en consecuencia, ante cualquier incorrección idiomática que haya conseguido deslizarse en las versiones definitivas, de ello deberá hacerse responsable únicamente a este último.

# INDICE GENERAL

Presentación

Referencias

## PRIMERA PARTE MARCO BASICO GENERAL

### CAPITULO I: EL AREA DE ESTUDIO

§ 0. Palabras liminares

§ 1. Introducción

#### Sección A) *Un balance inicial*

§ 2. La "universalidad" de los derechos humanos puesta en jaque

§ 3. La relación derechos humanos/Derecho Constitucional

§ 4. Posibilidades e imposibilidades de la ciencia jurídica

§ 5. Síntesis

#### Sección B) *Enfoque de la Investigación*

§ 6. Tipo de aproximación

§ 7. Renglones de examen

§ 8. Síntesis

## CAPITULO II: PREMISAS METODOLOGICAS

Sección A) *Bases conceptuales*

- § 9. Introducción: derechos humanos y ciencia
- § 10. Planos de análisis
- § 11. Formas de determinar los derechos humanos (su naturaleza convencional y las discriminaciones categoriales)
- § 12. El concepto de Constitución
- § 13. Delimitaciones en el enfoque de la investigación; limitaciones prácticas. Síntesis

Sección B) *Organización de la temática*

- § 14. Plano del examen
- § 15. Indicadores
- § 16. Semántica constitucional (el problema de la interpretación)

## CAPITULO III: LA PRESENCIA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sección A) *Ambitos semánticos y el papel del intérprete*

- § 17. La dinámica de los conceptos indeterminados en el lenguaje político y jurídico (generalidades)
- § 18. El paso hermenéutico (opciones y límites del intérprete)
- § 19. Cuatro niveles en la semántica de los conceptos indeterminados
- § 20. Tres clases de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos
- § 21. Discusión

### Sección B) *Opciones hermenéuticas ante el lenguaje constitucional de los derechos humanos*

- § 22. Interpretaciones de los derechos humanos:  $\infty$ ) la dogmática jushumanista
- § 23. Interpretaciones de los derechos humanos:  $\beta$ ) la seguridad del Estado y su defensa
- § 24. Constituciones democráticas, Instrumentos internacionales
- § 25. Conclusión: ¿qué ventaja reviste, para la causa de los derechos humanos, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados?
- § 26. Excurso: Conceptos indeterminados en Constituciones de América Latina

### Apéndice: *Semántica constitucional*

## CAPITULO IV: DEL DERECHO INTERNACIONAL A LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS INTERNOS, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

### Sección A) *El discurso del Derecho Internacional*

- § 27. Naturaleza de las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos
- § 28. El nivel de eficacia de los Instrumentos
- § 29. Relaciones dogmáticas entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Derechos internos
- § 30. Excurso: Análisis de dos cuestiones (monismo/dualismo, voluntarismo/no-voluntarismo) transportándolas al plano metadogmático

### Sección B) *Normativa constitucional*

- § 31. Posición general de las Constituciones latinoamericanas

- § 32. Discusión: normativa internacional y realidad constitucional
- § 33. Sugerencias para la normativa
- § 34. Heurística
- § 35. Disposiciones constitucionales
- § 36. Conclusiones generales

*Apéndice: Semántica constitucional*

## INDICE ANALITICO DEL TOMO I

### SEGUNDA PARTE

### INDICADORES EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

#### CAPITULO V: PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

##### Sección A) *Marco básico*

- § 37. Generalidades
- § 38. Instrumentos procesales de protección
- § 39. Condiciones esenciales para la funcionalidad del Poder Judicial
- § 40. El compromiso político del juez
- § 41. Heurística
- § 42. Excurso: ¿Puede realmente el aparato judicial servir de límite al Poder? (discusión)

##### Sección B) *Normativa constitucional*

- § 43. Introducción

- § 44. La normativa-modelo de los Instrumentos
- § 45. Disposiciones constitucionales (apreciación panorámica)
- § 46. Algunos ejemplos aprovechables

### Sección C) *Realidad constitucional*

- § 47. La situación en América Latina (apreciación panorámica)
- § 48. ¿Quiénes, y cómo, logran acceso a la protección judicial?
- § 49. Jurisprudencia de derechos humanos
- § 50. Factores específicos de (in)eficacia en la protección judicial
- § 51. Observaciones complementarias
- § 52. Conclusión general

### Apéndice: *Semántica constitucional*

## CAPITULO VI: RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS ESTATALES, POR VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

- § 53. Generalidades
- § 54. Clases de responsabilidad
- § 55. Sugerencias para la normativa
- § 56. Heurística
- § 57. Constituciones latinoamericanas
- § 58. Legislación, jurisprudencia, realidad
- § 59. Conclusión

### Apéndice: *Semántica constitucional*

## CAPITULO VII: ESTADOS DE EXCEPCION

Sección A) *Bases conceptuales*

- § 60. Generalidades
- § 61. Sentido y alcance de la suspensión de derechos
- § 62. El Derecho Internacional como marco:
  - (a) disposiciones de los Instrumentos
- § 63.           (b) comentarios
- § 64.           (c) cuestiones de interpretación
- § 65. Dificultades subsistentes. Discusión general

Sección B) *Orden Constitucional (normativa y realidad)*

- § 66. Sugerencias para la normativa
- § 67. Heurística
- § 68. Panorama de las Constituciones latinoamericanas
- § 69. Algunos ejemplos aprovechables
- § 70. Consecuencias de hecho
- § 71. Conclusión general

Apéndice: *Semántica constitucional*

## CAPITULO VIII: LIBERTAD DE EXPRESION, COMO GARANTIA GENERICA

Sección A) *Nociones básicas*

- § 72. Concepto y formas de la libertad de expresión
- § 73. Libertad de prensa
- § 74. Derecho a la información
- § 75. Límites para la libertad de expresión
- § 76. Pluralismo como condición tuitiva irremplazable
- § 77. Heurística

*Sección B) Normativa y realidad*

- § 78. Instrumentos internacionales
- § 79. Tipos de ordenamiento
- § 80. Disposiciones constitucionales
- § 81. Impedimentos en regímenes autoritarios

*Apéndice 1: Semántica constitucional**Apéndice 2: Una investigación de campo*CAPITULO IX: EL CAMPO DE LOS DERECHOS  
ECONOMICOS*Sección A) Marco conceptual*

- § 82. Generalidades
- § 83. Conceptualización jurídica
- § 84. Conflictos entre derechos humanos (la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión)
- § 85. Instrumentos internacionales
- § 86. Heurística

*Sección B) La esfera de las Constituciones*

- § 87. Tipos de normas
- § 88. Panorama general de las Constituciones
- § 89. El derecho de huelga y el de sindicalización (cómo índices)
- § 90. De la normativa constitucional a la realidad

*Apéndice: Semántica constitucional*

## EPILOGO

## LINEAS PROSPECTIVAS

CAPITULO X: INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA  
MEJORAR LA PROTECCION DE LOS DERE-  
CHOS HUMANOS

- § 91. Generalidades
- § 92. El problema de las normas programáticas
- § 93. Constitucionalización de un proyecto nacional
- § 94. El problema de la legislación reglamentaria
- § 95. Reglas constitucionales de interpretación y aplicación
- § 96. Reserva legal en materia de derechos humanos
- § 97. Derecho de iniciativa para la formulación de leyes sobre de-  
rechos humanos
- § 98. Instancias de participación organizada de la población en el  
proceso legislativo
- § 99. Base institucional para el cumplimiento de los derechos humanos
- § 100. Protección de oficio de los derechos humanos
- § 101. Recapitulación
- § 102. Propositiones y observaciones complementarias

CAPITULO XI: EN TORNO A LA ENSEÑANZA DE LOS  
DERECHOS HUMANOS (OBSERVACIONES  
Y SUGERENCIAS)

- § 103. Generalidades (del normativismo al enfoque realista-crítico)
- § 104. Enseñanza antidogmática
- § 105. Elementos para un marco básico

§ 106. Observaciones complementarias

§ 107. De la enseñanza universitaria a la extrauniversitaria

## CAPITULO XII: A MODO DE CONCLUSION

- \* Ideas para tener en cuenta
- \* Coda
- \* Postdata

## INDICES ALFABETICOS:

Bibliografía

Indices de nombres

Indice de materias

## INDICE ANALITICO DEL TOMO III

## PRESENTACION

*Así, pues, como los psicoterapeutas, los científicos sociales o los críticos de la sociedad que intentan descubrir la dinámica societal subyacente se enfrentan, al menos inicialmente, con la resistencia y el rechazo, porque la exposición de los factores latentes amenaza a quienes se benefician de la promoción de falsas imágenes.*

Amitai ETZIONI  
(p. 164)

*No consideraría, por mi parte, que un hombre pueda ser buen maestro a menos que haya tomado la firme resolución de que, mientras se dedique a la enseñanza, no ocultará jamás la verdad porque esta sea lo que se llama "poco edificante". La clase de virtud que pueda ser producida por la ignorancia vigilada es frágil y fracasa al primer contacto con la realidad.*

Bertrand RUSSELL  
(Ensayos impopulares,  
p. 151 [120-121])

La presente obra procura estudiar los derechos humanos sin diluirlos en ficciones exegéticas (normativismo), ni tampoco embarcarse en la declamación. Pretende someterlos a un examen *realista* —aunque no conformista— y *crítico* —en sentido amplio—, con base en ciertos conocimientos elementa-

les del pensamiento *analítico* contemporáneo. Tal enfoque lleva, dada su inspiración transdisciplinaria, 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 realidad. Pues las *opcionales* formas en que esa letra es interpretada, 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, etc. La tesis central del trabajo es que, por tanto, considerar los derechos humanos de manera realista-crítica representa no solo la forma menos engañosa de aprehenderlos en el plano intelectual, sino también la plataforma del pensamiento que ofrece mayor fertilidad para impulsar la *efectiva* realización de esos derechos, tanto en el quehacer de los juristas como más allá de este. El examen persigue esencialmente finalidades heurísticas.

Mas todo tiene su precio. En el caso presente, porque dicha aproximación enfrenta al lector con un estudio donde no se le ahorra la pena de repensar las cuestiones. El resultado carece asimismo, entre otras cosas, de la bendición de ser breve. Esas desventajas tienen explicación, y acaso algunas justificaciones. Pero podemos economizar la prolijidad de explayarlas. El trabajo efectuado debe lograr sostenerse por sus propios fueros; si no puede hacerlo así, de ninguna otra manera lo conseguiría. Puesto que se publica, es porque hemos creído que está, a pesar de todo, en condiciones de resistir la prueba. Con una advertencia: quien tome este libro en sus manos no debe sentirse invitado a leer, de tan extenso contenido, sino aquellas partes que le interesen especialmente. La obra se halla conformada de modo tal que —por sus divisiones, sus transcripciones e indicaciones bibliográficas, sus sumarios, etc.— pueda servir también como un texto de consulta.

No sugerimos, pues, que la Investigación realizada deba ser conocida en su totalidad por cada lector, y acaso ni siquiera en su mayor parte, ni suponemos que todos han de detenerse en las mismas páginas. Si bien el trabajo responde a una concepción global y sus múltiples aspectos están interconectados, los capítulos guardan cierta independencia recíproca; y su estructura permite, como se verá, que la paciencia de quien se interese por tal o cual cuestión no resulte exigida más allá de un mínimo, que varía según cuál sea el renglón considerado. Por tanto, del profuso cúmulo de temas y perspectivas a que se refiere la expresión "derechos humanos", cada quien se dirigirá, seleccionando entre los aquí presentados, simplemente a aquellos puntos que más atraigan su atención. Es el lector quien decide, por sí mismo, la extensión "potable" del libro, según sus centros de interés personales. Los pormenorizados Índices (cf. al final de cada tomo) están destinados a facilitarle una rápida orientación con vista a esos escogimientos [cf. también *infra*, el # 5 de las *Referencias*].

Lo voluminoso de la obra se corresponde, de alguna manera, con la amplitud y heterogeneidad del vasto ámbito de cosas para las que se acostumbra usar la denominación "derechos humanos". Sin embargo, ante una temática de tal naturaleza, cabría empezar por preguntarse si en realidad tiene sentido tratar de hacerla objeto de un tratamiento con cierto alcance global y unitario (intención que se presupone en un Tratado). La respuesta tendría que ser negativa, probablemente, si correspondiese darla atendiendo a intereses de la ciencia misma, vale decir, a fines de estricto orden teórico-cognoscitivo. Como algunos autores no han dejado de hacerlo notar, dicha denominación apunta a delinear una categoría conceptual que, en cuanto tal, no ofrece los requisitos básicos que permitan emplearla en razonamientos con rigor científico. En realidad, ella tiene su lugar propio, ante todo, dentro del lenguaje de la política, a partir de donde toma ubicación también en discursos de tipo jurídico. En estas áreas se habla mucho de

"derechos humanos" y, lo que es más importante, hasta se *actúa* en función de tales discursos. No por su validez científica, bastante endeble, pero sí por sus repercusiones político-sociales, las ideas acerca de que hay unos "derechos humanos" sirven para colocar sobre el tapete cuestiones que, sin lugar a duda, son vitales en la existencia de las personas.

Claro que estas cuestiones podrían también ser examinadas, y en buena medida lo han sido ya, ubicándose en marcos teóricos distintos al del lenguaje sobre "derechos humanos". En la práctica, empero, el discurso que ha logrado *prender* en la conciencia de los protagonistas mismos de los problemas reales aludidos por dicho lenguaje —políticos y juristas, gobernantes y gobernados, víctimas y victimarios— no es otro, hoy por hoy, que *ese* justamente: la discusión en torno a maneras de establecer y realizar tales *derechos*. Así las cosas, lo cierto es que en la actualidad no disponemos de ningún otro lenguaje políticamente viable para promover soluciones humanistas, y para criticar las que no lo son, ante los principales problemas sociales que en forma cotidiana nos aquejan. La importancia cardinal que en nuestros días revisten los planteamientos sobre "derechos humanos" se nos impone, quiérase o no, por encima de todas las debilidades que ese lenguaje y los razonamientos inspirados en él ofrezcan desde el punto de vista científico.

Sin embargo, consideramos que puede no estar de más presentar los resultados de una investigación donde el discurso de los derechos humanos es sometido, con base en algunos conocimientos elementales de la filosofía y la ciencia *analíticas* (aunque no solamente en estos), a cierto intento general de precisión y de apertura hacia influencias transdisciplinarias. Pensamos que estos conocimientos, que por desdicha tienen poco eco en en el pensamiento común de los juristas, serían de singular provecho para otorgar mayor "transparencia" a lo que se dice sobre derechos hu-

manos; y entonces, como resultado, también para abrirle camino a pautas heurísticas más apropiadas en el tratamiento jurídico *práctico* de esos derechos. Si su realización depende, entre otras cosas, de la manera como son *entendidos* por los operadores del Derecho, nosotros partimos de la hipótesis de que un mejor nivel científico del razonamiento de estos no perjudicaría la defensa efectiva de derechos humanos por parte de ellos, sino al contrario. Tratar de sacudir del pensamiento jurídico las radicales insuficiencias que le imponen sus aproximaciones normativistas en materia de derechos humanos, procurando colocar en su lugar o complementarlas con dilucidaciones analíticas al respecto, no responde solo a pruritos de orden científico, sino que constituye la mejor —tal vez la única— posibilidad de poner dicho pensamiento a tono con la promoción *real* y más consecuente de tales derechos. Pero, claro está, no puede esperarse que un enfoque de esta naturaleza, tan ajeno a eufemismos, atraiga todas las simpatías. No faltará quienes tengan sus motivos para preferir que el discurso sobre derechos humanos se atenga a carriles de menor exigencia intelectual, y también menos indiscretos.

\* \* \*

Nuestro objeto de referencia nucleante será el tratamiento que los derechos humanos reciben en Constituciones de América Latina. Aunque el Derecho Constitucional representa apenas un fragmento de la regulación jurídica que en cada país se le aplica a aquellos, el estudio de dicha rama es capaz de ayudar a detectar cuestiones básicas de la materia en general. Ahora bien, como aquí el examen no será de tipo exegético-normativista, las disposiciones constitucionales desempeñan, en nuestro contexto, simplemente el papel de un punto de partida. Mas este puede ser sintomático, sobre todo si es considerado, como trataremos de hacerlo, en el marco de orientaciones analítico-trandisciplinarias. Lo que ofreceremos, en fin, no es un Manual de Derecho Constitucional, ni siquiera de la parte que ha sido llamada

el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Es mucho menos que eso, pero también es algo más.

Es menos, advertimos, porque esta obra no presenta una sistematización pormenorizada del Derecho Constitucional latinoamericano en todo lo relativo a derechos humanos. Un estudio que tuviera dicha índole sería concebible, ya que el Derecho Constitucional en su conjunto, o buena parte de él, concierne a esas cuestiones. Se podría pensar, pues, en la posibilidad de "reescribir", por así decirlo, la dogmática general de esta disciplina en forma que apareciese centrada, para cada uno de sus institutos, en resaltar y explicitar al máximo la función que a estos les corresponde respecto a derechos humanos precisamente, al amparar o al restringir el ejercicio legal de unos u otros de tales derechos. Y ello podría estudiarse con referencia especial a lo que disponen un grupo de Constituciones: por ejemplo, todas las de América Latina o una parte representativa de ellas (tal fue, en cierto modo, el propósito original con el que Hernán Montealegre concibió la presente Investigación). Mas llevar a cabo semejante tarea, tan vasta como deseable, rebasó nuestras posibilidades.

No obstante, visto desde otra perspectiva, lo que expondremos apunta *más allá* —decíamos— de dicho nivel. Nuestros focos de atención no se limitan al plano *mismo* del discurso jurídico constitucional. No nos circunscribiremos a formas inmanentes de abordar este discurso, vale decir, a lo que está escrito en los propios textos del Derecho positivo o a lo que se dice en las paráfrasis comunes que de estos efectúan los juristas en su labor profesional. Si bien tomamos como eje de estudio tal plano, nos importará sobre todo hacerlo objeto de ANÁLISIS: ceñirlo mediante unas aproximaciones que no prescindan del examen *crítico* y de consideraciones extra-jurídico-positivas, tanto para evaluar las peculiaridades lógico-semánticas de dicho discurso como para aquilatar, en relación con estas y también con variables socio-políticas, las virtualidades *pragmáticas* de la normativa

en cuestión, sus repercusiones prácticas. Tratamos de eludir, pues, el consabido escapismo que tienen los enfoques normativistas acerca de los articulados sobre derechos humanos, especialmente cuando se estudia el Derecho Internacional de la materia. En todo caso, por nuestra parte hemos procurado desoír los consejos del "wishful thinking"...

De ahí que nos veamos conducidos a replantear las posibilidades del lenguaje jurídico de los derechos humanos subrayando el papel decisivo que para su manejo tienen dos círculos de condicionantes, de los cuales el normativismo suele hacer abstracción. Insistiremos, por un lado, en que dicho lenguaje no puede ser comprendido si no se lo enfoca, en primer término, desde unos ángulos que lo relacionan con aspectos que en la realidad constituyen, *de antemano*, elementos de influencia decisivos para escoger las fórmulas en que él se concreta al ser incorporado a las Constituciones: sus presupuestos científicos y axiológicos, factores políticos y en general sociales, opciones para formular preceptos alternativos, etc. Y también consideraremos, por otro lado, ángulos que son relevantes para la aplicación *ulterior* de dichas fórmulas lingüísticas, una vez que estas 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 obstaculizan; ideologías dominantes, etc.

En una palabra, nuestro examen del plano constitucional enfocará tal discurso como "momento", según lo adelantamos al principio, de un complejo de ideas y conductas mucho más amplio. Es este conjunto, heterogéneo y a menudo contradictorio, quien determina la formulación, los significados y los alcances prácticos que tiene cada precepto de una Constitución. El texto constitucional desempeña, en realidad, el papel de una *mediación* lingüística entre dimensiones que lo trascienden. Lo que se podría identificar como

“dimensiones constitucionales” de los derechos humanos comprende, pues, no solo la *letra* —incluidas sus paráfrasis doctrinarias— de las Cartas, o de otros textos normativos oficiales relacionados con estas (por ejemplo, los instrumentos jurídicos internacionales), sino también, y sobre todo, los *diferentes* sentidos —variantes semánticas— y los variados efectos *reales* —pragmática lingüística— que el uso de dichas fórmulas tiene o puede tener en la comunicación relativa a derechos humanos. Solo un examen atento a *todas* esas dimensiones está en condiciones de apreciar la importancia o falta de importancia que los preceptos de una Constitución puedan tener con vistas a la *práctica* de los derechos humanos que allí aparecen formulados.

\* \* \*

En uno de sus relatos, Jorge Luis Borges habla de cierta región imaginaria, Tlön, donde se escriben obras que “invariablemente contienen la tesis y la antítesis, el riguroso pro y el contra de una doctrina. Un libro que no encierra su contralibro es considerado incompleto”. Solo si la presente obra hubiera sido doble confeccionarla de esa manera precisamente, sobre todo tratándose de asunto tan rico en contradicciones como son los derechos humanos, podría decirse que ella se ubica a la altura de su temática. A falta de “contralibro”, hemos optado por incluir citas y referencias bibliográficas lo bastante amplias y de variadas orientaciones como para que al lector no se le oculte que, tanto en torno a nuestras propias tesis como sobre las antítesis, importa enterarse de mucho más que lo expuesto por nosotros. Con todo, transcribimos la totalidad, prácticamente, de las observaciones críticas que frente a puntos de vista del Redactor General formularon otros participantes en la Investigación, e incluso muchas otras ideas de ellos (también las que él no comparte).

Aunque el resultado ofrecido está, sin duda, muy distante de lo que se hubiera hecho en Tlön, tenemos la es-

peranza de que, a pesar de todo, lo que presentaremos permita que el lector se sienta de alguna manera "provocado"... Y que pueda ser él mismo, entonces, quien detecte, con inconformista perspicacia, los errores e insuficiencias que se deslicen a lo largo de la obra. Si esta consigue incitarlo a que haga tal cosa, habrá sido alcanzada, respecto a él, su finalidad más inmediata: contribuir a que, cuando se refiera a derechos humanos, logre aprehender las condiciones de estos con ojos no menos realistas —*implacablemente* realistas— que críticos —*insobornablemente* críticos—. Ayudarle a verlos, si se quiere, como una "utopía *concreta*" (Ernst Bloch). Claro que, así prevenido, será menos probable que la dinámica de esos derechos llegue a esfumarse, según tan corrientemente se escucha y se lee, hacia las arrulladoras galaxias del normativismo. A quienes tengan la paciencia de acompañarnos, en unas u otras partes de nuestro texto, tal vez este alcance a proporcionarles elementos de juicio para saber por qué vale la pena acostumbrarse a tomar tales precauciones.

E. P. H.

diciembre de 1985

## REFERENCIAS

### SUMARIO:

1. Desarrollo de la Investigación.
2. Lista de participantes.
3. Autoría
4. Transcripciones.
5. Indicaciones para la consulta de esta obra.
6. Reconocimientos.

### 1. Desarrollo de la Investigación

Este libro es el resultado de un Proyecto de Investigación cuya idea original se debe a Hernán MONTEALEGRE, quien lo tituló: "La Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina, a la luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos". En su calidad de Director Ejecutivo del INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, cargo que desempeñara hasta comienzos de 1984, MONTEALEGRE confió la responsabilidad central de llevar adelante ese Proyecto al Redactor General de la obra, incorporándolo al Instituto (del cual ambos quedaron desvinculados en 1984).

Una primera etapa (mayo de 1982 - diciembre de 1983) de la Investigación(\*) fue financiada íntegramente por la FRIEDRICH NAUMANN-STIFTUNG, de la República Federal Alemana, y se realizó en el marco del Instituto. Tuvieron lugar entonces dos Reuniones Regionales de Expertos (*Reunión I*, 23 a 27 de agosto de 1982; y *Reunión II*, 22 a 26 de agosto de 1983), el Redactor elaboró dos Informes generales (*Informe I*, diciembre de 1982;

---

(\*) A lo largo de la obra, usamos la palabra *Investigación* (con mayúscula), para referirnos a la totalidad del trabajo efectuado —por el Redactor General y los demás participantes— durante las dos etapas que señalaremos.

*Informe II*, julio de 1983), y además hubo una serie de colaboraciones escritas (Mr.: Manuscrito dactilografiado) que para dicho Proyecto fueron preparadas por distintos expertos(\*\*). Lo investigado durante esta etapa constituye la principal base que en el orden informativo se manejó para el presente trabajo.

El material indicado, junto con otros complementarios, fue sometido a ulteriores análisis y elaboración a lo largo de una segunda etapa, fundamentalmente en 1984; durante ese año se redactó el manuscrito básico general del libro. Corrección de detalles y también la incorporación de algunos nuevos desarrollos tuvieron lugar todavía en 1985, mientras se aguardaba el momento de concretar las posibilidades de publicarlo. Toda esa etapa (1984-1985) —esto es, tanto la iniciativa de emprenderla como su realización— corrió por exclusiva cuenta del Redactor, quien la llevó adelante de manera completamente honoraria, y en la misma forma ha proporcionado el texto final completo. La obra se publica merced a una generosa subvención que para tal efecto ha otorgado la Fundación NAUMANN, entidad que, a instancias del Instituto, corre con la mayor parte de los gastos de la presente edición (casi la totalidad del costo de los dos primeros tomos); el resto pudo ser cubierto gracias a que de ello aceptó hacerse cargo la EDITORIAL JURICENTRO.

## 2. Lista de participantes (1ra. etapa de la Investigación)

*Advertencia.*— Los datos que se señalan corresponden todos a la etapa indicada (no se toman en cuenta, pues, cambios de posición que esas personas puedan haber tenido a partir de 1984). Se antepone un (ex) cuando el participante ya había dejado de pertenecer a la entidad respectiva al intervenir en la Investigación; si, en cambio, pertenecía a más de una en esa oportunidad, con preferencia se señala la de carácter universitario.

- \* Wálter ANTILLÓN MONTEALEGRE (*Costa Rica*)  
Dirección Técnica de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua  
— Reunión II.

---

(\*\*) Tenemos la esperanza de que el Instituto decida publicar todas o parte de estas colaboraciones, y eventualmente también algunos otros materiales de la Investigación, en un volumen complementario (tomo IV).

- \* Elizabeth de ALMEIDA MEIRELLES REFALO (*Brasil*)  
Universidad de São Paulo  
— Reunión II  
— Ms.: A situação dos direitos humanos no Brasil e seu desenvolvimento constitucional, 40 p.
  
- \* Geraldo ATALIBA (*Brasil*)  
Universidad de São Paulo  
— Reunión I
  
- \* Aníbal Luis BARBAGELATA (*Uruguay*) †  
(ex) Universidad de la República Oriental del Uruguay  
— Reunión I
  
- \* Allan R. BREWER-CARIAS (*Venezuela*)  
Universidad Central de Venezuela  
— Reunión II  
— Ms.: El régimen de los derechos humanos en la Constitución venezolana y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 105 p.
  
- \* Roque CARRIÓN WAM (*Perú*)  
Universidad de Carabobo, Venezuela  
— Reunión II  
— Ms.: La teoría normativa-jurídica de los derechos humanos y su metateoría, 16 p.  
— Ms.: Sugerencias para un sistema de enseñanza de los derechos humanos, 2 p.
  
- \* Jaime ESPONDA FERNÁNDEZ (*Chile*)  
Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago de Chile  
— Ms.: La protección del derecho de opinión en la Constitución Política. Análisis comparado de las Constituciones de Chile, México y Perú, 66 p.
  
- \* Mario FLORES MACAL (*El Salvador*) †  
Universidad de Costa Rica  
— Reunión I

- \* Domingo GARCIA BELAÜNDE (*Perú*)  
Universidad Católica del Perú  
— Reunión I, Reunión II  
— Ms.: Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas, 49 p.
- \* Jorge Mario GARCIA LAGUARDIA (*Guatemala*)  
Universidad Nacional Autónoma de México  
— Reunión I, Reunión II  
— Ms.: Jurisprudencia constitucional: Guatemala, Honduras, México. Una muestra, 141 p.
- \* Alejandro GONZALEZ POBLETE (*Chile*)  
Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago de Chile  
— Reunión I, Reunión II  
— Ms.: La protección constitucional de los derechos humanos ante los tribunales. Quiénes y cómo logran acceso a los tribunales para obtener protección de sus derechos humanos en Sudamérica, 50 p.
- \* Carlos José GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (*Costa Rica*)  
Universidad de Costa Rica  
Reunión I  
— Ms.: Los derechos humanos en la Constitución de la República de Costa Rica, 13 p.
- \* Enrique Pedro HABA MÜLLER (*Uruguay*), Director de la Investigación  
Universidad de Costa Rica  
— Reunión I, Reunión II  
— Ms.: La protección constitucional de los derechos humanos en América Latina, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Primer Informe (169 p.) y Segundo Informe (285 p.)
- \* Giovanni KOJANEC (*Italia*)  
Università "La Sapienza", Roma  
— Reunión II

- \* Lilli LÖBSAK-FÜLLGRAF (*República Federal Alemana*)  
Friedrich-Naumann-Stiftung  
— Reunión II
- \* Hernán MONTEALEGRE KLENNER (*Chile*), Director Ejecutivo  
Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
— Reunión I, Reunión II
- \* Eduardo NOVOA MONREAL (*Chile*)  
Universidad Central de Venezuela  
— Ms.: Bases para una reformulación constitucional de la libertad de información, 22 p.
- \* Daniel O'DONNELL (*U.S.A.*)  
Comisión Internacional de Juristas  
— Reunión I, Reunión II  
— Ms.: Legitimidad de los estados de excepción, a la luz de los instrumentos de derechos humanos, 88 p.
- \* Eduardo ORTIZ ORTIZ (*Costa Rica*)  
(ex) Universidad de Costa Rica  
— Reunión II  
— Ms.: Glosa al Informe Haba, 31 p.
- \* Ernesto PAZ AGUILAR (*Honduras*)  
Universidad de Honduras  
— Reunión I, Reunión II
- \* Rodolfo R. PIZA ESCALANTE (*Costa Rica*)  
Corte Interamericana de Derechos Humanos  
— Reunión I, Reunión II  
— Ms.: El Derecho de los Derechos Humanos, 13 p.  
— Ms.: Proyecto de Temario General sobre el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Temas sobre Enseñanza del Derecho de los Derechos Humanos en las Cátedras de Derecho Constitucional de la América Latina, 12 p.
- \* Marcial RUBIO CORREA (*Perú*)  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
— Reunión II

- Ms.: Instrumentos constitucionales para mejorar la protección de los derechos humanos como conjunto, 17 p.
- \* Orlando TOVAR (*Venezuela*)  
Universidad Central de Venezuela  
— Reunión I
- \* Jaime VIDAL PERDOMO (*Colombia*)  
Universidad Externado de Colombia  
— Reunión I, Reunión II
- \* Melvin WALLACE SIMPSON (*Nicaragua*)  
Ministerio del Interior de Nicaragua  
— Reunión I
- \* Michael WILL (*República Federal Alemana*)  
Universität des Saarlandes, Saarbrücken  
— Reunión I

*Nota.*— Fueron también invitados a participar expertos de Argentina y México, como asimismo algunos otros profesores de países que estuvieron representados en las Reuniones; lamentablemente, no se pudo llegar a contar con su aporte. Y téngase en cuenta que la Investigación hubo de ser realizada sobre la base de una muestra por juicio (*infra*, § 15.II).

### 3. Autoría

Por la orientación que tiene esta obra y la selección de los materiales que se transcriben, y en conjunto por la determinación de todos los contenidos en ella presentados, no es responsable nadie más que su Redactor General. Pero lo que de tal manera se ofrece no hubiera podido conformarse sin contar como fuente básica —no solo en cuanto a la información, sino también en múltiples planos de fermento intelectual— con el invaluable concurso de lo aportado por cada uno de los participantes en la primera etapa. Lo que el libro le debe a ellos es, a todas luces, muchísimo más de lo que expresamente revelan los sitios donde aparecen mencionados sus nombres. Y en tal sentido, justo es reconocer ante todo el papel fundamental de Hernán MONTEALEGRE, cuyo impulso organizativo e intelectual fue decisivo para poner en marcha el Proyecto y para orientarlo a lo largo de esa

etapa, por más que el enfoque y los resultados que en definitiva presentamos, aquí, es poco probable que satisfagan sus expectativas en relación con dicho Proyecto (cf. la nota (\*) del § 2, *infra*).

La Parte I y los capítulos IX y XI se deben fundamentalmente —esto es, con excepción de las transcripciones, y por supuesto sin pretensión de mayor originalidad— al Redactor General. Los capítulos V, VI, VII, VIII y X, en cambio, sobre todo recogen ideas de los demás participantes, aunque ellas reciben aquí ubicación en unos marcos teóricos que responden a bases generales fijadas por el Redactor; mas no pertenecen sino a este, allí, los Apéndices de Semántica Constitucional, y también las tesis centrales sostenidas en los puntos siguientes: §§ 39.iii.1, 40, 42.ii y 42.iii, 45, 46, 51.iv, 53, 57, 58, 59, 61.iv, 64.ii.iii y 64.iii, 65.i, 68.i y 68.iii, 69, 70, 71, 74.iii, 75.iii.1, 76.i, 78.ii, 79.ii, 80, 81.

#### 4. Transcripciones

Los pasajes recogidos de otras obras se presentan siempre entre comillas, excepto en los acápites y en el cap. XII; cuando son tomados de publicaciones en lenguas extranjeras, la traducción al castellano es del Redactor. Los datos editoriales de dichas fuentes se detallan en la Bibliografía general ubicada al final del tomo III. Junto a cada cita se indica únicamente el apellido del autor y la página de donde fue tomada, si hay un solo trabajo suyo incluido en la Bibliografía; cuando esta contiene más de un estudio de ese autor, en la referencia de la cita se agrega también la o las primeras palabras del título respectivo.

No aparecen entre comillas, en cambio, muchas de las ideas presentadas por los participantes, si bien allí mismo suele dejarse indicado —siempre que efectuar la discriminación no resulte demasiado engorroso— quiénes de ellos las aportaron respectivamente. La mayoría de las veces provienen de intervenciones orales efectuadas en las Reuniones; o puede tratarse de extractos de sus colaboraciones escritas; en estos dos casos no se indica páginas de las fuentes (actas de las Reuniones, Ms.).

Tanto los trozos que se toman de trabajos publicados como también los que provienen de participantes están sujetos, por extraerlos de contextos más amplios, a eventuales deformaciones de

sentido respecto a las ideas globales de sus autores. Significa que, aun allí, el responsable por lo que se dice (y también por no decir otras cosas) es, si bien se mira, antes bien el Redactor General que los respectivos autores. En conexión con ello, importa subrayar que lo dicho por estos no se trae a colación, en ningún caso, a título de un argumento de autoridad o algo por el estilo, sino únicamente para ilustrar o complementar el desarrollo de los respectivos puntos. Tanto es así que, en su caso, hemos llegado a introducir ciertas correcciones de detalle en la redacción de algunos de estos trozos, para hacer más neta la forma de presentar esas ideas, sobre todo en el material tomado de las Reuniones y en libros que son traducción (respecto a estos, a veces indicamos entre paréntesis rectos [ ] la correspondiente página del texto original). Corresponde señalar, además, que ni las actas de las Reuniones ni lo que tomamos de ellas ha podido ser revisado por quienes efectuaron, generalmente en forma más o menos espontánea, las intervenciones así registradas.

## 5. Indicaciones para la consulta de esta obra

La extensión del trabajo hace presumir que la mayoría de sus eventuales lectores no lleguen a leerlo en forma íntegra, sino que, del material presentado en él, prefieran elegir tales o cuales partes, consultar solo algunos centros de interés. No hay inconveniente en que procedan de tal manera, ya que los distintos capítulos guardan cierta independencia recíprocamente, e incluso pueden guardarla entre sí párrafos de un mismo capítulo; de modo que bien cabe utilizarlos, unos u otros, sin necesidad de conocer también todo el resto. Para esos efectos, esperamos que el lector pueda hallar fácil orientación en los Índices. Y luego de localizar, en alguno de estos, la ubicación principal del punto que busque, también encontrará a lo largo de la exposición misma, por si desea información complementaria, remisiones a sitios de la obra donde se profundizan ciertas nociones o se tratan cuestiones conexas. La distinción entre el texto básico y ampliaciones en caracteres tipográficos más reducidos permite, a su vez, que sea el propio lector quien decida si le basta con lo expuesto en el primero o si, además, desea ampliar sobre un punto, consagrandole su atención incluso a lo ofrecido en las segundas.

La terminología va siendo definida oportunamente. Por lo demás, en el Índice alfabético de materias (t. III) está indicado, para los principales términos, el sitio del texto donde se puede encontrar la o las definiciones de cada uno de ellos.

## 6. Reconocimientos

No volvemos a enumerar las personas y entidades que ya fueron señaladas antes (*supra*, Nos. 1 y 2), pero es obvio todo el agradecimiento que por su contribución a esta obra se les debe. Al Redactor le importa subrayar aquí, de la misma manera, su deuda de reconocimiento también hacia quienes, siendo tan acreedores a ello, no fueron aún mencionados por su nombre:

La Lic. Sonia PICADO S., Directora Ejecutiva Adjunta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, mantuvo siempre alerta su indeclinable interés en que esta entidad llegara a publicar nuestro trabajo; es fundamentalmente gracias a ella, a sus renovadas gestiones para lograrlo, que al fin se hizo posible la actual edición. Karol BRADDOCK, Guillermo CORRALES, Francisco NAVARRO, Rodolfo E. PIZA ROCAFORT, Laura TREJOS, Cecilia TRUQUE, Fabiola VEGA, funcionarios del Instituto durante la primera etapa de la Investigación, pusieron su mejor empeño y señalada eficiencia para que el Proyecto "caminara" en ese período. Flora TRUQUE dactilografioó contra reloj, pero no por ello con menos excelencia, el árido Informe II, cuyo contenido pasó luego a ser el de los Apéndices de Semántica Constitucional. Cecilia CORTÉS, más adelante, tuvo la infinita paciencia de rehacer una y otra vez, descifrando manuscritos casi ilegibles, gran parte de la versión dactilográfica que sirvió de base para el texto completo final.

Grande es la deuda que el libro contrae, además, para con la UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, en particular con su *Facultad de Derecho*. Gracias a que el Redactor no fue allí sometido a una carga académica demasiado absorbente durante la segunda etapa de la Investigación, esta pudo ser proseguida por aquel, aun sin contar ya con el respaldo financiero e institucional de la primera etapa. También los estudios que él antes había efectuado como investigador de la ALEXANDER VON HUMBOLDT-STIFTUNG de la República Federal Alemana, y asimismo el material bibliográfico que estuvo a su alcance gracias a una donación de dicha entidad, tuvieron importancia clave para determinar la orientación científica general del trabajo efectuado e incluso buena parte de sus exámenes específicos; sin tales bases, seguramente la obra no hubiera llegado a ofrecer el contenido que presenta. Y, *last but not least*, como "puntillazo final" resultó decisivo que el Dr. Gerardo TREJOS, Presidente de JURICENTRO, acogiera el voluminoso texto para publicarlo en su prestigioso sello editorial, donde por fin sale a luz, con toda fidelidad al manuscrito defi-

nitivo de la Investigación. (Nuestro sincero agradecimiento también al personal de la *Litografía e Imprenta LIL*, particularmente a sus operarios Rafael ALVARADO CORDERO, Luis Armando QUIRÓS CARVAJAL y Marco Tulio RAMIREZ BONILLA, por la excelencia profesional y todo el esmero que volcaron en el trabajo de confeccionar la presente edición.)

PRIMERA PARTE:

**MARCO BASICO GENERAL**

- I. EL AREA DE ESTUDIO
- II. PREMISAS METODOLOGICAS
- III. LA PRESENCIA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS
- IV. DEL DERECHO INTERNACIONAL A LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS INTERNOS, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

## Capítulo I

### EL AREA DE ESTUDIO

*Históricamente, la lucha por el reconocimiento, implantación o extensión del respeto a los derechos humanos siempre proviene de, o tiene como referencia específica, aquellos sectores que sufren algún tipo de exclusión social, explotación en el plano de las relaciones de producción, o dominación en el plano de las relaciones políticas.*

M. A. GARRETÓN

*Unless there is an objective that is more fundamental, more noble and more deserving of universal attention, everything mankind is striving for, be it peace, freedom and justice, economic and social progress, cultural development or ecological equilibrium, is in the first and final analysis a function of human rights—a term so broad, yet so precise as never to lose its capacity to tell anything meaningful about its contents.*

M. MOSKOWITZ

*Comment se fait-il, en effect, que les droits de l'homme reconnus, exprimés, codifiés, commentés, sanctionnés par tant de textes juridiques, avoués par un*

*consensus général, soient cependant violés à chaque instant?*  
G. GUERON

*No ha habido nunca una sociedad que no haya quedado muy lejos de sus valores. Existe un vacío universal, insalvable, entre los ideales de la sociedad y la realidad de los intereses creados, de las constelaciones de estatus y de la política de poder. Activar una sociedad y hacerla más responsiva a sus miembros son las vías más eficaces para lograr que las nuevas opciones que se ofrecen se utilicen para la realización de valores, en vez de para una objetivación mayor de las relaciones sociales.*

A. ETZIONI

*Le droit n'est plus une science isolée, qui se suffise à elle-même, et qui puisse se renfermer dans ses textes et ses formules; le droit est une science de faits, une science du dehors... : Par le Code civil, mais au-delà du Code civil! [Et] ce à quoi nous tenons le plus c'est à "l'au-delà".*

GÉNY/SALEILLES

*Quien trata de derechos fundamentales no puede tratar sólo de los derechos fundamentales.*

N. LUHMANN

*The biggest threat today to the rights of man comes from the very source which should be its chief protector: the power of the modern state and the vast apparatus of which it disposes.*

W. CONTON

*Igual que en Atenas, cada pueblo tiene sus esclavos, sus mecos y sus bárbaros que odiar...*

R. A. HERRA

*La libertad es, en medida importante, un asunto legal; pero en medida no menos importante es un asunto relativo a las costumbres de la sociedad, fuera de la esfera dentro de la cual la ley puede operar.*

LASKI

*But the stimulus and the projection of the existential possibilities must be provided by organized public opinion, in the first place by thinkers, scholars and scientists preoccupied with the philosophy, jurisprudence and politics of international concern with human rights. Never has there been greater need for authentic thought in this area than today.*

M. MOSKOWITZ

*La precisión es la moralidad del entendimiento; prescribe lo que hay que luchar para la consecución de su propio ideal. La precisión de nuestros pensamientos, palabras y acciones es el único índice de nuestra devoción a la verdad.*

Dr. BALLARD

*Ser activo requiere conciencia, compromiso y poder. Nuestra proposición esencial es la de que un actor consciente de su medio ambiente social, de sí mismo y de sus controles internos, será más activo que un actor de similares características pero no consciente.*

A. ETZIONI

*El propósito de un estudio analítico o metodológico —sea en el campo de la ciencia o en el de la ética— es siempre indirecto. Pretende que los demás encaren sus tareas con una visión más clara y con hábitos de investigación más útiles. El presente volumen sólo tiene por objeto aguzar las herramientas que otros emplean.*

Ch. L. STEVENSON

*Pero no solo cuenta la calidad de quienes aconsejan, sino también la de quienes piden consejo: la capacidad de juicio y la conciencia responsable de los políticos, y asimismo la calidad de la opinión pública.*

O. HÖFFE(\*)

(\*) Las citas que encabezan este capítulo corresponden respectivamente a:

- GARRETÓN, *En torno...*, p. 15 col. 1.
- "A menos que exista un objetivo que sea más fundamental, más noble y más digno de atención universal, todo lo que la humanidad se esfuerza por alcanzar, sea paz, libertad y justicia, progreso social y económico, desarrollo cultural o equilibrio ecológico, en primer y último análisis está en función de los derechos humanos —un término tan amplio, pero también tan preciso como para no perder nunca su capacidad de expresar algo con sentido respecto a sus contenidos—" (MOSKOWITZ, p. 65).
- "¿Cómo es posible, en efecto, que los derechos humanos reconocidos, expresados, codificados, comentados, sancionados por tantos textos jurídicos, admitidos por un consenso general, sin embargo sean violados a cada instante?" (Georges GUERON, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie...*, p. 487).
- ETZIONI, p. 9. [El término *objetivación* se emplea en el sentido siguiente: "... posibilidad de reducir al hombre a un objeto pasivo, anormativo, no consciente. (...) Se puede decir de un hombre o de una sociedad pasivos que son objetivados, en el sentido de que son tratados como objetos" (ETZIONI, p. 10 y 32). ]
- Raymond SALEILLES, *Préface*, en el t. I de GÉNY, p. XXV; cf. *infra*, § 1.II, la traducción de este pasaje.
- "Wer von Grundrechten handelt, kann nicht nur von Grundrechten handeln" (LUHMANN, p. 201).
- "La mayor amenaza actual para los derechos humanos proviene de la propia fuente que debería ser su principal protector: el poder del Estado moderno y el vasto aparato de que este dispone" (W. CONTON, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie...*, p. 372-373).
- HERRA, p. 55.
- LASKI, p. 35.
- "Pero el estímulo y la concepción de las posibilidades existenciales tiene que ser suministrado por la opinión pública organizada, en primer lugar por los pensadores, los estudiosos y los científicos que se ocupan de la filosofía, jurisprudencia (Teoría del Derecho) y política correspondientes al interés internacional por los derechos humanos. Nunca ha sido mayor que hoy la necesidad de auténtico pensamiento en este campo" (MOSKOWITZ, p. 66).
- Doctor BALLARD, *The Chunging School*, 1925 (cit. en RUSSELL, *Ensayos sobre educación*, p. 183).

## SUMARIO:

O. Palabras liminares.

1. Introducción.

A) *Un balance inicial*: 2. La "universalidad" de los derechos humanos puesta en jaque. 3. La relación derechos humanos/Derecho Constitucional. 4. Posibilidades e imposibilidades de la ciencia jurídica. 5. Síntesis.

B) *Enfoque de la investigación*: 6. Tipo de aproximación. 7. Renglones de examen. 8. Síntesis.

*Literatura escogida:*

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informes. AURENCHÉ *et al.*, L'aujourd'hui des droits de l'homme. BOBBIO, Presente y porvenir de los derechos humanos. CIDH, Informes. CLAUDE (ed.), Derechos humanos comparados (Parte I). COHN, A Human Rights Theory of Law. DOMÍNGUEZ/RODLEY/WOOD/FALK, Enhancing Global Human Rights. ETZIONI, La sociedad activa (cap. 1; y cap. 10, esp. p. 268 ss.). GARRETÓN, En torno a la problemática actual de los derechos humanos. HABA, ¿Derechos humanos o derecho natural? HENKIN (ed.), The International Bill of Rights (Introduction). LASKI, La libertad en el Estado moderno. MERTENS, Violencia "institucional", violencia "democrática" y represión. MONTEALEGRE/MERA, La protección internacional y la desprotección interna de los derechos humanos. MOSKOWITZ, Toward an Integrated Approach to International Human Rights. MOURGEON, Les droits de l'homme. SANDIFER, The Relationship between the Respect for Human Rights and the Effective Exercise of Representative Democracy. SCHÄFFER, Demokratie und Totalitarismus. SCHELSKY, Acerca de la estabilidad de las instituciones, en especial de las Constituciones. SOHN, The New International Law. TAPIA VALEDES, El terrorismo de Estado. TOMUSCHAT, Menschenrechtssicherung in der internationalen Praxis. TOPITSCH, Die Menschenrechte als Problem der Ideologiekritik.

\* \* \*

---

— ETZIONI, p. 8 y 253.

— STEVENSON, p. 15.

— "Es kommt nicht nur auf die Qualität der Ratgeber, sondern auch auf die der Ratsuchender: auf die Urteilsfähigkeit und das Verantwortungsbewusstsein der Politiker, dann auch auf die Qualität der öffentlichen Meinung an" (HÖFFE, p. 446).

## § 0. Palabras liminares

“Los derechos humanos son considerados como ideales deseables, pero no siempre practicables. Forman parte de ese léxico mágico de conductores de la humanidad —ideólogos, escritores, políticos, periodistas...—, que recurren a principios de solidaridad humana, abstractos y generales, porque su mensaje no tiene contenido concreto y específico. ¿‘*Metus causae*’? [¿Será por miedo?]”

“Prometer es el infinitivo más vacío dentro del vacío de los infinitivos. Los derechos humanos lanzados al viento, no suelen considerarse como reglas jurídicas: el Derecho exige observancia absoluta... Allá en lontananza, tienden a convertirse gradualmente en reglas jurídicas, a la manera de los ideales morales. Pero no hay imposición, no hay ni siquiera coerción, a no ser que quiera imponerlos un Estado, un estamento o persona fuertes, contra un Estado, un estamento o una persona débiles.

“Se suelen enmarcar dentro de la relación hombre-Estado; pero van mucho más lejos. Hay atropellos de los derechos humanos en la Organización Social, en la Función Económica, en la familia, y sobre todo en los Medios de Comunicación monopolizados por grandes empresas [o por el Partido-Estado], con fines no precisamente altruistas. ¿Qué le cabe hacer al simple mortal, si no pertenece al campo de los atropellantes? — Protestar, insistir, hablar, ejercer el primitivo derecho de petición (mientras se lo permitan), hablar por sí y por ‘los que no tienen voz’. (...)

“Incluimos en la expresión **Derechos Humanos**: a) Los referentes, simplemente, al hombre sin más. Antes y por encima del Estado. (...) b) Los referentes al ciudadano, más restringidos (por patriotismo, por Soberanía), que se suman a los (a). Y como todo hombre hoy pertenece (?) a un Estado, está también protegido internacionalmente [...*the law on the books!*]. Plenitud de goce de derechos, siempre y cuando no esté incluido en las clases de ‘despo-

seídos' o 'marginados' o de limitados medios [o de quienes cuestionen la palabra del Partido-Estado]. *c)* Los referentes a los que no tienen Estado (refugiados, perseguidos, víctimas de guerra o de paz, apátridas...), estos solo tienen los derechos *(a)* (si se los quieren reconocer). *cb)* Los referentes a los extranjeros, desposeídos de los derechos políticos (Hombre, ¿animal político?: ¡pobre ARISTÓTELES!), restringidos y mediatizados en los demás derechos y con leyes que, como la espada de Damocles, penden sobre sus cabezas (leyes de migración y extranjería), como la más soberbia manifestación de insolidaridad humana. *d)* Los referentes a quienes son víctimas de la organización social y económica, los desposeídos de medios de subsistencia indispensables a la dignidad humana: los enfermos, los sin trabajo, los presos, los afectados por no desarrollar los derechos sociales ni los derechos colectivos o por la limitación injustificada de los mismos. *e)* Los concernientes a quienes son víctimas de una legislación protectora de 'ciertos' intereses contra otros intereses humanos menos fuertes. *f)* Los que conciernen a aquellos a quienes los medios de comunicación no quieren que se comuniquen con gentes necesitadas de ayuda. Tales medios reconocen la 'libertad de pensamiento', pero no la 'libertad de expresión' del pensamiento, negándoles la posibilidad de hacerlo en los medios que monopolizan. [*g)* Los de quienes son apartados o encarcelados, torturados o eliminados, por no comulgar con la ideología de los gobernantes de su país —si no optan por huir de él, supuesto que nos les impidan hasta esto—.] (...)

"Desde luego que lo anterior es una simple 'enumeración' de los derechos humanos, que no pretende ser preceptiva, ni menos exhaustiva. (...) ¿No les parece que la primera obra a realizar en nuestro propósito, y en el de todo '*homo*' que se considere obligado, puede empezar por la revisión de ciertos conceptos o vocablos que son tabú hoy por hoy, pero que constituyen un obstáculo insalvable para la realización de los derechos humanos? Ahí van algunos: soberanía, patriotismo, herencia de nuestros antepasados, no inter-

vención, seguridad del Estado, orden público, estabilidad de nuestra sociedad... .. [Y he aquí algunos otros: bien común, intereses populares, progresista, antidemocrático, subversivo, contrarrevolucionario, patria socialista... ..]

“No seamos maliciosos, digo ‘revisar’ y nada más; no me hagan decir lo que no digo. Pero si no debemos ser maliciosos, no seamos otra cosa peor, fariseos, hipócritas...”(\*)

## § 1. Introducción

### SUMARIO:

- I. El derecho Constitucional latinoamericano ante un “reto” capital; los instrumentos internacionales de derechos humanos como *tertium comparationis*.
- II. “Más allá” de los textos positivos.

El punto de partida de nuestro estudio es una comprobación poco halagüeña: que el Derecho de los países latinoamericanos, en particular sus Constituciones, con excesiva frecuencia se abstienen de ofrecer protección adecuada para los derechos humanos. Los individuos —sobre todo, el hombre corriente— están demasiado a merced del Estado, en cuanto a la seguridad de los derechos fundamentales; e incluso sucumben a la acción de otras organizaciones, extraestatales, de orden nacional o internacional.

Esa experiencia dolorosa, bien conocida, hace que se plantee, también en el plano de la contribución que en la materia pueden brindar los instrumentos jurídicos, la pregunta sobre la manera de llegar a mejorar la situación

---

(\*) Pasajes extractados de: Prof. Mariano GARCÍA VILLAS, “Derechos Humanos”, en *Boletín de la Asociación Costarricense de Juristas*, No. 2 (Abril, 1985), p. 3. Lo agregado entre paréntesis rectos [ ] no figura allí.

de los derechos humanos en América Latina, para más de un país. La posibilidad de utilizar el Derecho ha de tomarse en consideración como *una* de las herramientas capaces de aportar algo en la tarea de "curar" esos males, o mejor aún prevenirlos, según las condiciones de los países y en la mayor medida posible.

## I

El examen que ofrece el presente libro se refiere de modo preferente, por razones de división del trabajo, a lo que en la materia es dable esperar del Derecho Constitucional, como instrumento del Derecho positivo interno. Se trata de enfrentar el "reto capital" (MONTEALEGRE) a que están sometidas las Constituciones de nuestros días, el de proveer medios jurídicos más *eficaces* para garantizar a los individuos el respeto por sus derechos humanos. El propósito central de nuestra Investigación fue presentado así:

*"determinar qué derechos humanos, en qué medida y para quién, están realmente protegidos a través de las garantías constitucionales, y qué proposiciones pueden hacerse para mejorar esa protección"* (MONTEALEGRE).

Tal objetivo armoniza con finalidades generales del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que han sido resumidas de la siguiente manera:

*"la investigación científica de la cuestión de los derechos humanos; la enseñanza formal y no formal de los mismos; y su promoción positiva. Por medio de esta labor, el Instituto intenta crear progresivamente una actitud más receptiva y consciente hacia estos valores entre los diversos sectores y organizaciones sociales, de modo que, en primer lugar, se forme un contexto colectivo que haga más difícil las*

*violaciones a estos derechos"* (MONTEALEGRE)(\*).

El Derecho Constitucional, por su parte, juega en el centro de las coordenadas político-sociales y jurídicas de ese "contexto colectivo".

Detenerse en dicha rama del Derecho positivo no significa, pues, una elección arbitraria. El Derecho Constitucional proporciona la base general de cada ordenamiento jurídico. Constituye, si se quiere, un "tronco" del cual arrancan y en el cual se apoyan, de uno u otro modo, todos los demás sectores del Derecho interno. La protección de unos derechos humanos es el eje mismo al que se encuentra ordenada la función que están llamados a desempeñar los preceptos de una Constitución, si se tiene en cuenta el objetivo que históricamente dio origen al Derecho Constitucional:

*"se deberá considerar como telos de toda constitución, la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En ese sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideología liberal"* (LOEWENSTEIN, p. 151).

Tales ideas, revitalizadas y desarrolladas durante el transcurso ulterior, continúan teniendo vigencia. En la actualidad integran las del tipo de Derecho Constitucional que corres-

---

(\*) Desde luego, esta fijación de objetivos no compromete a quien la formuló, ni tampoco al Instituto, más allá del período en que aquel se desempeñara como Director Ejecutivo de este: cf. *supra*, *Referencius*, # 1.

ponde a los que se llama *Estado de Derecho*<sup>(1)</sup>. Son ellas quienes sirven, a su vez, como fuente de inspiración básica a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El utilizar como ángulo de referencia las relaciones entre las Constituciones latinoamericanas y esos documentos internacionales puede proporcionar, al menos desde el punto de vista heurístico, una perspectiva para examinar en qué medida las fórmulas constitucionales son jurídicamente adecuadas para proteger derechos humanos. Por supuesto, el examen debe ser integrado también con la consideración del correlato fáctico que corresponde o puede corresponder a los textos oficiales, por cuanto solo así se aprecia —¡punto fundamental!— la importancia real que una formulación jurídica tiene con vistas a la *praxis* de los derechos humanos.

Atento al desarrollo que luego de la Segunda Guerra Mundial ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podría considerarse que es ese Derecho quien está en condiciones de suministrar, en el plano de lo que pueda llamarse Derecho "positivo", el mejor *tertium comparationis* (punto de referencia, de comparación) para evaluar las Cartas Constitucionales y sus efectos. Se trataría, pues, de examinar esos temas "a la luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos", según rezaba el título original de nuestro Proyecto de Investigación. Pero no hemos sido demasiado fieles, en realidad, a un programa concebido en tales términos. Esa "luz" se encuentra y no se encuentra utilizada como cartabón para los análisis que presentaremos<sup>(2)</sup>.

---

(1) Sobre la idea de "Estado de Derecho", cf. *infra*, §§ 16.III y 42.III. Sin embargo, no deberá perderse de vista que hoy existen también otros tipos de Constituciones, que justamente *no* representan las características del Estado de Derecho: *infra*, §§ 3 *in limine* y 12.I a la altura de la n. 19; *vid.* también la n. 9 del cap. III.

(2) Sobre dicho Proyecto, *vid.* las puntualizaciones efectuadas al comienzo: *Referencias*, # 1.

Si bien no omitimos traer a colación dichos Instrumentos<sup>(3)</sup>, principalmente es para hacer resaltar todo aquello en que las disposiciones constitucionales son todavía *menos* adecuadas que esos textos para formular preceptos que brinden una adecuada protección jurídica a los derechos humanos. Desde ese punto de vista, en efecto, recurrimos a los Instrumentos como guía, reconocemos que su valor no debe ser menospreciado. Sin embargo, no consideramos del caso disimular que las fórmulas jurídicas de estos documentos internacionales dejan que desear, también ellas, sobre todo en razón del uso tan abundante que allí se hace de conceptos indeterminados. Por eso, más que nada nos interesará destacar, en ocasión de ver las distintas disposiciones constitucionales, cuáles son las insuficiencias y los méritos que exhiben *por sí mismas* como técnica jurídica tuitiva de aquellos derechos, aun en el caso de que tales insuficiencias aparezcan igualmente en las formulaciones internacionales, o que tales méritos ni siquiera se den —o se den con menor nitidez— en la letra de estos últimos.

---

(3) *Advertencia.*—

Para esta Investigación hemos tenido en cuenta fundamentalmente los siguientes textos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos (*Declaración*), ONU, 1948; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (*Declaración Am.*), OEA, 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Pacto*) y su Protocolo Facultativo, ONU, 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Pacto Ec.*), ONU, 1966; Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Convención*), Pacto de San José de Costa Rica, OEA, 1969. A lo largo de esta obra, para referirnos a todos estos documentos en general, los englobaremos bajo el rótulo común de *Instrumentos*; y para referirnos a alguno de ellos en particular, utilizaremos la abreviatura que hemos indicado entre paréntesis al lado de su nombre completo. Al citar pasajes de dichos textos, como así también en los de preceptos del Derecho interno que se transcribirán a lo largo del libro (sea en el texto principal o en notas), las *cursivas* son nuestras; las utilizamos para destacar ciertas formulaciones, sobre todo aquellos términos mediante los cuales se introducen algunos conceptos indeterminados fundamentales en las disposiciones de referencia (sobre el papel general de los conceptos indeterminados en el lenguaje de los derechos humanos, *vid. esp. infra*, cap. III).

## II

La hermenéutica de los propios Instrumentos está abierta a interpretaciones distintas. Si bien se mira, más que sus textos mismos, es la *dogmática jushumanista* —aquella corriente interpretativa por la que nosotros optaremos<sup>(4)</sup>— quien 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<sup>(5)</sup>. De todos modos, conviene tener presente que, según es notorio, los Instrumentos no se consideran constitutivos e. materia de derechos humanos; no serían sino *declarativos* y, lo que es más, son en alto grado *perfectibles* sus maneras de formular y promover la protección de tales derechos. Lo propio cabe señalar, incluso, acerca de la dogmática jushumanista. Todo ello tiene que ver con la cualidad de exigencias *supra*-positivas que, de una manera u otra, suele reconocérsele a los derechos humanos, sea o no que estos se consideren también una forma de Derecho Natural<sup>(6)</sup>.

En estudios sobre derechos humanos, si algo resulta indispensable, supuesto que el examen quiera ser realista, es la necesidad de ir "más allá" de los meros textos normativos, tanto de los nacionales como los internacionales. También para esos estudios sería recomendable inspirarse, *mu-*

---

(4) A qué llamamos "dogmática jushumanista" lo explicaremos más adelante: *infra* § 22. Por ahora, basta con que el lector tenga presente que se trata de *una* de las alternativas doctrinarias para la interpretación del lenguaje de los derechos humanos, la predominante en los tribunales internacionales de la materia.

(5) Empero, un estudio *particularizado* del tratamiento que en esa dogmática reciben los problemas específicos que presenta la interpretación de textos constitucionales como los que examinaremos, excede el marco de nuestra Investigación. Aquí habremos de limitarnos a un enfoque de orden general.

(6) Para la discusión al respecto, cf.: TOPISCH (*Die Menschenrechte...*), VILLEY, HABA (*¿Derechos humanos o...*), ROBLES (Parte Segunda), FERNÁNDEZ.

*tatis mutandis*, en propósitos como los formulados hace ya tanto tiempo:

"Una interpretación jurídica que pretenda contentarse con la sola ley escrita, o bien se engaña manifiestamente a sí misma, o se queda impotente para satisfacer las legítimas necesidades de la vida" (GÉNY, t. I, p. XI).

"...el derecho ya no es una ciencia que esté aislada, que se baste a sí misma, y que pueda encerrarse en sus textos y sus fórmulas; el derecho es una ciencia de hechos, una ciencia de lo de afuera...

"Ya no estamos en el tiempo donde nuestras disciplinas de la enseñanza y de la preparación doctrinaria debían restringirse a la formación de lo que se llamaba el espíritu jurídico, entendiendo que eso era la penetración en los textos... [importa] darse cuenta de todo lo que pueden, y deben, proporcionar a la comprobación de los elementos de cristalización del derecho, las direcciones científicas más diversas: sociología, economía política, derecho natural en el sentido rejuvenecido del término [derechos humanos, podría decirse hoy], filosofía, teología inclusive; todas las observaciones de la experiencia, todos los descubrimientos en materia social, encuentran en el derecho su desembocadura (*aboutissement*) y terminan por condensarse allí en fórmulas de utilización práctica.

"Por tanto, no sabría cómo mejor finalizar que con esta fuerte divisa, inspirada en palabras análogos de JHERING, y en torno de la cual converge —que envuelve o desenvuelve, como se quiera— todo el libro de GÉNY: *¡Por el Código Civil, pero más allá del Código Civil!*

"Yo sería tal vez de aquellos que gustosamente hubieran invertido los términos: *¡Más allá del Código Civil, pero por el Código Civil!* Reconozco que sería carecer un poco de osadía y querer conservar una parte de ficción. Por tanto, no insisto, demasiado feliz de dejarme convencer, a

condición de que ello pueda convencer: lo que más nos importa es el '*Más allá*'.

"Y será difícil, en adelante, que ese '*Más allá*' no devenga la palabra de orden de todos los juristas" (SALEILLES [1899], en *ibid.*, p. XXIV-XXV).

Diagnóstico acertado. El pronóstico, en cambio, se reveló como excesivamente optimista. Aun en nuestros días, ese "*Más allá*" está bastante lejos de haber llegado a ser una verdadera "palabra de orden" para los juristas. Por lo demás, el programa del propio GÉNY, tal cual lo desarrolló en su libro, no aparecía desprovisto de ingenuidades ("derecho natural", etc.); y es evidente, sobre todo, que está lejos de satisfacer las exigencias máximas del discurso científico actual. La meta sigue siendo reivindicable, no menos hoy que hace cien años. El camino hacia ella, sin embargo, debería ser transitado ahora con otras exigencias metodológicas, sobre todo teniendo en cuenta las bases más elementales de la teoría analítica del discurso científico y, en general, los resultados pertinentes de las ciencias sociales. En fin, debe tratarse de una aproximación *crítica* al discurso de los derechos humanos —lo cual no es lo mismo que una exposición simplemente *con* "críticas"—:

*"Hay que tomar la palabra en su sentido pleno, el de la posibilidad de hacer aparecer 'lo invisible'. (...) Un estudio del derecho, en el sentido que acabamos de indicar, sobrepasa entonces el recuento, clasificación y conocimiento del funcionamiento de las diversas nociones jurídicas, instituciones y mecanismos del Derecho. (...) Tenemos el derecho de exigir más de esa ciencia, o más bien de exigir otra cosa que una simple descripción de los mecanismos"* (MIAILLE, p. 18 y 20-21)<sup>(7)</sup>.

(7) Y "nous decouvrirent alors bien des 'choses' qu'une observation naïve nous aurait cachées, tant il est vrai qu'il n'y a de science que science du caché" (MIAILLE, p. 29). [Esta cita se encuentra traducida al castellano en el epígrafe de la presente obra.] Una explicitación más amplia del concepto de "crítica" se ofrece *infra*, § 6 *in fine*.

Por todo ello, en nuestro examen no hemos de sentirnos demasiado atados por lo que alcance a decir la *letra* de la normativa internacional, o inclusive unas disposiciones constitucionales. Nos interesa ir "más allá". Menos falta hace, hasta desde el punto de vista práctico, abocarse a repetir o parafrasear esos textos, que saberlos aquilatar, y en su caso utilizar, con *crítico* conocimiento de causa. Tal vez sea posible, así, aportar algo al desarrollo de la dogmática jushumanista, con base en el material de estudio que logramos recopilar y las observaciones efectuadas a propósito de él. En ese espíritu, los criterios de exigencia aquí empleados para apreciar los alcances de distintas formulaciones jurídicas de derechos humanos puede ser que no estén desprovistos de justificación. La tienen si, como creemos, en las Constituciones de América Latina —y también para examinarlas— merecería ser tenido en cuenta el principio de orientación siguiente, que nos ha servido de guía en nuestra Investigación: ¡Con los instrumentos internacionales, pero *mejor* que ellos!(\*)

---

(\*) Durante el desarrollo de la Investigación se fue haciendo cada vez más patente que los Instrumentos (*supra*, n. 3) no solo carecen de eficacia, sine que, en realidad, no menos inofensivas resultan la mayoría de sus disposiciones como eventuales modelos para formular preceptos, constitucionales u otros, en el plano de los Derechos internos. Lo cierto es que, respecto a derechos humanos, el aparato del Derecho Internacional significa poco más que un apéndice retórico de la diplomacia, por lo menos en América Latina. Pero algún valor heurístico él puede tener, a pesar de todo (cf. cap. IV).

## Sección A): UN BALANCE INICIAL

### § 2. La "universalidad" de los derechos humanos puesta en jaque

El discurso jurídico de los derechos humanos rebasa el ámbito del Derecho Internacional. *A fortiori*, ellos no se agotan en lo establecido por el Derecho Constitucional de cada país. Atento a los desarrollos de los últimos decenios, puede decirse que está en formación algo así como un nuevo Derecho, que en cierta manera no es ni nacional ni internacional (si se toma estas dos calificaciones de acuerdo con su sentido jurídico tradicional), pues aquel penetra tanto una como la otra esfera. Esa característica ha sido descrita así:

*"... los derechos humanos, durante muchos años encerrados entre las paredes del Derecho interno, el Constitucional precisamente, se han desbordado ya al terreno del Derecho Internacional; lo han conmovido hasta sus cimientos, y de él regresan, pero con remozadas fuerzas, al primero. Y de este revierten de nuevo a aquel, y vuelven a regresar, en un ir y venir permanente que en cada viaje enriquece y se enriquece, y del que yo me atrevo a derivar la afirmación de que se está formando ya un nuevo Derecho, ni Nacional ni Internacional: un Derecho de los Derechos Humanos, sin calificativos, interactuado y fluido; una especie de 'Derecho Transnacional de los Derechos Humanos', si liberamos la palabra 'transnacional' de su connotación peyorativa" (PIZA).*

Acéptese o no tal terminología, la caracterización presentada refleja un rasgo fundamental de la dogmática actual de los derechos humanos, eso que corrientemente se indica al calificarlos de "universales"<sup>(8)</sup>. En efecto, ellos se pre-

(8) Esta presentación lingüística la discutiremos más adelante: *infra*, caps. II (§ 11, apartados I y IV) y IV (§§ 28.III y 30).

sentan como un modelo normativo que no tiene su sede propia en ninguna rama específica del Derecho, ni de los nacionales ni del Internacional, sino que tiene (o debería tener) la misma autoridad en todas ellas y en todos los países. Este es un rasgo inherente al concepto más habitual de "derechos humanos", tal como son entendidos en el lenguaje de los juristas, en particular por quienes se inscriben en la corriente de la dogmática jushumanista.

Pero aunque desde el punto de vista doctrinario sea de recibo tal manera de concebir esos derechos, es indudable que por lo habitual no se ha logrado alcanzar todavía una verdadera correspondencia de contenidos —y menos aún en la práctica— entre los instrumentos internacionales de derechos humanos y el Derecho Constitucional de las garantías individuales. Hay un señalado desfase entre compromisos internacionales y obligaciones positivizadas internamente, en esa materia. Reducir este desfase forma parte esencial del "reto" que, como decíamos más atrás, tiene planteada hoy la ciencia jurídica(\*).

De cara a la situación en nuestro continente, el sistema interamericano carece de dinamismo, no tiene influencia real en las situaciones políticas. Su eficacia resulta magra para la defensa de los derechos humanos. Las naciones de mayor peso económico y demográfico se resisten aún a ratificar el Pacto de San José —lo que no deja de ser sintomático—; y entre aquellos países que lo han ratificado, todavía hay muchos que no hacen lo mismo con las cláusulas de jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —lo que no es menos sin-

---

(\*) Dicho desfase fue subrayado especialmente por MONTEALEGRE, quien concibió esta Investigación como un esfuerzo destinado, sobre todo, a resaltar la presencia de esos hiatos en Constituciones de América Latina y a promover normativas constitucionales capaces de corregir tal situación (para este punto de vista, cf. también MONTEALEGRE/MERA, esp. Parte I). Empero, el desarrollo mismo de la Investigación nos hizo ver la necesidad de ir un tanto "más allá" de aquel objetivo inicial: cf. *supra*, la Presentación y el § 1 (*vid.*, en particular, la nota final (\*) de este).

tomático—. Desde el punto de vista práctico, de todos modos, a las autoridades de un Estado (aunque hubiere procedido a esas ratificaciones) les basta con negar que los hechos ocurrieron, para impedir que se haga efectiva la protección internacional. Por lo demás, el sistema jurídico interamericano está hecho más bien para no funcionar (cf. *infra*, § 28.VI-VII).

En estas condiciones, la "universalidad" de los derechos humanos en América Latina queda reducida, demasiado a menudo, al nivel *semántico* de los textos y de la doctrina. Lo interesante sería lograr la entrada en juego de herramientas jurídicas que rescaten para ese lenguaje su nivel *pragmático*, su eficacia tuitiva.

### § 3. La relación derechos humanos/Derecho Constitucional

Han aparecido, en América Latina, nuevas tendencias en materia de Cartas fundamentales, entre aquellas promulgadas en años recientes o proyectadas<sup>(\*)</sup>. Se hace presente allí, bajo uno u otro signo ideológico, un concepto de ordenamiento constitucional donde, mediante la introducción de ciertos mecanismos jurídicos, los derechos fundamentales resultan debilitados a tal extremo, por lo menos en su exigibilidad, que estos quedan prácticamente a disposición de las autoridades estatales (MONTEALEGRE). Más que de Constituciones, se trataría de "anti-Constituciones", dicho en el lenguaje de quienes prefieren recurrir a una definición axiológica del término "Constitución" (*infra*, § 12.I). En tales casos de manera obvia, pero también —aunque en grado menor— en Constituciones de tipo más clásico, se aprecian notables lagunas en la protección constitucional de los derechos humanos, máxime teniendo en cuenta las experien-

---

(\*) Esto es señalado a finales de 1972 (Informe I).

cias recogidas durante los últimos tiempos en este Continente. Ambos aspectos —las “anti-Constituciones” y la debilidad de los mecanismos constitucionales clásicos de protección para los derechos humanos— provocan el anotado desfase respecto al sentido de los documentos internacionales que deberían servir como guía en la materia.

Ante este panorama, la relación derechos-humanos/Derecho-Constitucional en América Latina da lugar a una problemática de múltiples facetas, todas ellas entrelazadas para producir efectos considerables en la protección, o desprotección, de esos derechos. Dicha multiplicidad de aspectos queda bien ilustrada, por ejemplo, en la distinción que se ha efectuado entre seis ángulos de enfoque, propios de la mencionada relación:

“a) La ‘existencia’ constitucional de los derechos humanos, que supone preguntarse por la existencia misma de la Constitución, su estabilidad y su forma de encarar el problema de los derechos humanos; b) el ‘contenido’ constitucional de los derechos humanos, que plantea la específica definición de los derechos en la Constitución, sus limitaciones y derogaciones y el grado de su condicionalidad; c) la ‘validez’ constitucional de los derechos, el Estado de Derecho, sus principios y sus criterios de interpretación; d) la ‘vigencia’ constitucional de los derechos humanos, que reclama la consideración del régimen procesal de protección de los derechos, su exigibilidad en función del contralor de la legalidad y la independencia de los tribunales de justicia; e) la ‘eficacia’ constitucional de los derechos humanos, que implica los problemas prácticos del acceso a la justicia y de su administración, de su eficacia real y aun de las limitaciones socio-económicas que obstaculizan su realización; y un tema más, que los penetra a todos, f) la insoslayable relación entre los derechos humanos del Derecho interno —Constitucional— y los del Internacional” (PIZA).

La problemática se estructura, pues, en un cuádruple juego de interrelaciones: derechos humanos/Derecho Internacional/Derecho Constitucional/realidad socio-política jurídicamente conformada. En lo que particular referencia dice, dentro de este juego global de conexiones, con la relación derechos humanos/Derecho Constitucional, puede resultar heurísticamente fértil subrayar los tres puntos siguientes (comprendidos en la enumeración transcrita):

- qué derechos humanos son constitucionalmente reconocidos y cuál es su exigibilidad jurídica;
- en qué medida corresponde (o no) la realidad jurídica a esos modelos normativos;
- hasta qué punto cumple (o no) todo lo anterior con lo establecido en los Instrumentos.

Estas tres cuestiones son claves para el análisis semántico-pragmático de los modelos constitucionales de derechos humanos. Ellas marcan las pautas de la tarea que los juristas tienen por delante, dentro de su disciplina, para contribuir a una mejor protección de tales derechos.

#### § 4. Posibilidades e imposibilidades de la ciencia jurídica

##### SUMARIO:

- I. Las tareas de los constitucionalistas.
- II. Posibles desfases entre ciencia y "existencia".
- III. Constitución real y Constitución escrita; elementos de utopía; efectividad de las Declaraciones de derechos.
- IV. Conclusión.

### I

Se ha señalado que los profesores de Derecho Constitucional se encuentran, frente a las cuestiones señaladas,

"como doctores ante la enfermedad o economistas ante la crisis" (GUTIÉRREZ)<sup>(9)</sup>. Tendrían por delante el cumplimiento, sobre todo, de dos tareas:

*"la labor científica de esclavocer, sistematizar y ordenar los derechos en los textos constitucionales; y la labor pública de diseñar nuevas —más precisas o más imaginativas— formas de protección"* (GUTIÉRREZ).

Retomando la imagen del médico, puede decirse que dicha tarea debería comprender un "diagnóstico" + una "terapia". En ese camino se presentan, entre otros, dos obstáculos fundamentales. Sería necesario:

*"en primer lugar, despejar una serie de equívocos que se producen por quienes toman el nombre de esta causa pero que en realidad reclaman solo sus derechos básicos, mientras no están en la práctica dispuestos a reconocer los derechos básicos de aquellos a quienes califican como sus contrarios; y en segundo lugar, es preciso superar el nivel un tanto elemental en que hoy muchas veces se discurre sobre el tema de los derechos humanos. Para superar ambos escollos, hay que concentrarse en un trabajo sostenido, capaz de atraer a destacados intelectuales y prácticos, que en un esfuerzo colectivo den a estos valores la universalidad existencial y la riqueza científica que les es propia"* (MONTEALEGRE).

No significa, por supuesto, que la promoción de los derechos humanos sea una labor que competa a los juristas solamente. Si no es aventurado esperar que el respeto por esos derechos llegue a abrirse paso en mayor medida de lo que acontece hoy en día, tiene su plausibilidad

---

(9) ...O más bien, tal vez, como "brujos de la tribu" —insinuó algún comentarista malicioso—. Cf. también ROTTLEUTHNER, # 2.2.2, respecto a la figura de "médico social" como uno de los modelos (*Leitbilder*) de autosimbolización con que los juristas se proyectan socialmente. En otro plano, cf. el libro de ANDRESKI.

pensar que

*"los derechos humanos están llamados a ser el punto de encuentro y de consenso de los diversos grupos sociales. Este punto de encuentro, me atrevo a sugerir, es más decisivo, fuerte y determinante que cualquier diferencia entre las personas y grupos que se quiera destacar bajo algún otro punto de vista particular"* (MONTEALEGRE).

El Derecho Constitucional, el trabajo de los juristas de esta disciplina, puede aportar decisivos elementos de organización con vistas a lograr dicho propósito. Pues alcanzar a realizarlo depende, entre otros factores, de la contribución que también aquellos logren hacer para otorgarle a la *práctica* de los derechos humanos esa "universalidad existencial" [plano fáctico] y esa "riqueza científica" [plano cognoscitivo: el teórico y el técnico-instrumental] que, allí donde tales derechos son promovidos, puede entenderse —con MONTEALEGRE— que efectivamente "les es propia". (*Vid. también infra*, § 7.)

## II

Sea como sea, importa tener presente la diferencia entre los dos planos señalados, para poder enfrentar mejor los desfases que suele plantear la "existencia" contra la *ciencia*. Más de una vez sucede que ciencia y eficacia no van de la mano, sobre todo en el campo de las disciplinas sociales. No hay más remedio que reconocer tal hecho. Lo cierto es que, si no obran también otros factores, sociopolíticos, la "riqueza científica" puede resultar un factor mínimo y hasta desdeñable, desde el punto de vista práctico, para apoyar la "universalidad existencial". Si la ciencia ha de servir de ayuda en estos terrenos, es indispensable que haya gente (con poder social) *dispuesta* a dejarse guiar por aquella. Y aun esto, a su vez, tampoco podría ser decisivo sino respecto a tipos de situaciones —no son todos— para los cuales la ciencia está en condiciones de suministrar téc-

nicas *netas*, en la relación de medios a fines, como vía hacia los resultados apetecidos.

En beneficio de una mejor protección de los derechos humanos, la ciencia jurídica puede tener un papel positivo, sí, pero esto bajo dos presupuestos. Ante todo, no ilusionarse con la tesis socrático-plutónica de que el Saber es condición no solo necesaria, sino también suficiente, para *poder* y para *hacer*. Luego, tener siempre a la vista que, por ende, las soluciones en materia de derechos humanos dependen también de paralelogramos en las relaciones entre otras condiciones societales, o sea, de fuerzas colectivas que el jurista *no* "maneja". Estas fuerzas *pueden o no* tomar en cuenta, y hacerlo de una manera u otra, los conocimientos jurídicos que sirvan para organizar mejor la protección de derechos humanos.

Una sociedad que sea, por lo menos tendencialmente, del tipo que ETZIONI llama *activa*, constituye el terreno más propicio tanto para dar lugar al respeto efectivo de derechos humanos como para impulsar la receptividad de conocimientos científicos capaces de beneficiar la puesta en práctica de tales derechos:

*"la asociación de miembros que se tratan recíprocamente como fines, y a los no miembros como si fuesen miembros... una sociedad que se conoce a sí misma, está comprometida en el avance hacia una realización más plena de sus valores, domina las palancas que tal transformación requiere y es capaz de fijar límites a su capacidad de autoalteración, para que no llegue a ser automutilación. Esta sería una sociedad activa"* (p. 20 y 23).

Nuestra concepción de los derechos humanos se orienta hacia modelos de sociedad semejantes. Puede decirse que, en tal sentido, la idea de "sociedad activa" significa el criterio crítico básico de esta Investigación, en cuanto al nivel axiológico de sus análisis. También nosotros, pues, encaramos

*"el estudio de una sociedad entregada a la realización de sus valores, y un examen de las barreras que impiden a las sociedades realizar esos valores e investigar métodos para acelerar su cumplimiento"* (ibid., p. 19).

Solo que ese estudio lo efectuamos, por nuestra parte, desde un ángulo especial, el de ciertos temas que suelen aparecer subsumidos bajo la expresión "derechos humanos". Pero igualmente respecto a esta problemática, que en definitiva no es sino una especie de "recorte" dentro de la cuestión general de cómo hacer funcionar sociedades activas, cabe pensar que

*"una teoría de la ciencia social puede ser científicamente válida, intelectualmente relevante y puede servir de trampolín para la participación activa"* (ibid., p. XII).

Cualquier teoría que aliente tales pretensiones respecto a la temática de los derechos humanos tendrá que ser de un tipo que le permita superar las actuales carencias científicas de la doctrina jurídica corriente acerca de estos. No podrá contentarse con planteamientos normativistas, sino que debería dar paso a enfoques verdaderamente *transdisciplinarios* en todos los renglones —¡incluso (o antes que nada) para las cuestiones técnico-jurídicas— donde esos derechos sean invocados. *Vid.* especialmente *infra*, § 103.IV.

\* \* \*

*Relaciones entre el conocimiento y su aplicación práctica; la orientación activa* (ETZIONI).—

"El mismo afán de conocimiento, si fuera utilitario, no podría sobrevivir. El conocimiento utilitario necesita fructificar gracias a la investigación desinteresada, que no tiene motivos ulteriores al deseo de comprender mejor el mundo. Todos los grandes progresos son, en su origen, puramente teóricos, hasta que más adelante se les encuentra una aplicación práctica. Y aun

cuando haya teorías espléndidas sin aplicación práctica alguna, conservan su valor en sí mismas, porque la comprensión del mundo es una de las dichas fundamentales" (RUSSELL, *Ensayos sobre educación*, p. 228).

"Hemos indicado ya que no hay relación necesaria entre los niveles de conciencia y de actividad. Parece ser así por dos razones principales. Primeramente, el grado de actividad está afectado por otros factores que pueden obstaculizar el desenvolvimiento de la orientación activa, al mismo tiempo que un aumento de conciencia incrementa el potencial de actividad. En segundo lugar, aun cuando no actúen tales factores, un aumento de conciencia puede no llevar a más actividad, sino estimular una orientación reflexiva más pasiva. Lo cual puede resultar de un incremento en la distancia entre el actor y su mundo o de que el actor se haga más consciente de la limitación de sus capacidades, y del poder restrictivo de otros. Por tanto, cabe esperar que un aumento de conciencia origine activación sólo cuando los demás elementos de la orientación activa estén aumentando también, o hayan alcanzado anteriormente altos niveles y sea la conciencia el elemento rezagado. Si se da un alto nivel de conciencia, pero el compromiso es débil, hay que esperar el equivalente social de: 'Me importa un bledo'..." (ETZIONI, p. 274).

"Si, además, la capacidad de los intelectuales para iniciar la transformación contextual está gravemente restringida, es probable que la organización política sea democrática solo en el sentido de representar un *status quo* obsoleto. La noción de que los contextos cambian con dificultad, sugiere que no pueden manipularse fácilmente, pero no significa que no sea necesario enfrentarse a ellos en ocasiones" (*ibid.*, p. 191).

"La orientación activa incluye tres componentes principales: un actor que sabe y es consciente de sí mismo, uno o más objetivos que se ha comprometido a alcanzar y el acceso a las palancas (o al poder) que permiten modificar el código social. (Repetimos que el yo activo normalmente no es un individuo, puesto que un hombre es incapaz en general de transformar colectividades, sino una combinación de personas que, juntas, activan su agrupación social y alteran así su vida colectiva y su yo individual.)

"Sin conciencia de sí el actor colectivo desconoce su identidad, la acción que sobre él se ejerce, su capacidad de actuar y su poder; es pasivo, como un gigante que duerme. Si no se

siente comprometido con un propósito, la acción carece de rumbo y va simplemente a la deriva. Sin poder, la conciencia más incisiva y precisamente enfocada, o el compromiso más firme, no producirán más acción que un tren descarrilado. Ser activo requiere conciencia, compromiso y poder" (*ibid.*, p. 7-8).

### III

#### 1. *La Constitución real y la Constitución escrita.*—

Importa también tener muy en cuenta, aquí, la conocida distinción de LASSALLE (1862) entre la Constitución *real* (efectiva) de un país y su (eventual) Constitución *jurídica* ("la hoja de papel"):

"He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los *factores reales de poder* que rigen en ese país. Pero, ¿qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución *jurídica*? (...) Se cogen esos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales* de poder, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado" (p. 70).

"Del mismo modo y por la misma ley de necesidad que todo cuerpo tiene una constitución, su propia constitución, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una Constitución, real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, *cualesquiera* que ellos sean. (...) Así pues, todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia, una Constitución *real y verdadera*. Lo específico de los tiempos modernos —hay que fijarse bien en esto, y no olvidarlo, pues tiene mucha importancia— no son las Constituciones *reales y efectivas* sino las Constituciones *escritas*, las *hojas de papel*. En efecto, en casi todos los Estados modernos vemos apuntar, en un determinado momento de su historia, la tendencia a darse una Constitución *escrita*, cuya misión es resumir y estatuir en un *documento*, en una hoja de

papel, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en el país" (p. 77 y 79-80).

"Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de *derecho*, sino de *poder*; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan *expresión* fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social... las Constituciones escritas, cuando no se corresponden con los factores reales de poder de la sociedad organizada, cuando no son *más que* lo que yo llamaba una 'hoja de papel', se hallan y tienen necesariamente que hallarse irremisiblemente a merced de la supremacía de esos factores de poder organizado, condenadas sin remedio a ser arrolladas por ellos" (p. 97 y 101).

Pero estas puntualizaciones, aunque ciertas en cuanto al fondo, deben tomarse "cum grano salis". En realidad, el Derecho Constitucional no es mero epifenómeno de unas relaciones de poder, sino que también él puede contribuir, *en alguna medida*, a conformar esas relaciones *mismas* y hasta a *co-determinar* su evolución. Es posible que en ciertos países o en determinadas esferas de la regulación constitucional escrita, esta no sea más que una "hoja de papel"; pero también es posible, e incluso frecuente, que en otros países o en otras esferas del país en cuestión, dicha "hoja" tenga alguna influencia *efectiva* sobre la conducta de los operadores del aparato estatal y asimismo sobre la de los particulares. La medida en que las Constituciones escritas son algo más que una "hoja de papel" varía de país a país, y también según las circunstancias. En otras palabras: si a la dimensión *semántica* del discurso constitucional podrá corresponderle una dimensión *pragmática* de ese lenguaje (*infra*, § 10.I), y hasta qué punto eso ha de tener lugar o no, son circunstancias que —aunque siempre dependen de relaciones de poder cuya complejidad no se agota en lo que señalen los textos jurídicos— pueden ser *más* o ser *menos* independientes de lo que establezca una Constitución.

En tal sentido, importa tener en cuenta que existe tanto una "permanencia" como una "modificación de las necesidades que subyacen a una Constitución" democrática escrita (SCHELSEKY, *El hombre...*, p. 53 ss.). Puede entonces decirse que, entre las características de la "estabilidad institucional" que corresponde

a una Constitución de ese tipo, está también el contribuir a "la transformación estable de las instituciones" (*ibid.*, p. 55 ss.):

"Aquí se pone de manifiesto la importante función que le incumbe al derecho como factor dinámico de estabilización de las instituciones sociales. (...) Ya LASSALLE había desarrollado, junto con su tesis —que en el fondo tiene un valor puramente polémico— de que toda Constitución no es otra cosa que un papel escrito en el que se expresan las reales relaciones de poder, esta concepción esencial y, desde luego, mucho menos conocida, de las bases de una constitución estable (F. LASSALLE, *System der erworbenen Rechte* [Sistema de los derechos adquiridos], Leipzig, 1861). Todo ámbito de las formas de vida de una comunidad está sometido a la esfera del dominio del Estado, en la medida en que es accesible a las estipulaciones jurídicas, ya que estas obligan el desarrollo efectivo de los acontecimientos mediante normas que, debido a su naturaleza autoritaria, confieren a aquel proceso, durante el período de su validez, la dirección deseada. Esta normación jurídica sirve, sobre todo, para ahorrar fuerzas en la lucha de los intereses de clase de una comunidad, que se transforma, de esta manera, de una lucha de clases por el poder en una lucha de clases por la formación del derecho. 'Esta lucha obtiene el primer momento de la estabilidad', dice LASSALLE textualmente, 'mediante una ley fundamental que debe ser llamada Constitución'. De esta manera, se ve en el derecho, en tanto tal, un grado superior de estabilidad frente a las meras relaciones de poder" (*ibid.*, p. 60-61).

Por todo ello, es fundamental no perder en ningún instante de vista que, como señalaba HEGEL,

"la Constitución de un pueblo determinado depende del modo y cultura de su autoconciencia. (...) La pretensión de dar a un pueblo una Constitución *a priori*, aunque esta sea más o menos racional por su contenido, pasa por alto el momento por el cual ella es más que un objeto de pensamiento. Cada pueblo tiene, por tanto, la Constitución que le conviene y le corresponde. (...) Porque una Constitución no es algo que meramente se hace: es el trabajo de siglos, la idea y la conciencia de lo racional, en la medida en que se ha desarrollado en un pueblo. Ninguna Constitución puede ser creada, por lo tanto, meramente por unos sujetos. (...) Frente a su Constitu-

ción, el pueblo debe tener el sentimiento de que ella es su derecho y su situación; si no, esta puede existir exteriormente, pero no tendrá ningún significado ni valor. Puede, por supuesto, encontrarse con frecuencia en individuos la necesidad y el anhelo de una Constitución mejor; pero que la masa esté penetrada por una representación tal, es algo totalmente diferente, que sólo sucede más adelante" (*Filosofía del Derecho*, # 274 —seguimos básicamente la traducción de Juan Luis VERMAL—).

Y MARX añadía el siguiente comentario al respecto:

"Del razonamiento de HEGEL se sigue únicamente que aquel Estado donde 'modo y cultura de su autoconciencia' y 'Constitución' se contradicen, no es un verdadero Estado. Que la Constitución, la cual fue el producto de una conciencia pretérita, pueda llegar a ser opresora cadena para una conciencia avanzada, etc., etc., claro que son trivialidades. De ahí se seguiría, más bien, solo la exigencia de que haya una Constitución que en sí misma tenga la determinación y el principio de avanzar con la conciencia; avanzar con el hombre verdadero, lo cual no es posible sino desde el momento en que el 'hombre' haya devenido el principio de la Constitución" (*Kritik des Hegelschen Staatsrechts* [Crítica del Derecho Estatal hegeliano] ).

Por cierto, también HEGEL veía que una Constitución no es algo estático:

"La Constitución *es*, por consiguiente, pero al mismo tiempo esencialmente *deviene*, es decir, progresa en su formación. Este progreso es una alteración, que resulta imperceptible y no tiene la forma de una alteración. (...) Después de mucho tiempo una Constitución adquiere, así, un carácter totalmente diferente del que tenía" (*loc. cit.*, # 298, Agregado).

Cf. asimismo el comentario de MARX (*loc. cit.*) sobre este último párrafo, donde aquel pone el acento, en cambio, en señalar que las *nuevas* Constituciones son necesariamente revolucionarias. Pero concuerda con HEGEL, de todos modos, en el punto que a nosotros nos interesa subrayar aquí: que una Constitución solo es "real" en la medida en que responde a dinamisismos actuales de su medio político-social.

## 2. Elementos de utopía.—

Toda Constitución incluye también sus elementos de "utopía", propósitos dirigidos a transformar la realidad (por ejemplo, ideas expresadas en el Preámbulo —*infra*, § 20.I *in fine*— o en disposiciones programáticas —*infra*, § 83.I—), visiones de un futuro mejor. En efecto,

"una institución no solamente tiene la función de satisfacer las necesidades ya existentes y dirigirlas y controlarlas normativamente, sino que además tiene que guiar el cambio y la creación de nuevas necesidades surgidas precisamente como consecuencia de aquella institución, es decir, adecuarse a estas nuevas necesidades, creando nuevas formas. Toda Constitución tiene que normar pedagógicamente las necesidades del futuro incorporando en sus normas objetivos de futuro idealmente superiores y hasta utópicos. (...) ¿Cuál es la relación que debe existir entre los elementos utópico-pedagógicos de una Constitución y los factores que simplemente tienen un carácter de mera regulación constante, para que la Constitución sea estable? La pregunta acerca de cuál ha de ser el compromiso óptimo que puede establecerse entre estas tendencias de una Constitución no ha obtenido hasta ahora una respuesta científica; sin embargo, es claro que el *quantum* utópico o pedagógico de una Constitución es muy limitado y su importancia ha sido aumentada exageradamente en el último siglo por todos los demócratas progresistas del continente [europeo]. Para la solución de este problema sería necesario, desde el punto de vista teórico, un análisis amplio de las necesidades políticas (estáticas y dinámicas) de un pueblo" (SCHELKY, *El hombre...*, p. 62-63).

Ese rasgo de "utopía" se hace presente sobre todo en la cuestión de los derechos humanos, tanto en el marco de la Constitución misma como por encima de esta:

"Los derechos humanos son la utopía del hombre contemporáneo que por su medio se elige como persona en la época de la revolución tecnológica y del paroxismo ecológico, es decir, cuando la dominación del Poder se refugia en coartadas tecnocráticas, a-clasismo gubernativo, pseudo-universalismo de la clase o cuando realiza sus designios por simple represión, y se vislumbra en el horizonte del tiempo una vía de desarrollo técnico y de con-

trol ilimitados. Los derechos humanos son también la utopía de finales del siglo XX, porque se enfrentan a los Estados que, hoy, especialmente en el contexto de la confrontación este-oeste y a causa de la destructividad militar, se vuelven cada vez más represivos hacia adentro, tanto en el este como en el oeste, en el norte como en el sur... la utopía es el proyecto de ir más allá de lo que la realidad define como imposible: lo utópico, como producto específico de la facultad imaginativa del hombre, desborda el sufrimiento presente y el control represivo y finge como *telos* necesario la opción de un mundo libre y feliz. Idea última de la historia, la utopía de los derechos humanos es aquello desde lo cual y contra lo cual existe la represión; si hay represión, es porque se atenta contra algo que es y que debe ser: la utopía de los derechos. Pero los derechos humanos no son únicamente la utopía del futuro. Su paradoja consiste en que son hoy la única utopía que se hace y está en proceso, que echa raíces en el pasado y que da un *telos* al deber ser" (HERRA, p. 91-92).

En efecto, la idea de derechos humanos se inscribe del lado de las utopías en el perenne combate que estas libran contra versiones más "pragmáticas" de la política:

"A la cercanía a la realidad que ostenta el concepto pragmático de la política corresponde la fatalidad de la práctica política hasta el día de hoy. O dicho de otra manera: son los vencedores quienes determinan lo que ha de valer como política. (...) Aun cuando la política estuvo hasta ahora bajo el dominio de la lucha por la existencia, como lo postula el darwinismo social, el concepto de política que de ello cabría extraer no podría sino ser un concepto crítico, en el sentido de que si bien la indiscutible cercanía a la realidad que presenta el esquema pragmático-tecnocrático de amigo-enemigo tiene que ser tomada en consideración, empero cabe hacerlo como HEGEL aconsejara respecto a la 'opinión pública': tenerla en cuenta (*beachten*) y, a la vez, despreciarla (*verachten*) [*Filosofía del Derecho*, # 318]. (...) Allí donde hoy, como sucede tan a menudo, se habla de utopía y utopismo, el concepto de utopía es empleado 'con tanta frecuencia sólo para rebajar o rechazar cualquier pensamiento, por más evidente que sea, y cualquier opinión, por más evidente que sea, que rebasen el marco del orden existente.

Si a un griego culto del siglo V antes de CRISTO se le hubiera dicho que es perfectamente posible una sociedad en donde no haya esclavitud, que aquella no esté basada en la esclavitud, él hubiera calificado de utopía tal afirmación, o hasta se hubiera negado a discutir sobre eso' (MARCUSE). (...) Para el pragmático en la política, los medios de que él se sirve y los caminos por los que transita constituyen lo más importante. (...) Mientras la política funciona, apenas habrá quien se queje de un exceso de pragmatismo. Pero cuando, contra las ideas de la política pragmática, las cosas llegan a andar mal, entonces uno se acuerda de la verdad de las utopías. (...) En la utopía se conserva una verdad que es más que la racionalidad técnica ajustada a fines (*Zweckrationalität*), que la elección de medios para objetivos establecidos de antemano y no sometidos a cuestionamiento. Las utopías establecen nuevas metas y, por ello, necesariamente entran en conflicto con unas exclusiones de fines que, coaguladas al nivel de cosa obvia, se dan por supuesto sin más y así están institucionalizadas (como rituales de alivio). El conflicto de pragmatismo *versus* utopía no es algo que pueda tanto darse como no darse, sino un conflicto de tipo necesario" (LENK, *Politische...*, p. 135-136; *vid.* también, allí, las págs. sigs.).

Por todo ello, la utopía de reclamar que se respeten unos "derechos humanos" llega a revestir, como subraya GARRETÓN (*En torno...*), caracteres de lucha *política*:

"Si uno examina los grandes hitos al respecto y sus cristalizaciones en fórmulas como Cartas, Constituciones o garantías, verá siempre tras ellos la reivindicación de un grupo social particular, sea para 'consagrar' un derecho, sea para reivindicar su extensión de la que ha sido marginado. Pero tales reivindicaciones o demandas históricas particulares son aceptadas o consagradas en cuanto dicen relación con algo que es percibido como 'bueno' o 'razonable' más allá de la pura particularidad de la demanda, con algo universalizable, llámese a eso 'razón', 'historia', 'persona humana', etc." (p. 14, col. 3). No obstante, "sin perjuicio de su posterior universalización, los contenidos de la reivindicación por los derechos humanos son siempre concretos, y no abstractos o indefinidos, y están en función del contenido socialmente determinado de exclusión, explotación o dominación. Esto mismo sig-

nifica que, llevada a su última consecuencia, una reivindicación histórica de los derechos humanos, marcada en su contenido por el carácter específico de la exclusión, explotación o dominación, lleva a la alteración del sistema social global en que se funda una u otra forma de opresión" (p. 15, col. 1). De ahí que, "tras la lucha particular por tales o cuales individuos afectados en sus derechos humanos —más aún si ello es masivo—, hay una apelación contra el sistema social global que permite tal violación y un llamado a otro sistema o proyecto social" (p. 19, col. 1). Ahora bien, lo expuesto "permite entender el carácter necesariamente político de la lucha por los derechos humanos. Esta es siempre lucha por un sistema en que ellos sean promovidos o dinámicamente respetados. En la denuncia de la violación a los derechos humanos se inscribe siempre el proyecto utópico de un sistema en que tal violación no pueda existir. Pero reconocer el carácter político de la lucha por los derechos humanos supone entender lo político no como el puro campo de la 'arena política' o de 'los políticos', sino como la referencia utópico-práctica a un proyecto social alternativo, como reinterpretación del sentido global de la acción de grupos sociales en una sociedad concreta. Dicho de otro modo, la lucha por los derechos humanos tiene un sentido político, pero entendido este como el jalonnemento de miles de actos cotidianos ordinarios o extraordinarios que no son propiamente 'políticos' en el uso restrictivo del término" (p. 15, col. 2).

Empero, tampoco hay que olvidar que, si bien tales utopías sirven para apuntalar direcciones (*telos*) dentro de posibles caminos de organización social, el conjunto de esos anhelos y las posibilidades de realizarlos conforman un cuadro que, desde luego, no es sencillo ni es uniforme:

"De los ideales, algunos son más próximos y otros más remotos, algunos más fácilmente realizables, otros menos fácilmente realizables; otros, tal vez, imposibles. (...) Grandes son, en efecto, las complicaciones. En primer lugar —y esta es una—, perseguir los ideales remotos suele producir resultados a muy largo plazo, aunque de inmediato esa conducta sea estéril; no basta, por consiguiente, la irrealizabilidad relativa de un ideal para condenar la conducta que en él se basa; no basta, en verdad, su irrealizabilidad absoluta: hay hasta utopías que son

útiles, aunque sea como *ideales atractivos* o *aclarativos*. Otra complicación resulta de que el perseguir un ideal es a veces la mejor manera de obtener una parte de lo que se busca, aun cuando lo que se busca sea irrealizable en su totalidad; y en cambio, en otros casos que también ocurren, el perseguir los ideales enteros y completos es la más cierta manera de fracasar en la consecución de los ideales parciales. Y no puede darse al respecto ninguna regla general" (VAZ FERREIRA, *Moral...*, p. 156-157).

Sea como sea,

"del hecho de que un criterio político no pueda satisfacerse no se infiere forzosamente que se deba descartarlo para todos los propósitos prácticos. No veo razón por la cual un principio que sirve, a la vez, como ideal al que se han de dirigir los esfuerzos y como patrón para juzgar el progreso de un sistema político hacia el logro de ese ideal deba, para cumplir su función, materializarse en la práctica. (...) Por supuesto, una doctrina política o religiosa irrealizable puede conducir al escepticismo, pero también puede servir como valiosa orientación e incitar a una sociedad más humana" (BACHRACH, p. 137).

—o0o—

### 3. *Efectividad de las Declaraciones de derechos.*—

Directamente vinculadas al discurso constitucional, ya sea porque le dan origen o porque pasan inclusive a formar parte de él mismo, están las Declaraciones de derechos. Es allí donde suelen aparecer formuladas tanto la "utopía" como consagraciones prácticas del carácter obligante de unos derechos humanos. Tales Declaraciones, si su contenido consigue —aunque sea parcialmente— abrirse paso hacia la voluntad efectiva de influyentes sectores sociales, pueden constituir un factor de impulso no desdeñable para promover conductas favorables a tales o cuales derechos humanos:

"Una Declaración de Derechos canoniza, por así decirlo, las garantías de la libertad, y de tal modo persuade a los hombres a rendir culto ante un altar cuya presencia quizá no advertirían de otra manera" (LASKI, p. 47).

Sin embargo, habrá que ver el modo en que las autoridades actúan en los hechos, para poder aquilatar en qué medida esa Declaración sirve *realmente* como elemento de contención al Poder:

"En la práctica, la afirmación constitucional de los derechos es obra del Poder mucho más que de los gobernados, lo cual vicia *ad initio* la relación política, el contrato político. (...) Seamos realistas: las Constituciones son hechas por los que ya gobiernan y que gobernarán mañana. La afirmación muy unilateral de derechos que ellas expresan no puede ser, pues, una ofrenda generosa desprovista de propósitos ocultos (*arrière-pensées*). Sean cuales fueren los textos utilizados y su contenido, ella desmiente, con mayor o menor fuerza y evidencia, el adagio según el cual 'dar y retener, no vale'..." (MOURGEON, p. 77-78; *cf.* también *infra*, § 20.b, la continuación de esta cita: "en este campo se retiene mucho...").

Por ello es que, en definitiva,

"la eficacia de una Declaración de derechos depende de la decisión con que el pueblo defienda su conservación. Será tan fuerte como sea la aspiración popular de libertad, y no más" (LASKI, p. 48).

Sobre cómo el "peso" de tales o cuales renglones de una Constitución depende, al fin y al cabo, de fenómenos de conciencia social en sus usuarios, puede dar testimonio un comentario como el siguiente, que se refiere a un país donde, *a pesar* de lo peligrosas que son las disposiciones constitucionales sobre maldad religiosa (*infra*, cap. VIII: Ap. 1, iii), en la práctica *no* han sido utilizadas para perjudicar demasiado las libertades respectivas:

"El Estado costarricense es confesional. Esto lo encuentro personalmente una ficción, porque el Estado no puede tener religión: el Estado no va y entra a la iglesia y sale de la iglesia, los que entran y salen de la iglesia son el Presidente, los Diputados, etc. Costa Rica es un país muy hábil y lo que ha hecho es una mezcla que funciona, por lo que yo no la critico. Si funciona, ¡pues adelante! ¿Para qué complicar las cosas? Funciona en un plano pragmático, no teórico. En Costa Rica, con arreglo a la Constitución, podría ser muy difícil la situación de quienes no sean confesionalmente católicos. Empero, hay un

status, una convivencia, unas fórmulas prácticas de ir saliendo del paso. De la Constitución se acuerdan cuando conviene y la olvidan cuando no conviene; por eso considero que es una tontería el querer reformar la Constitución, porque la están reformando todos los días en la vida cotidiana" (LÁSCARIS, p. 73).

De una manera todavía más general, con respecto al mismo país se han podido extraer conclusiones como estas:

"El país que se presenta como el modelo de observancia de los derechos humanos en el Continente Americano, el primero en ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en ofrecer su apoyo a la Corte creada por dicha Convención y en aceptar su jurisdicción obligatoria, tiene un sistema interno de protección de dichos derechos con grandes defectos... El problema no presenta caracteres agudos para la mayoría de los costarricenses, dado que no existe, en Costa Rica, voluntad política de vulnerar los derechos de las mayorías o de minorías significativas. Es válida entonces, para nuestro país, la afirmación que hace Harold LASKI de que 'el mantenimiento de los derechos depende mucho más de una cuestión de hábito y tradición que de la formalidad de un estatuto escrito... En el espíritu celoso de los ciudadanos, más que en la letra de la ley, reside su salvaguardia más efectiva'. Pero no hay duda que los juristas hemos contribuido poco a la protección de esos derechos; y si llegaran días en que fuera necesario recurrir con frecuencia a la protección jurídica de los derechos humanos, las deficiencias del sistema interno obligarían a colocar al Gobierno de la República repetidamente en el banquillo de los acusados internacionales" (GUTIÉRREZ, *La Círcula...*, p. 23). [Pero cf. además *infra*: §§ 31.II, 51.III y 90.II.c; *vid.* también el caso de censura por motivo religioso señalado en el cap. VII, poco antes de la n. 32. En realidad, el régimen costarricense ofrece bastantes contradicciones: es verdaderamente liberal en muchos aspectos (p. ej., libertad de prensa) y antiliberal en otros (p. ej., legislación laboral). Así, por ejemplo, mientras que, de un lado, presenta el singular mérito de contar con una Procuraduría de Derechos Humanos (que ha tenido ya saludables intervenciones), también presenta, de otro lado, un órgano de censura electoral, el Tribunal Supremo de Elecciones, que en la actualidad (1984) ha adoptado una

línea que no siempre es consecuentemente democrática. (Siguiendo en *cierta* medida el ejemplo nicaragüense, también dicho órgano ha prohibido la intervención electoral de una organización política por tener esta una ideología que no conculga con la del *establishment*: tal posibilidad le fue denegada a esa agrupación en virtud de querer llamarse "Partido Comunista".) ]



*En síntesis.*— Puede decirse que la Constitución escrita tiene "fuerza" en la medida en que consiga ser, también ella, un factor que ejerce algún "peso" sobre (o dentro mismo de) la Constitución real del país en cuestión. Para la materia de los derechos humanos, esto significa que depende no solo de la Constitución escrita ("hoja de papel"), sino en gran medida de la Constitución *real*, el "rendimiento" que los textos de aquella logren dar en relación con el ejercicio de tales derechos. (*Vid.*, p. ej., el estudio de BEER sobre cómo "las pautas de comportamiento de los grupos y la conciencia de los derechos" se relacionan con "los derechos constitucionales a la libertad de expresión en Japón contemporáneo", comparativamente con los EEUU: p. 107 ss. Cf. también *infra*, n. 10 y § 42, como asimismo las observaciones de WEBER recogidas en el § 10.I.)

\* \* \*

*Nota.*— Para las cuestiones tratadas en este apartado revisten mucho interés, al parecer, unos trabajos de Otto KIRCHHEIMER (que no pudimos consultar) reunidos en dos compilaciones de estudios suyos: *Politik und Verfassung y Funktionen des Staats und der Verfassung*, ambas publicadas en Francfort, respectivamente en 1964 y 1972.

#### IV

La faz científica de la teoría de los derechos humanos no tiene aplicación sino en la medida en que sus resultados logran penetrar —así sea por vía indirecta— en la conciencia de grupos sociales con la capacidad y la *voluntad* de promover soluciones jurídicas congruentes con la protección

de tales derechos... ¡y aplicarlas! Pues el discurso jurídico carece de "fuerza" *propia*. La ciencia de los juristas, no menos que los textos mismos del Derecho positivo, nunca puede más de lo que estén dispuestos a hacer los hombres de carne y hueso del medio social respectivo:

*"No law is stronger than is the public sentiment where it is to be enforced"* (LINCOLN)<sup>(10)</sup>.

Pero como quiera que también la conciencia de los juristas es un vector de lo social, y que en esa conciencia influye asimismo, junto con múltiples factores ideológicos, la palabra de lo que sea reconocido como Ciencia del Derecho, vale la pena, incluso desde el punto de vista práctico, abordar la posibilidad de una mejora en la protección de los derechos humanos por ese medio precisamente: mejorar la *ciencia* de los juristas. Esta puede lograr, a su vez, cierto efecto "multiplicador" sobre la conciencia general de una colectividad, aunque sea por vías mediatas (eslabones intermedios: programas políticos, medios de difusión, etc.). Además, muchas veces los juristas consiguen ejercer una influencia importante —ellos mismos, como profesionales, o las normas jurídicas que estos contribuyen a confeccionar— sobre la marcha de la maquinaria estatal. También la ciencia jurídica constituye, pues, una "fuerza" en la sociedad. De ahí que, en efecto, merezca ser tomada en consideración la posibilidad de que cierta mayor "riqueza científica" en la teoría de los derechos humanos pueda, llegado el caso, contribuir a cimentar, cuando también otras condiciones es-

---

(10) "Ningún Derecho es más poderoso de lo que lo es el sentimiento público del lugar donde aquel ha de ser puesto en práctica" (Abraham LINCOLN, cit. en SELDES, p. 404). En el mismo sentido, apuntó TOVAR: "en lo personal, siempre he sostenido que las Constituciones no son ni buenas ni malas; que lo bueno o lo malo es el espíritu de vivir en concordia y democracia, por parte de las personas a las cuales el texto constitucional va dirigido. El dictador no necesita de la Constitución para efectuar sus fechorías; en cambio, el hombre justo tiene siempre como norma de sus actos, precisamente, esa norma de derecho". Cf. también las citas de LASKI y HÖFFE presentadas en el acápite de este capítulo.

tén dadas, una más firme y difundida "universalidad existencial" de esos derechos.

En definitiva, es la conciencia de los protagonistas —juristas y no juristas— lo decisivo para la promoción y la eficacia de derechos humanos<sup>(11)</sup>. Quiere decir que un factor decisivo en el camino hacia una mayor seguridad de tales derechos será la concientización acerca de estos, la *educación* respecto a derechos humanos. Es ella, al fin de cuentas, quien puede proporcionar el más sólido elemento de engarce entre la "riqueza científica" y la "universalidad existencial", el camino que lleva de la primera hacia la segunda. Educación que, por tanto, debería alcanzar a todos los sectores sociales. Hay que impartirla, naturalmente, ajustada a distintos niveles de profundidad y detallismo, según los destinatarios; es obvio que en la formación profesional de juristas, por ejemplo, esa enseñanza será mucho

---

(11) "Las categorías del derecho y de la ciencia del derecho, como, por ejemplo, las de la teoría de la Constitución, poseen, en virtud de su genealogía filosófico-moral, un permanente carácter de deber o de prohibición, aun cuando este tono de exigencia pueda ser muy tenue o estar casi desdibujado. Esto significa que estas categorías están construidas —y tienen que serlo así para ser formas del pensamiento jurídico— de manera tal que puedan llegar a ser motivos conscientes del actuar del hombre. Las ciencias que dan una respuesta inmediata a la pregunta '¿qué debo hacer?', sea mediante principios morales, precripciones jurídicas o lemas políticos, tienen que considerar el aspecto de la motivación como la parte más importante de la acción humana. Aun aquellas formulaciones o categorías que se presentan como simples verificaciones, ajenas al valor, están indiscutiblemente ligadas a este fin fundamental: llegan a ser auto-comprensión y representación de fines del hombre que actúa. Estas ciencias no pueden nunca, en realidad, superar el marco del pensamiento idealista que sostiene el primado de la conciencia" (SCHELSKY, *El hombre...*, p. 57-58). Sin embargo, a continuación el autor relativiza los alcances efectivos de esa conciencia: "la motivación o la representación de fines del hombre que actúa tienen, a menudo, que ser considerados como un factor secundario, superficial o dependiente, entre otros factores que determinan la acción humana. Sin duda alguna, con este pensamiento descriptivo es posible obtener un conocimiento amplio y objetivo de las leyes que rigen la acción humana, pero, al mismo tiempo, se pierde la capacidad de poder conducirse en su pensamiento consciente, inmediata o ingenuamente, como hombre actuante" (p. 58). Mas *vid.* también *infra*, § 9.III, esp. *in fine*.

más completa y de exigencias científicas más hondas que la destinada a funcionarios públicos corrientes o en la enseñanza secundaria general.

CONCLUSION.— En la elaboración de la teoría de los derechos humanos le cabe un papel fundamental a los científicos. Pero su difusión, y todavía más su realización práctica, no dependen solo de estos. Por eso, aunque la presente obra tiene su eje en el estudio *científico* de los aspectos constitucionales de los derechos humanos, nuestro mejor deseo es que, a partir de allí, los resultados heurísticos que presentaremos lleguen a ser tenidos en cuenta también —por las vías mediatas que fuere— *más allá* del exclusivo ámbito de los juristas: eventual efecto “multiplicador”. Que esos derechos consigan irse acercando a una mayor “universalidad existencial”, es empresa que sin una correspondiente Ciencia del Derecho no podrá ser llevada adelante. Tampoco es, claro esá, tarea que esa ciencia pueda realizar por sí sola. (*Vid.* también *infra*, § 9.)

## § 5. Síntesis

(i) El Derecho Constitucional es, si hay voluntad política de proteger los derechos humanos, el instrumento jurídico básico del Derecho interno para consagrar dicha protección.

(ii) Mas los derechos humanos rebasan el ámbito del Derecho interno, pues interesan también a la esfera internacional. Derecho interno y Derecho Internacional no son sino dos caras de la protección jurídica de unos mismos derechos humanos.

(iii) Esas dos caras están, o deberían estar, estrechamente interrelacionadas; sin embargo, tal interrelación exhibe considerables desfases, pues los Estados suelen (en

mayor o menor medida) *no* ajustar debidamente sus obligaciones internas, en esta materia, a los instrumentos internacionales.

(iv) El sistema interamericano muestra con particular agudeza tales desfases.

(v) Ello se relaciona, entre otras cosas, con el surgimiento de nuevas Cartas constitucionales en América Latina; Constituciones donde, mediante el recurso a nociones jurídicas que se caracterizan sobre todo por ser altamente manipulables en manos de las autoridades, los derechos humanos quedan prácticamente a la merced de quienes los interpretan, aquellos que establecen *cuál* es la voluntad de los órganos estatales.

(vi) También, aunque en menor grado, se aprecia que incluso en Constituciones del tipo clásico hay notables lagunas en cuanto a la protección allí otorgada a los derechos humanos.

(vii) La problemática indicada se articula en un cuádruple juego de interrelaciones: derechos humanos — Derecho Internacional — Derecho Constitucional — realidad jurídicamente conformada. En especial, importa examinar: a) qué derechos humanos aparecen constitucionalmente reconocidos y con qué grado de exigibilidad; b) en qué medida corresponde la realidad a tales formulaciones normativas; c) hasta qué punto se adecúan esa normativa y esa realidad a lo dispuesto en los Instrumentos.

(viii) La Ciencia del Derecho, en particular la que corresponde a la labor de los constitucionalistas, puede contribuir —sobre todo si consigue superar el normativismo— a una mejor defensa de los derechos humanos, tanto en la conformación técnica de los institutos jurídicos respectivos como en su aplicación judicial; ambos aspectos son fundamentales para alcanzar la adecuada protección de aquellos.

(ix) Pero el conocimiento científico no es sino *uno*, y ni siquiera el más poderoso, de los factores que intervienen para garantizar (o no) el respeto a los derechos humanos. Este depende señaladamente de fuerzas colectivas, de ideologías, de circunstancias socio-económicas y políticas, etc.; esferas, todas ellas, que se entrecruzan y superponen, se identifican y difieren, de múltiples maneras. Ese heterogéneo conglomerado de factores no resulta sino *hasta cierto punto* —a veces más, a veces menos— sensible al consejo de la ciencia jurídica. Eventualmente, el aparato jurídico es utilizado también para legitimar situaciones violatorias de derechos humanos.

(x) Por todo ello, la "eficacia" de una ciencia jurídica de los derechos humanos depende en mucho de las derivaciones que ella pueda tener para la educación de distintos sectores sociales, de la medida en que se logre *concientizarlos* respecto a tales derechos. Esto es: importa lograr que los resultados de esa ciencia constituyan una parte fundamental de la educación profesional del jurista, pero que también la enseñanza de los derechos humanos llegue en alguna medida a todos los niveles de la formación cultural difundida en el país.

(xi) En una palabra, el porvenir de los derechos humanos en América Latina depende en mucho, aunque no exclusivamente, de dichos factores esenciales: del grado en que la ciencia jurídica se "jushumanice" en todas sus ramas y, a partir de allí, del grado en que esa teoría de los derechos humanos pase a formar parte también de la conciencia social de sectores que tengan fuerza suficiente para determinar la dinámica política interna.

(xii) La presente obra está destinada a suministrar un apoyo, desde el área científica, para que en América Latina la protección jurídica de los derechos humanos pueda alcanzar mayor nivel "existencial", allí donde condiciones materiales no lo frustran al punto tal que una ciencia *jurídica* resulte superflua.

## Sección B): ENFOQUE DE LA INVESTIGACION

## § 6. Tipo de aproximación

## SUMARIO:

- I. Finalidad heurística y nivel científico.
- II. Análisis del lenguaje constitucional (énfasis y limitaciones), su sentido 'crítico'.

## I

El acento central de nuestro estudio está puesto en la virtud *heurística* que pueden tener las puntualizaciones que se efectuarán, tanto para proceder al análisis de cada Constitución en particular como también para la elaboración de proyectos de reforma constitucional. Además, ellas podrían servir también de base, por ejemplo, para investigaciones ulteriores, en cualquiera de aquellas dos direcciones, que ampliaran o profundizaran los resultados que aquí se presentarán; pero las condiciones metodológicas serían distintas, por supuesto, según que el análisis se prosiguiera principalmente en el plano de la dogmática del discurso constitucional o en el de su pragmática (*infra*, § 10.I).

Empero, lograr esa condición heurística no deja de ofrecer dificultades, tanto por lo que se refiere al plano de la orientación teórica como al de la efectividad práctica. En el primero, porque este tiene que ver también con determinaciones que el investigador tome en cuanto al grado de exigencia científica que él le marque a su estudio. En el segundo, porque esa exigencia, aunque fuera alta y se lograra satisfacerla, no es seguro que dé lugar, llegado el momento, a efectos prácticos congruentes con ella, pues

estos no dependen solo del nivel de los conocimientos alcanzados (*supra*, § 4.II). Ahora bien, como en las manos del investigador se encuentra solo lo relativo a aquella primera decisión —la de delimitar conceptualmente el objeto de la investigación y resolver qué métodos aplicará para aprehenderlo—, dedicamos este capítulo y el siguiente a tratar de tematizar, por lo menos hasta cierto punto, esos aspectos, que son decisivos para marcar la dirección y los posibles alcances —teórico-cognoscitivos, técnico-programáticos y eventualmente consecutivo-fácticos— de lo que se investigará.

Es cierto que en las investigaciones corrientes de los juristas, y en particular dentro de la dogmática de los derechos humanos, no es la actitud más habitual el comenzar por sacar a la luz los presupuestos teóricos y en general las precomprensiones de que parte el discurso jurídico que se está formulando. Omisión que no deja de tener sus consecuencias, incluso prácticas. La teoría común de los derechos humanos, por más meritoria que pueda ser desde muchos puntos de vista, indudablemente deja que desear en cuanto al grado de exigencia *científica* de su lenguaje y de sus esquemas de razonamiento. (Pero hay autores según los cuales tal cientificidad estaría fuera de lugar para el Derecho: cf. los conocidos trabajos de VIEHWEG, PERELMAN, VILLEY, KRIELE, etc. Esos autores sostienen que, en general, el lenguaje del Derecho está bien como está.)

De todas formas, al investigador se le plantea, como primer problema, la pregunta acuciante de qué hacer con *ese* lenguaje, cómo encararlo. Por nuestra parte, atento a los fines de esta obra, no hemos encontrado otra solución que tomarlo *tal cual*. Partimos de la base de que no habrá más remedio que seguir sirviéndose de él mismo, ya que, a pesar de todas sus insuficiencias, es el único *políticamente* viable, hoy por hoy, para alcanzar una aceptable protección de ese conjunto de posibilidades de vida que se engloba bajo la denominación genérica: "derechos huma-

nos". Al no tratarse aquí de una investigación "pura" de Teoría Fundamental del Derecho (*Grundlagenforschung*), de un estudio que persiga *únicamente* fines de conocimiento científico, sino que se trata de ver si es posible que el Derecho Constitucional contribuya a mejorar la condición de los derechos humanos en América Latina, será necesario amoldarse al lenguaje en curso dentro de esta materia, por más que la "limpieza" científica no salga incólume de tal decisión.

## II

En la medida en que hemos podido abordar, a pesar de todo, un plano metalingüístico con respecto al discurso jurídico de los derechos humanos, intentamos alcanzar *cierto* grado de tematización acerca de las condiciones de ese lenguaje-objeto. Y también, hasta donde nos parece viable, tratamos de delimitar sus conceptos básicos de la manera menos equívoca disponible; esto aun cuando, por lo antes señalado, esa equivocidad solo pueda, en el mejor de los casos, ser reducida pero no eliminada.

Atento a aquellas finalidades "prácticas", y para mantenernos en una actitud realista, en general no hemos propuesto introducir correcciones de fondo en el lenguaje jurídico de los derechos humanos, sino que nuestro énfasis se dirige más bien a examinar formas de seleccionarlo y de *manejarlo*. Así, en el seno de ese lenguaje diferenciamos dos clases de cristalizaciones normativas: de un lado, las formulaciones constitucionales de mayor fertilidad pragmática para la protección de derechos humanos; del otro lado, llamamos la atención sobre aquellas que resultan más peligrosas para esos efectos; y en ambos casos, tratamos de subrayar también la relación que todo ello guarda con factores extrajurídicos.

Por el mismo motivo, resolvimos renunciar también, en buena medida, al intento de evitar que nuestro meta-lenguaje se contagie de las imprecisiones de ese lenguaje-objeto (el discurso común de los juristas), e incluso a mantener una distinción neta entre uno y otro. Al lector perspicaz tampoco se le escapará que a menudo no nos atenemos a la prudente advertencia de HUME, y sobre todo de Max WEBER, en el sentido de no mezclar las cartas entre "es" y "debe" (*is - ought, sein - sollen*); pero una distinción rigurosa entre esos dos planos del razonamiento nos hubiera alejado en demasía de los hábitos más corrientes en el discurso de los derechos humanos. Sin embargo, procuraremos no llegar a hipostasiar valoraciones y, en general, no caer en las formas "persuasivas" (STEVENSON) de razonar que son tan comunes en la materia<sup>(12)</sup>.

En una palabra, hemos sacrificado toda "pedantería" científica que no nos pareciera realmente útil para *manejar* mejor dicho discurso: "mejor" en el sentido de favorecer una conciencia tal de la dinámica de este lenguaje que ello permita, al locutor advertido, utilizarlo precisamente de la manera que resulte *más* favorable a la protección de los derechos humanos; vale decir, emplearlo de una manera tal que el intérprete autorizado —legislador, Administración, juez— sucumba a la menor cantidad de autoengaños o de

---

(12) "A menudo, un escritor desea combinar las funciones propias del teórico y del moralista. (...) Pero cualquier combinación de tales funciones debe ser llevada a cabo con cautela. El análisis es una tarea restringida y especializada que exige distinciones netas, apego a la lógica y receptividad frente a las formas lingüísticas. (...) Por ello, si alguien que intentara combinar las funciones del teórico con las del moralista supusiera que los hábitos mentales exigidos por el análisis son los mismos que se necesitan para intentar defender una pauta moral, su obra podría producir confusiones muy graves. (...) En último extremo, el análisis y la valoración deben ser relacionados, porque el primero sólo sirve si consigue disciplinar a la segunda. Pero no se los debe poner en contacto prematuramente. Debe distinguírseles con cuidado antes de poderlos combinar con provecho" (STEVENSON, p. 207). Más abajo incluiremos algunas precisiones sobre el papel de los juicios de valor respecto al discurso científico, y en particular con relación a los desarrollos de la presente obra: *vid.* § 9.III.

"desviaciones" en la materia, supuesto que en verdad se proponga proteger esos derechos.

Quiere decir que nuestro estudio se halla integrado, en buena parte, por unos análisis de lenguaje. Esta observación podría ser superflua, ya que el Derecho Constitucional, como cualquier otra esfera del Derecho, obviamente consiste en *discursos*<sup>(13)</sup>. Sin embargo, dado el carácter poco autorreflexivo que suele caracterizar a la doctrina del Derecho, eso no siempre consigue ser advertido allí con claridad, y mucho menos común todavía es que se extraigan las consecuencias metodológicas pertinentes. Tal vez nuestros desarrollos, a pesar de su carácter tan elemental, puedan constituir una incitación a abordar en forma *analítica* dichas cuestiones (*infra*, § 9). Pero es claro que, en tal sentido, habría que ir mucho más allá de lo que nosotros mismos presentaremos. Esto es: "más allá" no solo en cuanto a la precisión con que aparezcan formulados los conceptos básicos, sino en cuanto a la formulación (ampliada) de la base teórico-científica globalmente considerada y a la labor de su contrastación empírica. Los objetivos heurísticos que tiene el presente libro estarían en camino de ser logrados si él consiguiera servir como punto de partida para exámenes más circunstanciados y profundos —mejor nivel teórico—, pero también, como consecuencia, para inspirar el establecimiento de normativas constitucionales y la configuración de un razonamiento jurídico que sean cada vez más adecuados con vistas a la protección *real* de los derechos humanos. Es *ese* el sentido, precisamente, en que

---

(13) "Para aprehender los fenómenos que los rodean y asaltan, pero asimismo para permitir la existencia de una comunicación social, los hombres producen unos 'discursos'. Llamaré *discurso* a un cuerpo coherente de proposiciones abstractas que implican una lógica, un orden; y la posibilidad no solo de existir, sino sobre todo de reproducirse, de desarrollarse según leyes internas de su lógica. Tal discurso se dice que es abstracto, en el sentido de que está formulado con nociones o conceptos y gracias a procedimientos de razonamiento, todos ellos caracterizados por la abstracción" (MIALLE, p. 33).

esta obra pretende tener carácter "crítico" (*supra*, § 1 *in fine*).



*El concepto de "crítica".—*

En realidad, la idea de *crítica* puede entenderse de distintas maneras, y tampoco está libre de ser sometida a "crítica" ella misma. Así, por ejemplo, se dice que "es buena y necesaria, pero siempre y cuando no tenga efectos destructivos, o sea, si deja todo como estaba. Pero, ¿para qué una 'crítica' a la cual no se le permite abrir las ampollas de pus? *Krimein* quiere decir 'separar', 'distinguir': lo malo de lo bueno, lo erróneo de lo correcto, la impostura de la verdad. La crítica debe destruir: el error, la inercia del corazón, la comodidad del tener por cierto las prédicas que otros nos recitan; el cabalgar detrás de una bandera, detrás de una consigna, detrás de un dogma; la rígida adhesión a lo ya superado, que engañosamente se le pone el nombre de tradición. ¿Pero dónde existe, para esa crítica, la medida segura que la proteja de destruir la verdad en vez del error, lo correcto en vez de lo equivocado? ¿Dónde está la señal de camino que nos muestre la dirección? ¡Necio quien piense que el cambio, de por sí mismo, sea desde ya un progreso! No poseemos ningún criterio absoluto. También la intersubjetividad es subjetividad, por más ampliada y, en tal sentido, depurada que sea tal subjetividad" (KAUFMANN, p. 3; cf. también, en la misma obra, el comentario que Wolf PAUL hace en p. 59 s.).

Así entendida, se trata del tipo de "crítica" que corresponde al segundo (B) de los dos grandes núcleos de acepciones que para dicha palabra recoge el Vocabulario Filosófico LALANDE:

"A. Examen de un principio o de un hecho, con el objeto de efectuar un *juicio de apreciación* respecto a él. [*Apreciación*. Operación del espíritu concerniente, no a la existencia de una idea o una cosa, sino a su valor, es decir, su grado de perfección con relación a un fin dado (señaladamente: la verdad, la belleza, la moral, la utilidad). ] (...) Es definida por KANT, en este sentido amplio, como: 'un libre y público examen'. En tal sentido, se llama *espíritu crítico* al que no acepta ninguna afirmación sin primero interrogarse sobre el valor de esta afirmación...

"B. Restringiendo ese sentido al juicio *desfavorable*, se llama *crítica* ya sea a una objeción o una desaprobación referida a un punto especial, ya sea a un estudio de conjunto que se dirige a refutar o condenar una obra".

Los análisis que nosotros efectuaremos corresponden a todo el sentido amplio (A) de dicha palabra, ya que en nuestra *crítica* del discurso constitucional de los derechos humanos subrayaremos también aquellas formulaciones de este que, a nuestro juicio, pueden ser suficientemente aprovechables para proteger tales derechos. Claro que tampoco dejaremos de hacer valer, en su caso, el sentido B, en la dirección apuntada por KAUFMANN (sin perjuicio de reconocer asimismo, desde luego, las inseguridades sobre las que este advierte al final del pasaje transcrito). De todos modos, nuestra crítica pone su énfasis en "hacer aparecer lo invisible" (MIAILLE: *supra*, § 1 *in fine*); o más bien, aquello que, aunque no puede resultar novedoso para quienes conocen los desarrollos de otras ciencias sociales, no acostumbra ser aprovechado con vistas a la doctrina jurídica, y menos que menos en el discurso sobre los derechos humanos. El sentido de la *crítica* ofrecida en esta obra puede resumirse en una convicción básica, que es, si se quiere, la tesis central que preside todos los desarrollos que presentaremos: la idea de que, también para dar la mayor *realidad* posible a los derechos humanos, los instrumentos más eficaces no se reclutan en la tienda de los velos y los eufemismos, ni tampoco lo son unas semánticas alfombras mágicas (remontables hacia donde gustéis), aunque consigan formar parte del Derecho Internacional o el Constitucional.

*Nota.*— Para una breve pero rica explicitación del sentido en que se dice que una ciencia social ha de elaborar sus conocimientos en forma "crítica", *vid.* LENK, *Politische Wissenschaft*, p. 14-16, quien aclara este término en el sentido de la Escuela de Francfort, la llamada *teoría crítica* (ADORNO, HORKHEIMER, MARCUSE, etc.). Desde otro ángulo, lo hacen también POPPER (*El desarrollo...*) y ALBERT (*Tratado...*), cf. ambos *passim*, quienes a su vez lo explicitan en el sentido del llamado *racionalismo crítico*. Podríamos decir, pues, que la palabra "crítica" tiene respectivamente dos sentidos, que para nosotros (¡no para los representantes más característicos de dichas dos escuelas!) son complementarios entre sí: a) un sentido material básico, axiológico-social, que es aquel sobre el cual pone su acento la teoría crítica; y b) un sentido formal instrumental, lógico-metodológico, que es aquel sobre el cual pone su acento, dentro de las corrientes de tipo analítico (*infra*, § 9.II), sobre todo el raciona-

lismo crítico. Nuestro estudio, por su parte, quiere ser "crítico" en *ambos* sentidos. (Y tampoco es una casualidad, después de todo, que esas dos escuelas, a pesar de sus notorias diferencias, coincidan en reclamar para sí esta palabra; desean subrayar, así, la orientación esencialmente *antidogmática* del respectivo tipo de pensamiento que cada una de ellas propone). Además, véase las valiosas precisiones que, examinando la idea de "crítica" desde otras perspectivas aún, presenta GOULDNER, p. 21-32.

### § 7. Renglones de examen

Habíamos expresado que los juristas se encuentran (o deberían encontrarse), al enfrentar el problema de los derechos humanos, "como el médico frente al enfermo" (*supra*, § 4.I). Más exactamente, se podría decir que son *uno* de los "médicos especialistas" llamados a responder consultas, ante ese "enfermo" que es víctima de una pluralidad de males de heterogéneo origen. Esta "consulta" tiene dos caras, como dijimos: la diagnosis y el tratamiento. Pero el jurista, como tal, allí no puede aportar sino el informe correspondiente a su propia especialidad, el Derecho, que es apenas uno de los factores en juego, tanto respecto a la etiología como para la cura de colectividades que no gozan de "buena salud" en materia de derechos humanos. Factor importante, pues, pero ni exclusivo ni suficiente. (Y debería tratarse, por supuesto, de un "informe" donde el Derecho no sea examinado simplemente en forma normativista.)

El desglose de unos renglones de conocimiento que el jurista mismo se halla en condiciones de examinar, permite llamar la atención sobre lo que él puede o podría aportar en cuanto técnico del Derecho Constitucional. Pues dentro de tal marco caben ángulos de estudio centrados en aspectos como los siguientes:

- doctrina general de los derechos humanos, sobre todo encarada como una tópica susceptible de proporcionar elementos heurísticos para el análisis de Constituciones

vigentes y para un *ars inventiva* aplicable en reformas constitucionales<sup>(14)</sup>;

- examen de la medida en que tales o cuales Constituciones recogen (o no) los criterios normativos contenidos en los textos jurídicos internacionales de derechos humanos;
- comparación entre Constituciones latinoamericanas, desde el ángulo antes mencionado, para cotejar entre sí las disposiciones de unas con otras respecto a sus maneras de proteger (o desproteger) los derechos humanos;
- análisis de disposiciones constitucionales, en sí mismas, para detectar el grado de determinación de la protección allí programada (en particular, ver la precisión de los contenidos del Derecho sustantivo y la justificabilidad de sus garantías);
- relación entre disposiciones constitucionales y jurisprudencia, efectividad de aquellas en su proyección sobre esta;
- relación entre un determinado sistema constitucional vigente (texto constitucional + su aplicación jurisprudencial) y la realidad social del país respectivo, en materia de derechos humanos;
- propuestas para mejorar la protección, rellenando la indeterminación propia de buena parte de las disposi-

---

(14) Sobre el papel general de la "tópica" en el razonamiento jurídico, cf. PERELMAN (esp. Nos. 46-48) y ESSER (*Vorverständnis...*, cap. VI.4). Respecto a la función que ella puede tener, en particular, para la interpretación de los textos constitucionales, cf. el trabajo de Horst EHMKE incluido en la compilación de KOCH, *Seminar...*, p. 485 ss. *Vid.* también el clásico estudio de VIEHWEG acerca del tema y, sobre todo, el diferenciado análisis de KRIELE (cap. V, sec. 2).

ciones de los Instrumentos, y también de las Constituciones, tanto con vistas a aumentar la precisión de las fórmulas que consagran los derechos mismos, como también para hacer más operativa la estructura procedimental de las acciones llamadas a garantizarlos y de los organismos destinados a ponerlas en ejecución.

- sugerencias sobre la enseñanza de los derechos humanos, en cuanto elemento decisivo para orientar el contenido del discurso constitucional y la aplicación de este, con vistas a alcanzar una mejor protección de los derechos humanos, tanto en la esfera judicial y administrativa como asimismo en el "derecho viviente" de la práctica cotidiana de un país.

Como es obvio, estos renglones no podrán aquí ser atendidos todos a la vez y con el mismo grado de énfasis, por más que todos ellos dicen relación directa con la temática de la presente obra. La diferencia entre los métodos de investigación requeridos y entre las respectivas especializaciones técnicas que presuponen en los investigadores; la necesaria limitación por los recursos disponibles, como también la mayor dificultad del acceso a determinadas informaciones; el estímulo o desestímulo que representa la relativa completud del acervo de investigaciones ya efectuadas sobre algunos de esos puntos; el mayor interés o la eventualidad de una mayor trascendencia práctica que se le reconozca a unos antes bien que a otros, etc.: todo ello ha contribuido a determinar dónde aparecen puestos con mayor insistencia los acentos de nuestro estudio.

## § 8. Síntesis

Una mejoría en la protección de los derechos humanos en América Latina, en la medida en que ello depende *también* de la organización jurídica de dicha protección, especialmente en su base constitucional, exige que esta base sea examinada tanto desde el ángulo de su conformidad con la doctrina general de los derechos humanos —cuyo precipitado oficial son los instrumentos internacionales establecidos en la materia— como así también tomando en consideración los factores (judiciales y extrajudiciales) que inciden sobre su realización práctica.

La pluralidad de ángulos y métodos, las mayores o menores dificultades materiales que comporta cada tipo de estudio, los recursos económicos, etc.: todo eso implicó la necesidad de efectuar *opciones* en el énfasis de nuestro examen. Ellas están determinadas también por la jerarquía de los intereses, tanto los de orden teórico como los prácticos, que se le asigne a unos y otros de dichos tipos. Por lo demás, con referencia a cada uno de estos hay que tener en cuenta no solo que no son completos en sí mismos, ni siquiera desde el ángulo jurídico, sino que el Derecho constituye solamente *uno* de los vectores que determinan la compleja trama que da lugar al grado de realización y al de violaciones que los derechos humanos presentan en un medio social dado.

En definitiva, la delimitación del objeto de estudio de la presente Investigación, recortado del seno de esa amplísima plataforma global que es la temática de los derechos humanos en general, resulta de:

— Nuestro marco metodológico (*infra*, cap. II).

- El interés de proporcionarle a la teoría jurídica unas herramientas del pensamiento que coadyuven a dos finalidades básicas:
  - *mejorar la técnica de las Cartas constitucionales y del discurso jurídico* que las aplica, en cuanto al reconocimiento y protección de derechos humanos, considerando que tal mejora representa una de las condiciones para alcanzar mayor respeto *real* de esos derechos en la esfera interna de cada país; y también lograr
  - una mejora tanto en el contenido como en la extensión de la *enseñanza de los derechos humanos*, ya que el respeto efectivo de tales derechos resulta en gran medida de la conciencia jushumanista adquirida por los operadores —juristas y no juristas— de la maquinaria estatal, como así también de que esta encuentre consonancia (ciertos presupuestos ideológicos comunes) en las conductas de los destinatarios corrientes del funcionamiento de dicha maquinaria.

Ambos ítems de mejoras dependen de una profunda revisión *crítica* del discurso de los derechos humanos, para lo cual ciertas pautas básicas que es capaz de suministrarle una ciencia de tipo *analítico* constituyen, a nuestro juicio, el marco metodológico más fecundo.

## Capítulo II

### PREMISAS METODOLOGICAS

*Mi intención no es sustituir un conjunto de reglas generales por otro conjunto; por el contrario, mi intención es convencer al lector de que todas las metodologías, incluidas las más obvias, tienen sus límites.*

P. K. FEYERABEND

*Esa es siempre la tarea de las Ciencias sociales: recoger —en otros casos anticiparse— el debate de una sociedad y devolverlo convertido en un objeto despojado quizás de sus connotaciones más "cálidas", pero capaz de permitir una comunicación intersubjetiva en torno a él.*

M. A. GARRETÓN

*Como fuente de información fáctica y perspectiva analítica, la ciencia social es parte del proceso que proporciona conciencia a las unidades sociales. El efecto de una información no válida o de un análisis deficiente es que la conciencia se orienta mal, es confusa o ambas cosas a la vez.*

A. ETZIONI

*L'on parle d'autant plus facilement des droits de l'homme*

*que l'on s'abstient de savoir ce qu'ils sont.*

G. AURENCHE

*An approach to human rights like the present one is committed to examining the ramifications of people's actually having their rights protected and in using them, instead of merely discussing the "rights themselves" (whatever exactly that could mean) in the abstract...*

H. SHUE

*Toute reflexion profonde commence par mettre en doute l'objet sur lequel elle porte. L'étude des droits de l'homme n'a pas échappé à cette loi.*

R. PELLOUX

*Nadie puede decirse prácticamente versado en una ciencia y a la vez despreciar la teoría, pues así mostraría simplemente que es un ignorante en su oficio, en cuanto cree poder avanzar más de lo que le permitiría la teoría, mediante ensayos y experiencias hechos a tientas, sin reunir ciertos principios (que propiamente constituyen lo que se llama teoría).*

KANT

*It devolves in the first instance upon men of thought everywhere to give the idea of international concern which human rights the unity and internal discipline needed to ensure its triumph as a message... The themes, assertions, theories and aims of such concern have yet to be systematized; we miss the guiding hand of a coherent and sustained thesis necessary to develop the relationship of ends and means and the institutional structure and procedures which would turn into a total reality. This bespeaks the need for the closest cooperation of all branches of knowledge and learning which bear on the fate of man and his environment.*

M. MOSKOWITZ

*La sociedad es contradictoria y, sin embargo, determinable; racional e irracional a un tiempo, es sistema y es ruptura, naturaleza ciega y mediación por la conciencia.*

ADORNO

*La interpretación jurídica es una indisoluble mezcla de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos.*

RADBRUCH

*Una ciencia jurídica que mereciera el nombre de tal, no la hay. Así como nosotros, juristas, poco sabemos de lo teórico y poco teórica es nuestra forma de trabajar, no me-*

*nos son poco empíricos tanto nuestros conocimientos como nuestro trabajo. Nuestra ciencia jurídica es precientífica, es preindustrial, es predemocrática.*

R. WIETHÖLTER

*La ciencia avanza desafiando ese "buen sentido" que Marcell Boll presentó como el artesano de muchas regresiones.*

A. BAYET

*La connaissance scientifique est toujours arrachée contre une autre connaissance qui s'affirme science.*

M. MIAILLE

*El nivel de la investigación que debe ser tomado como relevante para cuestiones del método jurídico es, a mi juicio, el nivel de otras disciplinas, como pueden ser la filosofía analítica del lenguaje y la teoría analítica de la ciencia.*

H.-J. KOCH

*Toute réflexion cohérente sur les droits de l'homme ne peut qu' partir du fait fondamental suivant: ils n'ont pas été établis scientifiquement, mais dogmatiquement. Le fait de soumettre une déclaration ou convention à un traitement scientifique ne modifie en aucune manière cette situation initiale.*

J. FREUND

*Un ideario científico es un conjunto de hipótesis. Una doctrina es un conjunto de dogmas.*

J. MOSTERIN

*Cuando entendemos a medias la naturaleza de un tema, solemos ocultar nuestra inseguridad —a nosotros y a los demás— creando artificios. Solamente cuando el tema se desarrolla lo suficiente es posible reconocer, sin perder seguridad, que las conclusiones a que hemos llegado pueden ser criticadas o que reflexiones y experiencias adicionales puedan movernos a corregirlas. En esto no puede entretenerse falta de convicción; no se supone un escepticismo general que culmina con la inactividad. Sólo se requiere esa actitud mental que, pese a mantener con firmeza las conclusiones que en ese momento parecen más seguras, admite el hecho de que las cuestiones vitales presentan una complejidad demasiado rica como para que se las pueda solucionar mediante una sola fórmula.*

Ch. L. STEVENSON

*Los criterios para la investigación científica varían de un proyecto de investigación al próximo. Intentar discutirlos y fijarlos independientemente de la situación que se presume deben guiar ellos mismos, es algo*

*tan necio como intentar construir un instrumento de medida sin saber lo que uno va a medir.*

P. K. FEYERABEND

*Los sujetos ponen diversos límites a sus valores, y los científicos los registran como los límites de los sujetos y comparan los impuestos por diversas agrupaciones de sujetos y sus cambios. Pero, para un científico, en cuanto tal, los valores no tienen límites inherentes. La verdad de una ciencia no es la de una tribu o nación; ha de ser probada en la comunidad de los estudiosos.*

A. ETZIONI

*La contribución que las ciencias brindan es negativa, en parte, por cuanto ponen en evidencia lo insostenibles que son las ideologías de dominación y su pretensión de validez absoluta; y en parte es positiva, por cuanto aclaran las condiciones reales bajo las que esos derechos han surgido y tienen posibilidades de ser realizados. Tal contribución es importante, pero no decisiva por sí sola.*

E. TOPITSCH(\*)

\* \* \*

(\*) Las citas que encabezan este capítulo corresponden respectivamente a:

— FEYERABEND, *Adiós...*, p. 28.

— GARRETÓN, *En torno...*, p. 11.

— ETZIONI, p. 22.

— "Con tanta mayor facilidad se habla de los derechos humanos por abstenerse de saber lo que son" (AURENCHÉ *et al.*, p. 8).

- 
- "Una aproximación a los derechos humanos como la presente, toma el compromiso de examinar los aspectos en que la gente tiene efectivamente protegidos sus derechos y hace uso de estos, en vez de discutir los 'derechos en sí mismos' (sea lo que fuere lo que esto pueda significar realmente) en abstracto..." (SHUE, p. 92).
  - "Toda reflexión profunda comienza por cuestionar el objeto al cual se refiere. El estudio de los derechos humanos no ha escapado a esta ley" (Robert PELLOUX, en INSTITUT..., p. 9).
  - KANT, p. 10-11.
  - "Recae en primer término sobre los hombres de pensamiento, en todas partes, la responsabilidad de proporcionar a la idea de un interés internacional por los derechos humanos la unidad y disciplina interna necesarias para asegurar su triunfo como mensaje... Los temas, reivindicaciones, teorías y objetivos de tal interés tienen todavía que ser sistematizados; echamos de menos la mano guiadora de una tesis coherente y sostenida, necesaria para desarrollar la relación entre medios y fines y la estructura y procedimientos institucionales que pudieran transformarse en una completa realidad. Esto demuestra la necesidad de contar con la más estrecha cooperación de todas las ramas del conocimiento y el saber relativas al destino del hombre y su medio ambiente" (MOSKOWITZ, p. 65-66).
  - ADORNO, en ADORNO *et al.*, p. 122.
  - "Sie (die juristische Auslegung) ist ein unlösbares Gemisch theoretischer und praktischer, erkennender und schöpferischer, reproduktiver und produktiver, wissenschaftlicher und überwissenschaftlicher, objektiver und subjektiver Elemente" (RADBRUCH, *Rechtphilosophie*, p. 211).
  - "... eine Rechtswissenschaft, die ihren Namen verdiente, gibt es nicht" (WIETHÖLTER, p. 25). "Sowenig wir Juristen theoretisch wissen und arbeiten, sowenig wissen und arbeiten wir empirisch" (*ibid.*, p. 31). "Unsere Rechtswissenschaft ist vorwissenschaftlich... Sie ist vorindustriell... Sie ist vor-demokratisch..." (*ibid.*, p. 25).
  - BAYET, p. 118.
  - "El conocimiento científico es siempre arrancado contra otro conocimiento que se afirma ciencia" (MIAILLE, p. 22).
  - "Denn der für juristische Methodenfragen relevante Forschungsstand ist meines Erachtens der Stand anderer Disziplinen wie etwa der analytischen Sprachphilosophie und Wissenschaftstheorie (KOCH, *Über...*, p. 19).
  - "Toda reflexión coherente sobre los derechos humanos no puede sino partir del siguiente hecho fundamental: ellos no han sido establecidos científicamente sino dogmáticamente. (...) El hecho de someter una declaración o convención a un tratamiento científico no altera en modo alguno esta situación inicial" (FREUND, p. 154 y 161).
  - MOSTERÍN, p. 25.

## SUMARIO:

*A) Bases conceptuales:* 9. Introducción: derechos humanos y ciencia. 10. Planos de análisis. 11. Formas de determinar los derechos humanos (su naturaleza convencional y las discriminaciones categoriales). 12. El concepto de Constitución. 13. Delimitaciones en el enfoque de la investigación; limitaciones prácticas. Síntesis.

*B) Organización de la temática:* 14. Plano del examen. 15. Indicadores. 16. Semántica constitucional (el problema de la interpretación).

*Literatura básica:*

ADORNO, Sociología e investigación empírica. ALBERT, Probleme der Wissenschaftslehre in der Sozialforschung. ALBERT, Wertfreiheit als methodisches Prinzip. ALBERT, Tratado sobre la razón crítica. ANDRESKI, Las ciencias sociales como forma de brujería. ARNAUD, Critique de la raison juridique 1. BERGER, Introducción a la sociología. BERGER/LUCKMANN, La construcción social de la realidad. BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. BRECHT, Teoría política. DAHL, Análisis político moderno. DOMÍNGUEZ, Assessing Human Rights Conditions. ETZIONI, La sociedad activa. FEYERABEND, Adiós a la razón. FREUND, Sociologie et méthodologie. GEIGER, Ideología y verdad. GIMÉNEZ, Poder, estado y discurso. GÖKLITZ, Politische Funktionen des Rechts. GRIMM, Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften. HABA, Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica. HABA, Lo racional y lo razonable. HABA, Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete. HABA, Ciencia jurídica: ¿qué "ciencia"? HELLER, Teoría del Estado. HÖFFE, Rationalität, Dezsision oder praktische Vernunft. HÖFFE, Strategien politischer Gerechtigkeit. HEMPEL, La ciencia y los valores humanos. KELSEN, Teoría pura del derecho. KOCH, Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht (esp. secs. I y II). KOLAKOWSKI, El racionalismo como ideología. KRESS/SENGHAAS, Politikwissenschaft. LAUN, Der Staatsrechtler und die Politik. LENK, Politische Wissenschaft. LUHMANN, Grundrechte als Institution (esp. cap. 10). MARCUSE, El hombre unidimensional. MIALLE, Une introduction critique au droit. MORENO, Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica. MORRIS, Fun-

---

— STEVENSON, p. 307.

— FEYERABEND, *Adiós...*, p. 28-29, n. 14.

— ETZIONI, p. 692.

— "Der Beitrag den die Wissenschaften leisten, ist teils negativ — indem sie die Unhaltbarkeit der Herrschaftsideologien und ihres Absolutheitsanspruches aufweisen — teils positiv, indem sie die realen Bedingungen klären, unter denen jene Rechte entstanden sind und Aussicht auf Erfüllung haben. Dieser Beitrag ist wichtig, aber nicht allein entscheidend" (TOPITSCH, *Sozialphilosophie...*, p. 96).

damentos de la teoría de los signos. MOSTERÍN, Racionalidad y acción humana (esp. caps. 1-3). OPP, Soziologie im Recht. PASHUKANIS, La teoría general del derecho y el marxismo. POPPER, La lógica de las ciencias sociales. RADBRUCH, Rechtsphilosophie. ROMERO PÉREZ, Notas sobre el problema de la Constitución Política. ROSS, Sobre el derecho y la justicia. ROTTLEUTHNER, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft. RÜTHERS Die unbegrenzte Auslegung (esp. Nos. 1, 20 y 21). SCHELSKY, El hombre en la civilización científica y otros ensayos. SCHMITT, Teoría de la Constitución. SENGHAAS, Contribución específica de la irenología al análisis de las causas de la violencia: la transdisciplinariedad. STEVENSON, Ética y lenguaje. TOPITSCH, Sprachlogische Probleme der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung. TOULMIN, La comprensión humana 1. VAZ FERREIRA, Lógica viva. WEBER, Methodologische Schriften. WIETHÖLTER, Didaktik und Rechtswissenschaft. WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen.

\* \* \*

## Sección A): BASES CONCEPTUALES

### § 9. introducción: derechos humanos y ciencia

#### SUMARIO:

- I. Un nivel científico; ideología, "ideología" y ciencia.
- II. Ciencia analítica y ciencia no analítica.
- III. Posición de la ciencia ante cuestiones valorativas.
- IV. Conclusión: antinomia entre doctrina y ciencia.

#### I

Si nuestro estudio pretende ubicarse en el plano de los discursos *científicos*, tendremos que someterlo a pautas congruentes con las exigencias propias de dicho plano. La acotación puede parecer obvia, pero no lo es. A menudo reivindicán ese rótulo, el de "científicas", exposiciones cuyas bases no están claras, donde no queda bien delimitado cuál es el ámbito lógico de sus conceptos fundamentales y el nivel racional de sus inferencias. En el discurso de los juristas es poco frecuente que estos dos extremos aparezcan precisados. Tales insuficiencias tampoco faltan —más aún, hasta suelen darse con particular relieve— cuando allí se trata la cuestión de los derechos humanos. Llama entonces la atención, sobre todo, el superabundante uso de conceptos indeterminados y, en general, el escaso rigor del nivel ilativo en que se mueven muchos de los razonamientos efectuados por la doctrina jurídica. Las indeterminaciones resaltan todavía más en los propios textos oficiales, tanto los nacionales como los internacionales, que constituyen instrumentos jurídicos positivos de la materia.

Por razones de orden político, como asimismo por las limitaciones que en el nivel científico pesan sobre el lenguaje jurídico, tal vez sería una tarea vana tratar de obtener niveles de precisión mucho más señalados en el discurso jurídico primario, el que conforman aquellos textos. Pero a pesar de todo, dado el carácter teórico-metalingüístico que tiene todo análisis respecto a estos, es indispensable que tal examen, si quiere ser algo más que un simple eco parafraseante de tal lenguaje-objeto, ponga de manifiesto ciertas características lógicas —principalmente los ámbitos semánticos (*infra*, §§ 17 y 19)— de los enunciados jurídicos que se manejan en dicho tipo de discursos. E importa señalar las consecuencias que de ello resultan en el plano pragmático, por la utilización que los usuarios: juristas, aparatos administrativo, etc., hacen de este lenguaje.

Aunque las insuficiencias científicas del instrumental jurídico no son la única causa, y ni siquiera la principal, de los huecos y fallos en la protección de los derechos humanos, corresponde poner de relieve dichas insuficiencias, sobre todo en la medida en que resaltan en ese programa normativo que son las Constituciones, si de lo que se trata es de coadyuvar a la protección desde *esta* línea de combate precisamente: la de unos modelos de conducta inspirados por las disposiciones del *texto* de una Constitución. Para que de un discurso constitucional sea corregido lo que de él *se pueda* corregir, cierto rigor en la formulación de los problemas puede significar un elemento de juicio provechoso. Sea como sea, esa y no otra es la "carta" que se juega al buscar la contribución de las *ciencias* —no de la "ideología", la fuerza, etc.— para encarar dicha problemática.

*Derechos humanos, ideología e "ideología".—*

El término *ideología* se emplea según distintos sentidos. Podemos distinguir, con REAL (p. 31 ss.), tres grandes tipos de conceptualizaciones al respecto: (a) teoría de la génesis de las ideas; (b) falsa conciencia de la realidad político-social (concepto peyorativo); (c) definiciones neutras, que no prejuzgan sobre la verdad o validez de los sistemas ideológicos. Para nuestros efectos, nos interesan sobre todo los tipos (b) y (c).

El tipo (b) subraya el carácter "tramposo", por así decirlo, que tienen aquellos pensamientos a los que se califica como "ideología". Dentro de este grupo de conceptualizaciones, la más difundida es la versión marxista. También corresponde a él, sin necesidad de apoyarse en el marxismo, una caracterización como la siguiente:

"Hablamos de una ideología cuando una idea determinada sirve a un interés creado en la sociedad. Con mucha frecuencia, aunque no siempre, las ideologías deforman sistemáticamente la realidad social para hacer su aparición donde o cuando les convenga. (...) La ideología de la 'libre empresa' sirve para encubrir las prácticas monopolistas de grandes compañías estadounidenses cuya única característica común con el empresario de la vieja escuela es una disposición inmutable para defraudar al público. A su vez, la ideología marxista sirve para legitimar la tiranía practicada mediante el instrumento del Partido Comunista, cuyos intereses tienen tanto en común con los de Karl MARX como los de Elmer GANTRY con los del Apóstol SAN PABLO. En cada caso, la ideología justifica las acciones del grupo cuyos intereses creados sirve, e interpreta al mismo tiempo la realidad social de manera que la justificación resulte plausible. (...) El racista del Sur debe afirmar simultáneamente que las mujeres blancas sienten una profunda aversión ante la simple idea de mantener relaciones sexuales con un negro y que la más leve sociabilidad interracial conducirá directamente a tales relaciones sociales. Y el dirigente del Partido Comunista encontrará la manera de explicar que la limitación de la selección electoral a los candidatos aprobados por el Partido es una expresión de auténtica democracia.

"En relación con esto debemos recalcar que comúnmente las personas que hacen estas proposiciones son por completo sinceras. El esfuerzo moral que requiere mentir deliberadamente, es superior a las posibilidades de la mayoría de la gente. Es mucho más fácil engañarse a sí misma. (...) La mayoría de las teorías del complot [creer que las ideologías constituyen un engaño *deliberado* —de los imperialistas o de los comunistas, por ejemplo— que se maneja como un "complot"] sobreestiman crasamente la perspicacia intelectual de los conspiradores" (BERGER, p. 158-159).

El *tipo (c)*, en cambio, no implica —ni afirmativa ni negativamente— la existencia de esa función mistificadora en aquello que denomina ideología. Califica así a unos conjuntos de ideas sobre la manera en que los hombres se conducen o deberían conducirse, y sobre los resultados de su conducta, con independencia de que tales concepciones sean falsas o verdaderas. A este tipo corresponde, por ejemplo, la caracterización siguiente:

"La *ideología*... puede definirse con BURDEAU, sin prejuizar sobre su posible carácter interesado o tendencioso, como 'un sistema de ideas o de postulados que se presenta como suficientemente completo para servir de base a la totalidad de las soluciones requeridas por los problemas políticos' ... es de esencia de la ideología su aptitud para convertirse en programa de acción, de suscitar actividad política, e influir así en la realidad, a menudo previa una simplificación que la haga accesible y apasionante para el público" (REAL, p. 22-23).

O esta otra definición:

"un conjunto coherente e integrado de ideas y creencias (o de ideas transformadas en creencias) destinadas a explicar la actitud del hombre hacia la vida en sociedad y establecer una línea de conducta conforme a esas ideas y creencias" (LOEWENSTEIN, cit. en REAL, p. 38).

En el marco de nuestro trabajo, hablaremos de "*ideología*" (entre comillas) para destacar la acepción (b), más estrecha, mientras que diremos simplemente *ideología* (sin comillas) cuando utilicemos dicho término en su acepción (c), más amplia. Al emplear el término *ideología* dejamos entre paréntesis la pregunta

acerca de si esas ideas son o no, además, una "ideología". Claro que tal pregunta merece ser planteada también respecto a los derechos humanos. Ellos conforman, sin duda, una ideología. Pero, ¿constituyen asimismo una "ideología"? Más de un autor se ha inclinado a responder por la afirmativa (cf. TOPITSCH [*Die Menschenrechte...*], VILLEY, etc.). Y no podría ser de ninguna otra manera, *a fortiori*, si en cuanto al papel que en la actualidad cumplen *todas* las ideologías político-sociales es acertado lo que

"Jacques ELLUL dice al respecto: 'La doctrina es solo explicativa y justificadora. Ella ya no presenta más el fin, porque el fin está rigurosamente delimitado por el juego de las técnicas... De hecho, desde alrededor de 1914 la doctrina política está así ordenada; el Estado está constreñido por el juego de sus propias técnicas a modelar su doctrina de gobierno de acuerdo con las necesidades técnicas. Esas necesidades comandan la acción, al mismo tiempo que las técnicas la permiten. Luego viene la teoría política para explicar esta acción... Por último, interviene la doctrina para *justificar* esta acción, demostrar que responde también a principios ideales y morales. El hombre de nuestro tiempo tiene una gran necesidad de justificación. Es necesario que tenga la convicción de que su gobierno es no solo eficaz, sino justo. Eficaz, eso se hace; justo, eso se *dice*... La doctrina política de nuestro tiempo es, pues, una máquina para justificar al Estado y su acción. De ahí las riesgosas acrobacias intelectuales a que vemos librarse todos los periodistas oficiales y los hombres de Estado'. Desde este punto de vista, el autor asume una posición irónica para todos los escritores políticos, conservadores, liberales o socialistas, que aún proyectan ordenamientos sociales y defienden ideas políticas: 'Ellos suponen siempre que la teoría posee una poder formador... Los teóricos, por su pretensión, entonces no pueden ser tomados en serio' " (SCHELKY, *El hombre...*, p. 29, n. 27; cursivas nuestras).

Nosotros simplemente nos limitamos a dejar indicado el problema, sin abordar aquí esta cuestión de orden general que, aunque concierne también a la teoría de los derechos humanos, en realidad va todavía más allá de esta (*vid. esp.* el estudio de GEIGER, y también —con la misma orientación— el de TOPITSCH titulado *Begriff und Funktion der Ideologie* [en *Sozialphilosophie...*, p. 15-52] ).

De todos modos, es indudable que la ideología de los derechos humanos no está libre, según utilizaciones habituales que ella recibe en el discurso político y aun en el jurídico, de presentarse asimismo como una "ideología". En tal sentido apuntan, por ejemplo, las observaciones siguientes de GARCÍA BELAÜNDE (*Los derechos...*, p. 11-14):

"En la lucha política diaria también aparece otro elemento: la ideologización del concepto de derechos humanos hecho con fines e intereses muy concretos. En el ámbito interno los gobernantes proclaman ajustar su conducta a tales derechos y así legitiman el *statu quo* que mantienen. Los partidos de la oposición, por el contrario, en la lucha por el poder que llevan a cabo en sus respectivos países, acusan a los gobernantes de no hacer efectivos los derechos humanos, con lo cual van preparando su propio terreno para la conquista del poder. Los derechos humanos sirven así como instrumento para legitimar un sistema o para minarlo; para afianzar un régimen o para contribuir a su desgaste, relevo o eventual derrocamiento. En la lucha política de todos los días, el concepto de derechos humanos cambia continuamente de manos en el fragor de la batalla; y por la rapidez con que esto sucede, muchas veces podría pensarse que no se distingue violador de defensor, el humanista del que no lo es. En el fondo, más que un interés concreto por los derechos humanos, estos son utilizados en la lucha por el poder, como podría ser utilizado cualquier otro elemento. En el ámbito internacional encontramos un panorama similar. Los foros de las Naciones Unidas son utilizados en función de intereses muy concretos, tanto de las grandes potencias, como de los denominados países del Tercer Mundo; esto es, de ideologías de grupos o de países. Gobiernos como el de BOKASA o el de Idi AMIN DADA, que incluso han sido acusados de cometer asesinatos en masa y de practicar la antropofagia, no han sido condenados por la ONU. Tampoco regímenes como el chino o el cubano de CASTRO han merecido —hasta donde sepamos— expresa censura. Sin embargo, PINOCHET, SOMOZA o STROESSNER han merecido continuos ataques y mociones condenatorias [*vid.* también *infra*, cap. III, n. 9]. Se aprecia claramente que, no obstante que en todos los casos mencionados se encuentran determinadas violaciones de los derechos humanos, solo se censuran unos, y otros no; lo cual comprueba que aun en la ponderación de los derechos humanos existen intereses previamente comprometidos".

Y en razón de todo eso, GARCÍA BELAÜNDE (*ibid.*) llega a la conclusión de que:

“Los derechos humanos, al ser defendidos sin tener una sólida base cognoscitiva, son ideologías en sentido amplio, porque reflejan intereses —coyunturales o permanentes— de naciones, países o grupos. En un segundo sentido y dentro de una *praxis* política, no solamente constituyen una ideología, sino que ellos mismos son ideologizados, es decir, instrumentalizados tanto en el orden interno como en el internacional”.

En cuanto a esa falta de “una sólida base cognoscitiva”, cf. esp. TOPITSCH (*loc. cit.*) y ROBLES (cap. 8 y Apéndice; en particular, sobre los derechos humanos como “ideología” para conseguir o conservar el Poder, *vid.* el # 5 del mencionado capítulo).

\* \* \*

Sea como sea, aunque se diera por admitido que los derechos humanos cumplen funciones de “ideología”, el plano en que se mueve nuestro propio estudio, por ser metalingüístico respecto al discurso de los derechos humanos como lenguaje-objeto, no tiene por qué “contagiarse” de ese (eventual) carácter “ideológico”. En la medida en que presentemos un metalenguaje científico, y sobre todo si tiene el carácter avalorativo propio del discurso analítico (*infra*, III), él estará en condiciones de tratar en forma *no*-“ideológica” su tema, inclusive al enfocar aquellos renglones de este que ofrezcan (en sí mismos) una presentación más o menos “ideológica”. Y precisamente de ello depende la “carta” que —como decíamos— puede llegar a jugar la *ciencia*, en cuanto tal, para encarar dicha problemática (pero si se comparte una opinión como la de ELLUL, también esta “carta” sería vana).

*Nota.*— Sobre las funciones que las ideologías cumplen en la dinámica de los grupos sociales, cf. el estudio de REAL, esp. p. 42-60, donde también hay amplias referencias bibliográficas. Para las posibilidades de hacer objeto de un tratamiento científico al discurso de los derechos humanos, aun en el caso de que este tenga unas bases axiológico-“ideológicas”, *vid.*: HABA, *Derechos humanos...*, esp. sec. II.3; y HABA, *¿Derechos humanos o...*, esp. §§ 9-11. Sobre la vinculación, en particular, entre “crisis ideológica” y aquellos regímenes —los estados de excepción (*infra*,

cap. VII)— donde más abundante y corrientemente se violan derechos humanos, cf. el cap. 2 del libro de CARRANZA. Sobre la cuestión general de las relaciones entre Derecho o ideología, cf. el libro editado por MAIHOFER (*vid. esp.*, allí, el estudio de René KÖNIG y Wolfgang KAUPEN, p. 147 ss.).



Aunque nuestro estudio quiere contribuir a la promoción de los derechos humanos en el Continente, dentro de su planteamiento no entra el hacerlo por *cualquier* medio. Sus caminos quedan limitados a lo que en la materia pueda aportar un conocimiento *científico*; más específicamente, aquel cuyo plano propio queda definido por tener como objeto propio de examen las técnicas normativas del Derecho Constitucional. Las anotaciones que se efectúan en este capítulo tratan de precisar el contenido y el alcance de dicho plano, vale decir, explicitar la *base* y los *límites* de lo que al lector se le ofrecerá a lo largo de la obra. Esa tematización de sus presupuestos es indispensable para que los resultados puedan, llegado el caso, ser discutidos de una manera científica, o al menos coherente, y lo más a fondo posible.

Suponiendo que exista la posibilidad de superar las insuficiencias que en el plano jurídico-positivo presenta el tratamiento de los derechos humanos, ello no podrá tener lugar sin que metalingüísticamente se empiece por superar también, por lo menos hasta cierto punto, el cúmulo de indeterminaciones que afectan la base teórico-científica de dicho discurso. Siempre sin olvidar, claro está, que ese nivel —por más científico que alcance a ser— nunca representará sino *uno* de los muchos factores que codeterminan el grado real de protección o desprotección que en una sociedad tienen los derechos humanos, consagrados o no en los textos oficiales. La *ciencia* jurídica, como *metalen-guaje* de estos textos (Constitución, leyes, etc.), puede y debería alcanzar niveles de racionalidad que ellos mismos no presentan.

Empleamos el término "ciencia" según su sentido más riguroso y exigente: conocimientos sometidos a controles metodológicos del tipo *analítico*. En la medida en que el discurso jurídico consiga ser guiado y controlado con base en conocimientos de tal índole, y suponiendo que ello se haga con la finalidad de lograr la *mayor* protección posible para unos derechos humanos, la efectividad de estos saldría reforzada. Una Ciencia del Derecho así reelaborada estaría en condiciones de presentar modelos normativos que mejoren, hasta cierto punto, las formulaciones de dichos textos, en el sentido de hacerlos más adecuados para amparar esos derechos. Sobre todo, facilitaría una mejora (en el mismo sentido) del razonamiento que practican los juristas profesionales al aplicar las respectivas disposiciones. Pero antes que nada es necesario, naturalmente, que unos y otros —legisladores, juristas— *quieran* utilizar tales posibilidades.



Críticas a la ciencia jurídica tradicional pueden efectuarse desde distintos ángulos. Las insuficiencias *científicas* de ese discurso no constituyen sino uno de los ángulos posibles indicados en las objeciones. Más aún, incluso este ángulo específico puede ser planteado, a su vez, desde distintas perspectivas. Por nuestra parte, lo apreciamos tomando en consideración sobre todo la concepción *analítica* de la ciencia. Pero un déficit científico puede hacerse notar también partiendo de otras bases, de concepciones *no* analíticas de la ciencia, aunque en tal caso es probable que ese "déficit" no sea exactamente igual a los señalados en estudios de tendencia analítica. Importa tener presente, pues, que nuestro *tipo* de crítica no es el único posible, ni mucho menos. Por eso vamos a presentar a continuación, para ilustrar esa pluralidad de perspectivas posibles, el señalamiento de un enfoque crítico más global y multilateral que el nuestro. El texto que recogemos responde a puntos de vista de la llamada Escuela de Francfort (HORKHEIMER, MARCUSE, ADORNO, HABERNAS, etc.).

"*Nuestra ciencia jurídica es precientífica*, porque el Derecho y los juristas se quedaron colgados de una filosofía idealista y perdieron la oportunidad de conectarse con todos los campos del

actual quehacer científico. Es *preindustrial*, porque el Derecho y los juristas ni siquiera están, en el plano técnico-sistemático, a la altura de las exigencias que plantea la sociedad industrial organizada en la forma del capitalismo tardío. Es *predemocrática*, porque el Derecho y los juristas no se acompañaron al contenido de los procesos de democratización efectuados hasta el presente, sino que de modo formalista se quedaron detenidos en una manera específica de entender el dualismo constitucional de Estado y sociedad.

“La crítica moderna alcanza, por eso, en forma igualmente radical a:

- a) los *contenidos del Derecho* tradicionales: vivimos todavía en el Estado de Derecho formal de la sociedad burguesa-liberal en materia de posesión y educación (*bürgerliche Besitz- und Bildungsgesellschaft*), aún no en la democracia liberal y social de una sociedad política tal como la que propone (entre otros) la Constitución;
- c) la *formación jurídica profesional* tradicional: por medio de ella, los aprendices —pasando por la etapa de oficiales— ascienden (si acaso) a maestros, de acuerdo con añejas reglas corporativas y antiguos usos, sin comprender lo que hacen;
- d) la tradicional *reforma del Derecho y de la enseñanza profesional del Derecho*: luego de y en virtud de excluir todos los problemas, la reforma del Derecho degenera en profesiones de fe entonadas de labios para afuera; y la reforma de los planes de estudio del Derecho, en perfeccionamiento técnico de la función que las Universidades cumplen de formar *pro-petitores* [?] y repetidores, como así también en perfeccionamiento técnico de la enseñanza coactiva (*Zwangslern*) en el *Referendariat* (etapa final de la licenciatura)” (WIETHÖLTER, p. 25-28).

Pero a conclusiones similares, en muchos respectos, se puede llegar también con unas bases metodológicas de tipo *analítico*: cf. OPP (*Soziologie...*) y sobre todo ROTTLEUTHNER, ambos *passim*. Son tales bases, precisamente, las más apropiadas para efectuar, a su vez, reconstrucciones del discurso jurídico que permitan estructurar su pensamiento de acuerdo con cierto rigor científico: buenos ejemplos, en este sentido, presentan desde ya varios de los estudios que se ofrecen en KOCH (*Juristische Methodenlehre...*) y en E. v. SAVIGNY *et al.* .

*Nota.*— Por su lado, conforman todo un mundo propio las críticas que al Derecho ("burgués") y a las doctrinas de este se efectúan desde posiciones marxistas. Entre quienes parten de tales posiciones, el clásico libro de PASHUKANIS sigue siendo el estudio que contiene las observaciones más agudas; para una visión sobre algunos trabajos recientes que responden a esa tendencia, *vid.* ATIENZA/MANERO (entre ellos está el de MIAILLE).

## II

### *Ciencia analítica y ciencia no analítica.*—

Tampoco la idea de "ciencia" tiene sentido unívoco, sobre todo con referencia a las llamadas Ciencias del Espíritu. El tipo de metodología apropiado para estas es objeto de mucha discusión, sin que en la actualidad se haya logrado llegar a un acuerdo entre distintos sectores o escuelas de los expertos en cada rama. Las diferencias se hacen sentir y han sido muy debatidas, por ejemplo, para el campo de la sociología, donde la cuestión metodológica gira en torno a problemas y a respuestas que en buena medida conciernen también a materias como las del razonamiento jurídico. No es aquí sitio donde puedan ser abordadas, ni siquiera en la forma más breve, esas discusiones en sí mismas. Pero como también nosotros tenemos que tener por delante *algún* modelo de "ciencia", queremos dejar indicado (aunque no explicado) de cuál se trata fundamentalmente.

Por de pronto, así como no subestimamos los límites de las ciencias (*supra*, § 4; *infra*, III y IV), tampoco nos interesa invocarla al uso de ciertas jergas burocrático-tecnocráticas ("como forma de brujería": cf. ANDRESKI). Para señalar nuestra orientación científica básica, podemos referirnos, como parangón, a las diferencias entre dos tipos de sociología, la *analítica* y la *no analítica*. OPP (*Soziologie...*, cap. III) las ha explicitado, precisamente con vistas a destacar las posibilidades de aplicación que la primera tiene en el Derecho. Esas diferencias, por lo demás, ponen de relieve no solo qué énfasis deslindan lo que es una aproximación analítica frente a otras tendencias de la sociología, sino que iguales énfasis caracterizan a dicho enfoque como guía básica para el pensamiento científico *en general*. He aquí un

esquema de líneas claves en torno a las que se opera tal deslinde:

<i>Criterio</i>	<i>Sociología analítica</i>	<i>Sociología no analítica</i>
Control intersubjetivo	+	—
Precisión	+	—
Verdad	+*	+*
Contenido informativo	+	—
Crítica Severa	+	—

+ criterio que allí se *realiza* en grado relativamente alto

— criterio que allí se *realiza* en grado relativamente escaso

+\* criterio que allí se *acepta* en grado relativamente alto.

[Este cuadro lo presenta OPP, *loc. cit.*, p. 67. Como ejemplos de sociología no analítica menciona la *sociología dialéctica* (también llamada "Escuela de Francfort" o "Teoría Crítica"), la *sociología marxista* (tal como se lleva a cabo en la República Federal Alemana y en la República Democrática Alemana), el *funcionalismo* (de PARSONS, etc.; también la teoría sistémica —neofuncionalismo— de LUHMANN); dentro de cada una de estas distintas direcciones hay, a su vez, variantes. Y también se podría mencionar, en el mismo sentido, direcciones de la investigación social inspiradas, respectivamente, en: la fenomenología, la hermenéutica filosófica, el psicoanálisis, el estructuralismo, etc.]

—o0o—

Pero el hecho de inclinarse por la *metodología* de la ciencia analítica no significa, desde luego, sostener que las afirmaciones efectuadas en el marco de otros tipos de ciencia deban considerarse disparatadas, ni que siempre carezcan de interés científico. Por el contrario, es posible, y hasta frecuente, que también estudios de tipo no analítico logren aportar conocimientos —dicho con más exactitud: por lo general se trata de hipótesis— donde con agudeza se detectan problemas y posibles respuestas que son de positivo interés para las respectivas ramas científicas. Lo que hace la diferencia entre una aproximación analítica y las que no lo son, no es tanto la "riqueza" (por llamarle de alguna manera) de los conocimientos ofrecidos, y ni siquiera su eventual grado de verdad, sino ante todo la severidad de los *controles* metodológicos a que esos conocimientos se hallen sometidos y, como con-

secuencia, el grado de *intersubjetividad* de que estos puedan beneficiarse. La ciencia analítica acepta como verdaderas, y siempre a título provisorio, solo aquellas tesis que hayan podido pasar los controles intersubjetivos más severos; toda hipótesis trata de someterla a tales controles, justamente. El "corpus" de los otros tipos de ciencia, en cambio, incluye también como verdades evidentes unas tesis (fundamentales) que no han sido expuestas a controles de aquella índole, o que hasta se formulan de una manera tal que ni siquiera es dable imaginar cómo podrían llegar a ser contrastadas o, en general, encontrar apoyo en bases intersubjetivas.

Por tanto, lo que el analista objeta a muchas de las ideas sostenidas por representantes de otras direcciones no es que sean necesariamente falsas; pueden serlo o no, como también las hipótesis presentadas por un científico de la dirección analítica. Lo que les objeta, es: a) que no están formuladas de manera lo bastante precisa para ser "testadas" mediante procedimientos empíricos de carácter intersubjetivamente verificable (métodos en sentido estricto); b) que ellas se presentan como si fueran verdades palmarias, cuando en realidad tienen el estatus lógico de hipótesis, esto es, son tesis no comprobadas, todavía no han sido —y, tal vez, ni siquiera estén en condiciones de ser— sometidas a contrastaciones intersubjetivas. Quiere decir que la ciencia analítica no niega por principio cualesquiera afirmaciones de la ciencia no analítica; más aún, aquella hasta puede llegar a utilizarlas como material para someterlas a sus propias investigaciones. Solo que, antes de aceptarlas como *científicamente* fundadas, pide que se formulen de manera más precisa, para que luego su veracidad pueda ser metódicamente sometida a prueba. Mientras estos dos requisitos no se cumplan, podrá considerarlas, en todo caso, como *sugestivas* hipótesis, como pistas de carácter heurístico, o hasta como punto de partida para provocar ulteriores investigaciones analíticas. [Nosotros mismos, en la presente Investigación, la gran mayoría del material bibliográfico que hemos utilizado *no* pertenece a escuelas analíticas. E incluso entre aquellas obras de mayor influencia sobre nuestros planteamientos, algunas son de autores ajenos a dichas corrientes: por ejemplo, BERGER/LUCKMANN, HORKHEIMER/ADORNO, LASKI, MOURGEON —para citar cuatro obras de orientación muy distinta (cf. también *supra*, la Nota ubicada al final del § 6)—.]

Esa eventual receptividad de la teoría analítica frente a ideas originadas en otras corrientes —o, en todo caso, la circunstancia de que ella no las rechace *a priori*— tiene que ver con la conocida distinción entre el "contexto de descubrimiento" y el "contexto

de validez" de los conocimientos científicos. La ciencia analítica se refiere específicamente al segundo, no al primero. La metodología analítica no discrimina entre las tesis científicas según su *origen* (contexto de descubrimiento), pueden emanar de cualquier dirección teórica, sino según el grado de su corroboración por métodos de *control* intersubjetivo (contexto de validez). Sea cual fuere el contexto de descubrimiento de una tesis —su origen: psicológico, sociológico, ideológico, etc.—, no es *eso* lo que decide sobre su valor científico. No son sino los resultados del análisis científico *mismo* —contexto de validez— a que sea sometida, lo que determina si ella es o no es científicamente aceptable. Y lo peculiar de la ciencia analítica es que, para esta, ese contexto de *validez* queda sujeto a las exigencias metodológicas antes señaladas.

Ahora bien, aunque nosotros vamos a tomar como *modelo* tal tipo de ciencia, eso no quiere decir que pretendamos alcanzar a satisfacerlo aquí mismo, en esta obra, en un grado relativamente aceptable. Por el contrario, sabemos que no es así. De lo que se trata, para nosotros, es de llegar, si acaso, a hacer patente dos cosas. Ante todo, subrayar que es por *ese* camino metodológico —no por el de la ciencia jurídica tradicional— que está abierta la posibilidad, suponiendo dadas unas condiciones político-sociales propicias, de *superar* las formas en que actualmente el Derecho (des)proteje derechos humanos. Luego, para dar desde ya algunos pasos *iniciales* en tal sentido, intentamos llamar la atención: por un lado, sobre aspectos específicos en que las normativas constitucionales son peligrosas o demasiado insuficientes para asegurar derechos humanos; mas también, por el otro, sobre renglones específicos donde hay normativas satisfactorias o menos insatisfactorias al respecto.

Nos limitaremos, pues, a utilizar un instrumental analítico muy primario e incompleto, de acuerdo con la modestia que tienen los objetivos científicos de nuestra investigación (*supra*, §6). El modelo analítico lo emplearemos antes bien como una orientación básica que aquí tiene sólo alcance *heurístico*, no como métodos en sentido estricto. Y aunque pretendamos, eso sí, que nuestros planteamientos sean analíticamente *menos* insatisfactorios que los de la doctrina jurídica habitual, es obvio que no podrían ser aceptables tal cual —esto es, sin una debida reformulación lingüística y rigurosa contrastación empírica— para niveles de exigencia científica mayores que aquel en el cual nos movemos nosotros. Con vistas a alcanzar esos niveles al tratar una materia como los derechos humanos, tal vez no esté de más comenzar por esbozos más primitivos, que apenas son pano-

rámicos, tal cual lo hacemos en este libro. En una palabra: nos orientaremos *por* y *hacia* criterios de tipo científico-analítico, aunque nos quedaremos lejos de poder presentar, en nuestros propios exámenes, tratamientos que satisfagan en buen grado las exigencias de ese tipo de discurso.

—————o0o—————

*Nota.*— El hecho de orientarse en tal dirección, esto es, hacia la exigencia de que los conceptos básicos utilizados tengan *algún* grado de precisión, obliga a descartar, desde luego, la posibilidad de basarse en definiciones como la siguiente, por ejemplo: "la science des droits de l'homme c'est la science des rapports [término de amplitud prácticamente ilimitada] humains, droits et facultés considérés [¿por quién o quiénes?] comme indispensables [¿en planos valorativos o fácticamente?] à l'épanouissement [¿en qué sentido? ¿en qué direcciones precisas?] de la personnalité [¿cuál?] humaine" (INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie...*, p. 392) [trad.: "la ciencia de los derechos humanos es la ciencia de las relaciones humanas, derechos y facultades considerados como indispensables para el pleno desarrollo de la personalidad humana"].

*Bibliografía.*— Para una exposición global introductoria sobre la metodología analítica en las ciencias sociales, *vid.* el libro de OPP al respecto: *Methodologie...* Cf. asimismo, con presentación también de posiciones no analíticas y discusión de ellas, la concisa (y diferenciada) visión panorámica que sobre problemas de la teoría científica en las ciencias sociales ofrece ALBERT, en su artículo *Probleme...* Una compendiada enunciación de las tesis fundamentales que, dentro de las tendencias analíticas, caracterizan en particular al llamado "racionalismo crítico", la ofrece POPPER en su ponencia *Sobre la lógica...* Explicaciones sobre aplicación de métodos analíticos para resolver problemas prácticos del Derecho contiene otro libro de OPP, antes citado: *Soziologie...* Aunque presentando de modo menos explícito que OPP sus vínculos con aquellas bases metodológicas, o por lo menos con parte de ellas, algunos de los estudios de Teoría del Derecho en que nos apoyamos para efectuar nuestros planteamientos contienen enfoques de orientación analítica: cf. los análisis de KELSEN, ROSS, SHUE, etc. En cambio, está expresamente subrayado (y recomendado) el recurso a bases generales del análisis semántico —que han sido enfatizadas sobre todo por la filosofía analítica del lenguaje— en los exámenes de KOCH y algunos otros autores: cf. esp. el apartado II de su *Einleitung* en *Seminar...*, y su *Vorbemerkung* en *Juristische Methodenlehre...*;

cf. también, en general, los demás estudios contenidos en esta última compilación. Por lo que en particular se refiere a la presencia de distintos tipos de "ciencia" del Derecho, cf. HABA, *Ciencia jurídica...*; de las posibilidades allí indicadas, modelos analíticos serían aplicables solo en el marco de las que correspondan a discursos que emplean, o lleguen a emplear, métodos en sentido estricto (para una caracterización general del tipo de racionalidad que define a estos métodos, y sus diferencias respecto a otros tipos de razonamientos —que también se dan en el Derecho—, cf. HABA, *Lo racional...*). Algunos puntos de partida y un señalamiento de cuestiones primarias que la teoría analítica de los derechos humanos debería comenzar por precisar, desbrozando así el camino a investigaciones particulares basadas en ella y sobre todo con vistas a trabajos transdisciplinarios, están contenidos en: HABA, *Derechos humanos...*; y HABA *¿Derechos humanos o...?*, esp. §§ 1 y 11. Para un examen crítico general, planteado desde múltiples perspectivas, que pone "al rojo vivo" las insuficiencias técnico-científicas y las funciones político-ideológicas" de la ciencia jurídica corriente, cf. por todos el libro de ROTTLEUTHNER —cuyas agudas observaciones son aplicables también, desde luego, al discurso habitual en materia de derechos humanos—. Aunque no hace mención expresa del rótulo "derechos humanos", es muy aconsejable la lectura *in toto* del libro de BRECHT, que contiene un detallado examen de premisas metodológicas de la ciencia analítica aplicables especialmente a dicha temática, incluso con análisis de algunos conceptos básicos del vocabulario de esta (cf. caps. IV, VIII, X a XII). En cuanto a otras concepciones de la ciencia, y particularmente para tener en cuenta asimismo un inteligente nivel de críticas sobre puntos de vista analíticos, se puede cf., por ejemplo, el estudio de ADORNO (*Sociología...*) y el libro de MARCUSE (*vid.* esp. caps. 4 a 6), ambos desde la perspectiva de la Teoría Crítica (Escuela de Francfort); para una discusión general al respecto, cf. los distintos trabajos contenidos en la compilación de ADORNO *et al.* Respecto a la o las concepciones marxistas de la ciencia, con particular referencia a distintas maneras de encarar la del Derecho, *vid.* el ilustrativo artículo de ATIENZA/MANERO. Cf. también la heterodoxa posición de FEYERABEND, más difícil de clasificar —él la llama "una teoría anarquista del conocimiento"—, interesante por su implacable actitud crítica y también por los testimonios que aporta respecto a cambios de "racionalidad" en la Historia de las Ciencias; pero en cuanto a este último punto, y en general acerca de la evolución de los conceptos científicos, *vid.* especialmente el libro de TOULMIN. Cf. además, como ejemplo de un enfoque que logra combinar distintas perspectivas

--incluso ángulos de tipo analítico— en un marco general sistémico, el ilustrativo libro de ETZIONI. Y, en fin, téngase presente las valiosas observaciones de KOLAKOWSKI sobre el racionalismo en general, como así también el ricamente diferenciado espectro de planos que el libro de ARNAUD discierne en el funcionamiento de la "raison juridique".

### III

La circunstancia de orientarnos hacia el modelo *analítico* de las ciencias parecería que nos ubica en una contradicción con los objetivos heurísticos de nuestro estudio. Tal vez se piense que ese enfoque no es congruente con el afán de *promover* unas soluciones jurídicas, o sea, el de "abogar" (podría decirse) en favor de los derechos humanos. La ciencia analítica considera, como señala Max WEBER, que

*"abogar 'científicamente' carece de sentido, porque las diversas esferas de valores del mundo se encuentran en conflicto irreconciliable"* (La ciencia..., p. 182).

Esa conclusión se desprende de la conocida "cesura lógica" (BRECHT) entre *es* y *debe*: entre lo descriptivo y lo prescriptivo, entre hechos y valores. La ciencia, según la concepción analítica, se expresa única y exclusivamente en el plano del primer miembro de estas alternativas. Ella puede hacer suyas, si se quiere, las palabras de una divisa como la siguiente:

*"Je n'impose rien, je ne propose même rien: j'expose"* [No impongo nada, ni siquiera propongo: yo expongo] (Charles DUNOYER, 1845; cit. en WEBER, *Methodologische Schriften*, p. XXI).

La ciencia solo describe, no valora. Por tanto, dado ese carácter *a*-valorativo que es inherente al discurso científico, también el nuestro —en la medida en que se proponga ser ciencia— debería abstenerse de formular juicios valorativos.

El punto de vista científico no ofrece base para pronunciarse a favor de los derechos humanos, aunque tampoco para hacerlo contra ellos. La ciencia no "aboga", ella misma, ni por ni contra ninguna clase de valores. En efecto, el método científico

*"no nos permite establecer en categorías absolutas si los fines perseguidos por otros o por nosotros son buenos o malos, correctos o erróneos, justos o injustos. Lo único que nos permite es contestar a esas cuestiones de un modo relativo, refiriéndolas a un fin ulterior que sea efectivamente perseguido o que sea aceptado por el científico, en una 'hipótesis de trabajo', como fin que debería ser perseguido; la referencia puede ser también a ideas que alguien tenga o pudiera tener. En particular, el METODO CIENTIFICO no puede decir en términos absolutos cuál de varios fines contradictorios es mejor que los demás; no puede hacerlo más que por referencia a otros fines o ideas presupuestos... toda apelación a fines últimos de la vida humana tiene que excluirse de la discusión científica, salvo en forma hipotética. (...) Tampoco afirma, el relativismo axiológico científico, que no exista ningún valor absoluto; lo único que dice es que no puede probarse intersubjetivamente ni que existan ni que no existan valores absolutos"* (BRECHT, p. 130-131).

Ahora bien, el hecho de que unos valores puedan ser aceptados en esa forma, como "hipótesis de trabajo", hace que, a partir de tales hipótesis, la ciencia pueda decir *algo* también en materia de valores. Esta posibilidad no es otra que la de efectuar un discurso científico que, sin perjuicio de ser avalorativo, empero somete a estudio cuestiones valorativas: *se refiere a valores*, aunque no proponga valoraciones *él mismo*<sup>(1)</sup>. Lo que la ciencia puede aclarar, es

---

(1) Las clásicas puntualizaciones de Max WEBER al respecto siguen siendo básicas para el planteamiento del tema: cf., sobre todo, sus ensayos *El sentido de la "neutralidad valorativa" de las ciencias sociales y económicas* (en *Methodologische Schriften*, "Der

qué estructuras *lógicas* presentan ciertos juicios de valor (sea un juicio determinado o un tipo de juicios, sean relaciones entre ellos) y qué aspectos *de hecho* están involucrados en la realización práctica de lo que califican dichos juicios. En cuanto a esto último, las ciencias empíricas pueden ofrecernos importantes datos para efectuar valoraciones de tipo *instrumental*:

*"el juicio de valor instrumental afirma, o que M es un medio suficiente (definida o probablemente) para alcanzar el objetivo O, o que es (definida o probablemente) un medio necesario para alcanzarlo. Así, se puede reformular un juicio instrumental de valor en la forma de un enunciado que exprese un tipo universal o probabilístico de relación entre medios y fines, y que no contenga ningún término del discurso moral —tal como 'bueno', 'mejor', 'se debe'— en absoluto. Ahora bien, un enunciado de este tipo es, sin duda, una afirmación empírica que puede someterse a test empírico"* (HEMPEL, p. 92-93).

En efecto, hay disciplinas científicas capaces de proporcionar "información fáctica, por ejemplo, para saber: (a) si un objetivo en vista puede ser alcanzado en una situación determinada; (b) si es posible alcanzarlo, por cuáles medios alternativos y con cuáles posibilidades; (c) qué efectos colaterales y consecuencias últimas puede tener la elección de un medio determinado, aparte de la probabilidad de permitir el logro del fin deseado; (d) si varios objetivos deseados son realizables conjuntamente o si son incompatibles, en el sentido de que la realización de algunos de ellos excluya definida o probablemente la realización de otros. Al darnos de este modo información que es indispensable como base de la decisión racional y responsable, la investigación científica puede hacernos cambiar algunas de nuestras valoraciones. (...)

---

Sinn der 'Wertfreiheit' der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften" [en *Ensayos...*, p. 222 ss.; *vid. esp.* p. 239-242] ) y *La ciencia...* Para una reformulación de esas ideas en categorías conceptuales de la ciencia analítica actual, cf.: ALBERT, *Wertfreiheit...* (esp. # IV); y HABA, *Presentación* (en ROMERO PÉREZ, *La sociología...*), esp. Nos. II y III.

"En segundo término, y de una manera totalmente diferente, la ciencia puede aclarar ciertos problemas de valoración mediante un estudio psicológico y sociológico objetivo de los factores que influyen sobre los valores que admita un individuo o un grupo, de las formas en que cambian tales adhesiones valorativas y, quizá, de la manera como un sistema dado de valores puede contribuir a la seguridad emocional de un individuo o a la estabilidad funcional de un grupo.

"Por supuesto que los estudios psicológicos, antropológicos y sociológicos de la conducta valorativa no pueden 'convalidar' ningún sistema de normas morales. Pero sus resultados pueden provocar cambios morales, ampliando nuestro horizonte, señalándonos alternativas en las que no habíamos pensado o que nuestro grupo no sostiene y, de este modo, precaviéndonos contra el dogmatismo o el parrequalismo moral" (*ibid.*, p. 101-102).

*Nota.*— Para una enumeración más detallada, cf. BRECHT, quien destaca nada menos que quince renglones de "Lo que puede hacer la ciencia con valores" (cap. III.3). *Vel.* también los tres primeros capítulos del libro de MOSTERIN y además, particularmente en cuanto a las posibilidades de cooperación entre ciencia y política, el sugestivo estudio de HÖFFE (*Strategien...*) al respecto. Sobre el problema general de las relaciones valorativas entre medios y fines, cuestión básica para determinar qué alcance "instrumental" puede tener cada juicio de valor, cf. por todos el diferenciado análisis que efectúa STEVENSON, cap. VIII.

De lo expuesto se desprende que, a pesar de la con-sabida "zanja epistemológica" entre los enunciados sobre hechos ("es") y los juicios valorativos ("debe"), no quiere decir que estos últimos se hallen enteramente desprovistos de contenido semántico en dirección descriptiva. Aunque los juicios de valor no se limitan a afirmar (o negar) hechos, y es en esa *no* limitación donde reside su carácter valorativo, empero aquellos conllevan referencia a estos. Para el científico, de lo que se trata es de no confundir lo uno con lo otro. Sobre juicios de valor, la ciencia tiene por cierto algo que decir, y a veces mucho, pero *exclusivamente* en cuanto a los aspectos descriptivos allí implicados.

"Los problemas fácticos que siempre se plantean, son: *¿por qué acontece una cosa?, ¿va a suceder cierta cosa?, ¿qué se puede hacer para que algo llegue a suceder?, ¿qué cosa sucede?* (...) *Cuestiones valorativas*, en cambio, son preguntas del tipo: *¿qué cosa debe (soll) suceder?* (...)

"[Se dice que,] *para contestar la pregunta sobre qué debe suceder, los enunciados empíricos (esto es, las proposiciones singulares o las teorías) son irrelevantes.* (...) Sin embargo, tal premisa es falsa: pues, *habitualmente, tanto los partidarios de un juicio valorativo como los que se oponen a él presentan numerosas afirmaciones empíricas como argumentos en favor y en contra de determinados juicios valorativos.* (...)

"Qué dimensiones alcance la contribución de la sociología (para solucionar esos tipos de problemas) depende de la medida en que al discutir cuestiones valorativas se utilicen proposiciones empíricas, es decir, en que medida se planteen allí cuestiones de explicación, pronóstico y descripción. (...) En la discusión de problemas valorativos, siempre se torna a señalar que *la realización de valores tiene efectos empíricos valorados positiva o negativamente.* (...) Cuando se afirma tales efectos y se trata de la conducta 'social' de personas, o también de grupos, entonces *el sociólogo puede, ante todo, someter a crítica esas afirmaciones sobre los efectos de determinados hechos.* (...) Además, el sociólogo puede tratar de descubrir consecuencias que los partidarios o los contradictores de un juicio valorativo no conocían y que tienen importancia para la discusión de ese juicio. (...)

"Cuando desea lograrse la realización de una pluralidad de juicios valorativos a la vez, entonces existe la posibilidad de *conflictos de valores.* (...). Esta expresión quiere significar, en primer término, que distintos valores son *lógicamente contradictorios* entre sí. Si unos juicios valorativos son o no son incompatibles, en ese sentido, se puede comprobar con ayuda de cálculos lógicos (p. ej., de la lógica deóntica), aunque no por medio de una ciencia empírica. (...) [En otro sentido,] al hablar de un conflicto de valores (o, también, de un conflicto de fines) se quiere significar, entre otras cosas, que *es posible únicamente obtener unas condiciones marginales de orden tal que no llevan a la realización de todos aquellos juicios de valor propagados.* Como, por tanto, el argumento del conflicto de valores se decide, entre otras cosas, mediante teorías empíricas, en el marco de ese argumento es posible utilizar, entre otras cosas, teorías sociológicas.

"Para la discusión de juicios de valor, la sociología podría resultar de utilidad en otra forma aún. *Los sociólogos podrían averiguar en qué medida los juicios valorativos que se refieren al aparato judicial obtienen realización en los hechos*" (OPP, *Soziologie...*, p. 33-37).

Respecto al uso de términos valorativos en el discurso jurídico, y especialmente sobre cómo podrían ser manejados en un discurso de tipo analítico, cf. KOCH, *Über...*, p. 48 ss. (esp. 53 s.). Cf. también las observaciones que desde otro ángulo, no analítico (pero tampoco axiologista), presenta LUHMANN, p. 213 ss. (*vid. asimismo infra*, § 12.I *in fine*).

\* \* \*

Todo lo dicho es aplicable a la materia de los derechos humanos. Quiere decir que, si tomamos esos derechos como "hipótesis de trabajo", no hay inconveniente de principio en hacerlos objeto de una aproximación que responda a patrones de la ciencia analítica. Más aún, cabe pensar que es tal aproximación justamente, por su realismo, la más apta para destacar aquellos elementos —jurídicos y extrajurídicos— que de manera *efectiva* sean capaces de favorecer la causa de los derechos humanos, como así también para poner el acento sobre condiciones —jurídicas y extrajurídicas— que van en perjuicio de estos (incluso entramientos vinculados, por ejemplo, a estrecheces normativistas en la doctrina y en los operadores del Derecho).

Aunque su carácter avalorativo hace que tal ciencia no se constituya, *por sí misma*, en motivo de conducta para los destinatarios de una Constitución, eso no impide (sino al contrario) que sea aquella el instrumento más adecuado para delinear instituciones constitucionales realmente efectivas.

"Con el desarrollo de las necesidades derivadas de mayor racionalidad, del pensamiento que constata objetivamente, se escinden en nuestra conciencia científica del mundo las funciones del conocimiento de la acción y de la conducción de la acción. (...) Para la estabilidad de las instituciones sociales [, sin embargo,

actualmente] ... aquellas, en sus ideas rectoras y en sus objetivos, en sus ideologías y programas, tienen que encontrar satisfacción y apoyo en un estrato superior adicional de necesidades crítico-analíticas de la conciencia, sin que por esto tengan que reducir su función las formas de la institución a la que está ligada la motivación de conciencia. La posibilidad de controles autocríticos y analíticos pertenece hoy a los fundamentos de una institución estable, al igual que una conciencia del derecho y de un programa que tenga fuerte influencia motivadora. A la par de la teoría del derecho aparece la ciencia social analítica como una 'ciencia de la institución' inmediatamente práctica, aplicada. Solo las instituciones que tienen en cuenta estas nuevas necesidades tienen posibilidad de alcanzar estabilidad en la estructura de la conciencia, mientras que, por el contrario, todos los intentos de restaurar instituciones basadas tan solo en las motivaciones ingenuas de conciencia resultarán ser utópicas..." (SCHELISKY, *El hombre...*, p. 58 y 59; *vid.* también las puntualizaciones del mismo autor transcritas *supra*, § 4.II, esp. n. 10).

En interés de los derechos humanos mismos, pues, trataremos de presentarle al lector un estudio *analítico* —por ende, lo más avalorativo posible— respecto a ellos. Como dice BRECHT,

*"se trata de una exigencia dura, para obedecer a la cual hace falta considerable disciplina. Pero la ciencia no es precisamente un juego infantil"*  
(p. 130).

#### IV

Por más que la ciencia pueda ser utilizada en beneficio de la práctica de derechos humanos, ya subrayamos que esto no depende de la ciencia *misma*, sino de que así estén dispuestos a hacerlo quienes tienen el poder social para servirse (o no) de ella con tales propósitos: políticos, juristas, etc. Pero aunque una conjunción entre derechos humanos y ciencia pueda darse, ciertamente, no puede negarse que hay algo así como un desfase "categorial" entre la ideología corriente acerca de ellos y las posibilidades

de someterlos a un tratamiento *científico*. Es imposible desconocer que esta, en cualquiera de sus versiones, al fin y al cabo constituye una *doctrina* política. Mas el discurso científico, sobre todo el de tipo analítico, se caracteriza justamente por *no* ser una "doctrina".

Las doctrinas, todas ellas, persiguen finalidades que son, antes que nada, de orden axiológico-proselitista. El pensamiento y la palabra de las ciencias, en cambio, persiguen antes que nada la determinación de la *verdad*, sea esta cual fuere, y sin tomar en cuenta a quién ella pueda halagar o molestar. Además, la ciencia reconoce que cualquiera de esas verdades es relativa, queda siempre sujeta a eventual revisión, allí no son afirmadas como dogmas indiscutibles (cf.: POPPER, *El desarrollo...*, y ALBERT, *Tratado...*, ambos *passim*; *vid.* también FEYERABEND). En tanto que las doctrinas tienen por objetivo primario catequizar, el discurso científico desarrolla y difunde conocimientos sometidos a permanente crítica (por parte de los propios científicos, unos u otros). La ciencia no propone dogmas de ninguna clase; no intenta adoctrinar a nadie, ni para el Bien ni para el Mal. La *ciencia* social, del mismo modo que el pensamiento filosófico, no está para disimular dificultades y acallar las controversias, sino antes bien para ponerlas de relieve en toda su auténtica complejidad, hacerlas lúcidas:

"[Algunos piensan] que los intelectuales cuentan en cierto modo con una base única, no demasiado difícil, para llegar al consenso. Me inclino a pensar que lo contrario es cierto: que la capacidad para pensar filosóficamente se presta a discernir finas distinciones de esencia y enfoque, y abre así una fuente inagotable de discrepancia y discusión" (BACHRACH, p. 104).

Como subraya ETZIONI, los intelectuales no tienen el papel de proporcionar consenso, sino que cumplen una

*"función crítica, la cual requiere que se ataque a las comunidades de supuestos establecidas y se*

*ofrezcan otras alternativas*" (ETZIONI, p. 218; *vid.* también las citas del mismo autor que presentamos *infra*, acápite del cap. VIII y § 103 *in fine*).

Esa diferencia básica en los objetivos —adoctrinamiento/saber crítico— hace que, también respecto a los derechos humanos, sería un contrasentido tratar de establecer una "doctrina científica" de esos derechos. Lo que se puede hacer, sí, es *examinar* en forma científica (metalenguaje) afirmaciones de la ideología corriente (lenguaje-objeto) donde se invocan estos. Y también, luego, tal vez conseguir que unos conocimientos resultantes de dicho examen sean puestos *instrumentalmente* al servicio de la realización de tales o cuales aplicaciones. Para ambos efectos, la ciencia se limita a tomar los respectivos derechos como "hipótesis de trabajo" (*supra*, III *in limine*): primero, reconstruyéndolos conceptualmente para otorgarles un mínimo de precisión que los haga utilizables en el discurso científico; después, tratando de encontrar para ellos ubicación en el seno de hipótesis empíricamente contrastables y estudiando sus consecuencias prácticas. Tales exámenes, a diferencia de las afirmaciones de tipo doctrinario, se desarrollan en planos de mero carácter empírico-descriptivo y lógico, avalorativos; y las conclusiones que de ellos se siguen no son unos dogmas, quedan siempre abiertas —¡todas ellas!— a eventual discusión. En una palabra: el estudio científico sobre derechos humanos consiste, justamente, en tratarlos de manera *no* "doctrinaria".

Nuestro estudio no pretenderá, pues, realizar la imposible hazaña de superar el hiato "categorial" que existe entre doctrina y ciencia, sino que, ubicándose en el segundo de estos dos planos, se relaciona con el primero sólo en cuanto tratará de poner de relieve posibilidades y dificultades que conlleva el cumplimiento práctico de fines propuestos en el marco de este. No obstante, es indudable que, en su caso, la ciencia puede resultar *ineficaz* para apoyar la realización de unos derechos humanos. Pero de esto

es posible que no tenga culpa la propia ciencia, desde que ella no puede ser más de lo que en sí misma es: *¡conocimiento!* Hay circunstancias sociales donde los protagonistas no están en condiciones reales de alcanzar tal conocimiento, así como también existen quienes prefieren ignorarlo; o simplemente se trata de situaciones en que, por unos u otros motivos, las autoridades no lo toman en cuenta. Circunstancias de esa índole no son, por desdicha, las menos comunes. Sea como sea, en definitiva se trata de una forma más de la vieja antinomia: "saber"/"voluntad". La ciencia se mueve básicamente en el primero de estos dos niveles; la doctrina, básicamente en el segundo. Nuestro modo de encarar los derechos humanos no estará en condiciones de evitar esta antinomia, pero tampoco ningún otro lo está (los textos que transcribimos un poco más abajo sirven para ponerla bien de relieve).

En síntesis: además de *doctrinas* de derechos humanos, también puede haber *ciencia* de los derechos humanos, aunque esta no puede sino mantenerse separada de aquellas por un insalvable hiato cognitivo-metodológico y expositivo. Tal el punto de partida básico de nuestra aproximación a la problemática de esos derechos. El intento de llevarla adelante presupone que, a diferencia de los tratamientos doctrinarios sobre derechos humanos, ya sea los del discurso político en general o en el técnico-jurídico, nosotros deberemos esforzarnos por hacer entrar esa materia en categorías de pensamientos analíticas y, por tanto, evitar al máximo el lenguaje del adoctrinamiento (normativismo, conceptos emocionalizantes, "esencias", etc.).

—o0o—

*Doctrinas y ciencia* (FREUND, MOSTERIN, FEYERABEND).—

1. "De todos modos, parece que, en las condiciones actuales, ese derecho (el de gentes) no tiene más validez que la que le conceden quienes creen en él o —lo que es político— hacen como si creyeran en eso. La prueba más tangible de que su elaboración no es el resultado de un procedimiento científico y ni siquiera específicamente jurídico, se halla en las justificaciones

adelantadas para la elaboración de la Declaración Universal; tratar de poner fin a la suma de actos de barbarie cometidos durante la segunda guerra mundial, poner en marcha una 'cruzada' contra las mutilaciones hechas a la conciencia jurídica, protestar contra las condiciones en que se colocó al ser humano en ciertos países, dar el sentido de la libertad a quienes no pueden disfrutarla todavía en grado suficiente, etc. Se trata, en suma, de meras valoraciones filosóficas —y válidas como tales— que pueden servir de inspiración para una acción política o constituir finalidades de una acción colectiva, pero que la ciencia no puede confirmar ni refutar, sin desnaturalizarse a sí misma, pues son ajenas a los procedimientos y a la intencionalidad de esta. Tales observaciones hacen surgir que los derechos humanos pertenecen al reino de los fines, al mismo título que la libertad, la justicia, la felicidad... Esos fines, nosotros los establecemos como normas, vale decir, que los afirmamos dogmáticamente como válidos y dignos de ser buscados; no tienen el carácter apodíctico de una proposición científica. Su universalidad no se funda en una necesidad lógica, sino en la generosidad del corazón; lo cual en nada disminuye su prestigio, ¡al contrario!" (FREUND, p. 156-157).

"... el método o el procedimientos que conduce a la elaboración de una declaración de derechos humanos o de una convención no es científico y no podría serlo, a pesar de lo que han podido afirmar o escribir distintas personas. Es dogmático, e inclusive lo es en diversos aspectos esenciales: el de la afirmación de los principios, que tiene como base una convicción o fe en el hombre y en ciertos fines; el de la elaboración, que procede por consultas, compromisos, acuerdos, limitaciones, suspensiones, etc. (...) Se pueden multiplicar los puntos de vista, hacer intervenir la sociología, la historia o la politología, nada de eso conseguirá transformar en científica una declaración de derechos humanos. Ella seguirá siendo una declaración. Es el destino mismo de la ciencia no poder hacer científico a un objeto que no lo es de entrada; simplemente, porque no hay ciencia sino en el nivel de los conceptos y, por tanto, en el del lenguaje y no en el del hecho o el de la realidad. Cuando el sociólogo analiza científicamente una opinión, esta sigue siendo una opinión y no se transforma en una proposición científica. Lo propio ocurre con el politólogo que estudia científicamente una dictadura o una tiranía: siguen siendo dictaduras o tiranías. No es necesario enumerar otros ejemplos, el del etnólogo que analiza una costumbre o un rito, el del psicólogo que sondea un sentimiento o una emoción" (*ibid.*, p. 161-162).

2. "Así como los idearios científicos son sistemas colectivos de creencias, así también las doctrinas son sistemas colectivos de creencias. La diferencia entre unos y otras estriba precisamente en que los primeros —los idearios científicos— están sometidos a una constante revisión conforme al método racional, mientras que las segundas —las doctrinas— están por el contrario sometidas a un esfuerzo constante de conservación conforme a una estrategia que tiende a la perpetuación de las creencias que las constituyen. (...)

"Un ideario científico está formulado con ayuda de conceptos lo más exactos posible, susceptibles de ser abandonados en favor de otros conforme se vayan encontrando nuevos y más precisos sistemas conceptuales.

"Una doctrina está formulada con ayuda de conceptos poco precisos y frecuentemente dotados de una intensa carga emocional, a los que se considera como definitivos e insustituibles.

"El crítico está siempre dispuesto a (e incluso interesado en) someter su ideario a constante revisión, abandonando hipótesis mantenidas hasta entonces a favor de otras distintas, en cuanto el conocimiento de nuevos hechos del mundo o la consideración de nuevas relaciones entre las hipótesis así lo aconsejen. El científico tiene una actitud crítica respecto a su propio ideario.

"El doctrinario pretende mantener la doctrina intacta e inmutable, trata de ignorar o esconder los hechos que se oponen a ella, y de disimular sus posibles insuficiencias internas. El doctrinario tiene una actitud apologética respecto a su propia doctrina. (...). Las categorías de ortodoxia y heterodoxia, que carecen de sentido a nivel de la crítica, son constantemente aplicadas por los doctrinarios, emocionalmente comprometidos en la defensa de sus dogmas.

"El doctrinario típico adoctrina a los tibios, defiende la doctrina frente a los críticos, condena a los heterodoxos, y a veces, si puede, los persigue físicamente, censura sus escritos y los encarcela; en épocas turbulentas, incluso los mata. Muy rara vez —si es que alguna— han matado o encarcelado los críticos en nombre de idearios o hipótesis científicas. Pero los anales de la historia están llenos de matanzas y persecuciones en defensa de doctrinas" (MOSTERÍN, p. 25-27).

3. "Ahora bien, si son los eventos, no necesariamente los argumentos, la *causa* de que adoptemos nuevos standards, incluyendo formas nuevas y más complejas de argumentación, ¿no forzarán a los defensores del *status quo* a suministrar no solo argumentos, sino también *causas* contrarias? (La virtud, sin el terror, es inefectiva, dice ROBESPIERRE.) Y si las viejas formas de argumentación se hacen demasiado débiles para servir como causa, ¿no deben estos defensores bien abandonar, bien recurrir a medios más fuertes y más 'irracionales'? (Es muy difícil, acaso completamente imposible, combatir mediante argumentos los efectos del lavado de cerebro.) Incluso los racionalistas más puritanos se verán forzados entonces a dejar de razonar y a utilizar, por ejemplo, la *propaganda* y la *coerción*; no porque alguna de sus *razones* haya dejado de ser válida, sino porque las *condiciones psicológicas* que las hacen efectivas y capaces de influir sobre otros han desaparecido. ¿Y cuál es la utilidad de un argumento que deja a la gente impertérrita?" (FEYERABEND, *Contra...*, p. 17).

\* \* \*

*Nota.*— En cuanto a la posibilidad de recoger elementos de la *doctrina* de los derechos humanos como "hipótesis de trabajo" en un discurso *científico*, cf. también: HABA, "*Derechos humanos...*", # II.3, y HABA, "*¿Derechos humanos o...?*", § 9; allí se brinda, bajo ciertas condiciones, una respuesta afirmativa a esa posibilidad.

## § 10. Planos de análisis

### SUMARIO:

- I. Semántica y pragmática.
- II. Derechos humanos como ideal, como Derecho positivo y como conductas; su respectiva metodología.
- III. Pluralidad de los tipos de investigación posibles.

### I

Se ha dicho, con razón, que el problema grave de nuestro tiempo, respecto a los derechos humanos, no es el

de (a) obtener simplemente que sean *declarados* en textos oficiales, sino sobre todo (b) *garantizar* su efectividad (2); enunciarlos (a), sí, pero de un modo tal que además resulten protegidos (b).

En la terminología de la semiótica, estos dos aspectos corresponden respectivamente a dos grandes planos de análisis:

- (a) el nivel meramente *semántico* de los textos jurídicos, como un mundo de "juegos lingüísticos" (WITTGENSTEIN) autosuficientes<sup>(3)</sup>;

---

(2) "El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados" (BOBBIO, *Presente...*, p. 9). Cf. también BOBBIO, *Il preambolo...*, # 5.

(3) En realidad, el sentido en que nosotros utilizamos la expresión "juegos lingüísticos" (*Sprachspiele*) es menos rico, si se quiere, que el indicado por WITTGENSTEIN en sus *Philosophische Untersuchungen*. Según dicho autor, el uso del lenguaje se asimila a la práctica de una infinita serie de "juegos", donde de lo que se trata es de emplear unas "fichas" —las palabras y sus combinaciones— según "*reglas del juego*" compartidas por los locutores. Y decimos (nosotros) que las reglas de esos "juegos" son, justamente, la semántica del lenguaje respectivo. Pero WITTGENSTEIN suele utilizar esta expresión en un sentido más amplio. Quiere señalar, por su intermedio, no solo el mero hecho de "jugar" los *significados* mismos de un lenguaje y de comunicarlos simplemente como tales (nivel *semántico*), sino que dicho "juego" lo refiere también a *actividades* involucradas en el ejercicio de esa comunicación (nivel *pragmático*). Subraya, así, que los "juegos lingüísticos" constituyen propiamente unas "formas de vida" (*Lebensform*):

"Y el acto de darle nombre a las piedras [o a otros objetos] y el de repetir luego esa palabra indicada, podrían también ser llamados juegos de lenguaje. Piensa en ciertos usos que se hace de las palabras en juegos en rueda.

También al todo, el del lenguaje y las actividades con las que este se halla entrelazado, he de llamarle el 'juego de lenguaje' " (# 7).

"Y concebir un lenguaje, significa concebir una forma de vida" (# 19).

- (b) el nivel de la *pragmática* lingüística, estudio de los efectos que el uso de ese lenguaje produce en las conductas de quienes lo utilizan —interlocutores: hablante y oyente— en el desempeño de unos u otros roles sociales<sup>(4)</sup>;

— pero ambos niveles presuponen también, desde luego, la dimensión *sintáctica*.



*Semiótica: sintaxis, semántica, pragmática* (MORRIS).—

A lo largo de esta obra nos referiremos a menudo a diferencias y a relaciones entre los planos semántico y pragmático del discurso de los derechos humanos. Si bien nuestra utilización de esas categorías de la semiótica, así como los exámenes mismos para los cuales las emplearemos, se ubicarán en niveles elementales de análisis, podrían presentar alguna dificultad de comprensión para lectores que no estén habituados a dicha terminología, establecida por MORRIS. Para prevenir tales dificultades, a continuación

---

“La palabra ‘juego-de-lenguaje’ está para subrayar, aquí, que el hablar el lenguaje es una parte de una actividad, o de una forma de vida” (# 23).

Es nuestro *específico* contexto, el de los discursos (internacionales, constitucionales, etc.) sobre los derechos humanos, no podemos presuponer, empero, que cada vez que aparece expresado —por escrito u oralmente— alguno de los respectivos “juegos de lenguaje”, se va a realizar asimismo la *conducta* correspondiente. Muchas veces, dichos “juegos” se agotan en la formulación lingüística misma —mero nivel semántico— por parte de los locutores que los expresan (juristas, políticos, etc.). Otras muchas, desde luego, tienen también efectos prácticos: sentencias judiciales, actos de gobierno, etc. Habrá que ver, según los casos, cuándo los “juegos” del lenguaje de los derechos humanos comportan también una “forma de vida” —nivel pragmático— y cuándo no; pero cf. también *infra*, la n. 12 del cap. IX. (Para una pormenorizada discusión sobre cuestiones fundamentales de la Teoría General del Derecho, con base en la idea de los “juegos” de WITTGENSTEIN, *vid.* el clásico libro de HART.)

- (4) Este nivel se refiere a lo que suele llamarse las “funciones” del Derecho. Sobre distintos aspectos que estas comportan, cf. ROMERO, *Algunas...* (p. 279 ss.), y también GUTIÉRREZ, *Las Junciones...*; para exámenes más detallados, *vid.* el volumen colectivo que a ese tema consagró el JAHRBUCH... y la monografía de GÖRLITZ.

extractamos algunos pasajes de un estudio suyo donde aparece aclarado el alcance de esos conceptos fundamentales.

"1. *Semiótica y ciencia.* (...) Pero si bien la semiótica es una ciencia coordinada con las otras ciencias, que estudia cosas o propiedades de cosas en cuanto sirven como signos, es también el instrumento de todas las ciencias, ya que toda ciencia hace uso de signos y expresa sus resultados por medio de ellos. Por consiguiente, la metaciencia (la ciencia de la ciencia) debe usar la semiótica como un *organon*" (p. 32).

"2. *La naturaleza de un signo.* El proceso en el cual alguna cosa funciona como un signo puede llamarse *semiosis*. (...) Hay, así, un continuo potencial de signos en el cual pueden expresarse todos los grados de la semiosis, con respecto a todo objeto o situación; y la cuestión de lo que el *designatum* de un signo (la clase de objetos a que se aplica el signo) es, en cualquier situación dada, es la cuestión acerca de cuáles características del objeto o situación son realmente tenidas en cuenta en virtud de la sola presencia del vehículo-señal (de aquello que actúa como un signo)" (p. 33-34).

"3. *Dimensiones y niveles de la semiosis.* (...) Se pueden estudiar las relaciones de los signos con los objetos a los cuales son aplicables. Esta relación se llamará la *dimensión semántica de la semiosis*... El objeto de estudio puede ser, también, la relación de los signos con los intérpretes. Esta relación se llamará la *dimensión pragmática de la semiosis*... Ya que muchos signos están claramente relacionados con otros signos, que muchos casos aparentes de signos aislados muestran en el análisis que no son tales, y que todos los signos están potencial, ya que no actualmente, relacionados entre sí, es bueno trazar una tercera dimensión de la semiosis, coordinada con las otras dos que se han mencionado. Se la llamará *dimensión sintáctica de la semiosis*... y a su estudio, *sintaxis*. (...) La semiótica, como ciencia, hace uso de signos especiales para enunciar hechos acerca de signos: es un lenguaje para hablar acerca de signos. La semiótica tiene tres ramas subordinadas: sintaxis, semántica y pragmática; y estas se ocupan, respectivamente, de las dimensiones sintáctica, semántica y pragmática de la semiosis" (p. 36-37).

"5. *La concepción formal del lenguaje [sintaxis].* (...) La sintaxis lógica prescinde deliberadamente de lo que se ha llamado dimensiones semántica y pragmática de la semiosis, para limitarse a la estructura lógico-gramatical del lenguaje, es decir, a la

dimensión sintáctica de la semiosis. En este tipo de consideración, un 'lenguaje'... es un conjunto de cosas relacionadas de acuerdo con dos clases de reglas: las *reglas de formación*, que determinan combinaciones permisibles, independientes, de miembros del conjunto (combinaciones llamadas enunciados); y las *reglas de transformación*, que determinan los enunciados que pueden obtenerse a partir de otros enunciados. Estas [ambas] pueden reunirse bajo el término '*regla sintáctica*'. La sintaxis es, entonces, la consideración de los signos y combinaciones de signos, en tanto están sujetos a reglas sintácticas" (p. 43).

"7. *La dimensión semántica de la semiosis.* La semántica trata de la relación de los signos con sus designata y, así, con los objetos que ellos denotan o pueden denotar. (...) A diferencia de las reglas de formación y transformación, que tratan de ciertas combinaciones de signos y sus relaciones, '*regla semántica*' designa, dentro de la semiótica, una regla que determina en qué condiciones un signo es aplicable a un objeto o situación; tales reglas correlacionan signos y situaciones denotables por signos. Un signo denota todo lo que se ajusta a las condiciones establecidas en la regla semántica, mientras que la regla misma declara las condiciones de designación y, así, determina el designatum (la clase o especie de denotata). (...) Un signo tiene dimensión semántica en tanto hay reglas semánticas (no importa que hayan sido formuladas o no) que determinen su aplicabilidad a ciertas situaciones, en ciertas condiciones. (...) La regla semántica para el uso de una sentencia involucra una referencia a las reglas semánticas de los vehículos-señales o componentes. Una sentencia es un signo complejo... Porque un signo puede tener una regla de uso para determinar lo que puede denotar, sin ser usado realmente así; puede haber signos que, de hecho, nada denoten o que tengan una denotación nula. (...) 'Designatum' es, claramente, un término semiótico, mientras que la cuestión de si hay objetos de tal y cual clase, solo puede contestarse por consideraciones que van más allá de la semiótica" (p. 49-53).

"9. *La dimensión pragmática de la semiosis.* (...) La regla semántica tiene, como correlato en la dimensión pragmática, el hábito del intérprete de usar el vehículo-símbolo en ciertas circunstancias y, recíprocamente, de esperar una situación determinada cuando se use el signo. Las reglas de formación y transformación corresponden a las combinaciones y transposiciones reales de signos que el intérprete usa o a las condiciones para el uso de los signos que establece para sí en la misma forma en que intenta controlar, deliberadamente, otros modos de conducta con referencia a personas

y cosas. Considerada desde el punto de vista de la pragmática, una estructura lingüística es un sistema de conducta... En una presentación sistemática de la semiótica, la pragmática presupone tanto la sintáctica como la semántica; como la última, a su vez, presupone la segunda; porque la discusión adecuada de la relación entre los signos y sus intérpretes requiere un conocimiento de la relación de los signos entre sí y con aquellas cosas a las cuales se refieren sus intérpretes. Los elementos peculiares de la pragmática se encontrarían en aquellos términos que, si bien no son estrictamente semióticos, tampoco pueden definirse en la sintáctica o en la semántica; en el esclarecimiento del aspecto pragmático de varios términos semióticos; y en la enunciación de lo que, psicológica, biológica y sociológicamente, está involucrado en el funcionamiento de los signos" (p. 59-60).

*Síntesis.*— "Cualquier regla, cuando está realmente en uso, opera como un tipo de conducta y, en este sentido, hay un componente pragmático en toda regla. (...) La enunciación de las condiciones en las cuales se usan los términos, en tanto no pueden ser formuladas por medio de reglas sintácticas y semánticas, constituye las reglas pragmáticas para los términos en cuestión. Puede darse, ahora, la caracterización completa de un lenguaje: *un lenguaje, en el pleno sentido semiótico del término, es cualquier conjunto intersubjetivo de vehículos-señales, cuyo uso está determinado por reglas sintácticas, semánticas y pragmáticas*" (n. 10, p. 61-62).

"11. *Uso y abuso pragmático de signos.* (...) No solo se pueden considerar todos los signos en términos de la pragmática, sino que es, también, perfectamente legítimo, para ciertos propósitos, usar signos simplemente con el fin de producir ciertos procesos de interpretación, sin tener en cuenta si hay objetos denotados por los signos o, aun, si las combinaciones de signos son formalmente posibles en términos de las reglas de formación y transformación del lenguaje en el cual se usan normalmente los vehículos-señales en cuestión. (...) Los signos lingüísticos tienen muchos otros usos además de comunicar proposiciones confirmables: pueden usarse de muchas maneras, para controlar la conducta de uno mismo o de otros usuarios del signo, por la producción de ciertos interpretantes [= interpretaciones]. Las órdenes, preguntas, súplicas y exhortaciones son de este género y, en una gran proporción, los signos usados en las artes literarias, pictóricas y plásticas. Para fines estéticos y prácticos, el uso efectivo de signos puede requerir grandes apartamientos respecto al uso de los mismos vehículos-señales más eficaces para los propósitos de la ciencia. (...) Si la semiótica debe defender la legitimidad, para ciertos fines, del

estudio del efecto del signo sobre quienes lo interpretan, debe, igualmente, proponerse la tarea de descubrir la confusión de esos diversos fines a que sirven los signos, tanto si la confusión es deliberada o no. Así como las declaraciones propiamente sintácticas o semánticas pueden disfrazarse bajo una forma que las hace aparecer como declaraciones acerca de objetos no lingüísticos, así también las declaraciones pragmáticas pueden disfrazarse: se convierten, entonces, en enunciados cuasi pragmáticos, una forma particular de las pseudo frases-cosa. En los casos claramente deshonestos, se cumple una finalidad dándoles a los signos que se emplean las características de declaraciones con dimensiones sintácticas o semánticas, de manera que parecen estar racionalmente demostrados o empíricamente sustentados; de hecho, no ocurre ni lo uno ni lo otro. Se invocará una intuición intelectual, superior al método científico, para mantener la validez de lo que aparentemente se afirma. El disfraz puede no ser una dimensión en términos de otras, sino dentro de la misma dimensión pragmática: un propósito que no puede soportar plenamente la luz del escrutinio se expresa en una forma adecuada a otros fines; los actos agresivos de los individuos y los grupos sociales se cubren, frecuentemente, con el manto de la moral y, a menudo, el propósito declarado no es real" (p. 65-66).

"17. *Implicaciones humanísticas de la semiótica.* (...) En correspondencia con las distintas finalidades a que sirven los signos, se han desarrollado lenguajes más o menos especializados que siguen, en alguna medida, las distintas dimensiones de la semiótica. (...) Ninguna de las dimensiones de la semiótica está ausente en estos casos: algunas de ellas están, simplemente, subordinadas y parcialmente transformadas por el énfasis con que se ha subrayado una. Las proposiciones matemáticas pueden tener un aspecto empírico (muchas fueron, en efecto, descubiertas empíricamente) y problemas en otros campos pueden suscitar problemas matemáticos, pero el lenguaje de la matemática subordina estos factores con el fin de cumplir mejor su tarea. La ciencia empírica, en realidad, no se ocupa en conseguir, simplemente, todos los enunciados verdaderos posibles (tal como la expresión del área de cada una de las marcas de esta página), sino en conseguir afirmaciones verdaderas importantes, es decir, afirmaciones que, por un lado, procuren una base segura para la predicción y, por el otro, ayuden a crear una ciencia sistemática; pero el lenguaje de la ciencia empírica se adapta a expresar la verdad y no la importancia de sus afirmaciones. La poesía lírica tiene una sintaxis y usa términos que designan cosas, pero la sintaxis y los términos se usan de manera tal que lo que resalta, para el lector, son valores y eva-

luaciones. Las máximas de las artes aplicadas se basan en proposiciones verdaderas relevantes para el cumplimiento de ciertos fines ('para realizar x, haga así y así'); los juicios morales pueden, igualmente, tener un componente empírico, pero, además, asumir la deseabilidad de alcanzar un cierto fin y aspirar a controlar la conducta... La semiótica provee una base para entender las principales formas de la actividad humana y sus relaciones recíprocas, ya que todas estas actividades y relaciones se reflejan en los signos que las median. Tal comprensión es una ayuda efectiva para evitar la confusión de las distintas funciones desempeñadas por los signos" (p. 82-83).

\* \* \*

Hasta aquí, MORRIS. Cabe señalar, sin embargo, que los teóricos de la semiótica han desarrollado otros puntos de vista en cuanto a los alcances que debe otorgársele a la clasificación propuesta; las mencionadas denominaciones — "semántica", por ejemplo — son entonces usadas con sentidos más amplios o más estrechos, y con tales o cuales perspectivas complementarias. A ello se refieren las observaciones de CARRIÓN que pasamos a recoger.

"La palabra 'semántica' se ha entendido aquí como el significado lingüístico. Ahora, el significado lingüístico no es posible determinarlo si no se vincula también al nivel pragmático. En la actualidad, parte del análisis de los discursos tiene como premisa básica lo siguiente: primero, que no hay *un* significado, sino que hay *tantos* significados como usos que la palabra tiene; segundo, que no hay la posibilidad racional de conseguir un método único para obtener el significado; y tercero, que el intérprete es un sujeto metido también dentro del contexto de la significación (o sea: no hay un sujeto exterior a la significación que él descubre, sino un sujeto metido en la significación que él propone). La teoría actual del discurso permite determinar contextos para cada elemento: para cada interpretación autorizada, para el sujeto intérprete y para el contexto de interpretación. Por tanto, 'semántica' no debe entenderse exclusivamente como la significación de un texto lingüístico; parte de la semántica está determinada también por el contexto *pragmático*.

"Para recordar una definición, la que SAUSURRE da de 'semiótica': es el estudio de los signos en el seno de la vida social. Esto por oposición a la semiótica — semántica, pragmática y sintáctica — de PIERCE y MORRIS, que no observa la problemática que existe entre la vida de los signos y su significado en el

contexto social. Hay dos cuestiones metodológicas que es preciso deslindar claramente. Una cosa es 'semántica' como parte, significado de un texto lingüístico; y otra cosa es 'semántica' como signo dentro del contexto social. La definición de SAUSSURE, que pone énfasis en lo segundo, nos permite ubicar *dentro* de la significación todo lo siguiente: política, ideología, la posición del sujeto.

"Si no se tiene en cuenta eso, se puede caer en confusiones. Por ejemplo, se ha dicho que existe una especie de contradicción entre semántica y realidad, en materia de derechos humanos, cuando los textos internacionales de estos son violados, como acontece en muchos países. Pero tal afirmación solo puede ser aceptada cuando hay una posición, sobre la significación, que dice que lo que significa está *fuera* del lenguaje; o sea, que cuando nosotros hacemos un discurso estaríamos significando entes que *no* son lingüísticos. Pero lo cierto es que en la realidad no hay ningún ente que *signifique* por sí solo, extra-lingüísticamente. Sin embargo, tal es el presupuesto de toda la teoría esencialista de los derechos humanos: suponer que existe una definición preconcebida, que está fuera del lenguaje que la expresa; y que está allí, que se puede ver por la intuición, se puede ver mediante una revelación, o se puede ver por un estado de cultura que acepta eso" (*vid.* también *infra*, § 11.II y n. 8).

Por nuestra parte, sin perjuicio de compartir en general las puntualizaciones que acabamos de transcribir, persistiremos en utilizar la distinción entre semántica y pragmática planteada por MORRIS, pues nos parece muy funcional para los planteamientos que vamos a presentar. Tal distinción permite destacar precisamente ciertas *diferencias* de planos que suelen pasarse por alto en el razonamiento de la dogmática jurídica, discriminación que consideramos básica para aquilatar con mayor exactitud los alcances del discurso jurídico en materia de derechos humanos. Por lo demás, el establecer deslindes entre esas dos dimensiones del lenguaje, allí donde vale la pena subrayarlos, no impide que se tengan en cuenta también toda clase de factores sociales —como los que señala CARRIÓN— para poner de relieve sus influencias en el contenido y en las consecuencias prácticas del discurso así analizado, incluso respecto a su dimensión semántica. Y todo ello sin ignorar que el nivel semántico de un discurso puede llegar, en su caso, a prolongarse pragmáticamente en direcciones *distintas*, congruentes o no con dicho nivel, algunas de las cuales se realizan y otras no. Puede ocurrir, así, que ese discurso no consiga ir más allá de su dimensión semántica —más específicamente aún, limitarse a su contenido *intensional* (*infra*, § 27.III)—, pero que

aquel tenga, de todos modos, ciertos efectos pragmáticos no señalados en su intensión *misma*: cf., p. ej., la puntualización efectuada *infra*, cap. IX, n. 12.

\* \* \*

La dimensión *pragmática* del lenguaje jurídico toma ubicación, si se quiere, en el plano del examen *sociológico* del Derecho. Y desde tal perspectiva, como dice WEBER,

"en cuanto para ella el 'derecho' entra en consideración como objeto, no tiene que ver con la [mera] dilucidación del contenido de sentido '*objetivo*', lógicamente correcto [exégesis, dogmática], de 'preceptos jurídicos', sino con un *actuar*, respecto a cuyos determinantes y de cuyas resultan *s*, naturalmente, revisten también importancia, entre *otras* [cursiva nuestra], las *representaciones* de los hombres acerca del 'sentido' y del 'valor' de determinados preceptos jurídicos... [Pero la sociología] va más allá del constatar la existencia de hecho de tal representación de la validez [plano semántico], en cuanto: 1) toma en cuenta también la *probabilidad* de la difusión de tales representaciones; y 2) reflexionando acerca de si, en determinadas circunstancias que pueden ser precisadas, el hecho de que en la cabeza de determinados hombres *dominen* ciertas representaciones, empíricamente determinadas en cada caso, acerca del 'sentido' de un 'precepto jurídico' representado como válido, tiene por consecuencia que el *actuar* [plano de la pragmática] pueda estar orientado racionalmente hacia ciertas 'expectativas' y, por lo tanto, proporcione a individuos concretos 'chances' determinadas. Su *conducta* [cursiva nuestra] puede estar considerablemente influida por esa vía [,en tal caso]. Esta es la significación sociológica, conceptual, de la 'validez' *empírica* [cursiva nuestra] de un 'precepto jurídico' " (*Ensayos...*, p. 188).

Y así es que, en cuanto a los estatutos en general (las Constituciones son una clase de ellos), WEBER concluye que

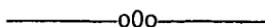
"el contenido decisivo de aquel 'consenso' que representa la 'constitución' *realmente* válida en lo empírico, está constituido, en cada caso, por la *chance*, que solo puede ser objeto de cálculo, de a cuáles hombres, en qué medida y con respecto a qué se '*someterían*' prácticamente en

promedio, en definitiva, los individuos que participan [como sujetos pasivos] en la coacción mentada, según la interpretación habitual" (*ibid.*, p. 217).

Constitución que, por tanto, solo es "real" en la medida en que sus preceptos tengan esa "chance" de ser verdaderamente tomados en cuenta, vale decir, estén respaldados por una "coacción" capaz de ser ejercida por ciertos hombres:

"Este poder efectivo de imposición puede 'valer' empíricamente de acuerdo a consenso, recayendo en ciertos hombres, ya sea personalmente, ya determinados con ciertas características o bien elegidos de acuerdo con reglas (p. ej., mediante voto). Estas pretensiones y representaciones de una imposición 'válida', que valen de hecho, empíricamente, porque en promedio *determinan* de manera suficiente la *acción* de los participantes, pueden denominarse la 'constitución' de la institución respectiva" (*loc. cit.*, cursivas nuestras).

Quiere decir que, en la medida en que los preceptos de una Constitución carezcan de tal dimensión pragmática (no "determinan... la acción"), puede decirse que no son "reales"; en otras palabras, que su "validez" es de orden *meramente* semántico, no empírica. (Cf. también *supra*, § 4.II, la distinción de LASALLE entre Constitución "real" y "hoja de papel.")



Es en el nivel de la semántica donde suele confinarse, poco más o menos, el discurso de la llamada "dogmática jurídica", la doctrina formulada por los tratadistas del Derecho. Con el de su pragmática tiene más que ver, entre otros, el trabajo de los jueces y el de los funcionarios públicos en general; también, por tanto, el estudio mismo de la jurisprudencia y en general el de la conducta *efectiva* de los órganos del Estado.

Ambos niveles mantienen contactos, que pueden ser más o menos estrechos: los contenidos imputados en el plano (a) a los textos, pueden (o no) servir de base e impulso para las conductas del plano (b). Si el Derecho es estu-

diado como un fenómeno de comunicación pragmática, habrá que tener en cuenta los dos planos: cuáles son y cuáles no son los efectos del primero sobre el segundo; como así también en qué medida el segundo depende, y en qué medida no depende, de tales o cuales aspectos del primero. La efectividad de las disposiciones jurídicas no resulta solamente de su o sus contenidos semánticos, aunque la realización de derechos tampoco es independiente de la manera en que ellos se encuentran programados en el lenguaje de las formulaciones jurídicas (tanto en los textos mismos de un Derecho positivo como en sus paráfrasis doctrinarias y jurisprudenciales).

Importa no perder de vista tal bicondicionalidad al examinar la esfera de los "derechos humanos". Pero conviene empezar, ante todo, por precisar esta expresión misma. Hay que tener en cuenta que, además de ser vaga, se caracteriza también por su polisemia. Ella unifica bajo un mismo símbolo lingüístico aspectos que, aunque se hallan interrelacionados, no están todos en el mismo plano. La falta de distinción entre esos aspectos constituye la base de más de una imprecisión y, en general, de confusiones que afectan al discurso en la materia. Tratamos de prevenirlas por medio de los desarrollos que se presentan en este párrafo y en el siguiente.

## II

Desde ya, en una primera aproximación, importa distinguir tres niveles de conceptualizaciones que suelen ser identificadas, todas ellas, como "derechos humanos":

- (i) Los derechos humanos como *ideal* estrictamente. Este es un plano de aspiraciones normativas de orden suprapositivo, en el sentido de que se entiende que "valen" independientemente de la circunstancia de hallarse o no recogidas en cualquier texto posi-

tivo, sea nacional o internacional; es más, hasta se dice que los textos no pueden jamás "valer" en contra de esos ideales.

- (ii) Los derechos humanos como formulaciones de un Derecho *positivo*, sea en el nivel interno —por ejemplo, Constituciones— o internacional. Se trata del plano que conforman unos modelos de conducta lingüísticamente delimitados, cuya vinculatoriedad emerge del (o por lo menos se condiciona al) sello de origen proporcionado por una autoridad política: La promulgación, por uno o más Estados, de un texto oficial donde se hallan establecidos esos modelos.
- (iii) Los derechos humanos como realización de *conductas*, activas o pasivas, en un medio dado. Se dice, entonces, que en ese medio "existen" los derechos humanos en la medida en que dichas conductas sean fácticamente viables, esto es, que ellas no sean imposibles o choquen con obstáculos muy grandes o acarreen represalias muy dolorosas; estamos, pues, en el plano de realidades empíricas, de orden político-social.

El plano (i), aunque también él es una dimensión lingüísticamente conformada, ya que se trata de ideas manejadas en la comunicación entre los individuos, empero no lo delimitan unas versiones lingüísticas determinadas, sino que admite toda clase de formulaciones posibles, sin que unas de ellas tengan mayor autoridad que otras. Por tanto, si bien el estudio de derechos humanos en este plano puede comportar también un coeficiente de análisis semántico-hermenéutico, hay un ancho campo abierto a la *creación* misma de ideas, que pueden ser lingüísticamente vertidas de las maneras más variadas. En el plano (ii), en cambio, el "approach" de los juristas se desenvuelve fundamentalmente cumpliendo (de manera real o fictiva) una tarea de *semántica hermenéutica*, cuyos resultados son presen-

tados como el efecto de "descubrir" el "verdadero" sentido de los conceptos consignados en los textos de referencia, cual si aquellos estuvieran petrificados en estos. El plano (iii), por su parte, corresponde a la *pragmática* del lenguaje jurídico, en la medida en que las conductas del caso se enfoquen como realizaciones o abstenciones relacionadas con los preceptos de un Derecho.

Las vías de examen que respectivamente corresponden a estos tres planos no son las mismas. Para el plano (i), una posibilidad sería la de recurrir a ciertas maneras de pensar entre las que ofrece la reflexión filosófica; una posibilidad distinta sería el abordar investigaciones de orden empírico-descriptivo, como las que caracterizan a la sociología del conocimiento o a la historia de las ideas político-sociales, por ejemplo. Para el plano (ii), por su parte, cabrían dos posibilidades, entre otras: detectar, mediante análisis sobre la doctrina jurídica, cuáles son los juegos lingüísticos a que los juristas recurren al parafrasear determinados textos oficiales, las alternativas entre esos "juegos" en la labor interpretativa e incluso las antinomias entre ellos, etc.; o recurrir a técnicas del análisis de contenido empleadas en la sociología, para detectar presupuestos y tendencias ideológico-sociales que conforman el mensaje subyacente de los discursos en cuestión. En el plano (iii), por fin, deberían efectuarse fundamentalmente estudios de campo, enmarcados en el cuerpo teórico-analítico en que se basan las investigaciones empíricas de las ciencias sociales.

### III

Para nuestro propio objeto de estudio, interesa distinguir tres niveles:

- (i) hermenéutica de los *Instrumentos* —plano semántico—;

- (ii) hermenéutica de *Constituciones* latinoamericanas y comparación con (i) —plano semántico—;
- (iii) *praxis* correspondiente a los textos jurídicos examinados en (ii), considerando sus usos en la jurisprudencia y en la realidad social misma —plano de una pragmática lingüística—.

El primero de esos niveles puede servir como *tertium comparationis*, como un modelo para evaluar la dimensión semántica del segundo nivel. Pero esta es reevaluada, luego, si se atiende también a la medida en que el tercer nivel sirve para corroborar o rectificar que el segundo constituye un escalón apropiado para llegar a cumplir el programa establecido en el primero.

Dentro de ese marco general caben una pluralidad de temas y de métodos investigativos; la elección de estos depende de la selección de aquellos. Por ejemplo, la investigación podría dirigirse a cualquiera de los centros de atención siguientes:

- explicitación de los juegos lingüísticos en que consiste la interpretación de tales o cuales textos de derechos humanos, vale decir, analizar las virtualidades semánticas de estos (por ejemplo, ver cómo son llenados sus conceptos indeterminados por parte de la doctrina o la jurisprudencia);
- hermenéutica comparativa entre Constituciones e Instrumentos, en cuanto a tales o cuales derechos humanos;
- estadísticas de la jurisprudencia relativa a la aplicación de disposiciones sobre derechos humanos, ya sea de Constituciones o de Instrumentos;
- análisis sociológicos de contenido, aplicados a textos constitucionales o a sentencias sobre derechos humanos;

- sociología del Poder Judicial, con específica referencia a actuaciones que él tiene en materia de derechos humanos (por ejemplo: examinar la mentalidad de los jueces y ver cómo ella influye en sus decisiones frente a casos de esa materia, estudiar las condiciones que facilitan u obstaculizan que estos casos lleguen a ellos, averiguar qué efectos prácticos tienen sus sentencias sobre los sujetos involucrados y sobre sectores sociales o una sociedad en general, etc.);
- protocolos de casos específicos de violaciones a derechos humanos y confección de documentos estadísticos al respecto, entendiendo por "violación" aquella que lo sea a la luz de lo dispuesto en los Instrumentos, interpretados (por ejemplo) de acuerdo con la dogmática jushumanista;
- estudios de sociología y politología, para averiguar las condiciones socio-políticas que hacen viable la aplicación de Cartas constitucionales que efectivamente otorgan buen grado de protección a los derechos humanos —estudios que pueden referirse a estos en general o a las garantías para algunos de ellos en particular—;
- heurística general de la protección de los derechos humanos, tomando como base experiencias ya hechas y aplicando también la "imaginación creadora", con la finalidad de que todo ello sirva oportunamente de guía para la elaboración e interpretación de Constituciones;
- propuestas concretas para reformar la Constitución de un país dado, en una circunstancia histórica determinada, para lo cual pueden servir como punto de partida criterios de la heurística general, pero desarrollándolos en función de las específicas condiciones de ese país en ese momento (las fuerzas económicas y socio-políticas que allí están en juego, el nivel cultural general de la población y en particular la tradición jurídica, etc.).

Es obvio que no todas estas investigaciones pueden hacerse a la vez. Son heterogéneos los tipos y emplazamientos de las fuentes de información que requieren unas u otras, como distintos son también los métodos de estudio aplicables y, por ende, las calificaciones profesionales que estos exigen de los respectivos investigadores. En unos casos, se trata de estudios que es dable efectuar "desde un escritorio": por ejemplo, un examen de Derecho comparado entre los textos de Constituciones e Instrumentos. Otros, en cambio, requieren investigaciones empíricas de campo: por ejemplo, las de sociología del Poder Judicial. En otros, aún, se trata de la construcción de fórmulas lingüísticas de una racionalidad normativa: por ejemplo, en la Heurística general de los derechos humanos. Etcétera... Más abajo (*infra*, § 13 y Sec. B) puntualizaremos las opciones por las que, ante toda esa gama de posibilidades, nos hemos inclinado para la presente Investigación.

## § 11. Formas de determinar los derechos humanos (su naturaleza convencional y las discriminaciones categoriales)

### SUMARIO:

- I. Niveles muy abstractos ("conciencia universal") y niveles más concretos, en cuanto al significado de los derechos humanos.
- II. Los Instrumentos como punto de referencia; esencialismo vs. nominalismo, *qua* pautas metodológicas.
- III. Heterogeneidad de los "candidatos" para la expresión "derechos humanos"; cuatro tipos de reglas de uso aplicables a ella.
- IV. Diferencias de estatus entre derechos humanos; versiones "maximalistas", "íntegras" y "recortadas"; asimetrías "categoriales" en el reconocimiento de derechos humanos (negaciones de "universalidad": "tribalismo", etc.), discusión.
- V. Antinomias entre derechos humanos; variedad en el grado de las restricciones (vías jurídicas para la intervención coartante del Poder: conceptos indeterminados limitativos, reglamentaciones legales recortadoras de derechos).

- VI. Jerarquías entre derechos humanos: derechos básicos y otros derechos; derechos fundamentales (en sentido estricto y en sentido amplio); un criterio heurístico de prelación.
- VII. Definición estipulativa del concepto "derechos humanos" (opciones efectuadas); precisiones.
- VIII. Síntesis; otra definición; nota.

## I

A lo largo de nuestra exposición, hasta aquí, hemos utilizado la expresión "derechos humanos" como si estuviésemos ante un concepto de contenido obvio, una de esas palabras que cualquier persona entiende más o menos de la misma manera. Pero aunque a primera vista da la impresión de que fuera así, se trata de un espejismo. Lo que sucede, en realidad, es esto otro: cada uno *piensa* que *su* propia manera de reconocer qué contenido tiene tal o cual derecho humano, o todos ellos en general, es algo tan claro e indiscutible que ninguna otra persona podría sostener, con sinceridad, que ese contenido sea distinto. En los hechos, sin embargo, son heterogéneas las formas en que se interpreta cuál es o debe ser el alcance *real* de tales derechos. Y lo cierto es que hasta desde el punto de vista jurídico ellos constituyen una categoría conceptual bastante confusa.

"Estamos en presencia, pues, de un derecho cuya naturaleza permanece indeterminada. No puede decirse de una Declaración de los Derechos Humanos que ella pertenezca al derecho natural, ya que son formulados explícitamente y, en el caso de la Convención europea, dan lugar inclusive a vías procesales donde los individuos poseen capacidad para entablar una acción concreta por violación de derechos. Al mismo tiempo, también se les cuestiona la calidad de ser un simple derecho positivo y, a este respecto, la terminología es bastante significativa, puesto que se rechaza designarlos como 'leyes'. Además, a diferencia de la ley ordinaria, se estima que no pueden nunca ser derogados, es decir, que se mantienen subsistentes incluso si un Estado no los reconociese o dejara de reconocerlos. Se plantea, de tal suerte, una cuestión de importancia capital para cualquier ciencia que se ocupe de los

derechos humanos, ya sea sociológica u otra, y que arriesga con embarazarla, a falta de poder definir claramente el objeto de la investigación: ¿cuál es la clase de derecho que conforman los derechos humanos? ¿Se trata de una categoría jurídica *sui generis* o no? ¿Incluso, puede decirse que se trate de derecho en sentido jurídico? No parece que fuera irreverente plantear esta última pregunta, dada la confusión que reina en las mentes y la incapacidad, tal vez provisoria, de los juristas para determinar en forma precisa la naturaleza de estos derechos. (...)

"¿Cuál es la naturaleza de la universalidad que pretenden tener las declaraciones, ¿Es de orden geográfico o de orden filosófico? Esta cuestión nos conduce a una nueva ambigüedad. En general es la universalidad filosófica aquello a que se apunta, la que debería valer incondicionalmente para todo hombre, independientemente del espacio y del tiempo. Prácticamente, sin embargo, no es realizada o no se trata de realizar sino la universalidad geográfica. Basta con fijarse en el método seguido al elaborar las declaraciones. En efecto, no existen unos arquetipos de los principios, que los redactores pudieran leer en el cielo de los inteligibles, a la manera del legislador platónico, y que bastaría con transcribir tal cual para la humanidad en general. Cada redactor, incluso si no es delegado de un gobierno, tiene una idea más o menos intuitiva, o más o menos determinada por la educación o la experiencia, de los diversos principios, que no concuerda necesariamente con la de sus colegas; unos tienen de ello una concepción más jurídica, otros más ética, hay otros aún que la tienen más política y, finalmente, otros más social. Desde luego, se habrá llegado a ciertos puntos comunes luego de discutir la cuestión, pero es probable, no obstante, que si se hubiera elegido otros redactores los textos hubieran sido distintos. (...) Se trata de aproximar los puntos de vista divergentes, de hallar un compromiso aceptable para el conjunto de los miembros de la comisión o eventualmente para el conjunto de los gobiernos. La universalidad se flexiona, pues, en el sentido de una unanimidad de los redactores acerca de un texto de principio, luego de negociaciones, de conciliábulos en el curso de los cuales se pesan las palabras, se discute sobre su sentido, se consideran las consecuencias y el alcance de las diversas proposiciones. De ahí resulta que ninguno de los principios adoptados es absolutamente ahipotético, sino que son el resultado de confrontaciones, de correcciones, a veces de arbitrajes y abandonos de ciertas sugerencias, o inclusive testimonian la influencia intelectual de ciertas personalidades eminentes de las comisiones" (FREUND, p. 157-159). [Sobre tales "negociaciones", con particular referencia a la elaboración de los dos Pactos,

cf. las anotaciones de SOHN, p. 38 s., quien explica cómo ellos nacieron de un "compromiso"; algunas líneas de esta explicación se transcriben *infra*, § 85 *in fine*. En cuanto a la cuestión de la "universalidad", téngase presente también las "divisiones categoriales": *infra*, IV.]

En fin, "hay que admitir que, en cuanto categoría jurídica, los derechos humanos no son una noción uniforme para todos los Estados ni en todos los momentos. Es distinta, cuantitativa y aun cualitativamente, según los instrumentos internacionales considerados y según la medida en que cada Estado ha adherido a ellos" (Phédon VEGLERIS, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie...*, p. 24).

Existe un consenso por lo que se refiere a ciertas maneras de *hablar* utilizadas en el discurso que invoca los derechos humanos; sus locutores proclamarán la "dignidad de la persona humana", la "libertad", la "democracia", etc. Mas esa coincidencia verbal no significa que los locutores, al emplear dichas expresiones, estén todos de acuerdo sobre qué tipos definidos de conductas corresponden a la realización práctica de dichos rótulos y cuáles significan su denegación:

*"Hablar de 'consenso' es tan solo un eufemismo para expresar el acuerdo sobre la necesidad de una convivencia civilizada. Pero, pasada esta línea, el 'consenso' se convierte en 'disenso'; esto lo prueba no solo la parcial defensa de unos 'derechos' en menoscabo de otros, consecuencia ineludible de su carácter recíprocamente contradictorio —piénsese en la oposición entre los derechos económicos y sociales y los derechos individuales [y aun en las antinomias en el seno mismo de cada una de estas dos grandes categorías: *infra*, V]—, sino también la distinta interpretación que del contenido de los derechos humanos, sobre los que existe el hipotético acuerdo, realiza cada partido a la vista de la situación política del momento"* (ROBLES, p. 264).

Sintomático del alcance esencialmente declamatorio que tienen tales "acuerdos" es que su contenido resulta de lo que cada ideología impute a un eje de referencia tan inde-

finido como lo es el *hombre* o lo *humano*, sin más; ente de máxima abstracción, que tendrá como rasgos básicos y como necesidades concretas, en definitiva, lo que cada gobierno diga que son tales, al interpretar los derechos respectivos. En efecto:

*"Se quiere alzar el hombre al nivel de un valor de trascendencia, por encima de los tronos y de las dominaciones. (...) Solo que, ¿de cuál hombre se trata? Cuando Dios reinaba sobre el mundo fue objeto de múltiples fenómenos de captura, de captación, cada quien tenía su dios: Dios ha hecho una admirable carrera de brillante segundo. Ha habido el dios de los burgueses, el de los proletarios, el de tales ejércitos y el de sus enemigos. Si a Dios lo sustituimos por el hombre, esta nueva trascendencia puede, también ella, ser capturada. Cada cual corre el riesgo de tener el suyo propio..."*  
(René-Jean DUPUY, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie...*, p. 397). [Cf. también la definición citada en la *Nota* que incluimos en el texto del § 9.II, *supra.*]

Todo el mundo, o poco menos, adhiere a los "derechos humanos" como *terminología*. Pero cada corriente ideológica entiende ese lenguaje a su propia manera, utiliza esta terminología a su propio modo en el discurso político y en el jurídico. Quiere decir que, si bien existe un amplio consenso —"conciencia universal" se le llama a menudo— respecto a las maneras de formular en público los sectores del discurso que mencionan "derechos humanos", no hay que perder de vista cuáles son específicamente los *planos* lingüísticos en que dicho consenso se articula, importa discriminar en *qué* rige tal acuerdo y en *qué* no rige. Así, se ha señalado que:

*"Surgen dudas acerca de si la universalidad es una utopía —una utopía irrealizable, a diferencia de una utopía concreta, también realizable políticamente—. El hecho de que finalmente, al cabo de pocos años, en 1948 fuera dado ponerse de acuerdo sobre un catálogo de derechos fundamentales, mues-*

*tra que por lo menos en el plano político de los hombres de Estado y los diplomáticos se pudo alcanzar un consenso" (TOMUSCHAT, p. 9).*

Es fundamental no olvidar, sin embargo, que este es un consenso en cierta dimensión *semántica* del lenguaje allí utilizado, pero que eso no necesariamente implica, ni mucho menos, la existencia de reales acuerdos en su dimensión *pragmática*: del dicho al hecho...

Inclusive sin ir más allá del plano semántico, habría que distinguir, en él mismo, entre distintos niveles de acuerdos y de desacuerdos. El acuerdo se da, en la medida en que verdaderamente existe, sólo para las intensiones semánticas más abstractas, menos determinadas, de los términos en cuestión. En cambio, ese acuerdo se quiebra desde ya en la propia esfera semántica cuando se trata de precisar más la denotación de esos términos, delimitar qué clase *específica* de conductas humanas legitima respectivamente cada uno de ellos por parte de órganos estatales o de particulares. De ahí que, como se sabe, un mismo derecho humano —mejor dicho: la misma designación— aparezca interpretado y reglamentado de maneras muy distintas según los regímenes políticos y los países; en un sitio significa la legitimidad jurídica de conductas que en el otro se prohíben, y viceversa<sup>(5)</sup>.

\* \* \*

---

(5) Y habría que considerar también el aspecto dinámico de la cuestión, esto es, el fenómeno de la sucesiva incorporación de *nuevos* rubros a la lista de lo que se llega a considerar como "derechos humanos". La ampliación que ha tenido esa lista, históricamente, se manifiesta en lo que ha dado en llamarse tres "generaciones" de derechos humanos: *primera generación* —el modelo clásico: derechos civiles y políticos, individuales—, *segunda generación* —derechos económicos, sociales y culturales—, *tercera generación* —derechos colectivos: autodeterminación, desarrollo, medio ambiente, etc.—; cf. SOHN, *The New...* Y la lista, cabe suponer, sigue abierta al futuro: cf., por ejemplo, el estudio de WILL sobre el cambio de sexo, en casos de transexualidad, como posibilidad de dar nacimiento a un nuevo derecho humano.

*Síntesis.*— El acuerdo general, “universal”, acerca de un derecho humano es tanto mayor cuanto menos se especifica cuál será su contenido, y tanto menor cuanto más se especifica qué conductas (intersubjetivamente diferenciables) se autorizan y cuáles se prohíben en nombre de aquel; todo eso en el plano *semántico*. Mayor aún es la heterogeneidad de dicho contenido si, pasando del nivel meramente semántico a la dimensión pragmática de ese lenguaje, se toma en cuenta cómo este es utilizado en la práctica, qué influencias *de hecho* tiene sobre la conducta de las autoridades y sobre la vida de los particulares. La expresión “derechos humanos” —del mismo modo que buena parte de su terminología adyacente: los conceptos indeterminados que se emplean para caracterizar a cada uno de esos derechos— no tiene un significado único, sino sentidos variados, y a menudo contradictorios, según las ideologías políticas de los locutores y los contextos de utilización.

No basta, pues, con decir que uno está “a favor” de los derechos humanos, para saber qué es lo que con ello quiere decir realmente el locutor. Para saberlo, ante todo hay que aclarar a *cuál* concepción de los derechos humanos se está refiriendo. Eso es lo que tratamos de especificar en el presente párrafo, con la finalidad de dejar explícito el punto de vista que al respecto se adopta en esta obra.

“La mayoría de las definiciones del derecho natural [y, como consecuencia, también las de los derechos humanos, pues estas derivan de aquellas] tienen como características su vaguedad, su imprecisión, su carácter tautológico. (...) Tratando de elevar el concepto de derechos humanos a nivel de categoría, ha habido muchos intentos de darles una fundamentación sistemática y rigurosa. (...) El primero es el de Thomas PAINE, autor de una obra clásica sobre los derechos del hombre, que ayudó enormemente a consolidar dicho rótulo en el siglo XIX. Según PAINE:

Derechos naturales son aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir... Son derechos civiles aquellos que corresponden al hombre por el hecho de ser

miembro de la sociedad. Todo derecho civil tiene por base algún derecho natural pre-existente en el individuo...

"Ahora bien, esta tendencia, que con diversas variantes llega hasta nuestros días (así Jacques MARITAIN y los textos de Naciones Unidas), es tautológica, cayendo en una petición de principios. Claro está que detrás de ella está la afirmación del valor del ser humano, pero como definición no permite ir muy lejos, pues el mismo valor puede llevar a consecuencias distintas a las queridas por PAINE. En efecto, nada nos dice acerca de lo que es propio del hombre, salvo que tiene derechos. De esta afirmación se pueden desprender innumerables derechos, aun los no queridos por el propio autor, y sin que sean necesariamente concordantes entre sí, como lo demuestra la experiencia histórica [cf. también *infra*, cap. III, esp. § 18 y su n. 8]. (...)

"Si hacemos una recapitulación de todo lo expuesto, podremos ver que el concepto 'derechos humanos', o sus equivalentes (derechos del hombre, derechos naturales), ha tenido una trayectoria bastante larga y azarosa, a través de la cual sus manifestaciones han sido bastante diversas, cuando no desconcertantes. En cuanto a los intentos de definición teórica, ellas son circulares, imprecisas, y la mayoría de las veces tautológicas o vacías, aun cuando tengan una presentación sumamente sugestiva" (GARCIA BÉ-LAUNDE, *Los derechos...*, p. 105, 107-109). Y a la misma conclusión llega TOPITSCH: cf. *Sozialphilosophie...* (*vid.*, esp., el ensayo sobre el derecho natural —p. 52 ss.— y el que se refiere en particular a los derechos humanos —p. 71 ss.—); *vid.* también ROBLES, cap. 6.

"Hoy en día, demasiadas reivindicaciones son hechas en nombre de los derechos humanos: los derechos civiles y políticos (libertad, igualdad, responsabilidad del ciudadano), los derechos económicos y sociales (trabajo, instrucción, sindicato, seguridad social), los derechos culturales. Se clasifica entre los derechos humanos el derecho a la felicidad, a la paz, al desarrollo. Sería preferible considerar estos objetivos como ejes fundamentales en torno de los cuales se articularían los derechos humanos que apuntan a preocupaciones más precisas y más fácilmente determinables.

"Es al precio de gran rigor en su formulación que los derechos humanos adquirirán poco a poco fuerza real. Todas las aspiraciones del hombre no pueden ser bautizadas 'derechos humanos' del día a la mañana. No hay que pedirle a una técnica que sea omnipotente o polivalente" (AURENCHÉ *et al.*, p. 64).

*Nota.*— Sobre la cuestión de la "universalidad" volvemos más abajo: en este mismo párrafo (*vid.*, en su apartado IV: *Encogimientos "tribalistas"...*) y también en el § 30 (*vid.* esp. su apartado II).

## II

Como punto de partida, elegimos la siguiente delimitación primaria: entenderemos por "derechos humanos", aquí, todos los que aparecen incluidos como tales en cualquiera de los Instrumentos. Claro que esta manera de señalar nuestro objeto de estudio deja en pie todas las indeterminaciones conceptuales que son propias de dichos Instrumentos justamente (*infra*, cap. III). Ella nos ubica ante el problema *hermenéutico*, pero no nos lo resuelve. En cambio, al respecto se encuentran respuestas, unas u otras, en el discurso de los juristas que se ocupan de la materia. Mas tales respuestas no son uniformes; no solo porque suelen consistir en paráfrasis que, ellas también, se articulan en torno a conceptos indeterminados, sino porque cada una de estas versiones ni siquiera se beneficia siempre de un consenso profesional. También entre los propios juristas hay distintas, y hasta opuestas, maneras de entender el alcance que puede tener un mismo derecho humano.

Muchos piensan, sin embargo, que esas discrepancias podrían resolverse —en todo caso, las más importantes— si se toma debidamente en consideración, al establecer la regulación jurídica de cada derecho humano y al aplicarla, la "esencia" propia de cada uno de estos, que a su vez estaría en armonía con la de todos ellos en general. Esta concepción parte de la base de que tienen algo así como una *naturaleza* general ("dignidad de la persona humana") de la cual depende que algo pertenezca o no, "verdaderamente", a la categoría global de los derechos humanos. Y a partir de esta naturaleza genérica habría, además, unos caracteres específicos complementarios que, derivados de aquella (o, a lo menos, en armonía con

ella), hacen la *esencia* del derecho en cuestión. Atento al extendido curso que el esencialismo tiene en el seno de la doctrina jurídica, y a veces hasta con ecos en la formulación de textos del Derecho positivo<sup>(6)</sup>, no podemos dejar de deslindar nuestra propia base metodológica frente a aquel.

Una verdadera discusión sobre la "naturaleza" de los derechos humanos escapa a los límites de nuestro estudio; es un problema metafísico o, ante todo, lingüístico. No obstante, si queremos mantenernos en el plano de la objetividad científica, será indispensable estar en guardia respecto a una trampa del lenguaje en la que con frecuencia se desliza la dogmática jurídica: dar por supuesto, sin análisis previo, que todo aquello que se conoce bajo la rúbrica "derechos humanos" integra un objeto *unitario*. Desde el punto de vista científico, esto no puede considerarse como admitido sin más; habría que empezar por comprobarlo. Y ya hemos señalado (*supra*, I) razones por las cuales tal aseveración debería considerarse al menos como dudosa. En rigor, ni siquiera sería necesario dilucidar ese punto exactamente, ya que, para aplicar o para mejorar los instrumentos jurídicos de protección de ese conjunto de derechos que se conviene en calificar de "humanos", carece de importancia real el averiguar si todos ellos tienen o no tienen una misma "naturaleza" en común.

Lo propio cabe decir respecto al asunto de la "esencia", ya sea que esta se conciba en forma similar a la naturaleza, como una característica general de *todos* los derechos humanos, o que de alguna manera se distinga la "esencia" de *cada uno* de ellos frente a la de cada uno de los restantes. Es cierto que, a veces, afirmar que tal o cual derecho tiene tal o cual "esencia" puede no ser indiferente, ya que,

---

(6) La Ley Fundamental de la República Federal Alemana dice que los derechos fundamentales no pueden ser objeto de afectaciones "en su *esencia*" (art. 19.2); y la Constitución española señala, en el mismo sentido, que toda ley respecto a ellos "deberá respetar su contenido *esencial*" (art. 53.1).

si el contenido de *esa* "esencia" es formulado con alguna precisión, de ello pueden seguirse consecuencias jurídicas concretas, distintas a las que se seguirían si es formulado de otras maneras<sup>(7)</sup>. Pero también a esto se aplica lo que señalábamos respecto a la definición de cada derecho humano: un acuerdo general sobre su "esencia" no se dará sino en la medida, justamente, en que su contenido *no* sea formulado con precisión. Por tanto, o la "esencia" asignada no es más que una "fórmula vacía" (*infra*, § 17.I), y entonces no sirve para solucionar, ella misma, ningún problema interpretativo; o bien, en cambio, se le asigna un contenido semántico-normativo relativamente preciso, pero entonces habrá discrepancias sobre la "esencia", cada grupo de intérpretes llamará "esencia" a su propia manera de entender ese derecho y negará que otros grupos hayan captado la "ver-

---

(7) Sobre las consecuencias prácticas que puede tener el determinar qué cosa corresponde o no al "contenido esencial" de cierto derecho, cf. las puntualizaciones que, en cuanto al Derecho español, efectúa PRIETO: *La protección...*, p. 396 ss.; y *El sistema...*, p. 394 ss. De otro lado, sobre el pensamiento ontologizante en el discurso de los juristas portavoces del nacional-socialismo alemán, *vid.* RÜTHERS (Nos. 18-19, esp. p. 291 y 299-301) y ROTTLEUTHNER (# 7.2.3, esp. p. 233-234). Cf. además, en ROTTLEUTHNER, la n. 55 de la p. 241, respecto a la invocación de una "naturaleza de la cosa" como argumento jurídico. Cabe reconocer, empero, que si la existencia del "contenido esencial" se postula precisamente para indicar que hay algún infranqueable *límite* a las restricciones que los operadores estatales deseen imponer al ejercicio del derecho respectivo (*supra*, n. 6), este lenguaje retórico puede resultar, en los hechos, más bien favorable a dicho ejercicio: lo que el intérprete consiga imputar (si le creen) a la "esencia", servirá para frenar intervenciones mayores de las autoridades contra la efectividad del derecho en cuestión. Por más convencional que la determinación de su "contenido esencial" sea en realidad, tiene *fuerza* sobre quienes *creen* en él. Sin embargo, habida cuenta de dicha convencionalidad, unos locutores pueden entender de acuerdo con sentidos más amplios y otros con sentidos más estrechos, *cuáles* han de ser los aspectos del ejercicio que están dentro y cuáles quedan afuera de los linderos del "contenido esencial". En definitiva, pues: según que este sea objeto de unas interpretaciones extensivas o restrictivas por parte de los intérpretes autorizados, dicha "fórmula vacía" tendrá, respectivamente, efectos promocionales o coartantes para determinar los alcances del derecho al cual es aplicada (por eso, tales "esencias" las ubicaremos en el rubro de los conceptos indeterminados del tipo ambivalente: *infra*, § 20.c).

dadera" esencia. En la segunda de las dos posibilidades indicadas, que es la de mayor trascendencia práctica, el calificativo de "esencia" es un rótulo retórico mediante el cual cada intérprete hipostasia (ontologiza, reifica) las opciones ideológicas por las que él se pronuncia<sup>(8)</sup>.

Nosotros no acudiremos a la postulación de "esencias" para calificar nuestras propias opciones axiológicas. Por el contrario, nos interesa subrayarle al lector —y más de una vez insistiremos sobre ello— que estas, como cualesquiera otras preferencias políticas, son lo que son: juicios basados en contingentes decisiones valorativas, puntos de partida convencionales para enjuiciar la realidad social, simpatía por ciertos modelos para las relaciones humanas y rechazo frente a otros. Todo esto se aplica a cualquier manera de delimitar lo que se entenderá por "derechos humanos"; por ende, a la nuestra también. A tal delimitación no le asignamos ningún contenido esencialista. Estamos conscientes que ella es de orden *lingüístico convencional*, como lo es toda fijación de los términos básicos que circunscriben el objeto de una investigación científica. El lector queda en libertad, desde luego, de pensar que todos o cada uno de esos derechos tienen, a pesar de todo, una u otra "esencia". Pero nuestra aproximación trata de seguir vías de tipo analítico (*supra*, § 9), los desarrollos que se presentan en este libro no pretenden dilucidar cuestiones extracientíficas. De ahí que, por nuestra parte, dejaremos de lado todo esencialismo. Hemos de orientarnos, antes bien, por los caminos del *nominalismo* metodológico.

—o0o—

*Esencialismo metodológico y nominalismo metodológico*  
(POPPER).—

"De acuerdo con el *esencialismo metodológico*, puede haber tres formas de conocer una cosa: 'lo que quiere decir es que po-

(8) *Vid.* las observaciones de HABA y CARRIÓN que se recogen *infra*, § 102.11. Cf. también RÜTHERS y ROTTLEUTHNER, en los sitios indicados en la n. anterior.

demos conocer su realidad inalterable o esencia, que podemos conocer la definición de la esencia y que podemos conocer su nombre' (PLATÓN). (...)

"En lugar de aspirar al descubrimiento de lo que es realmente una cosa y de definir su verdadera naturaleza, el *nominalismo metodológico* procura describir cómo se comporta un objeto en diversas circunstancias y, especialmente, si se observan ciertas regularidades en su conducta. En otras palabras, el nominalismo metodológico cree ver el objetivo de la ciencia en la descripción de los objetos y sucesos de nuestra experiencia y en la 'explicación' de estos hechos, esto es, su descripción con ayuda de leyes universales. Y ve en nuestro lenguaje, especialmente en aquellas de sus reglas que diferencian las oraciones adecuadamente construidas y las inferencias de un simple cúmulo de palabras, el gran instrumento de la descripción científica; no considera, pues, a las palabras como nombres de las esencias, sino más bien como herramientas subsidiarias para su tarea" (POPPER, *La sociedad...*, cap. 3.VI, p. 61 y 62).

"[N]o es posible dudar que todas estas concepciones esencialistas se hallan en franca oposición con los métodos de la ciencia moderna. (Al decir esto pensamos sobre todo en las ciencias empíricas, pues tal vez sea otro el caso de la matemática.) En primer término, aunque hacemos todo lo posible por hallar la verdad, en la ciencia somos conscientes del hecho de que nunca podemos estar seguros de haberla alcanzado. (...) La ciencia progresa mediante ideas audaces, mediante la exposición de nuevas e insólitas teorías (como la de que la tierra no es plana o de que 'el espacio métrico' no es plano) y el abandono de las viejas. (...)

"En las ciencias empíricas —que son las únicas capaces de suministrarnos información acerca del mundo en que vivimos— no hay pruebas, si por 'prueba' entendemos un razonamiento que establezca de una vez para siempre la verdad de determinada teoría. (Lo que sí hay, sin embargo, son refutaciones de las teorías científicas.) Por otro lado, la matemática pura y la lógica, que admiten la posibilidad de prueba, no nos suministran datos acerca del mundo, sino que elaboran tan sólo medios para describirlo. De este modo, podría decirse (como ya hemos indicado en otra parte) que 'en la medida en que los enunciados científicos se refieren al mundo de la experiencia, deben ser refutables; y en la medida en que sean irrefutables, no se referirán al mundo de la experiencia' " (*ibid.*, cap. 11.II, p. 224-225). En definitiva, lo cierto es "que, existan o no las esencias, la creencia en ellas no

nos ayuda para nada y hasta puede trabarnos; por lo cual no hay razón alguna por la que el científico deba *presuponer* su existencia" (POPPER, *El desarrollo...*, cap. 3.3, p. 125). *Vid.* también las observaciones de OPP sobre distintos tipos de definiciones esencialistas: *Methodologie...*, # 22.

Claro que el Derecho, en sus aspectos de disciplina normativa, se encuentra algo así como a medio camino entre los dos campos indicados: ciencias empíricas/ciencias lógico-matemáticas. De ahí que, en *ciertas* dimensiones del razonamiento jurídico, este deberá emplear unos modelos *proprios*. Pero en cuanto tales modelos se elaboren con vistas a constituir o a formar parte de un discurso científico, también ellos deberían ajustarse a condiciones mínimas de racionalidad intersubjetiva, difícilmente conciliables con las imprecisiones e hipostasiamientos que suelen caracterizar a las categorías presentadas como "esencias". Por todo ello, el nominalismo metodológico constituye la mejor base, asimismo, para aproximaciones *científicas* a la problemática del Derecho. Claro que esto puede hacerse de distintas maneras y desde distintos ángulos: *vid.*, por ejemplo, los análisis de KELSEN, ROSS, KOCH, OPP, SHUE, etc.

### III

A partir del nominalismo metodológico, y teniendo en cuenta especialmente algunas bases de la semántica analítica, es posible dilucidar con mayor realismo el contenido, ante todo, de la noción misma de "derechos humanos". Ya hemos subrayado que esta expresión, como tantas otras, presenta usos muy variados. No tiene algún sentido semántico único, sino que, en todo caso, ella corresponde tal vez a una "familia lingüística" (WITTGENSTEIN) de significados<sup>(9)</sup>. Más aún, los locutores ni siquiera están siem-

---

(9) "No puedo caracterizar mejor estos parecidos que mediante la palabra 'parecidos-de-familia' (*Familienähnlichkeiten*); pues es así como se extienden y entrecruzan las distintas similitudes que hay entre los miembros de una familia: talla, rasgos faciales, color de los ojos, el andar, temperamento, etc., etc. Y diré: los 'juegos' conforman una familia" (WITTGENSTEIN, # 67). "Si miras allí, aunque por cierto no verás algo que le sea común a todos ellos, empero verás similitudes, parentescos, y hasta toda una serie de tales" (*ibid.*, # 66).

pre de acuerdo sobre si tal o cual "candidato" (significado) pertenece o no a dicha "familia". No existe, pues, *una* denotación que corresponda al nombre compuesto "derechos humanos", sino gran variedad de *designata* a quienes ese nombre se le aplica indistintamente en la comunicación lingüística, sin que estos tengan una nítida característica objetiva en común fuera del hecho de compartir dicha *denominación*.

"[L]a relación política persona-Poder es contingente, tributaria de un conjunto de datos que conforman una *situación*. Los derechos humanos, que expresan y concretan la relación política, son el fruto, pues, ante todo de una situación dada, y no de un modelo, de un esquema, o hasta de un ideal común al conjunto de las sociedades políticas y que sería aplicable a todas: ¿qué puede tener en común el derecho a la vida en Irlanda, muy católica y subpoblada, y en la India, donde si el nacimiento va más allá de dos niños se transforma en un castigo para los padres?" (MOURGEON, p. 15).

"Los motivos de reivindicación de los derechos se han hecho progresivamente cada vez más equívocos, hasta netamente opuestos y antinómicos, a medida que las situaciones de los derechos han evolucionado hacia la diversidad que hoy les es propia. La tendencia a la organización de los derechos se ha complicado, también ella, al utilizar modalidades y sistemas heterogéneos, incoherentes, infinitamente graduados en su grado de opresividad, y cuya variedad no es, inclusive ella, sino el reflejo de las situaciones en las cuales se mueven la problemática de los derechos y su política" (*ibid.*, p. 20).

"El plural se impone. Ya no es tiempo de certezas inmovibles, de afirmaciones perentorias, de la quietud intelectual que se podía extraer de la supuesta unicidad de un fundamento de los derechos humanos. Muy por el contrario, el espíritu propone hoy día justificaciones diversas, que las ideologías transportan en la virulencia de su sincretismo" (*ibid.*, p. 55-56).

Puede señalarse que existen, *grosso modo*, los siguientes grandes tipos de reglas de uso para la fórmula "derechos humanos":

- (i) Un criterio *positivista-legalista* (juridicista): para decidir si cierta reivindicación pertenece al campo de los "derechos humanos", se considera que basta con atenerse a la circunstancia de que tal derecho se halle establecido en cierto *documento* (por ejemplo, en los Instrumentos).
- (ii) Criterios *intuitivos casuísticos*: el contenido (que se considera universal y eterno) de *cada uno* de los derechos humanos sería reconocible, en cada caso, por la intuición directa de unos valores, haciendo fe en la opinión de él o los sujetos que los afirman y a quienes esa intuición les parece evidente.
- (iii) Un principio *intuitivo general*, con contenido propio; por ejemplo, la afirmación de una "dignidad" general de la persona humana, de donde el intérprete deduciría tipos de consecuencias, cada uno de los cuales sería un "derecho humano".
- (iv) Un principio general de orden *formal-pragmático* (empírico-descriptivo): por ejemplo, llamar "derechos humanos", en cada lugar y momento, a aquellas aspiraciones que la conciencia de ciertos pueblos (o de ciertos sectores de esos pueblos) considera de valor supremo y realizables por medio del Derecho.

(Estos tipos se entrecruzan con los "niveles" antes señalados: *supra*, § 10.II.)

Por otro lado, está la clasificación de los derechos humanos en distintos grupos o clases (o "generaciones": *supra*, n. 5); a cada una de estas —mejor dicho, para determinar sus "candidatos" (*qué* derechos humanos han de integrarla)— es aplicable cualquiera de los cuatro criterios señalados, o combinaciones de ellos.

"Por ejemplo, a propósito de los modos de realización de los derechos, el conjunto de los textos producidos hasta ahora permite tres tipos de derechos: los derechos-atributos del individuo, que se resumen en la afirmación 'tengo derecho de...' . (...) Bas-

tará pues, para respetarlo, que el Estado lo reconozca y se abstenga de todo acto que pueda limitar su expresión. Así, la libertad individual no tiene otro límite que la libertad del prójimo.

"Al lado de los derechos-atributos, se señala los derechos-créditos, que se definen así: 'tengo derecho a...' (por ejemplo, derecho a la salud, al trabajo, a la educación). Para realizarse, estos derechos exigen la intervención del Estado, quien entonces ya no es más considerado como el enemigo al que le imponen limitaciones, sino como un deudor frente al cual ostento un crédito. Puedo exigir de él que cumpla una obligación a mi respecto. (...)

"La tercera categoría, los derechos de solidaridad, quiere sobrepasar la oposición Estado-individuo. Se refiere al derecho al desarrollo, a la paz, a un entorno ecológicamente sano. Esta noción subraya que para su realización, estos derechos exigen el concurso de todos: individuo, grupo, Estado" (AURENCHÉ *et al.*, p. 61-62).

"La primera distinción se efectúa entre los derechos de ... y los derechos a ... ; entre los derechos de la acción y los derechos a la obtención. Cada una de estas categorías está subdividida entre derechos relativos al cuerpo (derecho de vivir; derecho de circular; derecho a la integridad física), al pensamiento (derecho de expresarse; derecho a la información), y al estatuto cultural, económico y social (derecho de huelga, derecho al empleo, a la instrucción...).

"Relativa no ya a la persona y sus condiciones de existencia, sino al objeto de los derechos, es frecuente una segunda distinción: entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, de otra parte. Esta repartición coincide a menudo con la precedente. Los derechos civiles y políticos son en su mayoría derechos de ..., y a veces solo derechos a ... (derecho a la seguridad individual). Los otros engloban principalmente derechos a obtener, y algunos derechos de acción (derecho de huelga). Además de ser borrosa, la distinción tiene el inconveniente de ser inoperante cuando un derecho carece de objeto preciso, de dominio específico (derechos de asociación, de manifestación...). Pero su debilidad consiste principalmente en que no pone el acento sobre lo que es esencial en los derechos humanos: la relación persona-Poder. (...)

"La distinción principal tiene el beneplácito de los sostenedores del liberalismo, quienes ven en los derechos de ... prerro-

gativas activas de resistencia al Poder —de protección, por tanto— y en los derechos a ... unos derechos de crédito contra el Poder. En síntesis, establecen una distinción neta entre 'derechos-resistencias' y 'derechos-exigencias'. Significa ignorar o querer disimular que los derechos derivan todos, inexorablemente, del Poder. Es ocultar la deseable complementariedad de los derechos, del mismo modo que su difícil compatibilidad" (MOURGEON, p. 9-10).

\* \* \*

Aun dejando de lado las dificultades que presenta cada uno de aquellos cuatro tipos de criterios para identificar derechos humanos, dificultades tanto respecto a su precisión como a sus consecuencias<sup>(10)</sup>, es obvio que ellos no llevan todos a igual resultado. Las normas extraídas varían según los cartabones que se usen para los juegos lingüísticos donde se emplea la expresión "derechos humanos". Qué cosas reciban este título, y cuáles no, depende de las pautas semánticas a que se ajusten quienes emplean esa expresión en un discurso. Pero como respecto a cuáles sean tales reglas no coinciden los usos de distintos grupos de locutores, y hasta sucede que unos mismos locutores no se atienen siempre al mismo tipo de reglas cuando utilizan aquella expresión, esta tiene significados diferentes y hasta opuestos, es inconsistente. En una palabra, hay "derechos humanos" o "derechos humanos"...: ¡los locutores *optan!*

#### IV

Por otro lado, e incluso allí donde reina acuerdo (en un círculo dado de locutores) para reconocerle el carácter de "humanos" a una serie de derechos, eso no significa que todos estos lo sean de la misma manera. Entre ellos existen señaladas diferencias de estatus, tanto respecto al plano de su respectivo alcance semántico-normativo, como

(10) Cf. HABA, *Derechos humanos...*, sec. II, Nos. 1 y 2.

así también desde el punto de vista de su realizabilidad práctica<sup>(11)</sup>. En efecto, importa distinguir:

- entre derechos que se afirman en forma irrestricta (p. ej., el de no ser torturado) y derechos humanos que pueden quedar sujetos a ciertas restricciones (p. ej., el derecho de reunión);
- entre derechos humanos más fundamentales (p. ej., el derecho a la vida) y menos fundamentales (p. ej., el derecho de respuesta);
- entre derechos cuya puesta en efectividad depende de la decisión de cada gobierno (p. ej., libertad de enseñanza) y derechos cuya realización depende de condiciones económico-sociales que un gobierno no puede crear de un día para el otro (p. ej., derecho "a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo", art. 23.4 de la Declaración);
- entre derechos enunciados en fórmulas bastante unívocas (p. ej., el derecho a la integridad física —art. 7 del Pacto—) y los derechos humanos que admiten limitaciones en función de conceptos indeterminados ("orden público", "moral pública", "seguridad nacional", etc.);
- entre derechos reivindicables (p. ej., derecho de huelga, en los países donde no son prohibidas) y derechos programáticos (p. ej., "gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones" —art. 15.1.b del Pacto Ec.—);
- etcétera... ..

En relación con esas diferencias de estatus está también la circunstancia de que, a su vez, cada derecho puede ser

---

(11) Cf. HABA, *Doctrina...*, sec. II (*vid.* su primer apartado). Cf también los pasajes de BOBBIO transcritos *infra*, n. 13 y apartado V.

concebido, él mismo, en forma más amplia o más restringida. Aun entre locutores que están de acuerdo en reconocer como "humano" el derecho *x*, no todos extraen las mismas consecuencias de ese reconocimiento: unos dirán que debe ser aplicado en determinadas condiciones y de cierta manera, otros señalarán condiciones y maneras diferentes (además de, o en lugar de, aquellas primeras). En efecto, hay concepciones más extensivas y concepciones más reductivas respecto a cada derecho humano, según que el disfrute de este se considere legítimo para sectores mayores o menores de individuos, y según que los usuarios estén sujetos a mayores o menores limitaciones al poner en práctica ese derecho.

Se conoce algo así como una versión "maximalista" y una versión "minimalista" de cada derecho, con gradaciones entre ambos extremos, en cuanto a las posibilidades de ejercerlo. Y por debajo inclusive de la posición minimalista, está aún la posibilidad de una prohibición total o casi total de hacerlo efectivo, cuando las limitaciones son tales que llegan a equivaler prácticamente a la supresión del derecho respectivo. Si nos mantenemos dentro del marco de las modalidades *ya* históricamente alcanzadas de ejercer los distintos derechos, o sea, sin tomar en cuenta posibilidades o aspiraciones de promover formas suyas más plenas (maximalistas), respecto a cada uno de ellos tendríamos una escala que va desde su grado de realización efectiva más amplio, menos limitado, a los sucesivos grados de realización menos amplia, más limitada. A aquel grado más completo (o el menos incompleto) lo llamaremos: forma *íntegra* del derecho. A los grados de reconocimiento jurídico menores los llamaremos: formas *recortadas* de admitir ese derecho.

Quiere decir que, para determinar el contenido de cada derecho humano, cabe distinguir cinco niveles de interpretaciones. De mayor a menor en cuanto a la amplitud del reconocimiento (o, lo que es lo mismo, de menor a mayor en cuanto a la amplitud de las restricciones impues-

tas a su ejercicio), la interpretación de un derecho humano puede hacerse de las siguientes maneras:

- *Versión maximalista* : es el grado de tolerancia más extenso, en cuanto al ejercicio de la materia del derecho y también en cuanto a la esfera de sus titulares, que se halle propuesto por teorías políticas en discusión (digamos que están "en discusión" todas aquellas que encuentran sostenedores en cátedras universitarias).
- *Versión íntegra* : es la admisión del ejercicio hasta un punto tal que corresponde al menor grado de restricciones que se conozca como establecidas por un ordenamiento jurídico positivo, de acuerdo con el Derecho vigente en unos u otros países.
- *Versiones recortadas* : derecho sujeto a limitaciones impuestas por ciertos ordenamientos jurídicos (y por otros no), pero que todavía dejan abiertas algunas posibilidades normales de ejercerlo.
- *Versiones minimalistas* : limitaciones jurídicas muy amplias, pero que no impiden del todo que ese derecho llegue ocasionalmente a ejercerse.
- *Negación del derecho* : prohibición expresa de ejercerlo o, si se quiere, un "re-

conocimiento" con limitaciones tales que hacen imposible, o poco menos, ponerlo en práctica.

Por supuesto que el paso de uno a otro nivel es siempre cuestión de grados. Y en el caso de las dos primeras versiones, hasta es posible que ambas lleguen a coincidir entre sí: por ejemplo, en materia de libertad religiosa (completa separación entre Iglesia y Estado, total libertad para practicar y difundir cualquier religión, libertad asimismo de no practicar ninguna religión y de criticar públicamente cualquiera de ellas, etc.), libertad electoral (pluralismo irrestricto: se permite la libre participación de cualquier partido político, incluso los de orientación ideológica menos afín a la dominante en el aparato estatal, como es el caso de la intervención pública de partidos comunistas en democracias capitalistas plenas), etc.

He aquí, como ilustración, algunos ejemplos corrientes para cada una de las categorías indicadas.

- Versiones *maximalistas*: ninguna censura para ningún medio de expresión, tratándose de destinatarios mayores de edad; ninguna diferencia entre nacionales y extranjeros, en materia de derechos humanos (salvo derechos electorales si se trata de transeúntes o residentes con poca antigüedad en el país); etc.
- Versiones *íntegras*: ninguna censura para la expresión escrita, pero posibilidad de alguna censura para otros medios de comunicación (por ejemplo, respecto a espectáculos públicos y aunque sean en local cerrado); pleno pluralismo político, pero posibilidad de sancionar a extranjeros si expresan opiniones al respecto; reconocimiento total del derecho de huelga en el sector privado, pero prohibición de llevarla a cabo en ciertas actividades públicas; etc.
- Versiones *recortadas*: pluralismo político limitado, no alcanza sino a variantes en el interior mismo de la ideología dominante (interdicción de grupos que se manifiesten abiertamente contra ella; por ejemplo, prohibición del partido comunista

en países capitalistas); imposición de manifestaciones religiosas en la actividad de órganos estatales (religión oficial), o prohibiciones de "mezclar" política y religión para particulares (por ejemplo, sacerdotes); colegiatura profesional obligatoria para tener derecho a expresar los pensamientos calificados de "periodísticos", en medios públicos de difusión, y sanciones penales para todos los no periodistas-colegiados que difundan tales cosas (o sea, restricción del derecho pleno a expresarse si no se consigue formar parte de esa élite profesional); prohibición de ejercer el derecho de huelga en cualquier actividad a cargo del Estado; etc.

- Versiones *minimalistas*: prohibición de ejercer el derecho de huelga en cualquier actividad, tanto en el sector público como en el sector privado, si la huelga es declarada "ilegal" (son casos de laboratorio aquellos en que sería declarada "legal"); prohibición de ocupar puestos públicos si no se comparte la ideología oficial; etc.
- *Negación* de derechos: situación general de los derechos políticos y los sindicales bajo regímenes "marxistas-leninistas" o en dictaduras capitalistas.

(*Vid.* también *infra*, § 16.III, la diferencia entre "democracia plena", "cuasi democracia" y "autocracia".)

*Nota.*— También planteamientos como aquellos de GARCIA VILLAS que recogimos al principio (*supra*, § 0), podrían servir como ejemplo de una concepción general maximalista de los derechos humanos.



Los tratadistas del Derecho, la jurisprudencia, etc., raramente suscriben versiones maximalistas que no hayan llegado ya a conformar también unas versiones íntegras del derecho en cuestión. Las tesis maximalistas aparecen más bien en trabajos de autores que se inclinan hacia la Filosofía del Derecho o la Teoría política (cf., por ejemplo, las citas de MOURGEON incluidas a lo largo de esta obra). Son ideas que, si se quiere, están adelantadas con respecto a la época, tienen sabor de "utopía" (*supra*, § 4.III.2). Las exposiciones más generales de los juristas, en cambio, sue-

len no ultrapasar los niveles en que se mueven, de manera general, los usos consagrados al manejar tales o cuales ordenamientos jurídicos positivos. Y aun en los casos donde el jurista (como tal) llega a proponer alguna modificación, difícilmente se tratará de un cambio que ponga en entredicho líneas básicas de las ideas que dominan en ese medio social. En el seno de la doctrina jurídica, y sobre todo si la visión se extiende al Derecho comparado, se podrá encontrar toda la gama que va desde versiones íntegras hasta la justificación de negaciones de distintos derechos humanos, al interpretar el sentido que tiene o debería tener cada uno de estos. Lo común es que los juristas se plieguen, cuando interpretan el alcance de un derecho humano, a lo que dice el Derecho positivo de su propio país, esto es, a maneras de regular ese derecho acordes con la ideología política general allí dominante.

En cuanto a la doctrina del Derecho Internacional, particularmente la que nosotros denominamos dogmática jushumanista, por lo general oscila en puntos intermedios entre la versión íntegra y versiones recortadas de cada derecho humano. Respecto a algunos de ellos llega a estar bastante cerca de la primera, o incluso (aunque esto no es lo más habitual) a adoptarla enteramente. Para otros, tiende a aceptar —si no como ideal, en todo caso como una solución legítima (mínima)— las versiones recortadas más comunes. Pero cabe señalar que en el seno mismo de la dogmática jushumanista pueden darse divergencias interpretativas. En tales casos, acerca de un mismo derecho ella ofrece ciertas interpretaciones orientadas más hacia el polo maximalista y otras que tienden antes bien hacia versiones recortadas. Por nuestra parte, al tomar como punto de referencia la dogmática jushumanista, entendemos hacerlo en el sentido de sus orientaciones tendentes al maximalismo (*infra*, VII).

En síntesis, los grandes tipos de variantes en la interpretación de derechos humanos podrían esquematizarse así:

$$DH = \begin{cases} V_{max.} > V_{int.} > \leftarrow DJ \\ DJ \rightarrow < V_{rec.} < V_{min.} < N_{der.} \end{cases}$$

Cada derecho humano (*DH*) admite una serie de versiones (*V*), que van de mayor a menor en cuanto a la amplitud con que se admite el ejercicio del derecho en cuestión, desde la maximalista (*max.*) hasta la negación misma del derecho ( $N_{der.}$ ); escala dentro de la cual la dogmática jushumanista (*DJ*) suele ubicarse entre el reconocimiento integral (*int.*) y reconocimientos recortados (*rec.*), en versiones que pueden estar más cerca de aquel o más cerca de estos.

Por todo ello, sucede que la "universalidad" de los derechos humanos, que propiamente corresponde a su versión maximalista —o en todo caso al reconocimiento de los derechos en sus formas íntegras, aproximadamente—, es desmentida no solo en los hechos, sino también por gran parte de la doctrina jurídica. Esta, incluso la de países democráticos, suele avalar que el poder estatal establezca versiones más o menos recortadas de los derechos humanos. Es usual ver que el Derecho positivo hace objeto de "división por categorías" a las personas, de modo tal que adjudica a unas lo que a otras les niega, renglones enteros de derechos<sup>(12)</sup>. Amplios sectores de individuos quedan privados, total o parcialmente, del disfrute de buena parte de los derechos humanos: funcionarios públicos, extranjeros, etc.

—————o0o—————

(12) Nos estamos aquí refiriendo al Derecho interno. En cuanto a la "universalidad" del Derecho Internacional, cf. *infra*, §§ 28.II y 30.

*Encogimientos "tribalistas", y en general "divisiones categoriales", contra la "universalidad" de derechos humanos.—*

La idea de una "universalidad" que debe serle reconocida a *todo* ser humano se halla inmejorablemente definida —con precisiones que no contienen, por cierto, las invocaciones corrientes a una tan vaga como "eminente dignidad de la persona humana", etc.— en esta formulación de HEGEL:

"Pertenece a la cultura, al *pensar* como conciencia del individuo en la forma de la universalidad, que yo sea aprehendido como persona *universal*, en lo cual *todos* son idénticos. El *hombre vale así, porque es hombre*; no porque sea judío, católico, protestante, alemán, italiano, etc." (# 209, Observación).

Tal idea, dándole en forma expresa el nombre de "derechos humanos", es precisamente la que recoge (y amplía) la Declaración de 1948 —por eso mismo, ella se proclama "Universal"—:

"*Toda* persona tiene *todos* los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, *sin distinción alguna* de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (art. 2.1).

Puede decirse, pues, que

"... nos da la imagen de un hombre liberado más allá de los Estados y las Naciones, más allá de los pueblos y las patrias, la de un hombre que por fin puede hallar la libertad. (...) La aspiración a lo universal anima igualmente a esta definición, por el rechazo de la discriminación. De hecho, la idea de los derechos humanos está fundada sobre lo que fue el elemento más noble del liberalismo: la aceptación del otro. Era el desafío de esta protesta cívica para sustituir el acogimiento a la exclusión, el diálogo al insulto" (René-Jean DUPUY, en INSTITUT..., p. 392).

Pero dicha universalidad, tan anhelada (¿realmente?), encuentra un obstáculo insalvable, sin ir más lejos, en el *tribalismo* nacionalista:

“La mayoría de los credos se basan en valores universalistas para legitimar organizaciones políticas y sociedades particularistas; p. ej., su comunidad es la escogida por un Dios universal; su organización política es más democrática que otras. (...) La tensión se da entre las concepciones absolutistas de la autonomía nacional, condensadas a menudo en un concepto rígido de soberanía, y las concepciones que reconocen que los valores nacionales pueden ser promovidos por instituciones supranacionales. Esta es la diferencia principal entre el nacionalismo ‘cerrado’ y el ‘abierto’. (...) Los presentes compromisos con el universalismo son secundarios; la mayoría de los seguidores los mantienen en la típica forma tribalista ‘abierta’: es decir, que están dispuestos a adherirse a la comunidad global en tanto ello no choque con sus compromisos tribales primarios. Incluso en las naciones en que los sentimientos globalistas son regularmente fuertes, parece bastante fácil para las elites nacionales movilizar una primacía tribalista. En este sentido, la mayoría, si no todos los países, están todavía en el estadio de 1914. (...)”

“Credos universalistas en su nacimiento, tienden a ‘tribalizarse’ a medida que ganan seguidores, porque se extienden desigualmente y son utilizados para legitimar el particularismo de las tribus que los adoptan primero, contra aquellas en las que todavía no son predominantes, impidiendo a menudo con ello que continúe su expansión. Así, el cristianismo era vigorosamente universalista en sus primeros tiempos, como credo de una minoría de la antigua Judea y de los esclavos de Roma, pero, una vez que el Emperador lo abrazó, se convirtió en credo del Imperio, que rotuló las demás sociedades como paganas. De modo semejante, el comunismo había de unir a los obreros de todos los países; y todos los hombres, excepto unos pocos, habían de convertirse en trabajadores. Pero, una vez que la revolución se estableció en unos cuantos países y su exportación o expansión nativa en otras sociedades se retardó, acabó por tribalizarse, por ser el credo de un conjunto de sociedades contra otras. En ambos credos, ha persistido un elemento de universalismo, como lo indica la creencia de que los miembros de otras sociedades pueden salvarse; pero el tribalismo se ve incluso aquí, en la creencia de que, aunque los que han visto primero la luz deben ayudar a quienes todavía

están en la oscuridad, no deben arriesgar su tribu. Por el contrario, los paganos deben romper sus propios dioses falsos y unirse a los que se han salvado" (ETZIONI, p. 686-688).

Directamente vinculada a ese tribalismo está la situación de minusvalía en que respecto a buena parte de los derechos fundamentales se hallan, en todos los países (pero no tan agudamente en unos como en otros), aquellos sectores de la población que carecen del estatus de nacionales. Así, suele darse esta "división" por categorías":

- *Patricios* (nacionales "puros"): el Derecho positivo del Estado de ellos no presenta discriminaciones jurídicas de principio contra estas personas.
- *Plebeyos* (extranjeros nacionalizados): son ciudadanos de segunda categoría; tienen impedimento legal de acceder a ciertos puestos que, por su elevado rango, están reservados a patricios; además, si no mantienen "buena conducta" (a juicio de las autoridades), se puede llegar a retirarles la ciudadanía otorgada y expulsarlos del país.
- *Metecos* (extranjeros no nacionalizados, pero con derecho temporario de desempeñar ciertas labores en el país): carecen de derechos políticos, incluso el de expresarse libremente; mediante una simple decisión administrativa puede eliminarse su derecho de residencia, en cuanto ciertas autoridades lo juzguen oportuno.
- *Bárbaros* (extranjeros, por lo general de condición muy humilde, que residen ilegalmente en el país): están desprovistos de buena parte de los derechos humanos, empezando por uno tan básico como el de la residencia; suelen tener que resignarse, ante la amenaza de que se denuncie su situación ilegal y sean echados del país, a desempeñar ciertos "trabajos sucios" (y mal remunerados) en la colectividad respectiva.

La *manera* como cada uno entiende qué cosa significa la "universalidad" de los derechos humanos se pone de manifiesto, entre otras cosas, por la posición que él toma ante divisiones como las señaladas respecto al goce de esos derechos:

"Todo valor con el que un actor esté comprometido puede caracterizarse según tres aspectos importantes: su

sustancia, la intensidad del compromiso y —dimensión olvidada habitualmente— la extensión de la comunidad a la que el actor aplica el valor" (ETZIONI, p. 689).

Mientras que las interpretaciones maximalistas de los derechos humanos significan otorgarle a estos la mayor *extensión* posible, las interpretaciones tribalistas recortan esa extensión, de una u otra manera, en favor de reconocimientos solo categoriales. Esa mayor o menor amplitud del universalismo proclamado por quienes hablan de derechos humanos depende, pues, de la medida en que cada locutor acepta (o no) los prejuicios nacionalistas:

"Así, p. ej., los límites de la comunidad moral parecen ser más amplios para las personas educadas que para las ineducadas. (Parecen estar asociados al grado de conciencia...) Un modo corriente de limitar las comunidades morales es calificar a los excluidos de no humanos o menos humanos<sup>54</sup>. (54. Los antiguos griegos y los blancos del Sur han empleado los mismos mecanismos: unos y otros limitaban la comunidad moral de quienes merecen ser tratados como hombres libres, excluyendo a los 'bárbaros' y a los 'niggers' como subhumanos. Los nazis han utilizado el mismo mecanismo para los judíos, los gitanos y otros grupos 'no arios'.)" (*ibid.*).

Las minusvalías en derechos recaen siempre en unos sectores de la población que, aunque puedan ser de integración numerosa, tienen escaso "peso" para ejercer presiones dentro de la dinámica social (tribalista) del país en que esas personas viven:

"Como en el caso de los autóctonos sometidos en las primeras formaciones estatales, de los indígenas de las colonias, inferiores a los conquistadores en organización y armamento, de los judíos entre los arios, su incapacidad para defenderse constituye el título jurídico para su opresión" (HORKHEIMER/ADORNO, p. 135).

En efecto:

"Hay una serie de grupos, determinados por el respectivo estatus y funciones de quienes los constituyen, que si bien pueden ser capaces de organizarse, empero no tienen poder de conflictividad (en todo caso, no lo tienen dentro de los límites de la conducta conflictiva institucionalmente prevista). Ejemplos de ello son grupos como el

de las amas de casas, los escolares y los estudiantes, la gente sin trabajo, los pensionistas, los delincuentes y los enfermos mentales, y las minorías étnicas. Las necesidades de estos grupos están provistas de menguada fuerza de imposición, porque se encuentran ubicadas en el margen o fuera del proceso de aprovechamiento [reconocido] de prestaciones de servicios y, por eso, ellas no tienen a su disposición el medio sancionatorio de hacer valer una negación de servicios que resulte de peso" (Claus OFFE, en KRESS/SENGHAAS, p. 146-147).

Grupos como el de los extranjeros, por ejemplo, se encuentran precisamente en tal situación, lo cual permite que la "universalidad" de ciertos derechos humanos sea negada o restringida en su aplicación a aquellos, fundándose en razones "categoriales".

Por otro lado, y en formas que pueden llegar a ser todavía mucho más graves, la "universalidad" de los derechos humanos es atacada siempre que en un país se atiza públicamente el odio contra determinados grupos de personas —sea por su identificación política, racial o de otra naturaleza— señalándolos mediante un lenguaje que los despoja de su "humanidad", con el propósito de dirigir contra aquellos los más irracionales impulsos agresivos del auditorio. Esa es, desde luego, una de las técnicas de que los beneficiarios del Poder se valen en regímenes como los de la Doctrina de la Seguridad Nacional, los de tipo stalinista, etc. Pero también consigue hacerse presente en regímenes democráticos, sobre todo en los sectores de mentalidad más derechista; por ejemplo, obsérvese este anuncio de la Cámara Nacional de Radiodifusión (CANARA) de Costa Rica, ampliamente difundido en las emisoras privadas de ese país:

"Un narcotraficante es una *basura* humana, que hay que *eliminar* para que no contamine a nuestra juventud" (cursiva nuestra).

Un lenguaje de este tipo no es de simple carácter metafórico, máxime si se tiene en cuenta el *tono* con que el locutor lo dice. Y de ahí a emplearlo también, llegado el caso, en la arena política, tal vez la distancia no sea infranqueable. [Aunque para el lector la aclaración sea obvia, subrayemos que nuestra observación no va, desde luego, en el sentido de impugnar que se adopten medidas, e incluso muy enérgicas, contra el narcotráfico. Pero al adoptarlas no debería olvidarse, por cierto: a) que también las actuaciones y las penas contra estos delincuentes, como contra

cualesquiera otros, deben estar sometidas a criterios que partan de la exigencia de no violar su "dignidad humana"; b) y que en la base de esos delitos suelen estar unas circunstancias sociales, o hasta macrosociales, de las que recomendaciones como la CANARA no hablan.]

*Nota.*— Sobre la "naturaleza de la universalidad", cf. también las observaciones de FREUND: *supra*, I *in limine*. Y en cuanto al nacionalismo, *vid* además *infra*, § 64.III.

\* \* \*

He aquí, como ilustración, dos maneras de concebir la "universalidad" de los derechos humanos. La primera de ellas pone el acento en criticar la manera no-universal, "categorial", que el Derecho positivo utiliza para conceder los derechos. La segunda, en cambio, justifica precisamente algunas de esas categorizaciones, se fundamenta en razones de cuño "tribalista".

1. "Afirmar los derechos humanos debería significar conferirles la misma efectividad para todos los hombres. Muy lejos estamos de ello. Categorías enteras son sustraída por el Poder a la totalidad o a parte del beneficio de los derechos. Para llegar a ello, se invocan los motivos más diversos: la ineptitud para los derechos, el extranjerismo o el marginalismo de la persona, la sumisión a las instituciones, la defensa de la sociedad. Aquí, excluyen la mujer; allá, al que es de otra religión, de otra raza, de otra nacionalidad; y un poco por doquier, a quien esté ubicado—cercana o distantemente— al servicio del Poder. La reglamentación de los derechos se hace categorial, porque su vigilancia llama a dividirlos.

"El ejemplo proporcionado por la privación total o parcial de la libertad de expresión contra el funcionario público se conoce demasiado, por lo particularmente significativo, como para insistir en ello, salvo para subrayar la habilidad con la cual el Poder procede a fin de retirar lo que el reconocimiento de los derechos parecía acordar. (...) Sea que se invoque, a guisa de justificación, la sumisión al gobierno o, más maliciosamente, las exigencias del servicio público, lo cierto es que centenas de miles de individuos no son unos 'hombres' en el sentido del Preámbulo de la Constitución (francesa), porque su libertad de expresión nunca es más que lo que un juez acepte que ella sea.

"Pero todavía más atrae las sospechas el extranjero. Ningún Estado le confiere, en cuanto a sus derechos, el mismo estatuto que al nacional. La privación de derechos políticos es de regla, el ejercicio de los derechos del pensamiento es más restringido que el autorizado a los nacionales; el beneficio de los derechos económicos o sociales, lo mismo, aunque generalmente esto en forma menos acentuada. (...) El extranjero queda disminuido cuando se trata de ejercer la libertad de asociación, la de prensa; o la de trabajo, porque los empleos públicos le están en principio vedados.

"Sobre todo, permanece bajo sospecha. La entrada a un territorio extranjero le está prohibida, salvo autorización, o una convención internacional en la que pueda basarse. Y el favor hecho por ciertas Constituciones que acuerdan el derecho de entrada a las personas que invocan el asilo político puede hacerse ilusorio, si el Poder permanece como dueño para apreciar el carácter político de la actividad del peticionante y ver hasta qué punto ha sido efectivamente 'perseguido en razón de su acción en favor de la libertad', como lo exige el Preámbulo de la Constitución francesa. Y sospechoso siempre queda, justificando en todo momento una decisión administrativa de expulsión en cuanto se constituya en 'una amenaza para el orden o el crédito público' (ordenanza de 1945)" (MOURGEON, p. 102-104).

2. No podría decirse que tales restricciones las apoyan solo quienes defienden la organización jurídica de Estados que incurren en las violaciones más gruesas de derechos humanos, o en general los partidarios de regímenes antidemocráticos. He aquí, por ejemplo, argumentos ofrecidos en favor de prohibiciones que, en el marco de una Constitución pluralista, sirven para recortarle la libertad de expresión a los extranjeros y hasta para restringirla en general (también para nacionales) cuando se tocan temas religiosos:

"La crítica consiste en decir que resulta infundada y, por ahí, injusta limitación a la libertad de expresión del pensamiento, el que se prohíba la propaganda política 'invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas' (Const. Costa Rica, art. 28). La prohibición viene de la Constitución de 1871 y tiende a evitar que se escoja candidato o partido por motivos religiosos. Y ello porque nuestro Estado es laico, con plena libertad de cultos para todo el mundo. Mezclar política y religión es contribuir al ascenso de candidatos o partidos contrarios a tal postulado básico de nuestro sistema. Esta prohibición parte del supuesto de que el régimen democrático es una ideología

del poder, excluyente de las opuestas" (ORTIZ, *Glosa...*, p. 28; *vid.* la continuación de esta cita *infra*, § 75.III).

"Se critica (*infra*, § 80.I *in fine*, a la altura de n. 37) que no se dé intervención política a los extranjeros. Es más grave que no puedan votar ni ser electos, y el Informe no lo critica. ¿Por qué? La razón es muy sencilla: es fundada y legítima la exclusión del extranjero de aquello que atañe a la configuración de la sociedad y del gobierno nacionales, en cuanto el extranjero es quien no ha querido o no ha podido incorporarse a ese sistema como una parte igual del mismo. El extranjero es, desde el punto de vista político, el extraño. ¿Por qué permitir que un extraño configure lo que es propio y hasta inherente? Esto sea dicho con todo respeto para el que lo es. Y así es en toda América Latina; o más bien, ¿dónde no es así?" (*ibid.*, p. 29; cf. *infra*, en el lugar indicado, la posición —"maximalista"— a que se refiere este comentario).

—————o0o—————

Por nuestra parte, siempre que un derecho humano sea entendido de distintas maneras, por distintos grupos de locutores, optaremos por su versión *maximalista*, o en todo caso por su forma *íntegra*. Si bien no dejaremos de señalar que, tanto en el plano del Derecho positivo como de la doctrina, hay otras formas posibles (más o menos recortadas) de establecerlo, nosotros tomaremos como *tertium comparationis*, como pauta de valoración y de aspiración, no las concepciones que encogen derechos humanos, sino aquellas que pugnan por acercarse cada vez más a lograr la mayor "universalidad" *real* para cada uno de esos derechos.

## V

Sin embargo, la realización de derechos humanos encuentra trabas no solo en la presencia de *ideales* políticos recortantes y el poderío de aquellos sectores que tienen la fuerza social como para imponer dichas limitaciones, sino también en circunstancias *fácticas* que no dependen solo de la aceptación de unas ideologías. No siempre se debe a

la "voluntad" del Ordenamiento jurídico que ciertos derechos le sean negados o restringidos a sectores de individuos<sup>(13)</sup>. No todos los casos de restricciones son del tipo de aquellos donde el Estado *podría*, si quisiera, no establecerlas. Abundan también circunstancias para las cuales resulta materialmente imposible satisfacer dos derechos a la vez u otorgar un mismo derecho a todas las personas. Es el problema de las *antinomias* entre derechos.

Aunque la doctrina de los derechos humanos parecería a veces presuponer la ingenua concepción de que sería posible satisfacerlos todos a la vez, y todos para todas las personas, semejante posibilidad no es concebible ni siquiera desde el punto de vista lógico, y menos que menos resulta viable en la práctica. Los derechos, del mismo modo que las libertades<sup>(14)</sup>, constituyen un conjunto pleno de contradicciones internas, como toda conformación de la vida en colectividad. No siempre, pero sí muy a menudo, es imposi-

---

(13) "Para la realización de los derechos del hombre, a menudo son precisas condiciones objetivas que no dependen de la buena voluntad de quienes los proclaman ni de la buena disposición de quienes presiden los medios para protegerlos. Incluso el más liberal de los Estados se encuentra en la necesidad de suspender derechos de libertad en tiempo de guerra; así como el más socialista de los Estados no estará en condiciones de garantizar el derecho a una retribución equitativa en tiempo de carestía. Es sabido que el tremendo problema que enfrentan hoy los países en vías de desarrollo es el de encontrarse en condiciones económicas tales que, a pesar de los programas ideales, no permiten desarrollar la protección de la mayor parte de los derechos sociales. El derecho al trabajo nació con la revolución industrial y está estrechamente ligado a la verificación de esta. No basta fundar ni proclamar tal derecho. Pero tampoco basta protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema jurídico. Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la Constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica" (BOBBIO, *Presente...*, p. 27).

(14) Cf. HABA, *La idea...*, cap. II.B; lo que ahí se dice sobre el carácter multifacético y contradictorio de las libertades es aplicable también, *mutatis mutandis*, al panorama de los derechos humanos en cualquier país. Sin embargo, ello tampoco debe llevar a desconocer la diferencia de planos entre estos y aquellas: cf. HABA, *Derechos humanos...*, sec. I.

ble concederle de manera efectiva el derecho ( $x$ ) a A, sin negarle ese mismo derecho ( $x$ ), o algún otro derecho ( $y$ ), a B. Los derechos humanos son una *categoría heterogénea*, un complejo cuadro de ideales que es imposible satisfacer todos a la vez y en el mismo grado.

"Hay que partir de la obvia afirmación de que no se puede instituir un derecho a favor de una categoría de personas, sin suprimir un derecho de otras categorías de personas. (...) En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho humano ocurre que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan y no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante el otro" (BOBBIO, *Presente...*, p. 25).

"No se trata solamente de oposiciones ocasionales y circunscritas (por ejemplo, la libertad de manifestación de unos que perjudica la libertad de circulación de otros), sino de incompatibilidades profundas y durables: los derechos de un grupo que restringen los de sus miembros; las reivindicaciones de unos que niegan los derechos de otros; la necesidad de igualdad que amenaza los placeres de la libertad; y, por encima de todo, la voluntad de libertad que se enfrenta al derecho a la seguridad; son, todos ellos, conflictos abiertos o latentes..." (MOURGEON, p. 10).

"Y puesto que es difícil de establecer y siempre es materia opinable cuál es el punto en que uno termina y comienza el otro, la delimitación del ámbito de un derecho fundamental del hombre es extremadamente variable y no puede ser establecida de una vez para siempre. (...) Además hay situaciones en las que incluso un derecho que algunos grupos consideran fundamental no consigue hacerse reconocer, porque continúa prevaleciendo el derecho fundamental que se le contrapone, como ocurre con la objeción de conciencia. ¿Qué es más fundamental, el derecho de no matar [y el de no ser matado] o el derecho de la colectividad en su conjunto [mejor dicho, el de ciertas mayorías] a ser defendida de una agresión exterior? ¿En base a qué criterio valorativo puede resolverse una cuestión como esa? ¿Mi conciencia? ¿El sistema de valores del grupo al que pertenezco [mejor dicho, el de la mayoría de sus miembros]? ¿La conciencia moral de la humanidad [suponiendo que tal cosa exista y que se pueda determinar] en un momento histórico dado? ¿Y quién no se da cuenta de que cada uno de estos criterios es extremadamente vago, demasiado vago, para la realización de aquel principio de certeza del que parece tener necesidad un sistema jurídico para dar y negar imparcialmente la razón? (...)

"A través de la proclamación de los derechos del hombre hemos hecho emerger los valores fundamentales de la civilización humana hasta el momento presente. Ya, pero los valores últimos son antinómicos: este es el problema" (BOBBIO, *ibid.*, p. 25-26 y 27; cf. también ROSS, p. 287 y 311).

Quiere decir que aplicar los derechos humanos consiste, por lo general, en efectuar opciones *entre* derechos humanos; o por lo menos, en proceder de modo tal que unos de estos se hagan efectivos en *menor* medida, para que se realicen otros. El punto tiene que ver, a su vez, con la cuestión general de los *límites* a que, según se dice, debe quedar sometido cada derecho. La doctrina jurídica sostiene, en forma prácticamente unánime, que ningún derecho es ilimitado; afirma que todos ellos tienen ciertas fronteras para su ejercicio, las cuales no pueden ultrapasar legítimamente los titulares de la facultad respectiva al ponerla en práctica. Al Derecho como orden normativo, y al aparato del Estado como instancia material, les corresponde asegurar que esos límites sean respetados.

Ahora bien, todo el problema está en determinar *cuáles* han de ser dichos límites —partiendo del supuesto de que no será una decisión arbitraria, remitida al libre gusto de las autoridades—. Enfrentada a esta pregunta, la dogmática jurídica suele responder que debe tratarse de unos límites "racionales", "justos", "proporcionados", que respeten la "esencia" o la "naturaleza" de los respectivos derechos, etc. Y se menciona, como límites de tal índole, las "necesidades" que para la vida organizada de la comunidad corresponden a exigencias de "orden público", "moralidad", "seguridad", "libertad" de los demás, deberes hacia la comunidad, etc. (p. ej., cf. COHN, # II). Pero todos esos son conceptos indeterminados, vale decir, que de hecho reciben muy variadas interpretaciones (cf. esp. *infra*, cap. III). En la práctica, por eso, resulta que la determinación de cuáles serán los límites a los derechos depende, en cada país, de las tendencias ideológicas más fuertes en los sectores socialmente dominantes. Es en esas tendencias donde se inspiran,

por lo general, las autoridades estatales encargadas de proporcionarle una dirección efectiva a dichos conceptos.

De ahí que los límites jurídicos de cada derecho puedan ser unos u otros, más estrechos o más holgados. En cada país, el Poder establece o mantiene esos límites, que para las autoridades —como también para los juristas que comparten la ideología de estas— son los “razonables”, etc. (mientras que partidarios de ideologías distintas entenderán, desde luego, que los límites “verdaderamente” racionales serían otros). Cada derecho humano puede quedar consagrado de una manera más íntegra o más recortada, según que el Poder le imponga límites menos reductores o más estrechantes a su puesta en práctica.

Por la vía que le abre la disponibilidad de esos conceptos restrictivos indeterminados, el Poder está en condiciones de decidir en qué *medida* y para *quiénes* permitirá el ejercicio *real* de cada derecho humano. Ya en la respectiva fórmula jurídica mediante la que cada uno de ellos logra su enunciación constitucional llevan el contrapeso de unos conceptos indeterminados restrictivos, de modo que siempre se podrán interpretar y reglamentar en forma tal que, en definitiva, es el Poder quien resuelve al respecto. Esa ambivalencia de las libertades en la manera como son reconocidas por el Poder —con una mano las ofrece, con la otra se reserva la facultad de hacer de ellas lo que él quiera— resultó manifiesta desde las primeras Constituciones:

“... la libertad personal, de prensa, de palabra, de asociación, de reunión, de enseñanza, de culto, etc., recibieron un uniforme constitucional, que hacía a estas invulnerables. En efecto, cada una de estas libertades es proclamada como el derecho *absoluto* del ciudadano francés, pero con un comentario adicional de que estas libertades son absolutas en tanto en cuanto no son limitadas por los '*derechos iguales* de otros y por la seguridad *pública*', o bien por '*leyes*' llamadas a armonizar estas libertades individuales entre sí y con la se-

guridad pública. Así, por ejemplo: 'Los ciudadanos tienen derecho a asociarse, a reunirse pacíficamente y sin armas, a formular peticiones y a expresar sus opiniones por medio de la prensa o de otro modo. *El disfrute de estos derechos no tiene más límite que los derechos iguales de otros y la seguridad pública*' (cap. II de la Constitución francesa, art. 8). 'La enseñanza es libre. La libertad de enseñanza *se ejercerá* según las condiciones que determina la ley y bajo el control supremo del Estado' (lugar cit., art. 9). 'El domicilio de todo ciudadano es inviolable, *salvo* en las condiciones previstas por la ley' (cap. II, art. 3). Etc., etc. Por tanto, la Constitución se remite constantemente a futuras leyes *orgánicas*, que han de precisar y poner en práctica aquellas reservas y regular el disfrute de estas libertades ilimitadas, de modo que no choquen entre sí, ni con la seguridad pública. (...) Allí donde veda completamente a los otros' estas libertades, o consiente su disfrute bajo condiciones que son otras tantas celadas policíacas, lo hace siempre, pura y exclusivamente, en interés de la '*seguridad pública*', es decir, de la seguridad de la burguesía [o bien, en su caso, en interés de la seguridad de la Nomenklatura, si se trata de los regímenes "socialistas", en la actualidad], tal y como lo ordena la Constitución. (...) Por tanto, mientras se respetase *el nombre* de la libertad y solo se impidiese su aplicación real y efectiva —por la vía legal, se entiende—, la existencia constitucional de la libertad permanecía íntegra, intacta, por mucho que se asesinase su existencia *común y corriente*" (MARX, p. 235).

Un siglo después, esta ecuación jurídica de dar-no-dar no se ha visto afectada por innovaciones sustanciales, si no es en cuanto a que, en los regímenes de inspiración leninista-stalinista, dichas "celadas policíacas" han prolongado sus tentáculos a amplitudes que MARX no hubiera podido soñar; consiguieron allí ser montadas mediante un tipo de maquinaria estatal que les permite reprimir máximos radios de la conducta ciudadana, y lograrlo con singular eficacia. En fin, todas aquellas posibilidades limitativas se mantienen en las Constituciones actuales, incluso en las más li-

berales. Y el individuo corriente está, si se quiere, todavía más inerme que antes frente al aparato del Estado. Como cada uno necesita que lo defiendan, pues sus derechos pueden ser atacados por otros individuos, por grupos, por organizaciones, etc., el Poder es llamado a intervenir, lo hace más y más a medida que la sociedad se torna más compleja. Las formulaciones jurídicas indeterminadas le proporcionan, por si falta hiciere, todas las bases constitucionales que necesite para ello. Vale decir, que será *él mismo* quien decida —bajo presiones sociales, naturalmente— hasta *dónde* lo hará: con *qué* consecuencias limitantes sobre el ejercicio de *qué* derechos humanos.

\* \* \*

En síntesis, esa ambivalencia de las disposiciones jurídicas donde se formulan derechos humanos permite siempre hallar, *con base en ellas mismas*, una justificación legal de las restricciones que el Poder quiera imponerle a la puesta en práctica de esos derechos. (No sería la letra de tales disposiciones lo incompatible con dichos recortes, sino, en todo caso, la existencia de unas presiones sociales lo suficientemente fuertes como para frenar esa orientación de las autoridades... ;si es que las presiones más poderosas no abran antes bien en favor de aquellas medidas restrictivas!)  
En efecto:

*"Algunos artículos de la Convención europea de los derechos del hombre [igual que en los Instrumentos y en las Constituciones], como es sabido, se dividen en dos epígrafes, de los que el primero enuncia el derecho y el segundo enumera las a veces numerosas restricciones"* (BOBBIO, Presente..., p. 25).

*"Si la carencia del Poder destruye el reconocimiento de los derechos, su intervención los desvía. Basta con que las reglas complementaria jueguen con las condiciones, excepciones y otras restricciones; o que las acciones materiales estén razonablemente dosificadas. Los ejemplos son innumerables"* (MOURGEON, p. 87).

Por todo ello, la realización de los derechos humanos continúa siendo, en gran medida, una cuestión relativa a los frenos (*reales*) que tenga el Poder. El reconocimiento jurídico de esos derechos en su forma íntegra es la modalidad que constriñe al Estado a *prohibir menos* del ejercicio de ellos, fundamentalmente para los de tipo político y cultural. Ahora bien, los partidarios de la versión íntegra de cada derecho, y hasta los de versiones maximalistas, no desconocen que la existencia de sociedades como las contemporáneas es materialmente imposible sin la existencia de un Poder en cada una de ellas. Tampoco ignoran que las antinomias entre derechos humanos hacen que el Estado, al intervenir para regularlas de alguna manera, tenga indefectiblemente que perjudicar unos derechos humanos para defender otros. Pero propiciar las formas integrales, a diferencia de otras concepciones, significa pronunciarse en cada caso por que la restricción al derecho sea la *mínima*; siempre condicionándola, además, a que esta se dé única y exclusivamente porque ello es *indispensable* para salvar algún derecho humano más fundamental, o por lo menos un derecho tan fundamental como el restringido.

## VI

La observación que acabamos de formular pone de manifiesto otro ángulo de la problemática relativa a la heterogeneidad de los derechos humanos y a las contradicciones entre estos. Se entiende que unos son más "fundamentales" que otros, que no todos tienen idéntica importancia, que cabe reconocer *jerarquías* entre ellos. Por eso se acepta que unos, no tan "fundamentales", puedan ser legítimamente pospuestos en beneficio de otros, más "fundamentales", suponiendo que para salvar los segundos sea inevitable reducir o hasta descartar la realización de los primeros. En todo ordenamiento jurídico se sacrifican, llegado el caso, ciertos derechos humanos por otros, y derechos de unos individuos a derechos de otros. Aunque en la doctrina no faltan desa-

cuerdos sobre cuáles son en rigor los "fundamentales" y en qué condiciones deban ante ellos ceder otros derechos humanos, parece indiscutible que, en la práctica, no hay más remedio que establecer prioridades, sean unas u otras.

Para orientarnos al respecto, vamos a partir de la división, propuesta por SHUE, en dos grandes categorías: entre derechos "básicos" (*basic rights*) —seguridad física, subsistencia (alimento, vestido, vivienda, atención médica, etc.: un mínimo en cada uno de estos renglones), ciertas libertades políticas y de movimientos— y otros derechos. Cada uno de aquellos derechos es "básico" —también podemos llamarlos *fundamentales*— en el sentido de que, más allá de su respectivo valor o deseabilidad intrínsecos, disponer de él es *conditio sine qua non* para que al alcance de su titular esté la posibilidad de disfrutar de cualquier derecho como tal, vale decir, tanto para disfrutar de los demás derechos básicos como de los no básicos. Es esa, no otra, la razón por la cual, si la efectividad de un derecho básico resultase impedida por la de otros eventuales derechos, estos deben ceder ante aquel, serán restringidos en todo aquello que sea indispensable para asegurar la realización del primero.

"Los derechos básicos, pues, son las exigencias mínimas razonables de cada uno frente al reto de la humanidad. Constituyen la base racional para demandas justificadas, cuya denegación no puede razonablemente esperarse que sea aceptada por ninguna persona que se respete a sí misma. ¿Por qué ... ha de haber algo que sea tan importante? La razón es que los derechos son básicos, en el sentido aquí usado, solo si el disfrute de ellos es fundamental (*essential*) para el disfrute de todos los otros derechos. Es eso lo distintivo de un derecho básico. Cuando un derecho es genuinamente básico, toda tentativa de gozar de cualquier otro derecho mediante el sacrificio del derecho básico sería, en todo el sentido de la palabra, autodestructivo (*self-defeating*), cortándole a ese otro derecho desde abajo su base misma. Por eso, si un derecho es básico, otros derechos, no básicos, deben ser sacrificados, si es necesario, para garantizar el derecho básico. Pero la protección de un derecho básico no debe ser sacrificada para asegurar el disfrute de un derecho no básico. No debe ser sacrificada, porque no puede

ser sacrificada con éxito. Si el derecho sacrificado es indiscutiblemente básico, entonces ningún derecho por el cual se le sacrificara puede realmente ser disfrutado si falta ese derecho básico. (...) Lo que no se quiere significar, al decir que un derecho es básico, es que ese derecho sea más valioso o su disfrute intrínsecamente más satisfactorio que otros derechos. (...) Que un derecho sea básico es independiente de si su disfrute resulta también valioso en sí mismo. Los derechos intrínsecamente valiosos pueden o no ser también derechos básicos, pero aquellos solo pueden ser disfrutados si también se goza de estos" (SHUE, p. 19-20).

"La estructura del argumento de que un específico derecho es básico puede esquematizarse así, a condición de que seamos cuidadosos respecto a lo que se quiere decir con 'necesario':

1. Todos tienen derecho a algo.
2. Algunas otras cosas son necesarias para disfrutar la primera cosa como un derecho, sea esta lo que fuere.
3. Por tanto, todos tienen también derechos a las otras cosas que sean necesarias para disfrutar de la primera como derecho.

(...) Las 'otras cosas' incluyen no todo lo que fuere conveniente o útil, sino únicamente lo que sea indispensable para que cualquier otra cosa sea disfrutada como un derecho. Nada resultará indispensable, en este sentido, para el disfrute de cualquier derecho, salvo si es necesario para el disfrute de todo derecho y, precisamente por esta razón, es calificado de materia (*substance*) de un derecho básico" (*ibid.*, p. 31).

A pesar de reconocerle plena justificación al planteamiento de SHUE, no lo acogeremos sin introducirle un cambio terminológico, pues los énfasis de nuestra Investigación son algo distintos a los del estudio de dicho autor. Aunque estamos de acuerdo en que las tres clases de derechos que él llama "básicos" lo son realmente, en el sentido apuntado, entre ellas existen diferencias (SHUE no las niega) que, al menos para los efectos de nuestro propio análisis, consideramos tan importantes que preferimos no optar lingüísticamente por tratar, en general, todos esos derechos conjuntamente.

Para el derecho a la seguridad física, el derecho a la libertad de movimientos y los derechos políticos es de-

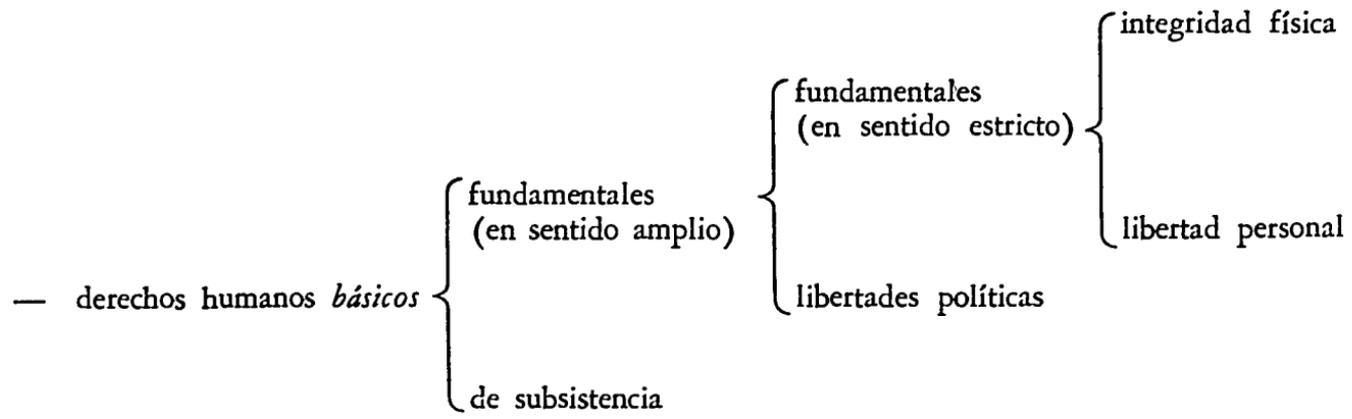
cisivo, ante todo, que no sean atacados por el Estado mismo. Por lo habitual basta —no a título de condición suficiente, pero sí como condición primordial— con que sean las propias autoridades quienes no los ataquen, para que esos derechos no sufran las violaciones más generales. En cambio, es dudoso hasta qué punto se halla realmente en manos de las autoridades, en cada país, el poder asegurar unos derechos de subsistencia. De otro lado, no puede negarse que los individuos “sufren” mucho más las ofensas a su seguridad física y libertad de movilización que cuando hay privaciones en materia de libertad de expresión, derecho al voto, etc.

De ahí que, por nuestra parte, en general utilizaremos el calificativo de *fundamentales* para denotar sobre todo los derechos relativos a la integridad física y a la libertad personal. Claro que donde se violan estos, lo habitual es que no se respeten tampoco los derechos políticos, y viceversa. En la práctica, cuando el Poder incurre en violaciones corrientes de los derechos *más* “fundamentales”, ellas suelen extenderse también a *todo* ese conjunto. Así es que, aunque llamemos derechos “fundamentales” *en sentido estricto* solo a aquellos primeros, el grado de respeto o de violación de estos corre bastante parejo con el de los de tipo político. Por eso es razonable utilizar asimismo la expresión derechos “fundamentales” en un *sentido amplio*, que engloba también a los segundos<sup>(15)</sup>. Con ello no queremos decir que tal conjunto de derechos sea *más importante* que los de subsistencia. Entendemos, simplemente, que vale la pena mantener la distinción conceptual entre estos y aquellos<sup>(16)</sup>. En síntesis, se puede distinguir entre los siguientes grandes grupos de derechos:

---

(15) Para un distinto uso lingüístico de la expresión “derechos fundamentales”, cf. HABA, *Derechos humanos...*, sec. I.4.

(16) Tal distinción podría ser cuestionada, por lo menos hasta cierto punto, en función de razones como las que SHUE señala para objetar la separación entre derechos “negativos” y “positivos”: cf., en el libro de dicho autor, los apartados primero y último del cap. 2.



— derechos humanos *complementarios* (derechos no básicos consignados en los Instrumentos)

— *otros* derechos (derechos que no se imputan a la rúbrica "derechos humanos")

Sin embargo, ante una clasificación como esta, u otras, siempre se pueden levantar objeciones. Por ejemplo, apuntar que "los derechos humanos, al ser valores que determinan concretamente el derecho a la vida, aparecen no como elementos aislados, sino como un sistema histórico de valores. La distinción entre 'tipos de derechos' (derechos elementales y complementarios, o primarios y secundarios, o fundamentales y accesorios), desde este punto de vista, puede tener finalidades analíticas en algunos casos; pero será siempre abstracta en relación a la experiencia histórica de los actores y grupos sociales. Más allá del plano conceptual, esta distinción no puede sino traducir situaciones de regresión histórica en que lo que es percibido como un sistema o conjunto, es violado como tal al aceptar o negar partes del mismo. Es lo que ocurre en sociedades que deben volver a insistir en la preservación de la vida o la integridad física en su aspecto puramente biológico. Para las sociedades concretas, los derechos humanos son vividos como sistemas de valores cuyos diversos elementos forman un todo inseparable en que se apoyan, condicionan e instrumentalizan recíprocamente" (GARRETÓN, *En torno...*, p. 14, col. 2).



Sea como sea, la división entre derechos básicos y no básicos, o entre fundamentales y no fundamentales, aunque pueda resultar relativamente clara en el terreno de los principios, no da respuesta a todos los problemas. Por lo pronto, queda en pie la difícil cuestión *empírica* de averiguar, en cada caso, hasta qué punto sería realmente "necesario" sacrificar tal o cual derecho no básico. Y también queda pendiente, de todos modos, el interrogante acerca de cómo resolver eventuales antinomias entre los derechos básicos *mismos*, ya que también ellas pueden darse; por ejemplo, se priva de la libertad de movimientos a un asesino, para proteger el derecho a la vida de otras personas.

Sin embargo, la distinción entre derechos humanos básicos o fundamentales y otros derechos humanos es útil, responde a diferencias que tienen su razón de ser. Aceptándola como una guía para el razonamiento en la materia, permite formular, por ejemplo, un criterio heurístico como

el siguiente, al cual responde el reconocimiento *íntegro* de derechos humanos:

en principio, son intangibles para el Estado —esto es, no podría *él* ponerles cortapisas— los derechos *fundamentales*, salvo para reglamentar insalvables antinomias entre ellos mismos; y aun en este último caso, la intervención estatal debería no ir más allá de la *estricta* medida en que resulte indispensable, de acuerdo con bases científicamente aceptables, para salvar otro u otros de tales derechos.

Desde luego, también la aplicación de principios como ese dará lugar, en su caso, a márgenes razonables de duda. No siempre habrá pruebas científicas que permitan asignar probabilidad mucho mayor a una solución que a otra; además, son discutibles los criterios mismos de jerarquía en el seno de los derechos fundamentales. No obstante, e incluso si el principio propuesto resultase maximalista, como *tertium comparationis* permitiría ganar mayor claridad sobre puntos como los siguientes: a) más ceñida delimitación conceptual de las alternativas aceptables cuando se trata de restringir derechos humanos, para lo cual incluso llama a darle la palabra a las ciencias sociales como fuente de la información empírica relevante; b) descartar, desde ya, la aceptabilidad de muchas de las soluciones jurídicas corrientes en materia de derechos humanos, por lo menos aquellas que no establecen formas íntegras de su reconocimiento en el Derecho positivo.

Un *tertium comparationis* de ese tipo permitiría, pues, distinguir formas jurídicas que reconocen íntegramente derechos humanos —esto es, las formulaciones de Derecho positivo más cercanas a dicho principio— frente a unas formas jurídicas recortadas —aquellas que los reconocen en menor grado que las íntegras—; y más aún, por supuesto, frente a las que no son sino denegatorias de esos derechos. En síntesis: para la determinación del contenido (*substance*) de cada derecho humano, vale decir, de la

*medida* en que sobre esa *materia* debería poder disponer libremente su titular, la distinción de derechos humanos fundamentales es uno de los criterios heurísticos que conducen a resolver las antinomias entre derechos humanos de modo tal que comporte el reconocimiento jurídico de cada uno de aquellos en su forma *íntegra*.

## VII

Recapitemos. Fuimos señalando una serie de deslindes en cuanto al contenido de la expresión "derechos humanos", con el propósito de ganar alguna precisión en su uso. Dada la gran multiplicidad y heterogeneidad de lo que se encuentra designado por dicha fórmula, así como por las disparidades que registra su contenido según unos u otros empleos lingüísticos y según unos u otros grupos de locutores, cualquier fijación conceptual que a ella se le adjudique será relativamente arbitraria. No puede tratarse de otra cosa que de una denotación estipulativa, una contingente delimitación lingüística. Allí se toma partido, consciente o inconscientemente, por alguna *opción* dentro de los universos semánticos denotados por ese nombre compuesto. Estamos tratando ahora de hacer explícita la opción que sirve como base para los análisis de esta obra.

Nuestra estipulación respecto al nombre genérico "derechos humanos" se articula en los siguientes tres peldaños de sucesivas opciones lingüísticas, que van en orden de ámbitos semánticos decrecientes:

- *optamos* por utilizar dicho nombre para identificar todos aquellos derechos que son llamados de esa manera en los Instrumentos:

- como estos derechos son objeto de interpretaciones variadas, tanto por la indeterminación semántica que afecta (en mayor o menor grado) a cada uno como por las antinomias entre ellos, *optamos* por entenderlos de acuerdo con las interpretaciones que para sus contenidos normativos les adjudica la dogmática jushumanista;
- como aun en el seno mismo de esta dogmática caben discrepancias, allí *optamos* por la interpretación más próxima a la versión que de ellos ofrecen aquellas normativas del Derecho positivo que son las menos restrictivas en la materia (formas "íntegras" de reconocer derechos)<sup>(17)</sup>.

Complementariamente, para resolver —en dirección maximalista— contradicciones entre derechos humanos, aceptamos la diferencia entre derechos básicos fundamentales y derechos no básicos (ni fundamentales); *optamos* por entender que el contenido de los segundos tiene como límite el que le marcan unas necesidades de los primeros, pero solo en la medida en que la limitación sea realmente indispensable según estudios avalados por las ciencias sociales (de metodología analítica).

En síntesis, entre las múltiples caracterizaciones lexicográficas que serían posibles de acuerdo con usos de la

---

(17) Esta dirección interpretativa, la tendente a otorgarle a cada derecho humano la *más* amplia realización posible, y sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales, puede también formularse, desde luego, de muchas otras maneras: por ejemplo, subrayando que los derechos humanos serán de interpretación *extensiva* y sus limitaciones deben interpretarse en forma *estricta* (restrictivamente); o que corresponde hacerlos objeto de una interpretación *pro homine* (PIZA) y no una interpretación *pro auctoritas* (decimos nosotros); o renunciar expresamente, para estas cuestiones, a la máxima "In dubbio pro Stato", sustituyéndola más bien por una contraria, "In dubbio *contra* Stato"; etc.

expresión "derechos humanos", escogemos la siguiente, de carácter estipulativo y sin implicaciones esencialistas:

*derecho humano* = df. cualquiera de las prerrogativas de los particulares frente al aparato estatal consagradas en los Instrumentos; prerrogativa cuya o cuyas valencias semántico-normativas específicas se entenderá que son los contenidos que le atribuya la "dogmática jushumanista" —y dentro de esta, sus versiones orientadas hacia el reconocimiento "íntegro" del derecho en cuestión—; con ello presuponemos que la denotación de este será igual o muy cercana a una que incluya todas las facultades que por él se otorgan en aquellos Derechos positivos que a su ejercicio le imponen el *menor* grado de restricciones jurídicas ("imponer", esto es: amenaza de intervención coactiva del aparato estatal contra los titulares del derecho en cuestión que lo ejerzan más allá de los límites fijados por esas restricciones).

Más breve:  
por "derecho humano"

se entiende cualquiera de los identificados como tales en el texto de un *Instrumento*, determinando su contenido según la interpretación *menos* restrictiva —esto es: la más cercana a

la versión "maximalista", o en todo caso al reconocimiento "íntegro", del derecho en cuestión— de entre las que para cada uno de aquellos ofrece la *dogmática jushumanista*.

\* \* \*

Esta definición debe ser entendida tomando en cuenta tres precisiones: a) que no pretende estar libre de indeterminaciones semánticas; b) que no se refiere, ella misma, a la cuestión de las antinomias entre derechos; c) que se trata de una opción instrumental, heurístico-valorativa, en el sentido de que sirve para fijar (más o menos) cuál es el *modelo* de "derechos humanos", el *tertium comparationis*, a la luz del cual se efectuarán las evaluaciones sobre la medida en que distintas normativas del Derecho positivo son o no adecuadas para apoyar el disfrute de *esos* derechos.

a) La definición es indeterminada en la medida en que lo son, por lo menos hasta cierto punto, algunos de los conceptos claves allí utilizados: "dogmática jushumanista", versión "íntegra", el "menor" grado de restricciones, etc. Pero cabe entender que tal indeterminación es, de todas maneras, menor que la del rótulo "derechos humanos" *sin más*, o "dignidad de la persona humana", etc., ya que estas expresiones son reivindicadas por *todos* sus intérpretes y para *toda* clase de reglamentaciones jurídicas. Si bien nuestra definición no es tan precisa como para descartar cualquier duda sobre qué contenidos jurídicos serán subsumibles bajo ella, empero creemos que permite, al menos, distinguir su propio ámbito semántico del de muchas *otras* formas de

entender —y de reglamentar jurídicamente— lo que pueda haber bajo la expresión “derechos humanos”<sup>(18)</sup>.

b) La definición dice cómo identificar el contenido de cada “derecho humano” *en particular*, no cuáles son las relaciones entre estos. Esas relaciones influyen, ciertamente, en la determinación de aquel contenido. Ahora bien, se supone que la dogmática jushumanista, al establecerlo, ha tenido en cuenta también tal circunstancia; así es que, al fin de cuentas, nuestra definición no prescinde de dicha posibilidad. Pero la recoge solo de manera implícita e indirecta; por reenvío, si se quiere. No es esa definición *misma*, sino la dogmática jushumanista quien propone los criterios para resolver las antinomias. En todo caso, solo *si* al respecto hay diferencias en el seno de esta dogmática, y siempre *dentro* del marco general que trazan los planteamientos formulados en aquella, solo allí entraría a jugar el principio “maximalista” o el de la versión más “íntegra”, para optar por determinadas respuestas jurídicas a las antinomias. En una palabra: la resolución *directa* de antinomias, por medio de criterios “maximalistas” o modelos “íntegros”, no entra a jugar sino de manera subsidiaria y eventual en el marco de la definición presentada.

c) Para saber *qué* es “afectar” un derecho humano, sea por negarlo o simplemente por restringirlo, y también para saber qué se entiende por “respetarlo”, es indispensable determinar cuál es su contenido propio. Este representa un ideal, sea cual fuere su grado de realización. La opción por un determinado contenido conceptual para calificarlo de “derecho humano” incluye también, pues, un juicio de

---

(18) En realidad, no sería imposible tratar de precisar un poco más algunos de aquellos conceptos; por ejemplo, llegar a definir la “dogmática jushumanista” de una manera más ceñida que la que presentaremos más abajo (*infra*, § 22). Sin embargo, aunque tal vez eso sirviera para disipar dudas en algún que otro caso, no creemos que, al fin y al cabo, resultaran reducidas de modo sustancial (y con provecho) para la generalidad de los casos en que ellas puedan suscitarse en el marco de la definición propuesta.

valor afirmativo, es una forma de *recomendar* que se haga efectivo aquello a lo cual se le adjudica ese nombre. Nuestra propia definición, también ella, no escapa a tal regla: hemos elegido que "derecho humano" signifique precisamente ciertos ideales políticos, desarrollados por la tradición jushumanista en sus modelos más liberales (nos referimos al liberalismo político, no al económico). Nuestra opción podía haber sido otra, desde luego; pero alguna tenía que ser, ya que no existe *un* ideal solo —único, homogéneo— como contenido del uso de la expresión "derechos humanos". En síntesis: examinar normativas jurídicas desde el ángulo de los derechos humanos no es otra cosa que hacerlo en función de determinados *ideales políticos*, aquellos por los que se opte al determinar los contenidos semánticos que el intérprete le asigne a ese nombre compuesto. Nuestra definición, como cualquier otra, tiene esa función semántica, la de fijar los patrones evaluativos que utilizaremos frente a los Derechos positivos en examen.

## VIII

EN SINTESIS.— Llamamos (convencionalmente) "derechos humanos" a todas aquellas prerrogativas que, según los Instrumentos, cada Estado debería reconocerle a los particulares. Esta definición estipulativa no se pronuncia sobre la cuestión de los fundamentos filosóficos de tales derechos, ni presupone que todos o algunos de ellos deban tener alguna "esencia", sea en común o particularizadamente. Cada uno de los derechos que esos documentos consignan como "humanos" lo encaramos como un principio teleológico-normativo, susceptible de servir como punto de partida para la aplicación de una racionalidad como la explicada por Max WEBER para el tratamiento científico de los juicios de valor en general (*supra*, § 9.III). En este caso, tal racionalidad tendrá en cuenta unos juegos lingüísticos, proporcionados por la tradición de los juristas, en particular

por aquella que desemboca en la actual dogmática jushumanista, y preferiblemente en sus versiones más cercanas a criterios "maximalistas". Esa dogmática encuentra feliz paralelo, a su vez, en los ordenamientos jurídicos positivos que establecen formas "íntegras" de aquellos derechos frente al Estado. Ambos puntos de referencia —dogmática jushumanista y reconocimientos positivos "íntegros"— permiten fijar (más o menos), para los efectos de nuestra Investigación, qué querrá decir cada concepto indeterminado de los utilizados al indicar el respectivo derecho humano en los Instrumentos: le asignan *in* contenido semántico al derecho en cuestión. Además, aceptamos la distinción entre distintas categorías de derechos humanos; por ejemplo, entre derechos fundamentales, derechos básicos de subsistencia y derechos humanos complementarios (ni básicos, ni fundamentales).

A título de ilustración, he aquí unos ángulos de enfoque que conducen a una definición estipulativa algo diferente a la nuestra (pero no incompatible con ella).

"Se puede afirmar, ya que no ha sido efectuada ninguna demostración de lo contrario, que por naturaleza la persona está dotada de prerrogativas, es decir, de facultades de proceder conscientemente a hacer o actuar, abstenerse o negarse, reclamar, obtener y, sobre todo, protegerse. Por sí mismas, ellas no son derechos. Para acceder a esa calidad deben ser objeto de un estatuto particular: el estatuto jurídico. Es necesario, y suficiente, que la regla los afecte de alguna manera: por la aceptación, la limitación, la organización, la regulación, la obligación o la prohibición; no hay derecho alguno sin Derecho, ni derecho que no sea una prerrogativa, pero no necesariamente sucede a la inversa. Muchas prerrogativas pueden escapar, y escapan, al Derecho, a quien le son indiferentes (suicidio, elección de un cónyuge, etc.). (...) [P]ero si las prerrogativas afectadas por el Derecho son constitutivas de derechos, estos no son todos unos derechos humanos. Las relaciones sociales comportan intrínsecamente el ejercicio de derechos en que se concreta la sociabilidad. Muchas no son directamente relativas a la persona, sino a un acto jurídico como un contrato, o una cosa...

"En resumen, los derechos humanos (incluyendo las 'libertades públicas') se definen como: *las prerrogativas, regidas por reglas,*

*de la persona en sus relaciones con los particulares y con el Poder'* (MOURGEON, p. 6-7 y 8).

Cabe acotar que tampoco esta definición es de tipo esencialista. En efecto, a renglón seguido el autor subraya, precisamente, que "la unicidad de la definición no excluye la diversidad de su contenido. Variables según las sociedades consideradas, los derechos de la persona se reducen, esquemáticamente, a unas categorías simples, que es banal y parece fácil distinguir. A decir verdad, ellas son conceptuales y artificiales, suscitan más dificultades que las que hacen desaparecer" (p. 8-9).

*Nota.*— Hemos establecido dos grandes deslindes: entre (1.a) los que nosotros llamamos "derechos humanos" (*vid.* nuestra definición) y (1.b) cualesquiera otros usos lingüísticos de dicho rótulo (por parte de otros locutores); entre (2.a) derechos humanos básicos (fundamentales, etc.) y (2.b) derechos humanos complementarios. 1. A lo largo del libro, en principio utilizaremos dicha expresión siempre de acuerdo con su sentido (1.a). Sin embargo, es posible que en algunos casos, para dar cuenta de ciertas normativas o de ciertas maneras de entenderlas, lleguemos a emplearla también de acuerdo con los otros sentidos; pero cuando esta segunda posibilidad no surja netamente del contexto, el lector debe entender que estamos presuponiendo solo la acepción (1.a). 2. Menos cómodo resultaría aclarar por anticipado qué deberá entenderse, en cada caso, cuando utilicemos la expresión "derechos humanos" *sin más*: vale decir, si allí no estaremos refiriendo necesariamente a todos —(2.a) + (2.b)— esos derechos, o a la mayoría de ellos en general, o solo a (2.b), o en particular a algunos de los rubros de (2.a) —por ejemplo, a la seguridad personal y no a los derechos económicos—, etc. Aclarar esto cada vez en forma expresa sería demasiado engorroso, como también lo sería el tratar de reglarlo aquí de antemano; dejamos librado a la inteligencia del lector el inclinarse siempre por aquella interpretación que considere más razonable, si el contexto no basta para eliminar la ambigüedad.

## § 12. El concepto de Constitución

### SUMARIO:

- I. Posición axiologista vs. enfoque analítico.
- II. Constitución en sentido formal (diferencia con la Constitución en sentido material).

### I

Otra idea que corresponde precisar es lo que entendemos por *Constitución* y, como consecuencia, por Derecho Constitucional. Históricamente, esta rama ha suministrado las formas clásicas de organización, en el plano jurídico y político, para la defensa de buena parte de los derechos humanos. En efecto, las Constituciones surgieron con el fin de lograr una sumisión del poder político, y también de otras fuerzas sociales, a límites que permitan alcanzar un cierto grado de seguridad en el ejercicio de estos derechos. Ello se traduce en el conocido concepto *Estado de Derecho* (*infra*, § 16.III).

En función de eso, y ante la aparición, más modernamente, de Cartas que sirven como instrumento jurídico-político a regímenes que se caracterizan antes bien por su abundante violación de los derechos humanos fundamentales, en la doctrina jurídica hay quienes prefieren no llamarle "Constitución" a tales documentos, para no hacerlos beneficiarios del prestigio tradicional que tiene dicho término. Se trata de lo que ya LASSALLE calificaba de *pseudoconstitucionalismo*:

*"El absolutismo otorga una Constitución en que los derechos del pueblo y de sus representantes quedan reducidos a una porción mínima, privada además de toda garantía real... El absolutismo, al dar este paso, disfrazándose de régimen constitucional, avanza un gran trecho en la defensa de sus intereses y consolida su existencia por tiempo indefinido. (...) El pseudoconstitucionalismo con-*

*siste, según esto, ... en que el gobierno proclame lo que no es; consiste en hacer pasar por constitucional un Estado que es, en realidad, un Estado absoluto; consiste en el engaño y la mentira" (p. 130 y 132).*

En América Latina, actualmente, los ejemplos más típicos de esa clase de Cartas son la Constitución chilena y la de Cuba. Adjudicarles o no el nombre de "Constitución" es asunto convencional, una mera cuestión terminológica, indiferente desde el punto de vista científico. Sin embargo, en concepciones axiologistas del lenguaje jurídico aparece puesto mucho énfasis en darle el "verdadero" nombre a los institutos jurídicos, el que corresponda a su "esencia", y entonces se considera que dicha palabra no debería ser empleada para regímenes como aquellos. Posiciones de este tipo se encuentran bien representadas, por ejemplo, en palabras como las siguientes:

*"Entonces resultó que todo régimen político es jurídico, que todo régimen jurídico es constitucional y, por ende, que hay un Derecho Constitucional en toda sociedad organizada, no importa cómo organizada. Para esto, había que adjuciarle una definición aséptica —antiséptica, mejor— reduciéndolo al simple papel formal de rama del Derecho que establece la organización fundamental del Estado y del poder público y, si acaso, los criterios básicos de su actividad, no importa cuáles sean esa organización y esos criterios. La primera gran víctima de esta esterilización fue la Constitución... Yo reclamo, por el contrario, que no hay Derecho Constitucional sin democracia verdadera, sin desconcentración y alternabilidad en el poder, sin libertad electoral, sin responsabilidad de los gobernantes, sin Estado de Derecho, sin justicia social, sin libertad; en fin, sin respeto y adhesión auténticos a los derechos humanos. Que al fin y al cabo, todo lo demás; o es también derechos humanos, o es en función de ellos, o no es Derecho Constitucional" (PIZA). [Cf. también *infra*, § 30.I, y el sitio allí indicado en la n. 12 *in limine*.]*

Es cierto —decimos nosotros— que el Derecho Constitucional puede ser definido de esa manera... ¡y en muchas otras formas también!<sup>(19)</sup> Qué definición se prefiera, es —desde el punto de vista semántico, desde el punto de vista lógico y desde el punto de vista metodológico— una cuestión *convencional*. Problema distinto es el de saber qué definición resulta más *conveniente*, atento a los objetivos que se persigan en una investigación dada. Para la nuestra, nos parece preferible no recoger una delimitación como la transcrita. No por imaginar, acaso, que como definición esta sería "falsa" y que haya alguna más "verdadera" (la disyuntiva de verdad o falsedad no tiene cabida en este tipo de delimitaciones); sino, simplemente, porque su carácter axiologista la hace poco operativa para el lenguaje científico, le impide alcanzar la intersubjetividad que se requiere en el manejo de los conceptos básicos de un discurso *analítico* (*supra*, § 9)

Por otra parte, dicha definición sirve de vehículo a una visión demasiado armoniosa de lo que son las organizaciones estatales. Peca de una cierta falta de realismo; no la definición en sí misma, que —como decíamos— no es ni falsa ni verdadera, pero sí su contexto ideológico.

---

(19) Caracterizaciones como las transcritas se inspiran, básicamente, en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789:

"Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes, *carece de Constitución*" (art. 16 —cursiva nuestra—); cf. también la definición de LASALLE transcrita *supra*, § 4.II.

Según la Declaración de 1789 no serían "verdaderas" Constituciones, pues, sino aquellas que presenten dichos rasgos, o sea, las que concuerdan con *esa* definición precisamente. Pero lo cierto es que ella recoge solo *uno* de los sentidos posibles del término Constitución, atento a sus usos lingüísticos actuales. Cf. ROMERO, *Notas...*, quien presenta una "tipología de las Constituciones políticas" (sec. III) donde distingue, según el respectivo concepto, nada menos que dieciocho "tipos" de ellas; *vid.* también los distintos conceptos de Constitución y de "Ley Fundamental" que señala SCHMITT, *Teoría...*, Nos. 1-5; cf. además LOEWENSTEIN, p. 205-212 y 216-222. Dada esa multiplicidad de significados que tiene el término en cuestión, afirmar que solo uno de ellos es el *verdadero* representa una característica "definición persuasiva" (*vid.* un poco más abajo, en el texto).

En efecto, ella tiende a desviar la mirada del hecho de que hay *antinomias* entre derechos humanos, también en un Estado de Derecho; que las sociedades no constituyen, cada una de ellas, un todo orgánico y armónico, sino que, sea cual fuere el régimen político, son cuerpos llenos de contradicciones, las cuales en cada sistema político se resuelven en beneficio más de unos sectores que de otros. Posiblemente la teoría de los derechos humanos es la ideología que plantea las soluciones menos dolorosas a esas contradicciones, pero no las elimina. Tampoco lo ha logrado ninguna otra ideología, por lo menos en la práctica.

Cualquier definición de "Constitución", si no es meramente lexicográfica (y en tal caso tendría que ser polisémica), es *estipulativa*. Se puede convenir, por supuesto, en no llamarle "Derecho Constitucional" sino a aquel que respeta unos derechos humanos. Pero como, por nuestra parte, lo que nos interesa es estudiar la protección "constitucional" en los países latinoamericanos *en general*, tenemos que partir de una definición estipulativa que no recorte el objeto de nuestro estudio de una manera que nos quedemos prácticamente sin él. El *telos* que en su origen tuvo el establecimiento de Constituciones (*supra*, § 1.I, *vid.* allí a la altura de la n. 1) no corresponde al sentido político, y menos aún a la práctica, que exhiben muchas Cartas fundamentales de la actualidad. Por el contrario, y particularmente en América Latina, a menudo esas Constituciones desempeñan la función de unas instancias semánticas al servicio de gobiernos autoritarios que violan, un día sí y otro también, los derechos humanos fundamentales.

Sí, "al principio, un documento constitucional formal servía para limitar el ejercicio del poder político, la existencia hoy de una constitución escrita no implica, en absoluto, *ipso facto* una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder. Cada vez con más frecuencia, la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en manos de un detentador único. La constitución

ha quedado privada de su intrínseco *telos*: institucionalizar la distribución del poder político. (...) Una vez que la competencia entre las fuerzas sociopolíticas rivales ha sido excluida de un circuito cerrado del poder, la constitución pierde su significado, quedando reducida todo lo más a un cuadro funcional para que los detentadores del poder controlados por el partido administren la empresa gubernamental" (LOEWENSTEIN, p. 213-214 y 215). *Vid.* también: *supra*, § 1.I (a la altura de la n. 1); *infra*, las consideraciones sobre el Estado de Derecho, en § 16.III, y la n. 9 del cap. III.

En razón de todo ello, preferimos escoger un concepto de "Constitución" que sea lo más amplio y lo menos emotivizante posible. Eso no nos impedirá, desde luego, analizar las imperfecciones que, en su caso, unas u otras Constituciones presenten en cuanto protección de los derechos humanos. La "asepsia" científica, lejos de ser un obstáculo a la crítica, más bien hace que esta pueda ir lo más *a fondo* posible; previene que nos perdamos en cuestiones de palabras y conduce a superar "estrategias de inmunización"<sup>(20)</sup>, dos callejones sin salida a que frecuentemente llevan las definiciones axiologistas. La definición que nosotros adoptaremos permite evitar estos escollos, ella no formula juicios de valor.



*El "verdadero" concepto de Constitución y las definiciones "persuasivas"; argumentaciones axiologistas.—*

"Con frecuencia se designa como 'verdadera' o 'auténtica' Constitución, por razones políticas, la que responde a cierto ideal de Constitución.

(20) Sobre las "estrategias de inmunización" (*Immunisierungsstrategien*), cf. TOPISCH, *Sprachlogische...*, # VI. En síntesis, se trata del uso de expresiones y enunciados cuyo ámbito semántico es tan amplio que, en la práctica, constituyen unas "fórmulas vacías" que distintos grupos de locutores interpretan de las maneras más variadas: *infra*, § 17.I. Cf. también POPPER, *El desarrollo...*, p. 45 ss.

"La terminología de la lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución solo aquella que se corresponda con sus postulados políticos. Cuando los contrastes de principios políticos y sociales son muy fuertes, puede llegarse con facilidad a que un partido niegue el nombre de Constitución a toda Constitución que no satisfaga sus aspiraciones. En particular, la burguesía liberal, en su lucha contra la Monarquía absoluta, puso en pie un cierto concepto ideal de Constitución, y lo llegó a identificar con el concepto de Constitución. (...) Así, cada Estado no tiene ya por sí mismo una Constitución, sino que hay Estados con y sin Constitución, Estados 'constitucionales' y Estados 'no constitucionales'. Se habla de una Constitución constitucional del Estado, lo que sería un absurdo en sí mismo, si no hubiera un cierto programa político en el fondo del concepto de Constitución. (...)

"Con la aglomeración de un concepto ideal de Constitución y otros conceptos de Constitución, o con la unión de distintos ideales de Constitución, surge fácilmente la confusión y la oscuridad. Cuando adquieren influjo político partidos con opiniones y convicciones contradictorias, se manifiesta su fuerza política en que prestan a los conceptos —imprecisos por necesidad— de la vida del Estado, tales como Libertad, Derecho, Orden público y seguridad, su contenido concreto [*infra*, cap. III] . (...) Para el lenguaje del liberalismo burgués, solo hay una Constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal; cualquier otra cosa no es 'Constitución', sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud o como se quiera llamar. Por el contrario, para una consideración marxista consecuente, una Constitución que reconozca los principios del Estado burgués de Derecho, sobre todo la propiedad privada, es, o bien la Constitución de un Estado técnica y económicamente retrasado, o, si no, una pseudo-Constitución reaccionaria, una fachada jurídica, desprovista de sentido, de la dictadura de los capitalistas. Otro ejemplo: para la concepción de un Estado laico, esto es, rigurosamente separado de la Iglesia, un Estado que no practique esa separación no es un Estado libre; al contrario, para una cierta especie de convicción confesional y religiosa, un Estado sólo tiene verdadera Constitución cuando considera la situación de hecho, social y económica, de la Iglesia, le garantiza una libre actividad pública y autodeterminación, protege sus instituciones como parte del orden público, etc.; solo entonces se concederá por parte de la Iglesia que pueda hablarse de 'libertad'. Por eso son posibles tantos conceptos de Libertad y Constitución como principios y convicciones políticos" (SCHMITT, *Teoría...*, # 4.1)

Análogamente, también cumple una función "ideológica" la doctrina tradicional respecto al dualismo de Estado y Derecho. "El Estado tiene que ser representado como una persona distinta del Derecho, para que el Derecho —producido por ese Estado, para luego someterse a él— luego pueda justificar al Estado. Y el Derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de este: el poder; y de ahí, en algún sentido, como un orden correcto o justo. Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un Estado de Derecho que se justifica en tanto produce Derecho. (...) No se trata, pues, tanto de captar conceptualmente la esencia del Estado, sino más bien de reforzar su autoridad" (KELSEN, *Teoría pura...*, # 40).

Aquello que se presenta como el "verdadero" concepto de Constitución o del Derecho Constitucional, desconociendo el carácter convencional que tienen todas esas nociones, técnicamente hablando constituye lo que se llama *definición persuasiva* (STEVENSON), expediente al que a menudo se recurre también en usos de la palabra "derecho". Son definiciones, de tipo axiologista, por medio de las cuales se procura ganar, para el contenido que entonces se le impute al término utilizado, un efecto emotivo de adhesión que dicha palabra suele suscitar al ser usada en el lenguaje común; y al mismo tiempo, por contraposición, con ello se descargan emociones de rechazo sobre aquello que, en forma explícita o tácita, se señala como "indigno" de ser designado mediante tal palabra. STEVENSON lo describe así:

"En toda 'definición persuasiva', el término definido —que se usa corrientemente— posee un significado descriptivo y fuertemente emotivo. El propósito de la definición es cambiar el significado descriptivo del término para otorgarle, usualmente, una mayor precisión dentro de los límites de su vaguedad. Pero la definición *no* produce ningún cambio fundamental en el significado emotivo del término. Y es usada, consciente o inconscientemente, para lograr que las actitudes de la gente cambien, dado el juego que existe entre el significado emotivo y el descriptivo" (p. 198).

Ahora bien, lo científicamente objetable no es que se le apliquen calificaciones emocionales (sean positivas o negativas) a ciertas cosas, ni tampoco que se prefiera tal o cual expresión

lingüística para identificar esas cosas —por ejemplo, la palabra “Constitución”—. Mas estas definiciones se hacen “persuasivas” cuando las opciones así tomadas no aparecen como lo que son, preferencias valorativas, sino que antes bien se presentan cual si consistieran en hallar el “verdadero” significado del término. Desde el punto de vista científico, como se sabe, las definiciones no son ni verdaderas ni falsas, salvo en el sentido (y aquí no se trata de eso) de que se puede comprobar si son más o menos usuales.

Dichas divergencias sobre definiciones —por ejemplo, cuál es el “verdadero” concepto de Constitución— responden, en realidad, a un “desacuerdo en la *actitud*” (emociones, valoraciones, recomendaciones), pero se formulan como si allí estuviera en juego un auténtico “desacuerdo en la *creencia*” (plano de lo cognitivo-descriptivo, cuestiones de verdad o falsedad). Así, las definiciones axiologistas del término “Constitución” son *persuasivas* en cuanto tienden a confundir aspectos de orden valorativo-emocional (actitudes) con cuestiones propiamente cognoscitivas (creencias); allí se encaran las primeras como si fueran del tipo de las segundas. (Sobre la diferencia entre esas dos clases de acuerdos o desacuerdos, y su vinculación con los usos “persuasivos” del lenguaje, cf. el libro de STEVENSON, esp. caps. I, III, VI y IX. Con respecto a esto, *vid.* además: KOCH, *Über...*, p. 50 ss.; y ROSS, Nos. LXXI y LXXII, esp. p. 292 s.)

Todo ello tiene que ver también con las tendencias a interpretar los derechos humanos mediante argumentaciones de tipo *axiologista* (“esencialismo”, etc.), confinando así dicho discurso al plano del manejo de expresiones emocionalizantes, en vez de plantear con cierto rigor analítico las razones que allí puedan estar en juego:

“La dogmática dominante en materia de derechos fundamentales los interpreta como valores. Busca, para la conducta política, un anclaje absoluto en puntos de vista pre-establecidos que sirven para fundamentar que la elección de determinadas conductas es correcta. Que los derechos fundamentales guían el escogimiento de la conducta correcta, esto es, que han de servir como valores, eso está fuera de cuestión. Pero la pregunta es si esta caracterización no se queda en la superficie, incluso si se elevan a lo más alto y último, en el sentido de lo que no es ya derivable de ninguna otra cosa. Con valores se puede argumentar de manera fácil y barata; eso debiera bastar como advertencia” (LUHMANN, p. 213)

## II

Para nuestra terminología, nos atendremos al concepto *formal* de Constitución:

se dará el *nombre* de Constitución a un texto especial, dictado por un órgano especial; texto que, no pudiendo ser reformado sino mediante el empleo de procedimientos extraordinarios, se impone —en el plano de los juegos lingüísticos que conforman la *semántica* jurídica— sobre todas las demás normas positivas del Estado<sup>(21)</sup>.

Tal definición nada prejuzga sobre la manera en que sean resueltas las cuestiones normativas *materiales* por parte de cada Constitución, cuál es o puede ser la orientación política y en general las soluciones preceptivas que el texto constitucional establezca en sus disposiciones. La definición tampoco contiene, ella misma, juicio de valor alguno sobre dichos documentos; sin embargo, no obsta a que tales juicios sean formulados, en el sentido que fuere, en instancias del discurso donde se examinen aspectos de unas u otras Constituciones, cosa que también nosotros mismos haremos.



*Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal.*—

"[E]l concepto de constitución se extendió a señalar aquellos límites, más allá de los cuales no podían ir las normas jurídicas del Estado en la regulación de la libertad individual; o, por lo menos, se requería una reforma constitucional sujeta a difíciles condiciones. Por constitución en sentido *material* se entiende, pues, aquellas normas que se refieren a los órganos superiores (constitución en sentido estricto) y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (constitución en sentido amplio).

---

(21) Nuestra definición se inspira en la que presenta VIDAL, p. 21, pero a esta le agrega unas precisiones.

"Casi todas las modernas constituciones contienen normas de organización y un catálogo de derechos fundamentales y de libertad; esta división se apoya en una tradición histórica de varios siglos. Se habla de constitución en sentido *formal* cuando se hace la distinción entre las leyes ordinarias y aquellas otras que exigen ciertos requisitos especiales para su creación y reforma. Es indudable que entre estas últimas pueden incluirse también ciertas normas que por su contenido no pertenecerían, en rigor, a la constitución en sentido material, sin perjuicio de lo cual pueden revestir la forma de leyes constitucionales, cuando así conviene a ciertos intereses políticos. El concepto formal de constitución sirve para distinguir, dentro de la función legislativa, entre la legislación ordinaria y la legislación constitucional" (KELSEN, *Teoría general...*, p. 330 —cursiva nuestra—).

"Si por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico-positivo está representado por la constitución. Por constitución se entiende, aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. (...)

"De la constitución en sentido material corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el *documento* denominado "constitución", que, como constitución escrita, no solo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino solo bajo condiciones más difíciles, mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la *forma* constitución que, como forma, puede recibir *cualquier* contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí designamos como constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico estatal. (...)

"La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, solo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la

falta de leyes del contenido prescrito. Más eficaz es, en cambio, excluir por la constitución leyes de determinados contenidos. El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse" (KELSEN, *Teoría pura...*, p. 232-234 —cursiva nuestra—).

"Apenas sirve de consuelo que la democracia constitucional en su derrota haya conseguido una victoria pírrica: ningún sistema político de nuestros días puede permitirse rechazar abiertamente la ideología democrática, según la cual todo el poder emana del pueblo y el ejercicio del poder solamente es legítimo cuando está de acuerdo con la voluntad popular. (...) Una constitución 'democrática' reviste siempre a cualquier régimen de una cierta respetabilidad. Los maquiavelistas de última hornada han descubierto que el credo democrático es la pancarta bajo la cual pueden perseguir su sombría tarea. La constitución escrita se ha convertido, por lo tanto, en la tapadera del nudo poder. Aunque el documento constitucional proclama solemnemente las formas externas del proceso democrático, las relaciones internas no afligen a nadie, a excepción del pueblo al que se le ofrece la forma y se le priva de la substancia. En la mitad del siglo XIX, la autocracia iza con ironía la falsa bandera de la democracia. La constitución es, para decirlo con SHAKESPEARE, 'solo una rosa para cualquier nombre'. Las manipulaciones de los modernos detentadores del poder autócratas han transformado la constitución que, de ser un instrumento para la libertad, se ha convertido en un instrumento para la opresión. (LOEWENSTEIN, p. 214).

"Resumiendo, el criterio material se funda en la existencia de reglas esenciales de la organización del Estado; el formal, por el contrario y como lo indica su nombre, es más restrictivo y solo concede el nombre de constitución cuando dichos principios son expedidos en forma solemne y no pueden ser reformados como se hace con las leyes corrientes.

"En ocasiones coinciden el sentido material y el formal, por cuanto se suelen elevar a textos escritos —no susceptibles de modificación ordinaria (criterio formal)— solamente los principios fundamentales de la organización del Estado (criterio material). También con frecuencia andan distanciados los dos conceptos. Las normas esenciales del Estado pueden recogerse en leyes, decretos, jurisprudencias, costumbres, prácticas, actos todos que no reúnen la solemnidad que el criterio formal exige. De otra parte, los textos constitucionales pueden contener reglas sobre asun-

tos que no conciernen directamente a la organización del Estado, sino que tocan aspectos puramente secundarios" (VIDAL, *Derecho...*, p. 21-22). Cf. también BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* (¿Inconstitucionales normas constitucionales?), sec. III (en BACHOF, *Wege...*, p. 15 ss.).



En definitiva, utilizaremos el término "Constitución" (formal) para denotar *todas* (mejor dicho: cada una de) las Cartas fundamentales vigentes en los países latinoamericanos, sea cual fuere su orientación política. Y nuestra tarea no será indagar si son o no "verdaderas" Constituciones —una cuestión semántico-retórica, esencialista—, sino analizar en qué medida y por qué vías normativas ofrecen protección o son obstáculo para el ejercicio de derechos humanos.

### § 13. Delimitaciones en el enfoque de la investigación; limitaciones prácticas. Síntesis

#### SUMARIO:

- I. Dos delimitaciones negativas y una positiva; momentos hermenéuticos, límites semánticos.
- II. Limitaciones en el objeto de estudio; alcances prácticos (ciencia, "ideología" y voluntad política); nivel abstracto (generalidad) de las respuestas.
- III. Síntesis.

## I

De lo que hemos venido exponiendo se desprenden una serie de línides para el contenido y la orientación del presente estudio. Así, de nuestras precisiones en torno al concepto de "derechos humanos" resulta que, en el plano semántico, examinaremos una selección de fórmulas jurídicas de derechos humanos e interpretaciones sobre ellas, sin

excluir eventuales desarrollos de unas y otras. Esas interpretaciones y desarrollos, o nuestros juicios a su propósito, estarán orientados por nuestra opción semántica en favor de concepciones "jushumanistas" en el plano de la dogmática de los derechos humanos; pero también serán tomados en consideración los resultados que unas u otras modalidades del discurso de los derechos humanos hayan exhibido en el plano pragmático.

En consecuencia, el *ángulo* de nuestros exámenes queda enmarcado por tres delimitaciones, dos de ellas negativas y una positiva.

- *Delimitación negativa 1:* no nos contentaremos con la exégesis o paráfrasis de fórmulas de textos constitucionales; cuestiones de hermenéutica y sistematización "juridicistas", ordenadas a obtener una contemplación del Derecho como un edificio lingüístico coherente —dimensión puramente semántica, a menudo adoptada por la doctrina del Derecho (dogmática jurídica)—.
- *Delimitación negativa 2:* mas tampoco se tratará, en primera línea, de efectuar una investigación específicamente sociológica o politológica, ni de presentar una recopilación de protocolos ("denuncias") sobre casos de violaciones de derechos humanos, etc. —dimensión de la facticidad "cruda", ya sea para destacar casos concretos o regularidades sociales, más allá o más acá del discurso jurídico—.
- *Delimitación positiva:* intentaremos analizar las Constituciones *mismas* como un lenguaje que se "realiza", un fenómeno de la comunicación pragmática; el Derecho Constitucional como un *input*(\*) para acciones y omisio-

---

(\*) *Input:* insumos, aquello que es introducido en la "boca" (entrada) de un sistema para alimentarlo. En el otro extremo estará lo que sale de este, su *output*, los productos que resultan de haber sido procesados aquellos "alimentos" por ese sistema. (En nuestro caso, el "output" serían las conductas *reales* resultantes de tomar en cuenta el Derecho en cuestión.)

nes, un fenómeno de "mediación" (lingüística) que opera por "traducciones" de lo semántico a la facticidad social —el lenguaje oficial de los derechos humanos enfocado con vistas principalmente a su dimensión pragmática, las virtualidades de prolongación de su dimensión semántica hacia la *praxis*—.

La Delimitación 1 significa que nuestro estudio no es predominantemente de carácter hermenéutico. La Delimitación 2, que tampoco es un estudio de sociología o politología<sup>(22)</sup>. La Delimitación positiva lo ubica en su justo plano (*supra*, § 6): examen de *modelos lingüísticos* para ordenar jurídicamente *conductas*, con vistas a la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de Constituciones latinoamericanas; modelos que tengan el más alto grado posible de virtualidad pragmática, acorde con el programa jushumanista al que presuponemos teleológicamente ordenadas sus fórmulas normativas.

Se trata, sobre todo, de destacar formulaciones constitucionales que brinden mayor probabilidad de que las conductas inspiradas en aquellas coadyuven, en el medio social correspondiente, a lograr la mayor seguridad posible para esas condiciones de vida que son llamadas "derechos humanos". Con tal fin habrá que tener en cuenta también, como es natural, los dos momentos hermenéuticos indicados más atrás (*supra*, § 10.III *in limine*), sobre todo el primero de ellos; pero serán evaluados —"filtrados" y completados— con vistas al tercero de esos ángulos de examen, la dimensión pragmática del lenguaje constitucional.

---

(22) "El aparato conceptual de la investigación sociológica, que apunta al descubrimiento y a la comparación de sistemas, tiene otras tareas que el aparato conceptual de la dogmática, que debe facilitar y hacer calculable el modo de hallar la sentencia" (LUHMANN, p. 204-205). Para el estudio de derechos humanos desde ángulos que corresponden más bien a la sociología o a la ciencia política, cf., por ejemplo, los caps. 2 y 12 de CLAUDE, pero sobre todo el minucioso estudio de DOMÍNGUEZ.

Ahora bien, esos momentos hermenéuticos que corresponden a nuestra delimitación "positiva" los desarrollaremos en función de unos criterios que, como dijimos, son afines a los de la *dogmática jushumanista*. Quiere decir que acogemos, en principio, los *límites* semánticos establecidos por esta —que respecto a unas formulaciones de derechos humanos resultan más y respecto a otras son menos indeterminados— para entender expresiones como "dignidad de la persona humana", "democracia", "Estado de Derecho", etc., y en general para todos aquellos conceptos que suele manejar la doctrina jurídica cuando formula el discurso de esta materia<sup>(23)</sup>.

## II

De nuestra delimitación en el objeto de estudio resultan, inevitablemente, limitaciones también en cuanto a los efectos prácticos que nuestros planteamientos pudieran tener. Para aquilatar con realismo el alcance de lo que expondremos, en todo momento deberá tenerse presente, pues, que:

- el Derecho positivo no es sino *uno* de los medios disponibles para promover conductas respetuosas de los derechos humanos;

---

(23) Para el concepto de "democracia" y el de "Estado de Derecho", cf. *infra*, § 16.III. En realidad, el primero de esos términos lo vincularemos allí a una noción más precisa, y sobre todo más realista, que las comúnmente manejadas al respecto en el seno de la *dogmática jushumanista*. Sin embargo, las consecuencias prácticas que dicha *dogmática* extrae cuando señala requisitos *concretos* que una organización estatal debe presentar para ajustarse al calificativo de "democrática", en general no difieren de las que puedan extraerse con base en aquella otra noción.

- el Derecho Constitucional constituye sola *una*, aunque importante, de las ramas del Derecho<sup>(24)</sup>;
- la ciencia en general, y la del Derecho en particular, no significa sino *una* de las fuerzas motoras que pueden (¡o no!) ser eficaces para proporcionarle efectividad a los instrumentos jurídicos;
- y hasta es posible que unas "ideologías" (por menos defendibles que ellas sean científicamente), o en general la manipulación propagandística, tengan mayor *eficacia* que cualquier análisis científico.

Las limitaciones de nuestro estudio son manifiestas si lo comparamos, por ejemplo, con un programa de investigación que consiguiera abarcar todo lo siguiente:

"Un enfoque transcultural debe incorporar cuatro elementos de comparación: 1) el estatus de la ley y de la doctrina judicial; 2) las condiciones sociales generales que tienden a afectar la libertad de expresión [u otros derechos humanos]; 3) las pautas de comportamiento y la conciencia de los derechos en el país en cuestión; y 4) los presupuestos teóricos de la democracia constitucional en cualquier momento y lugar. Se entiende por presupuestos teóricos aquellos principios subyacentes que de hecho casi siempre se dan por sentados en un sistema social determinado" (BEER, p. 127).

Para los efectos prácticos alcanzables por intermedio de la presente Investigación, esta se encuentra sujeta a todos los límites que suele tener el conocimiento *científico* sobre la conducta de los hombres (*supra*, § 4.II). El concebir unos "derechos humanos" forma parte de ideologías políticas,

---

(24) "La transformación que la Constitución ha experimentado en su función social, convirtiéndose de un programa político de acción en un mero estatus de organización, corresponde no solo a una transformación de las necesidades recogidas en ella sino, en gran medida, a una separación de importantes complejos de necesidades, de su satisfacción institucional en una Constitución" (SCHELKY, *El hombre...*, p. 54).

cuya puesta en práctica depende de su asimilación por el pensamiento y la voluntad de operadores sociales que dispongan de "fuerza" social suficiente como para actuar (o no) según ellas, y esto según la manera en que dichos operadores *interpretan* la ideología en cuestión. Pero el ámbito de la ciencia y el de la ideología nunca se identifican, aunque eventualmente puedan llegar a establecer puntos de contacto; aquella tiene una meta intelectual, mientras que esta se centra en puntos de vista emotivo-valorativos. De ahí, la limitada "eficacia" de la primera en el terreno propio de la segunda (*supra*, §§ 4.II y 9.I).

Nadie ignora, aunque en el discurso jurídico no resulte común oírlo, que la *voluntad* política es determinante para la realización de cualesquiera derechos. Ningún instrumento jurídico tiene fuerza por sí mismo, ninguna violación basta con denunciarla para evitar que sea mantenida o se repita. El conocimiento científico acerca de las condiciones —jurídicas y extrajurídicas— para hacer efectivos derechos humanos no tiene eficacia sino en manos de quien esté *dispuesto* a dejarse guiar por él, y que además tenga el poder de hacerlo. Ni el presente estudio, ni ningún otro tampoco, se hallan en condiciones de asegurar que esa voluntad política se dé. Mas tampoco está descartado, aunque es contingente, que el conocimiento científico se constituya, llegado el caso, en *uno* de los factores que consigan influir, de una u otra manera, en el pensamiento de protagonistas del quehacer político-social. Tal vez esa contingencia pueda llegar a darse también en países de América Latina.

Cabe subrayar, por otro lado, que nuestro estudio sobre vías jurídicas para la protección de los derechos humanos se ubica, por su carácter heurístico y de referencia continental, en un plano de menor detallismo que el que correspondería a exámenes dedicados particularmente a la situación de un cierto país y para un momento dado (por ejemplo, cuando en ese país se está preparando una próxima reforma constitucional). Ello hace que los conocien-

tos que esta obra trata de divulgar, aunque se apoyen en ejemplos de disposiciones constitucionales o situaciones propias de tal o cual país, presenten cierto nivel de *generalidad*, indispensable para que tales conocimientos puedan aplicarse, llegado el caso, en distintos países. En eso reside su valor heurístico: que alcancen la generalidad necesaria como para ser utilizables en una amplia pluralidad de situaciones específicas, aun cuando ellos no basten por sí solos para resolverlas en todos los detalles. Al aplicar esa guía general a países dados, habrá que manejar el "arte" jurídico de adecuar heurísticamente tales conocimientos a las circunstancias.

Dicho nivel de abstracción no constituye, pues, un "defecto" de nuestro estudio, sino antes bien un requisito para alcanzar sus objetivos, incluso los de orden práctico. ¡También estos son generales! La condición misma de todo saber científico es, por lo demás, su característica de estar estructurado en torno de nociones más o menos abstractas, la conformación *teórica* de su discurso. Pero aunque es cierto que no existe ninguna ciencia sin teoría, hay disciplinas —como el Derecho— en que la teoría, aunque indispensable, no logra ser tan completa como para permitir que, a partir de ella, se resuelvan en forma automática la totalidad o la mayoría de las cuestiones relativas a su aplicación corriente. Tal el caso, también, de los elementos teóricos diseminados a lo largo de la presente obra. Ella trata de proporcionar una base heurística para la reflexión jurídica en la materia de la protección constitucional de los derechos humanos; pero esa base deberá ser desarrollada, en cada caso de reforma constitucional (por ejemplo), con vistas a las circunstancias específicas del país en que esos conocimientos quieran ser aplicados. Solo así se conseguirá delinear unos instrumentos normativo-constitucionales eficaces para proteger derechos humanos dentro de las posibilidades que se dan en *ese* país.

## III

Sintetizamos algunas ideas centrales de lo expuesto en la presente Sección:

*Conceptos fundamentales.*— Llamamos *derecho humano* a cada uno de los consignados como tal en los Instrumentos. Los entenderemos en el sentido de la “dogmática jushumanista” y, dentro de esta, según aquellas versiones que reconocen cada derecho en su forma más “íntegra”. También es de acuerdo con dicho tipo de sentidos como interpretaremos, en general, las categorías básicas de esa dogmática: Estado de Derecho, democracia, etc. Por lo que en especial se refiere al término *Constitución*, llamamos así a la Carta jurídica de supremo rango interno en un Estado, cualquiera sea su ideología política y el tipo de instituciones en que esta haya sido formalizada como Derecho. Tanto para el concepto de “derechos humanos” como para el de “Constitución”, e incluso para los demás, los significados por que optamos son definiciones nominales, delimitadas estipulativamente a partir de una base lexicográfica que presenta señaladas indeterminaciones semánticas.

*Hipótesis básica.*— Lo jurídico —por ejemplo, el Derecho Constitucional— puede operar como un fenómeno de mediación (lingüística) capaz de tener efectos reales, de inhibición o de impulso, para la práctica de derechos humanos.

*Orientación general.*— Se toman en cuenta los tres planos —ideal internacional positivizado en Pactos, Derecho positivo interno (especialmente el de nivel constitucional), realización práctica (judicial y extrajudicial)— en que se presentan los derechos humanos, pero eligiendo como eje del estudio la mediación que ejerce el discurso del Derecho Constitucional. El lenguaje de este será analizado con vistas a poner sobre todo de manifiesto su dimensión pragmática, esto es, para subrayar los modelos jurídicos nor-

mativos que son, o pueden llegar a ser, heurísticamente más fértiles en la comunicación dirigida a promover y a proteger la *praxis* de derechos humanos. Ese examen se realizará tratando de no caer en los escapismos exegéticos y el dogmatismo que comúnmente presentan las aproximaciones normativistas al Derecho de la materia.

*Alcance práctico.*— Se intenta poner de manifiesto aquello en que el Derecho Constitucional latinoamericano puede contribuir a favorecer o entabrar la protección *real* de los derechos humanos, para tratar de promover lo primero y alertar sobre lo segundo. Aun cuando, con tal finalidad, destacaremos modelos normativos para el discurso constitucional, no se presupone que la efectividad de estos depende únicamente de su justeza técnica, una vez que lo gran formar parte de un texto constitucional. Tampoco son decisivos por sí solos los conocimientos científicos —jurídicos y extrajurídicos— que se alcance en la materia, sino que la efectividad de toda normativa depende también de un cúmulo de otros factores político-sociales (que no podrán ser señalados sino de manera lateral en nuestro estudio).

*Alcance científico.*— Nuestro trabajo se orienta, *mutatis mutandis*, en un sentido análogo a propósitos que ETZIONI, por ejemplo, ha señalado para el suyo —aunque en el caso del nuestro, tanto su temática como su "élan" intelectual sean, como es obvio, señaladamente más modestos—:

*"Lo que hemos intentado hacer es: 1) ofrecer proposiciones en un nivel tal que facilite la verificación... 2) emplear términos relativamente operativos, para los cuales se han especificado ya, o pueden determinarse prontamente, indicadores empíricos"* (p. XIII).

Solo que, por nuestra parte, tal intento lo llevamos a cabo con unas bases metodológicas que son más afines a la

concepción *analítica* de las ciencias que a tendencias de la teoría social conocidas como sistémicas. Pero, sea como sea, también a nosotros nos consta que:

*"Las teorías son producto de esfuerzos colectivos. La nueva [en la medida en que la nuestra lo fuere] teoría propuesta aquí tiene muchas raíces en el pasado, que citamos; por tanto, en el mejor de los casos solo es parcialmente nueva. Además, como todas las teorías, es esencialmente incompleta; ha de ser revisada y ampliada de continuo. Sobre todo, la fuerza de las proposiciones que esta teoría origina ha de probarse todavía en la investigación empírica y en la acción social. En resumen, este empeño es solo un eslabón de una cadena sin fin"* (ibid., p. XIV).

## Sección B): ORGANIZACION DE LA TEMATICA

## § 14. Plano del examen

Para obtener conocimientos que puedan ser aplicados con vistas a *mejorar* la protección constitucional de los derechos humanos, habrá que determinar los tipos principales de problemas jurídicos a que esa protección se enfrenta: (a) ver cómo y en qué medida se trata de insuficiencias de los instrumentos jurídicos *mismos*, (b) ver cómo y en qué medida esas insuficiencias podrían ser superadas mediante *técnicas* del Derecho (tipos de ordenación jurídica ya conocidos o nuevos). El punto (a) corresponde al "diagnóstico", el (b) a la "terapia" (*supra*, § 4.I *in limine*).

Esos dos puntos se hallan muy interrelacionados, pero puede importar distinguirlos porque:

- *a* es un presupuesto de *b*, en la medida en que el segundo haya de ser planteado científicamente, pero *b* no es un presupuesto de *a*;
- *a* resulta de los materiales disponibles (textos normativos, jurisprudencia, dogmática), en función de los cuales se puede llegar a conocimientos sobre lo que ya *es*, mientras que *b* habrá que "idearlo" en buena medida, como un *deber-ser* prepositivo;
- la viabilidad de *b* depende de la presencia de voluntades políticas y de otras circunstancias fácticas, que solo eventualmente se dan, por lo cual no admite que de antemano se establezcan sino sugerencias de orden muy general, las que solo ante situaciones específicas de un país dado pueden ser concretadas con mayor detalle.

Por tanto, en la medida en que el "diagnóstico" y la "terapia" quieran ser generales, vale decir, aplicables a *más de un* país latinoamericano, tendrán que consistir en *principios*: soluciones más o menos abstractas, pues. Las soluciones específicas, para *un* país determinado, no podrán "deducirse" de aquellos principios, desde luego. Sin embargo, es fundamental que estos sean tomados en consideración, heurísticamente. El énfasis principal tendremos que ponerlo en la delineación de los *principios*, pues no es sino con base en ellos como se puede proceder científicamente al análisis de distintas Constituciones vigentes, así como a elaborar o evaluar posibles reformas constitucionales, y en general contribuir a la difusión (enseñanza) de una doctrina coherente de los derechos humanos. Solo la tematización de tales principios permite establecer y llevar adelante, cuando las circunstancias son propicias, un marco jurídico adecuado para esos derechos.

## § 15. Indicadores

### SUMARIO:

- I. Indicadores: su concepto, rubros temáticos.
- II. Muestra de países.

### I

En los capítulos IV a IX, luego de efectuar una presentación general sobre el papel de los *conceptos indeterminados* en el lenguaje de los derechos humanos (cap.

III), examinaremos algunos *indicadores* que consideramos centrales para aquilatar la protección constitucional de tales derechos. Cada uno de los seis grandes temas que a ese título enfocaremos permite destacar, en su seno, ciertas ideas directrices que pueden servir como principios básicos para "detectar" los puntos neurálgicos de las Constituciones en la materia. Esos principios, que por su naturaleza misma formularemos en el nivel de generalidad que les permite servir como tales, están en condiciones de desempeñar, así, un papel *heurístico* fundamental para análisis más particulares. En cada uno de dichos capítulos trataremos de presentar un panorama de las principales dificultades y soluciones que, de manera general, se plantean en relación con el respectivo sector de la problemática jurídica de los derechos humanos, sobre todo encarándola desde el ángulo de una dogmática capaz de configurar un discurso pragmáticamente adecuado con vistas a protegerlos.

En realidad, nuestros "indicadores" no ofrecen un grado satisfactorio de precisión científica. Por "indicador" se puede entender, según una acepción corriente en el lenguaje científico, la indicación de un tipo determinado de datos empíricos accesibles a observaciones directas, y que sirvan como señal de algo que resulta más difícil observar directamente o que, incluso, podría no ser susceptible de observación directa alguna. Así, un indicador desempeña el papel de tal en el conocimiento científico cuando: a) aquel es *intersubjetivamente* observable, allí donde se hace presente; y b) existe cierta *nomológica* correlación empírica, comprobada por métodos científicos, entre dicho indicador y aquello que se supone que él "indica". Ahora bien, los "indicadores" que nosotros consideraremos no satisfacen demasiado esas exigencias, porque: a) ellos mismos no están *definidos* en forma suficientemente precisa, y ni siquiera lo están aquellas "cosas" (derechos humanos) de que darían testimonio; b) no disponemos de un previo saber nomológico, científicamente estructurado, en cuanto a que ellos guarden con la *práctica* de los derechos humanos las relaciones que adelantamos como hipótesis, ni tampoco hemos podido someter a rigurosas pruebas empíricas tales hipótesis en nuestra propia Investigación. Quiere decir que estos "indicadores" tienen simplemente el nivel *heurístico* que, según subrayamos (*supra*, § 6.I), caracteriza en general los desarrollos de este libro. (Sobre el concepto de "indicador" en el lenguaje científico, cf. OPP,

*Methodologie...*, # 26, esp. p. 132 ss.; los "indicadores" a que nosotros nos referimos tendrían que ver más bien con la segunda acepción allí indicada, p. 133 *in fine* y 134.)

Nuestro primer indicador se refiere a los alcances que tiene el marco jurídico-positivo más general elegido para esta Investigación: la *dimensión internacional* de los derechos humanos, en su relación con la normativa de las Constituciones (cap. IV).

Luego serán enfocados dos tipos de condiciones fundamentales para que en todo momento, es decir, tanto en períodos normales como anormales de la vida de un país, puedan entrar en juego los instrumentos jurídicos capaces de otorgar real protección interna a los derechos humanos. Esos dos indicadores son: aspectos básicos para el funcionamiento del *Poder Judicial* (cap. V), y alcances de la responsabilidad que le cabe a los *funcionarios estatales* por violaciones suyas a los derechos humanos (cap. VI).

Después abordaremos específicamente el caso más extremo, por su peligrosidad, del uso de conceptos indeterminados al formular las disposiciones jurídicas que regulan la actuación de las autoridades respecto a derechos humanos. Como en América Latina la manipulación de tales conceptos es un hecho no menos extendido que peligroso, particularmente con base en la idea de Seguridad Nacional (o Seguridad del Estado) y sobre todo en lo que se conoce como *estados de excepción*, a este último instituto se refiere nuestro cuarto indicador (cap. VII).

Como quinto indicador se tomará lo que constituye, acaso, el "síntoma" de orden más general respecto a las garantías que en materia de derechos humanos se otorgan en un país: la medida en que, en ese medio, esté jurídicamente asegurado el *derecho de expresar* públicamente toda clase de pensamientos, en especial los de ideologías opuestas a la de las autoridades, y la facultad de difundir

públicamente (y criticar) cualquier actuación de cualquier autoridad estatal —con la excepción, si se quiere, de secretos de Estado estrictamente militares y de ciertos datos relativos a la “imagen” de particulares— (cap. VIII).

Será considerada también la cuestión de los llamados derechos “económicos, sociales y culturales”, aunque principalmente desde el ángulo de los primeros. Respecto a tales *derechos económicos* tomaremos como un indicador, en particular, la medida en que está garantizado el derecho de sindicación y el de huelga (cap. IX). En el mismo capítulo nos preguntaremos, también, si existe realmente una oposición entre la efectividad de aquellos derechos y la práctica de la más amplia libertad de expresión.

Al final, en el Epílogo, retomaremos todavía algunos de los puntos anteriores, para complementarlos con sugerencias de orden prospectivo: ideas sobre posibles formas de *mejorar* algunos aspectos de la *protección* jurídica constitucional de los derechos humanos (cap. X) y sobre *renovaciones* relativos a la *enseñanza* de estos (cap. XI).

## II

No estando a nuestro alcance proceder al análisis de *todas* las Constituciones vigentes en América Latina, así como tampoco era posible examinar *todos* los ángulos que en una Constitución interesan a la problemática de los derechos humanos, debimos resolver un doble juego de opciones: una selección de *países* y una selección de *temas*. Además, naturalmente, nuestro examen de cada Constitución se ve circunscrito por las limitaciones generales de nuestra aproximación señaladas más atrás (cf. *supra*, esp. §§ 4, 6 y 13; *vid. también infra*, § 16.I).

Para elegir los países cuyas Constituciones habrían de ser analizadas, no encontramos solución mejor —también por razones de orden material (financieras, tiempo, accesibilidad de las fuentes de información, etc.)— que decidirnos a confeccionar una muestra *por juicio*, a pesar de todos los inconvenientes que tal solución tiene. Para integrar dicha muestra<sup>(\*)</sup>, tuvimos en cuenta los siguientes criterios básicos:

- conveniencia de seleccionar una cantidad no demasiado baja de Constituciones (diez), para tener mejores posibilidades de encontrar allí representadas las principales tendencias en la materia;
- tratar de que, según nuestros conocimientos generales del panorama que al respecto presenta América Latina, la selección contuviera ejemplos típicos de orientaciones constitucionales distintas;
- manejar Constituciones que ofrecen cierto grado de efectividad en el país respectivo;
- no presuponer que cada una de las elegidas tendrá determinado valor (numérico) proporcional, en relación con la totalidad de la muestra, sino tomar las disposiciones de cada una como representativas de conocidas tendencias que —según es notorio (sin necesidad de asignar "cifras")— juegan su importante papel en la protección o desprotección jurídica de los derechos humanos en nuestro Continente;
- privilegiar en número de representadas a Constituciones de orientación pluralista, ya que, de acuerdo con nuestros objetivos, el principal interés del examen es

---

(\*) Téngase presente, también, que la muestra tuvo que ser decidida ya al comienzo de la Investigación, vale decir, en mayo de 1982: cf. *supra*, Referencias, # 1.

destacar las mejores soluciones normativas en la materia, con el propósito de promoverlas en la medida de lo posible;

- y como nuestro estudio no es de orden estadístico, ni en general apunta a la obtención de conocimientos de tipo estrictamente nomológico-sociológico, sino que su orientación es ante todo heurístico-normativa, pensamos que los "sesgos" de la muestra seleccionada pueden no revestir, aquí, importancia primordial.

La mitad de dicha muestra la integran, pues, cinco Constituciones cuyos textos están entre los más *democrático-liberales* del área latinoamericana en la actualidad. Dos de ellas fueron sancionadas en fecha reciente: Honduras (1982) y Perú (1979). Otras dos son de data más antigua: Costa Rica (1949) y, sobre todo, Colombia (1886)<sup>(25)</sup>. La restante se encuentra algo así como a medio camino, en antigüedad, entre los dos grupos precedentes: Venezuela (1961). Estas cinco Cartas nos permitirán apreciar, con suficiente variedad, las soluciones constitucionales más favorables —o, en todo caso, las menos desfavorables— al otorgamiento de ciertas grandes líneas de protección jurídica para los derechos humanos. Nos permitirán asimismo subrayar las insuficiencias de que, aun allí, adolece dicha protección<sup>(26)</sup>.

Como representativas, por su parte, de la cristalización constitucional de tendencias que consagran unos modelos

---

(25) Si bien la Constitución colombiana sigue estando todavía basada en su texto de 1886, a este se le fueron introduciendo numerosas reformas con el correr del tiempo, la última de las cuales es de 1968. En 1979 hubo otra reforma más, que abarcaba numerosos artículos, pero quedó finalmente sin efecto.

(26) Al hablar de "insuficiencias", en *este* contexto, no nos referimos sino a las que resultan de la formulación de las disposiciones constitucionales *mismas*, en su nivel semántico. Otra cosa sería, desde luego, averiguar lo que pasa en la dimensión pragmática de ese lenguaje, vale decir, ver si (y en qué medida) este ampara afectaciones de derechos humanos que se dan en la realidad o si

manifiestamente *autoritarios* de organización estatal, con garantías muy endeblés o inexistentes para la defensa de los derechos humanos frente a los gobernantes, hemos ele-

---

tienen lugar simplemente al margen de él. Así, es notorio que tres de esas Constituciones no han podido impedir, en los países respectivos, graves y numerosas violaciones de derechos fundamentales: sobre Colombia, cf. el Informe de la CIDH; respecto a Honduras, cf. AMERICAS WATCH *et al.*; en cuanto al Perú, el terrorismo ejercido por fuerzas policiales y del ejército, sobre todo en ciertas zonas del país, ha ido *in crescendo* al compás del que también ejerce, por su lado, la organización revolucionaria Sendero Luminoso. Este último país, por ejemplo, no ha conseguido escapar al terrorismo de Estado, a pesar de tener una Constitución que, por cierto, no lo propicia:

"Quinientos muertos en un mes. La escalada de la violencia es brutal, aun si, como lo señala el presidente BELAÜNDE, esa violencia 'afecta a una región que no representa sino el 3% del territorio y el 3% de la población' (*Le Monde*-selection hebdomadaire/Edition internationale, N° 1869, 23-29 de agosto de 1984, p. 3, artículo titulado "Pérou. Le pays est entré dans le cercle infernal subversion-répression-militarisation"; la cita es de la col. 4).

"Matanzas 'como ejemplo', masacres de campesinos, 'desapariciones', ejecuciones sumarias luego de 'juicios populares', descubrimientos cada vez más frecuentes de fosas comunes: el Perú se precipita en una violencia sin salida. (...) El gobierno es interpelado sobre el respeto de los derechos humanos y de la Constitución. Varias decenas de cadáveres, desfigurados y a veces llevando marcas de tortura, han sido descubiertas en varias fosas comunes desde mediados de setiembre, la mayoría en la región de Ayacucho. Víctimas de los senderistas, según las autoridades. Una versión impugnada, en ciertos casos, por parientes cercanos de 'desaparecidos' o de 'sospechosos', detenidos por hombres armados que decían actuar en nombre de las autoridades locales" (*Ibid.*, N° 1874, 27 de setiembre al 3 de octubre de 1984, p. 4, artículo titulado: "Massacres, disparitions, tortures... Le Pérou sombre dans la violence"; las citas son de las cols. 4 y 6). Cf. también el *Boletín Informativo* de AMNISTÍA INTERNACIONAL de Febrero de 1985, Volumen VIII - N° 2, p. 1, informe titulado "Atrocidades en Perú".

Por supuesto que la culpa de esto no la tiene la *Constitución* peruana, del mismo modo que tampoco la tienen, por su lado, las de Brasil, Guatemala, El Salvador, etc. Por otra parte, también puede ocurrir que, en un país, ciertos derechos humanos se encuentren realmente *menos* afectados de lo que autorizaría tal o cual precepto constitucional o la falta de uno que los defienda: cf., por ejemplo, los comentarios sobre Costa Rica recogidos *supra*, § 4.III.3. (De una manera más general, sobre las limitaciones de nuestro examen cf. *infra*, § 16.I.)

gido dos Constituciones: Cuba (1976)<sup>(27)</sup> y Chile (1980). Si bien los objetivos de ambas no son propiamente los mismos, pues se enfrentan en el plano de la ideología política y también en el de la estructura social que les sirve como base, empero resulta bastante similar su sentido en cuanto a la desprotección en que dejan a los individuos ante las autoridades, sobre todo frente a *cualquier* decisión de los más altos jerarcas del aparato estatal.

Los otros tres países han sido seleccionados por presentar, cada uno de ellos, ciertas *particularidades* que vale la pena tener en cuenta, pues singularizan un tanto a sus Constituciones frente a los dos grupos anteriores. Brasil nos presenta el caso de una Constitución (1969)<sup>(28)</sup> que, sin

---

(27) La Constitución cubana representa prácticamente la única posibilidad de tener en cuenta aquí un modelo leninista-stalinista. El otro ejemplo en que podría pensarse, el régimen nicaragüense, todavía no tiene una Carta constitucional, y además no ha terminado aún de completar en todos sus detalles el síndrome de organización estatal típico de aquel modelo (es probable que no demore mucho en hacerlo luego de las "elecciones" escenificadas en noviembre de 1984). De todos modos, para no limitar solo a Cuba nuestras referencias a dicho modelo institucional, en ocasiones haremos referencia también a uno de los instrumentos jurídicos básicos del actual ordenamiento nicaragüense: la *Ley sobre el Mantenimiento del Orden y Seguridad Pública* (1979, con reformas posteriores). [El 15 de octubre de 1985 fueron cancelados los últimos, y ya muy escasos, vestigios de libertades públicas que aún toleraba el gobierno militar nicaragüense.]

(28) En 1964, las Fuerzas Armadas brasileñas protagonizaron un golpe de Estado que derrocó al gobierno constitucional de ese país. La Constitución que entonces se hallaba vigente, de 1946, fue más tarde sustituida por otra, emanada del gobierno militar, en 1967. Mas esta, a su vez, pronto fue reemplazada por una nueva, dictada en la primera de una serie de Enmiendas Constitucionales: *Emenda Constitucional* N° 1, del 17 de octubre de 1969. Sucesivas Enmiendas Constitucionales, hasta llegar a la N° 22 (22 de junio de 1982), introdujeron ulteriormente modificaciones y complementaciones al texto que se había establecido en la N° 1. *Vid.* también el sitio señalado en la n. que sigue. — *Advertencia:* nos referimos a la Constitución *federal* del Brasil; y de ella no examinaremos sino competencias de la Federación *misma* (no las de cada uno de los Estados federados), respecto a derechos humanos.

perjuicio de registrar aspectos que la inclinan hacia las del segundo grupo (en especial hacia la chilena), también contiene elementos que eventualmente pueden resultar favorables en un proceso de democratización, sobre todo por las Enmiendas Constitucionales más recientes, las producidas a partir de 1978. La situación jurídica del Uruguay representa, si se quiere, el caso inverso: una Constitución de corte democrático-liberal (1967) —incluso de las más avanzadas, en algunos aspectos, desde ese ángulo—, a la cual luego se le han ido introduciendo modificaciones, expresas o tácitas, por medio de Actos Institucionales<sup>(29)</sup> que le hacen perder aquel carácter. Finalmente, hemos escogido también la Constitución mexicana, que es singular en varios aspectos: por la antigüedad de su texto básico (1917)<sup>(30)</sup>, por su eclecticismo —es a la vez liberal y autoritaria, extremadamente nacionalista, muy pormenorizada en materia de derechos económicos-sociales, etc.—, por su desusado detallismo, etc.

### *Discusión.—*

Tratándose de una muestra por juicio, no es aventurado pensar que unos u otros de los países elegidos hubieran podido ser sustituidos con ventaja, o en todo caso sin desventaja, por

---

(29) Sobre la naturaleza de los Actos Institucionales, cf. *infra*, § 23.I *in fine*. En el Uruguay, el Acto Institucional N° 1 fue dictado en 1976, vale decir, tres años después del golpe de Estado mediante el cual fueron disueltas las Cámaras legislativas (27 de junio de 1973). Hasta agosto de 1983 habían sido dictados un total de catorce Actos. [Para el presente libro no ha sido posible tener en cuenta el ulterior proceso de democratización que dio lugar a las elecciones del 25 de noviembre de 1984: cf. *Referencias*, # 1.]

(30) La Constitución mexicana ha tenido numerosos cambios (modificación de textos, supresiones, agregados) desde 1917 a 1980. Se trata de una Constitución federal; también respecto a ella, pues, no examinaremos sino lo que se refiere a competencias de la *Federación*, en cuestiones concernientes a la normativa de derechos humanos.

otros. De ahí que unas observaciones como las siguientes, formuladas por GARCIA B. en la Reunión II, desde luego que pueden ser aceptables:

"Yo no estoy de acuerdo, por ejemplo, con el muestreo. Pienso que, para hacer un muestreo, hay que elaborar diversos criterios. En mi trabajo sobre los regímenes de excepción [cf. *infra*, cap. VII, n. 2] me vi también en el mismo problema en que se vio el Redactor General, el de ver qué países escoger. Porque todos no pueden ser: hay más notorios y significativos; y, encima, no todos tienen Constituciones. Así que hay una serie de limitaciones muy evidentes.

"Coincido con él en todos los escogidos, menos en dos: Uruguay y Honduras. Por eso he puesto dos que él no ha puesto, y que son importantes. Uno de ellos es la Argentina, que, si bien ha tenido un régimen militar, o más o menos, durante los últimos veinte años, es un país con una gran riqueza, un gran potencial, una gran experiencia política, un gran bagaje cultural y un ineludible bagaje jurídico a nivel de América Latina; aparte de que tiene una Constitución ejemplar y la más antigua del Continente. Ahora, que en la práctica se violen los derechos humanos en ese país, ese es otro problema; pero, decididamente, es un ejemplo la Argentina. Y el otro país es el Ecuador, al cual he tomado en consideración por dos razones: primero, porque es un régimen democrático, claro que con las limitaciones propias de todos los países del área andina; y segundo, porque tiene una Constitución muy novedosa, con un Tribunal de Garantías Constitucionales, etc. En fin, comprendo que los muestreos son siempre convencionales y quizá hasta arbitrarios, pero he ahí mi punto de vista".

Por nuestra parte, y sin perjuicio de reconocer que hubiera sido atinado tomar en cuenta las dos Constituciones que señala GARCIA B., consideramos del caso efectuar tres puntualizaciones. 1) No creemos que, desde el punto de vista del propio contenido de la Constitución y del nivel de la doctrina jurídica, y mucho menos si se considera la tradición de la *práctica* democrática misma, hubiera representado una ventaja sensible sustituir a Uruguay por Argentina; sin perjuicio de aceptar que, en cuanto al "peso" político internacional, indudablemente es mayor el de la Argentina. 2) Tampoco creemos que hubiera sido oportuno prescindir de la Constitución hondureña, que en el plano de la *formulación* de derechos humanos es tal vez la

inás avanzada del Continente, y en todo caso una de las más nuevas. 3) Estamos de acuerdo, en cambio, en que hubiera sido ventajoso estudiar también la Constitución del Ecuador, tal vez en lugar de la colombiana, a pesar de que en aquel país parece estarse produciendo ya [1985] un serio proceso de *desdemocratización*.

Y sería interesante, desde luego, examinar también ciertos otros tipos de situaciones: por ejemplo, la normativa constitucional (o su equivalente) de lo que podría denominarse unas "dictaduras vergonzantes", como es el caso de Panamá o el de Nicaragua —países donde son los altos jefes militares quienes designan al Presidente, pero consideran oportuno montar simulacros de elecciones para darle su investidura oficial—. A algunos de esos otros países nos referiremos, de todos modos, al pasar.

En cuanto a la selección de temas, fundamentalmente estudiaremos los *indicadores* que hemos señalado (*supra*, I), sobre todo teniendo en cuenta las pautas heurísticas que se indicarán en cada uno de los capítulos respectivos. Esos temas serán objeto de un examen particularizado, tomando como base lo que al respecto disponen las Constituciones escogidas.

Por último, cabe formular la advertencia de que, si a lo largo de la obra ocurre que se mencione mayor cantidad de ejemplos tomados de ciertos países, a menudo esto se debe (cuando son datos que están más allá del texto constitucional) a la fortuita circunstancia de que el Redactor General ha tenido, simplemente por su experiencia personal, más oportunidad de enterarse respecto a aquellos —por ejemplo, sobre Costa Rica— que en cuanto a otros países; cf. también *infra*, n. 31. A dichos ejemplos no debe dársele, pues, alcance mayor que el que tienen: no, en todo caso, el de pretender afirmar que lo allí señalado se da *sólo* en el país que ocasionalmente se menciona.

## § 16. Semántica constitucional (el problema de la interpretación)

### SUMARIO:

- I. Tres limitaciones básicas del enfoque; multiplicidad y unilateralidad de las interpretaciones, intérpretes autorizados.
- II. Criterios semánticos de escogimiento, a partir de una conciencia lingüística profesional; sentido de las observaciones sobre indeterminación de textos constitucionales.
- III. La institucionalidad democrático-pluralista como determinante de interpretaciones "menos peligrosas"; concepto (schumpeteriano) de democracia pluralista, cuasi democracias y autocracias; Estado de Derecho.
- IV. Discusión general.

### I

A lo largo de toda esta obra enfocaremos cuestiones que guardan relación con la *semántica* del discurso constitucional. Incluso, varios capítulos tienen un respectivo Apéndice(\*) donde se da cuenta más detallada de la regulación que sobre el correspondiente indicador presenta cada una de las Constituciones examinadas. Ahora bien, estudiar las disposiciones constitucionales, y también las internacionales

---

(\*) Para abreviar la presente edición, en ella insertamos solo dos de los Apéndices (caps. III y VI); los restantes (que corresponden a los caps. IV, V, VII, VIII y IX) se publican en la *Revista Judicial* de Costa Rica, Nos. 35 (dic. 1985) a 39 (dic. 1986). Sin embargo, mantenemos aquí todas las remisiones a sitios de esos Apéndices (a su texto principal y a sus notas), incluso a aquellos que no se encuentran en esta edición; para facilitarle al lector la localización de dichos sitios, en caso de que los busque, allí donde debía estar cada uno de los Apéndices suprimidos hemos dejado su índice analítico e indicamos también el respectivo número de la *Revista Judicial*. Si llega a publicarse el tomo IV de esta obra, tal vez en él sea posible incluir los Apéndices que ahora fue necesario dejar de lado. [Expresamos nuestro especial agradecimiento al Director de la mencionada Revista, Víctor PÉREZ VARGAS (Universidad de Costa Rica), por dar a conocer allí esas partes de nuestra Investigación.]

les, significa ofrecer una *interpretación* del sentido de esos textos; en esto justamente consiste su semántica. Pero todo texto jurídico puede ser interpretado desde muy variados puntos de vista, en relación o no con tales o cuales otros textos jurídicos, y en general con tales o cuales discursos (jurídicos o no). Nuestra versión semántica no pretenderá ser, pues, *la* interpretación de aquellos textos, sino *una* de las interpretaciones posibles, la que nos interesa destacar; adolecerá pues, como cualquier otra interpretación, de cierta unilateralidad, sobre todo en algunos casos.

Pero aun dejando aparte dicha circunstancia, importa subrayar algunas otras *limitaciones* fundamentales de nuestra aproximación semántica, señaladamente de la presentada en los Apéndices (también diremos por qué, a pesar de ellas, consideramos que vale la pena efectuarla). Se trata, ante todo, de las siguientes:

- Primera limitación: ese examen queda confinado al ámbito del discurso *constitucional*, el cual no representa sino *uno* de los segmentos del discurso jurídico que en el Derecho positivo interno se aplica a cuestiones de derechos humanos (dejamos sin considerar, pues: la legislación ordinaria, los reglamentos administrativos, etc.).
- Segunda limitación: tal examen, además, no tematiza otra cosa que aspectos de la *semántica* de dicho discurso (no sus dimensiones pragmáticas).
- Tercera limitación: dentro de este ámbito, el de la semántica constitucional, se estudia allí solo *una* de sus vertientes, el texto constitucional *mismo*, no la doctrina ni la jurisprudencia relativas a cada Constitución. (Doctrina y jurisprudencia son dos fuentes que conforman, sin duda, decisivos elementos complementarios de *mediación* para "encoger" las elasticidades semánticas del articulado constitucional, sobre todo en el paso al nivel pragmático de este discurso jurídico a

la hora de hacer real la protección o desprotección de unos derechos humanos<sup>(31)</sup>.)

Estas limitaciones implican que nuestro examen semántico de la Constitución no ofrecerá sino aspectos de una "pieza" de ese complejo "rompecabezas" que es la normativa *realmente* aplicada a los derechos humanos. Y hasta dicha "pieza" suele revelar, ella misma, elasticidades semánticas que permiten entenderla de modos distintos. Tales elasticidades, sin embargo, no son ilimitadas. De lo contrario, habría que concluir que es indiferente la existencia o no de una regulación constitucional de los derechos humanos, y que, cuando la hay, para la práctica de esos derechos tanto da que en la Constitución esté escrita una cosa como cualquier otra. Pero difícilmente habrá algún jurista, sea del credo político que fuere, que sostenga eso. Significa, por tanto, reconocerle *cierto* "peso" semántico propio a los textos constitucionales, o en todo caso a algunos de ellos; "peso" que, desde luego, puede ser mayor o menor, y eventualmente hallarse contrabalanceado (o hasta anulado) por el "peso" de otras fuentes jurídicas, según los casos.

Ahora bien, si dicho "peso" constituye, en el grado que fuere, un vector para las decisiones jurídicas, habrá que ver cuál es su *propio* contenido, o sea, admitir que su elasticidad no es infinita. Ese es el punto de que se ocupa nuestra semántica constitucional. Ella tratará de hacer patente virtualidades normativas de las disposiciones examinadas, detectar *grados* de su elasticidad, lo cual tiene su significación para todos aquellos ordenamientos jurídicos donde las normas constitucionales no son letra muerta. Solo partiendo de tal presupuesto cab. distinguir entre Constituciones "mejores" y Constituciones "peores", desde el punto

---

(31) Para examinar esa doctrina y esa jurisprudencia hubiera sido necesario efectuar unos estudios *sur place*, esto es, trasladándose a cada uno de los países en cuestión. Esa posibilidad no le fue proporcionada al Redactor General.

de vista de los derechos humanos. Es más: ni siquiera podría hablarse de un Derecho *Constitucional*, como rama jurídica, si no ha de tomarse como eje de referencia, allí, cuestiones relativas a la semántica de las Constituciones *mismas*. Claro que dicha disciplina puede, y debe, utilizar esa semántica como punto de partida también para estudios que *no* se agotan en esta misma.



La incompletud de cualquier semántica constitucional, en cuanto a que de ella *sola* no conseguirá inferirse el Derecho "viviente" de un país dado, ni siquiera para aquellos renglones regulados por los propios preceptos de la Constitución, no es una característica peculiar de dicha rama. Afecta también, en todos los grados imaginables, al resto de la normativa del Derecho positivo. Ya BÜLOW hacía notar, en 1885, que

*"la unidad de la declaración de voluntad legislativa se limita a la expresión verbal. ¡Bajo el engañoso velo de la misma letra de la ley yace oculta una multiplicidad de opiniones jurídicas y orientaciones de la voluntad jurídica! Cuál de ellas sea la correcta, sobre eso la ley no se pronuncia. Es al juez a quien le queda encomendado extraer una unidad interna de aquella multiplicidad, o más bien, elegir la determinación jurídica que le parezca la promedialmente más correcta"* (p. 127-128).

Por ello, subrayaba BÜLOW que no se debía caer en la falsa concepción de equiparar el tipo de "juicio" que es la sentencia del juez con el "juicio" en el sentido que este término tiene en el campo de la lógica (p. 110 y 131)<sup>(32)</sup>; confusión de donde emana, a su vez, la *ficción* corriente de entender que a la sentencia ha de caberle, como a estos juicios, el carácter de poseer "verdad" (*Fiktion "der Wahrheit des Urtheils"*, p. 131).

---

(32) Cf. *infra*, § 39.I *in limine*, la correspondiente cita de BÜLOW.

La semántica de los textos oficiales —leyes, reglamentos, etc.— no es, ni puede ser, otra cosa que un cierto *programa* para orientar conductas. Y, desde luego, no es lo mismo el programa que sus formas de ejecución. Estas responden a variadas interpretaciones de aquel, así como varían también sus posibles grados de realización. De ahí que

*"a diario vemos cómo diferentes instancias o autoridades del Estado, poniendo en juego toda su autoridad y a menudo con una detallada fundamentación de correcta lógica, juzgan en forma distinta el mismo caso. Todos los días vemos cómo inclusive entre los teóricos de primera fila se hace válido el aforismo: quot capita tot sententiae (según cuántas cabezas, tantas opiniones)"* (LAUN, p. 260).

Se halla en la naturaleza misma del discurso jurídico, podría decirse, esa condición de que sus textos suelen admitir interpretaciones distintas, en mayor o menor grado, ante tales o cuales clases de casos:

*"¿acaso todas las personas con aptitudes mentales normales extraen las mismas conclusiones de un determinado texto legal? Plantear la pregunta significa, como todo jurista sabe, contestarla en forma negativa"* (LAUN, p. 254).

Sin embargo, lo cierto es que los profesionales del Derecho, y también las autoridades estatales, suelen sostener (¿y creer?) la ficción de que, frente a un texto jurídico y un caso al cual se pretenda aplicarlo, no existe sino *una sola* interpretación "verdadera"... que para cada intérprete es siempre, claro está, la que sostiene él mismo.

"¿Pero no será realmente así, tal vez, que para cada caso dado no haya sino una única solución que *de lege lata* sea la sola ajustada a la ley y lógicamente exacta, la 'objetivamente' correcta, mientras que todas las demás opiniones son erróneas, 'objetivamente' incorrectas? Por regla general, es eso lo que afirman los juristas que disputan —igual que los teólogos en sus disputas—, y cada uno tiene allí su propia opinión por la objetivamente

correcta. La 'dogmática' jurídica y la teológica son también en esto, como en varios otros respectos, hermanas. Hay una diferencia, es cierto, en cuanto que el teólogo, e igualmente el maestro de Derecho Natural en el sentido antiguo, deducen de leyes eternas, vinculantes para todos los pueblos y tiempos, mientras que el dogmático positivista del Derecho, en cambio, lo hace de leyes cuya validez es temporal y especialmente limitada. Pero en la pretensión de validez general para los resultados de la deducción y, de ahí, en cuanto a la creencia en la objetividad del saber propio por oposición a la subjetividad de la opinión ajena, ambos son iguales" (*ibid*).

"Los juristas y los teóricos ocultan frecuentemente el hecho de que no existen normas preconstituidas a la operación interpretativa; que las normas son el producto (y no el objeto) de las operaciones de los juristas; que en el mundo de la jurisprudencia las normas no son objeto de conocimiento, sino resultado de la actividad práctica" (Ricardo GUASTINI, cit. en GIMÉNEZ, p. 104). [Como ilustración, cf. el libro de RÜTHERS, *passim*.]

Por todo eso, es natural que del análisis semántico de una disposición jurídica, o de un conjunto de ellas, no se conseguirá "deducir" las maneras en que el discurso del Derecho *funciona*, o conocer los *otros* discursos con que este será combinado (explícita o implícitamente) al aplicarlo.

"... no debe desconocerse la limitada pretensión de un análisis semántico. La comprobación del contenido de significación de una ley no autoriza, en lo fundamental, ningún pronóstico sobre futuras decisiones judiciales. Y esto es así no solo en la esfera de los ámbitos semánticos (*infra*, § 19), donde comprobarlos implica justamente afirmar una parcial indeterminación semántica de la decisión judicial. Más aún: incluso para aquella esfera de aplicación en que una norma es semánticamente unívoca, no es posible proporcionar un pronóstico sobre sentencias futuras sino tomando en consideración aclaraciones psicológicas y sociológicas sobre la conducta del juez al decidir. Solo investigaciones de este tipo, justamente, pueden suministrar un conocimiento sobre las circunstancias bajo las cuales los jueces actúan de conformidad con las normas" (KOCH, *Über...*, p. 56-57; cf. también la cita del mismo autor presentada *infra*, § 18.III *in fine*).

La forma en que funcionan las leyes, y en general las formulaciones de normas jurídicas tal cual están con-

sagradas en textos oficiales del ordenamiento estatal, depende del modo en que sean *interpretadas* por quienes tienen autoridad para hacerlo. Ya HOBBS (*Leviathan*, cap. 26) había advertido claramente el punto:

*"Todas las leyes, las escritas y las no escritas, tienen necesidad de interpretación. Cuando la ley de naturaleza (Law of Nature) es no escrita, aunque ella sea fácil para quienes, sin parcialidad ni pasión, hacen uso de su razón natural —y a sus violadores deja, por tanto, sin excusa—; no obstante, considerando que hay muy pocos, quizá ninguno, que en ciertos casos no se hallen cegados por el egoísmo o por alguna otra pasión, así aquella resulta la más oscura de todas las leyes y, en consecuencia, es la que mayor necesidad tiene de intérpretes capaces. Las leyes escritas, si breves, son fácilmente mal interpretadas, a partir de los diversos significados de una palabra, o de dos; y si son largas, son todavía más oscuras, por los significados diversos de muchas palabras".*

Ahora bien, en cada Estado son sus *autoridades* quienes señalan, en definitiva, cuál o cuáles interpretaciones, de un precepto, tienen vigencia práctica:

*"La interpretación de las leyes de naturaleza, en un Estado (Common-wealth), no depende de los libros de filosofía moral. La autoridad de los escritores, sin la autoridad del Estado, no hace de sus opiniones ley, por más veraces que estas puedan ser. (...) Pues aunque (algo) sea razonable desde el punto de vista natural (naturally reasonable), empero es por el Poder soberano que eso deviene ley".*

Significa que no es cualquier intérprete, sino únicamente aquellos funcionarios estatales que tienen el rol de *intérpretes autorizados* (dentro de las estructuras del Poder) quienes dictaminan lo que cada ley quiere decir para ese Estado; o sea, qué conductas ella legitima y cuáles no, qué conductas contarán (oficialmente) con el respaldo del poder estatal y a cuáles este se opondrá:

*"La interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los intérpretes no pueden ser sino aquellos que el soberano (que es el único a quien los súbditos deben obediencia) designará. Por lo demás, en virtud de la habilidad de un intérprete, a la ley se le puede hacer portar un sentido opuesto al del soberano —mediante lo cual, el intérprete se convierte en legislador—".*

Así, cuando son los jueces quienes intervienen como intérpretes autorizados, es de la palabra de ellos que depende el sentido que tendrán las leyes aplicadas por el Estado:

*"El intérprete de la ley es el juez... en cada caso particular. La interpretación de la ley de naturaleza es la sentencia del juez designado por la autoridad soberana para conocer (heare) y decidir (determine) las controversias".*

Ello se aplica asimismo, desde luego, a la interpretación de normas sobre derechos humanos. (La expresión "derechos humanos" es, si se quiere, la manera actual de nombrar una categoría de normas que en muchos respectos es análoga, como forma de pensamiento, a lo que HOBBS llama "leyes de naturaleza".) Y este papel decisivo que, también en esta materia, tiene la respectiva mentalidad de los intérpretes, hace que, como apunta LASKI, tampoco puede decirse

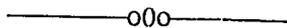
*"que una Declaración de Derechos sea una garantía automática de libertad, porque la relación entre la legislación y su sustancia debe ser juzgada y estimada por el Poder Judicial. Después de todo, sus miembros son seres humanos, susceptibles, como el resto de nosotros, de dejarse arrastrar por el torbellino de la pasión popular" (p. 47).*

Lo cual, por lo demás, es muy congruente con el hecho de que, como dicha estimación consiste en unos juicios de valor, suceda que,

*"no obstante el acuerdo teórico sobre tales derechos, al momento de interpretarlos aflora la dificultad*

*tad cognoscitiva y los valores que dichas opciones encierran*" (GARCÍA BELAUNDE, *Los derechos...*, p. 112; cf. también *supra*, § 9.III).

En una palabra: son los intérpretes autorizados —jueces u otros— quienes optan por entender en un sentido u otro, sea más favorable o más desfavorable para determinados derechos humanos, las disposiciones jurídicas que ellos mismos hacen entrar en juego y a las cuales, con esto, les brindan los efectos sociales derivados de la ubicación de esos intérpretes como "momentos" del Poder (*infra*, § 42).



Por todo lo que hemos venido señalando, resulta que la semántica del discurso jurídico, sea la relativa a un precepto en particular o la de un conjunto, jamás está en condiciones de suministrar otra cosa que un *marco* de significación, dentro del cual caben interpretaciones más o menos variadas. KELSEN, entre otros, lo ha señalado sin tapujos.

"El acto jurídico que haya de cumplirse puede configurarse de tal suerte que corresponda a unos u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica... En todos esos casos, el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación... Si por 'interpretación' se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho...

"No existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídico-positivamente— según el cual uno entre los varios significa-

dos lingüísticos de una norma pueda ser designado como el 'correcto'; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. (...)

"La pregunta de cuál sea la posibilidad 'correcta' en el marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. (...)

"La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. (...) El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única 'correcta': no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho. (...) No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo: proclamar que una de las interpretaciones —que acaso, desde un punto de vista subjetivo-político, es preferible a otra que en el plano de la lógica resulta no menos posible— sea la única correcta desde un punto de vista objetivo-científico" (KELSEN, *Teoría pura...*, p. 351-352, 353 y 356 —hemos introducido modificaciones en la traducción hacia el final, luego de los dos puntos.—).

Ahora bien: si, descartada la "ficción del sentido unívoco", lo que los textos jurídicos ofrecen no es, en realidad, más que cierto "marco" para distintos significados posibles, según señala KELSEN, entonces surge la pregunta acerca de *cómo* actúa el pensamiento de los juristas dentro de ese marco. Luego de la Segunda Guerra Mundial se ha ido

imponiendo el conocimiento —y hoy es prácticamente un lugar común en la Teoría General del Derecho (¡pero no en la conciencia de los tratadistas del Derecho positivo!)— de que ello se hace mediante unos juegos de *argumentaciones*. Pero estas, aunque presenten contenidos específicos y a veces muy técnicos, muestran vínculos mucho más estrechos con la clásica tradición de la retórica que con la racionalidad propia del discurso científico riguroso; solo que, mientras algunos autores (VIEHWEG, PERELMAN, KRIELE, etc.) encuentran necesario y plausible tal proceder justamente, otros (p. ej., cf. ROTTLEUTHNER, # 6, y ROSS, # XXX) lo examinan desde ángulos más críticos. Sea como sea, lo cierto es que este carácter argumentativo-retórico de la interpretación jurídica es innegable como hecho. Los autores más perspicaces supieron advertirlo desde tiempo atrás.

Por ejemplo, ya PASHUKANIS señalaba que "en el derecho privado las premisas y los principios *a priori* del pensamiento jurídico se incorporan en la carne y en la sangre de las dos partes en litigio, que, con la venganza en el puño, reclaman su 'derecho'. (...) El dogma del derecho privado no es otra cosa que una serie infinita de consideraciones, por o contra, de las reivindicaciones imaginarias o de las denuncias eventuales. Detrás de cada párrafo de ese sistema se oculta el cliente abstracto, invisible, listo a utilizar las tesis en cuestión como consejos jurídicos. Las polémicas doctrinales especializadas de los juristas sobre la significación del error o sobre la repartición de las cargas de la prueba, no se distinguen del todo de las disputas análogas que tienen lugar frente a los tribunales. Aquí la diferencia no es mayor que la diferencia que existe entre los torneos de caballería y las guerras feudales. Como se sabe, los torneos se llevaron a cabo a veces con gran encarnizamiento, exigieron tanto gasto de energía y causaron tantas víctimas como las colisiones guerreras reales" (p. 64-65). De ahí que, tomando como ejemplo el trabajo de un autor "que expone la historia y la literatura del problema jurídico particular de la repartición de las cargas de la prueba entre las partes, cuando el acusado apela a una condición suspensiva", PASHUKANIS comenta que dicho trabajo "dará una idea de la extensión y de la importancia del despilfarro de la inteligencia humana. El autor no cita menos de cincuenta especialistas que han escrito sobre la cuestión. Señala que la literatura de ese objeto llega hasta los postglosadores, y hace saber que dos 'teorías' han sido construidas para zanjar la cuestión y han dividido a todo el medio jurídico en dos

campos casi iguales. Está encantado con la gran riqueza de argumentos esgrimidos desde ya hace cien años por ambas partes..." (*ibid.*, n. 10).

\* \* \*

*Nota.*— Sobre los problemas generales que plantea la interpretación de disposiciones jurídicas, cf.: ROSS, cap. IV; HART, cap. VII; HABA, *Apuntes...* III; *vid.* también los dos libros de ESSER. En particular respecto a interpretación de Constituciones, esto es, a las distintas metodologías (opciones semánticas) para determinar el sentido de sus preceptos, cf. los estudios recopilados en la Parte B de KOCH, *Seminar...* (esp. los trabajos de FORSTHOFF, HOLLERBACH, EHMKE y MÜLLER; *vid.* también los comentarios al respecto del propio KOCH, en la Parte A, p. 120 ss.), y BÖCKENFÖRDE, *Gundrechtstheorie...* Este último autor, por ejemplo, distingue (sec. II) los cinco grandes modelos siguientes:

"Las principales teorías de derechos fundamentales, las que opcionalmente o combinadas entre sí son quienes hoy determinan la interpretación de los derechos fundamentales, son las siguientes: la teoría liberal (o del Estado burgués-liberal de Derecho [*bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie*]) de los derechos fundamentales, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrática-funcional y la social-estatal de los derechos fundamentales" (p. 224).

Sobre la cuestión, específicamente, de cómo encarar en general la interpretación de derechos humanos, cf. HABA, *Interpretación judicial...* Más abajo, en el cap. III, examinaremos con detención la especial relevancia que tales posibilidades de opciones interpretativas cobran ante la presencia de conceptos indeterminados básicos en el lenguaje de los derechos humanos.

## II

La semántica constitucional, así como la semántica de cualquier otro sector del Derecho, no puede consistir, pues, más que en el señalamiento de alguna o varias interpre-

taciones posibles de la normativa examinada, entre las cuales eligen los intérpretes autorizados. A este respecto se plantean dos problemas básicos: en primer término, cómo deslindar las interpretaciones *posibles* de las que no lo son —en la terminología de KELSEN: entre lo que está “adentro” y lo que está “afuera” del “marco” de una determinada norma jurídica—; y luego, suponiendo resuelto el problema anterior, decidir *cuáles* de esas interpretaciones “posibles” serán escogidas, para los efectos que fuere<sup>(33)</sup>.

En cuanto a lo primero, podría pensarse en dos grandes tipos de respuestas. (a) Teniendo en cuenta que los usos del lenguaje son convencionales, resultarían “posibles”, en la práctica, todas aquellas interpretaciones que *de hecho* son formuladas por sectores de juristas (en todo caso, si no se trata de la opinión de uno o dos juristas solamente). Vale decir que, en tal hipótesis, se adoptaría un criterio meramente numérico para diferenciar las interpretaciones “posibles” de las “imposibles”, en un lugar y momento dados; el lugar puede ser uno o varios países, el momento puede ser un lapso temporal más amplio o más estrecho. Pero si bien tales pautas ofrecen la ventaja de presentar cierta precisión, supuesto que en cada caso se hagan las investigaciones de rigor, significan consagrar algo así como una dogmática del *fait accompli* y, sobre todo, es notorio que no son el modo en que los juristas razonan *realmente*. Cuando un jurista resuelve, en un sentido u otro, una cuestión interpretativa, no lo hace preguntándose *cuántos* otros juristas estarán de acuerdo con él, sino según criterios semánticos que supone propios del lenguaje *mismo* que él interpreta. Nos encontramos, ahí, con el segundo tipo de soluciones: (b) la interpretación se ajusta a unos *criterios* en cuanto al uso “adecuado” de ese lenguaje, a reglas semánticas cuya pertinencia se presupone como inmanente a este mismo.

---

(33) Para KELSEN, “la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica” consistiría, al parecer, en señalar *todas* las posibilidades semánticas que ofrece un texto jurídico dado:

Nuestra semántica constitucional se ubica en planos del tipo (*b*). Ello quiere decir que acogeremos alguna orientación básica, así sea implícitamente, para *seleccionar* los juegos lingüísticos que expresamos al señalar que un texto constitucional tiene este o aquel significado. Se podría preguntar, claro está, por qué elegimos unos juegos y no otros. A esta pregunta no estamos en condiciones de darle una respuesta *general* con alcance preciso. Decimos, simplemente, que hemos de orientarnos por nuestra "conciencia lingüística" de *juristas*. No otra es la manera habitual en que proceden los locutores profesionales del lenguaje jurídico, aunque los resultados no sean concordantes. En dicha "conciencia" entran, junto con conocimientos comunes del idioma, nociones específicas de la técnica del Derecho: pautas propias de este discurso que se aprenden en la enseñanza profesional y durante el ejercicio mismo de la carrera.

Ahora bien, dichos juegos lingüísticos consisten en reglas que, tanto por vaguedades propias de cada una como por inconsistencias del conjunto, al ser aplicadas para interpretar uno o más preceptos jurídicos permiten que a estos les sean imputados alcances normativos dispares (*supra*, I *in fine*). Los juristas, sin embargo, suelen partir de la base (ilusoria) de que cada texto jurídico no admite más que *una sola* interpretación "correcta". Entonces, claro está,

---

"Es aquella pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas. (...) La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. (...) Es la estricta interpretación científica de una ley estatal, o de un tratado internacional, que exhiba, fundándose en un análisis crítico, todos los significados posibles, inclusive los políticamente indeseados, y quizás ni siquiera previstos por el legislador y por las partes contratantes, pero incluidos en el tenor de las normas que ellos escogieran" (*Teoría pura...*, # 47; cf. también los pasajes de KELSEN transcritos *supra*, I *in fine*). Sin embargo, en materias como la interpretación de los conceptos indeterminados básicos del lenguaje de los derechos humanos, la amplia pluralidad de variantes semánticas que ellos admiten haría difícil, si no imposible, cumplir de modo íntegro tal programa. Emplear unos criterios de selección entre las interpretaciones *posibles* (ámbito lógico: *infra*, § 17.1) se hace allí ineludible, *prácticamente*.

cada uno cree que la "correcta" no puede ser otra que la suya propia, obtenida por aplicación de *uno* de los juegos lingüísticos de la conciencia profesional: por ejemplo, *uno* de los varios cánones interpretativos. Y considera que están "equivocados" todos los que interpretan el mismo texto de manera distinta, o sea, quienes le aplican algún otro de aquellos juegos lingüísticos, una pauta interpretativa susceptible de conducir a resultados diferentes (*supra*, I).

Por nuestra parte, aunque nos atendremos a una manera de "encontrar" los sentidos jurídicos que no difiere en forma sustancial de las habituales —recurso a una *conciencia lingüística* profesional—, nos apartamos en lo siguiente: no endosamos la ilusión, o la ficción, de que una sola de las interpretaciones jurídicas (por ejemplo, alguna de las nuestras) que emanan de esa conciencia lingüística, ante un precepto dado, sea la única "correcta"<sup>(34)</sup>. La semántica constitucional que presentaremos no pretende, en ningún caso, ofrecer *la* interpretación de un texto de Derecho, sino destacar *una* de las posibles o un grupo de ellas.

*En síntesis*: nuestra semántica constitucional será tributada de los juegos lingüísticos del lenguaje común y los de carácter técnico-profesional que se aplican en el discurso jurídico —ya sea para este en general o para determinados sectores de él, y ya sea "juegos" manejados por los juristas en general o particularmente por quienes se ocupan del Derecho Público—; pero al interpretar disposiciones cons-

---

(34) Pero esto no quita que algunas de esas interpretaciones serán juzgadas como más *convenientes* que otras, si como "hipótesis de trabajo" tomamos ciertos valores a los cuales se supone que dichas interpretaciones han de estar ordenadas: cf. *supra*, § 9.III. En tal sentido, tiene razón LUHMANN (si podemos referir sus palabras a una ciencia de tipo analítico) en señalar que:

"De un análisis funcional generalmente no resulta posible, por cierto, deducir una única decisión correcta; sin embargo, bien proporciona aquel puntos de referencia suficientes para señalarle soluciones útiles a los problemas. Si los derechos fundamentales son puestos en claro, las disposiciones de la Constitución sobre derechos fundamentales se pueden llegar a comprender y ejecutar como tareas de contornos definidos" (p. 209).

titucionales, aunque lo haremos en función de dichos juegos, ello será sin desconocer que estos (unos u otros de ellos) pueden conducir también a interpretaciones distintas, que desde el punto de vista lógico-lingüístico son no menos "posibles" que las destacadas por nosotros.

Lo que acabamos de señalar nos remite al segundo de los dos problemas indicados: *¿cuáles* de las interpretaciones posibles hemos de subrayar, y por qué? Lo ideal sería, tal vez, poder exponerlas todas; pero es prácticamente imposible, y hasta una versión aproximativa resultaría de extensión inusitada (*supra*, n. 33). A falta de ello, sería aconsejable ofrecer un criterio preciso como respuesta al interrogante planteado. La que nosotros vamos a presentar no consigue ofrecerlo, sin duda. Ella consiste, simplemente, en advertir que haremos énfasis en dos clases de interpretaciones: de un lado, las más desfavorables para la causa de los derechos humanos; del otro, las más favorables a ella. En el primer caso, con la finalidad de alertar al respecto, vale decir, para llamar la atención sobre lo peligroso que es incluir esas fórmulas normativas en las Constituciones, lo cual en muchos casos ha sido desde ya corroborado por desdichadas experiencias. En el segundo caso, en cambio, queremos destacar formulaciones constitucionales que son más aptas para un reconocimiento *íntegro* del derecho en cuestión, o al menos para que este sea restringido en grados no tan sensibles como los alentados por otras formas de "reconocerlo". En ambos casos, además, no dejaremos de subrayar indeterminaciones de los textos respectivos, cuando consideramos que vale la pena insistir particularmente sobre ellas; en realidad, tales indeterminaciones existen, como hemos dicho, en prácticamente todos los preceptos, solo que en unos casos son más amplias que en otros.

El hecho de señalar indeterminaciones que afectan a los textos constitucionales, y también a los internacionales, en materia de derechos humanos, no debe interpretarse en el sentido de que esas observaciones impliquen tomar como ideal, por contraposición, una normativa de tipo casuístico. Desde luego, no le faltaba ra-

zón a BÜLOW al formular la advertencia de que

"sería una esperanza completamente equivocada si acaso la legislación, entrando esta misma a señalar en lo posible los detalles y lo particular, con eso pensara en prevenir la independencia y las dificultades de la labor judicial de hallar el Derecho. Los códigos casuísticos, de muchos tomos, desde largo tiempo atrás se han mostrado como los peores, los más confusos y embrollados, los más insuficientes" (p. 126).

Vale la pena, pues, aclarar de antemano que nuestros comentarios no pretenden, en modo alguno, desconocer ese hecho. Ante preceptos que formulan indeterminadamente una normativa de derechos humanos, esa indeterminación no la hacemos resaltar de una manera crítica sino cuando aquella podría ser superada mediante una formulación *menos* imprecisa (no decimos: 100% precisa); tampoco descartamos que tal cosa pueda darse mediante normas de tipo general, siempre que sus conceptos claves sean bastante intersubjetivos (y en cada uno de los capítulos de la Segunda Parte, justamente destacaremos también formulaciones constitucionales que son más adecuadas que otras, en ese sentido). En otros casos, en cambio, al señalar la indeterminación no queremos dar a entender que ella debería (¿y podría?) ser disminuida, dado el objeto de la norma en examen; sino que entonces nos proponemos simplemente poner en guardia ante la circunstancia de que allí, a diferencia de lo que dan a entender las ficciones jurídicas habituales (*supra*, I), es el intérprete mismo quien *decide* si ha de interpretar esa disposición de acuerdo con sentidos más desfavorables o más favorables a la realización de los derechos humanos respectivos (*supra*, § 11.IV). En esta segunda hipótesis, de lo que se trata no es tanto de proponer "mejores" soluciones en el plano de la formulación de textos constitucionales, sino de llamar más la atención sobre el hecho de que, en estos casos en un grado todavía mayor que en otros, es la ideología política dominante la que decide, por la boca de las autoridades como funcionarios de esa ideología, lo que *realmente* quieren decir, para *ese* medio, las efectuada *supra*, § 25.

*Nota.*— Sobre la relación entre principios generales y sus interpretaciones ante situaciones específicas, cf. también HÖFFE, caps. 2 y 15, quien responde al punto con base en una orientación que se inspira en ARISTÓTELES; *vid.* la transcripción de HÖFFE efectuada *supra*, § 25.

*Discusión.*—

GARCÍA B.:

Detrás del análisis del discurso constitucional que nos presenta el Redactor General subyace una idea de Constitución. Se ha filtrado allí un cierto concepto de Constitución, que es este: la Constitución debe ser larga, detallada, y debe contener todo. Pero eso es imposible; realmente, es imposible.

Nosotros, los profesores de Derecho Constitucional, hemos criticado en el Perú —y nos han dado la razón los constituyentes— que la Constitución peruana es demasiado detallista, demasiado reglamentaria. Sin embargo, en algunos casos el Redactor General propone aquí más reglamentos en la Constitución, lo cual me parece excesivo. Por eso creo que la idea de Constitución que subyace en la Investigación no es adecuada, no es moderna. Las grandes Constituciones del mundo, de los países democráticos, no tienen, como la peruana, trescientos seis artículos y veinte disposiciones generales; y cada uno de los trescientos seis artículos tiene veinte incisos, por lo general. Eso es excesivo, realmente. Al final, es un aparato tan complicado que no funciona, porque hay un régimen *de facto* que lo vulnera, sin importarle los trescientos seis artículos. Creo que esa idea debe ser eliminada, como en el caso, por ejemplo, de su aplicación para establecer responsabilidades de funcionarios públicos por vía constitucional (*infra*, § 53 *in fine*).

HABA:

GARCÍA B. me adjudica la idea subyacente de que la Constitución debe contener todo. No he tenido tal idea, sino que he dicho, por ejemplo, lo siguiente (refiriéndome, en particular, a la Constitución mexicana, que es extremadamente detallista y podría parecer, desde ese punto de vista, mi ideal): "...desde el punto de vista técnico puede discutirse si es esta (el detallismo) la mejor solución para el nivel constitucional, porque también podría pensarse en la formulación de *soluciones de principio relativamente precisas sin necesidad de tanto detallismo*" (*infra*, cap. IX: Ap., vii *in fine*). Por lo demás, cuando he señalado soluciones ejemplares (*infra*, caps. IV a IX, en los sitios titulados "Sugerencias para la normativa" y "Algunos ejemplos aprovechables"), allí indico justamente fórmulas que contienen criterios de *principio*. Y eso es así incluso en el caso mismo que como ejemplo menciona GARCÍA

B., el de la responsabilidad de los funcionarios públicos, que serviría como muestra de mi presunto detallismo: lo que al respecto se indica en el texto (*infra*, §§ 55 y 57.III) no creo que sea "detallismo", sino el señalamiento de algunos principios realmente básicos.

### III

En cuanto al grado *real* de "peligrosidad" que tengan tales o cuales preceptos de determinada Constitución, cabe reconocer que, desde luego, eso no depende solo de su fórmula verbal. Además, recuérdese que siempre podría llegar a ser interpretada en formas menos perjudiciales, ella misma u otras disposiciones correlativas. Sea como sea, el marco que ofrece el discurso constitucional, su semántica (sea cual fuere), es apenas *un* elemento —no nos cansaremos de subrayarlo— en el seno de la compleja confluencia de factores que determinan cuál es el tratamiento que recibe cada derecho humano en un país dado. Por tanto, una misma fórmula constitucional, ya sea un término en particular (por ejemplo, un concepto indeterminado corriente), ya sea una expresión más extensa (por ejemplo, un inciso o todo un artículo), puede tener distinto alcance según a qué ordenamiento jurídico global pertenece, y sobre todo según el régimen de gobierno imperante.

En lo que particular relación dice con los recortes que las propias autoridades estatales le establecen al ejercicio de derechos humanos, son relativamente menores en los Estados de democracia pluralista. Por cierto que también en las Constituciones de estos Estados hay fórmulas que sirven para coartar derechos: por ejemplo, conceptos como "orden público", "seguridad", etc. (*infra*, §§ 20.b y 24). Sin embargo, allí esas fórmulas son objeto de unas interpretaciones jurídicas —por medio de leyes, reglamentos, funcionarios administrativos, jueces, etc.— que suelen limitar tales derechos en formas mucho menos extremas que cuando sobre ello deciden los jefes del Partido o de las Fuerzas Armadas, donde estos monopolizan el Poder. Solo en demo-

cracias pluralistas aparecen formas "íntegras" de reconocer los derechos fundamentales, o modalidades menos lejanas con respecto a tales formas. Claro que en esas democracias hay restricciones, y hasta violaciones de derechos por parte del aparato estatal; como también es verdad que unas y otras pueden estar legitimadas por disposiciones jurídicas, entre las cuales no faltan algunas que son de rango constitucional. Pero no menos cierto es que disposiciones similares, y otras peores, existen igualmente en los regímenes autoritarios, donde por lo demás suelen ser interpretadas y aplicadas de maneras todavía más perjudiciales para los derechos humanos.

"En otras palabras: allí donde no puede desconocerse que los Estados tienen el poder de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, al mismo tiempo se reconoce que este poder limitante está a su vez limitado, porque no puede ser ejercido de modo tal de poner en peligro el tipo de convivencia que caracteriza a 'una sociedad democrática'. Sin embargo, en las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, a que ningún régimen, aun el más democrático, puede sustraerse —sea porque el derecho de uno debe ser siempre moderado en función de los derechos de otros, sea porque la exigencia de proteger los derechos fundamentales no puede hacer descuidar la exigencia de tener en cuenta otros fines no menos esenciales para la convivencia civil, como son los del orden público y del bienestar general—, siempre es necesario marcar la diferencia entre la manera como tales limitaciones son impuestas en una sociedad no democrática y la manera como las mismas limitaciones son legítimamente introducidas en una sociedad que se inspira en el ideal de la democracia" (BOBBIO, *Il preambolo...*, p. 442).

Son las democracias pluralistas quienes ofrecen, aunque unas más y otras no tanto<sup>(35)</sup>, el tipo de base político-

---

(35) La "democracia" siempre es, desde luego, una cuestión de *grados*, como VAZ FERREIRA lo señala en el pasaje siguiente. "Por aquí anda (vago, naturalmente, como en los casos de la realidad) el sofisma ideológico-verbal y de grado sobre el cual les llamo la atención: consiste en admitir que *se es o no se es democrático*. Cual si fuera en Matemáticas, se tomaba un término, 'democrático', como si no pudiera haber grados en su aplicación: 'La Universidad ¿es democrática o no lo es?'. En realidad, entre ser (completamente)

institucional *menos* desfavorable para que el Poder se “detenga” ante unos derechos humanos, hasta en casos donde el ejercicio de estos resulte perjudicial para los intereses de los jerarcas estatales<sup>(36)</sup>. A ello corresponde típicamente, como marco jurídico general para la actividad de los órganos estatales, la clase de régimen constitucional que se ha dado en llamar *Estado de Derecho*.

La experiencia revela, una y otra vez, que las disposiciones constitucionales “peligrosas” lo son tanto más cuanto menos pluralista es el régimen político imperante. Y a la inversa, incluso esas disposiciones “peligrosas” pueden llegar a serlo menos, en la práctica, cuanto más *íntegramente* democrático-pluralista sea la vida política del país. El grado de tolerancia ideológica constituye, pues, uno de los decisivos factores coadyuvantes a que cada fórmula de la Constitución se interprete —cuando ese grado es alto— en la forma *menos* restrictiva para el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, o sea, en formas tendentes

---

democrática y no serlo en absoluto, hay todos los grados posibles. Un triángulo, no podrá ser más o menos equilátero; pero la Universidad puede ser más o menos democrática. (...) Pero como mi contradictor había caído en el sofisma de no ver la cuestión de grados (víctima de esa clasificación: *democrática o no democrática*)... Cuando mi contradictor me interpelaba: —Diga el doctor VAZ FERREIRA: la Universidad ¿era democrática o no lo era?; yo, naturalmente, aparecí tímido y vacilante en mi respuesta: —‘Yo no le puedo contestar categóricamente; la Universidad era bastante democrática, pero no del todo.’ —‘No, señor; conteste, no ande con vueltas: ¿era democrática o no lo era?’. Y, para todo el que presencia esa discusión, él es el que ataca, yo el que me defiendo; y, aparentemente, me defiendo mal; ante un público, ante gente poco preparada para razonar, con seguridad yo parecería el vencido en aquella discusión. El que fuerza los raciocinios, el que se va a las absolutas, el que falsea los grados, es el que hace el efecto de razonar bien; el otro, el que reconoce que las frases, las proposiciones que aplican un atributo a un sujeto, son verdaderas hasta cierto punto, dentro de cierto grado, y reconoce y confiesa él mismo que no puede decir precisamente cuál sea ese grado, etc., ese es, generalmente, el que hace mal papel en la discusión. Además, noten la facilidad con que se puede *resumir* la opinión del primero, y la dificultad para hacerlo con la del segundo” (*Lógica...*, p. 256-258).

(36) En sentido análogo, cf. BOBBIO, *Il preambolo...*, # 4.

al reconocimiento íntegro de estos. En los regímenes constitucionales que responden al modelo Estado-de-Derecho es donde existen las mejores perspectivas de que así suceda.

\* \* \*

*Democracia pluralista, Estado de Derecho.*—

1. El membrete *democracia*, por los efectos retóricos que tiene en la actualidad, hoy se lo adjudican, en una u otra forma, prácticamente todos los gobiernos. Cada uno de estos dice que él encarna la forma "auténtica" de democracia (*infra*, cap. III, n. 15). Hemos tenido que especificar, por eso, a *qué* "democracia" nos referimos al señalarla como el régimen más favorable para los derechos humanos: se trata de las *pluralistas*. Pero aun este calificativo, aunque menos desmonetizado que el otro, cubre variantes; por ejemplo, no es sino *limitadamente* pluralista una democracia donde, aunque se admiten distintas tendencias políticas, no están autorizados a participar en las contiendas electorales unos partidos de izquierda o hay ideologías cuya difusión se prohíbe. Por nuestra parte, cuando hablamos de "democracia pluralista" aludimos sobre todo a sus formas *íntegras* (*supra* § 11.IV).

Aunque tomamos tal tipo como modelo, no hacemos nuestra opción extensiva a los usos de carácter retórico-propagandístico que dicha expresión, "democracia pluralista", a menudo recibe en el lenguaje de los políticos y hasta en el de la doctrina jurídica, esto es, en discursos que ofrecen una visión idealizada de las organizaciones estatales vinculadas a dicho modelo. Aun cuando, como hemos subrayado, la democracia pluralista es la forma de Estado más favorable para los derechos humanos, el reconocimiento de este hecho —y de su mérito!— debería antes bien constituir motivo para que su *praxis* sea escudriñada en forma realista, justamente por sus partidarios. Pero este no es el caso más frecuente. Una excepción, en tal sentido, es el clásico análisis de SCHUMPETER (hay también, por ejemplo, estudios de KELSEN que van en dirección análoga). Tratemos de precisar algo más el sentido en que tomamos los términos "pluralismo" y "democracia", para lo cual nos pegamos básicamente al modelo schumpeteriano.

Recogemos la idea de *pluralismo* en su calidad de concepto "*normativo e instrumental*", como un sistema de grupos en competencia que se disputan, con base en una recíproca tolerancia, la influencia sobre las definiciones obligatorias (que efectúa el le-

gislador) de lo que es bien común. (...) Condiciones centrales para el funcionamiento de este modelo son, como con frecuencia se ha señalado: a) el reconocimiento del *principio de tolerancia*; y b) una situación fácticamente dada, y siempre renovadamente por realizar, en cuanto a la *igualdad de posibilidades*. En la República Federal Alemana (y también en otras partes), de ninguna manera esas dos condiciones se encuentran suficientemente realizadas, sino que lo están solo de modo incompleto, en medida variada para distintas esferas de la vida. (...) Por supuesto, la posición pluralista puede ser empleada no menos ideológicamente que la de la lucha de clases o que la teoría nacionalista del poder. Eso sucede cuando el pluralismo, en cuanto situación de igualdad de posibilidades, es presentado como si fuera un *hecho*, y no se le considera, antes bien, como una *tarea* que en forma permanente pide ser realizada. Un presupuesto esencial para el cumplimiento práctico de esta tarea es reconocer el hecho de que la oposición entre trabajo asalariado y capital, determinada económicamente, constituye un elemento de *antagonismos* en nuestra estructura social... lo cual requiere que la Constitución tenga un alto grado de *apertura hacia la dinámica de reformas sociales*, para que aquella pueda mantenerse en pie como 'libre' y 'pluralista' " (DENNINGER 1, p. 31-32).

Desde otro ángulo, que también puede servir como punto de partida para el que acabamos de presentar, el término *democracia* toma precisión al referirlo a su sentido schumpeteriano. Este ofrece la ventaja, desde el punto de vista de la conceptualización científica, de ser puramente descriptivo. No está subordinado a nociones de contenido empírico tan dudoso como la idea de "bien común", o el presuponer que allí la gestión de los gobernantes sea representativa de una "voluntad popular", etc. SCHUMPETER ha sometido a una crítica demoledora estas ficciones, que provienen de *La doctrina clásica de la democracia* (cf. el cap. XXI de su libro), y en su lugar ha presentado *Otra teoría de la democracia* (cap. XXII). Esta "otra teoría" no significa, en realidad, proponer un orden normativo distinto al que es habitual en las democracias capitalistas pluralistas, sino que más bien consiste en una *interpretación* distinta, realista, de ese mismo orden. SCHUMPETER lo define sin necesidad de acudir a aquellas ficciones. Consiste, según él, en un sistema de "la competencia por la dirección política", donde el resultado de esa competencia, vale decir, la opción entre aspirantes a las funciones de gobierno, se sujeta a la decisión del electorado. Sistema que, desde luego, implica que haya las garantías consiguientes para que pueda funcionar como tal: libertad de fundar partidos políticos y de presentar candidaturas, libertad de propaganda política, etc.

Recordemos los rasgos básicos de la *doctrina clásica*, tal cual la caracteriza SCHUMPETER. "La filosofía de la democracia del siglo XVIII puede ser expuesta en la siguiente definición: el método democrático es el arreglo institucional para llegar a decisiones políticas que realizan el bien común, haciendo que el propio pueblo decida las cuestiones mediante la elección de individuos que deberán reunirse para poner en práctica su voluntad. Desarrollemos lo que esto implica.

"Se sostiene, pues, que existe un Bien Común, el faro obvio de la política, que es siempre fácil de definir y que puede hacerse ver a cualquier persona normal, mediante un argumento racional. No hay, por tanto, excusa para no verlo y, en realidad, tampoco explicación de la presencia de gente que no lo vea, salvo la ignorancia —que puede ser eliminada—, estupidez e interés antisocial. Además, este bien común implica respuestas concretas a todas las cuestiones, de modo que cada hecho social y cada medida adoptada o que vaya a adoptarse pueden ser inequívocamente calificados como 'buenos' o 'malos'. Al tener, por tanto, todos que estar de acuerdo, en principio al menos, existe también una Voluntad Común al pueblo (= la voluntad de todos los individuos razonables) que corresponde exactamente al bien o interés o bienestar o felicidad comunes. Lo único que, exceptuando la estupidez o intereses siniestros, puede producir un desacuerdo y explicar la presencia de una oposición, es la diferencia de opinión sobre la rapidez con que hay que procurar el fin, común para casi todos" (p. 290; *vid.* también *infra*, § 23.II).

*La otra teoría* de la democracia, la del propio SCHUMPE-TER, parte de una base distinta, esto es, que "la decisión de las cuestiones por el electorado sea secundaria con respecto a la elección de los hombres que tienen que decidir. (...) Y definimos así: el método democrático es ese arreglo institucional para llegar a decisiones políticas en las que los individuos adquieren el poder de decidir mediante una lucha competitiva por los votos del pueblo" (p. 311). Mediante tal definición, "nos encontramos con un criterio razonablemente eficiente para distinguir a los gobiernos democráticos de otros... porque estamos resueltos a destacar un *modus procedendi* cuya presencia o ausencia es fácil de comprobar en la mayoría de los casos" (p. 312).

Ahora bien, esta sobria caracterización de la democracia, básicamente *procedimental*, representa algo así como un "tipo ideal", en el sentido de Max WEBER. Porque el concepto básico en torno al cual ella gira, el de la *competencia* por la dirección política,

“presenta dificultades similares a las del concepto de la competencia en la esfera económica, con el que puede ser convenientemente comparado. En la vida económica nunca falla por completo la competencia, pero rara vez es perfecta. De la misma manera, en la vida política siempre existe alguna competencia, aunque tal vez sea solo potencial, por la adhesión del pueblo. Para simplificar la cuestión, hemos restringido la clase de competencia por la dirección que ha de definir la democracia, a la competencia libre por el voto libre. La justificación de esto es que la democracia parece implicar un método reconocido para conducir la lucha competitiva, y que el método electoral es prácticamente el único que puede emplearse en comunidades de cualquier tamaño. Pero aunque excluye muchas formas de lograr la dirección que deben ser excluidas, tales como la competencia por medio de la insurrección militar, no excluye los casos que son notablemente análogos al fenómeno económico que llamamos competencia ‘injusta’ o ‘fraudulenta’ o restricción de la competencia. Y no podemos excluirlos porque, de hacerlo, nos quedaríamos con un ideal completamente irreal. (Lo mismo que en el terreno económico, *algunas* restricciones están implícitas en los principios legales y morales de la comunidad.) Entre este caso ideal, que no existe, y los casos en que la competencia con el dirigente existente es impedida por la fuerza, existe una gradación continua, dentro de la cual el método democrático llega a confundirse con el autocrático por pasos imperceptibles” (p. 313-314).

Aspectos corrientes de esas “imperfecciones” en la competencia son, por ejemplo, la organización interna de los partidos políticos (que solo permite triunfar a candidatos que consigan “manejar” bien dicha maquinaria y que, por ende, no pongan en entredicho la “mecánica” de esta), el costo de las campañas publicitarias (que somete los candidatos a intereses de unos u otros proveedores de recursos), la manipulación “ideológica” por parte de los medios masivos de comunicación (vale decir, de los intereses económicos que estos representan y promueven) y el bajo nivel de racionalidad que los electores aplican en estos asuntos (cf. el apartado III del cap. XXI, esp. p. 302 ss.), etc. Todas estas son circunstancias por las cuales, naturalmente, el ámbito *real* de opciones que tiene el electorado no va a ser el de una competencia “perfecta”, ni mucho menos.

En efecto, resulta que “el pueblo”, que en la doctrina clásica de la democracia era considerado como “origen del poder político de dominio, se transforma, así, en un objeto de las técnicas del Estado. Las técnicas humanas, hoy muy desarrolladas del aná-

lisis de la opinión pública, de la información, de la propaganda y de la publicidad, han hecho de la formación política de la voluntad un proceso de producción que, en gran medida, es científicamente deducible y manejable. Se puede decir como SCHUMPETER: pues bien, entonces la democracia se convierte en una lucha por votos que cuenta con la ayuda de medios técnico-científicos; por ejemplo, de la propaganda, que está al alcance de todos los partidos. Pero entonces no es solo la superioridad técnica y financiera de un partido la que mina la igualdad de los votos, mediante la desigualdad de las posibilidades técnicas de la 'producción de votos', sino que es el medio técnico-científico de la 'formación de la voluntad' el que elimina a esta última en su sentido democrático clásico. La igualdad de los ciudadanos en la antigua formación democrática de voluntades se basaba en la concepción de que todos estaban igualmente dotados de razón como para poder llegar a una conclusión personal sobre la base de argumentos claros en sí mismos. Los modernos medios técnicos para influir psíquicamente, la presión sobre las convicciones y opiniones públicas, la apelación a las fuerzas inconscientes del alma y la exaltación emotiva de la vida política que todo esto implica, privan al ciudadano de su capacidad de reflexión serena y de su razonamiento racionalmente equilibrado. A esto se agrega el hecho de que las situaciones que hay que decidir ya no pueden ser controladas intelectualmente mediante el juicio racional de un entendimiento humano normal o la experiencia normal de la vida" (SCHELSKY, *El hombre...*, p. 28-29).

"A ese sistema político podemos llamarlo una oligarquía que, sobre base capitalista, se renueva a sí misma, estando pluralísticamente compartimentada y tecnocráticamente adornada, asegurada por técnicas de aclamación y prestaciones de servicios del tipo Estado-benefactor, que se apoya en las ideológicamente necesarias y estimables 'garantías conexas' propias de una sociedad liberal. La forma social sobre la que ese sistema se constituye, obtiene su conciencia y regula sus relaciones sociales es la del 'comportamiento de mercado' " (SCHÄFER, p. 124).

Observaciones como las de SCHELSKY y SCHÄFER dan en el blanco, por cierto. Pero, así y todo, es incuestionable que subsisten sensibles diferencias entre los regímenes democrático-pluralistas y los autoritarios. En estos, tanto la postulación como la opción entre candidatos viables se decide en el seno de pequeños círculos de privilegiados que manejan la maquinaria estatal: burócratas que desempeñan los puestos claves de dirección en el aparato Partido-Estado, o militares que ocupan los altos mandos en las

Fuerzas Armadas. Por lo demás, mientras que el modelo democrático-competitivo permite llevar a la luz pública las disputas ideológicas, y también las de orden personal; en el modelo autoritario, aunque por cierto esas disputas son no menos agrias (sobre todo, las de orden personal), está prohibido ventilarlas públicamente, las luchas de tendencias y por los puestos se llevan adelante y se deciden entre bambalinas (p. ej., sobre las rivalidades entre sectores en el seno mismo de las capas privilegiadas que detentan el Poder en los regímenes leninistas-stalinistas, cf. SCHÄFER, p. 115 s.).

Pero si bien tal diferencia es real, y suele ser bastante neta, tampoco hay que perder de vista que la realización de la democracia (aun la pluralista) constituye siempre, de cualquier manera, una cuestión de *grados*: cf. *supra*, n. 35. Por ejemplo, tomando como *tertium comparationis* el concepto schumpeteriano de democracia, que supone una competencia por el gobierno sobre cuyo resultado final deciden *solamente* los votantes —vale decir, que las autoridades no pueden impedirle a estos que voten por quien sea, por lo cual a nadie se le prohibirá que se presente a esa competencia y haga la propaganda que mejor le parezca para obtener el sufragio de aquellos—, podemos distinguir (de acuerdo con el nivel de reconocimiento de los derechos correspondientes: *supra*, § 11.IV) tres grandes tipos de regímenes políticos.

- Democracia *plena* ("íntegra"), pluralismo electoral irrestricto: todos los ciudadanos y todos los partidos, sea cual fuere su ideología, son admitidos a la competencia pública por los cargos de gobierno, en igualdad de condiciones jurídicas; el resultado de esa competencia lo decide única y exclusivamente el voto (secreto) de la ciudadanía; corresponde al modelo schumpeteriano.
- *Quasi* democracia (democracia "recortada"), pluralismo electoral disminuido: libre competencia entre todos los partidos cuya ideología reafirma el mantenimiento del *statu quo*; se prohíbe que participen en la competencia todos o algunos de los partidos cuya ideología propone introducir modificaciones sustanciales en la organización social o política.
- *Autocracias* (negación de democracia), sin pluralismo electoral: no existe competencia pública por los puestos de gobierno, ya sea porque no hay elecciones para los más altos cargos o porque se celebran bajo un régimen de partido único (eventualmente secundado por partidúsculos o candidatos "independientes", que no cuestionan el monopolio del poder por parte de las autoridades que convocan a esas "elecciones").

Los dos primeros tipos no se han dado, hasta el presente, sino en países capitalistas (si prescindimos de ejemplos en la Antigüedad); el tercero, en cambio, aparece tanto en países capitalistas como en los de otras formas económico-sociales ("socialistas", etc.).

Cabe acotar que el carácter de democracia o de cuasi democracia no suele estar determinado en la Constitución, sino que esta, mediante el juego de ciertos conceptos indeterminados —por ejemplo, la propia palabra "democrático" (*infra*, § 20.c)—, permite que ello venga a depender más generalmente de la legislación secundaria y, en su caso, hasta de decisiones que quedan al arbitrio de determinados órganos públicos (aquellos que tienen facultades decisorias respecto a señalar la legalidad o ilegalidad de un partido político, admitir su inscripción en la contienda electoral, etc.). También es posible que, bajo el mismo texto constitucional, un país pase —por cambios en las circunstancias socio-políticas— de ser una democracia plena a condiciones de cuasi democracia, o a la inversa. Por lo demás, el grupo de las cuasi democracias es el que incluye regímenes más heterogéneos en cuanto a la tolerancia en materia de libertades políticas, ya que allí caben, como señalamos, junto a regímenes que llegan a considerar ilegal a prácticamente toda agrupación política que impugne la ideología capitalista, otros que solo prohíben (a veces por motivos que hasta son azarosos o secundarios) la participación electoral de alguna de aquellas. Mientras que en Europa predomina, entre los países democráticos, la de tipo pleno, en América Latina ocurre que, aun en los países que no tienen gobierno autocráticos, es menos común que se logre ultrapasarse el nivel de la cuasi democracia.

*Notas.* —

(a) De todos modos, importa tener en cuenta que, en realidad, el término "pluralismo" remite también a ámbitos de la organización política y social más amplios que las posibilidades de participación electoral. Por otra parte, siempre está la cuestión de distinguir entre aquellos sectores que deben quedar abiertos al pluralismo y otros que *no* podrían ser "pluralizados" sin dañar, o incluso destruir, a los primeros; pero cuáles deben ser los unos y cuáles los otros, y sobre todo el establecer las respectivas reglamentaciones, es asunto bastante discutible. Este problema, el de los *límites* del pluralismo, puede ser planteado así, por ejemplo (cf. también *infra*, §§ 20.b y 75):

“Para conjurar el peligro de una autodestrucción colectiva, y a la vez para escapar a un crudo socialdarwinismo que haga todavía más débiles a los débiles y aún más fuertes a los enérgicos y astutos, también en una sociedad pluralista, justamente, se precisan normas que aseguren un tratamiento humano y *justo* de los conflictos... Si se comprende de manera éticamente adecuada el concepto de sociedad pluralista, antes bien es necesario distinguir entre sectores que deben ser pluralistas y los que no deben serlo. Al campo de lo pluralizable pertenecen las necesidades y los talentos, las ideas sobre la moda y sobre los gustos, y también, ampliamente, las formas de interpretar el mundo y de concebirse a sí mismo. Las convicciones que presiden la autorrealización de las personas pueden ser confiadas a espacios libres personales y grupales, en cuanto no *obstaculicen la autorrealización* de los demás. No pluralizables, en cambio, son las condiciones básicas y marginales que reglan el *equilibrio* entre autorrealizaciones rivales: presupuestos de la comunicación y condiciones para un humano encauzamiento de los conflictos” (HÖFFE, p. 471-472; hemos puesto en cursiva algunos conceptos indeterminados, cuyo contenido es objeto de discusiones fundamentales a la hora de determinar cuáles han de ser *concretamente* tales límites: *infra*, cap. III).

(b) Claro que es posible (y se deben) efectuar clasificaciones mucho más diferenciadas que la nuestra, sobre todo teniendo allí en cuenta elementos socio-políticos más variados y ricos que las meras formas electorales: cf., p. ej., la que presenta SCHÄFER, p. 124 ss. Sin embargo, para los efectos heurísticos de un estudio como el presente, pueden bastar las elementales distinciones que hemos propuesto.

(b) Claro que es posible (y se deben) efectuar clasificaciones para manejar eso que STEVENSON llama *definiciones persuasivas* (cf. *supra*, § 12.I). Por eso, para el científico social es mejor no esforzarse en definir de una u otra manera dicha palabra, sino más bien prescindir de utilizarla al analizar las cuestiones políticas, ya que los efectos emocionalizantes de tal terminología son prácticamente inevitables, y lo más común es que enturbien la racionalidad del discurso que la emplea. DAHL, por

ejemplo, propone enfocar esa temática así:

"Es posible diferenciar a los países, o a otros sistemas políticos, por el grado en que la ley, la constitución, la costumbre y la práctica política protegen la libertad de expresión, la libertad de formar o adherirse a organizaciones, el acceso a fuentes diferentes de información, las elecciones libres y honradas, la competición de los líderes políticos para ganarse el apoyo y votos, y las instituciones necesarias para hacer que los programas políticos del Gobierno dependan de los votos y otras expresiones de preferencia. Ya que los países han diferido y siguen discrepando en cuanto a estos dos elementos: grado del sufragio y libertad de oposición, el mundo presenta una vasta gama de sistemas políticos. En un extremo están las *hegemonías cerradas*, que deniegan el sufragio y suprimen a todos aquellos que se oponen al Gobierno. En el otro extremo están las *poliarquías inclusivas*, que conceden el sufragio universal y protegen de forma eficaz las instituciones antes mencionadas. (Dado que el término 'democracia' se usa para designar un ideal no conseguido y quizá imposible de conseguir, el aplicar ese término a los sistemas existentes lleva a confusión y controversia irremediamente. Aquí ... utilizo los términos 'gobierno popular' [que, empero, es un tanto "persuasivo", por el empleo del término "popular"] y 'poliarquía' (gobierno de muchos) para referirme a los sistemas políticos con sufragio extendido y protección relativamente efectiva de las libertades [¿término "persuasivo!"] y oportunidades antes mencionadas. Son ejemplos de poliarquías los Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, los países escandinavos, Italia, Chile, [hasta 1973], Japón y la India.)" (p. 99, con su n. 24).

Sin embargo, como el contenido de nuestra Investigación hace que nosotros no tengamos más remedio que referirnos a términos como "democracia" precisamente (*supra*, § 6), tuvimos que escoger *alguna* definición —lo más precisa posible (¡del mal el menos!)— para nuestro uso de esa palabra, aunque también dicha definición comporta cierta "persuasividad".

—o0o—

2. En el plano de la ordenación *jurídica* general para la organización y actividad de los poderes públicos, la democracia pluralista presenta el modelo constitucional denominado *Estado de Derecho*. De acuerdo con este modelo, la Constitución contiene

una normativa que: "por una parte, configura y ordena los poderes del Estado, por ella construidos; por otra, establece los *límites* del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad" (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, cit. en ANUARIO 1981, p. 223 —cursiva nuestra—).

Conformado a partir de la clásica idea de MONTESQUIEU sobre la división de poderes, el Estado constitucional de Derecho responde básicamente a "tres exigencias: participación del pueblo en la legislación, legalidad en la Administración, independencia de la actividad judicial... La libertad que el Estado constitucional quiere fundar, tiene, junto a su lado positivo, esto es, el de la participación del ciudadano en el Estado, además uno negativo: la libertad de los ciudadanos frente al Estado, la garantía de una esfera de libertad individual que es intangible para el Estado, el reconocimiento de límites infranqueables para la actividad estatal. (...) 'El Estado no lo puede todo' (Friedrich NAUMANN)... y en la medida en que este hace suyo ese lema, se llama '*Estado de Derecho*', a diferencia del '*Estado policial*' del absolutismo. El Estado policial no conocía límites para la actividad estatal; quería no solo proteger a sus súbditos contra los otros súbditos, sino también contra el propio limitado entendimiento de estos, como seres inferiores, y a costa de su libertad obligarlos a ser felices. El Estado constitucional rompió con este sistema de tutela, en cuanto tácitamente retiró la mano de algunos sectores, mientras que a otros sectores los declaró expresamente intangibles, por medio de normas constitucionales u otras leyes, siguiendo a la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norte América y a la Declaración francesa de 1789.

"De una tal garantía expresa resultan los *derechos fundamentales* de las Constituciones: por ejemplo, la igualdad ante la ley, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia, la libertad de culto y de conciencia, la libertad de la ciencia y de su enseñanza, la libertad de asociación y de reunión, la libertad de prensa, la libertad de oficios, libertad de agremiación, libertad de circulación y de domicilio. La evolución de los lindes entre la actividad estatal y la libertad civil queda, desde luego, sujeta al desarrollo histórico, como puede verse sobre todo en los derechos de libertad económica, la libertad de la propiedad, de la sucesión, del contrato... [Y] el Estado, como '*Estado cultural*', debe también con-

siderar las exigencias positivas de sus miembros; solo que, para la concepción constitucionalista y la del Estado de Derecho, es esencial que, junto a la participación de aquellos en el Estado, haya también una libertad —delimitada en alguna forma— de los ciudadanos frente al Estado" (RADBRUCH/ZWEIGERT, p. 60-61).

En síntesis, los caracteres generales del Estado de Derecho puede decirse que consisten "fundamentalmente en las siguientes notas:

- a) Imperio de la ley (*Rule of Law*): ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. [cf. ROMERO PÉREZ, *El principio...*]
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material" (E. DÍAZ, *Estado...*, p. 29).

Con estos caracteres concuerdan, a su vez, lo que puede llamarse las "técnicas" (medios de protección) del Estado de Derecho, que "son fundamentalmente cuatro:

- 1) el debilitamiento interno del poder mediante su división, especialmente a través de la separación de los Supremos Poderes;
- 2) la limitación del Estado por la ley;
- 3) la responsabilidad del Estado por los entuertos que cometa;
- 4) el control jurisdiccional autónomo de legalidad" (ORTIZ, *Costa Rica...*, p. 56).

Todos esos "caracteres" y "técnicas" no son otra cosa que unas modalidades de organización del aparato estatal cuyo sentido básico es de orden *teleológico-humanista*, o sea, que están destinadas justamente a la protección de derechos humanos. Pues "lo definitivo, lo esencial (digámoslo así, con palabras graves) del Estado de Derecho es, precisamente, la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo del poder político, en nombre, precisamente, de la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales; cuestión que de modo conexo ha obligado a plantear ineludiblemente el problema del poder económico y de su control, por el pueblo o por una

minoría. Así, el imperio de la ley (ley como expresión de la voluntad general), la división y distribución de poderes (legislativo, ejecutivo, judicial), la legalidad de la Administración (actuación según ley y suficiente control judicial), no son sino expedientes propios del Estado de Derecho que se juzgan aptos —ya veremos con qué razón, en qué medida y sobre cuáles bases sociales y económicas— para lograr una eficaz garantía y protección de los que en cada momento histórico se consideran mayoritariamente como derechos y libertades humanas fundamentales" (E. DÍAZ, *Legalidad...*, p. 150-151). En definitiva, el modelo de organización institucional global llamado Estado-de-Derecho se caracteriza básicamente por "crear una esfera de acción inviolable para el Estado, quien solo puede ingresar a ella en los casos de excepción definidos por la Constitución en el Capítulo de Derechos y Garantías Individuales: libertad de domicilio, de expresión en todas sus formas, de culto, de petición, etc. Y no sobra advertir que, naturalmente, las intervenciones posibles deberán ser reguladas, a su vez, por el ordenamiento jurídico (principio de legalidad)" (ORTIZ, *ibid*).

*Notas.*— (a) Si la noción Estado-de-Derecho se define por el síndrome de los "caracteres" o las "técnicas" señalados, tal categorización jurídica es aprovechable en el marco de un discurso analítico, dada la posibilidad de aprehender en forma *intersubjetiva* y *avalorativa* dichas notas conceptuales (prescindiendo, se entiende, de tomar al pie de la letra la referencia a una "voluntad general", o mejor dicho, reformulándola en términos de la caracterización schumpeteriana de lo que es democracia).— (b) Al utilizar la expresión "Estado de Derecho" no nos pronunciamos acerca de si esta es una formulación feliz para incluirla en un lenguaje científico o si ella se debe antes bien a modalidades "persuasivas" (*supra*, § 12.I *in fine*) de la comunicación; para la crítica de dicha nomenclatura, cf. KELSEN, *Teoría pura...*, cap. VI, esp. # 40. Por nuestra parte, la recogemos simplemente porque es el rótulo *convencional* más común para designar aquel síndrome. Pero por tratarse de eso, del uso que haremos de esta etiqueta no extraeremos otras consecuencias lógicas que las analíticamente implicadas en la definición misma: por ejemplo, *no* restringiremos el uso del término "Derecho" para aplicarlo únicamente a aquellas organizaciones estatales que respondan a aquel modelo, sino que, siguiendo el uso lingüístico más general de dicho término, reconoceremos que cualquier tipo de Estado tiene un Derecho, una Constitución, etc. (*supra*, § 12).— (c) La caracterización recogida se refiere específicamente al "Estado *liberal* de Derecho" (*bürgerlicher Rechtsstaat*). La diferencia entre este y el "Estado *social*

de Derecho" (*sozialer Rechtsstaat*), es un problema aparte: cf., p. ej., BACHOF, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates* (Concepto y esencia del Estado social de Derecho), en *Wegen...*, p. 80 ss.; y E. DIAZ, *Estado social de Derecho*, en *Estado...*, cap. III. En realidad el modelo "social" no contradice propiamente al modelo "liberal", sino que más bien viene a completarlo, agregando algunas otras características al síndrome indicado (o, si se quiere, subrayando especialmente o reforzando algunos aspectos ya implícitos en este). La diferencia entre ambos suele también aparecer planteada como la necesidad de pasar de un Estado de Derecho "formal" a uno que sea inclusive de carácter "material": cf. BÖCKENFÖRDE, *Staat...*, p. 81 ss., y DENNINGER 1, cap. IV.I. Con esta cuestión, la de las insuficiencias del tipo meramente "formal" del Estado de Derecho, tienen que ver asimismo, aunque enfocando la problemática de manera distinta, las objeciones que se le hacen desde otras tiendas: cf. E. DIAZ, *El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas*, en *Legalidad...*, cap. III.— (d) Sobre aspectos generales del Estado de Derecho, cf. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, # 26; E. DIAZ, *Estado...*; DENNINGER 1, cap. IV; BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (Origen y transformación del concepto de Estado de Derecho), en *Staat...*, p. 65 ss. Para la crítica, desde la derecha, de la idea de un Estado de Derecho, cf. por todos: SCHMITT, *Teoría...*, *passim*.— (e) Para la discusión general en torno a la idea de "democracia", *vid.* el ilustrativo artículo de SCHÄFER; la crítica de lo que ha dado en llamarse "la teoría elitista de la democracia", dentro de la cual aparece ubicado también SCHUMPEYER, es el objeto central del estudio de BACHRACH; una breve pero sustanciosa presentación panorámica de las distintas posiciones críticas respecto a los alcances reales de la actual democracia parlamentaria es brindada por el librito de LENK, *Wie demokratisch...*, y para una actualizada crítica de inspiración marxista *vid.* el examen de AGNOLI.



*En síntesis.*— La diferencia entre una "democracia" autoritaria, sea de tipo leninista-stalinista o militarista-capitalista, y una democracia competitiva, pluralista, se resume en el papel que en una y otra juega el voto popular. Solo en la segunda, a diferencia de la primera, ese voto tiene un papel decisivo para designar los titulares de funciones de gobierno: el electorado interviene como árbitro de última instancia entre los aspirantes a ocupar esas posiciones, los cuales pueden tener orientaciones ideológicas distintas, y hasta muy distintas. De esa diferencia *procedimental* se

siguen consecuencias múltiples para la vida institucional de un país; en particular, el hecho de que solo la democracia competitiva hace posible una organización según el modelo *Estado de Derecho*. Y es este modelo, a su vez, el que mejor garantiza la realización de los derechos humanos (pero esto último no lo dice SCHUMPETER: cf., p. ej., su observación quinta, en la p. 314).

*Nota.*— Cf. también, para una buena presentación general de ideas básicas de la concepción pluralista de la democracia, el estudio de SANDIFER (esp. caps. I y III) y el Breviario de BARBAGELATA. Si bien estos trabajos no contienen un análisis tan implacablemente realista como el de SCHUMPETER, o tan multilateral (y crítico) como el de SCHÄFER, de todos modos ofrecen un cuadro valioso de puntos de vista que la dogmática jushumanista suele expresar, o presuponer, cuando emplea el término "democracia", y también en cuanto a las características básicas del Estado de Derecho. Sobre este último, *vid* además *infra*, § 42 (allí, II *in fine* y III).

\* \* \*

EN CONCLUSION.— Es en organizaciones estatales que responden al modelo de la democracia *pluralista*, y tanto más cuanto más *irrestrictamente* pluralista lo sean, donde cada precepto constitucional sobre derechos humanos tiene mejores posibilidades de ser interpretado, por parte de las autoridades encargadas de reglamentarlo o aplicarlo, en formas tendientes al reconocimiento íntegro del derecho en cuestión. Este punto deberá tenerse muy en cuenta al considerar nuestra semántica constitucional. Corresponderá tenerlo presente, en especial, para aquilatar el grado de "peligrosidad" *real* que en cada país ofrecen aquellas disposiciones que, según señalaremos, resultan propicias, por sus *virtualidades* semánticas, para que las autoridades hagan de ellas unos usos —dimensión pragmática— que perjudican a derechos fundamentales. Cuando los órganos públicos actúan en el marco de un régimen democrático-pluralista es menos probable que dicho perjuicio se dé, al menos en sus formas más graves, pero tampoco puede *a priori* descartarse esta eventualidad. Y siempre se trata, en definitiva, de una cuestión de grados.

## IV

Nuestra *semántica constitucional* suscitó reservas por parte de varios de los profesores que participaron en la Investigación. Recogemos ahora algunas de las objeciones formuladas por ellos, posiblemente las fundamentales. Esas intervenciones tuvieron lugar durante la Reunión II y se refieren principalmente al material de los Apéndices. Cabe advertir que ellas se complementan con muchas otras puntualizaciones de los participantes incluidas a lo largo de esta obra; a algunas de estas se hará remisión aquí mismo, señalando entre paréntesis los sitios respectivos, y sobre todo importan las que reuniremos para dar cuenta particularizada de la discusión básica sobre el papel de los conceptos jurídicos indeterminados (*infra*, § 21).

## BREWER:

Sin duda, hay una aproximación apriorística al tema. Se señala así, como hipótesis general: primero, que los derechos humanos están más protegidos a nivel internacional que a nivel interno; y segundo, que el nivel interno no otorga suficiente protección a los derechos humanos. Y leyendo los Informes, saco la conclusión —es decir, tal sería la conclusión para el observador externo que lea este documento completo— de que en América Latina estamos muy mal en materia de protección de los derechos humanos. Como se parte de aquellas dos apreciaciones generales, el estudio contiene unas generalizaciones excesivamente amplias, donde materialmente todas las Constituciones de América Latina salen mal paradas; y las que están relativamente bien paradas, algún elemento tienen para que también salgan mal paradas. Particularmente, se pone el acento en el tema de los conceptos jurídicos indeterminados (*infra*, cap. III y *passim*). Pero yo utilizaría esa expresión, la de "concepto jurídico indeterminado", para aplicarla al Informe. El Informe es todo, globalmente, de una gran indeterminación, por su generalidad.

Saco, por tanto, la conclusión de que el Informe es excesivamente generalista en sus aproximaciones. Según él, aquí nada está bien, realmente. En América Latina, el panorama es desolador; y dentro de las pocas Constituciones que al menos —pensamos— tienen elementos importantes, también buscamos la forma de encon-

trarles fallas. Porque fallas hay, en todas... Y, más en particular, no estoy de acuerdo con el manejo general que se hace del tema de los conceptos jurídicos indeterminados (*infra*, § 21, Nos. II, III y V).

#### GONZALEZ:

Solo una breve observación: echo de menos una definición más clara y mucho más categórica en el sentido de que el sistema democrático es el que garantiza con mayor eficacia y con mayores posibilidades la protección y la promoción de los derechos humanos. (Esta observación se encuentra desarrollada con mayor amplitud *infra*, § 21.III.)

#### GARCIA B.:

Yo no comparto la opinión de BREWER, de que es un Informe demasiado indeterminado e impreciso. A mí me parece que --con sus limitaciones-- es interesante y analítico, en el sentido de que hay temas, hay disección de problemas, remisión a articulados; creo que es bastante completo. Ahora, lo que sucede es que un Informe como este se resiente por varias cosas. En primer lugar, el desconocimiento del contexto político. Segundo, el desconocimiento o el no acceso al aparato jurisprudencial, o sea, qué deciden las cortes. Y tercero, el desconocimiento de lo que dicen las leyes. Por otro lado, también creo que en el análisis que el Redactor General efectúa de las Constituciones hay una opción valorativa que él ha tomado, que se ha filtrado en su discurso. Y esa opción es la siguiente: toda Constitución tiene una "trampita", y hay que descubrirla; esa es la verdad. Entonces, al final, toda Constitución --y en esto yo estoy de acuerdo con BREWER-- tiene un "pero", un "sin embargo", un "quizá", etc.

#### CARRIÓN:

Quien lea los dos Informes va a encontrar dos elementos muy claros: un elemento forzosamente teórico, incluso metateórico, que se desparrama a través del texto en diferentes momentos; y en otro plano, las referencias concretas a los problemas concretos que se tratan. El primer Informe, sobre todo, plantea la cuestión básica teórica; no solamente sobre los conceptos indeterminados, sino sobre una manera de afrontar la problemática de los derechos hu-

manos. Y allí es donde yo he visto que, quizá con mayor detenimiento y mayor tiempo, se hubiera podido evitar una serie de malas interpretaciones, o una serie de desfases que hay en el texto, que resultan de haber propuesto: por un lado, una teoría sobre los derechos humanos, casi una teoría normativa; por otro lado, una metodología para tratar el discurso de los derechos humanos con la teoría propuesta. Si se hubiera logrado eso, la discusión se habría orientado por los dos caminos siguientes: a rechazar la teoría normativa que se propone allí, o a aceptarla; y a aceptar el discurso metodológico que se propone para tratar el discurso de los derechos humanos, vale decir, una metateoría respecto a estos, o a rechazarla (*infra*, § 104.III).

Ahora, lo que está pasando al no haber sido hecho eso, es fácil entenderlo. BREWER, GONZALEZ, GARCIA, asientan su posición sobre cosas concretas, donde la interpretación de cada uno está dentro de un contexto de interpretación que el Redactor General no lo tiene: por ejemplo, el contexto práctico de la realización, en cada país, del concepto de derechos humanos. Esto muestra claramente el desfase entre una crítica a partir del Derecho positivo y una crítica (que se olvida) a partir de bases teóricas que el Redactor ha puesto allí pero diseminadamente —ahí está mi objeción—.

Por otro lado, quisiera hacer una acotación sobre el uso de la palabra "ciencia". Un discurso científico puede entenderse solamente dentro de ciertas coordenadas, que se pueden aceptar o no: cómo se habla sobre el discurso normativo de una manera científica; o, mejor todavía, cómo se habla sobre el discurso del saber hacer, de la *praxis* humana, de manera científica. Si esto no se establece de una manera precisa, ello constituye ciertamente una indeterminación de la metodología empleada para enfrentar esa problemática.

En conclusión, pues, quisiera señalar la conveniencia de ponerse de acuerdo sobre un mínimo de conceptos básicos, de actitud metodológica básica, para poder entendernos todos en un solo discurso. Y a partir de allí, rechazar uno y proponer otro, o quedarse momentáneamente con lo que ha propuesto el Redactor General.

VIDAL:

Con los mismos textos constitucionales, pasan cosas distintas en los países; entonces, allí hay un viento, un espíritu, unos im-

pulsos, que dan productos diferentes. Por otra parte, todo el énfasis se descarga, acá, sobre la cuestión constitucional. Pero existe la dificultad, precisamente, de poder hacer una labor completa sobre el tema de los derechos humanos sin descender hacia la ley. Personalmente, tampoco me gusta esa nota, o ese giro que a veces se presenta, de que remitir a la ley es nocivo para el tratamiento de dicho tema (*infra*, § 21.III).

#### ANTILLÓN:

Yo pienso que el método utilizado no da buenos resultados. Me parece que este análisis de un mero texto constitucional, con abstracción del resto del sistema normativo y de la jurisprudencia, y, sobre todo, con abstracción de la realidad histórica, al final creo que va a dejar poco. No creo que esto pueda remediarse agregándole después el estudio del resto del ordenamiento y el estudio de la realidad histórica. Creo que estas adiciones no son posibles. Me parece que el método adecuado sería proceder al revés: o sea, aunque esto cueste mucho y signifique incluso un trabajo al cual el jurista no está habituado, partir de la descripción de la situación real, para salir de allí hacia la normativa, y entonces juzgar las normas frente a la realidad precisamente. Por no hacerlo así, el Informe ha podido ser en muchos casos bastante fantasioso ante las realidades de los países, al atenerse simplemente, como dato único, a la normativa constitucional.

Por otro lado, al menos en el análisis de la Constitución cubana, a mí me parece que el Informe no es tan semántico, ni tan abstracto, sino que con frecuencia va introduciendo algunos juicios de valor, juicios políticos, con lo cual rompe sus propias reglas del juego porque se remite a la realidad. Ello obligaría, entonces, a hacer el análisis de la realidad en cada caso, lo cual no sería fácil con los instrumentos de que disponemos en este momento. También pienso que el método ha llevado al Redactor General a equiparar, con mucha frecuencia, situaciones muy diferentes. A menudo presenta la comparación entre la Constitución chilena y la Constitución cubana; pienso que eso es posible, precisamente, a base de no confrontar las realidades históricas, sino simplemente algunos textos constitucionales. Pienso que la realidad separa profundamente a ambos países. Estamos, allí, en dos situaciones políticas, en dos procesos históricos, etc., y claro que eso no puede ser transparentado en un informe de lo textual. También hemos visto, en el caso de Honduras, cómo la información sobre el país mismo significa un contraste bastante importante, en muchos aspectos profundo,

con el análisis puramente textual. En el caso de Chile, también, vemos cómo la Corte Suprema se comporta de un modo frente a la Unidad Popular y de otro modo frente a la Junta Militar. Pienso, entonces, que la Investigación debería dirigirse a la realidad; tomar a esta como punto de partida, recoger de allí los datos y las bases para el enjuiciamiento de las normas.

#### PIZA:

Un sistema constitucional no consiste solamente en la Constitución, sino en una serie de tradiciones, en una serie de creencias, en una serie de realidades. Es muy difícil tener una idea clara de lo que un régimen constitucional dice y cumple en materia de derechos humanos, si no tomamos en cuenta la realidad en la que se realiza. De manera que yo creo que este Informe, muy valioso, es apenas un comienzo de lo que nosotros mismos debemos contribuir a completar, para que no se entienda que estas son conclusiones definitivas de la Investigación.

#### HABA:

Respecto a la intervención que acaba de tener PIZA, no tengo ninguna objeción que hacer. Estoy en un ciento por ciento de acuerdo con todo lo que él ha dicho; inclusive, pienso que eso estaba dicho, más o menos, en mi propio Informe. Siempre entendí que estos Informes constituían un análisis *extremadamente* parcial de la realidad de los derechos humanos en el país que fuere, y hasta son un análisis muy parcial del propio nivel jurídico. Podría ser planteada, entonces, la siguiente pregunta: teniendo en cuenta que un análisis semántico de textos constitucionales sólo abarca aspectos tan parciales, ¿vale la pena estudiarlos? Obviamente, si no vale la pena efectuar tal análisis, cualquier cosa que en él se diga resultaría, *a priori* (para retomar la expresión de BREWER), que no tiene sentido. Dejo esa pregunta general simplemente planteada.

GONZÁLEZ anota una gran ausencia en los Informes: la de que faltaría allí una definición en el sentido de que, mal que bien (esto de "mal que bien" lo digo yo), los regímenes democráticos son, *en líneas generales* (esto es: promedialmente —*infra*, § 21.III—), aquellos que protegen mejor los derechos humanos. Estoy de acuerdo con eso; y creo haberlo dicho en el Informe, pero tal vez no lo subrayé bastante.

GARCIA B. me señala —no sé, honestamente, si como crítica o como defensa— que en realidad no se le puede pedir demasiado al Informe, teniendo en cuenta que este no ha analizado la realidad política, la realidad jurisprudencial, etc. Dejando entre paréntesis si esa es una crítica o no, lo único que puedo decir es que estoy totalmente de acuerdo con él; pero creo haberme adelantado a decirlo allí mismo. Dice también que incurro en una "opción valorativa", que partí de la base de que cada Constitución tiene una "trampita". Bueno, es posible que subconscientemente yo haya podido pensar algo por el estilo. Pero esto pertenece a lo que normalmente se llama, respecto al discurso de la ciencia, el contexto de *descubrimiento*; no es el contexto de *validez*, que es el único que cuenta para juzgar la legitimidad *científica* de una hipótesis, una teoría, etc. En realidad, lo importante no es si yo pensé o no pensé que hay una "trampita". Lo único que interesa es si *existen* o no existen tales "trampitas". Si yo denuncio "trampitas" que existen... ¡bueno, la otra opción será señalarme como ideal que no las denuncie! Y si denuncio "trampitas" que no existen, en ese caso el pecado no está en la mera intención subyacente, sino en el hecho de decir algo que no es. En definitiva, creo que todo esto es un simple problema de *prueba* respecto a las afirmaciones *mismas*, sean cuales fueren mis "opciones valorativas" subyacentes: ¿cuáles son las "trampitas" que *no* debería haber señalado? (¡ese es todo el asunto!).

CARRIÓN hace notar que las bases teóricas se encuentran más o menos diseminadas en los Informes. ¡Es cierto! Señala también que hay un problema que allí no se toca, el de aclarar *qué* ciencia se pretende hacer. ¡También es verdad! La palabra "ciencia", como tantas otras que andan por ahí, es un término prestigioso y admite más de una interpretación; con decir "ciencia", no hemos dicho todavía demasiado. En efecto, hubiera sido deseable —aunque no sé si legible— hacer un excursus, una presentación general epistemológica, sobre el tipo de ciencia que estamos haciendo, etc. [Aquí hemos tratado de remediar en algo esa omisión: *supra*, § 9.]

VIDAL se refiere al problema de las relaciones entre Constitución y ley. Ese problema existe, en efecto, y habría que examinarlo país por país y norma por norma, para abrir juicio sobre si allí es o no es "nociva" la remisión del texto constitucional a lo que determine la ley (*infra*, § 21.III).

ANTILLÓN me reprocha, por un lado, el utilizar un método "fantasioso"; y además, no ser consecuente con mis pre-

misas. Pero he aquí que me encuentro, para mi asombro, con que la mayor parte de los exámenes que el propio ANTILLÓN efectúa al ocuparse de la Constitución cubana —entre el 80% y el 90% (¡hasta me quedo corto!) de ellos— se dan precisamente en dicho nivel, el semántico: p. ej., cf *infra* los caps. IV (Ap.: iv), V (Ap.: iv *in fine*), VI (Ap.: iv), VII (Ap.: iv, Discusión *in limine*). De manera que, honestamente, no lo entiendo. Porque si ese nivel semántico no sirve para nada, no sé para qué lo utiliza también él. Y si sirve, entonces la objeción inicial, de que el método empleado es tan incorrecto, no vale.

Señala ANTILLÓN que se debería haber hecho al revés: partir de la descripción real de la situación, para luego criticar las normas, etc. En cuanto a esto, le diría que estoy muy de acuerdo con él. Creo que, efectivamente, ese habría sido un método mejor. Sin embargo, el hecho solo de que sea un mejor método —"mejor", diría yo, en el sentido de: más completo—, no creo que alcance para invalidar totalmente el utilizado por mí. ¿Por qué? Porque este método, como lo subrayé en el Informe, no pretende de ninguna manera dar cuenta cabal de la realidad entera de cada Constitución. No pretende subrayar, como lo he señalado una y otra vez, más que un *segmento* de esa realidad global. Para analizar globalmente los países, por supuesto que habría que hacer lo que dice ANTILLÓN, y no niego que sería mucho más interesante que lo presentado por mí. Lo que no veo, simplemente, es que esa otra posibilidad invalide una descripción de aquel segmento, supuesto que esta no pretenda ir más allá de sus propios límites.

Por otro lado, ANTILLÓN puntualiza que el Informe no es tan "semántico" y "abstracto" como pretende ser, sino que introduce juicios de valor y se remite a la realidad. En cuanto a la introducción de unos juicios de valor: es cierto, los introduce. Pero, ¿quién ha dicho que los juicios de valor no integran el nivel semántico? ¡Por supuesto que sí, claro que sí! También los juicios de valor se mueven en el nivel semántico. Al efectuar análisis semánticos de las disposiciones constitucionales he utilizado, en efecto, juicios de valor, que son precisamente unos criterios *semánticos*. No veo la contradicción.

En cuanto a que esos análisis se remiten también a la realidad, se trata de una observación aguda. Tiene razón. En todos los análisis efectuados, me he remitido *en alguna medida* a la realidad, en cuanto yo podía conocerla (o creía conocerla). Es perfectamente verosímil, pues, que yo haya partido de una aprecia-

ción —correcta o incorrecta, eso ya es otra cosa— de la realidad cubana, al examinar la Constitución de ese país. Ahora que, si tal conocimiento ha introducido fuerzas motivadoras en el análisis, si le ha marcado direcciones, esto no implica que, así y todo, quede desvirtuada la pertinencia *semántica* de lo que se presenta como resultados de esos análisis. Para demostrar que el nivel semántico se abandona (o se "contamina") al presentar dichos resultados, habría que mostrar que algunas de las cosas dichas son incorrectas en *ese* nivel. No creo que ANTILLÓN haya podido hacer ver precisamente esto. (Cf. también la *Discusión* presentada *infra*, cap. VII, Ap.: iv.)

#### ANTILLÓN:

Claro que en el nivel semántico hay juicios de valor, eso es correcto. Pero el juicio de valor que valora la realidad se remite a la realidad, no se remite a la letra. Por ejemplo, ciertas afirmaciones del Redactor no nos llevarían a discutir los significados de las palabras, sino los problemas reales. En ese sentido, no cambiaría mi objeción a las expresiones usadas por él allí.

#### HABA:

BREWER, por su parte, me reprocha el emplear —según dice— una aproximación "apriorística" al tema. También este es, para mantenernos en el mismo plano, un concepto indeterminado. De manera que voy a empezar por interpretarlo (pero no es seguro que lo interprete como lo interpreta él): supongo que habrá querido decir que analizo las Constituciones sin tener en cuenta la experiencia de los países respectivos. Si esta interpretación —también ella es una hipótesis— fuera correcta, me remito a lo que ya contesté. Efectivamente, no he manejado esa experiencia. Si lo que él me quiere decir es que ese análisis es insuficiente, estamos completamente de acuerdo. Y si hay algún problema, ahí, en todo caso es el que señalé antes: ¿vale la pena efectuar tales análisis?

En segundo término, BREWER me adjudica el incurrir en generalizaciones excesivas. No sé cómo defenderme de eso. La corrección o no de dicha aseveración tendría que depender de los resultados que arrojara un análisis en detalle sobre qué cantidad de generalizaciones excesivas comporta el estudio efectuado. Si lo que BREWER me quiere decir es que comporta *algunas*

generalizaciones excesivas, le contesto que me asombraría enormemente alcanzar el milagro de que, en un texto de algunos cientos de páginas, la exposición pueda haber sido siempre precisa. De manera que el verdadero problema, ahí, es el de aquilatar el *número* y la *entidad* de esas generalizaciones. Habría que tomar una muestra, analizar sus candidatos uno por uno, etc. Por lo demás, esto tiene que ver con un problema de orden general que, según creo, se le plantea a cualquiera que exponga en un lenguaje no formalizado, lenguaje ordinario. En este tipo de lenguajes, como factor de determinación del sentido del discurso juega el contexto global de aquello que se dice. Es muy posible, así, que una determinada oración tomada aisladamente sea imprecisa, pero que, sin embargo, el contexto general sirva para determinar más su sentido. Yo creo que, en líneas generales, no he incurrido en tantas imprecisiones. Pero la apreciación sobre eso queda librada, desde luego, al juicio de cada lector.

BREWER me señala asimismo (también lo hace GARCÍA B.: *infra*, § 31.I), que la aproximación presentada supone que existe una mejor protección de los derechos humanos en el nivel internacional que en el de los Derechos internos. Pienso que hay un malentendido en esto. Creo que, en general, son más confiables los *tribunales* internacionales en esta materia; pero eso no significa afirmar que la *normativa* internacional misma sea mejor que la de cualquier Derecho interno, ni tampoco que en la práctica la protección más eficaz emane de las instancias internacionales (*infra*, *ibid*).

Por último, BREWER se refiere a una severidad excesiva del Informe al juzgar las Constituciones, incluso las democráticas, en cuanto que —parecería— no llega a satisfacerme ninguna. También aquí, nuevamente, me encuentro en enormes dificultades de contestar. Creo que eso se responde diferencialmente, en el análisis de cada Constitución. Si él me señalara que en el nivel semántico donde me he movido, tal o cual apreciación, con respecto a tal o cual punto específico, de tal o cual Constitución, está incorrectamente planteada, podríamos entendernos; y no sería extraño, incluso, que yo estuviera de acuerdo con él (no lo sé). Pero señalado de esa manera tan general, lo único que puedo responder es que quedo a la espera de las pruebas... (*Vid.* las observaciones de BREWER recogidas en notas de los Apéndices, *infra*: cf., p. ej., las ns. 62 del cap. V, 22 del cap. VI, 53 del cap. VII, 50-52 del cap. VIII.)

**BREWER:**

Voy a comenzar por tomar la defensa del Redactor General, en su trabajo, porque realmente es una aproximación, según las palabras de GARCÍA B., no solo útil, sino que es muy importante el trabajo que se ha hecho; demuestra la seriedad de la Investigación que está llevando adelante el Instituto. Parecería que yo dije que este trabajo no sirve; de ninguna manera es así. Insisto en que no solo es muy útil, sino que es un estudio muy importante para el tema general de los derechos humanos. Mi crítica se refiere a la *aproximación*. Creo que es importante que un Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el momento actual de América Latina, tenga eso en cuenta. No creo que sea una aproximación que nos reporte beneficios generales en América Latina, el señalar que aquí nada sirve en materia de derechos humanos, como conclusión. No digo que eso se exprese con esas palabras; pero la apreciación general de un belga, por poner cualquier persona de afuera que lea esto, sería entender que no sirve absolutamente nada en América Latina. Creo que esa es una aproximación general que valdría la pena repensarla. Si eso es lo que se quiere, si se trata de buscar las fallas, esta misma aproximación general la hacemos con cualquiera de los Pactos de las Naciones Unidas, y con la propia Convención Americana, y resulta que menos sirven. Pero este no es el objetivo. Yo creo que la responsabilidad que tiene un Instituto de esta naturaleza es también el destacar las partes importantes de la protección de los derechos humanos que tienen las Constituciones de América Latina y los Pactos internacionales que se aplican en América Latina.

Por otra parte, como GONZÁLEZ lo señaló con claridad, tenemos que tomar en cuenta que hay dos líneas muy generales en materia de regímenes políticos de América Latina: unos de carácter autoritario, otros de carácter democrático. Y la aplicación del mismo texto, como decía VIDAL, tiene una connotación distinta en un sistema democrático que en uno autoritario (*infra*, § 21.III); por lo tanto, no podríamos juzgar en la misma forma "despiadada", como en general se juzga en el Informe, esa regulación.

En síntesis, no estoy criticando sino la *aproximación*. Ahora, si esa es la aproximación general de la Investigación y así juzga el Instituto que debe ser, que el resultado general es que en América Latina no sirve absolutamente nada en materia de protección a los derechos humanos, que está todo por hacer ... ¡con eso yo no estaría de acuerdo!

**HABA:**

En cuanto a la distinción entre las Constituciones, creo haberla hecho en prácticamente cada capítulo. Allí señalo diferencias entre unas y otras Cartas: Constituciones que protegen mejor, Constituciones que protegen medianamente, Constituciones que protegen peor. No creo, honestamente, haber insinuado que todas las Constituciones son iguales. Más aún, en cada capítulo se subrayan siempre unas disposiciones ejemplares de las Constituciones (y se dice, allí, que sería muy bueno que las adoptaran también otras Constituciones). O sea, que estoy muy lejos de haber puesto a todas en el mismo nivel prácticamente, o haber señalado que, al fin y al cabo, el nivel constitucional es indiferente. He apuntado incluso las direcciones prácticas favorables a los derechos humanos que están ya en las propias Constituciones, sin perjuicio de que puedan aún ser complementadas y mejoradas. No creo, pues, que la aproximación presentada —si se entiende debidamente (contra malas interpretaciones no hay garantías)— plantee como resultado general que "nada sirve". Lo que el texto pretende, por el contrario, es no caer en falsas generalizaciones, ni optimistas ni pesimistas. Las conclusiones que de él corresponde sacar deberían ser, a mi juicio, muy matizadas (como también lo es, siempre, la realidad misma): esto "sirve", esto no "sirve", aquello "sirve" más, aquello "sirve" menos, eso podría ser mejorado, eso otro está bastante bien como está, etcétera, etcétera...

NOTA: *vid.* también la Discusión presentada *supra*, II *in fine*.

## Capítulo III

### LA PRESENCIA DE LOS CONCEPTOS INDERTERMINADOS EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Como sistema de signos, el lenguaje posee la cualidad de la objetividad. El lenguaje se me presenta como una facticidad externa a mí mismo y su efecto sobre mí es coercitivo. El lenguaje me obliga a adaptarme a sus pautas.*

BERGER/LUCKMANN

*Del mismo modo que los cirujanos no emprenden una operación sin desinfectar previamente todos los útiles que se proponen usar, nadie debería empezar un raciocinio sin haber dejado de antemano todas las palabras que va a emplear, completamente asépticas de equívocos.*

VAZ FERREIRA

*"When I use a word", Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, "it means just what I choose it to mean—neither more nor less."*

*"The question is," said Alice, "whether you can make words mean so different things."*

*"The question is," said Humpty Dumpty, "which is to be master—that's all."*

L. CARROLL

*El lenguaje contiene numerosas palabras que, como "cultura", poseen un vago significado descriptivo y un rico significado emotivo. El significado descriptivo de todas ellas está sujeto a constantes redefiniciones. Las palabras son galardones que cada persona trata de conferir a las cualidades de su predilección.*

Ch. L. STEVENSON

*Tales expresiones superan con mucho lo que puede fundamentarse en las mejores intenciones y en los argumentos. Prestan al que las usa una autoridad que él sencillamente no posee. Le colocan del lado de los ángeles, cuando todo lo que hace es expresar sus opiniones personales. Parece que es la verdad misma la que le acompaña, cuando es una mera opinión*

*lo que guía sus acciones, y una opinión muy mal argumentada en este punto.*

P. K. FEYERABEND

*La acción es buen índice de lo que son los compromisos en realidad; un actor expresa muchas exigencias y pretensiones, pero es su acción lo que revela a otros, y a menudo a sí mismo, dónde está y qué es lo que defiende.*

A. ETZIONI

*Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta esse possit.*

BACON

*La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente.*

KELSEN

*Por la gran latitud de las normas constitucionales, cada interpretación llega a tener, de hecho, las consecuencias de una opción política.*

D. GRIMM

*Public order has been described by an English judge as an un-*

*ruly horse: once you let it in, it soon becomes wild and unmanageable.*

H. COHN

*Sólo le quedaba la apelación a estos principios inermes que él mismo había interpretado siempre como meras reglas generales y que se prescriben a otros para poder uno moverse con mayor libertad.*

MARX

*Pero si en el original los colores se interpenetran sin dejar rastro de límites, ¿no resultará entonces ser una tarea sin posibilidades de éxito la de dibujar una imagen neta que corresponda a la del borroso original? ¿No tendrás que decir, entonces: "Aquí yo podría dibujar tanto un círculo como un rectángulo o una forma corazón, ya que todos los colores se confunden. Todo concuerda; y nada"? — Y en tal situación se halla, por ejemplo, aquel que en la estética o en la ética busca definiciones que correspondan a nuestros conceptos.*

WITTGENSTEIN

*Mas esto no es falta de conocimiento. Si los límites no los sabemos, es porque no están trazados. Como decíamos, podemos trazar un límite para una finalidad particular. ¿Solo así haremos utilizable el concepto? ¿De ninguna manera! Salvo por lo que se refiere a ese fin particular. — ¿Pero acaso se puede siempre sustituir con ventaja*

una imagen indeterminada por una que sea neta? ¿No es, a menudo, justamente lo indeterminado aquello que precisamos?

WITTGENSTEIN

*The word precise is itself as loose as water.*

D. MELLINKOFF

Simplemente me pregunto:

¿Y qué si estas palabras pasan?

¿Y qué si pasan, y se van, y ya no están más...?

Largo tiempo llevó adquirir esas

palabras,

muy largo tiempo adquirirlas, y

mucho dolor.

S.V. BENÉT(\*)

\* \* \*

(\*) Las citas que encabezan este capítulo corresponden respectivamente a:

— BERGER/LUCKMANN, p. 57.

— VAZ FERREIRA, *Fermentario*, p. 174

— "Cuando yo uso una palabra", dijo Humpty Dumpty, en un tono más bien desdeñoso, "ella quiere decir exactamente lo que yo escojo que signifique —ni más ni menos—".

"El asunto es", dijo Alicia, "si usted puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas distintas".

"El asunto es", dijo Humpty Dumpty, "quién va a ser el amo —eso es todo—".

(Lewis CARROLL, *Through the Looking Glass*, cap. VI.)

— STEVENSON, p. 199.

— FEYERABEND, *Adiós...*, p. 86-87.

— ETZIONI, p. 18.

— "De la ley importa tanto el que sea cierta, que sin ello no puede ser justa" (Francis BACON, Aforismo VII, cit. en CABANELLAS, # 2.186).

— KELSEN, *Teoría pura...*, p. 356.

— "Bei dem grossem Spielraum von Verfassungsnormen wirkt sich aber jede Interpretation de facto als politische Option aus" (GRIMM, p. 54-55).

— "El orden público ha sido descrito, por un juez inglés, como un caballo fogoso: una vez que lo dejas entrar, pronto resulta salvaje e ingobernable" (COHN, p. 38).

— MARX, p. 278.

— WITTGENSTEIN, # 77.

— WITTGENSTEIN, Nos. 68 y 71.

— MELLINKOFF, p. 295.

— Stephen Vincent BENÉT, cit. en CLAUDE, p. 7.

## SUMARIO:(\*)

A) *Ambitos semánticos y el papel del intérprete*: 17. La dinámica de los conceptos indeterminados en el lenguaje político y jurídico (generalidades). 18. El paso hermenéutico (opciones y límites del intérprete). 19. Cuatro niveles en la semántica de los conceptos indeterminados. 20. Tres clases de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos. 21. Discusión.

B) *Opciones hermenéuticas ante el lenguaje constitucional de los derechos humanos*: 22. Interpretaciones de los derechos humanos:  $\alpha$ ) la dogmática jushumanista 23. Interpretaciones de los derechos humanos:  $\beta$ ) la seguridad del Estado y su defensa. 24. Constituciones democráticas, Instrumentos internacionales. 25. Conclusión: ¿Que ventaja reviste, para la causa de los derechos humanos, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados? 26. Excurso: Conceptos indeterminados en Constituciones de América Latina.

*Apéndice*: Semántica constitucional.

*Literatura escogida*:

BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. BERGER/LUCKMANN, La construcción social de la realidad (esp. caps. I.3 y II.2). COMBLIN, La Doctrina de la Seguridad Nacional (esp. caps. I y III.1.A). COMBLIN, Cuestiones morales a propósito de la Seguridad Nacional. DEGENKOLBE, Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln. DENNINGER, Staatsrecht I (esp. cap. I.4). ENGISCH, Introducción al pensamiento jurídico (cap. VI). GARSTKA, Generalklauseln. GRIMM, Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft. HABA, Apuntes sobre el lenguaje jurídico I y III. HABA, Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies. HENKE, La cuestión de hecho (Parte II, esp. § 3). HENKIN, The International Bill of Rights (esp.: HENKIN, Introduction, p. 24 ss.; y KISS, Permissible Limitations on Rights). HÖFFE, Strategien politischer Gerechtigkeit (esp. sec. I). KELSEN, Teoría pura del derecho (cap. VIII). KOCH, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht (esp. Einleitung, apartados I.2 y II). KOCH, Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. MELLINKOFF, The Language of the Law. MOURGEON, Les droits de l'homme (esp. Segunda Parte, cap. II). OPP, Soziologie im Recht (esp. caps. I.5.6, III y V.2.4). RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung. SÁINZ MORENO, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa (esp. Parte III). STEVENSON, Ética y Lenguaje. TOPITSCH, Über Leerformeln. TOPITSCH, Die Menschenrechte als Problem der Ideologiekritik (esp. apartados III, IV y VII). WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen.

\* \* \*

(\*) Una exposición sintética (y también menos "técnica") de las tesis centrales que desarrolla el presente capítulo fue adelantada en: HABA, *Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies*, A.D.P., t. 29.

## Sección A): AMBITOS SEMANTICOS Y EL PAPEL DEL INTERPRETE

### § 17. La dinámica de los conceptos indeterminados en el lenguaje político y jurídico (generalidades)

#### SUMARIO:

- I. "Ambito lógico", "ámbito social", "fórmulas vacías".
- II. Los "conceptos jurídicos indeterminados" según la doctrina del Derecho ("fórmulas vacías" constitucionales, discrecionalidad administrativa, etc.).
- III. Conclusión.

Los hombres actúan en función de lo que creen y, sobre todo, de aquello *en* que creen. La "fuerza" de la doctrina de los derechos humanos depende no solo de la medida en que tal doctrina sea genéricamente aceptada, sino sobre todo de *cómo* es aceptada, la manera de entenderla. Cual toda ideología social, su contenido no está predeterminado, sino que se va "haciendo" de acuerdo con las distintas formas de ser concebida por sus usuarios, según la visión de la realidad social y la fe política que subyacen a la conducta lingüística consistente en invocar la palabra de tal doctrina. Todos los locutores se adjudican, por supuesto, la "verdadera" interpretación de esa palabra.

Cuanto mayor sea la indeterminación semántica de los términos de un discurso, más variadas son las posibilidades interpretativas que están en condiciones de poner en juego sus locutores. En el lenguaje de la teoría y de la propaganda políticas, como asimismo dentro del discurso jurídico (en todas sus ramas), no faltan tales términos. Ellos representan lo que se ha dado en llamar unos "conceptos indeterminados", aquellos cuyo *ámbito semántico* es muy elástico: a menudo resultan polisémicos, siempre ofrecen anchos márgenes de vaguedad ("aureolas de penumbra"), etc.

Es cierto que ese ámbito semántico puede ser objeto de interpretaciones dominantes en un medio social, de manera que para ese medio, en la práctica, la indeterminación del concepto utilizado quedará reducida hasta *cierto* punto. Dicho de otra manera, el "ámbito semántico *social*" de indeterminación que presenta una terminología puede llegar a ser menos amplio que su mero "ámbito *lógico-semántico*". Pero aun así, difícilmente quedará allí descartada por completo, o poco menos, la indeterminación de tales términos. Además, también el ámbito social de significados es susceptible siempre de admitir cambios, llegado el caso, habida cuenta —entre otros factores— de las facilidades que en ese sentido ofrece la elasticidad del ámbito lógico.

## I

"Ámbito lógico", "ámbito social", "fórmulas vacías".—

1. Al parecer fue WITTGENSTEIN *Tractatus logico-philosophicus*, # 4.463) quien introdujo la noción, o al menos la terminología, de un "ámbito lógico" (*logischen Raum*), al referirse a las condiciones de veracidad para los enunciados, vale decir, a aquel "ámbito" (*Spielraum*) que el enunciado le consiente a los hechos (*Tatsachen*) — sean reales o posibles— para ver si estos caben dentro o quedan fuera de lo que expresa la formulación lingüística de que se trata. Las posibilidades extremas, al respecto, son dos. En un polo, la tautología: es el ámbito lógico "total", "infinito", ya que cualquier afirmación de hechos (efectivos o imaginarios) es conciliable con lo que dice un enunciado tautológico; como nada hay (ni es concebible) que pudiera llegar a *desmentirlo*, ese enunciado resulta irrefutable. En el polo opuesto está el caso inverso, la contradicción: un enunciado que es de tal tipo colma enteramente dicho ámbito, en el sentido de que ninguna realidad (sea efectiva, posible o imaginaria) es *conciliable* con él. Por eso, ninguna de esas dos clases de enunciados está en condiciones de decirnos algo sobre lo que es real: una, porque *admite cualquier* cosa; la otra, porque *excluye toda* realidad concebible. Quiere decir que las afirmaciones susceptibles de ser contrastadas con la realidad no son sino aquellas que están *entre* esos dos extremos. Y cuanto más se acerquen a uno de ellos, tanto menos

contenido auténticamente *empírico* —o sea, informativo sobre la realidad misma— logran aportar (pero esto último no lo dice WITTGENSTEIN de modo expreso).

La puntualización de WITTGENSTEIN fue retomada y desarrollada por CARNAP, para la elaboración de su *L-Semantik* (semántica lógica). También por POPPER, pero con otro objetivo: para precisar su teoría de la falsación como criterio demarcatorio del conocimiento propio de las *ciencias empíricas*. Es el punto de vista de este último, y de su discípulo TOPITSCH, lo que nosotros hemos tomado en consideración.

"[U]na teoría es falsable si existe, al menos, una clase no vacía de enunciados básicos homotípicos prohibidos por ella; esto es, si la clase de sus posibles falsadores no es una clase vacía (p. 107). (...) Así pues, puede decirse que la cantidad de información empírica que nos aporta una teoría, es decir, su *contenido empírico*, aumenta con el grado de falsabilidad (p. 108). (...) Defino el *contenido empírico* de un enunciado *p* como la clase de sus posibles falsadores (p. 114). (...) Además, los enunciados *empíricos* pueden caracterizarse —según hemos visto— como aquellos cuyo grado de falsabilidad se halla en el intervalo abierto que está limitado por los [dos] grados de falsabilidad [siguientes]: por un lado, el de las contradicciones [que *nunca* son verdaderas]; y, por el otro, el de las tautologías [que lo son *siempre*]. Análogamente, los enunciados *sintéticos* en general... se encuentran colocados, por la relación de entañamiento, en el intervalo abierto existente entre la contradicción y la tautología" (p. 115). [POPPER, *La lógica de la investigación científica*.]

"Podemos denominar como '*ámbito*'<sup>1</sup> de un enunciado, la clase de los enunciados básicos permitidos por él; el ámbito que un enunciado concede a la realidad es algo así como la 'holgura' (o el grado de libertad) que le otorga. [1. (...) KEYNES (*Treatise*, pág. 88) da 'campo' (en ingl., *field*) como traducción de '*Spielraum*', que aquí vertemos por 'ámbito'; y utiliza también (pág. 224) 'alcance' (en ingl., *scope*) que, en mi opinión, viene a decir exactamente lo mismo. *N. del A.*] Ámbito y contenido empírico son conceptos contrapuestos (o complementarios)..." (*ibid.*, p. 118). Esto es, resultan "contrapuestos" en el sentido de que cuanto mayor sea el ámbito lógico, más cerca estamos de la tautología y, por ello, menos *determinado* (delimitado) empíricamente está lo que el enunciado en cuestión quiere decir, y así este resulta cada vez menos falsable: es poco lo que su contenido semántico "prohíbe" e, inversamente, casi todo resulta compatible

con él. (Para la noción de "contenido informativo" o "empírico", en relación con el "ámbito" de un enunciado, cf. también OPP, *Methodologie...*, # 10.).



2. "Es mérito sobre todo de K.R. POPPER haber señalado la diferencia entre, por un lado, auténticos enunciados empíricos o normativos y, por el otro, fórmulas vacías pseudoempíricas o pseudo-normativas. Sobre todo se puede distinguir, en el sentido de POPPER, entre el *ámbito* de un enunciado y su *contenido informativo* o *normativo*. El contenido informativo de una proposición es tanto mayor cuanto más reducido es el ámbito de las posibilidades que de acuerdo con ella resultan admisibles o —con otras palabras— cuantas más posibilidades ella excluye. Cuanto más amplio es su ámbito, esto es, el campo de las posibilidades admitidas, tanto más reducido es su contenido de información; pero también lo es, a la vez, su falsabilidad. En el caso extremo, o sea, cuando todas las posibilidades son admisibles, el contenido informativo y la falsabilidad desaparecen por completo. Tales enunciados tienen un 'ámbito total'; son necesariamente verdaderos, pero vacíos. Un ejemplo de ello puede ser el enunciado: 'mañana lloverá o no lloverá'.

"Lo propio vale también para los enunciados normativos. Ellos no tienen un auténtico contenido normativo sino cuando excluyen determinadas formas de conducta o de pensamiento, descritas de la manera más precisa posible. Un principio normativo que no presente ninguna indicación de ese tipo, en tal sentido resulta carente de contenido y, en consecuencia, no tiene función regulativa alguna; por eso, se le puede calificar de fórmula vacía pseudo-normativa. A tal campo pertenecen, por ejemplo, las conocidas expresiones 'sum cuique tribuere' (dar a cada quien lo suyo) y 'neminem laedere' (no lesionar a nadie), las cuales nada dicen en cuanto a qué es lo que corresponde a cada uno y qué es lo que constituye una lesión a pretensiones legítimas de un semejante. Otras formulaciones no tienen un ámbito total, pero sí uno muy amplio; ellas excluyen algunas posibilidades extremas, pero dejan abiertas todas las restantes, donde en general las posibilidades excluidas suelen ser justo aquellas que de por sí nadie toma seriamente en consideración" (TOPITSCH, *Sozialphilosophie...*, p. 82-83).

"Sin embargo, en la categoría de las fórmulas pseudo-normativas no se trata, generalmente, de unas máximas vacías por completo, ya que con frecuencia excluyen algunas posiciones extremas

(mas aquellas posibilidades que se discuten en la práctica, esas no quedan restringidas, desde luego, por dichas fórmulas). (...). Propio de la función *político-ética* de las fórmulas vacías es, en primera línea, legitimar el ejercicio de dominación por parte de algunos grupos en el Estado, en los partidos políticos, en organizaciones, etc., como así también presentar la justificación y racionalización de formas de organización social existentes o que se propugnan" (DEGENKOLBE, p. 330 y 333).

"En el fondo, se trata simplemente de distintas formas de un truco único: los correspondientes enunciados empíricos o normativos, para los cuales se pretende una verdad o validez absolutas, son formulados de una manera tal que resultan compatibles con cualquier situación empírica o con cualquier posible valoración o indicación de conducta, lo que empero significa que ellos en sí carecen de contenido empírico o valorativo-normativo. (...) El ámbito lógico comprende todos aquellos hechos compatibles con el enunciado correspondiente y excluye los incompatibles con este. Cuanto más amplio sea dicho ámbito, tanto menor es el peligro de una refutación, pero también tanto más escaso el contenido informativo del enunciado; y a la inversa. (...) [Pero] a la letra misma de la formulación no siempre se le consigue ver de inmediato si ella expresa algo sobre hechos empíricos, sino que es necesario tomar en cuenta su contexto de uso: la misma oración puede que ciertas veces sea un enunciado con contenido; otras veces, una 'irrefutable' fórmula vacía" (TOPITSCH, *Sprachlogische...*, p. 24 y 26).

"Dentro de ese ámbito *lógico* que acabamos de caracterizar, la interpretación de tales expresiones es enteramente libre, en el plano teórico; lo cual no quiere decir, empero, que ella sea libre también en la práctica. Antes bien, esos enunciados se pasan a llenar, en cada caso, con las concretas convicciones morales, jurídicas y políticas de determinados grupos, las cuales excluyen una serie de posibilidades que en sí son lógicamente admisibles. (...) Este ámbito *social* (*sozialer Spielraum*) es más estrecho que el lógico; está determinado por las ideas de valor morales y políticas ancladas en la respectiva estructura social y en los individuos actuantes, como así también por los correspondientes mecanismos sociales de sanción" (TOPITSCH, *Sozialphilosophie...*, p. 84).



3. Todo lo señalado se relaciona, pues, con la cuestión de las llamadas "fórmulas vacías" (*Leerformeln*). Es principalmente TO-

PITSCH quien, en numerosos estudios, ha llamado la atención sobre el punto, sometiendo a análisis, desde ese ángulo, el lenguaje de variadas ideologías políticas. Subraya, dicho autor, el gran peso que en el pensamiento político han tenido y tienen tales

"fórmulas lingüísticas que a través de los siglos han sido reconocidas —y todavía lo son— como importante conocimiento o hasta como principios fundamentales del Ser, el aprehender y el valorar; reconocimiento obtenido no a pesar, sino justamente porque (y en la medida en que) ellas no tienen ningún contenido fáctico o normativo mejor identificables" (TOPITSCH, *Über . . .*, p. 233-234).

Sometido a análisis, resulta que, en definitiva, bajo aquel rótulo cabe todo lo siguiente:

"[Puede tratarse de] errores que se presentan con el empleo de unos conceptos extremadamente imprecisos; tales conceptos son llamados 'fórmulas vacías'. Pero de esta manera se designan, además, enunciados empíricos que tienen un contenido informativo muy escaso, es decir, proposiciones empíricas que solo informan muy poco sobre la realidad. Además, se llaman 'fórmulas vacías' los enunciados normativos con un contenido normativo muy escaso, es decir, proposiciones que no informan casi sobre cuál es el caso a que se deben aplicar. Ejemplos de ello son las reglas de la Constitución. Tales fórmulas vacías, tanto las empíricas como las normativas, son asimismo empleadas abundantemente en pseudo-argumentaciones; por ejemplo, cuando con las normas de la Constitución se legitiman actuaciones concretas que en modo alguno se siguen de esas reglas" (OPP, *Soziologie . . .*, p. 232).

Desde el punto de vista lógico, pues, la noción de "fórmulas vacías" abarca tres clases de expresiones lingüísticas (KOCH, *Seminar . . .*, p. 23

- enunciados empíricos con muy escaso contenido informativo,
- enunciados normativos con muy escaso contenido normativo,
- conceptos extremadamente imprecisos (sean de orden fáctico o normativo).

Pero aunque en un análisis minucioso no sería posible obviar, por cierto, las diferencias lógicas que existen entre la "vaciedad" es-

pecífica de cada uno de esos tipos, para nuestros efectos no tendremos necesidad de ir discriminando en forma explícita a cuál de estos tres modos de indeterminación nos referimos en cada caso (generalmente, será más bien al tercero). Indistinción que, por lo demás, aparece asimismo en desarrollos del propio TOPITSCH, DEGENKOLBE, etc.; también ellos llegan a

“prescindir de la diferencia entre fórmulas vacías relacionadas con el ámbito lógico de enunciados complejos [CARNAP] y fórmulas vacías que se caracterizan por conceptos extremadamente imprecisos” (KOCH, *Seminar...*, p. 25; *vid.* también allí, p. 24-26, una explicación sobre el tipo especial de indeterminación a que se refiere CARNAP).

*Nota.*— Para un examen más detallado del papel de las fórmulas vacías en el campo de la ideología política, y con análisis de ejemplos destacados, *vid.* los mencionados trabajos de TOPITSCH y DEGENKOLBE. *Vid.* también, aunque no utilizan como calificativo la denominación “fórmulas vacías”, el libro de WELDON, esp. caps. 3 y 4, y el estudio de MACDONALD. Sobre la utilización de “fórmulas vacías” en el lenguaje del Derecho, cf. el apartado siguiente: II.

## II

*Los “conceptos jurídicos indeterminados” según la doctrina del Derecho (“fórmulas vacías” constitucionales, discrecionalidad administrativa, etc.).—*

1. En la dogmática de los juristas, las referidas expresiones aparecen designadas a veces (pero no siempre, ni tampoco todas ellas) con el nombre de *conceptos jurídicos indeterminados*. Sin embargo, no reina un acuerdo general sobre qué haya de entenderse bajo esa rúbrica, ni suele tal categoría ser definida con precisión por parte de la mayoría de quienes la emplean. Desde ya, las diferencias se hacen presentes por el hecho de que es utilizada en ramas distintas del Derecho. También en el interior mismo de cada una de estas no faltan discrepancias, o al menos vaguedades, cuando se pretende delimitar las características semánticas *propias* de esta categoría frente a las de otros rubros clasificatorios que muestran afinidades con ella. Por lo demás, como con toda razón subraya BACHOF, importa tener en cuenta “el conocido hecho de

que, unos con respecto a otros, los conceptos indeterminados son de muy distintas clases" (*Beurteilungsspielraum* . . . , p. 160).

Sobre la función de tales conceptos en sectores diferentes del Derecho, se puede comparar, por ejemplo, lo señalado en la obra de HENKE (centrada en cuestiones de Derecho Civil) con lo expresado en la de SAINZ MORENO (centrada en el Derecho Administrativo). El libro de ENGISCH contiene amplias referencias sobre literatura relativa a los conceptos indeterminados en distintas disciplinas del pensamiento jurídico: Teoría General del Derecho, Derecho Administrativo, Derecho Penal, etc. (cf. las ns. 118b y 123 de la ed. alemana). *Vid.* también, en la monografía de SAINZ MORENO, los Nos. 1 y 3 del cap. VII, donde se hace hincapié en diferencias que, para el tratamiento de estos conceptos, se siguen de considerarlos en el Derecho Público o en el Derecho Privado. Indudablemente, la idea de "concepto jurídico indeterminado" es objeto de mucha discusión.

Por ejemplo, ENGISCH (cap. VI) distingue entre "conceptos jurídicos indeterminados", "conceptos normativos", "conceptos de libre apreciación" (*Ermessensbegriffe*: conceptos discrecionales) y "cláusulas generales". Al parecer, la primera de estas cuatro categorías sería el género, la más amplia; las demás serían sus especies, o en todo caso constituirían algo así como variantes a partir de aquella. De cualquier modo, todas ellas se caracterizan por acarrear un "aflojamiento de la vinculación de los tribunales y de las autoridades administrativas a la ley"; esto es, ellas tienen por consecuencia "que quien aplica la ley gana autonomía frente a esta" (p. 108 [139]).

Retomando un sentido genérico que es básicamente similar al señalado por ENGISCH, aunque sin entrar en las distinciones que recoge este, HENKE subraya las siguientes dos características fundamentales:

"el concepto indeterminado se destaca por su 'carácter abierto' (a); con el auxilio del concepto indeterminado, el legislador puede *transferirle al juez* la labor de concretar una norma (b).

"(a) El concepto indeterminado es, tal como lo denota su nombre, un elemento de figura legal con límites fluidos. (...) Otra de las características del concepto indeterminado es la remisión a valores y reglas extrajurídicas...

"(b) (...) Dando a la ley una formulación vaga ('equidad', 'intolerabilidad', 'justificación social'), el legislador puede crear 'lagunas *intya legem*', que dan cabida a la interpretación ('suplencia') por el juez. (...) El siempre creciente empleo de elementos de figura legal de formulación indeterminada se explica igualmente por el deseo de someter el derecho, en lo posible, al *imperio de valores éticos* y de dar al enfoque valorativo prioridad sobre la decisión técnico-jurídica" (p. 56 y 58-59).

En un sentido similar al de (b), es decir, para destacar la función *delegativa* que tienen tales conceptos, pero además subrayando la circunstancia de que ello sirve justamente para reforzar la posición política de los órganos a quienes esa delegación es efectuada, GARSTKA examina (p. 120 ss.) lo que él llama la "función de política jurídica" de las cláusulas generales. Señala, así, que

"las cláusulas generales conducen siempre a un reforzamiento de la posición de las instancias que aplican el Derecho, trátese de la Justicia o de la Administración. Estas son colocadas en la situación de decidir según criterios propios, sin tener que tomar en consideración notas conceptuales que angosten la hipótesis jurídica (*einengede Tatbestandsmerkmale*)... o la falta de autorizaciones especiales" (p. 120).

La función retórica que esos conceptos indeterminados pueden desempeñar en la argumentación jurídica no ha pasado inadvertida, y sobre todo respecto al uso de "fórmulas vacías" en el Derecho Constitucional. Ya vimos cómo OPP, cuando quiere dar un ejemplo de dichas "fórmulas vacías", trae precisamente a colación posibles aplicaciones de normas constitucionales (*supra*, I *in fine*). Y refiriéndose a "estrategias de argumentación judiciales", señala que

"el hacer corresponder situaciones de hecho a conceptos jurídicos, en el caso de muchos —si no la mayoría— de estos conceptos, no está condicionado solo por la ley —más exactamente: no solo por las reglas semánticas de conceptos jurídicos—. Esto normalmente se encuentra disimulado en las sentencias. Se suele hacer como si el proceso de subsunción se encarrilara en forma relativamente automática, es decir, como si aquí no desempeñaran un papel factores extrajurídicos. Eso es ocultado especialmente cuando se aplica la Constitución: esta contiene una singu-

lar colección de fórmulas vacías, bajo las cuales son subsumibles situaciones de hecho que pueden ser escogidas casi a discreción" (OPP, *Soziologie...*, p. 124).

"Conceptos que son tan extremadamente imprecisos como 'Ordenamiento fundamental libre y democrático', 'dignidad de la persona humana', 'justicia', 'bien común', 'buena fe', 'buenas costumbres', 'democrático', 'social', etc., son llamados fórmulas vacías. Junto a su extrema falta de claridad, tienen un fuerte contenido emocional; también se habla, a este último respecto, de un significado 'connotativo' por oposición al significado 'denotativo', es decir, al de su referencia a la realidad. Ellas juegan un gran papel en la política y también en el Derecho, particularmente para la justificación de cualesquiera medidas. Así, por ejemplo, un gobierno puede prohibir casi cualquier cosa fundamentándose en que debe ser conservado el Ordenamiento fundamental libre y democrático" (OPP, *Methodologie...*, p. 136-137, n. 36).

—o0o—

2. La "función dogmática y política de las fórmulas vacías valorativas" en el Derecho Constitucional, ha sido examinada más detalladamente por DENNINGER, quien señala (entre otras cosas):

" 'Modelos' (*Leitbilder*: imágenes-guía) como el del carácter inviolable de la dignidad humana; o el 'desarrollo de la personalidad' en forma 'libre', 'autorresponsable' y 'autónoma', aunque 'socialmente vinculada'; ninguno de ellos constituyen —con excepción, tal vez, del límite extremo representado por el brutal violentamiento físico y el exterminio de la existencia— modelos que sirvan como *guía* en el sentido de ofrecer indicaciones de conducta confiables, unívocas. Son *fórmulas vacías*, que por ser tales no poseen, no pueden poseer, la fuerza normativa como para servir de pauta para la delimitación entre las esferas de intereses en conflicto, dada la complejidad de situaciones en que hoy los conflictos sociales (y no solo aquellos entre el Poder estatal y el individuo) se presentan normalmente en una sociedad altamente industrializada.

" (...) Fórmulas vacías del tipo descrito... son muy distinta cosa que un inofensivo y superfluo adorno de la Constitución. Sería nefasto subestimar sus funciones de

orden dogmático, 'constructivo'-jurídico y, también —gracias a las competencias de decisión de la jurisprudencia (constitucional)—, político-social. También carecería de sentido abordar la crítica del rendimiento que esas fórmulas tienen para la tarea de 'encontrar' el derecho (*Rechtsfindung*), si esa crítica se efectúa a partir de un utópico modelo de inferencia lógico-deductiva, el cual jamás ha existido en el Derecho estatal, a pesar de constituir (aquel) el ideal de muchos juristas atrapados en el sistematismo positivista. La función político-social que a las fórmulas vacías les cabe en el sistema constitucional, estas se hallan en condiciones de cumplirla, antes bien, gracias a su 'vaciedad' justamente. (...)

"He aquí esa importante función, de estabilización del sistema político dominante, que cumplen los conceptos vacíos valorativos constitucionales: al ser utilizados como criterios en el *control normativo* institucionalizado, sirven para 'fundamentar' la sanción positiva... de las medidas estatales controladas, con lo cual proporcionan legitimidad a estas. Eso sucede en cuanto que con ayuda de los conceptos vacíos se puede demostrar, en una forma sintácticamente correcta: a) que unas concepciones sociales de valor, que (justamente *por* su vaguedad) pueden estar seguras de disfrutar de un amplio consenso de masas, están ubicadas en la cúspide también de la (supuestamente guionadora de conductas y limitadora de conductas) Constitución normativa; y b) que asimismo los actos del Poder estatal, en la medida en que concuerden con esta Constitución, como consecuencia están en armonía también con aquella conciencia valorativa social. Esta función de *puente* que tienen los conceptos valorativos constitucionales llena, con ello, a la vez una función de *integración* política. Pues un mismo y único concepto vacío, que sirve como techo común, le puede brindar a concepciones políticas muy distintas, y a sus sostenedores, un refugio normativo-verbal.

"Para quienes están constitucionalmente encargados de ser los guardianes de tales conceptos (como los jueces constitucionales y de revisión), esto significa la tarea y la posibilidad de proporcionarle el máximo consenso a sus 'interpretaciones', inevitablemente decisionistas. Cuando un empresario y un trabajador hablan de 'libre desarrollo de la personalidad', a menudo quieren decir, si ello se aclara, cosas muy diferentes; sin embargo, ambos logran un punto

de encuentro al pisar en el 'suelo de la Constitución' y bajo el techo conceptual de sus fórmulas valorativas. Son justamente las imprecisiones lógico-conceptuales y la necesidad de ser llenados que tienen estos conceptos-guía valorativos, lo que a la instancia que 'interpreta' en definitiva la Constitución le brinda una considerable medida de movilidad para su decisión y, con ello, también de posibilidades de adecuación a deslizamientos de poder en lo socio-económico. El hecho de subrayar la vinculación a un 'ordenamiento valorativo objetivo' preestablecido, según la manera oficial en que se expresa la Corte Constitucional Federal, oculta la 'alta autonomía operativa' de que esta dispone. Tal ámbito de autonomía *puede* ser colmado de maneras muy distintas: (1) por ejemplo, en el sentido de una determinada ideología económico-política ('ordo-liberalismo', 'economía social de mercado', 'economía planificada socialista', etc.) y en interés de determinados grupos (p. ej., de la gran industria o de la clase media artesanal); (2) o en el sentido de otorgar amplia protección para las medidas de quien sea el detentador legal del Poder...; (3) o en el sentido de una realización óptima de la libertad, incluso para realizar la 'justicia social' . . ." (t. 1, p. 25-27).

—o0o—

3. En el Derecho Administrativo, se suele decir que existe diferencia "entre 'normas legales discrecionales' (que dejan al criterio de las autoridades la elección entre varias decisiones posibles) y los 'conceptos jurídicos indeterminados' (que, correctamente interpretados, conducen a *una única* solución justa), con el fin de reducir el ámbito de la discrecionalidad administrativa" (SÁINZ MORENO, p. 234 —cursiva nuestra—). Pero toda la cuestión reside, antes que nada, en saber si de veras existe alguna manera de conocer —¡intersubjetivamente!— *cuál* ha de ser esa "única" solución; de lo contrario, la diferencia resulta más bien verbal (cf. la crítica de HABA en la reseña al libro citado), o acaso es una manera indirecta de abogar por que sea el Poder Judicial quien tenga la facultad de establecer esa solución (cf. también *infra*, § 21.IV). De cualquier modo, la idea de que allí no cabe, para cada caso, sino una *única* solución "justa", "verdadera", "correcta", etc., es un juego lingüístico que responde a ficciones muy arraigadas en el discurso de los juristas, sobre todo en materia interpretativa, como oportunamente adelantamos (*supra*, § 16.I). Más realista que la tesis de SÁINZ MORENO es, desde luego, una com-

probación como la siguiente (referida, también ella, a los conceptos indeterminados en el Derecho Administrativo):

"En cuanto se trate de *conceptos valorativos* es desde ya insostenible, formulada con un grado tal de generalización, la habitual aseveración de que el legislador haya dado a conocer, al utilizar un concepto de esa clase, que él entiende que allí es solo posible, siempre, una única solución 'correcta' en el caso concreto. Ese punto de vista puede ser acertado [sólo] para aquellos conceptos valorativos que [a diferencia de otros] aparecen suficientemente concretados por concepciones de la comunidad que, en lo general y fundamental, son de consenso" (BACHOF, *Beurteilungsspielraum* . . . , p. 160).

Un esfuerzo poco habitual, por la finura del análisis, para delimitar qué son los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo, es el estudio de KOCH al respecto. Examinando la argumentación de tribunales y doctrina alemanes, en la materia, comienza por distinguir, allí, entre razones de orden *teorético-normativo* (lógico-semánticas, diríamos) y razones de tipo *teorético-estatal* (de política jurídica, diríamos). En cuanto a las primeras, que son las más específicamente dirigidas a la definición misma de dicha categoría en el pensamiento jurídico, el autor critica distintas presentaciones doctrinarias que acerca de esos conceptos se han propuesto, a saber: el caracterizarlos como notas del supuesto jurídico (*Tatbestand*) que piden efectuar un pronóstico, o como conceptos valorativos, o como conceptos ambiguos, o como conceptos tipológicos, o como cláusulas generales. Llega a la conclusión, él, de que son conceptos cuya característica definitoria, desde el punto de vista semántico, es la *vaguedad*. De ello se sigue que interpretarlos no puede ser una tarea fundamentalmente cognitiva, sino que, ante todo, se trata de lo que el propio intérprete decida *asignarles* como contenido de significación:

"La dificultad al interpretar o aplicar normas legales con conceptos jurídicos indeterminados consiste en que estos tienen candidatos neutrales [significados dudosos, inseguros], los cuales hacen que, desde el punto de vista semántico, no se pueda decidir sobre la aplicación de la norma [esto es: *semánticamente*, no se sabe si ella es aplicable o no]. Por tanto, aquel a quien le toque aplicar el Derecho debe encontrar una decisión por vías distintas que la de un *conocimiento del contenido semántico* de la disposición problemática. En esas condiciones, el signifi-

cado de la expresión legal tiene que ser *establecido* por el propio intérprete" (*Der unbestimmte . . .*, p. 201).

—————o0o—————

4. En función de todo esto, cabe llegar a conclusiones como las siguientes:

"Muchos conceptos jurídicos, sin embargo, en modo alguno son precisos. Con esto se quiere decir que muchos conceptos jurídicos no permiten decidir en forma intersubjetivamente unitaria, ante todas las situaciones de hecho, si estas son o no designadas por los conceptos jurídicos. (...) En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados se presenta nuevamente, por tanto, un 'ángulo de irrupción' (*Einbruchstelle*) para factores extralegales. (...) Así es que, cuando tales normas no están definidas con precisión en la ley, es plausible pensar que el juez llena esos 'lugares vacíos' de la ley con las normas que él considere 'justas'. (...) La ordenación de situaciones de hecho a conceptos jurídicos que no son claros, depende de las normas del [propio] juez relativas a la conducta del demandado o acusado y de normas del juez relativas a las consecuencias de sentencias" [esto es: aquellas normas que él prefiere, por las que él *opta*] (OPP, *Soziologie . . .*, p. 116-117 y 118).

Vale decir que, ante conceptos de esa índole, el juez *determina* el contenido del concepto respectivo ateniéndose, en realidad, a dos clases de consideraciones fundamentales: a) la opinión (favorable o desfavorable) que *a él* le merece la conducta juzgada, b) la medida en que él estime "justas" o "injustas" ciertas consecuencias prácticas que jurídicamente se siguen de fallar de una manera u otra. Claro que, además de todo eso, habrá que tener en cuenta la presión social a que él esté (o no) sometido para resolver en algún sentido determinado, ingrediente que puede llegar a ser también fundamental para inclinar la balanza en la mente del juez (*infra*, §§ 40 y 42).

\* \* \*

*Nota.*— En cuanto a los factores generales de indeterminación —polisemia, vaguedad, etc.— en el lenguaje corriente, y que obran también en el del Derecho, cf. HABA, *Apuntes . . .* I. Por lo que en particular se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados,

se puede consultar los textos ya mencionados (con especial provecho para una conciencia analítica al respecto, entre estos cabe resaltar los análisis de OPP, KOCH y GARSTKA); cf. también el clásico estudio de BACHOF (*Beurteilungsspielraum...*) sobre la distinción entre margen de apreciación, discrecionalidad y concepto indeterminado, en el Derecho Administrativo.

### III

Como no se advierte que al respecto haya *un* uso lingüístico preciso y uniforme en el campo de la doctrina jurídica, y también porque en el nivel en que se mueve nuestro estudio no tenemos necesidad de introducir distinciones más finas, tomaremos la expresión "conceptos jurídicos indeterminados" en su sentido amplio. La haremos abarcar todos esos términos que registran notorias gamas de indecisión y hasta de contradicciones, en la práctica lingüística, para las posibles decisiones jurídicas que en ellos se basan o podrían basarse. Son aquellas formulaciones, consignadas en textos jurídicos, que (por una razón u otra) al intérprete le otorgan *anchos* grados de autonomía para decidir, *él*, si las entenderá de unas u otras maneras.

Quiere decir que ello abarca la totalidad de los tipos indicados por ENGISCH y por KOCH; en su interior caben, naturalmente, también las dos variantes que distingue SÁINZ MORENO. Todos ellos presentan aquellas características básicas señaladas por HENKE, DENNINGER y GARSTKA. Es cierto que, como subraya KOCH, la *vaguedad* constituye su rasgo más habitual y sobresaliente. Sin embargo, no creemos que ello justifique el otorgarle aquí —en nuestro contexto de análisis— un tratamiento diferenciado a la polisemia o a otras clases de indeterminación semántica, o prescindir de ellas; el propio KOCH ha señalado que, además de la vaguedad, hay que tomar en cuenta otras especies de ámbitos semánticos: ambigüedad, porosidad, etc. (*Seminar...*, p. 41 ss.); y en sentido similar van, puede entenderse, las puntualizaciones de OPP.

La noción de *ámbito semántico*, que hemos tomado como base en nuestra definición, es lo bastante amplia, pues,

como para permitir que allí se incluyan todas esas formas de indeterminación. Por lo demás, no es solo al juez a quien tenemos en cuenta como eventual intérprete de las indeterminaciones, sino también a cualquier otra instancia estatal habilitada para levantarlas, en la medida que sea; y tampoco nos limitamos, por supuesto, únicamente a considerar posibilidades que se den en el campo del Derecho Administrativo. Los conceptos indeterminados que contienen las Constituciones pueden ser objeto de determinación por el legislador, por la Administración y por el juez, ya sea alternativa o sucesivamente<sup>(1)</sup>.

En síntesis, nos estamos refiriendo a expresiones que remiten a "conceptos" —si así puede llamárseles— caracterizados por su amplia falta de univocidad entre distintos grupos de locutores del lenguaje en cuestión, la ausencia de un consenso *real* sobre lo que aquellas significan o pueden llegar a significar en la práctica. Dicho de la manera más breve: son formulaciones que carecen de *intersubjetividad* en sus usos.

Ahora bien, lo peculiar del discurso de los derechos humanos es el grado de predominancia que en él ofrece ese tipo de términos. A tal extremo es ello así, que estos aparecen, unos u otros, en casi todas las disposiciones de los instrumentos jurídicos internacionales de la materia, como también en los artículos donde las Constituciones se refieren a esos puntos. Y la propia expresión genérica "derechos humanos" representa, por cierto, un concepto muy indeterminado, ella también<sup>(2)</sup>.

- 
- (1) Lo que ahí tiene lugar, bien mirado, es el proceso de producción dinámica descendente de unas normas jurídicas a partir de otras (KELSEN, *Teoría pura...*, # 35); con la única particularidad de que, en el caso de los conceptos indeterminados, el "marco" de opciones abierto al decisionismo del intérprete (*ibid.*, Tit. VIII, esp. # 45.c) es mucho más vasto que para otras clases de disposiciones.
  - (2) "La noción de 'derechos humanos' es tan raramente elucidada como frecuentemente utilizada" (MOURGEON, p. 4). Sobre distintas

## § 18. El paso hermenéutico (opciones y límites del intérprete)

### SUMARIO:

- I. Pluralidad de los intérpretes; intérpretes autorizados.
- II. Incidencia de las ideologías políticas; alternativas hermenéuticas y personalidad del intérprete.
- III. Interpretaciones creíbles e intérpretes de "mala fe".
- IV. Limitación política en los intérpretes autorizados.

### I

Por supuesto, todo concepto expresado en términos de un lenguaje como el del Derecho, lenguaje no artificial, posee *algún* grado de indeterminación, así sea en forma potencial ("textura abierta"). Pero en unos ese grado es menor y en otros es mayor<sup>(3)</sup>. Los que aquí estamos examinando tienen la particularidad de ostentarla en medida singularmente amplia. Ante formulaciones de esa índole, el intérprete, el locutor que se sirve de ellos, está menos "atado" que ante términos de uso relativamente unívoco. La intervención de ese intérprete resulta entonces mucho más decisiva, en el nivel semántico y también en el pragmático, que su papel

---

maneras de concebir lo que son "derechos humanos", cf.: HABA, *Derechos humanos...*, esp. el punto II.1; y HABA, *¿Derechos humanos o derecho natural?*, esp. §§ 1, 5 y 6. *Vid.* además *supra*, § 11. Cf. también la cita de AURENCHÉ presentada en el acápite del cap. II.

- (3) "Hay palabras cuya virtud consiste en comportarse de manera abierta y móvil —en todo caso, no de un modo 'cancerbero' (*sperrig*)— respecto a los enunciados que se formulan mediante ellas. Por el contrario, otras palabras surten efecto tan preciso que sus posibilidades de uso resultan limitadas; pero el transporte de sentido, en cambio se produce ahí en forma más segura e inequívoca" (DUBISCHAR, p. 90). Cf. también la cita de KELSEN efectuada *supra*, § 16.I *in fine*; y sobre "textura abierta", *vid.* HART, p. 152 ss. Todas esas cuestiones se refieren, dicho más técnicamente, a la "intensión" de los predicados (*infra*, § 27.III); pero en este capítulo prescindiremos de tal terminología.

respecto a otros sectores del lenguaje. Es el intérprete quien decide *cómo* han de ser comprendidos tales términos, para él mismo y para aquellos que, por las razones que sea, le reconocen autoridad en la materia. Desde luego, eso no significa que él pueda, de hecho, otorgarle *cualquier* sentido a ese lenguaje, pues al interpretar se siente vinculado también por el ámbito social y, en general, por precomprensiones del medio lingüístico; solo quiere decir que dispone de opciones en la materia, tanto más variadas cuanto más indeterminados se revelen —en la práctica lingüística de los grupos sociales— los vocablos en cuestión. Respecto a dichas terminologías sigue siendo exacta, en el fondo, la tesis de Humpty Dumpty (... por algo era Lewis CARROLL un estudioso de la lógica):

*¡Todo depende de quién sea el amo!*

O en otras palabras:

*"el que tiene el palo más grande tiene mayores probabilidades de imponer sus definiciones en la realidad"* (BERGER/LUCKMANN, p. 140).

En el plano del quehacer jurídico, los *intérpretes autorizados* (*supra*, § 16.I) de los derechos humanos pertenecen sobre todo a tres esferas de la producción y manejo del Derecho positivo:

- las instancias políticas (en sentido estrecho)
  - legislación
  - gobernantes (decretos, etc.) + jefes administrativos
- labor judicial (jurisprudencia)
- doctrina jurídica (que influye sobre la legislación, la jurisprudencia, etc.: cf. los dos libros de ESSER).

Decimos que estos son intérpretes "autorizados" en el sentido de que son ellos quienes, por sus roles sociales, están en las mejores condiciones para darle a ese lenguaje efectos prácticos. Ahora bien, las instancias políticas que recurren a dicho discurso varían de país a país, o incluso dentro de un mismo país. También son variados los operadores de la doctrina y de la jurisprudencia. No importaría esa pluralidad si unos y otros coincidieran en las interpretaciones (... y entonces, esos conceptos *no* serían indeterminados); o si todos aceptaran plegarse a la "interpretación auténtica" de alguno de ellos, a quien por consenso se reconociera el carácter de instancia semántica decisoria. Pero la realidad es otra. Cada intérprete o grupo de intérpretes considera que su propia versión del contenido de los derechos humanos es *la* (única) correcta: doctrina contra doctrina, jurisprudencia contra jurisprudencia, políticos contra políticos.

## II

Claro que esas contradicciones no se presentan en todos los casos. Tampoco tienen siempre igual entidad los márgenes de las discrepancias, cuando estas se dan, ni todas las divergencias semánticas ofrecen similar trascendencia pragmática. Para nada de eso existen medidas generales, hay que ver según los casos. Lo que es indudable, más allá de la casuística de las contradicciones y acuerdos entre los intérpretes, es que, en muchos casos de manera efectiva y en muchos otros potencialmente, los conceptos indeterminados en que abunda el lenguaje de los derechos humanos le otorgan un papel preponderante, en la dimensión pragmática de esos conceptos, a la *personalidad* del intérprete, a su "engagement". Parafraseando tal vez a FITCHE<sup>(4)</sup>, podría sen-

---

(4) "*Was für eine Philosophie man wählt, hängt davon ab, was für ein Mensch man ist*" (Qué filosofía se escoge, depende de la clase de hombre que uno sea), decía FICHTE.

enciarse: ¡Dime *quién* eres, y te diré *qué* entiendes por "derechos humanos"!

Como CARRIÓN ha insistido en subrayarlo, no es lo mismo decir "conceptos indeterminados" que decir "conceptos jurídicos indeterminados". En efecto, como él señaló, "hacer egresar los conceptos indeterminados como conceptos indeterminados *jurídicos* es haber dado por sentado que no hay un primer paso, que es justamente el que el discurso jurídico realiza cuando *toma* (de algún lado) aquellos conceptos que utiliza para hablar sobre los derechos humanos. Esos conceptos indeterminados son relativos, si se quiere, a la dignidad humana como concepto básico, y así pasan a ser utilizados en el tipo de determinación jurídica de los derechos humanos. Derechos humanos, aquí, sería una forma de determinación de la dignidad humana. Se trata, entonces, de conceptos indeterminados que son *asumidos* en un texto jurídico, no es una creación de quienes los establecen como Derecho positivo. La libertad, la buena fe, la justicia, no son determinados en primer lugar por el texto jurídico; este los toma, de algún modo, con una carga semántica ya predeterminada". (Cf. también la precisión (b) de HENKE: *supra*, § 17.II.)

Tal "carga semántica" tiene que ver, a su vez, con el papel que estos conceptos desempeñan en el campo de las ideologías políticas, de donde pasan —sirviendo el Derecho como plano de mediación— a ser utilizados por las autoridades, según unas u otras orientaciones. De modo que, en última instancia, es por esas funciones políticas, con el margen de maniobra que ellos contribuyen a legitimar para la actuación de las autoridades, que se explica la acogida y el empleo de dichos términos en el lenguaje jurídico. A esto se refieren las observaciones de PAZ que recogemos a continuación.

"Los conceptos indeterminados son algo así como ánforas vacías que pueden ser llenadas por el intérprete con el vino de su predilección. Son cuchillos de doble filo, por la latitud de interpretación que otorgan. Son, por así decirlo, una zona brumosa del Derecho Constitucional. Al final de cuentas, hay que convencerse de que la significación concreta de los conceptos indeterminados dependerá de saber cuál es el libro de cabecera de cada intérprete; es decir, saber si el intérprete de la norma constitucional y de los conceptos indeterminados tiene como libro de cabecera *El Contrato Social*. *Leviathan* o las obras de Jacques MARITAIN. En la práctica, los conceptos indeterminados exhiben lo que podríamos

denominar un movimiento pendular, que oscila entre afirmaciones generosas y limitaciones draconianas de los derechos y libertades.

Habida cuenta del margen de discrecionalidad que los detentadores del Poder tienen para interpretar los conceptos indeterminados, deberíamos tomar en consideración por lo menos dos esquemas para clasificar a esos detentadores. En primer lugar, los seguidores de lo que denomino maquiavelismo político; y por el otro lado, los que se inspiran en las tesis personalistas. Los intérpretes que siguen la escuela del maquiavelismo político son seducidos, por así decirlo, por la imprecisión e indeterminación de las reglas de juego políticas. Ellos conciben a los conceptos indeterminados, en el Derecho Constitucional, como un margen de manobra para negar, restringir o coartar los derechos y libertades. En una palabra, dichos conceptos se constituyen en "armas semánticas" (HABA) en poder de los detentadores de la autoridad, para negar o restringir esas libertades. Los intérpretes que se inspiran en el personalismo, en cambio, son los que ubican a la persona humana como centro y fin de todo sistema político. Son los que estiman que la idea de libertad es anterior a la noción de Poder, son los que sostienen que la persona humana es anterior al Estado.

"Con estas ideas centrales, quisiera plantear algunas conclusiones. Los conceptos indeterminados se inscriben en el marco de la confrontación perenne entre el hombre y el Poder, entre las aspiraciones de libertad y las aspiraciones de igualdad, en el conflicto permanente entre la seguridad y la libertad. En ese orden de ideas, el Poder es, la mayoría de las veces y en todos los sistemas políticos, a la vez proveedor y enterrador de los Derechos universales(\*); por cuanto un Estado, o el Poder político, si reconoce un derecho, casi automáticamente —al traducirlo en las leyes secundarias— lo restringe, lo coarta o lo tergiversa (cf. MOURGEON, *passim*).

"Pero la importancia de los conceptos indeterminados puede disminuir, pienso yo, en la medida en que la práctica democrática de una sociedad se afianza y el consenso sobre esos conceptos deviene posible. Cuanto mayor sea la imprecisión y la indeterminación de las reglas del juego político, es decir, de la Constitución, mayor será la posibilidad de coartar, restringir y tergiversar los derechos

---

(\*) "...le Pouvoir est simultanément le pourvoyeur et le fossoyeur des droits de l'homme, et davantage ceci que cela" (MOURGEON, p. 11 —la traducción está en el epígrafe de la presente obra—).

humanos. Y a la inversa: cuanto mayor sea la claridad y precisión de las reglas del juego político, menor será la posibilidad de coartar, restringir y tergiversar esos derechos".

Manejar la doctrina de los derechos humanos implica, por ende, efectuar *opciones*<sup>(5)</sup>. Ese problema no lo resuelven tampoco los Instrumentos *por sí mismos*, pues los criterios interpretativos que ellos proponen no dan pautas suficientes o descansan también en conceptos indeterminados: cf., por ejemplo, el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 31-32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)<sup>(6)</sup>. Las convenciones internacionales tiene que ser interpretadas para que "digan" algo, como así también los textos constitucionales. Es indispensable el *peso hermenéutico*, a cargo del intérprete<sup>(7)</sup>, para efectuar la mediación que lleve del discurso

- (5) Sobre lo incluíble que es enfrentar esas opciones y, llegado el caso, sacrificar unos u otros derechos humanos —o, si se quiere, decidirse entre *interpretaciones* opuestas de ellos—, cf. HABA, *Doctrina...*, sec. II. *Vid.* también *supra*, § 11.V.
- (6) Dichos textos dicen, entre otras cosas:  
 "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... excluir otros derechos y garantías que son *inherentes* al ser humano o que se *derivam* de la forma democrática representativa de gobierno" (Convención, art. 29.c).  
 "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al *sentido corriente* que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*" (Conv. Viena, art. 31.1).  
 "Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios... cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31... conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o *irrazonable*" (*ibid.*, art. 32.1).
- (7) "El problema de los conceptos indeterminados, en el nivel jurídico, está vinculado también con el problema de la interpretación del Derecho. Como todos sabemos, hay dos tendencias básicas: la teoría kelseniana de que la interpretación es puramente un acto de voluntad, y que el juez no puede dar cuenta con un método especial sobre la manera cómo conoce (KELSEN, *Teoría pura...*, # 46); y la teoría opuesta (la más corriente entre los juristas), la de que la interpretación es un *acto cognoscitivo* por excelencia y que se llega a una conclusión, una sentencia, puramente por medio de la razón" (CARRIÓN).  
 Sobre la interpretación jurídica en general, como una operación cuya naturaleza y opciones se explican ante todo por el carácter

—bastante indeterminado— de esos textos normativos al lenguaje —menos indeterminado— de unas soluciones jurídicas que ofrezcan contornos más nítidos, operacionales.

Así, según cual sea el *tipo* de intérprete al que le reconozcamos autoridad, resultará *cuál* doctrina de los “derechos humanos” estamos aceptando, qué es lo que de ella se sigue en el nivel pragmático de dicho discurso. Será *ese* intérprete quien lo determinará, en efecto, del modo siguiente: *delimitando* qué conductas son jurídicamente admisibles y cuáles no, en relación con ese lenguaje, o por lo menos fijando qué *autoridades* son las que en cada caso tienen la facultad de decidir al respecto. Todo lo cual, unos intérpretes lo resolverán de cierta manera y otros lo harán en forma distinta. Por ejemplo, el Presidente de Chile dice que en la nueva Constitución de ese país

*“se afirma una concepción del hombre basada en su dignidad espiritual y que concibe al Estado al servicio de la persona y no a ésta como siervo del Estado. En ese marco [es] donde se define el bien común como finalidad suprema de la acción estatal...”* (PINOCHET, p. 10).

... Pero seguramente dicho locutor no entiende (ni aplica) las expresiones “dignidad espiritual” y “bien común” de igual manera que otros intérpretes, menos militares, de estos conceptos indeterminados<sup>(8)</sup>.

---

*convencional* del lenguaje, cf. HABA, *Apuntes...* III. Ese estudio suministra una base teórica más amplia para los desarrollos del presente capítulo, el cual en realidad constituye una prolongación de las tesis metodológicas allí expuestas, ahora aplicándolas para el análisis de un discurso jurídico específico: el de los derechos humanos. *Vid.* también *supra*, § 16 (esp. I *in fine* y II).

(8) Véase también estas otras afirmaciones del mismo gobernante: “... la experiencia vivida por nuestro país hace más patente el error que significa considerar a la forma democrática de Gobierno como un fin en sí misma, en circunstancias que ella solo es un medio, cuya legitimidad y validez depende de su capacidad de servir a la *libertad*, la seguridad, el *progreso*, y la *justicia* como forma de vida, verdadero objetivo y finalidad última del esquema

## III

Corresponde efectuar una precisión, no obstante. Es cierto que los conceptos indeterminados *pueden* ser utilizados de maneras muy variadas; mas eso no quiere decir que todas ellas sean igualmente *creíbles*, ni que de hecho sean creídas. La observación de Humpty Dumpty no se refiere, si bien se mira, a aquello que en realidad creen los interlocutores, sino a lo que *harán* en ocasión de utilizar tales palabras. El nivel semántico y el pragmático pueden no estar en una consonancia estricta. Por ejemplo, si el Jefe de cierto Estado que practica la política de desaparecidos, o quien le proporciona una terminología jurídica, llega a invocar la defensa de los "derechos humanos", no es que crea en su propio discurso. En tal caso, como en tantos otros, el ademán lingüístico cumple con un ceremonial simplemente. Este se juzga necesario, a pesar de todo, tal vez por-

---

institucional que propiciamos. (...) [L]a auténtica *democracia* que impulsamos asume un claro compromiso con los valores enunciados y procura dificultar al máximo los factores que puedan corroerlos. (...) De lo anterior se deriva un notorio robustecimiento de los *derechos personales*, y en particular de aquellos que más interesan a cada hombre y mujer en su vida diaria y familiar... Solo así se puede dotar al país de la autoridad fuerte y *justa* que el *sentimiento popular* siempre ha anhelado, viéndose en ella la única defensa de los desamparados y de la promoción de una auténtica *justicia social*. En síntesis, la Nueva Carta fundamental contempla una autoridad fuerte que sea un escudo para la *libertad* y una garantía para la *justicia*" (*ibid.*, p. 10-11 —cursivas nuestras—).

Cf. también el libro de RÜTHERS, con abundantes ejemplos (cap. 3) del uso de conceptos indeterminados bajo el nacional-socialismo en Alemania; *vid.* además ROITTEUTHNER, # 7.2.1. Ejemplos de la manipulación interpretativa de textos, por lo general efectuada con base en el uso de tales o cuales conceptos indeterminados, se pueden hallar en prácticamente todos los tiempos y lugares:

"Recordarán ustedes que LUTERO y CALVINO estaban siempre dispuestos a obrar de acuerdo con las sencillas palabras de las Escrituras, pero cada uno de ellos, en los problemas críticos, ponía el mayor cuidado en afirmar que solo su propia interpretación era válida" (LASKI, p. 153).

En definitiva, siempre se trata de variantes de un mismo gran tipo de expedientes retóricos:

"Dicen que la razón y la justicia deben prevalecer, pero se refieren a *su* razón y *su* justicia" (*ibid.*, p. 150 —cursivas nuestras—).

que allí aflora el consabido homenaje que el vicio suele rendirle a la virtud...<sup>(9)</sup>.

- (2) "El apoyo aportado por Cuba y la Unión Soviética a la Junta etíope que masacró una parte de la población, por China al régimen de los Khmers rojos autores de un real genocidio, por nuestro país (Francia) a numerosas dictaduras de Africa o de otras partes, muestra a las claras que, en este campo, la hipocresía es la cosa mejor repartida del mundo. Y sin embargo, me parece que la condena de ciertas tiranías por la opinión pública explica la no intervención de los aliados en ocasión de la caída de esas dictaduras; resulta cada vez más delicado ayudar de manera demasiado visible a un gobierno que viola impunemente la Declaración universal (la Grecia de los coroneles; la Nicaragua de SOMOZA; la Camboya de los Khmers rojos, la Uganda de AMÍN DADÁ; el Irán del Sha; el Portugal de SALAZAR; el Africa Central de BOKASA). No hay que cantar victoria, pues no sucede lo propio con numerosas otras dictaduras... y, además, los sucesores no son siempre mejores" (AURENCHE *et al.*, p. 98).

De todos modos, cabe "plantearse una pregunta: ¿por qué se esfuerzan estos regímenes en demostrar su legitimidad democrática? ¿Para qué necesitan constituciones, elecciones y todo el montaje de la democracia constitucional? ¿Es porque quieren engañar al mundo, a su propio pueblo, a sí mismos? ¿Cree un autócrata moderno que a través de la constitución puede adquirir mayor respetabilidad democrática? O, ¿con el tiempo, se ha convertido en la víctima de su propio juego, de tal manera que creará en él? (...) MUSSOLINI, GOEBBELS, NGU DINH DIEM, NASSER y *tutti quanti* [hoy: GORBACHEV, JOMEINI, KADAFI, PINOCHET, CASTRO, ORTEGA *et al.*, etc.] fueron o son hombres modernos y nada estultos, y por ello resulta difícil [¡pero no imposible!] admitir que crean de buena fe en las proclamaciones de sus constituciones y en los resultados de sus elecciones" (LOEWENSTEIN, p. 216).

Por cierto, en América Latina no faltan ejemplos de ello; el más reciente son las elecciones de Nicaragua (noviembre de 1984). Pero desde luego que dichos "montajes" no expresan una originalidad de la más flamante autocracia stalinista: tienen antecedentes en la propia Nicaragua (SOMOZA), fuera de ejemplos clásicos como los de Paraguay (STROESSNER), Chile (PINOCHET), etc. — todos ellos no menos militares, y no menos "popularmente" plebiscitados, que el Comandante ORTEGA—. Pero aun desde este ángulo, las cosas han cambiado un poco. Años atrás podía afirmarse todavía que "hasta la peor dictadura americana hará lo imposible para demostrar que respeta tales valores (libertad, Derecho), aun cuando los esté destrozando en la práctica. Esta hipocresía, este pudor mentiroso, me parece el único rasgo positivo de nuestras tiranías; por lo menos no confunden el alma de la gente denigrándoles también el concepto de la libertad. Es menos criminal usar a los demás, convertirlos en esclavos — como hizo el señor TRUJILLO —, que matarlos el alma enseñándoles a pensar que la libertad carece de valor — como hace el señor FRANCO, en su España medieval—" (MAGGI, p. 179). En la actualidad, sin embargo,

Para el lenguaje de los derechos humanos, aun cuando existan diferencias de opinión sobre la manera en que han de interpretarse sus conceptos indeterminados, cabe asimismo tener presente que los márgenes (creíbles) de esas interpretaciones *no* ofrecen una elasticidad infinita, a pesar de todo. Y a la prueba está: no todo aquello que se *hace* en nombre de unos derechos, se *dice* con todos sus puntos y comas a la hora de invocarlos. Hay interpretaciones de buena fe e "interpretaciones" de *mala fe*, también en materia de derechos humanos. Las primeras, por más que puedan llegar a ser contradictorias entre sí, de cualquier manera ofrecen un cierto carácter de "cosa razonable". De ello están desprovistas las segundas; en realidad, no son creídas sinceramente ni siquiera por quien las invoca.

Con el intérprete de mala fe pasa lo que KANT señalaba respecto al mentiroso o al ladrón: su propio acto no hace otra cosa que destacar el hecho de que también estos creen en aquello que están violando. El robo no tiene sentido si no se presupone que existe la propiedad; la mentira no podría darse si no aspirara a ser tomada por verdad. En forma análoga, quienes violan unos derechos humanos, pero en público evitan admitir su vinculación con conductas como las que están patrocinando, con esto no hacen sino poner de manifiesto que no creen —ni ellos mismos!— que los derechos humanos puedan ser "interpretados" de esa manera justamente (*vid.* también *infra*, § 25 *in limine*).

Desde el punto de vista *hermenéutico*, los problemas de la aplicación de conceptos indeterminados se plantean como una cuestión debida a la imprecisión de las reglas *mismas* que presiden la utilización de un lenguaje; no se refiere a las "trampas" que algunos locutores puedan llegar a hacer para *evadir* esas reglas. Solo en la medida en que

---

ejemplos como algunos de los mencionados hacen pensar que ya ni siquiera es cierto que todas las dictaduras de nuestro continente exhiban, al menos, aquel "pudor mentiroso"...

los locutores competentes de un lenguaje, siendo *sinceros*, no logran ponerse de acuerdo sobre la manera correcta de aplicar determinada expresión en un contexto dado, solo en tal medida —vale decir, dentro de esos *límites*— estamos ante un concepto indeterminado, como con frecuencia ocurre al interpretar disposiciones jurídicas.

Puede suceder que los textos del Derecho sean aplicados, por tales o cuales motivos —fines políticos, presiones sociales, etc.—, de maneras que todo el mundo sabe que *no* corresponden a la formulación lingüística del precepto. En tales casos, y con toda independencia de que esa "interpretación" sea o no justificable por otras razones, ella no es el producto de una indeterminación de los términos utilizados en el texto, sino que, en realidad, más bien se prescinde allí de sus significados conocidos, de las reglas (convencionales) a que se ajusta su uso común. No siempre las discrepancias sobre el empleo de una fórmula resultan de una indeterminación en él o los conceptos invocados, en la semántica *propia* de estos. Tal caso no se da sino cuando las discrepancias se deben *realmente* a maneras distintas de entender lo dicho, no si su invocación obedece a meras consideraciones de retórica: prestigio general del término, consecuencias jurídicas que su aplicación conlleva, etc. En efecto, importa también tener presente que

*"la presencia de ámbitos semánticos no puede sacarse como conclusión a partir simplemente de que haya decisiones judiciales que divergen entre sí. También cuando los jueces resuelven de manera distinta casos iguales, eso por sí solo no autoriza a concluir que la norma respectiva tenga un ámbito semántico, ya que es posible que uno de los jueces o la Cámara hayan resuelto contra legem. Y en tal caso puede ocurrir que, a pesar de ser la ley clara, se produzcan sentencias distintas"* (KOCH, Seminar . . . , p. 56).

Cuando las expresiones de la ley son utilizadas para legitimar soluciones *contra legem*, allí estamos, si se quiere,

ante lo que hemos llamado interpretación de "mala fe". Mas hay que considerar una diferencia, pues esa "mala fe" puede ser, si bien se mira, de dos clases. Hay una "mala fe" de orden estrictamente *lingüístico*: el utilizar cierta expresión de manera tal que se viola en forma abierta, a sabiendas, sus reglas de uso conocidas; y, desde luego, eso se hace sin explicitar que a ella se le está cambiando el sentido. Esta "mala fe", que es de orden *retórico*, puede o no ser empleada al servicio de otra clase de "mala fe, que es de orden *moral* (por llamarla de alguna manera): la consistente en valerse de dicho expediente retórico para justificar conductas atentatorias contra derechos humanos fundamentales.

El ejemplo que trajimos a colación más atrás (*supra*, a la altura de la n. 8) corresponde al segundo tipo. Pero cabe reconocer que pueden darse también interpretaciones de "mala fe", en el primer sentido, que resulten favorables a unos derechos humanos. De cualquier manera, lo que queremos subrayar es que en ninguno de ambos casos las soluciones presentadas tienen que ver con problemas *hermenéuticos* en sentido propio, con discusiones ubicables *dentro* del ámbito semántico de los conceptos que se invocan, sino que estamos allí ante utilidades simplemente retóricas de los términos en cuestión. Claro que los empleos retóricos pueden verse favorecidos, al menos hasta cierto punto, también por la indeterminación semántica de dichos conceptos. Sea como sea, la falta de verdadera credibilidad que es propia de tales empleos pone de manifiesto que ellos van aún *más allá* del ámbito semántico mismo de los términos invocados, a pesar de toda la elasticidad que estos tienen.

#### IV

Aun reconociendo que un concepto jurídico indeterminado no significa *cualquier* cosa, no menos cierto es que,

de todos modos, él conlleva *más de una* interpretación posible. Por ende, a la instancia estatal que recibe la función de intérprete autorizado se le confía, en realidad, una *decisión* (opción) sobre el sentido ideológico de tales términos. Esa no es otra que una función política, con toda la importancia que ella tiene en la división del trabajo dentro de las esferas del Poder. Así, según que la determinación de unos conceptos constitucionales sea asumida e impuesta por el legislador o que ella sea delegada en la Administración, o que sea en última instancia decidida (más o menos autónomamente) en niveles de la judicatura, ello repercutirá en la respectiva fuerza de presión que cada una de esas esferas de influencia tenga para determinar líneas políticas en el seno de la maquinaria estatal: para orientar la actuación del Poder en beneficio de tales o cuales círculos de intereses, respectivamente favorecidos por tales o cuales de las interpretaciones posibles.

La forma de distribuir los roles de intérpretes autorizados, según la organización política, constituye una forma de asegurar que será precisamente la ideología más habitual entre los que llegan a desempeñar esos roles quien llevará la voz cantante para encaminar las actuaciones del Poder. Ideología que no puede sino ser, como es natural, una que respalde la posición de las fuerzas sociales dominantes en la colectividad respectiva. El intérprete autorizado actúa, puede decirse, como un delegado o un comisario de la ideología dominante, para hacer que esta consiga imponerse también en el seno mismo del Poder. Por eso, solo allí donde de esa ideología forma parte —y con bastante “fuerza” social— la doctrina de los derechos humanos, solo allí es posible que los conceptos indeterminados que traen las Constituciones se interpreten habitualmente en sentidos favorables a la protección de tales derechos.

Si bien todo depende, en última instancia, de cuáles son esos intérpretes autorizados, quiénes llegarán a serlo depende, a su vez, de cuál sea la ideología que domina

*realmente*<sup>(10)</sup>. Y desde este ángulo, sí, puede decirse que aquellos conceptos no son tan "vacíos", su sentido no se presenta *tan* indeterminado ante el intérprete. El ámbito *social* de estos conceptos los hace mucho más restringidos, en la práctica, de lo que su entero ámbito lógico-semántico admite. Las opciones y los límites del intérprete de los conceptos jurídicos indeterminados no van más allá, en la realidad, de los límites de tolerancia que para la defensa de sus preferencias ideológicas, y sobre todo de sus intereses, son admitidos por los estratos sociales que dominan en la sociedad donde esos conceptos se apliquen. No la semántica misma, pero sí la presión social en la que el intérprete está inmerso (y que, por lo general, él internaliza ideológicamente), le otorgan su ámbito *real* de escogimiento respecto al sentido de las disposiciones jurídicas. Opciones pueden quedarle, de todos modos, pero lo más común es que al fin

- 
- (10) Como la interpretación depende de la ideología, y esta a su vez responde a intereses de unos u otros sectores sociales, intérprete "autorizado" no puede ser sino quien acepte la ideología de los grupos *dominantes*, por cuanto son estos quienes tienen el mayor peso para determinar las orientaciones básicas del aparato estatal: "lo que distingue a la ideología reside más bien en que el *mismo* universo general se interpreta de maneras diferentes que dependen de intereses creados concretos dentro de la sociedad de que se trate" (BERGER/LUCKMANN, p. 157-158). "Así pues, las definiciones rivales sobre la realidad se determinan en la esfera de los intereses sociales competitivos cuya rivalidad, a su vez, se 'traduce' en términos teóricos... (y) una de las teorías se 'demuestra' como pragmáticamente superior en virtud, no de sus cualidades intrínsecas, sino de su aplicabilidad a los intereses sociales del grupo que se ha convertido en su 'portador'" (*ibid.*, p. 153-154).

Para los intérpretes *autorizados*, "la teoría que se 'demuestra' como pragmáticamente superior" al determinar ellos el contenido del Derecho, no puede ser sino alguna que corresponda a la ideología política dominante y, con ello, a los sectores sociales cuyos intereses son los más fuertes en la colectividad y dentro del Poder; otros intérpretes, en cambio, por supuesto que pueden sostener interpretaciones que apunten hacia resultados distintos. Un ejemplo paradigmático de esa impronta que la ideología dominante ejerce sobre el contenido de las interpretaciones autorizadas, sobre todo porque proviene de un país con singular desarrollo del pensamiento jurídico, es el caso de las transformaciones interpretativas que se dieron en el Derecho alemán, durante la primera mitad de este siglo, de acuerdo con los cambios de régimen político allí operados: cf. el pormenorizado examen de RÜTHERS.

y al cabo no resulten demasiado amplias. Su indeterminación no ultrapasará, *en la práctica*, el marco de indeterminaciones que a su vez ofrezca la propia ideología dominante; mejor dicho, el de las interpretaciones que para esta consientan aquellos sectores que tienen mayor poder efectivo en la madeja social.

### § 19. Cuatro niveles en la semántica de los conceptos indeterminados

En síntesis, podría decirse que el contenido semántico de un concepto jurídico indeterminado es articulable en cuatro niveles, orientados de mayor a menor en cuanto al respectivo grado de indeterminación que allí tiene el significante que se interpreta.

- *Ambito lógico-semántico*: lo conforman *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 tuyas que, como tales, son reconocidas por la generalidad de sus locutores, o por algunos círculos de estos.
- *Ambito semántico social*: de entre las interpretaciones que caben en el ámbito lógico, se toman en consideración solo 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.
- *Ambito semántico real*: de entre las interpretaciones que caben en el ámbito social, aquí no se admiten sino las que

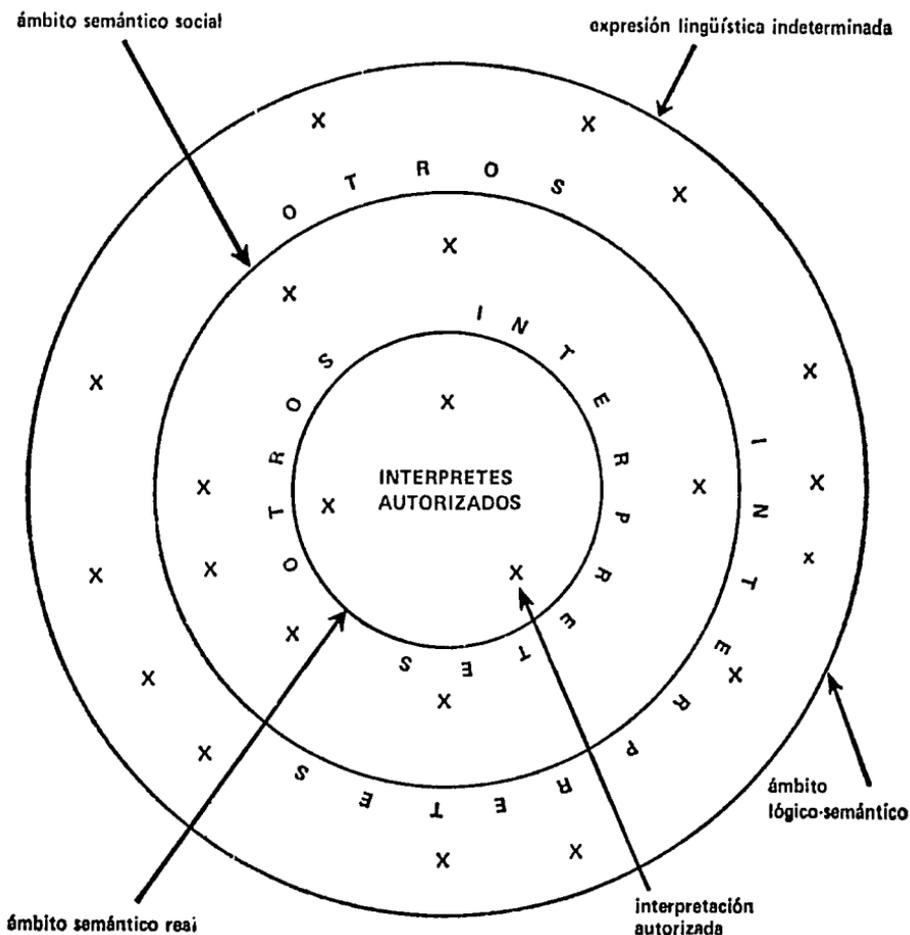
tienen "peso" político como para ser recogidas eventualmente como palabra del aparato estatal de ese país y ejecutadas por parte de este; son solo aquellas interpretaciones cuya puesta en práctica es promovida, o al menos podría ser tolerada, por las fuerzas sociales *dominantes*.

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

Se trata, pues, de una especie de "pirámide" (invertida) de niveles semánticos, que tal vez podría ilustrarse de la manera siguiente: hay tres círculos concéntricos, los *ámbitos* señalados; los intérpretes autorizados se encuentran ubicados *dentro* del círculo menor (ámbito real), y es de allí que alguno de ellos, en última instancia, escoge *una* (X) de las interpretaciones —vale decir, que su opción se limita a las de ese mismo círculo, aunque otros intérpretes puedan escoger además en el seno de las dos franjas exteriores—. El ámbito *lógico-semántico*, que es el círculo más amplio, comprende la totalidad de las X, vale decir, las de todas las franjas (solo queda excluido el infinito espacio de las Y); el ámbito semántico *social*, círculo no tan amplio, comprende tanto las X del ámbito semántico real como así también las de la franja intermedia (no quedan afuera más que las de la franja que limita con las Y); el ámbito semántico *real*, que es el círculo más pequeño, no comprende sino las (pocas) X que están dentro de él mismo, o sea, que descarta todas las demás, las de las dos franjas que rodean a aquel. Quiere decir que el intérprete autorizado, por poder elegir únicamente (en la práctica) entre candidatos de este último círculo, tiene menor número de opciones que otros intérpretes: tiene que decidirse por una X —alguna de dicho círculo— que no afecte mayormente al *establishment*.

AMBITOS SEMANTICOS

Y Y



Y = candidatos negativos (interpretaciones que no se ajustan a ninguna regla de usos habituales de la expresión, por lo cual todos los Y quedan fuera de la esfera de significaciones de esta)

X = candidatos posibles (interpretaciones que caben de acuerdo con algunas de las reglas semánticas que presiden usos conocidos de la expresión que se interpreta)

*Notas:*

- En cada uno de los círculos, la cantidad de X puede ser mayor o menor, según la expresión lingüística de que se trate y el contexto donde esta se aplica.
- Entre los X correspondería distinguir, en cuanto al fenómeno de la vaguedad, entre candidatos *positivos* (significados indudables de la expresión, intersubjetivamente reconocibles como tales) y candidatos *neutrales* (sentidos inciertos, cuadro de la vaguedad misma, "zona brumosa": significados admitidos por unos locutores y negados por otros, o simplemente dudosos para muchos locutores).
- En la medida en que la expresión es *vaga*, tanto más se reduce el contingente de las posibles Y y aumenta el de las X.



A título de ilustración, se puede dirigir la vista, por ejemplo, hacia los ámbitos semánticos de un rótulo como "orden público". Cualquiera de las conductas siguientes puede considerarse, o no, como un candidato eventual para posibles "atentados" contra lo que se llegue a entender bajo ese concepto jurídico indeterminado:

- *Ámbito lógico-semántico.*— Aquí puede haber ya sea la propaganda a favor o en contra de la propiedad privada, o ser dejadas fuera; tanto el difundir una religión como proclamar el ateísmo, o no; tanto desfilar por las calles como resistirse a hacerlo (esto último si, por ejemplo, los jerarcas leninistas-stalinistas solicitan que "voluntariamente" se participe en un acto público que ellos organizan); obstaculizar la salida de ciertos diarios o permitir que se publiquen, etc.
- *Ámbito semántico social.*— Criticar a las autoridades o en general al sistema político-social vigente, hacer huelgas, pasar filmes que expresen ciertos puntos de vista políticos o traten de ciertas maneras temas sexuales, escribir en un diario sin estar colegiado o expresar ciertas opiniones si se es sacerdote, etc.: todo eso puede o no ser presentado como una violación del "orden público", según quien opine. (Pero hay interpretaciones que es imposible, o poco menos, sostener en un ámbito social dado, aunque entren dentro del ámbito lógico:

por ejemplo, en un país capitalista de régimen democrático-pluralista, los leninistas no invocarán el "orden público" para pedir que se censuren diarios de orientación liberal, prohibir la transmisión de actos religiosos, etc., a pesar de que eso cabe en el ámbito lógico de dicha expresión y, lo que es más, corresponde al ámbito real de dicho término en los países llamados "socialistas".)

- *Ámbito semántico real.*— Aunque todos aquellos puntos sigan siendo discutidos en un medio social, vale decir, quepan al respecto soluciones divergentes en el ámbito semántico respectivo, empero pueden ser mucho menos discutibles (o no serlo en absoluto) en el ámbito real: el Poder Judicial no vacilará en reconocer que una huelga atenta contra el "orden público" si el gobierno y las clases dominantes están decididos a prohibirla, no dudará que viola el "orden público" nacional quien escribe en un diario sin estar colegiado (si el sistema de colegiaturas es muy fuerte en el país; *infra*, § 31.II), etc. El ámbito semántico real de la expresión "orden público" es, en cada país, mucho más restringido que su ámbito semántico social; pero esto sobre todo en los países pluralistas, ya que en los Estados de tipo leninista y en los guiados por la Doctrina de la Seguridad Nacional, también el ámbito semántico social (público) de los conceptos jurídicos indeterminados tiende a encogerse —por efectos de la censura, la represión, etc.— a los niveles que las autoridades establecen para los efectos reales del uso estatal de dichos términos.
- *Espacios semánticos fuera del ámbito lógico.*— Hay conductas que, de todas maneras, no entran en ninguna de las tres esferas precedentes, pues resulta casi impensable que a alguien se le ocurriera (en serio) calificarlas de atentatorias contra el "orden público": por ejemplo, bostezar en la casa de uno, saludar en la calle, elegir el dedo en que se usará el anillo matrimonial, rezongar de vez en cuando a los hijos menores, etc. Estos serían candidatos del tipo Y, mientras que los de los tres otros rubros serían del tipo X, de acuerdo con el esquema presentado.

### § 20. Tres clases de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos

#### SUMARIO:

- (a) Conceptos indeterminados pro-humanistas (eventual base para desarrollos jurídicos que garanticen derechos humanos).
- (b) Conceptos indeterminados restrictivos (con peligrosa potencialidad expansiva pro-autoritaria), límites puestos a los derechos.
- (c) Conceptos indeterminados ambivalentes.

La circunstancia de que el lenguaje de los derechos humanos se halla muy surtido de conceptos indeterminados hace que, al utilizarlo para alcanzar sus plenos *efectos*, esto es, al pasar del plano semántico al pragmático, ello pueda tener lugar en dos direcciones: ya sea más, ya sea menos favorablemente a la efectividad de tales o cuales derechos.

En líneas generales, esos conceptos son de tres grandes clases:

- (a) aquellos que habilitan cómodamente al intérprete para darles —si él quiere (y si, además, tiene el poder para hacerlo)— los alcances más favorables a la protección de dichos derechos, y eventualmente llegar incluso a promover su extensión;
- (b) aquellos que se invocan para restringir, en mayor o menor grado, unos derechos humanos;
- (c) aquellos que pueden ser utilizados tanto en uno como en otro sentido, es decir, tanto para promover como para coartar derechos humanos, según la orientación que la autoridad interpretativa les otorgue.

Desde luego, esta clasificación es tendencial. Al ubicar cierto concepto en uno u otro de dichos rubros se indica la dirección *predominante* de aquel, pero sin desconocer las elasticidades que pueden darse en su empleo.

(a) *Conceptos indeterminados pro-humanistas (eventual base para desarrollos jurídicos que garanticen derechos humanos).—*

Paradigmática, dentro de este grupo, es la conocida expresión: "dignidad de la persona humana". El ancho ámbito lógico que ofrece la invocación de esta fórmula, conjugado con su neto contenido emocional de signo positivo ("suenan" bien, provoca adhesión), hace que a ella puedan ser vinculadas cómodamente toda clase de soluciones favorables a los derechos humanos. De la misma especie son también otros términos, cuya función es análoga. Suelen estar, por ejemplo, en algunos Preámbulos de Constituciones; en efecto, allí aparecen recogidas, a veces literalmente, expresiones como las siguientes:

"... que la *libertad*, la *justicia*... tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; ... fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana... resueltos a promover el *progreso social* y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad" (Preámbulo de la Declaración Universal).

Algunos de esos términos se reiteran luego, con unas u otras variantes lingüísticas, en el texto de disposiciones constitucionales específicas, sobre todo en un capítulo general de *Derechos y Garantías*. Ello se encuentra reforzado, en ciertas Constituciones, por la inserción de una cláusula genérica donde se afirma que la enumeración de derechos efectuada en dichos textos no ha de entenderse como exhaustiva, que no afecta el reconocimiento de cualesquiera otros derechos "inherentes a la persona humana", etc.<sup>(11)</sup> Todas esas fórmulas constituyen *válvulas abiertas* por medio

---

(11) Más abajo transcribimos algunas de esas disposiciones: por ejemplo, *vid.* las citadas en el § 26, de Constituciones pertenecientes a la *clase II*.

de las cuales el juez puede llegar a hacer valer la primacía de unos derechos humanos sobre cualesquiera restricciones, apoyándose argumentativamente en la autoridad de la Constitución como fuente superior del Derecho interno. Tal argumentación puede emplearla frente a disposiciones jurídicas de jerarquía inferior (leyes, reglamentos, etc.), pero incluso para interpretar otros conceptos indeterminados de la propia Constitución (por ejemplo, los de tipo *b* ó *c*).

Por supuesto que, dada su habitual ampulosidad y la superabundancia de términos vagos, los Preámbulos y en general los artículos que contienen expresiones similares no llenan los requisitos mínimos de ningún lenguaje científico<sup>(12)</sup>. Pero no está descartado que, en el plano pragmático, pueda darse la eventualidad de que ejerzan algún efecto motivante sobre el intérprete del lenguaje constitucional; y en tal caso, más probable es que ello se dé en dirección favorable a unos derechos humanos<sup>(13)</sup>. La otra posibilidad,

---

(12) *Comentario*.— "No quiero reiterar las inquietudes que me suscita la referencia, también acá, a esta noción de 'conceptos indeterminados', la cual, por lo menos en algunos casos, puede resultar inconveniente; por ejemplo, aplicada a los preámbulos de las Constituciones. Estos tienen ya un valor reconocido en el Derecho Constitucional. Son, por definición, vagos. Veo que, en cierta manera, se tacha un poco a ese factor, que es inevitable en este tipo, si no de normas, de enunciados de la Constitución. Se dice que los preámbulos 'no llenan los requisitos mínimos de ningún lenguaje científico'; y, efectivamente, no los tienen, porque son declaraciones de carácter político. Considero que en algunos puntos se encuentra demasiada severidad, en el texto, respecto a ese tipo de declaraciones constitucionales, aunque en otros se analizan bien las dificultades que ofrecen para regular con precisión ciertas materias" (VIDAL). *Vid.* también *infra*, § 21.I *in limine*.

(13) Ello tiene que ver también con aquellos elementos de "utopía" que, como señala SCHELSKY, suelen contener las Constituciones: cf. *supra*, § 4.III.2, la cita de este autor allí transcrita. Sin embargo, tampoco puede descartarse la circunstancia de que, aunque esto sea menos frecuente, incluso *tales* expresiones lleguen a ser utilizadas en contextos jurídicos de carácter represivo: por ejemplo, en la normativa nicaragüense que coarta la libertad de expresión, uno de sus incisos (*infra*, § 23.III *in fine*) menciona, entre otras cosas, "la dignidad de las personas" —pero probablemente este es, así y todo, el menos peligrosos de los conceptos indeterminados que contiene el precepto en cuestión—. De cualquier manera, es indudable

naturalmente, es que el intérprete no considere del caso recurrir a ellos, que los deje reposar como un sector lingüísticamente inocuo.

Que esos preámbulos *pueden* —aunque no necesariamente— tener un lugar en la argumentación jurídica invocada para interpretar el articulado del respectivo instrumento internacional o de la Constitución, surge también del comentario siguiente.

"En los documentos jurídicos fundamentales se pueden distinguir dos tipos distintos de preámbulo, a los cuales se les puede dar el nombre de *preámbulo de...* y de *preámbulo a...* El primero consiste en principios generales, o de algún modo introductorios, que son parte integrante del mismo documento; un ejemplo clásico de ello son el preámbulo de la Constitución francesa del 3 de setiembre de 1973, que de hecho constituye el título primero de esa Constitución, y el de la Constitución francesa del 27 de octubre de 1946, que, aun sin constituir el título primero del documento, empero enuncia principios fundamentales que habitualmente entran a formar parte de una Constitución. El segundo consiste, en cambio, en consideraciones preliminares al verdadero y propio documento jurídico, que están enunciadas con una cierta solemnidad, y tienen la finalidad de poner de relieve las razones históricas e ideales. Son de este tipo los preámbulos de los tratados internacionales. (...)

---

que el empleo de dicho tipo de conceptos, incluso en contextos jurídicos que sean antes bien de alcance "pedagógico-utópico" (SCHELKY) que de orden represivo, constituye terreno fértil para la introducción de "definiciones persuasivas", y de disputas basadas en estas; cosa que también se da, naturalmente, al utilizar los otros dos tipos de conceptos indeterminados. Ahora bien, aun cuando en todos esos casos las discusiones son, desde el punto de vista científico, análogamente falaciosas, empero sucede que, desde el punto de vista práctico, dentro del tipo (*a*) pueden dichas definiciones tener efectos favorables para la defensa de unos derechos humanos, a pesar de (o, tal vez, justamente por) toda su "torpeza" lógica. Como se sabe, la propaganda, por ejemplo, suele tener mucha mayor eficacia popular que una argumentación científicamente sostenible. Respecto a los contenidos emotivos en los significados de términos, y en particular sobre las "definiciones persuasivas", cf. *supra*, § 12.I *in fine* (y las obras allí indicadas, esp. STEVENSON). Por lo que particularmente se refiere al lenguaje de los derechos humanos, en cuanto a posibles desfases entre corrección científica y "eficacia" de dicho lenguaje, *vid.* HABA, *¿Derechos humanos o...?*, § 10.

"La función de un preámbulo de este [segundo] tipo es la de brindar una justificación, generalmente sintética, del contenido del documento, o sea, ofrecer al lector, y especialmente al intérprete, elementos para una información y para una reconstrucción de eso que suele llamarse el 'espíritu de la ley'. Esta finalidad se persigue habitualmente mediante la enunciación de motivos de justificación que pueden reagruparse *grosso modo* en dos categorías bien distintas: a) invocación de hechos del pasado particularmente significativos, que pueden ser, a su vez, acontecimientos *históricos* o precedentes *jurídicos*; b) invocación de *valores*, que son presentados ya sea como objetivos a alcanzar, o como motivos ideales inspiradores, o como fundamento ético-político de la decisión. (...) En cuanto el preámbulo, tiene la función de hacer emerger de la enunciación de los precedentes y de los motivos de fondo del documento, el significado real de las disposiciones allí contenidas; tiene valor jurídico esencialmente como guía o como unos criterios subsidiarios para la interpretación del tratado. No hay intérprete que, para ilustrar el significado de un texto, no esté constreñido a recurrir a otros textos a los que este se halla ligado por la materia, o a los fines encarádos por las normas a interpretar" (BOBBIO, *Il preambolo...*, p. 437-438). *Vid.* también *infra*, n. 29.



(b) *Conceptos indeterminados restrictivos (con peligrosa potencialidad expansiva pro-autoritaria), límites puestos a los derechos.—*

Ejemplos típicos de este grupo son expresiones como las siguientes: "orden público", "interés público", "intereses populares", "moral", "orden social", "tranquilidad pública", "fines lícitos", "honrar a la patria", etc. Sobre todo, aquí encuentra su lugar más propio el término "seguridad", acompañado de calificativos como "pública", "nacional" o "del Estado"; o bien, "defensa del socialismo", de la "revolución", etc. Todos esos conceptos exhiben claramente su carácter restrictivo cuando aparecen insertados en disposiciones que dicen reconocer *en principio* tal o cual derecho humano, pero donde enseguida se agrega que ese reconocimiento es solo en tanto en cuanto el ejercicio de tal derecho no afecte las exigencias planteadas por algunos de aquellos requisitos.

El alcance de dichas exigencias, vale decir, los límites *reales* dentro de los que se confina la puesta en práctica del derecho en cuestión, es cosa que el texto constitucional suele dejar librada a la decisión del legislador, de la autoridad administrativa o del juez. En consecuencia, según que estos hagan objeto de una interpretación más amplia o más estrecha a esos conceptos indeterminados, o sea, según que les imputen alcances limitativos mayores o menores, los derechos humanos correspondientes aparecerán restringidos en grado más alto o más bajo: *supra*, § 11.V. (No abrimos opinión aquí sobre la deseabilidad de esas restricciones, renglón dentro del cual habría que distinguir bastante: por ejemplo, podría considerarse justificable que por razones de "utilidad pública" se haga objeto de ciertas limitaciones el uso de la gran propiedad, pero menos justificable que por razones de "moral pública" se establezca la censura de filmes.)

*Límites (recortes, negaciones) que el Poder le impone a los derechos.—*

La circunstancia de que conceptos como los señalados (y otros) desempeñen la función de factores restrictivos para el ejercicio de prácticamente todos los derechos humanos, y el hecho de que, por su carácter relativamente indeterminado, concedan a los detentadores del Poder estatal unas facultades de intervención sobre cuyos alcances deciden en definitiva estos mismos, es lo que ocasiona las mayores dificultades en el campo de la doctrina jurídica que se preocupa porque esos derechos sean *realizados*. Pero este problema es, en su dimensión *semántica*, en buena medida insoluble: por un lado, porque no se ve cómo, en un plano realista, podría pensarse que se llegará a prescindir de dichos conceptos en el Derecho positivo; y por el otro, porque no existen reglas lingüísticas capaces de constreñir suficientemente al Poder para que, llegado el caso, no los interprete de una manera que perjudique unos u otros derechos humanos, sea en mayor o menor medida, y que tal interpretación no sea aceptada por tales o cuales sectores sociales.

El tipo (*b*) de conceptos indeterminados constituye la vía por excelencia mediante la cual el Poder queda *jurídicamente* legitimado para recortar, o hasta para llegar prácticamente a eliminar,

el ejercicio de unos derechos individuales. La medida en que lo haga depende, naturalmente, de la conformación misma (*real*) que ese Poder tenga en el seno de la sociedad respectiva (*infra*, § 42). Siempre puede discutirse, claro está, si es inevitable o no, y conveniente o no, que tales o cuales derechos sean restringidos de una o otra manera, o hasta qué punto. Pero cualesquiera sean las tesis que en tal discusión se sostengan, no cabe duda que en el plano del discurso *jurídico positivo* son esos conceptos los que habilitarán al Poder para imponer las principales restricciones al ejercicio de derechos humanos, sea o no que las consideremos justificadas. Los pasajes que pasamos a transcribir, pertenecientes al estudio de MOURGEON, subrayan ese papel de instrumento del Poder que tienen tales formulaciones jurídicas. Y lo menos que puede decirse, teniendo en cuenta esas puntualizaciones, es que el jurista de inspiración jushumanista ha de manejar con el *máximo* cuidado dichos conceptos, debería interpretarlos siempre de la manera *menos* amplia posible. [*Vid.* también *supra*, § 11.V.]

"[S]iendo jurídica, la organización de los derechos es, por naturaleza, restrictiva de los derechos. La pregunta que ella suscita invariablemente no es la de saber hasta dónde la regla permitirá o deberá permitir, sino hasta qué punto no impide. No es la de saber lo que el Poder otorga, sino lo que niega. (...) Las constantes del sistema organizativo de los derechos revelan esa inclinación natural por la limitación. Es montado siempre en torno a un mismo esquema, compuesto de tres elementos dominantes: *el reconocimiento*, por el cual el Poder determina con mayor o menor parcimonia los derechos admitidos en el cuerpo social; *la vigilancia* que, con motivo del imperativo de protección del cuerpo social, el Poder ejerce por la vía de la reglamentación de los derechos; por último, *la dependencia* en que el Poder coloca los derechos, al apoderarse él de los medios concretos y las garantías efectivas para el ejercicio de aquellos (p. 68).

"La afirmación jurídica de los derechos se efectúa por diversos procedimientos que desembocan todos en un mismo resultado: la limitación de los derechos (p. 73. (...)) [E]n este campo se retiene mucho, y a menudo más de lo que se da. Para convencerse, basta ver que *todos* los reconocimientos no solo ignoran muchos derechos, y no de los menores, sino que *jamás* omiten mencionar los límites de los que anuncian. La afirmación de los derechos en el seno de una sociedad debe ser acogida, pues, con la mayor circunspección, en razón de la parte inevitable de engañifa (*de trompe-l'oeil et de duperie*) que comporta (p. 78).

"La devolución de los derechos [por parte del Poder] hace del individuo su beneficiario virtual, que no puede alcanzar su ejercicio efectivo sino una vez reunidas diversas condiciones complementarias del reconocimiento. Estas son otras tantas condiciones suspensivas de la realidad de los derechos, otras tantas condiciones aleatorias a las que el individuo se expone, otras tantas pruebas de la fragilidad de los derechos; los cuales, de hecho, son más maleables que inalienables, más flexibles que intangibles e imprescriptibles. Aquellas son de dos clases, ambas libradas a la iniciativa o hasta al capricho del Poder: las que se vinculan a la estabilidad del reconocimiento y las relativas a sus complementos (p. 83-84).

"Sin embargo, lo esencial no reside en la variedad de las técnicas jurídicas utilizadas, de las redacciones constitucionales o legislativas, de las prohibiciones administrativas o de las sanciones penales posibles. Reside en la significación que ellas tienen, en la primacía que confieren a las exigencias de un orden social que, al fin de cuentas, es indefinible. ¿Quién, en efecto, podría precisarlo? Según el caso, será el legislador, el gobierno, el juez, o todos juntos, es decir, el Poder, quienes se abocarán a ello. Inevitablemente, la definición que darán no reposará sino sobre la subjetividad de ellos; por tanto, sobre su arbitrariedad, en la plena significación del término. El orden social, ya sea el de la revolución, de la Constitución, de la democracia, del socialismo, o de cualquier otro sistema y de cualquier otra dogmática, nunca es más que la extrapolación generalizada de una interpretación particular (p. 94).

"En síntesis, las necesidades, reales o imaginarias, de la preservación de la sociedad, de los fundamentos y finalidades que constituyen su orden, de la seguridad que ella reclama para sí misma y para cada uno de los suyos, canalizan los derechos humanos hacia magros pastizales donde, colocados bajo vigilancia, se tornan inofensivos. Ilegítimos en cuanto sean antisociales en su ejercicio, están directa y permanentemente expuestos a las restricciones decididas por el Poder, único intérprete calificado de las exigencias de la sociedad. Justificada en su principio, sin duda, pero desnaturalizada en su práctica, la preocupación por el orden social conduce a la evanescencia de los derechos. Y la preocupación por el orden moral no puede sino agravar tal situación (p. 94-95).

"Una sociedad . . . tiene su conciencia, sus hábitos, sus gustos, cosas que la atraen y cosas que le repugnan, sus costumbres y su moralidad. Nadie podría definir esta última y trazar todos sus contornos. Fluctuante en proporción a la inestabilidad del cuerpo social, eminentemente variable según las sociedades, y esto a pesar

de las contaminaciones recíprocas debidas a las facilidades actuales de la comunicabilidad, aquella no es más que relativismo. Con ello, para los derechos humanos constituye un peligro tanto más temible cuanto que poco aparente. Escasos son los regímenes o los gobernantes que invocan abiertamente la protección de la moralidad pública como motivo de vigilancia de los derechos; no por olvido, sino por oportunidad y por comodidad, para reservarse la considerable libertad de maniobra que contra el ejercicio de los derechos les ofrece la noción de moralidad pública, por su elasticidad y su indeterminación. (...) ¿Qué decir de la 'injuria', del 'ultraje a las buenas costumbres', de la 'licencia'? Sin embargo, es sobre la base de nociones tan inconsistentes que se imponen límites severos, que pueden llegar a ser draconianos, al ejercicio de los derechos. Afectan de preferencia los derechos de naturaleza intelectual, y especialmente todas las formas posibles de la libertad de expresión... (p. 95-97).

"La protección de la moralidad pública coloca los derechos humanos en una situación peligrosa, o por lo menos precaria, haciéndolos oscilar de la tolerancia arbitraria a la prohibición general. Esta última no corresponde a una hipótesis de escuela. Cuando los regímenes totalitarios impulsan su lógica hacia su extremo, y hacen del Poder el gramático de la verdad, el arquitecto de lo bello y el revelador de lo bueno, llegan así a vaciar de toda sustancia los derechos eventualmente reconocidos, impidiendo todo su ejercicio, en nombre de la moralidad social. Los ejemplos de ayer y de hoy no faltan. Menos excesivos, los regímenes calificados de liberales pueden ser peligrosos también. El relativismo de la moralidad pública los constriñe a una casuística en la aplicación de la ley, que confiere un poder de apreciación considerable a las autoridades que tienen por tarea el interpretarla o aplicarla, haciendo de ellas los amos de la extensión real de derechos: lo que atenta contra las costumbres de hoy, no será contrario a ellas mañana; lo que contraría a la moralidad pública en el Este, no es incompatible con ella en el Oeste. (...) En el límite, la incertidumbre del orden moral y la indeterminación de la autorización acordada conducen a abandonar sin derogarlas, a aplicar solo con prudencia, periodicidad o parcimonia, unas reglamentaciones prohibitivas o represivas, y a transformar así los derechos en tolerancias variables y provisorias (p. 97-98)".

"En definitiva, está claro que el orden social y el orden del Poder se ayudan mutuamente: el primero reclama al segundo para su continuidad; el segundo se complace en invocar, para sacar ventaja de ello, las supuestas exigencias del primero. Se conjugan

ambos en un mismo cuidado por la vigilancia del hombre, puesto en detención en una invisible pero infranqueable ciudadela... (p. 104)".

*Nota.*— Entre los conceptos indeterminados de este grupo, tal vez los dos que se han revelado como los más peligrosos de todos, tanto por la frecuencia con que se invocan como por las cosas que sirven para legitimar, son las etiquetas "seguridad nacional" y "orden público". Sobre la primera, cf. *infra*, § 23 (con la literatura allí indicada) y también el cap. VII (*passim*). En cuanto a la segunda, véase que, por ejemplo, ya uno de los primeros (y básicos) instrumentos jurídicos de represión edictados por el gobierno militar nicaragüense se llama "Ley sobre el mantenimiento del Orden..." (cf. *infra*, § 23.III *in fine*); pero no solo en las dictaduras militares, sino también en regímenes pluralistas se invoca dicha expresión para legitimar, en su caso, que el Estado coarte el ejercicio de tales o cuales derechos humanos (así lo hace, por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema de Justicia costarricense que niega el uso *pleno* de la libertad de expresión a todo aquel que no sea periodista profesional: cf. *infra*, § 31.II *in limine*).



(c) *Conceptos indeterminados ambivalentes.*—

Lo más típico, como paradigma de este grupo, es el recurso a la fórmula: "bien común" o "interés general". Ella puede aparecer en giros programáticos de orden general (por ejemplo, en Preámbulos), como así también en disposiciones específicas donde señala uno de los límites a la práctica de un derecho dado (cuando se dice, por ejemplo, que no cabe el ejercicio de este en perjuicio del "interés general").

Es notorio que lo considerado como "bien" recibe interpretaciones muy variadas. Además, lo "común" puede medirse como tal según criterios de mayor o menor extensión en cuanto a quiénes serán los sujetos involucrados; esto, incluso si hacemos abstracción de todas las dificultades que presenta, desde el punto de vista científico, el llegar a averiguar quiénes *concretamente* y hasta qué punto serán los afectados de manera real por una disposición o conducta

determinadas. De ahí que el contenido asignado a la idea de "bien común" va a depender, en cada caso, de las ideologías y preconcepciones que moldean la mentalidad del intérprete<sup>(14)</sup>.

Como la configuración de estos factores no puede ser prevista con firmeza de antemano, pues varían con las circunstancias socio-políticas y también según las personas, resulta que dicha fórmula será utilizada, según el contenido que el intérprete le dé, ya sea para proteger o ampliar unos derechos humanos, ya sea para justificar limitaciones o hasta derogaciones a su ejercicio. Ahí la expresión lingüística tiene un grado tal de indeterminación que no solo tolera contenidos semánticos bastante variados, sino incluso decididamente opuestos entre sí. Su dimensión pragmática, por ende, puede ser tanto favorable como desfavorable a la protección de tales o cuales derechos humanos. Lo mismo ocurre con otras expresiones constitucionales: por ejemplo, cuando la Constitución dice que "la ley *reglamentará*" la forma de ejercer cierto derecho, o que esta "deberá respetar su *contenido esencial*" (*supra*, § 11.II), o si se remite a lo que sea necesario en una "sociedad *democrática*", etc. Todas esas son, podría decirse, fórmulas "abiertas". A la autoridad le brindan una latitud de interpretación que puede utilizar tanto para orientar sus decisiones en sentidos favorables como desfavorables a la realización de derechos humanos<sup>(15)</sup>.

(14) Para un breve análisis de la idea de "bien común", cf. HABA, *Doctrina...*, sec. III (último párrafo, apartado a). *Vid.* también *infra*, § 23.II.

(15) Así, términos como "democracia" o "democrático" son ambivalentes: se usan para apoyar discursos tendentes a defender libertades públicas o para impugnar gobiernos autoritarios, pero tampoco faltan quienes los invocan para imponer versiones "recortadas" de derechos humanos (por ejemplo, para achicar las libertades políticas, excluyendo de la competencia electoral y de otras actividades públicas al partido comunista u a otras organizaciones de izquierda, en países capitalistas de democracia encogida: *vid. supra*, § 11.IV), o incluso para justificar regímenes francamente dictatoriales ("democracia popular", "democracia protegida", etc.: p. ej., cf. *supra*, n. 8).

## § 21. Discusión

## SUMARIO:

- I-II. Cuestionamientos terminológicos.
- III. Interpretación legislativa de los conceptos indeterminados constitucionales
- IV. Contralor judicial.
- V. Algunas conclusiones.

La noción de "conceptos indeterminados" constituye, sin duda, una de las categorías conceptuales básicas de nuestro estudio; la encontraremos utilizada repetidamente en los desarrollos de los capítulos que siguen. En los términos en que la hemos presentado (cf. los tres §§ anteriores) no está libre, empero, de poder suscitar objeciones, sean de una u otra naturaleza, sobre todo teniendo en cuenta el papel que le asignamos en el discurso *jurídico* de los derechos humanos. Así, no es de extrañar que entre los participantes en nuestra Investigación hubiera quienes, desde distintos ángulos, manifestaron reservas —a veces fundamentales— al respecto, o que, en todo caso, consideraron oportuno efectuar precisiones complementarias sobre el tema. Tales observaciones se formularon en las discusiones llevadas a cabo durante la Reunión II.

Atento a la importancia de ese tema en la concepción global de la presente obra, y sobre todo por la multilateralidad de los puntos de vista que sobre él fueron expresados, consideramos que vale la pena recoger aquí *in extenso* buena parte de dicha discusión. Ello permitirá, a la vez, poner a disposición del lector ángulos de referencia más amplios y multilaterales que los que pueda ofrecerle *una* (nuestra) perspectiva central, la que sirve de base general para los planteamientos de este libro.

A modo de introducción, polemizaremos sobre si es o no *perjudicial*, desde el punto de vista terminológico y aun el didáctico, emplear el rótulo "conceptos jurídicos indeter-

minados" para aludir a todo aquello que designamos de ese modo (I). Relación con eso guarda también lo que se discutirá a renglón seguido, a saber, si dicho rótulo se encuentra empleado de una manera *técnicamente* correcta en el texto (II). Después presentaremos intercambios de opiniones sobre los alcances que puede tener la interpretación de conceptos indeterminados constitucionales por parte del *legislador* (III), y sobre formas de *contralor judicial* en la aplicación de ellos (IV). Finalmente, se recogerán ideas en torno a algunas posibles conclusiones generales (V): si es *conveniente* o no, para la causa de los derechos humanos, que las Constituciones presenten conceptos indeterminados; en qué medida *puede* evitarse, o no, que los contengan; etc.

## I

VIDAL considera que el nombre "conceptos indeterminados", de la manera en que es utilizado en el texto, conlleva efectos perjudiciales para la acogida que podrían tener los desarrollos donde se emplea tal calificación. Sería preferible, pues, utilizar otra nomenclatura; por ejemplo, se podría utilizar la de "conceptos generales". He aquí las anotaciones por él formuladas:

"Esta es una expresión muy controvertida, qué son 'conceptos jurídicos indeterminados'. Luego, por el significado específico que ella tiene desde el punto de vista del Derecho Administrativo (*infra*, II), no sé si cabe someter el estudio de todo un capítulo y de bastantes conceptualizaciones de la obra en general, a las contingencias y a los riesgos polémicos que trae el empleo de esa expresión; o si, en cambio, estando claras las ideas que se quieren expresar, no hay necesidad de recurrir a esta, pues puede por varios aspectos aparecer infortunada, como elemento de confusión respecto a la comprensión —y al alcance didáctico, digamos— del estudio. A veces ocurre que calificamos las cosas, o les ponemos una determinada etiqueta, o tratamos de entrar a un lugar por una puerta determinada, cuando resulta más expedito entrar por una que está abierta. Mi planteamiento es de mera interrogación; pero yo creo que ello facilitaría la comprensión y aclararía algunos aspectos que, a mi modo de ver, se hacen un tanto

complejos por la necesidad de trabajar con el cliché 'conceptos indeterminados'. Así, por ejemplo, este puede resultar inconveniente aplicado a los preámbulos de las Constituciones, que tienen ya un valor reconocido en el Derecho Constitucional; son, por definición, vagos".

Las observaciones de VIDAL merecen, sin duda, ser tomadas en cuenta. No obstante, y sin perjuicio de reconocer todo lo atinadas —y ciertamente prudentes— que ellas son, hemos preferido mantener en el texto la nomenclatura propuesta, por las razones que vamos a señalar. Pero son razones que, conviene subrayarlo, no apuntan en un sentido propiamente *opuesto* a las de VIDAL: aquellas no pretenden constituir una "refutación", ni mucho menos, frente a estas. Según creemos, tanto existen motivos valederos para decidirse por una terminología (por ejemplo, alguna aceptable para VIDAL), como las hay, también, para decidirse por otras terminologías (por ejemplo, la nuestra). En definitiva se trata de algo que es optativo, son *convenciones* lingüísticas; allí cabe más de una nomenclatura, cada una de ellas con ventajas e inconvenientes. Pasamos a señalar, entonces, algunas razones que, a nuestro juicio, abogan en favor de la opción terminológica efectuada.

1. Si bien la expresión "conceptos indeterminados" puede tener una acepción más específica en el Derecho Administrativo, eso no quita que ella también sea de recibo para otras áreas del Derecho; más aún, en cuanto al propio Derecho Administrativo hay mucha discusión respecto al contenido de aquella (*supra*, § 17.II). No nos parece, por tanto, que haya una razón decisiva para privilegiar el entendimiento que tiene curso en aquella rama —o, mejor dicho, en el seno de *parte* (sea o no mayoritaria) de su doctrina— frente al de cualquier otra rama, o en general frente a posiciones doctrinarias distintas.

2. Si para la dogmática del propio Derecho Administrativo dicha expresión no tiene un sentido "molesto", no vemos por qué debería tenerlo si la utilizamos como categoría del pensamiento en la teoría general de los derechos humanos.

3. Suponiendo que "están claras las ideas que se quieren expresar" —y es *ese* el punto clave, a nuestro juicio—, no puede plantear inconveniente mayor, para una obra que se dirige a lectores con algún nivel *científico*, que esas ideas se identifiquen (convencionalmente, como no puede ser de otra manera) ya sea con el rótulo A o con el rótulo B; suponiendo, claro está, que

el uso del rótulo elegido se encuentre señalado de modo explícito y que, luego, este sea usado siempre de acuerdo con esa *misma* acepción estipulativa a lo largo de todo el estudio.

4. No conocemos, por lo demás, otra expresión *usual* que pudiera servir, con menores posibilidades de malentendido (suponiendo que las haya), para circunscribir precisamente *eso* que hemos designado mediante la etiqueta "conceptos indeterminados". Por supuesto, siempre sería posible proponer una expresión distinta, nueva, para ello. Desde el punto de vista lógico, no habría ningún inconveniente en hacerlo así. Pero tampoco la hay, desde *este* punto de vista, para utilizar otras menos inusuales. Entre estas últimas, no sabemos de ninguna que, en el plano de sus acepciones habituales, pudiera denotar de modo más fiel nuestro *definiens*. Y aunque sea indistinto, en el mero plano lógico, sobre qué término recaiga la elección del *definiendum* correspondiente, para la facilidad en la comunicación es preferible acudir a términos usuales, si alguno de los sentidos corrientes de estos se adecúa bien al *definiens* propuesto, como es el caso del *definiendum* "conceptos indeterminados" para el significado con el que trabajamos.

5. En cuanto al alcance "didáctico" de la obra —no decimos el "propagandístico", que no lo tiene ni pretende tenerlo—, no creemos que, hasta donde estemos en condiciones de ofrecerlo, él pueda llegar a sufrir desmedro por la razón específica de emplear dicha terminología. No nos parece que sea justamente ella quien, en su caso, constituya un obstáculo *intelectual* para potenciales lectores. En todo caso, unos lectores que no son capaces de superar *ese* "obstáculo" (si lo es), o que simplemente rechacen la obra por reacciones *emocionales* negativas que les suscite el empleo de aquella expresión —vale decir, que se sientan "ofendidos" por esa simple opción terminológica—, poco probable resulta que, aunque utilizáramos una expresión distinta (y que no les fuera antipática), al fin de cuentas tuvieran la paciencia de interesarse por los desarrollos de este libro.

6. Aun cuando, como lo hemos reconocido una y otra vez, nuestra propia opción terminológica es no menos *convencional* que cualquier otra, si la preferimos es porque ella tiene la ventaja (¿o la desventaja?) de no disimular para nada de qué se trata, a saber: el factor de decisión, de *elección* política, que conlleva toda interpretación de dichos conceptos; el carácter de cosa *no* ineludiblemente preestablecida que tienen sus explayamientos semánticos. En una palabra, el calificativo de "indeterminados" permite marcar con nitidez que nuestro análisis del discurso de los derechos hu-

manos, nuestro metalenguaje teórico, no es tributario de velos esencialistas, sino que pretende ubicarse en un plano *científico*, o sea, sin concesiones de orden retórico. Por supuesto que, al hacerlo así, es probable que no nos ganemos la buena voluntad de aquellos para quienes —no es el caso, por cierto, del propio VIDAL— la única "puerta" accesible para encarar la temática de los derechos humanos es la que mantiene al discurso respectivo en niveles acientíficos, por no decir anti-científicos. Pero aquel es un pecado que, según creemos, empapa de manera demasiado genera! al contenido de esta obra como para que pudiera ser lavado con solo sustituir la etiqueta "concepto indeterminado" por alguna otra. (A decir verdad, sería extraño que esos potenciales lectores no se hayan desalentado mucho antes de abordar el presente capítulo.)

*En síntesis.*— Aunque sería ciertamente posible cambiar nuestro "cliché" por otro, y aunque sería posible hasta hacerlo sin afectar la inteligibilidad general de lo que se subraya utilizándolo, no creemos que ello tendrá repercusiones decisivas en cuanto al círculo posible de lectores. Quien rechace este libro por esa terminología, se desintercaría igualmente de él cualquiera fuere la eventual expresión sustitutiva. Tampoco parece que *esa* "puerta" sea la del camino menos "expedito" hacia la comprensión de los desarrollos que presentaremos, sino antes bien lo contrario. Nuestra tesis central es: no se defiende mejor los derechos humanos con los ojos cerrados, o más o menos entreabiertos; en materia de derechos humanos, asumir sus conceptos indeterminados como *lo que son*, es la mejor manera de saber *qué* hay que hacer con estos para utilizarlos de la manera más propicia a la defensa de tales derechos (¡"crítica" en vez de normativismo!: *infra*, § 103.IV-V).

## II

### BREWER:

No queda claro, en el texto, cuál es el criterio jurídico que se ha seguido en la utilización de la expresión "concepto indeterminado". A veces parecen ser lo que la doctrina, sobre todo la del Derecho Administrativo, califica como conceptos jurídicos indeterminados, o nociones jurídicas imprecisas; y esto viene básicamente del trabajo de la doctrina alemana, manejada luego por la doctrina española. Pero otras veces parece como si los conceptos jurídicos indeterminados fueran discrecionalidad. Entonces: no está la frontera.

Creo que podemos partir del supuesto de que los conceptos jurídicos indeterminados son una técnica desarrollada por la jurisprudencia para *reducir* la discrecionalidad. O sea, que es la antítesis de la discrecionalidad, desde el punto de vista de la legalidad y del control de la legalidad. De manera que *no* es poder discrecional. Y esto es importante; porque PAZ, en cambio, sacaba casi como conclusión (*supra*, § 18.II) que, cuando había conceptos indeterminados, se abría un margen de discrecionalidad para la interpretación o la aplicación de lo que ellos significan.

Yo quiero subrayar que los conceptos indeterminados no significan la apertura a la arbitrariedad, a la discrecionalidad, sino más bien lo contrario. Al menos en lo que se conoce en el campo de la doctrina del Derecho Administrativo, el concepto jurídico indeterminado es una reducción de la discrecionalidad. Esto es así porque, primero, su determinación corresponde al legislador; esa es la esencia de la garantía constitucional, la reserva legal. Y segundo, porque, si para algo sirve el concepto jurídico indeterminado, frente al poder discrecional, es para la apertura del control judicial. Si fuera discrecionalidad, no hay control, o el control está sólo dentro de los elementos que denominamos los límites de la discrecionalidad: la racionalidad, la equidad, la proporcionalidad, la igualdad. En cambio, si se trata de conceptos jurídicos indeterminados, el ámbito de control se amplía. Por tanto, en el texto se debería precisar mejor, para no originar confusión, qué se quiere decir al utilizar dicha expresión: o es discrecionalidad, o nos estamos refiriendo con propiedad a esa técnica de reducción de la discrecionalidad —y que es lo contrario— que son los conceptos jurídicos indeterminados.

#### PIZA:

Yo no soy de los que creen que siempre los conceptos jurídicos indeterminados son de tal modo determinables que no creen posibilidades diversas de discrecionalidad. En algunos casos, el concepto jurídico indeterminado, efectivamente, permite más de una opción legítima; pero, en todo caso, permite menor número de opciones legítimas que la discrecionalidad. Además, el concepto jurídico indeterminado obliga a un esfuerzo de objetividad en quien tiene que determinarlo. No se trata del arbitrio, no se trata de la libre decisión, sino que se trata de una operación fundamentalmente racional. Y entonces lo importante es saber —como decía BREWER— quién debe hacer la determinación, en primer

lugar; y en segundo lugar, quién debe controlarla. En mi caso, me intereso más por esto último (*infra*, IV *in limine*).

Quisiera agregar otra reflexión. No solamente los conceptos jurídicos indeterminados implican ya una limitación a la discrecionalidad, sino que tenemos que tener presente que también la propia discrecionalidad hoy está mucho más limitada de lo que estaba hace cien años. Inclusive cuando la Constitución establece posibilidades discrecionales de actuación, que implican por definición más de una solución igualmente válida para que entre ellas escoja el aplicador de la norma, aun en estos casos hay que poner énfasis en el hecho de que hoy día en el Derecho Público está consagrado también el contralor jurisdiccional de la propia discrecionalidad. Esto, tanto para someterla a sus límites que yo llamo externos, es decir, para que no exceda de los límites de la legalidad dentro de la cual esa discrecionalidad está otorgada; como también para someterla a sus límites o condiciones internas, es decir, a un mínimo de lógica, a un mínimo de conveniencia, a un mínimo de justicia, lo que hace que una disposición que es absurda, o que es inhumana, o que es torpemente inconveniente, sea ilegal —aunque se dé en ejercicio de una potestad discrecional—.

#### HABA:

Sin perjuicio de reconocer que se puede plantear —y en la práctica se utiliza— una distinción como esa que BREWER nos recuerda, entre "conceptos jurídicos indeterminados" (en sentido estrecho) y "discrecionalidad", por mi parte vacilaría en atribuirle la importancia que él le asigna, para los efectos de nuestro análisis. Aunque en el plano de la dogmática del Derecho Administrativo se postulan —y se discuten! (*supra*, § 17.II.3)— diferencias semánticas en cuanto al contenido que por definición, estipulativamente, los autores establecen para una y otra expresión, y aunque esta diferencia puede ir ligada a efectos pragmáticos en la argumentación judicial respectiva, lo cierto es que tanto en un caso como en el otro se dan ámbitos lógicos que realmente son muy *amplios*, y de los cuales dispone (en la práctica) quien desempeñe la función social de intérprete autorizado allí donde esos conceptos se apliquen.

Podrá decirse, acaso, que si hay "discrecionalidad" son *todavía más* amplios tales ámbitos, o menos sujetos a control. Esto no significa, empero, que no haya indeterminación en el otro caso también. Lo que puede existir, si se quiere, es una diferencia de

*grados* en la indeterminación; o bien, una diferencia en cuanto a *quién* es el intérprete autorizado —que lo sean unos jueces o la Administración—. Nada de ello, sin embargo, implica una diferencia tajante desde el punto de vista *lógico-semántico*: tanto si la indeterminación es algo mayor o es algo menor, y tanto si el intérprete autorizado es este o aquel operador del aparato estatal, siempre ocurre, en dichos casos, que ese operador se encuentra con ámbitos lógicos tales que lo decisivo, al aplicar los términos en cuestión, es una opción sobre la cual él está en condiciones de decidir (dentro de ciertos límites, naturalmente). Es *él* quien *elige*, allí, entre una pluralidad de sentidos que son todos viables, lingüísticamente, para aquellos términos; esta comprobación constituye el eje de la definición dada en el texto (*supra*, § 17.III). Es desde *ese* ángulo justamente, que no me parece tan fundamental establecer una diferencia entre los "conceptos jurídicos indeterminados" en sentido estrecho y la "discrecionalidad" administrativa que se utiliza para la interpretación de otros conceptos. Por más que no se me oculta, desde luego, que aquella definición es convencional, tanto como las que prefiere BREWER, o las del autor que sea.

#### RUBIO:

Me parece que el factor de la discrecionalidad tiene unos matices diferentes en materia de derechos constitucionales que en materia de Derecho Administrativo. En el Derecho Administrativo se da una atribución y, en consecuencia, la persona puede ejercerla salvo que tenga límites; entonces, ahí las cláusulas indeterminadas sirven para ponerle límites a la discrecionalidad del funcionario. Pero en el caso de los derechos constitucionales, yo pensaría que estos más bien son en principio aplicables *extensivamente*, y que, en consecuencia, ahí la cláusula indeterminada no limita la aplicación extensiva.

### III

#### GONZALEZ:

Echo de menos una definición mucho más clara y mucho más categórica en el sentido de que es el sistema *democrático* el que garantiza con mayor eficacia y con mayores posibilidades la protección y la promoción de los derechos humanos. Porque sin tener

a la vista este elemento, tan importante a mi juicio, hay una especie de duda sistemática, especialmente en el tema de los conceptos indeterminados, y una sospecha rotunda en la remisión a la ley para la precisión de aquellos conceptos indeterminados. Yo pienso que todo depende de *quién* haga la ley. Si opera un sistema democrático de discusión y de aprobación de la ley, no hay razón, para los que aceptamos las reglas de la democracia, en sospechar por anticipado de cuál puede ser el comportamiento de los legisladores.

#### VIDAL:

Es difícil hacer una labor completa sobre el tema de los derechos humanos sin descender hacia la ley. No estoy de acuerdo en que remitir a la ley es nocivo para el tratamiento de los derechos humanos; nos llevaría, eso, a hacer de las Constituciones unas normas demasiado reglamentarias. Además hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista político, la ley es producto generalmente de un cuerpo de elección. La impresión que se toma de la lectura del texto es que remitir a la ley no es conveniente; pero esto es muy difícil de evitar, en lo jurídico. Esa es una dificultad práctica que no sé cómo vaya a ser superada.

Hay una relación entre los desarrollos de las normas constitucionales, que normalmente los traen las leyes, y los conceptos indeterminados. Algunas de las disposiciones a las cuales se menciona bajo ese rótulo de "conceptos jurídicos indeterminados", puede que no lo sean; que ello corresponda al entramamiento que hay entre normas de distinta categoría, de manera que las Constituciones entiendan que con las fórmulas generales que emplean hay una remisión lógica, normal, a los desenvolvimientos legales. Digamos, el concepto de utilidad pública: yo creo que, sí, es un concepto general, pero quizás no sea enteramente un concepto jurídico indeterminado; se va a saber más o menos qué quiere significar.

#### BREWER:

En realidad, no es un inconveniente que haya conceptos jurídicos indeterminados en la formulación de los derechos. El elemento clave es: ¿quién será la autoridad que va a determinarlos? La determinación del concepto jurídico indeterminado, o de la noción jurídica imprecisa, se hace por el legislador. Y esto no es un inconveniente; es la técnica adecuada, en mi criterio, inclusive

en la regulación de los derechos humanos. Siempre he pensado que la verdadera garantía de los derechos humanos, además de que estén consagrados en el texto constitucional, es que hay una reserva legal y que la determinación de los conceptos jurídicos indeterminados corresponde al legislador; su regulación por ley, no por cualquier funcionario de cualquier nivel. Pienso que no podemos partir de la apreciación *a priori* de que el legislador es arbitrario, de que los legisladores en nuestros países son unos locos, unos desafortunados, y que van a establecer cualquier tipo de cosa. ¡No es así! Porque precisamente el sistema democrático y constitucionalista implica que ese cuerpo es un cuerpo electo y que representa la voluntad popular, y es ese el cuerpo que va a determinar lo indeterminado que hay en los conceptos. Ahora, si no hay un sistema democrático y ese intérprete no es el legislador, puede pasar cualquier cosa, sea cual sea la formulación constitucional. Y ello no solo porque esos conceptos estén indeterminados en la Constitución (podrían ser muy determinados); ya que si no hay régimen democrático, eso puede quedar a juicio de quien sea.

#### HABA:

Estoy de acuerdo en que los regímenes democráticos —y entendamos por “democráticos”, los pluralistas (porque también ese es un término que se puede entender de muchas maneras)— son, *en líneas generales*, aquellos que protegen mejor los derechos humanos. Ahora, el problema de decir si los derechos humanos en un determinado país se encuentran mejor o peor protegidos en general, comporta siempre una reflexión parcialmente inexacta. Cualquier cosa que yo diga con respecto a un país *en general*, va a ser siempre parcialmente inexacta. En realidad, si queremos ser más concretos, y en la medida en que podamos serlo, en cada caso tendríamos que decir: en este país, tales o cuales derechos humanos se protegen mejor, de tal o cual manera; y tales o cuales se protegen peor, de tal o cual manera. Es perfectamente posible que aquellos derechos humanos que se protegen mejor en un país, se protejan menos bien en otro; y, a su vez, que en el segundo se protejan mejor aquellos que se protegen de una manera menos adecuada, o deficiente incluso, en el primero. De manera que, cuando decimos protección *en general*, el asunto hay que tomarlo con toda la ambigüedad del caso; o sea, habría que señalar que lo que queremos decir es que la mayoría de los derechos humanos se encuentran allí mejor protegidos *promedialmente* —simplemente eso—. Con tal precisión, me adhiero a la tesis de GONZALEZ (*supra*, § 16.III).

En cuanto a la relación entre Constitución y ley, se dice que no hay que presuponer que, de por sí, constituya un pecado, en las Constituciones, el hecho de remitirse a la legislación. Es posible que así sea, que no se trate de un "pecado". De todas maneras, lo que sí significa es que la Constitución no resuelve, o solo resuelve muy parcialmente, el punto. Es posible pensar, por supuesto, que lo deseable es que las cosas sean así, que no las resuelva la Constitución; y sobre esto podríamos discutir, cosa que no voy a hacer. Simplemente señalo que lo que el análisis de las Constituciones pone de manifiesto es que, en el caso de los conceptos indeterminados, ellas *no* resuelven. Que eso esté bien o que esté mal, es otra cosa.

VIDAL señala la posibilidad de que haya una especie de estructura complementaria entre Constitución y ley, de manera que actuasen como un juego de elementos que se coordinan y combinan perfectamente. Es posible, pero no *necesario*, que así ocurra. Lo que me limito a señalar, en el texto, es que en esas condiciones todo depende, precisamente, de *cómo* funcione la ley. Pero cómo ella funciona, eso no lo puedo saber sin ir más allá del nivel constitucional. No he dicho que ella *tiene* que funcionar mal, pero tampoco puedo dar por descontado que *tiene* que funcionar bien en la generalidad de los casos (y mucho menos en todos ellos). Lo único que he señalado es que esto no se encuentra semánticamente determinado por los textos constitucionales, en la medida en que sus conceptos sean indeterminados; eso es todo. La confianza que merezcan o puedan dejar de merecer los legisladores *no* es una nota que yo haya incluido para caracterizar dichos conceptos, no me he referido a ese punto para definirlos. El *corresponde*, en todo caso, a eventualidades que pueden darse —o no— en la dimensión *pragmática* de ese lenguaje, no son inherentes a su semántica.

RUBIO:

Creo que debe determinar el legislador, pero la confianza en un órgano legislativo no puede ser absoluta. Debe ser absoluta cuando hay una democracia representativa más o menos real, o una democracia que de allí parte a otras formas (cosa discutible políticamente). Pero en una democracia representativa puramente formal, en la cual, por ejemplo, se elige Asamblea Legislativa cada cinco años, y donde cualquier error puede ser materia de borrón y cuenta nueva en una campaña bien financiada, entonces el órgano legislativo también presenta problemas. Y creo que histórica-

mente es un hecho que las Asambleas Legislativas, o los órganos legislativos en general, en América Latina no siempre se han conformado al espíritu que tenía una declaración de derechos. Eso obliga más bien a pensar si a nivel constitucional no se debe delimitar mejor o ampliar la cobertura de los derechos; dejando la determinación al nivel legislativo, pero con cierta "camisa de fuerza" para que no se salga de ahí.

#### IV

##### PIZA:

En definitiva, el problema de los conceptos jurídicos indeterminados es el de su posible control jurisdiccional: la posibilidad que el juez tiene de sustituir el criterio del legislador o del administrador, según el caso, para determinar ese concepto; de tal manera que si la determinación que realizó el legislador o el administrador no coincide con la del juez, simplemente aquella determinación no es válida, esa determinación es contraria al Derecho. Creo que aquí lo fundamental es examinar, no tanto los conceptos jurídicos indeterminados, que son necesidades ineludibles, sino más bien a quien le toca determinarlos; y sobre todo, las potestades de control jurisdiccional que existen tanto sobre los conceptos jurídicos indeterminados como sobre la propia discrecionalidad.

##### ORTIZ.

El problema de los conceptos indeterminados ha llegado a un punto de reducción tal, a través del contralor jurisdiccional, de poderse decir que solo en casos excepcionales ellos escapan a ese contralor. Ya lo anticipó PIZA: no es solo el legislador, a través del principio de reserva de ley, el que formula el sentido del concepto indeterminado, el que lo determina; es también el juez. Claro que en aquellos países que, como la mayoría de los nuestros, tienen contralor de constitucionalidad de las leyes, es evidente que no solo es el juez *además* del legislador, sino que en última instancia, en el contralor de la constitucionalidad, es *solo* el juez, incluso frente a la ley; en otras palabras, es perfectamente posible que una Corte Constitucional declare inconstitucional una ley por abuso en la interpretación de los conceptos indeterminados. Cada vez se perfila más la tendencia a que sea el juez el árbitro de los linderos entre legalidad y lo que se llaman cuestiones de mérito.

Abstractamente, teóricamente, es imposible definir qué es lo que se puede considerar una regla de Derecho Constitucional, aplicable para medir la validez de una ley, y qué es lo que se puede considerar simplemente un criterio político, que está más allá de la competencia de la Corte Constitucional. Porque dada la inevitable última palabra que le corresponde a la Corte Constitucional, como jurisdicción exclusiva sobre su materia, cuando la Corte decide —por valoraciones que son de ella— intervenir en un ámbito que hasta ese momento se consideraba como reservado políticamente a las Asambleas Legislativas, a partir de este momento ese ámbito empieza a pertenecer al contralor de legalidad constitucional. El ejemplo que conocemos más es el de Estados Unidos, su Corte Suprema. Es evidente que esa Corte hace política. Quiero decir: sienta directrices de solución de conflictos de intereses, en cierto sentido suplantando al propio legislador; y decidiendo que aquel equilibrio de intereses que el legislador escogió como el óptimo, no lo es, sino que es malo o que hay otro mejor.

Hay ingerencia del contralor jurisdiccional constitucional sobre el legislador, y del contralor jurisdiccional de segundo grado sobre la Administración. Por supuesto, está la cuestión de la incertidumbre que puede reinar —sobre todo para los actores, los reclamantes— en cuanto al resultado final de la causa, si finalmente esta va a ser decidida no con base en normas preexistentes sino conforme a criterios supervinientes, creados por primera vez por una Corte. Claro que esto depende también mucho del ambiente y del nivel cultural. Cuando hace unos años DE GAULLE visitó algunos de nuestros países, y al regresar a Europa le preguntaron qué creía de esos países, dijo: "Latinoamérica no es un continente serio". Y a veces creo yo que nos falta mucha seriedad... (dicho sea con respeto para todos los latinoamericanos). Pienso en mi país, y en lo que la jurisprudencia significa en mi país. Significa, todavía, muy poca cosa. Creo que hay poca madurez al sopesar el impacto de un fallo constitucional. Así resulta aún más peligroso el sistema de ingerencia jurisdiccional en las políticas legislativas o administrativas, cuando no hay estabilidad y madurez en el manejo de ese Poder jurisdiccional. Pero, como dijeron PIZA y BREWER, yo francamente prefiero mil veces las veleidades de la Corte Suprema que las veleidades de la Asamblea Legislativa. Por lo menos, aquellas son bien intencionadas; de las otras, muchas veces no se sabe qué es lo que quieren, y a veces actúan en tal forma que más de uno cree que están actuando contra el país.

En definitiva, quisiera subrayar que la teoría de los conceptos indeterminados no solo no es ya un gran problema, pues el con-

tralor jurisdiccional de la legislación o de la Administración excluye la discrecionalidad, sino que más bien ha generado una posición de los jueces encargados de definir esos conceptos, en su función de contralores, en el sentido siguiente —y esta es quizá la conclusión más importante—: que, cuando la función legislativa o administrativa hiere derechos humanos, el contralor de legalidad debe llegar al punto de sustituir a la Administración en los criterios de oportunidad, de proporcionalidad y de necesidad de la intervención legislativa o administrativa, para anularla si la Corte encuentra que se ha herido un derecho humano en forma desproporcionada, innecesaria o, de plano, inconveniente.

#### RUBIO:

Es un poco distinto pensar en el establecimiento de los derechos humanos en un contexto latinoamericano —cuando digo latinoamericano, pienso más en el Perú, porque es lo que más conozco, sinceramente— que establecerlos en un contexto internacional, que requiere una negociación particular; o establecerlos en una realidad como, por ejemplo, la europea o tal vez la norteamericana (en la cual hay una democracia que es una democracia distinta, y hay unos órganos jurisdiccionales que funcionan de otra manera, con un actuar más creativo y con una línea bastante distinta a la que yo conozco en los países latinoamericanos, y específicamente en el Perú).

Cabe hacer extensivo aquí lo que señalé respecto a la confianza en el legislador (*supra*, III). Evidentemente, el control jurisdiccional es importante y fundamental. Pero tenemos experiencias en las cuales el criterio de los jueces ha sido un criterio más bien restrictivo, hasta donde fue posible, prácticamente en todos los casos. Tal ha sido el caso en el Perú; en estos últimos dos años (1982-1983) hay una excepción, pero la historia de cincuenta años fue otra completamente distinta, no importando que hubiera régimen constitucional o régimen *de facto*. Entonces, depende de la realidad, probablemente. En mi país, el juez cree que aplicar la ley significa aplicar restrictivamente la ley, no extensivamente [*vid.* también, en el mismo sentido, las observaciones efectuadas sobre la jurisprudencia costarricense: *infra*, § 51.III]. A mí me gustaría encontrar una cláusula extensiva en las Constituciones, cláusula que sería indeterminada, pero que obligara a interpretar los derechos ampliamente y no restrictivamente; esto me parece fundamental.

ORTIZ:

No somos tan ingenuos como para creer que lo indeterminado sea mejor que lo determinado. Lo que estoy diciendo —y creo que también todos los que me precedieron en el uso de la palabra— es que si, aun después del esfuerzo de afinamiento, reducción y determinación de conceptos, permanecen algunos que no pueden sino ser justificadamente indeterminados, entonces no hay que dar la batalla por perdida. Porque hay técnicas de contralor que hacen ver como perfectamente factible el que aun esos conceptos indeterminados irreductibles en el nivel abstracto, pertenecientes a la Constitución o a la ley, sean reductibles en el caso concreto llevado ante los jueces, de acuerdo con criterios que sientan los tribunales y que forman jurisprudencia. Pues tan importante como las regulaciones legislativas, para reducir la discrecionalidad, son las normas jurisprudenciales que vienen a complementarlas, a confinarlas y a encuadrarlas. El Derecho Administrativo todo, no es otra cosa que un Derecho de límites de la discrecionalidad legal, creados por el Consejo de Estado francés, por encima de la ley, diciéndole al legislador lo que no dijo, y complementando la ley para reducir más el ámbito de libertad de la Administración.

Todo esto, además, tiene que entenderse en el marco de una serie de principios generales propios de toda Constitución que pretenda fundarse en la libertad. RUBIO habla de la necesidad de una norma de interpretación expansiva de los derechos humanos y restrictiva de las potestades autoritarias. MONTEALEGRE nos habla de la necesidad de una norma que declare núcleos irreductibles, pétreos, de los derechos humanos (*infra*, § 27 *in fine*). Las dos normas existen. Para los gobiernos y las Constituciones que viven en libertad, el principio de irreductibilidad de los derechos humanos está consagrado con toda claridad, sea o no expresamente, por el solo hecho de que se reconozca que todo hombre puede hacer todo lo que no está prohibido. No solo eso: la norma de que habla RUBIO está expresamente enunciada por todas las jurisprudencias de los tribunales constitucionales de repúblicas liberales, no autoritarias, cuando dicen que, en la duda, la regla de interpretación es a favor de la libertad; la excepción es a favor de la autoridad. Consecuentemente, la analogía o la interpretación extensiva se pueden dar a favor de la libertad, nunca en contra; se pueden dar, y se deben dar, en contra de la autoridad. Esta es la forma en que los jueces, reflejando la conciencia colectiva y toda una civilización con determinados valores, vienen a decirle a la Administración, o al legislador, que se equivoca. Entonces el juez le dice: "lo que usted cree que puede hacer, no lo puede hacer;

porque aunque no haya norma escrita en la Constitución que lo prohíba, determinados valores y determinadas disposiciones escritas en la Constitución la implican o la suponen, y usted no lo puede hacer". Y lo más importante del control constitucional es la comparación, no entre la letra de la ley y la Constitución —porque el legislador casi nunca es tan tonto como para violar la *letra* de la Constitución—, sino la comparación entre la letra de la ley y lo que se supone que son los fundamentos filosóficos y doctrinarios de los textos constitucionales; fundamentos que, obviamente, no están escritos en la Constitución (*infra*, § 51.III).

Decimos, nada más: ¡enhorabuena la labor de determinación, precisión y afinamiento de los conceptos jurídicos indeterminados, hasta donde sea posible! ¡Eliminemos los conceptos jurídicos indeterminados que no son necesarios, eliminemos los que son proclives a una expansión de la autoridad! Pero si, después de hecho este esfuerzo, queda un sedimento irreductible de conceptos indeterminados, tengamos confianza —y es más, declarémoslo expresamente en las Constituciones y en las leyes— en que el juez debe ejercer todas las potestades de contralor sobre la aplicación de esos conceptos indeterminados, al punto de llegar, *siempre que se trate de la salvaguardia de los derechos humanos*, a sustituirse a la Administración o al legislador, a un criterio de tipo político o de mera oportunidad.

#### DE ALMEIDA:

Me gustaría reforzar, exactamente, lo que dice ORTIZ en relación con la necesidad de un control jurisdiccional. El problema de los conceptos indeterminados me hace pensar en la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Seguridad Nacional (*infra*, § 23.III *in fine*), de 1978, que tuvo la preocupación saludable —o que, por lo menos, fue vista como saludable en aquel momento— de limitar, definir en una ley ordinaria, el concepto de "seguridad nacional", que no estaba definido en la Constitución. En esa Exposición de Motivos, Mensaje N° 95 del Presidente de la República al Senado, dice lo siguiente (hay allí varias consideraciones, extraigo la N° 10 que me parece importante para nuestro tema):

"Siempre en atención a importantes observaciones tomadas de un sector especializado del Poder Judicial y de respetables juristas que actúan en el foro penal, el proyecto trata, también, de conceptualizar con más precisión la Seguridad Nacional para los fines de la tutela, efectuando una

lista de los objetivos nacionales que se vinculan a la definición. Por el otro lado, los crímenes contra la seguridad nacional quedan nítidamente diferenciados de la simple oposición política a intereses o programas gubernamentales de carácter efímero".

Esta ley fue enviada al Senado, fue aprobada por unanimidad, recibida por todos como un gran paso, una evolución en cuanto a la liberalización del régimen establecido en el Brasil. Y realmente definió muy bien la seguridad nacional, como por ejemplo en el artículo tercero:

"La Seguridad Nacional incluye medidas destinadas a la preservación de la seguridad externa e interna, inclusive la prevención o represión de la guerra psicológica adversa y de la guerra revolucionaria o subversiva" (acápite).

Pero esto era una acumulación de indefiniciones. Entonces, el Ministro de Justicia se cuidó de definir bien esos conceptos. Así, en el parágrafo primero de dicho artículo dice lo siguiente:

"La seguridad interna, integrada en la seguridad nacional, corresponde a las amenazas o presiones antagónicas, de cualquier origen, forma o naturaleza, que se manifiesten o produzcan efecto en el país".

Parágrafo segundo:

"La guerra psicológica adversa es el empleo de la propaganda, de la contrapropaganda y de acciones en los campos político, económico, psicosocial y militar, con la finalidad de influir o provocar opiniones, emociones y comportamientos de grupos extranjeros enemigos, neutrales o amigos, contra la consecución de los objetivos nacionales".

Parágrafo tercero:

"La guerra revolucionaria es un conflicto interno, generalmente inspirado en una ideología, o auxiliado desde el exterior, que apunta a la conquista subversiva del poder por el control progresivo de la Nación".

Francamente, yo preferiría mil veces ver al Poder Judicial interpretando la "seguridad nacional" que ver aquello como una

determinación de lo que es la seguridad nacional, la cual es un límite que la Constitución ha establecido al ejercicio de los derechos humanos. Considero que si el Poder Judicial *no* hubiera definido lo que es seguridad nacional, habría más posibilidades que con esas definiciones.

(Cf. *infra*, en el lugar indicado, el texto en brasileño del artículo referido y también otras disposiciones de dicha ley.)

## V

### BREWER:

La aproximación general del texto parece ser que el concepto jurídico indeterminado es inconveniente en materia de regulación de derechos humanos. Yo creo que no hay otra forma de regularla. El punto es si resulta posible lograr una regulación de los derechos humanos a nivel constitucional que no sea utilizando conceptos jurídicos indeterminados; porque lo otro sería hacer un poco lo que decía VIDAL, el Código Magno que llenaría toda una biblioteca, sería la Constitución para poder determinar *todos* los elementos en la regulación de los derechos humanos. Parto del supuesto de que es imposible determinarlos. Por otra parte, los conceptos jurídicos indeterminados, en el contexto jurídico constitucional, provienen de un pacto político. La Constitución es un pacto político producto de una realidad concreta, histórica; de un proceso evolutivo, de una situación política determinada en el momento en que ese pacto político se formula. En ese contexto es que se arma el concepto indeterminado, siendo, por tanto, indispensable esta forma de regulación.

Además, hay que tener en cuenta que no todos esos conceptos son la misma cosa. Porque si caemos en unas generalizaciones, en el tratamiento global, nos encontramos entonces un poco en el mismo saco la idea de la seguridad nacional —respecto a la cual estoy de acuerdo en que es un elemento al que hay que salirle al paso— con ideas como "enaltecer el trabajo", "dignidad humana", "bienestar general", "participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza", "justicia social", "orden democrático"... (Const. Venezuela, Preámbulo). Estos últimos son unos conceptos

indeterminados que tienen que estar allí, para ser determinados por el legislador; y son distintos al primero, que es un elemento militante que puede llegar a anular los derechos humanos. Hablar en general y meter todo esto junto, es distorsionar las cosas.

#### RUBIO:

Todas estas afirmaciones generales que se hacen en los textos, y que en algún nivel son inevitables, nos llevan a plantear ciertos problemas subyacentes. Si el texto enuncia el derecho de una manera muy general, y deja todo lo demás a la legislación o eventualmente al juez, estamos hablando de una situación muy distinta que aquella en la cual el Derecho tiene ya ciertos parámetros de seguridad que no pueden ser sobrepasados mediante estos conceptos indeterminados, vía ley o vía jurisprudencia. Pongo un ejemplo, simplemente: no es lo mismo decir "se garantiza la libertad individual, personal o artística", que decir "ninguna persona puede estar detenida más de *veinticuatro horas* sin pasar al juez competente"; el derecho está mucho más garantizado de esta segunda manera.

Y hay una cosa vinculada a esto, respecto a la cual yo creo que nosotros tenemos que tener mucho cuidado. Se ha dicho que todos los derechos humanos son iguales. Creo que, efectivamente, todos deben tener la misma importancia, en la medida en que todos entran en la calificación de "humanos"; sin embargo, su operacionalidad es distinta. Por ejemplo, el derecho a la vida no puede tener concesiones, pero el derecho de reunión sí puede tener concesiones (es muy posible que si hay dos reuniones políticas en una campaña electoral caldecada, a quinientos metros una de otra, se arme un enredo allí, y haya que regular eso en aras de la "seguridad pública" —concepto indeterminado—). Entonces, hay una diferente manera de operar de los derechos: algunos en los cuales es más posible determinar y otros en donde es menos posible determinar.

En definitiva, pues, la pregunta que está detrás de la cuestión de los conceptos indeterminados y de su valor, es: ¿están suficientemente determinados, o no, los derechos en nuestras Constituciones? Mi impresión es que *no* lo están. Hemos copiado mucho del modelo europeo, posiblemente, y entonces nos hemos conformado con esto; la situación en América Latina, empero, es distinta (*supra*, IV).

## MONTEALEGRE:

Veo, por intervenciones precedentes (BREWER, PIZA, ORTIZ: *supra*, II y IV), que los conceptos indeterminados tienen una connotación particular en el Derecho Administrativo. Y parecería que los administrativistas tienden como a desentenderse del problema, en el sentido de que no lo habría, puesto que o bien lo soluciona el legislador o bien lo va a solucionar el juez; y en el último caso, por ejemplo, en el sentido inclusive de que (como lo expresó ORTIZ), si se trata de materia de derechos humanos, este puede hasta modificar la posición del legislador. Pero, naturalmente, no está ahí la raíz del problema que nos suscita hoy día en América Latina el plantearnos esa cuestión de los conceptos indeterminados y los derechos humanos. Por eso es conveniente retrotraerse al nivel constitucional, más allá del jurisprudencial y del legislativo. Hay hoy día tendencias constitucionales que tienden a incorporar en el propio texto de la Constitución unos mecanismos constitucionales que, mediante este procedimiento de los conceptos indeterminados, anulan las garantías individuales que los propios textos constitucionales consagran. Esta técnica constitucional es, desde el fondo, no la de entregar un sistema en el que los poderes públicos respetan y promueven los derechos fundamentales de las personas, sino que, por el contrario, en ella los derechos fundamentales de las personas quedan anulados y descalificados.

De lo que se trata es, básicamente, de conceptos como, por ejemplo, "seguridad nacional", "orden público"... Lo que hacen estos conceptos es precisamente borrar con el codo lo que se ha escrito en cuanto a la garantía constitucional, de modo que, en la última instancia, la Constitución que impera en el país termina siendo institucionalmente atentatoria contra los derechos humanos. En este caso, entonces, se da la paradoja de que una ley que protege los derechos humanos sería anticonstitucional, y que un juez tendría que declararla inconstitucional. Ya que, por ejemplo (para dar una norma simplista), de acuerdo con una actual tendencia constitucional latinoamericana muy fuerte se dice, concretamente: "se garantiza el derecho de expresión, *en tanto en cuanto no vaya contra la seguridad nacional*"; y así cada uno de los derechos humanos. Entonces, en definitiva, ¿qué es lo que hace esta Constitución? Lo que hace es conculcar, descartar, descalificar, a través de esto que se ha denominado conceptos indeterminados, las garantías individuales.

## BREWER:

Aun cuando, en realidad, solo algunas Constituciones, básicamente la chilena y algunas no democráticas, han acogido esa idea —me atrevería a decir que en América Latina ninguna constitución democrática trae la expresión "seguridad nacional"—, me parece importante tomar el tema a los efectos de salirle al paso a la doctrina de la seguridad nacional y a todas sus secuelas. Pero caemos en lo que yo señalaba: en unas generalizaciones, en el tratamiento global... (cf. también *supra*, § 16.IV *in limine*).

## ORTIZ:

Quiero hacer entender que no estamos aquí abogando por los conceptos indeterminados. En realidad, no somos tan ingenuos como para creer que los conceptos indeterminados sean buenos. Estamos diciendo, obviamente, que aquello que es determinado, para los derechos humanos es mejor; da más seguridad jurídica. En ese sentido, le encuentro entera justificación a que nuestra Investigación tenga por objeto el determinar lo determinable y eliminar al máximo la inseguridad que la indeterminación pueda traer. Pero otra distinción básica que hay que hacer es, ya no entre conceptos determinados e indeterminados, sino entre conceptos determinados o indeterminados según que estén en una Constitución *autoritaria* o en una Constitución *liberal*: ellos significan entonces cosas totalmente distintas. Supongo que el término "seguridad nacional" en una Constitución como la de Chile puede significar algo muy desfavorable. Yo creo que posiblemente una Constitución liberal no lo tenga; pero creo que si esta Constitución llega a tener dicho término, su significado y alcance va a ser muy diverso que en una dictadura. Hay cosas irremediables: hay dictaduras hay Constituciones autoritarias; y hay democracias, hay gobiernos respetuosos del Derecho y de la libertad. Yo diría que nuestros esfuerzos han de tender, sobre todo, a ver cómo mejoramos los mecanismos de los gobiernos y las Constituciones que viven en libertad y que la pretenden.

## PIZA:

El problema fundamental es desde dónde se enfocan los conceptos jurídicos indeterminados. Pueden enfocarse desde dos puntos de vista, y de eso depende la reacción que tengamos frente a

ellos. Se pueden enfocar desde el punto de vista de una legislación constitucional que tiene conceptos determinados y que va hacia los conceptos indeterminados, y entonces diríamos que es una legislación constitucional que debilita la protección de los derechos humanos. O se pueden ver desde el punto de vista en que los vio BREWER, el de la discrecionalidad, frente a la cual los conceptos indeterminados son una restricción, son una limitación de esa discrecionalidad. Si en un régimen constitucional se indetermina lo determinable, si lo que está determinado en la Constitución se convierte en un concepto indeterminado, eso es malo. Depende, pues, desde dónde se observe el concepto jurídico indeterminado: si se observa desde el punto de vista de lo que está ya determinado en la Constitución, el concepto jurídico indeterminado es malo, porque es un concepto menos objetivo, es un concepto más expuesto a la arbitrariedad.

En definitiva todos los conceptos son en alguna medida indeterminados; todo concepto jurídico está sujeto a interpretación, y toda interpretación está expuesta a error. Entonces, yo diría que lo importante, en esto, es establecer más bien una serie de *principios* desde el punto de vista de los derechos humanos. Principios como, por ejemplo, el de que es contrario a los derechos humanos, en esta materia, convertir en indeterminado lo que es determinable. Es malo que el ordenamiento no contenga un sistema congruente de principios; que no tienen que estar expresamente enunciados en la Constitución, pero que, sí, no contengan contradicciones fundamentales. Es malo que el sistema jurídico como un todo no responda a un sistema de valores congruente, del cual puedan sacarse criterios de interpretación, sobre todo para aquel ingrediente ideológico que es inevitable que exista en alguna medida en los conceptos jurídicos indeterminados.

Es asimismo malo que, en materia de derechos humanos, la determinación de los conceptos se confíe a la autoridad administrativa y no exclusivamente al legislador; y aquí adquiere toda su importancia el principio de legalidad, el principio de reserva de la ley. Es malo, además, que no haya contralor jurisdiccional capaz de fiscalizar la determinación de estos conceptos; malo que esa función contralora no se ejerza, o se ejerza mal. Malo, también, que el contralor se ejerza por jueces que aplican criterios restrictivos o legalistas o pusilánimes; y yo creo que este es el problema fundamental, por lo menos en mi país (*infra*, § 51.III).

## HABA:

Debo decir que estoy de acuerdo, o poco menos, con la mayoría de las intervenciones precedentes; creo que, en líneas generales, hay entre nosotros consensos básicos sobre los puntos fundamentales planteados. Quisiera simplemente señalar algunas conclusiones que, por mi parte, considero que vale la pena subrayar todavía respecto a esos puntos.

*Primera conclusión:* no se puede eliminar del todo los conceptos indeterminados. Se trata de reducirlos allí donde sea posible, en la medida en que sea posible. Suscribo enteramente que se enfoquen desde ese doble punto de vista señalado por PIZA, cosa que también surge de lo dicho por ORTIZ.

*Segunda conclusión:* hay conceptos *más* y hay conceptos *menos* indeterminados. También el concepto de "conceptos indeterminados" tiene una cierta aureola de vaguedad. De manera que, efectivamente, frente a los distintos conceptos indeterminados tenemos que distinguir —incluso allí— cuáles lo son más, cuáles lo son menos, y en qué medida podemos o no reducir cada uno de ellos. Comparto también el comentario, de BREWER, de que no sería justo "meter todo junto". Por eso mismo es que en el texto (*supra*, § 20) se hace la diferencia entre tres tipos de conceptos indeterminados, se distingue entre sus funciones, etc. (*Vid.* también las cinco precisiones del § 25, sobre "utilidad", y las del § 11.IV *in limine*.) No todos los conceptos indeterminados son iguales: ¡de acuerdo!

Por otro lado, varios colegas se refirieron a la intervención eventual del Poder Judicial como instancia determinante de los derechos humanos. Cuando eso ocurre, lo que pasa es que se trata de una *transferencia* de intérprete autorizado, como dice CARRIÓN: en lugar de ser el legislador quien actúa allí como intérprete autorizado, pasa a serlo el juez (*supra*, n. 1 y § 18.I). Ahora bien, en la medida en que nosotros reconozcamos al juez como intérprete autorizado, eso nos remite hacia todos los problemas relativos a la mentalidad del juez, a su determinación social, a sus estudios jurídicos, etc., etc. . . . Pero esto no es tanto una cuestión de orden lógico-semántico, hermenéutico, sino que tiene que ver sobre todo con la *personalidad* misma de los jueces y con las influencias que sobre estos ejerce su entorno social. Habrá que ver, pues, hasta qué punto logra acreditarse, *en la práctica* de cada país, que los derechos humanos están siempre protegidos cuando son precisamente aquellos operadores quienes tienen

la última palabra respecto a las opciones ideológicas que dejan abiertos los conceptos indeterminados (*infra*, cap. V). Habrá que ver qué hace ese intérprete autorizado, el papel de la jurisprudencia en materia de derechos humanos; y habrá que ver también cuáles son las posibilidades de acceso que al intérprete autorizado tienen, en la realidad social misma, los particulares (*ibid.*, esp. §§ 48-49). He aquí, pues, mi *Tercera conclusión*: en la medida en que sean unos jueces los intérpretes autorizados, los conceptos jurídicos indeterminados "dirán" tanto como la ideología de dichos jueces y las presiones sociales a que estos se hallen sometidos; en conjunción, también, con la capacidad o falta de capacidad intelectuales, y la honestidad o falta de honestidad, de tales operadores de los conceptos en cuestión (*supra*, § 18.II; *infra*, §§ 40 y 42).

## Sección B): OPCIONES HERMENEUTICAS ANTE EL LENGUAJE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

### § 22. Interpretaciones de los derechos humanos: ∞) la dogmática jushumanista

Como siempre subsisten *ciertos* márgenes de interpretación, que pueden ser amplios, a la hora de utilizar los conceptos de derechos humanos en el discurso jurídico, hay que decidirse —sea expresa o tácitamente— por *una* instancia como fuente autorizada para determinar cuál interpretación se resuelve reconocer como vinculante en lo semántico. Solo así se puede saber a ciencia cierta, por lo menos en alguna medida, de qué se trata.

Para ilustrar las diferencias interpretativas que pueden resultar de tomar una instancia u otras como punto de referencia, nos detendremos en dos posibilidades de sentido ideológico divergente. En el presente párrafo señalaremos aquella tendencia que, en líneas generales, acepta de una manera más extensiva y con menores restricciones la puesta en práctica de los derechos humanos, incluso la defensa de estos *frente* al Poder estatal. En el párrafo que sigue, en cambio, nos referiremos a versiones de los derechos humanos que se caracterizan por otorgar al Gobierno un poder de decisión y de intervención prácticamente sin barreras para fijar qué derechos humanos pueden ser ejercidos y en qué medida, en el bienentendido de que allí no cabe cuestionamiento de lo que digan ni de lo que hagan las más altas autoridades estatales.

En cuanto a la primera de esas dos posibilidades, ella permitiría otorgar tal carácter de instancia intelectualmente vinculante, darle en forma estipulativa ese carácter de

*autoridad* interpretativa, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales y a la doctrina que es afín con esta. Por supuesto que ni siquiera así resultan levantadas del todo las indeterminaciones de aquellos conceptos. Pero es indudable que su ámbito lógico se reduce hasta *cierto* punto, al quedar entonces mejor esbozado el sentido *teleológico* por el que deberá guiarse su interpretación en cada caso. De manera que, si una situación o una normativa se ha de juzgar a la luz de los Instrumentos, esto hay que entenderlo, con un poco más de precisión, de la manera siguiente: apreciaciones que se afilian, para comprender dichos documentos, a la línea interpretativa adoptada por los *tribunales internacionales de la materia*.

Al utilizar la expresión "derechos humanos", a lo largo de este libro, la estamos entendiendo en *ese* sentido precisamente. Es decir, con todas sus *in*-determinaciones, pero también con todas las *de*-terminaciones que en el discurso jurídico internacional de mayor recibo se le han ido incorporando *ya*, por lo menos en el llamado Mundo Occidental. A esta guía semántica podemos denominarla: el punto de vista de la "dogmática jushumanista".

Llamamos dogmática jushumanista a la corriente de la doctrina jurídica que, a la hora de entender los textos de derechos humanos, los interpreta de acuerdo con una orientación de tipo "humanista". Con eso señalamos 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. Si cabe una especie de definición ostensiva ("dedística") de la *línea* o "clima" ideológico a que responde ese sector de la dogmática del Derecho, podría tal vez señalarse, por ejemplo, una obra colectiva reciente que incluye una serie de precisiones sobre conceptos esenciales de la Teoría General de los Derechos Humanos, en relación justamente con el uso que de ellos se hace en el marco de un Instrumento internacional básico de la materia, el Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos: HENKIN (Ed.), *The International Bill of Rights*<sup>(16)</sup>.

Esa "línea" se refleja también, por lo general, en las sentencias de los tribunales internacionales cuando son llamados a aplicar los Instrumentos. La propia doctrina jushumanista se constituye, en buena medida, con base en esas sentencias; así como estas, a su vez, también toman muy en cuenta los desarrollos que han ido siendo alcanzados en los estudios de aquella.

Por *dogmática jushumanista* entendemos, pues, 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 integra tanto por ideas consignadas en las resoluciones de organismos internacionales como por la doctrina jurídica más afín a la orientación predominante en estas, todo lo cual permite otorgarle cierta sistematicidad y también un "sesgo" interpretativo común al conjunto de aquellos textos. Pero como incluso en el seno de esa corriente general existen discrepancias acerca de ciertos puntos, por nuestra parte suscribimos aquellas orientaciones y soluciones que, allí, reconocen de manera más "íntegra" los derechos en cuestión (*supra*, § 11.IV).

Claro que ese señalamiento "dedístico", mediante el cual tratamos de *fixar* unas bases hermenéuticas que determinen *cómo* se deben entender los derechos humanos, no elimina todas las incertidumbres interpretativas, máxime frente a los conceptos indeterminados que contienen los textos de refe-

---

(16) Con respecto al problema general de la interpretación en la materia, cf., en la *Introduction* del Editor, el apartado final (p. 24 ss.). Allí HENKIN subraya, entre otras cosas, cómo la tradición histórica de la cual nacen los Instrumentos hace que la interpretación de estos, justamente por no ser documentos del todo originales, conlleve la carga semántica de antecedentes que se han acumulado a lo largo de más de doscientos años: "*the accumulated meanings of their language over two hundred years cannot be irrelevant to the interpretation...*" (p. 27).

rencia. Mas tal vez ello pueda servir, a pesar de todo, para "encerrar" dentro de ciertos contornos el sentido de las disposiciones donde se hacen presentes tales conceptos. Es verdad que aun estos contornos son elásticos. Pero también es un hecho que no se trata de una elasticidad ilimitada. No lo es en la dimensión semántica, y ni siquiera en la prolongación pragmática, del discurso producido por *dichos* intérpretes —en la medida, claro está, en que a su palabra se le reconozca autoridad—.

"Los países orientales no han desarrollado hasta hoy ninguna sistemática en sentido propio para exponer en forma lógicamente coherente el concepto que ellos tienen, sobre todo en relación también con los Pactos. Simplemente, tal concepto no existe. (...) Nunca he escuchado, por parte de los Estados orientales, un argumento realmente exitoso en cuanto a por qué, a decir verdad, los derechos políticos de libertad han de valer solo de manera restringida, bajo la reserva del socialismo. ... sería bueno que también desde el atalaya oriental alguna vez se llegue a escribir una interpretación del Pacto, y justamente una que reflejase el punto de vista comunista, después que la compilación de HENKIN ofrece el punto de vista occidental. De cualquier manera, hasta ahora no hay ninguna exposición representativa de la perspectiva oriental" (TOMUSCHAT, p. 31). *Vid.* también *infra*, § 23.IV.

Tales cartabones, los de la dogmática jushumanista, enfrentan serios obstáculos para ser acogidos, sobre todo en el nivel pragmático, respecto a la mayoría de las Constituciones latinoamericanas. Los derechos humanos, aunque suelen aparecer enunciados en estas Constituciones, no siempre dan lugar, en esos países, a un discurso jurídico cuyo nivel pragmático esté de acuerdo con la semántica de los Instrumentos, si esta ha de responder a los criterios teleológicos de la dogmática que hemos tomado como base. Dicha pragmática se apoya en ciertas interpretaciones de algunos conceptos indeterminados fundamentales del lenguaje de los derechos humanos cuyo ámbito lógico es especialmente amplio; incluso lo es en el seno de la dogmática jushumanista.

Por lo demás, las soluciones que aporta la dogmática jushumanista no han surgido, en general, con base en la

experiencia latinoamericana. Sería interesante tener en cuenta también *esta* experiencia precisamente, por lo ilustrativo que en ella es el manejo de conceptos indeterminados para cubrir violaciones a derechos humanos. A partir de allí, esa dogmática podría tratar de reducir el ámbito semántico de los conceptos indeterminados respectivos, descartando de él aquellos tipos de fórmulas jurídicas que probadamente han facilitado las violaciones. Ella debería subrayar el carácter *antihumanista* que tienen las fórmulas —habituales, por ejemplo, en las Leyes de Seguridad— cuyo lenguaje significa pragmáticamente un trampolín hacia graves violaciones.

Así, hay experiencia general sobre el significado de textos jurídicos que tipifican, al uso de los militares, unos delitos contra la Seguridad del Estado. Desde el punto de vista jushumanista sería aconsejable establecer, en la Constitución, que tales delitos —suponiendo que fuera aceptable introducirlos, de alguna manera, en la legislación penal— estén realmente tipificados<sup>(17)</sup> y se tramiten como cualesquiera otros. Vale decir: juzgamiento por tribunales ordinarios, sin fueros especiales, ni con tipos abiertos y establecidos en un cuerpo normativo especial. Por supuesto que, más allá de tales pautas generales, las correcciones que en cada país convendría introducir en su Constitución respecto a estas materias deberían tomar en cuenta la experiencia propia, tanto la jurisprudencial como la fáctica, para no recaer en deficiencias de protección allí conocidas, o hasta para evitar otras que sean previsibles.

---

(17) Sin embargo, contra la conveniencia de una tipificación, cf. la opinión de DE ALMEIDA recogida *supra*, § 21.IV *in fine*.

§ 23. Interpretaciones de los derechos humanos:  
 β) la seguridad del Estado y su defensa

SUMARIO:

- I. La idea de Seguridad Nacional (o Seguridad del Estado):
  - una concepción jushumanista
  - la Doctrina de la Seguridad Nacional.
- II. Algunas observaciones sobre el lenguaje de la Doctrina de la Seguridad Nacional (el mito del "bien común", etc.).
- III. Secuelas prácticas:
  - sentido represivo general
  - Leyes de Seguridad.
- IV. Versión leninista-stalinista.

Importa tener en cuenta el peligro que significa recurrir con énfasis y frecuencia, en el discurso jurídico, a los términos que sirven para recubrir ciertos conceptos indeterminados, sobre todo los del tipo (*c*). Ello resulta sintomático desde ya en el nivel semántico, si se analiza textos constitucionales o leyes que recurren a dichos términos. De una manera general, estos son muy utilizados para legitimar jurídicamente las medidas adoptadas en los *estados de excepción* constitucionales (*infra*, cap. VII). En América Latina, de manera especial aparecen vinculados a la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional, que funge como ideología oficial de muchos de los regímenes que se caracterizan por una situación muy precaria en cuanto al respeto de derechos humanos. Con esa Doctrina muestran afinidades incluso ciertas disposiciones constitucionales de Estados que en general son considerados como democráticos; tales preceptos, aun ahí, no dejan de entrañar, por lo menos virtualmente, una amenaza a los derechos humanos. En ambos casos, *ese* lenguaje es muy peligroso, representa una puerta abierta hacia las violaciones de estos. Y no menos lo es, por cierto, en los regímenes leninistas-stalinistas, donde la Seguridad de que se trata es la del Estado revolucionario, la "patria socialista", etc. La experiencia ha corroborado, una y otra vez, cómo esas invocaciones a la "seguridad", que

tanto en regímenes capitalistas como socialistas son utilizadas por la élite en el Poder para defender privilegios propios, constituyen unos instrumentos ideológicos destinados a legitimar que se le nieguen derechos fundamentales a la generalidad de la población; o para imponer respecto a estos, aparato estatal mediante, las interpretaciones oficiales que los hagan inocuos.

## I

Hay dos maneras de concebir la Seguridad Nacional o del Estado<sup>(18)</sup>. Una de ellas, lo que podría llamarse concepción humanista de dicha seguridad, afín con la dogmática jushumanista en general, sostiene que no puede haber conflicto entre los derechos humanos y tal seguridad. Considera que esta, bien entendida, abarca la totalidad de los elementos que componen el Estado: territorio, habitantes, gobierno. De modo que un gobierno que viole los derechos humanos de sus habitantes, no solo que no estaría defendiendo, por ese medio, la seguridad del Estado, sino que la ataca él mismo. Dicha tesis ha sido expuesta así:

*"La seguridad de un Estado es su capacidad para afirmar su identidad fundamental en el tiempo y el espacio. Para lograr esto, el Estado debe proteger jurídicamente la identidad básica de cada uno de sus elementos constitutivos. Desde este punto*

---

(18) En realidad, estas dos expresiones no son por entero equivalentes, pues los términos "Nación" y "Estado" pueden aludir a cosas distintas. Sin embargo, es común emplear la misma argumentación más o menos, y sobre todo con análogas consecuencias prácticas, tanto si se pone por delante la "seguridad" del Estado como si prefiere mencionar la de la Nación. Al hablar de Seguridad del Estado, en general no se hace más que utilizar otra nomenclatura para traer a colación unas ideas que en la misma forma son manejadas por doctrinarios de la Seguridad Nacional. Por tanto, y puesto que de modo más habitual se invoca la "seguridad nacional", fórmula que ofrece más hondo efecto retórico (por su vinculación con la idea de "patria", etc.: *infra*, § 64.III), hemos de referirnos preferentemente a esta última denominación.

*de vista, un Estado es seguro cuando cada uno de sus elementos integrantes lo es. Para el territorio, su seguridad consiste en su integridad; para el gobierno, en su estabilidad; para los habitantes, en la intangibilidad de sus derechos humanos fundamentales. Un Estado es, pues, seguro, cuando es capaz de dar protección jurídica a la integridad de su territorio, a la estabilidad de su gobierno y a la intangibilidad de los derechos humanos de sus habitantes, respectivamente amenazados por la guerra, la insurrección y la violación de los derechos humanos" (MONTEALEGRE, p. 7).*

Frente a esa concepción amplia de lo que es Seguridad del Estado, hay otra doctrina<sup>(19)</sup>, la más difundida bajo ese nombre en América Latina, que interpreta la "seguridad" de manera bastante distinta: utiliza este término como escudo ideológico para santificar e incrementar al máximo los poderes del elemento-gobierno, y así hacer aparecer como justificadas (por lo menos tácitamente) las violaciones de derechos humanos ordenadas por este. Nos referiremos a esta última interpretación, pues recurre característicamente a ciertos conceptos indeterminados —en primer término, al de "seguridad" mismo— para utilizar el discurso jurídico como apoyo de aquellas violaciones.

Las tesis básicas más generales de la Doctrina de la Seguridad Nacional se pueden resumir en cuatro puntos:

- "1. *El mundo está dividido en dos bloques, el Este y el Oeste, cuyos valores e intereses son irreconciliablemente opuestos.*
- "2. *El conflicto entre ellos no es sólo militar, sino también 'una lucha (struggle) contra la ideología, cultura y tradiciones del adversario'.*

---

(19) Pero esa "otra" concepción puede expresarse, a su vez, mediante distintas modalidades doctrinarias: cf. HABA, *Doctrina...*, sec. I, donde se distinguen cinco "modelos" de Doctrina de la Seguridad Nacional.

- "3. *El conflicto se da no solo internacionalmente, sino que también es intranacional.*
- "4. *El deber que las autoridades militares tienen de defender la nación se extiende también, por tanto, al combate contra toda manifestación cuasi-militar, ideológica, cultural u otras de ese enemigo en el interior mismo del país; para lo cual serán llevados adelante cualesquiera sacrificios en los derechos de los ciudadanos o alteraciones en la estructura del gobierno que ello pueda exigir"*  
(INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 416).

En el plano jurídico-institucional, la Doctrina de la Seguridad Nacional corresponde a la práctica de los llamados *Actos Institucionales*. Se trata de ciertos decretos-leyes básicos, de rango constitucional, dictados por gobiernos militares en uso de poderes jurídicos extraordinarios que se otorgan las propias Fuerzas Armadas en el Poder, durante el proceso que sigue (y puede durar muchos años) al golpe de Estado que ellas dan contra un gobierno constitucional civil. Tales Actos, inspirados en aquella Doctrina, fueron denominados así a partir de la experiencia protagonizada por el régimen castrense que tomó el poder en el Brasil en 1964.

"En abril de 1964 y en cumplimiento de una decisión institucionalmente adoptada, las fuerzas armadas brasileñas derrocaron al gobierno constitucional y legítimo del presidente João GOULART. (...) El Acto Institucional (*Acto Instituitionae*, AI) N° 1, del 9 de abril de 1964, redactado por un viejo profesor de confesado pensamiento fascista (Francisco CAMPOS), estableció los principios rectores del régimen: 1) el movimiento cívico-militar es una auténtica revolución que interpreta los intereses y la voluntad de toda la nación; 2) una de las formas del poder revolucionario es el ejercicio del poder constituyente; y 3) en consecuencia la revolución victoriosa está dotada, por su propia naturaleza, de poder constituyente y se legitima a sí misma. De esta forma quedó establecido que el régimen castrense instauraba una dictadura de tipo soberano. (...) El AI N° 1 definió lo que una revolución investida con poder constituyente podía válidamente hacer: deponer

el gobierno previo e instaurar uno nuevo; dictar normas jurídicas no limitadas por la normatividad precedente, y establecer todos los medios indispensables para la reconstrucción económica, financiera, política y moral de Brasil. (...)

"El AI Nº 1 dejó en vigor la Constitución de 1946, aunque solo en lo que no había sido modificado. (...) Del mismo modo como en Brasil hubo varios 'golpes dentro del golpe', se han dictado varios Actos Institucionales que marcan sucesivos avances hacia formas de poder más represivas y eficaces. (...) Se trata de una revolución continua, que se legitima a sí misma en forma originaria y sucesiva a través del ejercicio diario del poder constituyente. Esta idea fue consagrada por el AI Nº 2... al afirmar que 'el poder constituyente es intrínseco a la revolución, no solo para institucionalizarla, sino también para asegurar la continuidad del trabajo que ella se propone'. (...) El AI Nº 5, colocando definitivamente al régimen en el área doctrinaria de la seguridad nacional, enfatizó la necesidad de combatir la subversión y 'las ideologías que son contrarias a la tradición brasileña', así como la de asegurar la restauración económica, financiera, política y moral de Brasil" (TAPIA p. 191-197).

El ejemplo del Brasil fue seguido por otros países. Chile y Uruguay, por ejemplo, sufrieron sendos golpes militares inspirados en la Doctrina de la Seguridad Nacional, en 1973.

## II

Esa doctrina se pregona defensora de la seguridad del Estado o de la seguridad nacional. No deja de ser sintomática, desde ya, la manera en que aprovecha la polisemia de esos dos términos: Estado y Nación. Pues ambos tienen la peculiaridad semántica de servir para aludir al país como un todo, pero asimismo pueden referirse en especial, si el locutor lo prefiere, al Gobierno de ese país. Sus gobernantes aparecen, en este último caso, como los representantes por excelencia de ese Todo, su voz misma, su sentimiento mismo. No resulta posible, entonces, distinguir las palabras y las acciones del gobierno frente al "espíritu" viviente del

Todo. La palabra "Estado" o "Nación" significa, así, tanto el país entero como en especial su gobierno, de modo tal que lo que haga este aparece automáticamente imputado a aquel. Valido de la aureola globalizante que le otorga ese emblema, que para el Gobierno no admite discusión, las diferencias se esfuman: *él* es el Estado, *él* es la Nación, *él* es la Patria<sup>(20)</sup>.

Ese expediente retórico, el de la identificación de la parte con el todo, para que la parte pueda *decidir* respecto al todo, suele aparecer vinculado asimismo con la idea de "bien común", otro concepto indeterminado que recoge dicha doctrina. No es extraño que así sea, porque también este concepto, del mismo modo que los de Nación o Estado, a menudo se utiliza con base en ideologías organicistas sobre lo que son las colectividades humanas, señaladamente la población de un país. Se supone que, aun cuando el "bien común" no consiste propiamente en la suma de los intereses

---

(20) Valgan tres ejemplos, a cuenta de tantos otros que hay en todas las latitudes. Estos que presentamos tienen el interés de pertenecer a una misma área geográfica y corresponder, empero, a diferentes regímenes político-sociales. Cuando desde el exterior se ha criticado (con razón o sin razón) al *gobierno* de Costa Rica, en tiempos recientes, el Poder Ejecutivo sostiene que se trata de una campaña para "desprestigiar" al *país*. Cuando SOMOZA enfrentaba la insurrección contra *su* gobierno, decía que eran acciones del Comunismo Internacional contra *Nicaragua*. Y ahora, cuando los militares que detentan el poder en este país son quienes, a su vez, tienen que vérselas con fuerzas hostiles a *ellos*, estos proclaman que son acciones del Imperialismo contra la *Patria*. Tres modelos políticos: democracia capitalista, dictadura capitalista, dictadura leninista. Un mismo tipo de argumentos: estar contra la política de los gobernantes = estar contra el *país*. [Es cierto que en un régimen pluralista, como el de Costa Rica, ello no se aplica sino a *ciertas* críticas, mientras que en regímenes como el que tienen impuesto los nicaragüenses está vedada —y además se puede castigar, incluso penalmente— *toda* discrepancia pública (que no sea nimia) frente a lo que asevera la palabra oficial. Pero lo que aquí nos interesaba destacar, específicamente, es la función *argumentativa* que a menudo cumple la invocación a "la Patria", como arma retórica de autoafirmación de los gobernantes, sean del signo político que fueren; más allá de que, desde luego, las consecuencias son mucho menos inofensivas (represión, guerra, etc.) en unos casos que en otros. *Vid.* también un poco más abajo, en el texto, la cita de MIRA y LÓPEZ; y asimismo, el sitio que indicáramos en la n. 18 *in fine*.]

individuales de los miembros de la colectividad-Nación, empero no habría contradicciones entre aquel y estos; los segundos se integrarían de un modo armonioso, que es orgánico o cuasi orgánico, en un Todo global, la Nación precisamente. Desde tal óptica, la mejor realización de ese Todo nacional o estatal no puede sino constituir, a la vez, la mejor realización personal de cada uno de sus miembros.

Aunque una visión tan ingenua de lo que son las colectividades políticas no resiste al análisis<sup>(21)</sup>, mucho menos al de la sociología y la politología actuales, ello no quita que ese lenguaje tenga efectos pragmáticos, a veces muy señalados: piénsese, por ejemplo, en el discurso de la guerra. En efecto, dichas fórmulas lingüísticas mantienen una fuerza de sugestión bastante considerable en el cuadro de las ideologías sociales y aun en el de ciertas corrientes filosóficas. Su virtualidad emocionalizante, acoplándola a la indeterminación semántica que les es propia, las hace fértiles en el terreno de la propaganda política, de todo signo. Y encuentran también asidero en el lenguaje jurídico, tal vez por razones análogas. Analistas desprejuiciados de dichos lenguajes no han dejado de advertir, aunque sin encontrar mucho eco, el carácter confusionista que tienen esas expresiones.

#### *El mito del "bien común".—*

"Se está de acuerdo generalmente en decir que el derecho debe servir al bien común. Pero a la cuestión de saber lo que es preciso entender por "bien común", las diferentes concepciones del mundo, las teorías del Estado y los programas de los partidos políticos responden de manera muy divergente. Se puede definir el bien

---

(21) El aparato ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional ha sido analizado, en forma prácticamente exhaustiva, por COMBLIN en el estudio que lleva ese mismo nombre; interesan también los otros dos ensayos sobre el tema, más breves, contenidos en el mismo número de *Estudios*, uno de los cuales pertenece al propio COMBLIN y el otro a METHOL FERRÉ. Vale la pena tener en cuenta asimismo el libro de TAPIA, con buena información sobre desarrollos políticos asentados en dicha doctrina. Además, se puede ver el estudio que señalamos en la n. 19.

común confiriéndole un sentido específicamente *social*: es el bien de todos o, por lo menos, del mayor número de individuos posible, el bien de la mayoría, de la masa. Pero el bien común puede también revestir un sentido *orgánico*: es el bien de una totalidad que está representada por un Estado o por una raza, y que es más que el conjunto de los individuos. Se puede, en fin, atribuir a esta noción el carácter de una *institución*; el bien común consiste entonces en la realización de valores impersonales que no responden simplemente al interés de los individuos, ni siquiera solo al de la colectividad, sino que importan por sí mismos: los ejemplos más significativos son el arte y la ciencia, ambos considerados bajo el ángulo de su propio valor intrínseco" (RADBRUCH, *Der Mensch...*, p. 88-89; hemos seguido, básicamente la traducción de ese pasaje en LE FUR *et al.*, p. 57-58).

"No hay, pura y simplemente, ningún interés al cual —como interés de unos— no se le oponga un interés contrario. El llamado interés común de todos es una ficción, respecto a la cual se puede exactamente comprobar que es tal, en cuanto bajo ella se entienda otra cosa que un compromiso entre intereses contrapuestos" (KELSEN, *Was ist...*, p. 155 [36-37] ).

"En primer lugar, no existe tal bien común, determinado concretamente, que todos puedan aceptar o pueda hacerse que acepten por la fuerza de un argumento racional. Esto no se debe primordialmente a que algunos puedan querer cosas diferentes del bien común, sino al hecho, más fundamental, de que el bien común forzosamente tiene que significar cosas distintas para distintos individuos y grupos. (...) Segundo: aun si fuera aceptable para todos un bien común suficientemente definido —como, por ejemplo, el máximo de satisfacción económica del utilitario—, esto no implicaría respuestas igualmente definidas a todas las cuestiones individuales. Las opiniones sobre estas pueden diferir en forma suficientemente importante para producir la mayor parte de los efectos de la disensión 'fundamental' sobre los fines mismos" (SCHUMPETER, p. 291 y 292; *vid.* también los pasajes de este autor recogidos *supra*, § 16.III).

"No veo ninguna razón para suponer que esta presunta voluntad auténtica sea idéntica en cada uno de los miembros de la sociedad. En política, el hecho primario e inevitable es la definitiva variedad de los deseos humanos. No existe ningún patrón que haga de todos ellos uno solo. La experiencia sugiere objetos comunes a nuestro deseo, pero cada voluntad que desea esos objetos comunes es una voluntad diferente en todo sentido... En

consecuencia, no existe en sociedad una voluntad única y común, a menos que entendamos por ella ese vago concepto, totalmente inútil para la filosofía política, de que los hombres desean el bien. Cada uno de nosotros desea el bien tal como lo concibe, y cada uno de nosotros concibe un bien derivado de una experiencia individual y separada que ninguna otra persona puede compartir enteramente. En el mejor de los casos, nuestra vinculación con los demás es parcial e intersticial. Nuestra combinación de experiencias para formar un propósito común nunca puede ser sino fragmentaria. Seguimos siendo nosotros mismos, aun cuando nos unimos para alcanzar algún objetivo común. El aislamiento esencial de la personalidad individual es la base de la cual debe partir toda teoría política adecuada" (LASKI, p. 28-29).

"La división del trabajo lleva aparejada, además, la contradicción entre el interés del individuo concreto o de una determinada familia y el interés común de todos los individuos relacionados entre sí... por virtud de esta contradicción entre el interés particular y el interés común, cobra el interés común, en cuanto *Estado*, una forma propia e independiente, separada de los reales intereses particulares y colectivos y, al mismo tiempo, como una comunidad *ilusoria*, pero siempre sobre la base real de los vínculos existentes... Precisamente porque los individuos *solo* buscan su interés particular, que para ellos no coincide con su interés común, y porque lo general es siempre la forma *ilusoria* de la comunidad, se hace valer esto ante su representación como algo 'ajeno' a ellos e 'independiente' de ellos; como un interés 'general' que, a su vez, es especial y peculiar... Por otra parte, la lucha *práctica* de estos intereses particulares que constantemente y de un modo real se enfrentan a los intereses comunes o que ilusoriamente se creen tales, impone como algo necesario la interposición *práctica* y el refrenamiento por el interés 'general' *ilusorio* bajo la forma de Estado" (MARX/ENGELS, p. 34-36). "En efecto, cada nueva clase que pasa a ocupar el puesto de la que dominó antes de ella [pero asimismo las clases que no son nuevas] se ve obligada, para poder sacar adelante los fines que persigue, a presentar su propio interés como el interés común de todos los miembros de la sociedad; es decir, expresando esto mismo en términos ideales, a imprimir a sus ideas la forma de lo general, a presentar estas ideas como las únicas racionales y dotadas de vigencia absoluta" (*ibid.*, p. 52). [La cursiva para el término "ilusoria" no es de los autores.]

"Rechazo, por tanto, la idea de una voluntad real y, aún más, la idea de que existe una voluntad común en sociedad. Como lógica consecuencia de este principio, debo rechazar también la

doctrina que sostiene que toda la acción del Estado es, en el fondo, el ejercicio de la auténtica voluntad de la sociedad. En primer lugar, no veo ninguna razón para suponer que la vida social sea, en última instancia, el producto de una mente única y racional que organice sus actividades en forma de proceso lógico. Hablar de la 'mente de la sociedad' me parece sólo un modo metafórico... [E]n mi opinión, nadie que examine el curso de la historia podrá decir que la experiencia de algún Estado indica que el bien más alto que conocemos se haya encarnado permanentemente en los fines del Estado. (...) El hombre no puede apartarse de las consecuencias de su aislamiento, las cuales, hablando en términos generales, pueden reducirse a dos: que su experiencia es privada y son personales las decisiones derivadas de esa experiencia. Si se somete a la de los demás, renuncia a su personalidad" (LASKI, p. 29-31).

Versiones antropomórficas del mito del bien común son la idea de Nación y la de Patria, cuya formidable carga emotiva las hace particularmente aptas para obnubilar el entendimiento y facilitar la manipulación "ideológica" de masas. Se trata, en efecto, de "impersonales entidades, en nombre de las cuales se nos exigen mayores y más difíciles deberes. Una de ellas, que ya empezó a sernos infiltrada al son de charangas y tambores, desfiles y versos, en la escuela primaria, es la patria. Hay que servirla, hay que honrarla y —si es preciso— hay que sacrificarse por ella. Mas, ¿qué es exactamente? Cuando surge, como hace pocos años, una guerra mal llamada civil (habría de llamarse 'incivil') en España, se da el caso de que personas aparentemente respetables invocan la misma patria para exigir de los habitantes de uno y otro lado conductas absolutamente antitéticas, imponiéndoles, por así decirlo, deberes opuestos [actualmente es el caso, por ejemplo, de la guerra civil en Nicaragua]. Basta poner el pie a uno y a otro lado de la línea divisoria —constantemente fluctuante— de los ejércitos en lucha, para que una misma persona, unos mismos actos y unas mismas ideas sean ensalzados y glorificados como representativos del máximo servicio o, por el contrario, de la máxima traición. Cuál de las dos mitades encarna la 'verdadera' patria es algo que ni el más aguzado ingenio podría afirmar con certeza en cualquier caso de este tipo. Porque la patria es un eufemismo que encubre frecuentemente las más bajas y rapaces intenciones de aventureros audaces, de logreros oportunistas, de ladrones de chistera o de mágicos embaucadores; en tanto, otras [de sus variantes] simbolizan una concepción geográfico-histórica, otras un haz de afectivos recuerdos, otras, aún, determinado conjunto de valores ideales. Y por ello, ante tal heterogeneidad de contenidos que el mismo vocablo puede aglutinar, sería más prudente pedirnos que sirviésemos *en* la patria que *a* la

patria. Y prueba de que son muchos los que así opinan nos la da la circunstancia de que quienes en cada Estado —y este es otro de los contenidos que puede ser confundido con el de patria— detentan el poder político, llegado el momento de una emergencia bélica no titubean en fusilar a sus propios compatriotas que eluden el honroso deber [servicio militar obligatorio] de morir para su defensa [ese "su" significa, en términos exactos: la de los gobernantes y otros sectores de privilegiados], colocando así al temeroso resto de la mayoría en la obligación de sucumbir —como cobardes o como héroes— con la única variante de la dirección del tiro" (MIRA Y LÓPEZ, p. 223). *Vid.* además *infra*, § 64.III (esp. su punto 2 y la Addenda).

Cf. también las observaciones de AGNOLI, p. 55 ss., sobre el carácter de "manipulación" que tiene el uso de la idea de *bien común* vinculada al papel del Estado "en una sociedad antagonista" [pero no se conoce ninguna nación que no sea tal cosa].

\* \* \*

No es de extrañar, pues, que los doctrinarios de la Seguridad Nacional (o los de los regímenes leninistas-stalinistas) pongan el mayor énfasis en atizar los sentimientos nacionalistas de sus súbditos, que centren la propaganda en presentarse como los defensores por excelencia de esa mitologizada voluntad colectiva. Pues tal ideología resulta inmejorablemente apropiada como pretexto para justificar cualesquiera medidas de represión que tomen las autoridades. La pantalla propagandística de decir que se actúa en defensa de unos Objetivos Nacionales (o de los "intereses populares", etc.) le permite al gobierno invocarlos para castigar, cuando no eliminar, a quienes no comulguen con las interpretaciones que él —es decir, sus jerarcas— quiera imponer al respecto. Para ello puede valerse, por ejemplo, de definiciones como la siguiente, acuñada en la Escuela Superior de Guerra del Brasil:

*"Seguridad Nacional es el grado relativo de garantía que, a través de acciones políticas, económicas, psico-sociales y militares, un Estado puede proporcionar, en una determinada época, a la Nación que jurisdicciona, para la consecución y la*

*salvagrada de los Objetivos Nacionales, a pesar de los antagonismos internos o externos existentes o previsibles"* (cit. en LITTUMA, p. 75).

Y por si alguien quiere averiguar qué se entenderá por Objetivos Nacionales, la misma Escuela nos dice que estos

*"son realidades o aspiraciones relacionadas con la integración física, política, económica o social de una Nación, y que, consubstanciadas objetivamente en el espíritu de la clase dirigente, se transmiten a la sensibilidad del pueblo masa, como hábitos o necesidades unánimes o generalizados de la Comunidad Nacional"* (ibid., p. 138).

(Si el lector deseara conocer un repertorio más amplio de tales Objetivos, no tiene más que acudir, por ejemplo, al libro de LITTUMA, *in toto*. Ese trabajo consiste, todo él, en un gigantesco repertorio de fórmulas vacías —debidamente altisonantes, eso sí: Nación, Defensa Nacional, Desarrollo, Poder Nacional, Virtudes Militares, etc.— que el autor "define" y entrelaza al socaire de unos globos semánticos con ámbito lógico suficientemente holgado como para que, usando las comodidades del caso, los generales de turno puedan inflar o desinflar el ámbito real de dichas rúbricas, hasta donde y como mejor les parezca.)

### III

Las consecuencias que de todo ello se siguen —inmediatamente en el plano ideológico y, con esta cobertura, en los hechos también— saltan a la vista. El énfasis puesto en la "seguridad colectiva" se traduce, al ser llevado a la práctica por el aparato represivo del Estado, en reducción o eliminación de cortapisas que esa maquinaria pudiera tener para intervenir *a piacere* en la sociedad civil. Esto es, para que los detentadores del Poder puedan encoger su respeto hacia los derechos humanos a la medida de sus propias conveniencias de dominio y, en general, a las de los sectores privilegiados (oligarquía o nomenklatura) con cuyos intereses esos gobernantes se consustancian en la práctica.

"La seguridad colectiva y la de cada uno en el mayor bienestar constituyen ese 'bien común' al que Julien FREUND hace justamente el fin específico de lo político, así como lo han afirmado, con diferencia de algunos matices terminológicos, PLATÓN, TOMÁS DE AQUINO, SAINT-JUST, LENIN, MAO TSE TUNG, MARITAIN, DE GAULLE... Cuando ese bien común se reclama por todos lados a grandes gritos, es excluyente de todo otro objetivo, y antitético de una libertad personal que por naturaleza es susceptible de acarrearle perjuicio al contrariarlo" (MOURGEON, p. 42-43).

"Se sabe que el hombre está dividido entre una necesidad de libertad y una necesidad de seguridad. Esta última prevalece, seguramente, pues ella determina la voluntad de vivir en sociedad, y la de un Poder que sepa satisfacer tal necesidad (...) El Poder lo sabe, de modo que en esa misión que se le confía encuentra el pretexto menos discutible para colocar los derechos humanos bajo un régimen de vigilancia que restringe su ejercicio. Mejor aún, con gusto él hace de la seguridad del hombre la garantía del libre ejercicio de sus derechos. Por esta sutil amalgama, presenta las restricciones a los derechos como las condiciones de la efectividad de los derechos y libertades, los cuales no son más que restos de derechos y solo libertades residuales. (...) Con tanta mayor razón, los ataques 'interiores' al orden social son ampliamente indeterminados y, como consecuencia, la vigilancia de los derechos con motivo de la seguridad colectiva se torna particularmente clásica y extensiva" (*ibid.*, p. 90 y 94).

"Puede presumirse correctamente que todo gobierno que acuse a un grupo organizado de promover opiniones que puedan llegar a ser peligrosas para su seguridad, es un gobierno que tiene algo que ocultar. Eso significa coordinar la vida social, no a los fines de su mayor amplitud, sino coordinar por la coordinación misma" (LASKI, p. 123).

Aunque en el plano semántico se ponen allí en juego unos conceptos muy nebulosos, en el plano pragmático pueden no ser inofensivos. En efecto, su uso se revela como particularmente peligroso cuando son articulados en ideologías como la de la "Seguridad Nacional", "el interés de las clases populares", la "voluntad de la Nación", etc. Esas ideas reaparecen luego en legislaciones especiales: Ley de Seguridad, Ley de Defensa del Estado, etc. Allí se establecen

formas delictivas centradas en calificaciones como "organización subversiva", "propaganda subversiva", "actividades antidemocráticas" o "antisocialistas", "guerra psicológica", "doctrinas antinacionales" (o "foráneas", o "exóticas"), etc. Tampoco es raro que todo ello sea vinculado con el "desarrollo nacional", el cual se dice que exige la preservación de la "seguridad" entendida de aquella manera. El ámbito lógico de esas calificaciones permite una cómoda manipulación por parte del intérprete que las invoca y que tiene el poder de hacer pragmático tal lenguaje: la autoridad política, los jueces militares, etc.

Por otro lado, los delitos que llegan a "tipificarse" en las leyes que se basan en tales doctrinas suelen quedar librados a normas procedimentales igualmente elásticas. Por ejemplo, no es raro que dichas leyes le brinden a la autoridad carta libre para detener personas por largos períodos, sin cumplimiento de requisitos judiciales previos. Además, la competencia para los juzgamientos se deposita en manos de jueces militares (o tribunales "populares"), con las consecuencias sabidas. En suma, todo el aparato establecido por esas leyes, tanto en lo relativo a la naturaleza misma de los delitos como en los aspectos procedimentales, queda infiltrado de un grado tal de imprevisibilidad que solo eufemísticamente puede aún llamarse "jurídico".

Un ejemplo neto de ese tipo de regulaciones jurídicas lo brinda la *Lei de Segurança Nacional* (Ley Nº 6.620, del 17.12.1978) brasileña. Tanto el concepto mismo de "Segurança Nacional", que constituye el principio general en que ha de basarse la interpretación de todo el articulado de esa ley, como la formulación de buena parte de los "tipos" delictivos dirigidos a tutelar dicho bien jurídico fundamental, se "definen" por medio de conceptos extremadamente fluídos. Su alto grado de indeterminación en el plano descriptivo, permite que las autoridades les imputen, en cada caso, el contenido que ellas estimen más oportuno. Habilitan a estas para perseguir a todo opositor incómodo, llegado el caso, dada la tremenda elasticidad de dichos "tipos". Vale la pena transcribir, para mejor ilustración, algunas de esas disposiciones (en parte fueron adelantadas *supra*, § 21.IV *in fine*, traducidas al castellano):

"Segurança Nacional é estado de *garantia* proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente.

Constituem objetivos nacionais, especialmente:

- Soberania Nacional
- Integridade Territorial
- Regime Representativo e Democrático
- *Paz Social*
- *Prosperidade Nacional*
- *Harmonia Internacional* (art. 2).

"A Segurança Nacional envolve medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a *prevenção e repressão* da guerra *psicológica* adversa e da guerra revolucionária ou *subversiva*.

§ 1º — A segurança interna, integrada na segurança nacional, corresponde às *ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza*, que se *manifestem* ou produzam efeito no país.

§ 2º — A guerra psicológica adversa é o emprego da *propaganda*, da contrapropaganda e de ações nos campos *político, econômico, psicossocial* e militar, com a finalidade *de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes* e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais" (art. 3).

"Na aplicação desta Lei o juiz, ou Tribunal, deverá inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores" (art. 5).

En forma análoga, la *Ley sobre el Mantenimiento del Orden y Seguridad Pública* de Nicaragua establece (por Decreto 488, del 9 de agosto de 1980), entre otras cosas, penas para todo lo siguiente:

"Difundir verbalmente o por escrito *expresiones*, proclamas o manifiestos que *pretendan* atentar contra:

1. La *Seguridad* y la integridad nacional, la *seguridad pública* y la *economía* nacional.
2. La defensa del *orden* y la *prevención* del delito.

3. La protección de la salud, la *moral*, la dignidad de las personas, la *reputación* y el derecho ajeno.
4. La *autoridad* y la imparcialidad del Poder Judicial" (art. 4.c).

En general, sobre la Doctrina de la Seguridad Nacional de tipo leninista es ilustrativo comprobar el uso de esa expresión, "seguridad nacional", en varias de las disposiciones represivas del ordenamiento jurídico sandinista: cf. el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua (1981), cap. VI y *passim*; desde luego, la situación se ha agudizado allí posteriormente [al punto tal que en la actualidad (1985) ya prácticamente nada escapa al imperio del organismo que allí se llama, como en Cuba, *Seguridad del Estado*: la KGB del gobierno militar nicaragüense].

\* \* \*

En definitiva, las Constituciones y las leyes que responden a la Doctrina de la Seguridad Nacional o del Estado, las que permiten al Poder Ejecutivo recurrir a normativas especiales y particularmente ricas en conceptos indeterminados para defender esa "seguridad"<sup>(22)</sup>, de hecho consagran algo así como "un cuarto Poder" (MONTEALEGRE) que está, en forma permanente o cuando él mismo lo juzgue oportuno, por encima de los tres Poderes clásicos (o al menos sobre dos de ellos): un Poder de Seguridad —llá-

---

(22) *Comentario*.— "Sobre el aspecto de 'seguridad', a mí me parece que se le limita en los efectos nocivos que ha tenido en el constitucionalismo latinoamericano, cuando se le presenta bajo el ángulo de un *concepto jurídico indeterminado*. Como todos sabemos, es en verdad una doctrina, un nuevo concepto del Estado y de la Constitución, que ha surgido en contra-vía del Constitucionalismo conocido" (VIDAL). Podría decirse también, en otras palabras, que la Doctrina de la Seguridad Nacional restringe el ámbito lógico del término "seguridad" de tal modo que, allí donde es ella quien funge como pauta interpretativa, el ámbito *social* de dicho término queda orientado de una manera tal que sirve sobre todo —en su ámbito real— para legitimar políticas atentatorias contra una serie de derechos humanos fundamentales. En tal sentido, por cierto que ese término pierde indeterminación, y ello en la medida justamente en que otorga carta blanca a las autoridades para que *no* pueda ser entendido como referencia a unos modelos de conducta estatal respetuosos de aquellos derechos.

mese Consejo de Seguridad Nacional (Brasil), Seguridad del Estado (Nicaragua) o de alguna otra manera—. Los derechos humanos quedan a disposición de las decisiones de ese Poder, el cual legitima sus actuaciones respaldándolas en la interpretación —ja *su modo!*— de unos conceptos indeterminados incluidos en la Constitución y también en otros niveles del discurso jurídico.

Cabe la pregunta: ¿*quiénes* son los que están “seguros” en tales condiciones? Eso depende de factores extrajurídicos. Resultan decisivos la posición particular de cada uno en la madeja social, el grado de su cercanía frente a aquellos que manejan los más altos puestos del aparato estatal (sobre todo, los de las Fuerzas Armadas o los del Partido), las vinculaciones personales (de orden financiero, familiar, etc.) y otros factores accidentales. Los derechos humanos de cada individuo se encaran como cosa contingente. No hay previsibilidad jurídica; mucho menos, garantías.

#### IV

Si la doctrina de la Seguridad Nacional es una superestructura ideológica que sirve para legitimar cualquier interpretación *pro auctoritas* en los regímenes autoritarios de base capitalista, el leninismo-stalinismo desempeña función análoga en los regímenes autoritarios que se autocalifican de “socialistas”. En ambos casos, los conceptos indeterminados de los derechos humanos son entendidos de modo tal que no signifiquen obstáculo a las actuaciones de las autoridades, sobre todo a cualesquiera intervenciones de su maquinaria represiva; nada de lo que las más altas autoridades promuevan o consientan, según las interpretaciones que ellas mismas den sobre el alcance de cada derecho humano, se concibe que pueda resultar lesivo para alguno de estos. Pero en vez de “seguridad nacional” u “objetivos nacionales”, los ideólogos del Partido-Estado se inclinan antes bien por otra nomenclatura: prefieren hablar de “de-

fensa de la Revolución”, “construcción del socialismo”, etc. Pero eso no quita que invoquen, además, la *Seguridad del Estado*: en Cuba, por ejemplo, el más temible órgano de la represión interna se llama precisamente así (y véase el caso de Nicaragua: *supra*, III *in fine*).

Como la Doctrina de la Seguridad Nacional, tampoco el leninismo-stalinismo se pronuncia de manera abierta contra los derechos humanos. No los rechaza en forma expresa, y hasta se permite utilizar un vocabulario similar al de los Instrumentos. Así, la Constitución cubana llega a decir (con giros análogos a algunos de los que emplea también, por ejemplo, el art. 1 de la Constitución chilena: cf. esp. sus incs. 1 y 4):

“El Estado socialista... garantiza la *libertad* y la *dignidad plena* del hombre, el disfrute de sus derechos y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su *personalidad*” (art. 8.a).

Mas allí esa “libertad”, “dignidad”, etc. deben sujetarse a una organización general de la colectividad donde las altas autoridades estatales no queden atadas a ninguna barrera infranqueable que contra estas pueda interponer la voluntad de los particulares. La actuación de los gobernantes carece de *límites institucionales* fuera de los que esas mismas personas, los jefes del Partido Comunista, quieran consentir. En efecto, no otro es el intérprete supremo de los conceptos indeterminados de dicha Constitución:

“El Partido Comunista de Cuba... es la *fuerza dirigente superior* de la sociedad y del Estado...” (art. 5).

“*Ninguna* de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra... la decisión [sic] del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo” (art. 61).

[Cf. *infra*, § 75.III, la transcripción completa de estos dos artículos y también los comentarios anejos.]

En resumen, la interpretación leninista-stalinista de los derechos fundamentales cumple una función similar a la que en tal respecto desempeña la Doctrina de la Seguridad Nacional: hacerlos inofensivos para las finalidades de los gobernantes. Se trata siempre de unas interpretaciones *pro auctoritas*; legitiman el otorgamiento de poderes sin restricción a la maquinaria estatal, para que sus principales jefes estén en condiciones de emplearlos, cuando y como quieran, en defensa del correspondiente *status quo*. Es cierto que si se comparan esas dos ideologías hay diferencias en el vocabulario propagandístico, así como son distintas también las respectivas estructuras sociales en que se asientan los grupos de privilegiados en cuyo beneficio obran dichas interpretaciones. La *técnica* de argumentación, en cambio, es más o menos la misma en ambos frentes: maniqueísmo, nacionalismo, esencialismo, etc.; todo ello servido a través del machacón uso adocrinante de unos cuantos conceptos simplistas, no menos ubicuos que "persuasivos" (STEVENSON), respecto a los cuales el régimen no tolera cuestionamiento alguno.

La manipulación de esos conceptos —"voluntad popular", "intereses" o "fines" del Socialismo, "defensa de la Revolución", etc.— por parte de la cúspide del aparato stalinista, los jefes que desde sus posiciones de poder se reservan la condición de ser sus intérpretes indiscutibles, le permite a estos presentar toda conducta propia como cosa "necesaria" para alcanzar los fines (y para poner en ejecución los medios) que ellos mismos resuelvan imputar como contenido a dichos términos propagandísticos. Con base en tales interpretaciones, desde luego no caben derechos humanos *oponibles* a las decisiones de las más altas autoridades. Como ahí los derechos se conciben de manera "funcional" (TOMUSCHAT), esto es, con incondicional subordinación a aquellos fines, el correcto entendimiento y la plena efectividad de cada derecho consiste, así interpretado, cabalmente en el hecho de cumplir sin chistar las consignas impartidas por la dirección del Partido. Cuando los conceptos indeterminados del lenguaje de los derechos humanos

se usan por autoridades de regímenes leninistas-stalinistas, la interpretación *real* que reciben depende por entero de que no puedan eventualmente afectar la tranquilidad de las privilegiadas capas gobernantes, la seguridad de que estas mantengan incólume tanto su dominación política como sus señaladas ventajas materiales.

#### § 24. Constituciones democráticas, Instrumentos internacionales

Aun cuando la idea de Seguridad Nacional o Seguridad del Estado alcanza sus efectos más extremos en regímenes como los antes señalados, tampoco las Constituciones de países democráticos están libres de conceptos indeterminados, el de "seguridad" y otros. En realidad, ningún Estado puede mantenerse sin recurrir, llegado al caso, a medidas que impidan que él se disuelva o sea disuelto. Lo que hace la diferencia es: ante *qué* casos se toman semejantes medidas, y *cuáles* pueden ser estas. Vale decir, toda la cuestión reside en saber si ellas pueden ir en perjuicio de los derechos humanos y, en caso afirmativo, a cuáles de estos afectarán y en qué medida. Para determinar eso, los límites constitucionales pueden ser un factor importante. Pero mucho depende también —por ser inevitable que la normativa correspondiente recurra a conceptos indeterminados— del hecho de que la conciencia social dominante en el medio, y en las esferas de gobierno, sea una donde tiene "fuerza" la idea del respeto debido a esos derechos.

Solo si los encargados de aplicar las medidas de seguridad se proponen *sinceramente* hacerlo sin desproteger los derechos humanos fundamentales, o si por la presión social temen hacer otra cosa, tal "seguridad" no llegará a traducirse en inseguridad de dichos derechos. Se trata, pues, de factores que únicamente hasta *cierto* punto dependerán de lo que dicen los textos jurídicos. En primer lugar, porque

estos nunca pueden ser otra cosa que un *programa* para las conductas, el cual requiere la conciencia y voluntad correspondientes por parte de los destinatarios, para pasar del nivel semántico al pragmático. Y en segundo lugar porque, aunque esos textos pueden establecer límites para su comprensión, estos jamás alcanzarán, sobre todo tratándose de situaciones como las señaladas, a *predeterminar* cada uno de los aspectos que involucrará la actuación del órgano aplicador o la de aquel llamado a controlarlo. La influencia decisiva del intérprete en la pragmática de los conceptos indeterminados hace que, en definitiva, estos conceptos nunca consiguen valer más de lo que vale la forma de *pensar* de aquel. Ahí reside el problema hermenéutico fundamental en el uso del lenguaje de los derechos humanos, con todas sus consecuencias prácticas. Solo una mentalidad acorde con la dogmática jushumanista, tanto en las esferas decisivas del poder político como en el aparato judicial, puede lograr que los conceptos indeterminados no sean utilizados en una dirección contraria o indiferente a dicha dogmática.

Eso se aplica al lenguaje de las Constituciones, pero igualmente al de los Instrumentos. En efecto, tampoco la normativa internacional de los derechos humanos deja de aceptar limitaciones a estos, en función de conceptos muy indeterminados (no distintos, por cierto, a varios de los empleados por las ideologías de la Seguridad Nacional): "salud o moral públicas", "orden público", "seguridad nacional", "seguridad pública", etc.; cf., por ejemplo, el art. 18.3 del Pacto. [*Vid.* también *supra*, § 11.V.] Es verdad que en esos instrumentos se establecen asimismo ciertas *condiciones* para admitir una restricción de derechos: que las limitaciones introducidas lo sean, por ejemplo, para preservar "los derechos y libertades fundamentales de los demás", "necesarias en una sociedad democrática", no "arbitrarias", etc. (cf., p. ej., los arts. 4.1, 7.3 y 16.2 de la Convención); más también estos son conceptos indeterminados. He aquí una formulación paradigmática en tal sentido, pues reúne casi todos los conceptos indeterminados que son más usuales en la materia:

"El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad *democrática*, en interés de la *seguridad nacional*, de la *seguridad pública* o del *orden público*, o para proteger la salud o la *moral* públicas o los derechos y libertades de *los demás*" (Pacto, art. 22.2).

Puesto que los Instrumentos son tan pródigos en conceptos de esa índole, será difícil que las Constituciones entren en contradicción con aquellos, en tales respectos. Puede decirse que, en ese sentido, los Instrumentos no ofrecen demasiada utilidad práctica como *tertium comparationis*. Véase, por ejemplo, las siguientes disposiciones internacionales:

"En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de las libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la *ley*, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los *derechos y libertades* de los demás, y satisfacer las *justas exigencias* de la *moral*, del *orden público* y del *bienestar general* en una sociedad *democrática*" (Declaración art. 29.2).

"...el Estado... podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por *ley*, sólo en la medida compatible con la *naturaleza* de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el *bienestar general* en una sociedad *democrática*" (Pacto Ec., art. 4).

"Los derechos de cada persona están limitados por los *derechos* de los demás, por la *seguridad* de todos y por las *justas exigencias* del *bien común*, en una sociedad *democrática*" (Convención, art. 32.2).

(Claro que, fuera de las disposiciones citadas, cada uno de los Instrumentos contiene muchas otras donde también aparecen esos mismos conceptos indeterminados u otros. De la Convención, por ejemplo, se pueden cf. los artículos siguientes, *inter alia*: 12.3, 13.2, 15, 16.2, 21.2, 22.3, 22.4, 29.c, 30.)

Muy pocos son los derechos que los Instrumentos estatuyen como verdaderamente intangibles, esto es, que no se consignent con ligamen a conceptos indeterminados limitativos. Según la Convención, por ejemplo, los únicos derechos que no pueden ser limitados o restringidos de una u otra manera, a criterio de las autoridades, son los señalados en los arts. 3 (personalidad jurídica), 5 (integridad personal), 6 (prohibición de esclavitud y servidumbre), 9 (principio de legalidad y de irretroactividad penales), 18 (derecho al nombre); y de estos, los que tienen una real "virulencia política" son apenas aquellos mencionados en los arts. 5 y 9. Todos los restantes derechos humanos —¡incluso el derecho a la vida!— quedan sujetos, en una u otra forma, a la eventualidad de sufrir restricciones, cuyo alcance dependerá del contenido que el intérprete autorizado dé a los conceptos indeterminados que el texto les hace aplicables<sup>(23)</sup>.

Por tanto, no solo son desprotectoras las normativas constitucionales de regímenes que abundantemente violan derechos humanos, sino que tampoco dejan de ofrecer un cierto grado de peligrosidad las Constituciones de los países democráticos e incluso los Instrumentos. Mientras no se consiga restringir la indeterminación semántica de las limitaciones que dichos textos autorizan a establecer respecto a la protección de los derechos humanos, serán las contingentes características —ideología, fuerza política, etc.— de la autoridad interpretante lo decisivo, en los hechos, para determinar si aquellos textos se entienden y aplican en un sentido que perjudique o uno que favorezca el ejercicio de dichos derechos. Así, los factores de peso continuarán siendo de orden extrajurídico fundamentalmente.

Sin embargo, la dogmática jushumanista algo ha ido haciendo, desde ya, para lograr que esos conceptos sean

---

(23) Véase, por ejemplo, la lista de derechos que autoriza a suspender el art. 27 de la Convención (*infra*, § 63.II *in fine*).

menos manipulables (suponiendo, claro está, que se acepte dicha dogmática). La jurisprudencia y la doctrina internacionales, de esa orientación, han propuesto principios interpretativos algo menos indeterminados y, sobre todo, señalan soluciones ejemplares frente a casos dados<sup>(24)</sup>.

**§ 25. Conclusión: ¿Qué ventaja reviste, para la causa de los derechos humanos, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados?**

Teniendo en cuenta que los conceptos indeterminados dejan tanto margen librado a la ideología del intérprete —que las disposiciones centradas en ellos determinan tan escasamente, por sí mismas, los contenidos semiántico-normativos que luego se les imputan—, podría preguntarse si, desde el punto de vista de la virtualidad tuitiva para los derechos humanos, no sería mejor o tal vez indiferente el prescindir de tales formulaciones en documentos jurídicos, tanto nacionales como internacionales. En otras palabras, ¿qué puede convenir más: estampar semejantes conceptos indeterminados o no poner nada?

No es fácil hallar investigaciones que, con las exigencias metodológicas de las ciencias empíricas, suministren pistas fehacientes para contestar a esa pregunta. Sin embargo, y mientras no se demuestre lo contrario, se puede estimar que el recurso a dichos conceptos legitimantes por parte de las autoridades no puede ser, en el peor de los casos, más perjudicial que la adopción de decisiones estatales sin exponer fundamentación jurídica alguna. Es más,

---

(24) *Vid.*, por ejemplo, el estudio de KISS sobre la interpretación de los principales conceptos limitativos de derechos: son las limitaciones consignadas en disposiciones como el art. 22.2 del Pacto, transcrito arriba.

cabe pensar que esos términos ejercen *alguna* fuerza de "presión", tanto en lo emotivo como en lo intelectual, sobre la mente de quienes están llamados a aplicar los textos jurídicos respectivos. Si no pudiera ser así, difícil resulta explicarse por qué, después de todo, las autoridades estatales "lo piensan dos veces" antes de ratificar los Instrumentos, por qué a veces vacilan en insertar tales términos en las Constituciones y en otros niveles del discurso jurídico.

Otra explicación para la buena acogida de esos conceptos indeterminados en formulaciones oficiales podría ser la siguiente:

"tales fórmulas vacías son especialmente aptas para todos los tipos de conducción institucional ejercida sobre la gente (*institutionelle Menschenführung*). Ellas despiertan —sobre todo en los conducidos— la impresión de una inmovible estabilidad de los principios supremos, mientras que para nada obstaculizan a las autoridades conductoras cuando estas toman sus decisiones" (DEGENKOLBE, p. 333).

Con otras palabras:

"La ilusión ha jugado, ya que el hombre creyó en los derechos afirmados. Seguirá creyendo en ellos, aunque sea para que lo engañen (*être dupé*) otra vez. Los titulares del Poder lo saben, quienes otorgan gran atención a la formulación de los derechos para hacerla seductora sin ser peligrosa" (MOURGEON, p. 89).

En sentido paralelo podría traerse a colación también, claro está, aquello del "homenaje que el vicio le rinde a la virtud", según señalábamos antes (*supra*, § 18.III). No obstante, y sin perjuicio de reconocer la cuota parte que, según los casos, le corresponderá a ambos factores (manipulación — hipocrecía), sería un tanto exagerado afirmar que alcanzan, siempre, a explicarlo *todo* respecto al empleo de los mencionados conceptos. Aun cuando las funciones retóricas no son ajenas, por cierto, al uso corriente que de estos se hace, tanto en el discurso jurídico como fuera de él, tampoco dichas funciones cubren el espectro completo de la lógica de tales términos; por lo demás, esta registra variantes de unos a otros de ellos, y también según los contextos de utilización.

No es enteramente acertado, pues, calificar a dichos conceptos como *meras* "fórmulas vacías". Más bien, habría que decir que se trata de fórmulas *semi-vacías*: aunque al intérprete le brindan una gran latitud de decisión para fijar el o los contenidos que imputará a los vocablos en cuestión, esa latitud tiene sus límites.<sup>(25)</sup>

Por más elásticos que tales límites sean, lo cierto es que el intérprete, si quiere que su auditorio *le crea*, tampoco puede imputarle *cualquier* determinación semántica a aquellas variables. Estas se inscriben, al fin y al cabo, en determinadas tradiciones lingüísticas, que son ambiguas y bastante contradictorias, sí, pero no propiamente "vacías" (*supra*, § 18.III). Una de esas tradiciones es precisamente la que se refleja en el discurso de lo que hemos denominado dogmática jushumanista. Esta puede suministrar una guía ciertamente fértil, y es lo que a menudo ocurre, si las variables que constituyen los referidos conceptos indeterminados son "llenadas" por unos intérpretes: Legislador, Administración, Judicatura, etc., que se aboquen a hacerlo en sentido favorable a la más amplia realización posible de los derechos humanos.

"Los criterios de una política justa institucionalizados por la Constitución, en parte no son, sobre todo en sus aspectos democrático-funcionales y de justicia social, sino unos principios generales que en primera línea tienen significado regulativo, no operativo. Pues tomados por sí solos, en mínima parte ordenan directamente un hacer o un no hacer. En mucho mayor medida constituyen unas guías normativas (normas de segundo orden) que son obligatorias para la acción pública, es decir, de acuerdo con las cuales deben ser percibidas, juzgadas, proyectadas y establecidas las relaciones políticas, sin que aquellas indiquen exactamente qué es lo que de ellas mismas se sigue para los distintos sectores de la vida (para el sistema educativo, el mundo del trabajo, el sistema de la prensa, el sistema penal, etc.), ni de qué manera han de ser

---

(25) Para detectar los límites de esta "semi-vaciedad" habrá que tener en cuenta, desde luego, el ámbito *lógico*, pero también el ámbito *social* y el ámbito *real* de los conceptos en cuestión: *supra*, §§ 17.I y 19.

concretamente realizadas como *lo que sea justo aquí y ahora*, bajo las condiciones de vida que al respecto se vayan presentando. (...)

"Y los principios normativos no son un plan ideal, justamente, porque su estatus metódico es el de una dimensión más básica. Respecto a la realidad político-social se comportan como los criterios normativos hacia el plan de una edificación: como los requerimientos de habitabilidad, comodidad, protección de la temperatura, etc. se relacionan con el proyecto concreto de una casa y con la realización de este. Los principios de justicia no son ni unos planes ideales ni unas utopías concretas para el mundo político-social, de donde pudieran deducirse directamente normas jurídicas o estructuras institucionales. Mucho más se trata de criterios de apreciación críticos en función de los cuales, antes que nada, el mundo político-social ha de ser contemplado, juzgado, proyectado y construido.

"La realización de principios de la justicia política —la determinación, y luego el llevar a la práctica, lo que *respectivamente* sea justo para una esfera determinada de vida, en cierta situación—, por ende, no tiene lugar según la muestra 'retrato de un modelo' o 'cumplimiento de un plan', sino como un proceso (que por lo general es laborioso, altamente complicado y cuyo éxito en modo alguno es seguro) de reflexión, mediación y apreciación crítica. Un proceso de tal naturaleza no es posible sino bajo el presupuesto de un conocimiento de las relaciones de vida concretas (del actual mundo de la prensa, del presente sistema educativo, de la administración de justicia, del mundo económico y laboral, etc.); conocimiento que ha de extenderse tanto a las regularidades comunes que tienen en general los procesos económicos, sociales y políticos, como así también a las particulares condiciones marginales de la respectiva sociedad, las cuales no pueden ser aprehendidas sin la investigación metódica de esta realidad" (HÖFFE, p. 422 y 424).

—o0o—

Por tanto, ante la pregunta planteada acerca de la "utilidad" que para los derechos humanos pueda tener el hecho de que los textos constitucionales contengan unas variables lingüísticas como las que hemos señalado aquí, nuestra respuesta podría resumirse así:

- tales conceptos indeterminados conllevan, de todas maneras, una *cierta* "aureola" limitativa que los hace no del todo indiferentes en el plano semántico;
- tampoco se debe olvidar que, dentro de esa categoría general, algunos conceptos son algo *más* y otros son algo *menos* indeterminados;
- la indeterminación resulta reducida, aunque nunca eliminada, si como cartabones interpretativos generales se toman los criterios que ha ido destilando, respecto a la mayoría de dichos conceptos, la *dogmática jushumanista*;
- resulta asimismo posible que la indeterminación sea reducida, e incluso fuertemente, pero para imponer interpretaciones que vayan en otro sentido, muy distinto: vale decir, aquellas que sirven de apoyo a la política de regímenes cuyas autoridades desconocen derechos humanos fundamentales;
- por último, importa tener en cuenta que no todos esos conceptos desempeñan igual función, por cuanto unos son más y otros son menos favorables a la efectividad de derechos humanos, según cuál sea el *tipo* de aquellos y también según el *aparato jurídico* (normativa secundaria, operadores) establecido para aplicarlos.

\* \* \*

*En síntesis.*—

Puesto que los derechos humanos se formulan con ayuda de conceptos indeterminados, que por lo demás no son todos del mismo tipo ni cumplen siempre las mismas funciones, resulta que cada uno de esos derechos no tiene

algún sentido general *único*, una *sol.* significación posible. La fijación de su contenido jurídico, y también su *praxis*, en cada país dependen de la conciencia social y del tipo de régimen político allí existentes. Las condiciones propias de estos factores circunscriben las formas en que los intérpretes autorizados comprenden los derechos invocados, *su* manera de entender los respectivos conceptos indeterminados; y delimitan, igualmente, cuáles pueden ser (y cuáles no) las consecuencias prácticas de tales derechos.

El principal problema lo constituyen, desde luego, los conceptos de la clase (*b*). ¿Cómo hacer para reducir su peligrosidad? Por ejemplo, se ha dicho que, como de los ordenamientos jurídicos no podemos desterrar una idea como la de seguridad nacional, habría que tratar de "humanizarla" y "desmilitarizarla" (PIZA)<sup>(26)</sup>... ¡suponiendo que esto sea posible! En efecto, teniendo en cuenta que allí siempre se manejarán unos conceptos jurídicos que son inciertos, la tarea de la dogmática jushumanista es hacerlos lo menos elásticos posible y, sobre todo, contribuir a difundir la conciencia —entre juristas y no juristas— de que aquellos deberían siempre ser objeto de una interpretación teleológica con vistas a la mayor protección (¡no la limitación!) de los derechos humanos<sup>(27)</sup>. Condición *sine qua non* para ello es, desde luego, que esos conceptos sean utilizados por intérpretes cuya conciencia sea afín a aquella dogmática; esto es, no por jueces civiles subordinados a un poder político de orientación distinta, ni mucho menos por jueces militares. En todo caso, ello seguirá dependiendo, en buena medida, de factores extrajurídicos. La interpretación "autorizada" de los derechos humanos nunca es más poderosa que las fuerzas política y socialmente dominantes en el medio social del cual depende esta autoridad.

---

(26) "Corresponde sujetar ese concepto a límites racionales: buscar respuestas racionales ante tales situaciones, pues no hay que olvidar que la 'fuerza bruta' suele acompañar justamente a la 'inteligencia bruta'" (PIZA).

(27) Cf. *supra*, cap. II: n. 17 y el texto al cual esta corresponde.

## § 26. Excurso: Conceptos indeterminados en Constituciones de América Latina

### SUMARIO:

- Tres clases de Constituciones.
- Una hipótesis.

No obstante la indeterminación semántica que caracteriza a esos conceptos, el uso que con referencia a los derechos humanos las distintas Constituciones hacen de aquellos puede ser revelador, por lo menos en cierto grado. Estas podrían dividirse, desde ese punto de vista, en tres clases:

- I. las que muestran una cifra más bien escasa de tales conceptos;
- II. las que los exhiben en cantidad relativamente considerable (sobre todo teniendo en cuenta el Preámbulo), e incluyendo buen número de los del tipo (*a*);
- III. las que presentan bastantes conceptos de aquellos, pero particularmente del tipo (*b*).

Las Constituciones de la *clase I*, como la de Colombia o la de Costa Rica, se orientan en una dirección que, en principio, no otorga *específicas* "armas" semánticas al Estado para intervenir de manera extensa en perjuicio de los derechos humanos. Si bien esas Constituciones tampoco suministran una base normativa netamente destinada a desarrollarlos, su articulado no impide que el legislador así lo haga. Y fuera de los conceptos indeterminados que estamos examinando, ellas suelen contener incluso algunos preceptos destinados a proteger tales derechos.

Es común que las Constituciones de la *clase II* sean las más definidamente abiertas a la protección de derechos humanos, máxime cuando presentan una cláusula expansiva

en ese sentido. Esta puede dar pie, si las circunstancias extrajurídicas no son desfavorables, a que los conceptos indeterminados del tipo (a), tanto los contenidos en esa misma cláusula como los de otros preceptos constitucionales e incluso los del Preámbulo, se invoquen para interpretar otros artículos, de la propia Constitución o de la normativa secundaria, y en general cuando los jueces se abocan a formas de integración del orden jurídico; todo ello en la forma más favorable al desarrollo y protección de los derechos humanos.

Entre las cláusulas de esa naturaleza cabe destacar, por su amplitud, la de Honduras y la del Perú; combinando elementos de ambas, acaso se podría formular algo así como una disposición modelo para ese rol normativo de "válvula abierta" pro-humanista.

"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre" (Const. Honduras, art. 63).

"La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (Const. Perú, art. 4).

Pero también es fundamental que tales cláusulas vengán reforzadas por otra —como se hace en la Constitución venezolana, y aún de modo más completo en la Constitución uruguaya de 1967— donde quede establecido, sin posibilidad de "escapatoria" semántica alguna, que la falta de normativa secundaria no impide la aplicación de los derechos reconocidos y de los deberes consiguientes por parte de los órganos estatales.

"La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (Const. Venezuela, art. 50).

"Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas" (Const. Uruguay, art. 332).

Como contracara, es importante establecer asimismo, como lo hace (¡únicamente!) la Carta hondureña, que debe quedar sin ser aplicada cualquier disposición secundaria susceptible de disminuir los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos.

"No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan" (Const. Honduras, art. 64).

En cuanto a Constituciones de la *clase III*, cabe mencionar algunos ejemplos que tienen la particularidad de ser un tanto distintos entre sí. La Carta chilena y la cubana, sin perjuicio de presentar varios conceptos indeterminados que podrían hacer pensar en un orden jurídico volcado a promover los derechos humanos, en definitiva consiguen, mediante la inserción de ciertos otros conceptos claves, dejar todo librado a la decisión omnímoda de las autoridades. En un caso, es el Presidente. En el otro, se trata de el o los jefes del Partido Comunista. En ambos, son dichas auto-

ridades quienes fungen como los únicos intérpretes autorizados de esos términos claves.

"Todo acto de persona o grupo destinado a *propagar doctrinas* que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República" (Const. Chile, art. 8).

El Partido Comunista de Cuba, vanguardia organizada marxista-leninista de la clase obrera, es la *fuerza dirigente superior* de la sociedad y del Estado, . . ." (Const. Cuba, art. 5).

"*Ninguna* de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida . . . contra la decisión del pueblo cubano de construir el *socialismo* y el *comunismo*" (*ibid.*, art. 61).

(*Vid. infra*, cap. VIII, n. 19, la transcripción completa de estos dos artículos de la Constitución cubana; *vid. también, infra*, cap. VII, Ap. iv, un cambio de ideas acerca del papel que tiene el Partido en regímenes políticos como el de Cuba.)

Una Constitución como la brasileña es más sobria en la materia, pero también lo somete todo, en última instancia, al manejo que las autoridades decidan hacer de una expresión restrictiva fundamental: "seguridad nacional". Lo propio se ha dado en el Uruguay, por Acto Institucional.

"Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela *segurança nacional*, nos limites definidos em lei" (Const. Brasil, art. 86). En cuanto a cuáles son esos límites, es muy ilustrativo observar la manera en que los "define" la ley respectiva: *supra*, § 23.III *in fine*.

"Todo ciudadano tiene derecho a la seguridad interna, entendiéndose por tal, genéricamente, una tutela integral del Estado que le permita la vigencia de sus Derechos Humanos y el libre ejercicio de sus derechos individuales.

"En consecuencia, la defensa de los Derechos Humanos e Individuales, que encaran al hombre como unidad, debe regularse en función de la *seguridad interna*, que lo encaran colectivamente dentro de una organización política y un orden social" (Uruguay, Acto Institucional N° 5, del 20.10.76, art. 3).

Todo ello muestra cómo basta con la oportuna inserción de uno o dos conceptos indeterminados característicamente amputadores de derechos humanos, en el nivel constitucional, para que las autoridades estatales queden con las manos jurídicas libres en esa materia, careciendo entonces de importancia si ese nivel también presenta (o no) una terminología del tipo (a)<sup>(28)</sup>.

\* \* \*

### *Conclusión.—*

Más allá de toda su indeterminación, los conceptos examinados proporcionan, de cualquier manera, un índice sobre la orientación *básica* de los textos constitucionales, según a cuáles de esos conceptos se acude y en qué disposiciones son insertados. Podría aventurarse, a título de hipótesis, la siguiente conclusión general: cuanto más amplio sea el empleo de conceptos del tipo (a), en particular si ellos aparecen insertados también en una cláusula expansiva; y cuanto menor sea el número de conceptos del tipo (b), en particular si no se recurre (o se recurre muy secundariamente) a la expresión "seguridad nacional"; tanto más probable es que el ordenamiento jurídico del Estado respectivo exhiba un buen grado general de respeto a los derechos humanos. Y a la inversa: cuanto más importancia revista, en el contexto de la Constitución, el papel reservado a conceptos del tipo (b), sobre todo al de "seguridad na-

---

(28) Cf. *infra*, en el acápite del cap. VII, la observación de SANDIFER a este respecto.

cional" (o a su parangón "socialismo"), tanto menos probable es que el Estado en cuestión se caracterice por un aceptable nivel general de respeto a los derechos humanos fundamentales. Pero cabe acotar que, incluso admitiendo que los conceptos indeterminados *pueden* ser utilizados en un sentido afín al de la dogmática jushumanista, siempre sería aún mejor que, dentro de lo lingüísticamente viable, ellos fueran sustituidos o complementados, en el propio texto constitucional, por preceptos que las autoridades les dejen el *menor* margen posible de libertad para violar, sea por acción u omisión, los derechos humanos.

## Apéndice

### SEMANTICA CONSTITUCIONAL

#### *Sumario:*

- (i) Brasil
- (ii) Colombia
- (iii) Costa Rica
- (iv) Cuba
- (v) Chile
- (vi) Honduras
- (vii) México
- (viii) Perú
- (ix) Uruguay
- (x) Venezuela

\* \* \*

#### (i) BRASIL

Si bien esta Constitución carece de Preámbulo, contiene algunos preceptos respecto a atribuciones generales del Estado que son extremadamente peligrosas para los derechos humanos. Se trata, en especial, de disposiciones que hacen referencia a la "segurança nacional", concepto indeterminado que, como se sabe, en muchos

países ha sido utilizado —sobre todo en el marco de Leyes de Seguridad Nacional o del Estado— para cubrir las peores violaciones de derechos humanos, realizadas por funcionarios del aparato estatal o efectuadas al amparo de una singular tolerancia de parte de estos.

El texto constitucional brasileño recurre con particular asiduidad a esa expresión, "segurança nacional", a veces introduciéndola en el seno de una enumeración que contiene también otros conceptos indeterminados. Así, desde el capítulo mismo que sirve de portada para señalar las atribuciones generales de la Federación, se dice que a esta le compete, entre otras cosas: "planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais;... apurar infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União" (art. 8, incs. V y VIII.c); incluso se autoriza que la Unión intervenga los Estados para "por termo a periurbação da ordem ou ameaça de sua irrupção" (art. 10.III).

Hasta hay una sección especial titulada: *Da Segurança Nacional* (Cap. VII, Sec. V). Allí se establece, entre otras cosas, que absolutamente "Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei" (art. 86). Es el Presidente de la República quien, asesorado por un Consejo de Seguridad Nacional, está encargado de la "formulação e execução da política de segurança nacional" (art. 87). A dicho Consejo le compete: "I - estabelecer os objetivos nacionais permanentes e as bases para a política nacional; II - estudar, no âmbito interno e externo, os assuntos que interessem à segurança nacional" (art. 89).

Es cierto que en algún lado se mencionan los "derechos humanos" o expresiones análogas. Por ejemplo, entre los principios en función de los cuales deben organizarse los partidos políticos, quedan señalados: "regime representativo e democrático, baseado na pluralidade dos partidos e garantia dos Direitos Humanos fundamentais" (art. 152.1.I). Inclusive hay una cláusula expansiva, aunque formulada de modo muy prudente (no habla, por ejemplo, de unos "derechos inherentes a la persona humana", etc.): "A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regimen e dos princípios que ela adota" (art. 153.36). Pero inmediatamente a continuación se establece: "O abuso de direito individual ou político, com o proposito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importara a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos" (art. 154 *in limine*).

Otras disposiciones, ubicadas aquí o allá, vienen a complementar el cuadro general de limitaciones a distintos tipos de derechos humanos, establecidas mediante tales conceptos indeterminados. Por ejemplo: en materia electoral se establece que habrá una ley para fijar quiénes no pueden ser candidatos a puestos electivos, "con vistas a preservar... I — o *regime democrático*", entre otras cosas (art. 151); la libertad de asociación es "asegurada", pero solo "para *fins lícitos*" (art. 153.28); la naturalización se pierde "por exercer atividade contrária ao *interesse nacional*" (arts. 146.III y 149.2.a); etc.

*En conclusión.*— La Constitución brasileña presenta una llamativa superabundancia de conceptos indeterminados de la clase (b), sobre todo el de "*segurança nacional*" y algunos otros ligados a esta. Pero incluso cuando dicha Constitución recurre a conceptos que podrían ser de carácter (c), como "democracia" o "democrático", lo hace de manera tal que ellos no están incorporados para prever una posible protección o ampliación de derechos humanos, sino que cumplen allí una función semántica del tipo (b), legitiman restricciones en el ámbito de las libertades políticas. Es significativo, asimismo, que el texto constitucional carezca prácticamente de conceptos indeterminados del grupo (a); si bien el hecho de incluir estos conceptos no determina, por sí solo, las características predominantes de una Constitución (*vid.*, por ejemplo, el caso de la Constitución chilena: *infra*, v), resulta sintomático que algunos de ellos *no* aparezcan mencionados. En síntesis, puede decirse que la Constitución del Brasil es de las que en forma más franca denotan, tanto por lo que dice como por lo que no dice, el carácter poco favorable al reconocimiento de derechos humanos básicos en el régimen político que ella está llamada a apuntalar jurídicamente.

## (ii) COLOMBIA

El Preámbulo de la Constitución dice que ella se decreta para "asegurar los bienes de la *justicia*, la *libertad* y la *paz*". En cuanto a "la libertad de empresa y la iniciativa privada", se garantizan "dentro de los límites del *bien común*"; asimismo, el Estado podrá intervenir, mediante ley, "para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el *desarrollo integral*" (art. 32.1). Por otra parte, la "*moralidad*" y la "*seguridad*" públicas son criterios en que las autoridades se basarán para "inspeccionar las profesiones y oficios" (art. 39.2). Las compañías, asociaciones y fundaciones está permitido formarlas siempre y cuando "no sean

contrarias a la *moral* o al *orden legal*" (art. 44). En general, puede decirse que el uso que la Constitución colombiana hace de los conceptos indeterminados, en estas áreas, es moderado.

### (iii) COSTA RICA

El Preámbulo, donde los constituyentes dicen que reiteran su "fe en la *Democracia*", es muy breve y más bien intrascendente. Respecto a los derechos proclamados en los artículos del capítulo sobre *Derechos y Garantías Individuales* (Título IV) cabe señalar que: el de asociarse está condicionado a que ello sea para "*finés lícitos*" (art. 25); las reuniones, aun partiendo de la base de que el derecho de llevarlas a cabo es para hacerlo "pacíficamente y sin armas", si "se celebran en sitios públicos serán *reglamentadas* por la ley" (art. 26.2). Como se ve, tampoco la Constitución costarricense es muy profusa en el uso de ese vocabulario.

### (iv) CUBA

El Preámbulo de la Constitución cubana es de los más amplios y altisonantes. Allí se consigna, entre otras muchas cosas, que dicha Carta tiene por objeto "llevar adelante la Revolución... que... realizó las transformaciones *democráticas*, inició la construcción del *socialismo* y, con el Partido Comunista *al frente*, la continúa con el objetivo de edificar la sociedad *comunista*". Partiendo de tal base, se expresa la "voluntad de que la ley de las leyes de la República esté presidida por... el culto de los cubanos a la *dignidad plena* del hombre".

Pero todo queda sujeto a lo que señale el Partido Comunista de Cuba, el cual "es la fuerza dirigente *superior* de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la *construcción del socialismo* y el avance hacia la *sociedad comunista* (art. 5). Como principio general en materia de "libertades", se subraya que "*Ninguna* de las... reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida... contra la existencia y *finés* del Estado socialista ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el *socialismo* y el *comunismo* (art. 61)".

Como se ve, cualquier eventual derecho de los individuos (el texto constitucional no utiliza la expresión "derechos humanos") está subordinado a la construcción del "socialismo" y del "comunismo", según lo que en cada momento entienda adecuado para

eso el Partido Comunista. Las autoridades de este constituyen el único intérprete legítimo, de última instancia, para decir lo que en cada caso sea imputable como contenido normativo práctico a las fórmulas "socialismo" o "comunismo", qué medidas se requirieren para ello. Los dirigentes del Partido son, pues, los intérpretes inimpugnables e irresistibles de esos conceptos indeterminados.

*En síntesis:* no hay derechos *contra* la "Revolución", o sea, frente a lo que las autoridades estatales tengan a bien hacer u ordenar —en bien del "socialismo", naturalmente—.

#### *Comentario (ANTILLÓN).—*

El Redactor analiza el Preámbulo de la Constitución cubana y otras normas, dice que contienen conceptos indeterminados. En toda Constitución hay una gran cantidad, inevitable cantidad, de conceptos indeterminados; también en la Constitución cubana. Pero lo que aquí el Redactor plantea, sobre todo, es su tesis de fondo, que no es semántica sino política, y que se refiere a que, en definitiva, el Partido Comunista decide todo en Cuba; y él parte de una norma, la del art. 5 de la Constitución (*supra*). Yo entiendo que este artículo debe despertar muchas resistencias. Pero de ahí a decir que el Partido Comunista decide todo, y que en definitiva todo —la legalidad del Estado cubano, etc.— depende en último término de la decisión del Partido, me parece que eso no puede resultar de un análisis semántico de la Constitución cubana. Porque la Constitución enumera los órganos del Poder; y no dice aquí, en ninguna parte, que el Partido sea un órgano del Poder.

Es cierto que se usa esta fórmula: "vanguardia organizada marxista-leninista de la clase obrera, (que) es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado" (art. 5). Pero cuando habla, por ejemplo, de la Asamblea Nacional del Poder Popular, menciona expresamente que es el órgano que ejerce el poder "supremo" en la República (art. 67); y luego se refiere a otros órganos que ejercen también el poder, pero este parte fundamentalmente de la Asamblea, Asamblea a la cual no llegan únicamente personas pertenecientes al Partido Comunista; no solo porque la ley electoral lo autoriza, sino porque en la realidad hay una serie de miembros de la Asamblea que son lo que llaman allá "sin partido", o sea, personas que no tienen partido pero que se han destacado en sus comunidades. Y muchas veces la gente ha elegido a los sin partido, en vez de elegir al del Partido, porque consideran que aquellos han trabajado mejor. O bien, eligen a una persona que no siendo del Partido Comunista, sin embargo pertenece a una organización de masas; lo eligen porque ha tenido un buen desempeño, porque es una persona capaz.

*Remisión.*— Para una discusión en torno a estas puntualizaciones (y otras) de ANTILLÓN, *vid.* las intervenciones de HABA y O'DONNELL recogidas *infra*, cap. VII: Ap., iv.

## (v) CHILE

La Constitución chilena es particularmente rica en conceptos indeterminados, de todo tipo. Así, el margen de discrecionalidad que a las autoridades se le concede para limitar los derechos humanos resulta no menos amplio, de hecho, que el que la Constitución cubana le confía al Partido Comunista.

En el capítulo titulado *Bases de la Institucionalidad* (cap. I) se encuentran fórmulas como las siguientes, que corresponden a los tipos (a) o (c) de conceptos indeterminados: "Los hombres nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos" (art. 1.1); "El Estado está al servicio de la *persona humana* y su finalidad es promover el *bien común*", para brindar "a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su *mayor realización espiritual y material*" (art. 1.3); por lo demás, queda entendido que "Chile es una república *democrática*" y que el ejercicio de toda autoridad "reconoce como limitación el respeto a los *derechos esenciales* que emanan de la *naturaleza humana*" (art. 5.2). Ocasionalmente, hasta se habla de "derechos humanos" (art. 9.1), dando por supuesto que estos constituyen la base de la institucionalidad constitucional.

Pero junto a todas esas expresiones, que podrían ser favorables al reconocimiento y protección de los derechos humanos, se encuentran otras, que en su mayoría corresponden al tipo (b) o, en el mejor de los casos, al (c). Así, constituye "deber del Estado resguardar la *seguridad nacional*,... promover la *integración armónica* de todos los sectores de la Nación", etc. (art. 1.5) —concepción organicista—; y se establece la "inconstitucionalidad" de todas aquellas "organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes" sirvan para "propagar doctrinas que *atenen contra la familia, propugnen*... una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter *totalitario* o fundada en la lucha de clases" (art. 8). Quedan asimismo prohibidas, de una manera general, "las asociaciones contrarias a la *moral, el orden público* y a la *seguridad del Estado*" (art. 19.15.3).

También está señalado, para los chilenos, "el deber fundamental de *honrar a la patria*, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la *seguridad nacional* y los *valores esenciales* de la tradición chilena" (art. 22.2). No se dice qué sanciones podrán recaer sobre los chilenos que no lo hagan así, es decir, que no actúen en consonancia con la manera en que las autoridades

interpreten el contenido de estas fórmulas... ¡pero no es difícil averiguarlo! Otras restricciones: se establece que a "los grupos intermedios de la comunidad y a sus dirigentes" les está vedado intervenir "indebidamente en actividades ajenas a sus *finés específicos*" (art. 23.1); se puede prohibir toda "clase de trabajo... que se oponga a la *moral*, a la *seguridad* o a la salubridad públicas, o que lo exija el *interés nacional*" (art. 19.16.4); y en general, es ilícita cualquiera actividad económica que... sea contraria a la *moral*, al *orden público* o a la *seguridad nacional*" (art. 19.21.1).

*En conclusión.*— Es cierto que buena parte de los conceptos indeterminados que contiene la Constitución chilena aparecen también en Constituciones que no son de corte autoritario, así como también es verdad que no todos ellos tienen que ser interpretados siempre en un sentido desfavorable a los derechos humanos. Pero ello no quita que, de acuerdo con las características generales que ofrece dicha Constitución, en el marco de esta resulta particularmente peligroso el grado de discrecionalidad que dichos conceptos le otorgan a la intervención estatal, en prácticamente todas las materias.

#### (vi) HONDURAS

La Constitución hondureña es llamativamente rica en conceptos indeterminados del tipo (a) —aunque algunos de los que transcribiremos podrían más bien ser ubicados, tal vez, en el grupo (c)—. En el Preámbulo encontramos agrupados toda una serie de ellos. Allí se dice que esa Constitución es sancionada "para que fortalezca y perpetúe un estado de derecho que asegure una sociedad política, económica y socialmente *justa* que afirme la nacionalidad y propicie las condiciones para la *plena realización* del hombre, como *persona humana*, dentro de la *justicia*, la *libertad*, la *seguridad*, la *estabilidad*, el pluralismo, la paz, la democracia representativa y el *bien común*". Naturalmente, el grado de indeterminación en cuanto al contenido asignable a tales términos es mayor para algunos de ellos que para otros; por ejemplo, son muchos más indeterminadas las expresiones "justicia" y "bien común" que "estado de derecho" y "democracia representativa".

Varios de dichos términos, o algunos análogos, se reiteran luego en el articulado constitucional. Cf., por ejemplo: art. 1 ("Estado de derecho", "república democrática", "justicia", "libertad", "cultura", "bienestar económico y social"); art. 5 ("El gobierno debe sustentarse en el principio de la *democracia partici-*

*pativa...*"); art. 59 ("La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado"... La dignidad del ser humano es inviolable"); art. 60.2 ("Se declara punible toda discriminación... lesiva a la dignidad humana"); etc.

Esa serie de indicaciones favorables a una interpretación jus-humanista de los preceptos constitucionales en general, se encuentran reforzadas por otras dos disposiciones, de alcance genérico. Allí se subraya el carácter no exhaustivo de los derechos declarados —cláusula expansiva de derechos humanos— y que no será aplicable normativa jurídica alguna que atente contra ellos: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la *soberanía*, de la forma *republicana, democrática y representativa* de gobierno y de la *dignidad* del hombre" (art. 63); "No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidas en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan" (art. 64).

Habida cuenta de todo ese marco constitucional básico, podrían tal vez resultar menos peligrosas algunas otras disposiciones que traen conceptos indeterminados invocables para recortar derechos. Se establece una prohibición, dirigida a los partidos políticos, de "*atentar* contra el sistema republicano, *democrático* y representativo de gobierno" (art. 48); cláusula peligrosa, sin duda, para las libertades políticas. Por otro lado, como un principio limitativo de orden general, se consigna que "los derechos de cada hombre están limitados por los *derechos* de los demás, por la *seguridad* de todos y por las *justas* exigencias del *bienestar general* y del desenvolvimiento *democrático*" (art. 62). Las libertades de asociación y de reunión se garantizan solo en cuanto "no sean contrarias al *orden público* y a las *buenas costumbres*" (art. 78); y se prevé que "Las reuniones al aire libre y las de carácter *político* podrán ser sujetas a un régimen de permiso especial con el único fin de garantizar el *orden público*" (art. 79.2). La propiedad privada se asegura "en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de *necesidad* o de *interés público* establezca la Ley" (art. 103).

*En conclusión.*— Puede decirse que, en líneas generales, la Constitución hondureña ofrece un buen marco de conceptos indeterminados susceptibles de ser desarrollados en sentido favorable a los derechos humanos. Sin embargo, tampoco faltan algunos otros

conceptos indeterminados que bien pueden emplearse, llegado el caso, para restringir libertades, sobre todo las de orden político.

### (vii) MEXICO

La Constitución no es particularmente rica en conceptos indeterminados. De todos modos, el capítulo *De las Garantías Individuales* (Título Primero, cap. I) contiene algunos, como los que indicaremos a continuación. Respecto a la libertad de trabajo ("profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode"), el texto constitucional admite que ella "podrá vedarse... por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad" (art. 5.1). El derecho de reunión tiene como límite —y si lo ultrapasa puede ser considerada "ilegal"— que, cuando ella es para "hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad", su desarrollo sea tal que "no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciese uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee" (art. 9).

En cuanto a la propiedad privada, las expropiaciones de tierras y aguas "sólo podrán hacerse por causa de *utilidad pública*"; y habrá el derecho de imponerle, a todo tipo de propiedad privada, "las modalidades que dicte el *interés público*, así como el de regular, en *beneficio social*, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución *equitativa* de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo *equilibrado* del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana" (art. 27 *in limine*).

*En conclusión.*— Los conceptos indeterminados transcritos son en general del tipo (*b*), y no muy numerosos. Llama la atención, eso sí, la cantidad proporcionalmente alta de aquellos que se introducen para autorizar eventuales limitaciones al derecho de propiedad (pero esto no es grave).

### (viii) PERU

El Preámbulo constitucional presenta una abundancia de conceptos indeterminados mayor aún que el de la Constitución hondureña, no es menos ampuloso que el de la cubana. Se parte de la creencia "en la primacía de la *persona humana* y en que todos

los hombres, iguales en *dignidad*, tienen derechos de *validez universal*, anteriores y superiores al Estado"; en el mismo sentido, después se dirá que "la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado" (art. 1). Luego el Preámbulo agrega, entre otras cosas: que "la *justicia* es el valor primario de la vida en comunidad y que el ordenamiento social se cimenta en el *bien común* y la *solidaridad* humana"; que se quiere "promover la creación de una sociedad *justa, libre y culta*, sin *explotados* ni *explotadores* . . . , donde la economía esté *al servicio del hombre* y no el hombre al servicio de la economía", etc. Se trata de "fundar un Estado *democrático*, basado en la *voluntad popular* y en su *libre* y periódica consulta, que garantice, a través de instituciones estatales y *legítimas*, la plena vigencia de los *derechos humanos*; . . . la dignidad *creadora* del trabajo; la *participación* de todos en el disfrute de la riqueza; la cancelación del subdesarrollo y la *injusticia*", etc. Todo lo dicho está —según se entiende— en armonía con "el propósito de mantener y consolidar la *personalidad histórica de la Patria*, síntesis de los *valores egregios* de múltiple origen que le han dado nacimiento".

La apertura jurídica hacia el reconocimiento de los derechos humanos se encuentra refirmada por una cláusula genérica de tipo expansivo (análoga a la del art. 63 de la Constitución hondureña, pero sin el respaldo que a esta le otorga su art. 64); "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza *análoga* o que derivan de la *dignidad* del hombre, del principio de *soberanía del pueblo*, del *Estado social y democrático de derecho* y de la forma *republicana* de gobierno" (art. 4). En otro lado, todavía, se hace referencia a "los *principios generales* del derecho", los cuales "deben aplicarse", por parte de la administración de justicia, en caso de "defecto o deficiencia de la ley" (art. 233.6).

En cuanto a las restricciones, pueden citarse las siguientes, que en principio son de orden menor: "la inviolabilidad del domicilio" se puede someter a excepciones "por motivo . . . de *grave riesgo*" (art. 2.7); las reuniones en plazas y vías públicas, aunque tengan lugar "pacíficamente sin armas", la autoridad puede prohibirlas si para ello tiene "motivos probados de *seguridad* o de sanidad públicas" (art. 2.10); el derecho de asociación se entiende que es para "asociarse y crear fundaciones con *fines lícitos*" (art. 2.11).

*En conclusión.*— La Constitución peruana se destaca, sobre todo, por su frondoso contenido en conceptos indeterminados del tipo (a), refrendados además por una cláusula expansiva de derechos.

## (ix) URUGUAY

Su Constitución carece de Preámbulo y también su articulado ha prescindido de todo recurso a un lenguaje ampuloso. Mas ella contiene dos disposiciones de tipo expansivo que, no obstante su sobriedad, están en condiciones de cumplir a cabalidad la función de dejar abierta la normativa constitucional al más amplio desarrollo en materia de derechos humanos y hasta a impulsarlo jurisprudencialmente (si los jueces quieren y pueden hacerlo). En efecto, se establece que "la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la *personalidad humana* o se derivan de la forma *republicana* de gobierno" (art. 72). Y esto es reforzado, otorgándole aplicabilidad inmediata, al consignarse que los preceptos constitucionales "que reconocen derechos a los individuos [es decir, incluso los del artículo antes mencionado], así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva sino que ésta será suplida, recurriendo a los *fundamentos* de leyes *análogas*, a los *principios generales* de derecho y a las doctrinas *generalmente admitidas*" (art. 332).

Sin embargo, la Constitución contiene una serie de disposiciones que, si no se sujetan a interpretaciones congruentes con la dogmática jushumanista, pueden dar lugar a extralimitaciones de los poderes públicos. Se trata de preceptos que, aun cuando afirman como principio el derecho respectivo, enseguida admiten la eventualidad de restricciones enunciadas mediante conceptos indeterminados del tipo (*b*). En efecto: la "vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad" no son derechos intangibles, sino que es posible privar de ellos a los individuos, "conforme a las leyes que se establecieren por razones de *interés general*" (art. 7); y solo aquellas "acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el *orden público* ni *perjudican* a tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados" (art. 10.1).

Se señalan restricciones junto a prácticamente cada uno de los derechos reconocidos. Así, el hogar deja de ser "inviolable" para "los casos determinados por *la ley*" (art. 11). Igualmente, la privacidad de la correspondencia de los particulares y en general la de los papeles personales de estos está sujeta a eventuales excepciones "conforme a las leyes que se establecieren por razones de *interés general*" (art. 28). Lo mismo ocurre con el derecho de propiedad ("razones de *interés general*"), del cual además cabe "ser privado... en los casos de *necesidad o utilidad públicas*" (art. 32 *in limine*); y también el derecho al trabajo queda some-

tido a "las limitaciones de *interés general* que establezcan las leyes" (art. 36). La entrada y salida del territorio nacional es "libre... salvo *perjuicios* de terceros" (art. 37.1). El derecho de reunión puede ser desconocido por ley, "en cuanto se oponga a la salud, la *seguridad* y el *orden públicos*" (art. 38); el derecho de asociación no procede si se trata de constituir "una asociación *ilícita* declarada por la ley" (art. 39). Como causa de suspensión de la ciudadanía se señala "el ejercicio habitual de actividades *moralmente deshonrosas*", como así también el "formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la *violencia*, *tendán* a destruir las *bases fundamentales* de la nacionalidad" (art. 80, incs. 5 y 6).

Incluso hay algunas disposiciones constitucionales que podrían dar lugar, en una interpretación antiliberal, a reglamentaciones de tipo totalitario (hasta podrían hacer pensar en algún tipo de medidas análogas a las que PLATÓN propone en *La República*). En efecto, al Estado se le comete la tarea de legislar "en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el *perfeccionamiento físico, moral y social* de todos los habitantes del país" (art. 44.1); asimismo, él "combatirá... los *vicios sociales*" (art. 47). Además: "Todo habitante de la República, sin perjuicio de su *libertad*, tiene el *deber* de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en *beneficio de la colectividad*" (art. 53.2). Corresponde acotar, sin embargo, que de hecho estas disposiciones nunca fueron interpretadas, ni por el legislador ni por los gobernantes del Uruguay, en el sentido totalitario que virtualmente pueden tener desde el punto de vista semántico.

Los Actos Institucionales decretados a partir del golpe de Estado de 1973 incorporan al nivel constitucional una serie de textos muy ricos en conceptos indeterminados, que en general apuntan a incrementar el poder de las autoridades para restringir los derechos individuales. A título de ejemplo, citaremos algunos pasajes del Acto N° 5, que es el que se refiere de una manera más general, y en forma expresa, a la cuestión de los "derechos humanos" (*infra*, cap. IV, Ap.: ix.II). Dicho Acto tiene por objeto "dotar al país de *medios eficientes de defensa* frente a nuevos hechos perturbadores de la *seguridad pública*" (Considerando II), como lo son "la *subversión* y el terrorismo" (Considerando III). El Estado se ve en la necesidad, pues, de edictar unas normas y procedimientos que "persigan la *seguridad interna*, considerada como presupuesto de un *Estado de Derecho* en el que puedan jugar las *fuerzas vivas* de la Nación..." (Considerando V). Por tanto, y sin perjuicio de que "el Estado reconoce los Derechos Humanos

como *expresión natural* del hombre" (art. 1.1), ellos están protegidos "de acuerdo con las regulaciones que imponga el *orden constitucional y legal* para cada caso" (art. 2). Y en tal sentido, "la defensa de los Derechos Humanos e Individuales, que encaran al hombre como *unidad*, debe regularse en función de la *seguridad interna*, que lo encaran *colectivamente* dentro de una organización política y un *orden social*" (art. 3.2).

*En conclusión.*— La Constitución uruguaya de 1967 tiene la virtud de presentar dos disposiciones complementarias que conforman una cláusula expansiva global en materia de reconocimiento y protección jurídica para los derechos humanos. Sin embargo, en las enunciaciones que el texto constitucional va efectuando de distintos derechos individuales, en cada caso los acompaña de conceptos indeterminados (*b*) que podrían dar entrada a peligrosas limitaciones; y hasta hay algunos preceptos que le abrirían al Estado la posibilidad de intervenciones de signo totalitario. Aquella Constitución fue luego complementada por una serie de Actos Institucionales provistos de unos conceptos indeterminados que dejan en manos del Estado la fijación, prácticamente libre, de cualesquiera restricciones que él desee establecer en materia de libertades individuales. [Nota: esta Conclusión es de 1985.]

#### (x) VENEZUELA

El Preámbulo es de contenido casi tan amplio y altisonante como el de la Carta peruana. Señala, entre otras cosas, que la Constitución tiene el propósito de: "asegurar la *libertad*, la *paz* y la *estabilidad* de las instituciones; proteger y enaltecer el trabajo, amparar la *dignidad* humana, promover el *bienestar general* y la seguridad social; lograr la participación *equitativa* de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la *justicia social*, y fomentar el desarrollo de la economía al *servicio* del hombre; (...) cooperar con las demás naciones... sobre la base de... la *garantía universal* de los derechos individuales y sociales de la persona humana...; sustentar el *orden democrático* [más adelante, en el art. 3, se subraya el carácter "democrático, representativo, responsable y alternativo" que debe tener el gobierno] como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la *dignidad* de los ciudadanos...; y conservar el patrimonio *moral e histórico de la Nación*, forjado por el pueblo en sus luchas por la *libertad* y la *justicia*"<sup>(29)</sup>.

(29) *Comentario.*— "Nuestra Constitución siempre ha tenido un preámbulo. Y aunque la mayoría de los constitucionalistas vienen afir-

Desde luego, más importancia normativo-positiva puede revestir la presencia de una cláusula expansiva particularmente fuerte, ya que esta incluso prevé, como en la Constitución uruguaye, la posibilidad de aplicación inmediata de derechos sin reglamentación legal: "la enumeración de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo *inherentes a la persona humana*, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de esos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (art. 50).

En cuanto a las restricciones, pueden señalarse las siguientes, por ejemplo: el "derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad", que se reconoce en principio a todos los individuos, no impide que él pueda ser sometido a "limitaciones... que derivan del *derecho* de los demás y del *orden público y social*" (art. 43); hay derecho de asociarse, pero siempre que sea "con fines *lícitos*", en conformidad con la ley (art. 70); también el derecho de reunión está subordinado a que se practique "con fines *lícitos*", y cuando se efectúen "en lugares públicos se regirán por *la ley*" (art. 71); del mismo modo, el derecho de manifestar queda sujeto a los "*requisitos* que establezca la ley" (art. 115). Se señala asimismo, como una obligación genérica para todos los venezolanos, que "tienen el deber de *honrar* y defender la patria y de resguardar y proteger los *intereses* de la Nación" (art. 51).

*En conclusión.*— Aun cuando la Constitución venezolana habilita, por su Preámbulo y sobre todo por su cláusula expansiva, para darle un buen desarrollo a la protección de los derechos humanos, ella contiene también una serie de otros conceptos indeterminados que pueden dar pie, asimismo, a restricciones perjudiciales<sup>(30)</sup> para aquellos.

---

mando que eso no es sino una declaración gaseosa de filosofía, lo cierto es que, aun siendo así, es demasiado útil para la interpretación. Creo que en el preámbulo, de vez en cuando, se configuran verdaderas disposiciones jurídicas fundamentales, que pueden dar lugar a un recurso aun a falta de norma expresa. También el preámbulo cumple una función" (TOVAR). *Vid.* además el comentario de BREWER que recogimos antes: *supra*, § 21.V *in limine*.

- (30) *Comentario.*— "Aquí tenemos que hacer referencia a que la regulación de los derechos humanos es materia de reserva legal. Al menos así es en Venezuela. Por tanto, frente a esta afirmación de que puede haber "restricciones perjudiciales", debe destacarse que ello queda en manos del *legislador*; no queda a juicio de cualquier nivel de determinación" (BREWER). *Vid.* también las observaciones de BREWER transcritas *supra*, § 21.III.

## Capítulo IV

### DEL DERECHO INTERNACIONAL A LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS INTERNOS, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

*Covenants, without a Sword, are but words.*

HOBBS

*The notion of international concern with the rights and liberties of man as a deliberate and active policy hardly represents either political demands or historical realities. Neither as an idea, nor as a movement, is international concern with human rights anywhere near the center either of thought or action, and as an emergent ethos it still has to find a context in which to grow and evolve. Measured by the quality and quantity of the supporting intellectual effort and material assistance, the idea is no more than of marginal interest and importance. Nowhere has such concern come to the forefront of national policy. Today, international concern with human rights is at best an indefinite force pursuing indefinite ends. Nor can repression of freedom and justice which inheres in the nature of a social and political*

*system be exorcised by exhortation and moral pressure. An international community truly concerned with the preservation of freedom of speech, conscience and assembly, for example, must of necessity also be concerned with the sociology of a nation's internal order.*

M. MOSKOWITZ

*En cuanto a lo que ordinariamente se denomina derecho de gentes, es cierto que, sin sanción, sus leyes no son más que quimeras y todavía más débiles que la ley de la naturaleza; por lo menos esta habla al corazón de los particulares, mientras que las decisiones del derecho de gentes, que no tiene más garantía que la utilidad del que a él se somete, solo son respetadas cuando el interés las confirma.*

ROUSSEAU

*La mayor parte de las sociedades no son deficientes en cuanto a sus valores, sino en cuanto a la realización de estos; están*

*comprometidas, en mayor o menor grado, con conjuntos de valores que pocas intentan aplicar.*

#### A. ETZIONI

*Reconnaitre en principe ces droits ne coûte rien, et finalement tous les Etats membres de l'O.N.U. les reconnaissent par leur adhésion à cette organisation. Sont-ils nombreux à les respecter effectivement? Là est la question...*

#### J. FREUND

*Cualquiera puede ver que pese al jus cogens y a todo el revoltillo de la legalidad internacional, pueden cometerse impunemente las mayores iniquidades en nombre de una ideología, siempre que esta sea dominante.*

#### P. MERTENS

*Certes, l'Etat est obligé; mais à ce qu'il peut, avec les moyens qu'il peut, conservant toute latitude quant à la mise en oeuvre de l'affirmation internationale des droits à laquelle il souscrit, et d'obligations qui ne sont que de lointain résultat et non des moyens.*

#### J. MOURGEON

*El tercer escalón, el de la realización, es lo verdaderamente interesante, después de tanto preámbulo, luego de tantas promesas sobre el papel, proclamaciones y discursos de día feriado. ¿Qué es lo que, de todo eso, consigue llegar realmente a la base? ¿La actividad se li-*

*mita a la casa que está al costado del East River y al bello palacio de la Sociedad de Naciones? Allí resulta fácil, desde luego, hablar sobre derechos humanos, mientras uno se mueve en elegantes salones de los pasos perdidos. Pero, ¿qué hay por encima de eso, qué efectos reales tienen esas cosas?*

#### Ch. TOMUSCHAT

*Pero el hecho de que la tarea sea difícil no nos debe hacer desfallecer; no nos debe conducir al cinismo al que han llegado algunos que deberían saberlo mejor: debe hacernos trabajar aún más arduamente. Porque cualquier éxito en el campo internacional de los derechos humanos, por pequeño que sea, hará de este mundo un lugar un poco mejor para vivir. Y esto es, al fin de cuentas, para lo que es la ley.*

#### Th. BUERGENTHAJ

*Il ne faut cependant pas se leurrer: le droit international n'est pas par lui-même une panacée. Il risque de n'être qu'un alibi et les droits internationaux de l'homme sont eux-mêmes menacés d'être dérisoires s'ils ne sont que cette récitation conjuratoire destinée à chasser de la mauvaise conscience des hommes les images sordides des violations quotidiennes qui leur sont apportées. Si bien, qu'en définitive, ce rite incantatoire ne serait que le camouflage d'inégalités profondes, destiné à dissimuler derrière un schéma*

*harmonieux d'un Homme abstrait, les diverses situations concrètes, les différences cruelles entre les conditions. Nous touchons ici à l'économique et au social.*

R. J. DUPUY

*Algunas veces hay incluso instrumentos internacionales —que suelen tener primacía sobre la legislación interna— para confirmar y aun reforzar esas garantías. Puede lamentarse, no obstante, su carácter muy a menudo abstracto y el hecho de que no se considere aquí el hombre concreto, específico, dotado, situado en su realidad social.*

P. MERTENS

*La question la plus apparente et la plus souvent posée est évidemment celle de savoir s'il est possible qu'un ensemble juridique et idéologique tel qu'en constituent les droits de l'homme soit mis en oeuvre de façon satisfaisante par des organes po-*

*litiques, c'est-à-dire par des organes mis par des intérêts politiques.*

M. VIRALLY

*Even though the human rights activities of the United Nations seem to minister more to our illusions than to illustrate reality, they are contributing toward the creation of vital ideas in conflict.*

M. MOSKOWITZ

*Del mismo modo que el hombre ágrafo y su tribu primitiva van de la mano, y el noble guerrero apenas puede ser comprendido fuera del contexto de muchos pequeños feudos en pugna, el ciudadano activo —consciente, comprometido y políticamente eficaz— no puede ser perfilado fuera de una sociedad activa. Como la sociedad activa será posnacionalista, el ciudadano activo será cosmopolita.*

A. ETZIONI(\*)

\* \* \*

---

(\*) Las citas que encabezan este capítulo corresponden respectivamente a:

- Thomas HOBBS, *Leviathan*, cap. 17 *in limine*. La oración completa dice, traducida al castellano: "Y los pactos, sin una espada, no son más que palabras, y carecen de toda fuerza para proteger al hombre".
- MOSKOWITZ: "La idea del interés internacional por los derechos y libertades humanos, en cuanto política deliberada y activa, representa poco las exigencias políticas o las realidades históricas" (p. 65). "Ni como idea, ni como movimiento, el interés internacional por los derechos humanos se encuentra de alguna manera próximo al centro de los pensamientos o de la acción; y en cuanto base cultural (*ethos*) emergente, esta aún

por hallar un contexto en donde crecer y evolucionar. Medida por la calidad y cantidad del esfuerzo intelectual y asistencia material que la respaldan, la idea no es sino de interés e importancia marginales. En ninguna parte tal interés ha llegado a ocupar el primer plano de la política nacional" (p. 61). "En la actualidad, el interés internacional por los derechos humanos es, en el mejor de los casos, una fuerza indefinida que persigue fines indefinidos" (p. 63). "La represión de la libertad y de la justicia, que es inherente a la naturaleza de un sistema social y político, tampoco puede ser exorcizada mediante exhortaciones y presión moral. Una comunidad internacional y verdaderamente interesada en preservar la libertad de expresión, conciencia y reunión, por ejemplo, necesariamente tiene que interesarse también en la sociología del orden interno de una nación" (p. 64).

- ROUSSEAU, p. 60-61.
- ETZIONI, p. 19.
- "Reconocer en principio esos derechos, nada cuesta; y, finalmente, todos los Estados miembros de la O.N.U. los reconocen, por adherir estos a esa organización. Pero, ¿son muchos aquellos que los respetan efectivamente? Es ese el asunto..." (FREUND, p. 155).
- MERTENS, p. 254.
- "Claro, el Estado está obligado; pero a lo que él pueda, con los medios que pueda, conservando cualquier latitud en cuanto a la ejecución de la afirmación internacional de los derechos que suscribe, y de unas obligaciones que son solo de resultado remoto y no de los medios" (MOURGEON, p. 82-83).
- "*Die dritte Stufe, die Implementierung, ist das eigentlich Interessante nach so viel Vorrede, nach so viel Versprechungen auf Papier, Proklamationen und Feiertagsreden. Was von alldem kommt eigentlich an der Basis an? Beschränkt sich die Aktivität auf das Haus am East River und den schönen Völkerbundspalast? Dort ist es sicher leicht, über Menschenrechte zu reden, wenn man sich elegant in Wandelhallen bewegt. Aber was geht darüber hinaus, welche effektive Wirkung haben diese Dinge?*" (TOMUSCHAT, p. 13).
- BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, p. 361.
- "Pero no hay que hacerse ilusiones: el Derecho Internacional no es por sí mismo una panacea. Corre el riesgo de no ser más que un alibi, y los derechos humanos internacionales mismos están amenazados de ser insignificantes si son solo ese recitado conjuratorio destinado a ahuyentar de la mala conciencia de los hombres las imágenes sórdidas de las violaciones cotidianas de que aquellos son objeto. De manera tal que, en definitiva, este rito de encantamiento no sería sino el camuflaje de desigualdades profundas, destinado a disimular detrás de un esquema ar-

---

monioso de un Hombre abstracto, las diversas situaciones concretas, las crueles diferencias entre las condiciones. Aquí nos encontramos con lo económico y lo social" (René-Jean DUPUY, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie...*, p. 395).

- MERTENS, p. 250.
- "La cuestión más ostensible y más a menudo planteada, es evidentemente la de saber si es posible que un conjunto jurídico e ideológico como el que constituyen los derechos humanos sea puesto en ejecución de manera satisfactoria por unos órganos políticos, es decir, por órganos movidos por intereses políticos" (VIRALLY, p. 329).
- "Aun cuando las actividades de las Naciones Unidas dan la impresión de servir más a nuestras ilusiones que para ilustrar la realidad, están contribuyendo a la creación de ideas fundamentales en combate" (MOSKOWITZ, p. 66).
- ETZIONI, p. 17.

## SUMARIO:

*A) El discurso del Derecho Internacional:* 27. Naturaleza de las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos. 28. El nivel de eficacia de los Instrumentos. 29. Relaciones dogmáticas entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Derechos internos. 30. Excurso: Análisis de dos cuestiones (monismo/dualismo, voluntarismo/no-voluntarismo) transportándolas al nivel metadogmático.

*B) Normativa constitucional:* 31. Posición general de las Constituciones latinoamericanas. 32. Discusión: normativa internacional y realidad constitucional. 33. Sugerencias para la normativa. 34. Heurística. 35. Disposiciones constitucionales. 36. Conclusiones generales.

*Apéndice:* Semántica constitucional.

*Literatura escogida:*

BUERGENTHAL/TORNEY, Los Derechos Humanos (esp. caps. III y IV). BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, La Protección de los Derechos Humanos en las Américas (esp. caps. I y VII). R. DÍAZ, Protección internacional de los derechos humanos. ETZIONI, La Sociedad activa (Parte quinta). GONZÁLEZ, Panorama de los derechos humanos (Primera Parte). HABA, Relaciones jerárquicas entre Derecho Interno y Derecho Internacional. HART, El concepto del derecho (cap. X). HENKIN, The International Bill of Rights (esp. los estudios de KISS, SCHACHTER y ROBERTSON). KELSEN, Teoría pura del derecho (cap. VII). KISS, Le Droit International peut-il encore être considéré comme volontariste? MONTEALEGRE, La Seguridad del Estado y los derechos humanos (esp. caps. 31, 32 y 33). MONTEALEGRE/MERA, La protección internacional y la desprotección interna de los derechos humanos (esp. Parte I). MOSKOWITZ, Toward an Integrated Approach to International Human Rights. MOURGEON, Les droits de l'homme (esp. p. 78 ss. y 114 ss.). RADIRUCH, Introducción a la Filosofía del Derecho (# 35). ROUSSEAU, Escritos sobre la paz y la guerra (esp. p. 35-48). SENGHAAS, Zur Analyse internationaler Politik. SOHN, The New International Law. TOMUSCHAT, Menschenrechtssicherung in der Internationalen Praxis. VASAK, Les dimensions internationales des droits de l'homme (esp. Subparte I y cap. 2 de la Subparte II, en la Parte II). VIRALLY, Droits de l'homme et théorie générale du droit international.

## Sección A): EL DISCURSO DEL DERECHO INTERNACIONAL

### § 27. Naturaleza de las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos

#### SUMARIO:

- I. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: generalidades.
- II. Concepto de "obligación" internacional de derechos humanos.
- III. Indeterminaciones en el plano intensional.

#### I

De acuerdo con el marco conceptual del presente trabajo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede servir como un *tertium comparationis* para analizar las Constituciones (*supra* § 1.I). Ahora bien, los instrumentos que componen ese Derecho son entendidos, como toda formulación jurídico-positiva, en función de principios elaborados por la dogmática de sus intérpretes (cf. ESSER, *Principio...*). Los juegos lingüísticos correspondientes, las normas, no existen sino como precipitado de tal dogmática, aun cuando esta recibe un material, los textos oficiales, que condiciona esa elaboración a que ella lo somete. El discurso de los juristas en materia de derechos humanos, incluso el de quienes manejan textos constitucionales, depende siempre, en mayor o menor medida, de dicha elaboración. Y aunque esta se maneja fundamentalmente en el plano de la semántica, puede muy bien llegar a tener (o no) importantes efectos pragmáticos (*supra*, § 10.I *in fine*).

Comenzamos presentando algunos elementos de esa dogmática<sup>(1)</sup>, sobre todo relativos a la manera en que, según

---

(1) En realidad, la elaboración doctrinaria del Derecho Internacional está muy lejos de resultar satisfactoria si la examinamos desde á-

ella, cabe concebir las relaciones entre lo que disponen los pactos internacionales de la materia y los preceptos constitucionales. Los criterios que aquí (I) señalaremos corresponden a determinadas tendencias, aquellas que hemos denominado jushumanistas, afines con el marco conceptual de nuestro estudio. Prescindimos de la discusión con otras tendencias, y aun de diferencias de matices en el seno de la que recogemos; pero después (II y III; e *infra*, esp. § 30) la someteremos a análisis metalingüísticos.

Se ha dicho que el tema de los derechos humanos, nacido dentro del Derecho Constitucional y luego expandido hacia el Derecho Internacional, en nuestros tiempos retorna a la casa del Derecho Constitucional, "como el hijo pródigo" (VIDAL), pero enriquecido ahora por el desarrollo alcanzado durante todos esos trayectos. La imagen es pertinente para destacar cuáles son las relaciones entre el Derecho Internacional sobre derechos humanos y el Derecho Constitucional, al menos en la dimensión de un ideal jurídico. En efecto, si nos ubicamos en el plano de la dogmática jurídica que se aplica a sistematizar los Instrumentos, es congruente sostener —como señala MONTEALEGRE— que todo Estado, en cuanto parte de las Naciones Unidas, queda "obligado" (dimensión semántico-hermenéutica) a

---

gulos *analíticos* (*supra*, § 9.11). Por lo general, ella consiste en discursos de tipo *normativista*, vale decir, que en lo fundamental hacen abstracción de la realidad política, sustituyéndola por una representación exegético-parafraseante de los textos oficiales del Derecho Internacional —y, desde luego, sin explicitar los vastos ámbitos semánticos que ofrecen tanto estos como las susodichas paráfrasis—. No menos que las obras de Derecho Internacional general, también los estudios habituales sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos suelen adolecer de esta orientación escapista. Por eso, no queremos dejar de señalarle al lector dos Tratados de Derecho Internacional que, al parecer (no tuvimos la posibilidad de consultarlos), permiten acceder a una visión más realista sobre tal ordenamiento: ROSS (Alf), *A Textbook of International Law. General Part*, London, 1917 [versión alemana: *Lehrbuch des Völkerrechts*, Stuttgart-Köln, 1951]; FALK (Richard)/MENDLOWITZ (Saul), Editors, *The Strategy of World Order, vol. 2: International Law* New York, 1966. [Sobre razonamiento normativista en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cf. esp. la Tesis 5 (con su Ampliación) presentada *infra*, § 28.VII.]

tres cosas: i) a respetar los derechos humanos; ii) a reconocer que estos escapan a su jurisdicción doméstica, que el rango de ellos va más allá del Derecho interno; iii) que la paz y seguridad, tanto en las esferas internas como en la internacional, se basan en el respeto a los derechos humanos, esto es, que el Estado que los viola crea un problema interno y también para la comunidad internacional.

El orden jurídico interno y el internacional conforman, en esa perspectiva, una estructura de sentido unitario, quedan solidariamente comprometidos a proteger los derechos humanos (*supra*, § 2 *in limine*). Pues se puede afirmar que el Derecho Internacional Público tiene hoy, además de la dimensión que se refiere a las relaciones entre los Estados mismos, una segunda dimensión, nueva: la de las obligaciones de los Estados frente a sus propios súbditos, precisamente en materia de derechos humanos. Respecto a este plano, hasta puede entenderse que la persona humana ha pasado a ser ella misma, en cierta manera, un sujeto de Derecho Internacional. En algunos aspectos, pues, la violación de derechos humanos no es solo una cuestión entre el gobierno que los ataca y la víctima; ahora ello puede constituir, asimismo, un problema entre dicha persona y la comunidad internacional. También esta se hace responsable de la defensa de esos derechos, por lo menos en principio.

"La introducción de la protección de los derechos humanos en el orden jurídico internacional no implica simplemente una modificación del contenido del Derecho Internacional; es la definición misma de este Derecho que vuelve a ser cuestionada. El Derecho Internacional no puede más ser definido como el Derecho de las relaciones internacionales o de la sociedad de los Estados. El se presenta, en adelante, como el Derecho de la sociedad humana universal, o global, que comprende dos partes esenciales: de un lado, el estatuto fundamental del hombre en el interior de las diferentes unidades políticas que este ha constituido históricamente y que se gobiernan en forma independiente; y, de otro lado, el Derecho de las relaciones entre estas distintas unidades políticas" (VIRALLY, p. 329).

"Se va abriendo paso cada vez más la concepción de que sujeto de derechos y obligaciones del Derecho Internacional Público no son solo los Estados, no únicamente organizaciones políticas de la vida internacional, sino que también pueden serlo los individuos" (RADBRUCH/SWEIGERT, p. 229).

"La idea de que los Estados son los únicos sujetos de Derecho Internacional es un principio de la doctrina positivista imperante en el siglo XIX y a comienzos del presente, que hoy ya no es aceptado. El individuo es ahora considerado, en algunos aspectos, como sujeto de obligaciones y derechos directamente establecidos por el Derecho de Gentes. (...) En primer lugar, el Derecho de Gentes ha introducido a sus normas un elemento sustantivo nuevo, cual es el reconocimiento de la dignidad de la persona, con lo que el individuo se incorpora progresivamente a un papel de sujeto del Derecho Internacional y se le reconocen derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por los otros sujetos del Derecho Internacional, en especial los Estados. Esta vía de asimilación de los derechos humanos es por *extensión*, ya que significa expandir las normas del Derecho Internacional a un campo nuevo, cual es la dignidad de la persona, antes no considerada temática y directamente como un objeto jurídico separado [dentro] del Derecho Internacional. En segundo lugar, los derechos humanos se han convertido en materia del Derecho Internacional porque su vigencia o desconocimiento, en especial colectivos, repercuten en un objeto jurídico tradicionalmente considerado por el Derecho de Gentes, y que es la paz internacional. Esta perspectiva de interés en los derechos humanos es, pues, por *inclusión*, en cuanto se trata de un asunto que hoy se estima esencialmente envuelto en la preocupación tradicional del Derecho de Gentes por mantener la paz entre los Estados" (MONTEALEGRE, p. 342 y 654).

Se ha señalado que mientras en el "período clásico", que va desde finales de la Edad Media hasta el siglo XII, es el Estado nacional quien aparece como protector exclusivo de los derechos, más recientemente se pasa a una etapa, el "período contemporáneo", donde es la Comunidad Internacional quien aparece como protector principal. El primero de esos dos períodos presenta como características básicas que: (a) el Estado ejerce una competencia discrecional frente al nacional, y (b) el Estado ejerce una competencia reglamentaria frente al extranjero. En el nuevo período, en cambio, las características básicas son: (a) la presencia de una normativa internacional (término de la exclusividad estatal), y (b) el Estado nacional queda relegado al papel de protector residual. (R. DIAZ, p. 194-199)

Luego de la Segunda Guerra Mundial, y ante las notorias insuficiencias de la protección interna, se asiste a ensayos de internacionalizar la protección. Esos ensayos comprenden experiencias de tipo universal y tentativas regionales (*ibid.*, p. 200 ss.). El ensayo más fructífero, en tal sentido, indudablemente es el de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ella, "los derechos y las libertades del individuo en relación a su propio Estado son el objeto directo de un tratado internacional. Pero ello tiene una consecuencia importante, que consiste en que la relación individuo-Estado deja definitivamente el campo de los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna y se convierte en materia de un compromiso internacional, que tiende no solo a declarar los derechos consustanciales, sino a establecer un mecanismo eficaz de protección.

"Sobre el Estado Parte pesan tres tipos de obligaciones. La primera se refiere al poder normativo: los Estados están obligados a adaptar su legislación interna a las disposiciones de la Convención. La segunda, las autoridades nacionales deben actuar sin atentar contra los derechos y las libertades enunciadas o declaradas en la Convención. La tercera se refiere a la aceptación de los mecanismos de protección, por lo menos de uno de ellos, que nosotros hemos denominado de coordinación, y que consiste en que todos los Estados que suscribieron la Convención se han constituido en garantes colectivos del respeto de los derechos enunciados en ellos" (*ibid.*, p. 204).

Se considera, en fin, que los principios generales de la dogmática de los derechos humanos conforman algo así como el precipitado de una "conciencia de la humanidad", manifestada en la Declaración Universal<sup>(2)</sup>. Dicha legitimación es invocada entonces para fundar el reclamo de que las Constituciones recojan una normativa como la formulada en los Instrumentos y, más aún, que la práctica misma de los Estados se adecúe lo mejor posible a ello. Por otro lado, el mismo fundamento de tipo universalista sirve de apoyo

---

(2) No plantearemos aquí la pregunta acerca de si la expresión "conciencia de la humanidad" debería ser tomada en un sentido rigurosamente empírico (y, por tanto, ser susceptible de contrastaciones científicas) o si se trata más bien de una formulación de sentido metafórico (emparentada, por ejemplo, a ideas del romanticismo jurídico, como ese "espíritu del pueblo" de que hablaba la Escuela Histórica del Derecho: HUGO, SAVIGNY, etc.). Y lo mismo cabría observar respecto a otras expresiones: p. ej., "comunidad internacional"; difícilmente puedan ser tomadas al pie de la letra ("tribalismo", etc.: *infra*, § 28.I).

para la actuación incluso de una serie de organismos no gubernamentales —Amnistía Internacional, Comité Internacional de la Cruz Roja, International League for Human Rights, Comisión Internacional de Juristas, etc.— que procuran alcanzar una mejor defensa de los derechos humanos ante los Estados.

## II

En el lenguaje de los juristas del Derecho Internacional, se dice que, en función de este, los Estados tienen la "obligación internacional" de hacer ciertas cosas y de no hacer otras. Según veremos después (*infra*, § 28), esas obligaciones son, en líneas generales, una especie de consejos, de *exhortaciones* a las autoridades de los Estados. Son estos, en definitiva, quiénes deciden cómo entenderán tales consejos, en qué forma y en qué medida procederán o no en consecuencia con ellos. Por supuesto, no *cualquier* recomendación dirigida a los gobernantes de un Estado significa lo que se llama una "obligación" internacional. Al invocar esta categoría, los juristas acuden a ella en el marco de unos juegos lingüísticos *específicos*, justamente aquellos que constituyen el discurso denominado Derecho Internacional.

Dicho discurso está sometido a unas normas institucionales de formación y a unas reglas de utilización que permiten identificarlo bastante bien como tal, vale decir, distinguirlo de otros discursos (jurídicos o no jurídicos). Lo que está en discusión no es, en realidad, si hay "algo" a lo que pueda *calificarse* de Derecho Internacional, sino una más ajustada *descripción* de ese "algo": cuestiones relativas a sus caracteres semánticos propios, a sus alcances prácticos, a su rango en escalas valorativas, etc.

"...las fuentes de duda respecto del derecho internacional son más profundas y más interesantes que estas opiniones equivocadas sobre el uso de las palabras. Además, las dos alternativas que esta vía sumaria de tratar el problema ofrece ('¿Observaremos la convención lingüística existente o nos apartaremos de ella?') no son exhaustivas; porque, al lado de ellas, está la alternativa de

explicitar y examinar los principios que han guiado el uso existente. (...) [M]ientras que la asignación de nombres propios descansa *únicamente* en una convención *ad hoc*, la extensión de los términos generales de cualquier disciplina sería nunca carece de su principio o fundamento racional, aunque puede ocurrir que este no sea obvio. Cuando, como en el caso presente, la extensión es cuestionada por quienes dicen: 'Sabemos que se lo llama derecho, pero ¿es realmente derecho?', lo que se pide —sin duda es forma oscura— es que se explicite el principio y se examinen sus credenciales. (...) [Las] formas de duda surgen de una comparación adversa entre el derecho internacional y el derecho nacional, que es considerado como el ejemplo claro, típico, de lo que el derecho es" (HART, p. 265-266).

Sea como sea, resulta indudable que el Derecho Internacional no es un discurso librado al simple capricho de los locutores, sino que aquel

*"tiene carácter institucional. Hay métodos institucionales de procedimientos tanto para la adopción de normas generales como para la decisión jurídica de controversias"* (ROSS, p. 59).

Esto sin perjuicio de que también él,

*"como el derecho de las asociaciones, carece de reglas institucionales para la aplicación de sanciones mediante la fuerza física"* (i. l.).

Lo que vamos a preguntarnos, pues, no es si "existe" un Derecho Internacional<sup>b</sup> de los Derechos Humanos. Dando por supuesto que lo hay, queremos precisar en *qué* consisten las "obligaciones" que, según se entiende en tal discurso, emanan de él<sup>(3)</sup>.

---

(3) Claro que ese "hay" podría entenderse de distintas maneras. Podemos tomar como referencia, por ejemplo, un concepto general de "obligación" jurídica como el que resulta del análisis de lenguaje efectuado por HART respecto al uso de dicho término: cf. su cap. V.2, esp. los tres "factores" básicos señalados en p. 107 *in fine*-109. Aplicando ese concepto al examen de lo que es el Derecho Internacional, HART concluye luego que este es "obligatorio" (en el

Desde el punto de vista del Derecho Internacional mismo, o sea, de sus locutores especializados (juristas, diplomáticos, etc.), ese lenguaje está sujeto a ciertas reglas de su empleo que indican, según convenciones semánticas internalizadas por dichos locutores, qué requisitos han de darse para que una conducta aconsejada a las autoridades estatales reciba el título de internacionalmente "obligatoria". Por lo que se refiere a nuestro campo, el de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, esta categoría del lenguaje jurídico suele referirse a exhortaciones contenidas en los Instrumentos. Para todo aquello que en un Instrumento se le señala a los Estados que deben hacer o que deben abstenerse de hacer, ya sea en forma directa —diciendo, ese texto, que tales o cuales tareas corresponden al Estado— o indirecta —diciendo que los individuos tendrán

---

sentido (apuntado) —y que, en consecuencia, es "derecho"—, pues "tanto en el pensamiento como en el lenguaje, lo que estas reglas prescriben aparece como obligatorio; hay presión general para que las reglas sean acatadas; las pretensiones y los reconocimientos se basan en ellas, y se considera que su violación justifica no solo insistentes demandas de compensación, sino represalias y contramedidas. Cuando se hace caso omiso de las reglas, no es sobre la base de que no son obligatorias; por el contrario, se realizan esfuerzos por ocultar los hechos. (...) [El] hecho de que pueda obtenerse siquiera eso, demuestra que no es posible concluir, por una deducción simple, que porque el Derecho nacional o interno —ubicado en un cierto contexto de hechos físicos y psicológicos— necesita sanciones organizadas, el Derecho Internacional, que no las tiene —y que está ubicado en un contexto muy diferente—, no impone obligaciones, no es 'obligatorio', ni merece, por lo tanto, ser llamado 'derecho'" (p. 271).

Sin embargo, cabe acotar, esos "esfuerzos por ocultar los hechos" no son necesarios, por lo que particularmente se refiere al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino en la medida en que los hechos no quepan dentro del holgado ámbito semántico que a las autoridades estatales le ofrecen los conceptos indeterminados de dicho Derecho (*infra*, III). Por otro lado, también respecto a este habría que preguntarse si no se dará allí, acaso, un fenómeno que ha sido observado en otras instituciones, las cuales

"subsisten en una 'obligatoriedad no obligatoria', categoría con la cual (Arnold) GEHLEN... concibe a aquella forma cultural 'que es obligatoria en la medida en que nadie la ataca y que muchos se dejan influir por ella, pero que carece de consecuencias en el sentido de que de ella no parte ningún impulso como no sea en la dirección de su propia reproducción, y nadie se siente revitalizado y fortificado por ella'" (SCHELSKY, *El hombre...*, p. 127).

tales o cuales derechos, esto es, que el Estado ha de respetárselos o proporcionárselos—, se presupone (regla semántica) que eso puede denotarse también mediante la ficha lingüística "obligación", acompañada del señalamiento de la conducta estatal respectiva; queda de tal modo entendido, allí, que esta palabra significa que dicha conducta es la aconsejada, con base precisamente en el texto de referencia.

Según usos lingüísticos corrientes entre juristas de la materia, pues, se dice que hay *obligación* internacional de los Estados Partes de un Instrumento:

- cuando ese mismo documento internacional utiliza tal expresión (o sinónimos: "debe", "proporcionará", etc.) para señalar una clase de conductas estatales;
- o cuando, procediéndose a una transformación lingüística (de acuerdo con reglas del juego que los locutores admiten para ese discurso), allí donde dicho texto enuncia un "derecho" se presupone que, como contracara de este, hay una "obligación" estatal.

Para ambas variantes, que son complementarias, los juegos de lenguaje que constituyen el concepto de "obligación internacional" quedan así explicitados (reconstruidos) de una manera bastante definida, según creemos. Estas reglas lingüísticas bastan, en general, para dar cuenta— en forma meramente descriptiva, avalorativa— de los usos jurídicos más habituales de dicha expresión<sup>(4)</sup>. Lo que *no* queda pre-

---

(4) Nuestra definición no es contradictoria con la de HART (*supra*, n. 3), sino que, si se quiere, denota la misma "cosa", aunque desde otro ángulo. Por circunscribirse nuestra conceptualización a un tipo particular de obligaciones internacionales, las de derechos humanos, pone el acento en los Instrumentos como fuentes específicas de tales obligaciones; además, se concentra sobre un ángulo *lógico-semántico* de los juegos lingüísticos correspondientes a las reglas en cuestión, antes bien que en las aristas psicológico-sociales de dichos juegos subrayadas por HART. En ese sentido, nuestra delimitación se halla tal vez más cerca del concepto de "obligación" que presenta KELSEN (*Teoría pura...*, # 28); pero se aparta de este por cuanto ella no presupone necesariamente un vínculo con sanciones coactivas. (Ese vínculo lleva a que KELSEN, un tanto artificialmente, trate

cisado, con ello, es: a) la "intensión" semántica (*infra*, III) particular de cada una de las formulaciones —por ejemplo, la de cada artículo de un Instrumento— a las que se adjudicará ese calificativo de "obligación"; b) tampoco, qué dimensión pragmática puede corresponder (o no) a tal calificación por sí misma, y mucho menos aún qué dimensiones pragmáticas son correlativas a cada una de aquellas "intensiones" particulares. Lo que hemos querido precisar es el concepto genérico de "obligación internacional", como marco categorial básico común a todas (o a la mayoría de) las que son señaladas como tales en la dogmática de los derechos humanos. Resta por saber, a partir de allí, cuál es el contenido semántico específico, diferencial, que caracteriza a cada una de ellas por su propia parte, lo que las distingue entre sí, su respectiva "materia" (SHUE). Pero esa cuestión no es otra, precisamente, que el problema de averiguar qué significa cada uno de los derechos humanos, temática que abordaremos (respecto a algunos de ellos) en la Segunda Parte de esta obra.

### III

En síntesis: de acuerdo con juegos lingüísticos del Derecho Internacional, son acreedoras al rótulo "obligación internacional" estatal de derechos humanos aquellas conductas, activas o pasivas, que en el texto de los Instrumentos se le aconseja seguir a órganos del Estado, para ciertas relaciones —ya existentes o eventuales— entre estos y personas humanas; exhortaciones que en el discurso jurídico se expresan acudiendo a las palabras del propio Instrumento invocado, pero también mediante paráfrasis o interpretaciones de ellas. Ahora bien, tal manera de identificar las

---

de hallar tales tipos de sanciones como propias también de la esencia del Derecho Internacional: cf. *ibid.*, # 42. Cf. también la crítica de HART sobre la concepción del Derecho como un orden esencialmente coactivo: p. 102 ss. y 268 s.). *Vid.* además, para el sentido del término "obligatorio" en el lenguaje de los juristas internacionales, la discusión que presenta MONTEALEGRE, cap. 32.1.a.

obligaciones internacionales, que es la que *de hecho* sigue la dogmática de la materia (hemos prescindido de considerar la cuestión, más excepcional, del llamado *jus cogens*: cf. *infra*, n. 6), significa que el problema de la "existencia" o "inexistencia" de una obligación de ese tipo, en su calidad de tal, es algo que se dilucida en el plano de la *semántica*: discurso de los Instrumentos mismos y paráfrasis de estos. Más exactamente, se trata de la dimensión *intensional* (CAR-NAP) de ese plano.

La intensión (con *s*) de un predicado es el significado abstracto que a este le dan sus usuarios. Se trata de la o las propiedades (notas conceptuales) que él mienta, según ello es aprehendido en función *exclusivamente* del conocimiento que los locutores tienen de las reglas semánticas que presiden el uso del lenguaje respectivo. O sea, que el sentido intensional de un enunciado *no* depende de una averiguación sobre la *existencia* de las "cosas" a que él se refiere. Ese sentido, *qua* significado de lo que se está diciendo, no resulta del hecho de que tales propiedades existan o no existan, no consiste en el conocimiento de si hay algún o algunos objetos que las posean realmente. Para comprender la *intensión* del enunciado no se necesita conocer más que las reglas de los juegos lingüísticos respectivos, no cuáles de las cosas que él menciona se den en la realidad; y hasta podría no existir ninguna de estas, sin que por ello resulte alterada la intensión *misma*. La cantidad (0 ó 1 ó 2 ó ... n) de las "cosas" que en la realidad existan correspondientes a lo que el predicado dice en su intensión, a diferencia de esta, constituye lo que se llama la *extensión* de ese predicado. Por ejemplo: si digo "Hay gente que prefiere los sobretodos con botones dorados", eso se *entiende* (intensión) aunque ni yo ni mi interlocutor sepamos si efectivamente *existen* (extensión) una o más personas que tengan tales gustos, y con independencia también de si hay o no hay (extensión) sobretodos que tengan botones de ese color. Del mismo modo, si digo "Las personas que están en tales condiciones tienen cuales derechos", tal formulación se comprende aun en el caso de ignorar verdaderamente si existen individuos

que estén en esa situación (cuántos son, cuáles son, etc.) o si, supuesto que los haya, tendrán la posibilidad real de hacer efectivos esos derechos. Una cosa es *entender* lo que se dice —por ejemplo, unas normas de Derecho Internacional—, otra cosa es saber quiénes son los *individuos* (si es que los hay) de que se trata —por ejemplo, a quiénes se aplican *realmente* dichas normas—; la intensión del predicado consiste solo en lo primero, mientras que lo segundo —su extensión— tenemos que descubrirlo en el mundo real<sup>(5)</sup>.

Ahora bien, la intensión de un predicado puede ser más precisa o menos precisa. Tratándose de conceptos indeterminados, ellos se caracterizan como tales en razón justamente de lo poco definida que es su intensión. Los enunciados donde aparecen conceptos de este tipo presentan, por eso, una intensión tan elástica que, cuando se trata de confrontar esos enunciados con realidades, averiguar cuál es su extensión, el resultado se muestra dudoso o varía según grupos de locutores. En cuanto a los Instrumentos, ya sabemos que están formulados, en buena medida, mediante conceptos cuya intensión es bastante indeterminada (*supra*, § 24). Quiere decir que la intensión de los preceptos correspondientes responde a más de un juego lingüístico; o, si se quiere, cada una de esas fórmulas tiene *más de una* intensión. De ahí que su significado pueda variar según quiénes sean los locutores. Por tanto, la orientación práctica que reciban dichos preceptos dependerá de los juegos lingüísticos por que *opten* sus intérpretes autorizados al determinar la intensión de esos conceptos.

Es cierto que en el *interior* de determinados círculos de locutores existe, hasta cierto punto, un consenso básico sobre la intensión de dichos predicados, o al menos respecto a una parte de estos. Tal es el caso de los usuarios técnicos

---

(5) Para una explicación sumaria sobre la forma en que CARNAP distingue entre la "intensión" y la "extensión" de predicados, cf. KOCH, *Über...*, p. 33 ss.

(juristas) "occidentales" del discurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo menos en cuanto a los derechos fundamentales, lo cual ha permitido precisamente que se llegue a conformar la dogmática jushumanista. Pero si se mira más allá de este sector específico de locutores, o sea, en cuanto se tome también en cuenta el uso que de dicho lenguaje efectúan *otros* intérpretes, el consenso se diluye: es el caso, sobre todo, si se comparan discursos jurídicos correspondientes a distintos tipos de Derechos internos, ya sea cuando estos se remiten a normas del Derecho Internacional, o simplemente —hipótesis más común— cuando hay preceptos nacionales que contienen expresiones análogas a las de aquel.

En definitiva, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos enfrenta dos dificultades básicas para alcanzar concreciones prácticas en la órbita de los Derechos internos. En primer lugar, la circunstancia de que aquel, por sí mismo, no suele ultrapasar el plano semántico-intensional de ese segmento del lenguaje que es el discurso en el seno de organismos internacionales o el de unos estudios de especialistas. Y, en segundo lugar, se comprueba que inclusive en los casos donde ese discurso logra incidir de alguna manera en el Derecho interno, sea directa o indirectamente, aun allí no es inusual que su repertorio de conceptos indeterminados permita que las autoridades nacionales puedan, si así lo prefieren, invocarlos también para legitimar normativas de derechos humanos "recortados" o hasta "minimalistas" (*supra*, § 11.IV).

Aun cuando los Estados tengan nominativamente tales o cuales "obligaciones" internacionales (en el sentido apuntado), sucede que el alcance de buena parte de ellas, su "materia" (SHUE: *infra*, acápite del cap. IX), se formula en los Instrumentos mediante conceptos de intensión indeterminada. Por ende, señalar que tal obligación "existe" —afirmación que lingüísticamente es correcta, en aquel sentido— puede no significar mucho. Lo fundamental sería saber el *contenido* ("materia") de esa obligación; pero

justamente sobre *eso* es que se hace sentir la falta de acuerdo. De ahí que sea la ideología política dominante en el Estado respectivo, o los grupos de presión más fuertes entre los que se afilian a esta, quien tiene la última palabra sobre el asunto, en la práctica.

*Comentarios.*—

#### MONTEALEGRE:

El Redactor General sostiene que los instrumentos internacionales de los derechos humanos son tan prolíficos en conceptos indeterminados que casi no ayudan a la técnica constitucional para salvar este problema. En mi opinión, no es así. Hay una norma capital en los instrumentos internacionales de derechos humanos —y me parece que sería una magnífica norma para ser incorporada también a las Constituciones— que señala lo siguiente:

nada, *ninguna* disposición y ninguna facultad dan estos instrumentos internacionales a un Estado, que le permita, en alguna manera, mermar o desconocer cada uno de los derechos fundamentales que estos instrumentos reconocen (Pacto, art. 5; Convención, art. 29).

Esa norma interpretativa, me parece a mí, justamente descalifica, descarta, y es —yo diría— una cláusula de seguridad excepcional (si es que alguna seguridad puede existir en este ámbito) para contener la proyección de un concepto indeterminado que pretenda desconocer o conculcar un derecho humano. Es decir: los textos internacionales de derechos humanos, si bien incluyen conceptos indeterminados, dejan claramente explícito que ninguno de ellos puede interpretarse de una manera que esa interpretación vaya a mermar, a desconocer, cualquiera de los derechos que estos instrumentos consagran. Creo que esa disposición de los instrumentos internacionales es una magnífica disposición, que se puede introducir también a nivel constitucional.

#### PIZA:

En este campo —estoy totalmente de acuerdo con MONTEALEGRE— es muy importante la utilización del Derecho Interna-

cional de los Derechos Humanos, aunque tenga tantas o más indeterminaciones que el Derecho interno. Porque, primero, no son *las mismas* indeterminaciones; y ya eso ayuda a determinar lo indeterminado en el Derecho interno. Segundo, *no es la misma* su evolución jurisprudencial, no es la misma su doctrina; y esto también ayuda. Y tercero, hay una serie de *principios* —y esto me parece que es fundamental— que se pueden deducir como los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que permiten establecer criterios de interpretación bastante seguros (en la medida en que humanamente se puede estar seguro). [Pero cf. también *infra*, n. 17.]

Sea como sea, el contenido intensional de las obligaciones internacionales de derechos humanos se dilucida en el nivel *semántico* de ese lenguaje. Pero aun si se resuelven, de una u otra manera, los problemas de determinación de sentido que se plantean en dicho nivel, quedaría por saber lo que de allí se sigue en la práctica, vale decir, cuáles son las dimensiones *pragmáticas* de tales discursos. Pasamos a ocuparnos de ello en el párrafo que sigue.

## § 28. El nivel de eficacia de los Instrumentos

- I. Introducción: semántica y pragmática, en el discurso jurídico internacional; el carácter de "sistema tribal" del ordenamiento internacional.
- II. Los "controles" en el Derecho Internacional.
- III. Alcance de las obligaciones internacionales.
- IV. Efectos heurísticos.
- V. Observaciones complementarias sobre la escasez de las garantías internacionales.
- VI. El sistema interamericano.
- VII. Addenda: A propósito de un dictamen de la Corte Interamericana (cinco tesis que él permite confirmar).

### I

Aunque el discurso del Derecho Internacional suele moverse sobre todo en planos meramente semánticos del len-

guaje jurídico, ya dijimos que sería posible que este tenga también unos niveles pragmáticos acordes. Y aun dentro del plano semántico mismo, en su dimensión intensional, estos significados contienen como su sentido propio, precisamente, tal *orientación* hacia la praxis. El contenido de la comunicación expresada mediante dicho discurso, el "mensaje" intelectual de este, es que los interlocutores —sobre todo aquellos que son soportes de órganos estatales: jueces, Administración, etc.— actúen y hagan actuar de modo que las conductas materiales respectivas se dejen guiar por dicha intensión. En efecto, se trata de una semántica cuyos significados son *normativos*. Claro que la intensión, aun siendo aprehendida como tal por los interlocutores, puede o no servirles como guía real de sus conductas. El sentido semántico-normativo, en sí mismo, es independiente de la circunstancia de que él llegue también a *cumplirse* en la realidad.

En cuanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ello lleva a plantear la pregunta de si la dimensión intensional de su lenguaje conseguirá prolongarse en niveles del discurso jurídico que estén más allá de la dogmática internacionalista misma; sobre todo, ver si ella logra trascender al discurso *eficaz* de las autoridades estatales. Se trata de saber si, y en qué medida, ese Derecho —entendido según aquellas líneas dogmáticas— es una red de juegos lingüísticos que *no* se agota en su propia esfera semántica. Vale decir: averiguar si estos "juegan" también en la semántica de las Constituciones *mismas* (mejor dicho: en la manera como son aprehendidas por sus intérpretes autorizados) y, sobre todo, en la dimensión *pragmática* del lenguaje constitucional y del Derecho interno en general. Como entre el Derecho Internacional y los Derechos internos no hay una armonía preestablecida, y a menudo tampoco la hay postestablecida, los desfases entre ambas esferas son corrientes, sobre todo en materia de derechos humanos, máxime si se toma como punto de referencia la dogmática jushumanista.

Por otro lado, un desfase entre semántica y pragmática del Derecho Internacional puede darse no solo por falta de efectos de este en el Derecho interno, sino inclusive dentro de la esfera misma del discurso jurídico internacional, el de sus propios órganos. También hay casos en que aun estos, para no contrariar posiciones de tales o cuales gobiernos, adoptan resoluciones destinadas a que respecto a determinadas situaciones no se apliquen, o se apliquen en formas mitigadas, las normas internacionales pertinentes. Es natural que así sea, pues también las instancias internacionales, no menos que los jueces internos, están sujetos a redes de presiones que pueden llevarles, en su caso, a resolver *contra legem* (*vid. supra*, § 17.III *in fine*, sobre interpretaciones de "mala fe"; y cf. *infra*, VI, un reciente ejemplo de ello en la órbita interamericana). Sin embargo, aunque no puede descartarse que tales desviaciones ocurran incluso en la propia esfera internacional, lo cierto es que los desfases entre semántica y pragmática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se producen principalmente por vías del Derecho interno.

Todo ello obedece, en definitiva, a lo que se ha dado en llamar el *tribalismo* de los Estados que componen la sociedad internacional. Tal expresión quiere hacer gráfico el hecho de que dicha sociedad no constituye realmente una "comunidad", sino que más bien es un conjunto de "tribus"-Estados. Cada país pone sus propios intereses (de "tribu") —mejor dicho, los de sus sectores dominantes— por encima de cualquier otra cosa:

*Llamamos 'sistemas tribales' a aquellos en que las unidades son más fuertes que el sistema; en las 'comunidades', el sistema es más fuerte que las unidades. Más formalmente, en un sistema tribal, las unidades actuantes están más integradas internamente que relacionadas recíprocamente o ligadas en una supraunidad; en una comunidad, las relaciones supranunitarias que ligan a las unidades y regulan sus relaciones mutuas son más poderosas que los lazos intranunitarios o interunitarios. Los sistemas internacionales típicos son tribales y han sido cali-*

*ficados a menudo de esta manera'* (ETZIONI, p. 622).

De ahí que, para conocer la dinámica efectiva de un sistema como el del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sea indispensable descender de la exegética de los Instrumentos al examen de los factores —intereses económicos, geopolíticos, etc.— que presiden *realmente* las relaciones inter-"tribales". Son exámenes de esta clase, que ponen de manifiesto cuáles son los elementos reales que determinan la política internacional de los Estados (cf., p. ej., SENGHAAS: *Zur Analyse...*), los que permiten aprehender las verdaderas condiciones y posibilidades de tal Derecho.

Mas ese "sistema tribal", que es el único con fuerza de realidad en la escena internacional, también aparece reflejado, por lo menos hasta cierto punto, en las propias condiciones incorporadas a la normativa jurídica imperante en dicha escena. De ahí, la azarosa efectividad que tienen las disposiciones del Derecho Internacional, sobre todo en materia de derechos humanos. Y es también por eso mismo que este se halla construido, básicamente, sobre conceptos indeterminados (*supra*, § 24), justamente para otorgar a las autoridades de cada Estado la máxima latitud posible en la aplicación de tal Derecho, en esa materia.

## II

Habida cuenta del mencionado tribalismo, no es de extrañar que interrogarse sobre la efectividad del discurso jurídico internacional de los derechos humanos significa plantear una cuestión que, lamentablemente, no admite respuestas muy optimistas, por lo menos en la actualidad. Los medios jurídicos que el Derecho Internacional otorga en su propia esfera, para prevenir o reparar violaciones de derechos humanos, son de trámite engorroso y, sobre todo, de alcances prácticos débiles (cuando no nulos) frente a las autoridades estatales. Los principales "controles" previstos

en los Instrumentos son: informes por parte de los respectivos Estados sobre su propia situación interna (arts. 40 del Pacto y 48.a de la Convención), informes de Comisiones internacionales (arts. 40.4 del Pacto y 50 de la Convención), resoluciones de tribunales internacionales, (arts. 62 y 63 de la Convención).

"Cuando se les encarga la misión de proteger los derechos humanos, las instituciones internacionales de derechos humanos utilizan diversas técnicas, algunas de las cuales subrayan la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se trata de las técnicas de control político del respeto de los derechos humanos, la técnica de control por medio de informes y, por último, la técnica de control por medio de denuncias, demandas o comunicaciones, estatales o individuales.

*"La técnica de control político.*— Aquí se trata de mecanismos que, aunque no hayan sido instituidos específicamente para controlar el respeto de los derechos humanos por los Estados miembros de la comunidad internacional, empero pueden ser utilizados para ese fin, sobre todo en el seno de aquellas organizaciones para las cuales la salvaguardia de los derechos humanos constituye uno de sus objetivos principales. (...) En las Naciones Unidas, la Asamblea General puede intervenir por medio de recomendaciones para 'facilitar el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales'... Las organizaciones regionales incluyen en general el respeto de los derechos humanos entre sus elementos constitutivos, lo cual tiene como consecuencia que un Estado que violara los derechos humanos podría ser excluido de estas organizaciones. (...) Del mismo modo, la Organización de Estados Americanos incluye los derechos humanos entre sus principios (art. 5j); y es en la Carta de Bogotá, acto constitutivo de la OEA, donde se encuentran acentuadas con particular nitidez las relaciones entre democracia y derechos humanos (Preámbulo, art. 5d). Sin embargo, no hay ninguna sanción especialmente prevista en caso de violación de derechos humanos, pues la Carta de Bogotá omitió prever la exclusión del Estado en tales circunstancias. (...)

*"La técnica de control por medio de informes.*— Podría decirse que se trata de una técnica de Derecho común de las instituciones internacionales de derechos humanos, para controlar el respeto de estos derechos por los Estados miembros de las organizaciones internacionales o que sean Partes en las convenciones de derechos humanos. Son muy numerosos los textos que prevén un procedimiento de informes, sea facultativos (sistema de informes

periódicos en las Naciones Unidas, por ejemplo), sea obligatorios (cuando las convenciones de derechos humanos los prevén). (...) El problema más importante que se plantea en este campo es el de las consecuencias que tienen los informes que presentan los Estados. Es posible que el texto básico calle en cuanto a las consecuencias que deben tener los informes: tal el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 57). Pero, por regla general, los informes son objeto de exámenes, que habitualmente están a cargo de órganos especializados compuestos de expertos independientes (por ejemplo, por la Comisión de Expertos para la aplicación de las convenciones y recomendaciones de la OIT). El procedimiento de examen, que a menudo es muy complejo y con recurso a varios órganos, desemboca en la confección de observaciones o recomendaciones, que son dirigidas a todos los Estados miembros o a un Estado específicamente designado. (...)

*"Técnica de control por medio de demanda o de reclamación.—*

Esta técnica, mucho más avanzada que la precedente, se presenta bajo formas diversas según que la demanda pueda ser introducida solo por los Estados o también por los particulares, sean o no estos las víctimas de la pretendida violación de derechos humanos. El órgano ante el cual se desenvuelve el procedimiento puesto en acción por el depósito de la denuncia puede ser de naturaleza administrativa (como lo ha sido para las peticiones de los miembros de minorías, examinadas primero por la Sección de Minorías de la Secretaría de la SDN), política (como lo son todos los órganos de las Naciones Unidas llamados a conocer de peticiones relativas a los territorios bajo tutela o no autónomos), cuasi judicial (por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: tal vez en el marco de su procedimiento especial de examen de denuncias individuales de violación de derechos humanos) o judicial (por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en la etapa de examen de la admisibilidad de las demandas). Puede tratarse de varios órganos, cuya naturaleza podrá ser distinta; o hasta de un solo órgano, cuya naturaleza entonces irá cambiando a medida que se desarrolla el procedimiento (la Comisión Europea de Derechos Humanos). El procedimiento podrá desembocar en la elaboración de un informe (como por el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Económicos, en caso de comunicación de un Estado contra otro Estado, de acuerdo con el art. 41), la adopción de una recomendación (como por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, actuando en el marco de la Carta social europea) o en el pronunciamiento de una decisión (como por el Comité de Ministros, según el art. 32 de la Convención Europea de Derechos Humanos) o una sentencia (por la

Corte Europea de Derechos Humanos [o la Corte Interamericana, art. 61 y sigs. de la Convención] )” (VASAK, p. 246-250).

Respecto a todas esas vías, en última instancia queda siempre en manos de cada Estado el dar cumplimiento o no, para su esfera interna, a las recomendaciones o fallos emitidos en la órbita internacional. Por lo demás, y esto con independencia de dichos controles, el lenguaje en que los Instrumentos formulan sus normas sustantivas es, en la mayoría de los renglones, lo bastante holgado como para no “obligar” de manera muy ceñida a los Gobiernos, aun suponiendo que estos se hallen en disposición de aceptar tales obligaciones.

“[L]a afirmación internacional de los derechos no significa principalmente una reglamentación internacional de los derechos, ni una acción directa en favor de ellos, ni una coacción que pese sobre los Estados, sino solo una incitación al Poder de que observe un comportamiento benéfico para esos derechos. Es poco, pero puede llegar a ser mucho, y no podría ser más. De todos modos, sin embargo, corresponde distinguir según la naturaleza y el alcance real de los derechos, a saber: las declaraciones y las convenciones. (...)

“Como sus homólogas internas, las declaraciones internacionales no son instrumentos jurídicamente coercitivos (*contraignants*). Habiendo sido tomadas bajo la forma de ‘resoluciones’, no tienen ni la naturaleza jurídica ni el consecutivo alcance de un acuerdo internacional, y su ‘adopción’ no se confunde con la ‘ratificación’ de una convención. A justo título se admite que obligan a la Organización de la cual emanan, pero no a cada uno de los Estados por su parte, aunque hayan votado a favor de ellas. Quiere decir que estas expresan unas posiciones de principio de orden moral, filosófico o ideológico; traducen una ética internacional del porvenir más que una constancia oficial de actos (*constat*), una esperanza más que un hecho. De todos modos, nadie puede invocarlas a su favor, a título de derecho, ya que están desprovistas de valor jurídico y de fuerza obligatoria. (...)

“Las convenciones internacionales, en cambio, presentan un interés muy distinto, y que es considerable en cuanto son ratificadas por los Estados, para integrarlas así a su Derecho interno y tener allí los mismos efectos que sus propias leyes. De modo

muy general, además, ellas prevalecen sobre las leyes internas, aunque no sobre la Constitución. (...) Esta proliferación (de Convenciones: hay una cuarentena de ellas posteriores a 1945) podría provocar ilusiones, tanto más cuanto que ha ido acompañada de una literatura superabundante. Pero la realidad impone moderación en el elogio y en la satisfacción.

"En primer lugar, la mayoría de las convenciones de vocación universal no han sido ratificadas por la tercera parte de los Estados actuales, a veces ni siquiera por el número mínimo requerido para su entrada en vigor. (...) En segundo lugar, las convenciones regionales siguen siendo escasas. (...) En tercer lugar, las ratificaciones pueden estar, y a menudo están, acompañadas de 'reservas' más o menos importantes, que con ello atenúan la efectividad de la convención, y gravemente cuando se refieren al juego de mecanismos que a veces (y muy raramente) están previstos para ponerla en ejecución.

"Por último y sobre todo, independientemente de su fuerza jurídica frente a los contratantes, las convenciones internacionales en vigor tienen alcances concretos de lo más aleatorios. Sin duda, al incorporarse al Derecho del Estado enriquecen, con ello, el reconocimiento de los derechos por parte de este último. Pero ya sabemos lo que ese reconocimiento puede significar y valer. Por otra parte, ellas reposan, para su realización efectiva, sobre la sola actuación del Estado, al cual, salvo en muy contados casos que sea dable encontrar, nadie puede sancionar y nadie puede sustituir. (...)

"[Por todo ello,] las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos no son constitutivas de una reglamentación internacional de los derechos, sino solo de una incitación a que los Estados hagan un esfuerzo. ¿Cómo se podría ir más allá de lo incitativo, cuando la sociedad internacional no es constrictiva (*contraignante*), y no puede serlo mientras las situaciones que ella engloba son muy desiguales en su diferenciación? Las convenciones parecen materializar un acuerdo de los Estados en cuanto al significado e implicaciones de los derechos; acuerdo que en verdad es muy artificial, más verbal que sustancial, puesto que, como hemos visto, la diversidad de las condiciones sociológicas no puede permitir un consenso respecto al sentido y a la esencia profundos de los derechos" (MOURGEON, p. 79-83).

## III

Así las cosas, aunque en el plano *semántico* se puede decir que el Estado queda "obligado", por ejemplo,

"a respetar y a garantizar a todos los individuos . . . los derechos reconocidos en el presente Pacto" (Pacto, art. 2.1);

y también

"a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (Pacto Ec., art. 2.1);

no menos cierto es que, en la dimensión *pragmática* de tal discurso, él significará lo que las autoridades de cada Estado dispongan que signifique, dentro de su propio país. Para el uso práctico de ese lenguaje, de lo que se trata es, en efecto, de saber

"... which is to be master—that's all".

El desfase lingüístico entre Alicia y Humpty Dumpty (*supra*, cap. III: acápite y § 18.1) se prolonga también, *mutatis mutandis*, en el hiato que va de la *semántica* a la *pragmática* del discurso internacional de los derechos humanos.

El alcance *semántico* que, desde el punto de vista de la dogmática *jushumanista*, pueden tener las obligaciones internacionales asumidas por los Estados que ratifican los Instrumentos, es objeto de explicaciones en el examen de SCHACHTER sobre el sentido que tiene el artículo 2 del Pacto. Expresa dicha disposición:

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

"2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

"3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Ahora bien, estamos ahí —según SCHACHTER— ante una "obligación de resultado" (inc. 1), que en sí misma no dice nada acerca de los *medios* que los Estados deberían poner en ejecución para alcanzar tal resultado (p. 311; cf. también la cita de MOURGEON incluida en el acápite de este cap.). Y dicho artículo ni siquiera llega a requerir que el Pacto sea necesariamente incorporado al Derecho interno: el inciso 2 deja *abierto* cuál será el carácter jurídico preciso que puedan tener esas "medidas oportunas" propugnadas, o sea, que "puede tratarse de la incorporación del Pacto a la ley, a otras disposiciones jurídicas, a órdenes ejecutivas o administrativas" (p. 313). Y el texto no especifica tampoco la naturaleza de los recursos para el Derecho interno señalados en el inc. 3 (p. 325). [Pero mucho menos específicas aún son las "obligaciones" contraídas en virtud del Pacto Ec., cuyo artículo 2.1

—*supra*— señala en forma expresa el carácter simplemente "progresivo" de los derechos consignados: cf. SCHACHTER, p. 323-324; *vid.* también *infra*, § 83.]

Según los trabajos preparatorios del Pacto, no se llegó a sugerir que sus disposiciones prevalezcan sobre el Derecho nacional, si este es inconsistente con ellas. Sin embargo, en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales suele ser aceptado que el Derecho interno, si existen dudas sobre su contenido preciso o su aplicación, se interprete de manera tal que el resultado sea consistente con las obligaciones internacionales del país. Varios de los países que participaron en la preparación del Pacto no dejaron de subrayar, de todos modos, que ese es un principio de *interpretación* únicamente, vale decir, que se aplica *sólo* en caso de ambigüedad o indeterminación de la ley nacional (p. 315). De todos modos, la posibilidad de que los Instrumentos sean efectivamente utilizados como guía interpretativa por parte de los jueces nacionales depende, en definitiva, de que estos se hallen dispuestos a abordar la difícil tarea de darle significado concreto a los conceptos, extremadamente generales, de los derechos humanos. Tal tarea se facilitaría si los tribunales abandonaran su tradicional actitud de interpretar en forma estrictamente textual; si estuvieran preparados para darle mayor énfasis a los fines generales de las disposiciones, hacer uso de la historia legislativa y tomar en cuenta decisiones de tribunales extranjeros, las opiniones de tribunales internacionales y, en su caso, inclusive informes de comités internacionales competentes (p. 317).

Lo que el inciso 2 quiere decir cuando señala que las medidas adoptadas deben ser tales que sirvan para "hacer efectivos" los derechos en cuestión, no aparece aclarado allí. Es evidente que un derecho se hace efectivo proporcionando recursos ante su violación, punto al que se refiere el inciso 3. Hacer efectivo es, también, el evitar o prevenir su violación. Las medidas que para esto correspondan tomar, dependerán de las necesidades y circunstancias; pero, de cualquier manera, deberán comprender *más* que el otorgar unos recursos jurídicos específicos, que entran en juego *después* que la violación ha tenido lugar (p. 319-320; *vid.* también, *infra*, la cita del mismo autor presentada al comienzo del apartado que sigue).

Claro que si se está a aquello que los propios Estados informan sobre sí mismos, parecería que todos ellos, prácticamente, respetan al máximo los derechos humanos:

"Un número considerable de los Estados Partes han informado al Comité de Derechos Humanos [del Pacto] que en sus países no son necesarias medidas adicionales, que todos los derechos están reconocidos y 'garantizados', y que los individuos tienen a su disposición unos recursos adecuados por si una violación ocurre. Estas afirmaciones gubernamentales están apoyadas por la cita de textos constitucionales y legislativos, y explicaciones sobre los procedimientos judiciales y administrativos. A un hombre de Marte, una ancha parte del mundo le parecería salva para los derechos humanos; y el Pacto, virtualmente redundante. Para un observador de los eventos contemporáneos, las aseveraciones de algunos gobiernos, de que se han tomado todas las medidas necesarias, pueden parecerle increíbles a la luz de la efectiva práctica de aquellos. (Informes de que las disposiciones del Derecho interno son completamente adecuadas para cumplir las obligaciones del Pacto han sido presentados, entre otros, por Chile, Checoeslovaquia, la República Democrática Alemana, Libia y la URSS.) Hasta en el caso de países con una reconocida tradición de respeto hacia los derechos humanos, el observador puede justificadamente ser escéptico ante la afirmación de que el Derecho existente es adecuado y que allí no hay ninguna necesidad de desarrollar (*implement*) el artículo 2.2. (...) [Por lo demás, el hecho de] citar textos constitucionales y legislativos —'the law on the books'— podrá dar satisfacción a las necesidades de la legislación, pero no puede constituir una respuesta suficiente para la cuestión de si se requieren 'medidas de otro carácter' [art. 2.2] para proporcionar unos recursos efectivos" (p. 320-321 y 494 n. 33).

Los Estados "socialistas", por ejemplo, es notorio que de ninguna manera están dispuestos a hacer efectivas las libertades políticas que prevé el Pacto, a pesar de que muchos de ellos lo han suscrito. "Todos los grupos de Estados del mundo aceptaron en igual forma las obligaciones de ambos Pactos. Pero hasta hoy no le queda demasiado claro al observador por qué realmente cierto grupo de Estados pudo estar dispuesto a aceptar también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Me refiero al sistema oriental de Estados, el de los países comunistas de Europa Central y Oriental, cuya filosofía estatal tiene determinadas premisas que, a mi juicio, difícilmente pueden hacerse concordar con la filosofía del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos. El Pacto establece como uno de sus principios básicos que prevalecerá la no discriminación política —prohíbe, pues, la discriminación por razones políticas— y dispone también la libertad de opinión y de prensa. Además instituye la libertad sindical. Pero con eso se consagran las premisas de una democracia pluralista liberal, y no está muy claro cómo

semejantes principios se puedan armonizar con un pensamiento oriental que, según es notorio, le reconoce al Partido del Estado un claro y jurídicamente asegurado papel de conducción" (TOMUSCHAT, p. 13). Cf. también los pasajes del mismo autor transcritos *infra*, §§ 31.II y 75.III.1 *in fine*, respectivamente sobre "orden público" y "libertad de opinión", en cuanto a la interpretación leninista-stalinista de estos conceptos.

Respecto a los motivos por los cuales esos Estados suscribieron, a pesar de todo, dicho Pacto, cabe pensar que "se dejaron llevar por dos consideraciones. Primero, que el mecanismo de coacción (del Pacto) es muy débil. Es cierto que está el Comité (art. 28 y sigs.), pero de todos modos allí no se hace más que hablar. Segundo, había que ratificar pronto el Pacto, para que en lo posible se consiguiera participar personalmente desde el comienzo en él. Mediante un alto número de miembros presente en la fase de construcción se estaría en condiciones de solucionar en el sentido deseado las cuestiones interpretativas que habían quedado abiertas. (...) Sin embargo, por mi parte pienso que la meta perseguida con esta consideración estratégico-táctica no fue alcanzada" (*ibid.*, p. 32).

\* \* \*

Los pasajes transcritos confirman, una vez más, la distancia que va del nivel semántico ("*the law on the books*") al nivel pragmático (*facts!*) del discurso en que consiste el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

#### IV

Aun siendo ineficaz, el Derecho Internacional de la materia ofrece unos modelos heurísticos que, a pesar de todo, *pueden* no ser vanos. Ellos apuntan, en efecto, hacia principios normativos que, aunque a menudo formulados de manera imprecisa, constituyen pautas que las Constituciones, y en general los intérpretes autorizados del Derecho interno, han llegado a tomar en cuenta, en más de una oportunidad, como fuente de inspiración para imponer soluciones favorables a derechos humanos.

"Todos los Estados Partes (del Pacto) han declarado que, en acatamiento a las obligaciones del artículo 2, ellos garantizan unos recursos efectivos a los individuos. Evidentemente, muchos de aquellos no lo hacen así en su práctica real. Su compromiso jurídico, sin embargo, no debería ser desatendido o minimizado. El proporciona un fundamento no solo para la crítica internacional, sino incluso para reclamaciones internas. Si tales demandas lograrán eventualmente probar que son efectivas, en muchos países, eso queda por ver; dependerá de factores sociales, políticos y económicos, tanto como de las obligaciones jurídicas internacionales" (SCHACHTER, p. 330).

Sin perjuicio de sus notorias insuficiencias: autolimitaciones, imprecisiones, etc., lo cierto es que, en el plano del Derecho *positivo* (o de lo que, en todo caso, aún llega a catalogarse como tal), resulta ser el Derecho Internacional la esfera donde, hoy por hoy, se configura la línea de avanzada para marcar unas metas normativas que en líneas generales constituyen, por lo menos desde ángulos *heurísticos*, los ejes de referencia más propicios con vistas a desarrollar ordenamientos jurídicos favorables a los derechos humanos. De ahí que, para la protección constitucional de esos derechos, puede decirse que significa un buen punto de partida el que ella esté de acuerdo con lo dispuesto en los Instrumentos. Y en la medida en que la semántica constitucional se acerque a esta semántica internacionalista, las probabilidades aumentan de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, válido de tal mediación, vaya siendo un discurso que consiga "jugar" también en la dimensión *pragmática* del lenguaje jurídico.

## V

### 1. "La escasez de las garantías internacionales.—

"Planetario y en modo alguno imaginario 'estado de naturaleza', sin 'Poder común' para apaciguarlo, la sociedad internacional es ante todo una heterogénea ensambladura de poderes que se dicen iguales en un mismo exclusivismo de sus prerrogativas, en una misma 'soberanía' de la cual extraen su arbitraria libertad. Que ellos no

puedan, pues, constreñirse mutuamente al respeto y al desarrollo de los derechos, nada tiene de sorprendente; y menos aún pueden dejar que el individuo utilice, para protegerse, unos mecanismos internacionales que escapen a la empresa del Poder. Para este último, los derechos humanos siguen siendo un 'asunto interno'; y las derogaciones a esta situación, erigida en principio, no pueden resultar más que de su consentimiento.

"Sin duda, los derechos humanos han pasado a ser un objeto de las relaciones internacionales, y a este título se benefician del sabido reconocimiento internacional. (...) Mas no por ello es menos subsistente el hecho de que todo cambio en la situación de los derechos puede sólo derivar de la voluntad del Poder y de su aceptación de los consejos o presiones de sus pares.

"Desde luego, la sociedad internacional está hecha también de hombres, y de sus opiniones y presiones capaces de hacer flexionar al Poder ridiculizándolo. Pero por más meritorias y eficaces que puedan ser las iniciativas privadas ('Amnesty International', para lo relativo a las torturas y la suerte de los prisioneros políticos; la 'Comisión Internacional de Juristas', etc.), a la persona privada no le aportan ningún medio directo de protección, y quedan sujetas a lo que el Poder quiera escuchar y hacer. (...)

"La actividad predominante de la sociedad internacional, en materia de derechos humanos, es el estudio de estos. Una serie de organismos internacionales se preocupan de ello, la ONU en primer lugar. (...) Así, los Pactos relativos a los derechos humanos confían a órganos de la ONU ya existentes, o creados por aquellos, la misión de promover y examinar informes proporcionados por los Estados Partes 'sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo' [art. 16.1, Pacto Ec.]. Aun haciendo abstracción de la buena o mala voluntad con que los Estados se prestan a las investigaciones, corresponde subrayar que estas últimas desembocan solo en unas 'recomendaciones' generales y sin nombrar a sus destinatarios. Aunque muy útiles para ilustrar a los Estados y, a menudo, para influir sobre ellos, evidentemente ellas no tienen ningún interés directo e inmediato para el individuo.

"El esfuerzo de la sociedad internacional es a veces más acen- tuado, cuando decide abrir una investigación sobre un caso deter- minado de violación de derechos. Pero enfrenta, además de la obs- trucción del Estado al que se refiere (por ejemplo, la opuesta por Chile a la ONU en 1976), la dificultad de no ir más allá de una

condena puramente moral. Hace falta una violación tan flagrante y constante como la del *apartheid* en Africa del Sur, Namibia y Rhodesia, para que se decidan unas medidas de coerción indirecta (sanciones económicas, sobre todo), las que por lo demás se revelan de aplicación difícil. A la inversa, la impotencia resurge cuando prevalecen consideraciones políticas de oportunidad. (...)

"[Por otro lado,] los mecanismos (de convenciones internacionales) padecen de un vicio, pues solo pueden funcionar por iniciativa de los Estados, poco deseosos de erigirse en acusadores, por temor de ver un día invertidos los papeles. A pesar de muchas tentativas y proposiciones, ninguna organización internacional ha podido crear, para efectuar la acusación, una autoridad que sea independiente de los Estados, y que actuaría sea por aplicación de una convención determinada, sea por la denuncia de cualquier violación de los derechos humanos. (...)

"[El sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos] funciona sólo contra los Estados Partes en la Convención y que hayan aceptado expresamente, al ratificarla o posteriormente, que ella les será aplicable. Es necesario, además, que diversas condiciones jurídicas de admisibilidad estén reunidas por parte del demandante. (...) Pero es esencial subrayar que, a pesar de su eficacia y de la excelencia de los órganos que la ponen en ejecución, el imponente mecanismo (de esa Convención) es único en el mundo; e interesa sólo a los ciudadanos de algunos Estados, en condiciones jurídicas... y financieras que al fin y al cabo son bastante pesadas. Sobre todo, no es utilizable sino cuando el Estado lo ha querido así. [Consideraciones similares cabrían, *à plus forte raison*, respecto a la Convención Americana.]" (MOURGEON, p. 114-120).

—o0o—

2. "Es, sin duda, sintomático de la época y del mundo en que vivimos, el que tengamos una gran cantidad de legislación pero muy poco cumplimiento de ella. Por supuesto, es también cierto, probablemente, que sin el progreso normativo que hemos alcanzado tendríamos aún más sufrimientos, más denegaciones de esos derechos fundamentales. (...)

"[E]n ninguna otra área del Derecho Internacional es tan claro como en el campo de los derechos humanos, que si la ley se cumpliera obligaría a los gobiernos a hacer lo que muy pocos quieren hacer, lo que muy pocos tienen verdadero interés en hacer:

¿para qué querrían ellos otorgar a sus ciudadanos más derechos? Visto desde la perspectiva de los gobiernos, estos reciben muy poco a cambio de su comportamiento: no obtienen concesiones comerciales, ni derechos de navegación o de pesca, ni derecho a competir en mercados extranjeros; en pocas palabras, faltan aquí los elementos tradicionales requeridos para la reciprocidad y el mutuo interés.

"Lo que los gobiernos obtienen al adherirse a los convenios de derechos humanos es mucho más efímero: entre otras cosas, obtienen el derecho a ejercer una intercesión humanitaria; o el derecho a intervenir legalmente, quejándose a través de canales diplomáticos, contra una violación de los compromisos de derechos humanos. Para una mayoría de los Estados, este es un derecho de poco valor e importancia. No se trata con esto de negar que algunos Estados, debido a sus objetivos de política interna y externa, ven en el derecho de interceder, de quejarse, de buscar alivio a las violaciones de los derechos humanos, un instrumento valioso de política exterior. Pero en el conjunto, estas consideraciones son de importancia marginal para muchos Estados, cuando ellos valoran las ventajas comparativas del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de derechos humanos. (. . .)

"No debe haber malos entendidos sobre la intervención. La intervención —si la palabra es correcta— no por la fuerza, sino por las protestas diplomáticas, las reclamaciones, los informes sobre derechos humanos, la publicidad, las restricciones en la ayuda exterior, etc., es la única herramienta externa o de política exterior, la única palanca que los gobiernos tienen para obtener el cumplimiento de las obligaciones de otros gobiernos conforme a los tratados de derechos humanos. Recuérdese que, en el campo de los derechos humanos, no nos estamos refiriendo a tratados de cumplimiento recíproco para los cuales los signatarios encuentran incentivos. Por el contrario, a nuestro hipotético Estado A no le interesa si el Estado B le dice: 'No lo consideramos a usted más como Parte de la Convención sobre Genocidio', o 'Suspendemos la aplicación de los Pactos entre nosotros'. Posiblemente lo que el Estado A quiera es nada menos que eso: la suspensión o terminación, especialmente si se produce con una publicidad mínima. La publicidad, o la falta de publicidad, es la clave del cumplimiento.

"En algunas áreas del Derecho Internacional no existe suficiente legislación, y es por esto que, en comparación con la legislación interna aplicable, decimos que el Derecho Internacional es

un sistema jurídico primitivo. En el área de los derechos humanos, en cambio, hay suficiente legislación en el sentido formal: no hace falta más que mirar el gran número de tratados vigentes ratificados por muchísimos Estados; lo que hace falta es cumplimiento. Pero esta, por supuesto, es exactamente la misma situación que existe en el área de los derechos humanos en el plano interno: la mayor parte de los Estados tienen Constituciones y leyes que establecen todo tipo de garantías imaginables de los derechos humanos; lo que hace falta en muchos países es el cumplimiento de sus propias leyes. [“La Constitución soviética, p. ej., enumera muchas libertades, desde la libertad de culto hasta la libertad de reunión, incluidas la libertad de prensa y de palabra. El credo estadounidense, como indica MYRDAL, es bastante igualitario. Lo que suele faltar es el compromiso efectivo” (ETZIONI, p. 19).] En otras palabras: en el área de los derechos humanos, el Derecho Internacional en su mayor parte no es ni más ni menos primitivo que el Derecho interno. Este es, por supuesto, un problema, y es lo que hace la tarea del Derecho Internacional de los derechos humanos tanto más difícil (BUERGENTHAL, en BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, p. 359-361).

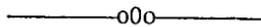
—000—

3. “En Europa Occidental existe una opinión, ampliamente extendida, en el sentido de que las Naciones Unidas no merecen ser tomadas muy en serio. A veces da hasta la impresión de que el efecto antiparlamentario de décadas atrás se haya traspuesto hacia la organización mundial. Se dice que es un antro de charlatanería (*Schwatzbude*); se habla de diplomáticos con elevadas remuneraciones, para quienes solo una cosa importa, justamente su propio bienestar. Esos son juicios y prejuicios que, como se sabe, recientemente en los E.E.U.U. se han propagado incluso desde altos puestos de gobierno. Por lo demás, los esfuerzos que hasta ahora las NN.UU. han hecho por proteger y asegurar los derechos humanos quedan —con excepción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que casi a lo ancho de todo el mundo ha alcanzado valor de símbolo— sensiblemente eclipsados por la Convención Europea de Derechos Humanos” (TOMUSCHAT, p. 7).

“...la ratificación del Protocolo Facultativo (del Pacto), como su propio nombre lo dice, no es obligatoria. Los Estados pueden perfectamente bien incorporarse al Pacto sin que por ello tengan que someterse también a las reclamaciones individuales (Protocolo, art. 1). Sobre todo no lo han hecho, pues, los países comunistas de Europa Central y Oriental. Se niegan, estrictamente, a

consentir un control internacional; en cambio, consideran que las NN.UU. han de limitarse a la formulación de derechos, o en todo caso a examinar informes, pero que de ninguna manera pueden ellas tener competencia para supervisar también su ejecución interna, pues eso traería consigo una intervención en la soberanía interna" (*ibid.*, p. 20).

"Mi balance provisional reza así: Desde luego que no pueden señalarse éxitos brillantes en la lucha (internacional) por los derechos humanos. Mas un comienzo ha sido hecho, y estos primeros pasos se deben contemplar como elementos de un proceso que persistirá. Considero que representa una conquista de extraordinarias perspectivas, como principio, el que inclusive un país como la Unión Soviética rinda cuentas ante el Comité (Pacto, art. 40) sobre cómo ella se conduce en materia de derechos humanos. En el procedimiento ante el Comité se refleja ejemplarmente, pues, la responsabilidad que cada Estado tiene, ante la comunidad mundial, de respetar los derechos fundamentales y libertades de sus súbditos. Simplemente por este deber de rendir cuentas, en cuanto significa resquebrajar y dejar de lado el carácter de todopoderoso que antes ostentaba el principio de soberanía, vale la pena proseguir la obra ya iniciada" (*ibid.*, p. 22).



4. "Sería precisamente un objeto de una sociología de los derechos humanos efectuar la recensión de los países que después de adoptada la Declaración Universal han hecho regularmente este depósito (un informe regular sobre el estado de los derechos humanos en los territorios sobre los que ejercen jurisdicción) y confrontar los informes con la situación efectiva en los diversos países. Pero, ¿es ello posible sin suscitar precisamente dificultades políticas? Los obstáculos con que tropezaría una empresa semejante servirían para justificar indirectamente la pertinencia de la afirmación presentada más arriba: la validez práctica de esos derechos depende de una decisión política" (FREUND, p. 155).

## VI

Por lo que se refiere en especial al sistema interamericano, el de la Convención, las insuficiencias generales del Derecho Internacional encuentran allí una versión particular-

mente agudizada. No solo el derecho material de ese instrumento —donde juegan papel central conceptos indeterminados desprotectores—, sino sobre todo las trabas procesales que él interpone a la protección internacional de los derechos —instancia preliminar "congeladora" en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—, dan por resultado un sistema hecho como a la medida para no inquietar, ni poco ni mucho, a las autoridades estatales.

En cuanto a lo primero, el contenido material de la regulación, la discrecionalidad de los Estados queda desde ya bien apoyada, si se trata de bases semánticas, por la letra de los preceptos aplicables: conceptos indeterminados restrictivos (tipo b), o con virtualidades para ser interpretados así (tipo c), aparecen incluidos en casi todas las disposiciones que reconocen derechos. Y eso se encuentra todavía reforzado por una cláusula genérica de "deberes" formulada en términos cuyo ámbito lógico es poco menos que ilimitado, tolera prácticamente cualquier clase de interpretaciones:

*Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos.*

1. Toda persona tiene *deberes* [¿cuáles?] con la familia, la *comunidad* y la humanidad. ....
2. Los derechos de cada persona están limitados por los *derechos* [¿cuáles?] de los demás, por la *seguridad* [¡¡!!] de todos y por las *justas* exigencias del *bien común*, en una sociedad *democrática*'.

En cuanto a lo segundo, los impedimentos de orden procesal, hay que tener en cuenta que no pueden acceder a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino aquellos raros casos que en forma previa hayan obtenido el visto bueno, no menos lento que fortuito, en los engorrosos trámites que para ello deben pasar ante la Comisión:

*"Artículo 61.*

1. *Sólo* los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es *necesario* que sean *agotados* los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 (Procedimiento ante la Comisión)".

O sea, que no solo el sistema se ve afectado por la indefinición semántica respecto a qué contenidos sean imputables a las normas sustantivas que permitirían reclamar un derecho, sino que ni siquiera hay posibilidades, en general, de que a su hipotético intérprete autorizado internacional, la Corte (art. 62.3), se le permita llegar a pronunciarse sobre la aplicación de aquellas por los Estados y hacer valer (eventualmente) una jurisprudencia de orientación jushumanista. Falta de posibilidades que, en síntesis, se debe a dos condicionantes, no menos impeditiva la una que la otra: *a*) la Corte no puede intervenir sino con relación a Estados que reconozcan su competencia (art. 62); *b*) y aun en tales casos, deben ser agotados previamente los procedimientos ante la Comisión (art. 61.2). Esta tiene plenas facultades de censura previa respecto a aquella, decide por sí y ante sí en cuanto a autorizar o no dicha intervención.

La consecuencia de tales condiciones es que la Corte, y con ello todo el sistema de la Convención, tiene prácticamente las manos atadas. Hasta un Juez de esa misma Corte se ha visto llevado a reconocerlo así:

*"... al promulgarlo (el sistema de la Convención), los Estados Americanos no quisieron aceptar el establecimiento de un sistema jurisdiccional expedito y eficaz, sino que lo mediatizaron interponiéndole la criba de la Comisión a través de una verdadera carrera de obstáculos que casi siempre deviene en insuperable, en el largo y penoso camino que de por sí están forzados a recorrer los derechos fundamentales de la persona humana"* (Rodolfo E. PIZA ESCALANTE, Voto razonado en la Resolución del 13 de noviembre de 1981 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Gobierno de Costa Rica, Asunto Viviana Gallardo y otras, N° G. 101/81).

No ha de extrañar, pues, que los pocos casos en que la Corte ha sido llamada a pronunciarse sean de naturaleza tal que, desde luego, no hay peligro de que le inquieten el sueño a las autoridades de ningún Estado Parte de la Convención.

En fecha reciente, la Comisión se ha encargado de impedir —¡por las dudas!— que la Corte falle acerca de unas interpretaciones restrictivas de los arts. 13.1 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 16 (Libertad de Asociación): aquellas que recortan dichas libertades por medio de legislaciones estatales donde se establece la colegiatura profesional obligatoria para realizar actividades periodísticas. La Comisión *no permitió* que el caso pasara a la Corte, haciendo así inofensivo el art. 62.3 (“La Corte tiene competencia para conocer de *cualquier* caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido...”). Ante la eventualidad de que la Corte llegase a condenar la interpretación *pro auctoritas* que significan dichas reglamentaciones estatales, lo cual habría colocado en dificultades a las autoridades de esos Estados, la Comisión cortó por lo sano: logró evitar que el punto fuera discutido en aquel foro, para lo cual le bastó con abstenerse de “someterlo” a este. La credibilidad de una posible protección jurídica interamericana para los derechos humanos no salió reforzada con ello, pero los gobiernos (y otros sectores) de los países que de esa forma recortan la libertad de expresión resultaron complacidos.

Se trata del caso a que nos referimos también más abajo: *infra*, § 31.II *in limine*. Pero sí lo que al respecto resolvió la Comisión es asombroso, por no decir inexplicable, desde el punto de vista *técnico*-jurídico, en cambio es muy explicable, por no decir “lógico”, en el plano de las conductas políticas, sobre todo si se tiene en cuenta cómo (esto es, por *quiénes*) son designados los miembros de dicho organismo (Convención, art. 36).

“Fue el pasado 16 de noviembre (de 1984) cuando, en su última asamblea anual, la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) solicitó a la Comisión, con sede en Washington, que remitiera el caso de SCHMIDT a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. SCHMIDT fue condenado en nuestro país (Costa Rica),

por practicar su profesión sin poseer una licencia del Colegio de Periodistas de Costa Rica, y a pesar de tener un título de la Universidad Autónoma de Centroamérica (UACA). (...) Por su parte, el Lic. (Fernando) GUIER (abogado defensor de Schmidt) manifestó ayer que 'lo correcto habría sido (en el proceder de la Comisión) enviar la denuncia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero parece que la Comisión quiere mantener el monopolio, y no desea que la Corte entre a conocer sobre violaciones, o supuestas violaciones, a los derechos humanos'. (...) Finalmente, el abogado defensor de SCHMIDT precisó que de alguna manera resulta revelador, en la resolución de la Comisión, que esta se halle integrada por delegados gubernamentales, la mayoría de los cuales proceden de naciones americanas donde hay colegios profesionales" (diario *La Nación*, de Costa Rica, ejemplar del 28 de noviembre de 1984, p. 12 A).

"La Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) calificó ayer como 'un serio golpe a la libertad de expresión' el rechazo dado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de la Organización de Estados Americanos, a una apelación que presentó el periodista Stephen SCHMIDT a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que lo condenó por ejercicio ilegal de la profesión. El comunicador apeló el fallo ante la CIDH alegando que se violó uno de los derechos básicos garantizados en la Convención de Derechos Humanos y solicitó que el caso fuese sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La CIDH, sin embargo rechazó los pedidos por cinco votos a uno, y una abstención del delegado costarricense, Luis Demetrio TINOCO. Germán ORNÉS, presidente de la comisión legal de la SIP, dijo que 'aunque la noticia nos defrauda, no nos sorprende'. Expresó que la CIDH es más bien un cuerpo político y no judicial. 'Sigue, por tanto, las normas que les dicten a los miembros sus gobiernos' " (*La Nación*, ejemplar del 4 de diciembre de 1984, p. 8 A).

\* \* \*

*EN CONCLUSION.*— El órgano decisivo del sistema interamericano relativo a la protección de los derechos humanos es la Comisión. La Corte cumple un papel cuasi decorativo, ya que en la práctica está subordinada a lo que desee encomendarle la Comisión. Hasta el presente, esta no le ha transmitido sino escasos asuntos, que lo por demás son ajenos a cuestiones de importancia política candente. La

Comisión es un organismo que no se ha mostrado insensible, por lo menos a veces, a las preferencias de los Estados Partes. En cuanto a la Corte, no hay verdadera experiencia sobre tal punto, ya que a ella no se le ha dado la oportunidad de pronunciarse sobre asuntos realmente conflictivos. Dada la estructura del sistema interamericano, la protección (o desprotección) de los derechos humanos en el continente recae por completo, en definitiva, sobre lo que al respecto realicen (o no) los sistemas de Derecho interno. El Derecho Internacional de la Convención puede servir, en el mejor de los casos, para señalarle pautas heurísticas al Derecho positivo de cada país (*supra*, IV); pero es solo de la voluntad política dominante en este, no de la actuación de los órganos de la Convención, que depende si esas pautas se aplican y cómo se aplican (*infra*, § 31).

## VII

*Nota.*— Este numeral se agregó sobre el final mismo de la Investigación, o sea, luego de estar ya redactado completamente el resto del capítulo y la obra en general.

En *Opinión Consultiva* del 13 de noviembre de 1985, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse, finalmente, sobre el fondo de la cuestión jurídica cuyo conocimiento le había sido negado por la Comisión Interamericana (*supra*, VI). La conclusión a que la Corte llegó al respecto, previa una minuciosa fundamentación, fue esta:

*"Primero. Por unanimidad: que la colegialización obligatoria de periodistas, en cuanto impide el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

*"Segundo. Por unanimidad: que la ley N° 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley Orgánica del Co-*

*legio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".*

Una vez conocida dicha Opinión, quien hasta poco antes fuera Presidente del Colegio de Periodistas de Costa Rica declaró (por Radio Monumental, día 15 de noviembre) que, siendo esa la interpretación de la Corte, al Gobierno de Costa Rica no le quedaría otro camino que denunciar la Convención. Otra posibilidad, la de que las autoridades de ese país acataran la Convención, ajustándose a los términos en que es entendida por la propia instancia judicial que prevé dicho pacto, tal consecuencia no resultó ni siquiera imaginable para quien hizo esas declaraciones (el no llegó a considerar dicha posibilidad).

La proposición del periodista tenía en cuenta, posiblemente, que la Constitución de Costa Rica establece:

*"Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad SUPERIOR a las leyes" (art. 7.1; la mayúscula es nuestra).*

Las autoridades costarricenses, por su parte, aclararon cómo entendían esta "superioridad". Así, el Vicecanciller

*dijo que el Estado costarricense es SOBERANO y son sus órganos constitucionales, Legislativo y Ejecutivo, los que deciden sobre las leyes" (diario La Nación de Costa Rica, 15 de noviembre de 1985, p. 4A, col. 2; la mayúscula es nuestra).*

Y el Procurador General de la República

*"sostuvo que el pronunciamiento de la Corte no es legalmente vinculante. Es posible —dijo— que*

*tenga un efecto de tipo moral o ético, pero de todas maneras NO SE PUEDE TRADUCIR EN NINGUN EFECTO ESPECIAL, porque la colegialización está constituida en una ley que solo puede reformar o derogar el mismo Poder Legislativo" (La Nación, 16 de noviembre de 1985, p. 4A, col. 3; las mayúsculas son nuestras).*

A su vez, el Presidente de ese país señaló, sin ambages:

*"PRIMERO ACATAREMOS LAS LEYES DE LA REPUBLICA; si hay coincidencia con los organismos internacionales, consideramos magnífico que así sea. Habiendo conflicto estamos de acuerdo con el criterio de las instituciones LOCALES" (ibid., col. 1; las mayúsculas son nuestras).*

Palabras con las que el gobernante de Costa Rica no hizo otra cosa que explicitar, en este caso para su propio Estado, la actitud general que, en la práctica, se adopta en la generalidad de los países de América Latina respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En eso, en la afirmación del principio "tribalista", no hay mayor diferencia entre regímenes democráticos y no democráticos, o entre capitalistas y leninistas-stalinistas.

—o0o—

La Opinión Consultiva de la Corte, tanto por su contenido mismo como por sus alcances, sirve de inmejorable ilustración, y también como prueba, respecto a algunas de las ideas centrales expuestas más atrás. Volvemos resumidamente sobre cuatro de ellas, y adelantamos otra, para ejemplificarlas con base en dicha Opinión:

*Tesis 1: El sentido de cada una de las disposiciones establecidas en los Instrumentos, y en general el de cada precepto de Derecho positivo donde se consagran derechos humanos, no se encuentra prefijado en estos textos mismos, sino que sobre todo lo determina el respectivo intérprete autorizado, en función de aquellas opciones políticas por las que este tome partido ("paso hermenéutico": supra, § 16.J*

y cap. III; en este último, esp. los §§ 18 y 22-24).— Los jueces de la Corte, al intervenir como operadores de la Convención, tratan de manejar esta —como hace todo intérprete— de manera tal que logren hacerle decir algo que esté lo más cercano posible de sus respectivas preferencias políticas. Mas sucede que ellos no son los únicos operadores oficiales de dichos textos. En el caso de referencia intervienen, para señalar el sentido de unos mismos preceptos (fundamentalmente, el art. 13 de la Convención: sus incs. 1, 2.b y 3), cuatro intérpretes autorizados distintos. Dos de ellos pertenecen a una esfera nacional, Costa Rica, y los otros dos son de la esfera internacional. Los pronunciamientos se contradicen dentro de cada esfera: el juez penal costarricense de primera instancia reconoce entera libertad de expresión al común de los individuos, mientras que la Corte Suprema de ese país pronuncia pena de prisión contra una persona por haber ejercido tal derecho sin ser periodista colegiado; la Comisión Interamericana se pliega (por mayoría) al criterio de la Corte costarricense, mientras que la Corte Interamericana opina (¡por unanimidad!) lo contrario de lo que (¡también por unanimidad!) entendió aquella otra Corte. Lo que para unos juristas —juez de primera instancia costarricense, jueces de la Corte Interamericana, minoría de la Comisión Interamericana— es un derecho de *toda* persona humana, para otros juristas —mayoría de la Comisión Interamericana, jueces de la Corte costarricense— no es sino una actividad cuyo ejercicio corresponde reservarle a *ciertas* personas. Unos y otros admiten las *mismas* disposiciones jurídicas (internacionales) ... ¡solo que para los segundos dicen lo contrario de lo que dicen para los primeros! Y cada una de esas instancias está segura, por supuesto, que únicamente el punto de vista a que se pliega ella constituye la fiel versión de lo establecido en el texto mismo de esos artículos internacionales: que es ese, y *solo* ese, el “verdadero” sentido de estos. Tal ficción, la de que no hay más que *una* interpretación “verdadera” de los Instrumentos, en la práctica se traduce en el hecho de que, entre esas distintas inter-

pretaciones que dicen todas ser *la* "verdadera", se impone la del intérprete autorizado en el medio social respectivo, vale decir, la de aquel intérprete que tiene el reconocimiento del Poder en dicho medio. En otras palabras: *semánticamente* hay una pluralidad de interpretaciones "verdaderas", pero *pragmáticamente* no "corre" sino aquella por la que opte el intérprete autorizado nacional de mayor jerarquía en el seno del Poder interno (cf. también *infra*, § 42).

*Tesis 2: Para la obtención de interpretaciones más favorables al ejercicio de cada derecho humano, en principio son de mayor confiabilidad los tribunales internacionales que las autoridades del país respectivo, pues estas son más propensas a aplicar las interpretaciones "pro auctoritas" (infra, § 31.I).*— En el caso, la diferencia no puede ser más clara: el órgano supremo de la esfera judicial interna niega a la generalidad de las personas un derecho que, por el contrario, el tribunal internacional les reconoce.

*Tesis 3: El ordenamiento constituido por la Convención está hecho para no funcionar, y en general para carecer de consecuencias prácticas respecto a la protección de los derechos humanos (supra, VI).*— La tesis resulta verdad especialmente, en grado máximo, para la actividad de la Corte, como en forma palmaria lo demuestra el caso de marras. Véase: *a)* en seis años de funcionamiento, este es el único asunto realmente *conflictivo* de que ha conseguido ocuparse la Corte (sintomático resulta, inclusive, que ella se sintiera obligada a dedicar toda una sección, la número II, a justificar que, esta vez, no le estaba vedado pronunciarse); *b)* la eventualidad de que llegaran a seguirse consecuencias prácticas del pronunciamiento de la Corte fue expresamente rechazada por las autoridades del país a que él estuvo destinado (también el texto de la Convención, art. 64, tiene el cuidado de *no* decir que tales Opiniones sean obligatorias para los Estados); *c)* y hasta un órgano de la propia Convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no solo afirmó que es muy compatible lo que la

Corte luego señaló como "incompatible", sino que oportunamente se interpuso para impedir que esta pudiera pronunciarse con efectos jurídicos obligatorios al respecto.

*Tesis 4: El sistema interamericano es de neto carácter "tribal" (supra, I).*— Recuérdese que el "tribalismo" de los Estados consiste en que las instancias nacionales "están dispuestas a adherirse a la comunidad global en tanto [¡solamente!] ello no choque con sus compromisos tribales primarios" (ETZIONI: cf. la cita completa *supra*, en el lugar indicado). Para corroborar que efectivamente es así, nada más claro que las palabras transcritas del Presidente de Costa Rica. Dado este contexto general, las funciones reales del sistema de la Convención son esencialmente de orden semántico-diplomático y político-simbólico (*infra*, p. 422 s.).

*Tesis 5: La dogmática jushumanista es, en virtud de las posiciones axiológicas por que ella opta, la tendencia que dentro del discurso profesional de juristas se orienta hacia las soluciones jurídicas más favorables para proteger derechos humanos (supra, § 22); pero incluso dicha dogmática adolece de normativismo, por lo cual resulta víctima de importantes insuficiencias en el plano científico (cf. esp. infra, § 103.IV).*— El dictamen de la Corte merece, sin duda alguna, ser reconocido como un pronunciamiento orientado en el sentido de la dogmática jushumanista. Ello permite apreciar cómo, en efecto, es esta la corriente del pensamiento jurídico que a cada derecho humano le reconoce mayor extensión —versión maximalista o íntegra (*supra*, § 11.IV)—, a diferencia de otras posibilidades interpretativas —por ejemplo, la versión "recortada" (*ibid.*) que defendieron la Corte costarricense y la Comisión Interamericana—. Sin embargo, el planteamiento de la Corte Interamericana muestra, también, que inclusive posiciones sostenidas dentro de dicha corriente pueden presentar serias limitaciones de tipo normativista. En el caso, sobre todo se trata de las siguientes: a) adoptar aquella ficción (Tesis 1) de que hay una sola interpretación "verdadera" de las disposiciones jurídicas aplicables, inclusive de sus conceptos

indeterminados, frente a cada problema por resolver; *b*) dejar velado, en consecuencia, el carácter lingüístico-*optativo* que tienen los axiomas de valor ("hipótesis de trabajo": BRECHT, *supra*, § 9.III) elegidos como base para sostener la interpretación adoptada; *c*) encoger la discusión a planos que en lo fundamental se componen de unas argumentaciones "semántico-normativas" (ROTTLEUTHNER, p. 200), "platonismo de las reglas" (*ibid.*, p. 195-196), con lo cual quedan en la sombra las cuestiones *empíricas* decisivas (intereses reales en juego, problemas prácticos de la adecuación de medios a fines, etc.); *d*) prescindir, asimismo, de examinar las "ideologías" subyacentes, que constituyen, en lo intelectual, la verdadera base de las posiciones políticas implicadas en la discusión sobre si tal o cual cosa merece considerarse comprendida en un "derecho humano". Todo ello hace que, aun cuando las conclusiones mismas que propugna esa dogmática puedan merecer apoyo (como en el caso presente), el razonamiento que las respalda sea, muy a menudo, de dudosa consistencia desde el punto de vista científico.

#### *Ampliación sobre la Tesis 5.—*

Un pronunciamiento como el de la Corte Interamericana —elaborado, sin duda, con mucha escrupulosidad— vale la pena tomarlo de ejemplo para hacer resaltar, justamente allí, limitaciones fundamentales que el normativismo jurídico presenta hasta en sus productos más cuidadosos.

Por lo pronto, y aunque el texto de la Opinión Consultiva no lo dice en forma expresa, es evidente que sus autores parten de aquella ficción, tan común, de que los preceptos del Derecho positivo no admiten sino *una* sola interpretación correcta para cada caso (cf. las observaciones de BÜLOW, LAUN y KELSEN recogidas *supra*, § 16.I; *vid.* además *infra*, § 40). De ahí que, también en cuanto a la Convención, de lo que se trata —para los jueces de la Corte— es de acumular argumentos en respaldo de una solución que sea la *única* interpretación compatible con ese pacto. Dichos argumentos corresponden al empleo de ciertos conocidos cánones hermenéuticos a que suelen recurrir los profesionales

del Derecho, sea para defender el pro o el contra de una respuesta jurídica: interpretación literal (p. ej., N<sup>o</sup> 45), interpretación histórica (voluntad del legislador: p.ej., N<sup>o</sup> 69), interpretación sistemática (p. ej., N<sup>o</sup> 52), etc. Ahora bien, la manipulabilidad argumentativa de tales cánones —no solo por la ambigüedad de los resultados a que cada uno de ellos, por su parte, puede conducir, sino también por el hecho de que no hay una clara jerarquía entre los cánones— es una evidencia que hoy por hoy no constituye ya un secreto para nadie, aparece reconocida en todos los estudios contemporáneos de Teoría General del Derecho. Recurrir a ese tipo de razonamientos, como lo hace la doctrina jurídica corriente y también la Corte, implica disimular el carácter lingüístico-*opcional* (convencional) que, de hecho, tienen las distintas interpretaciones existentes dentro del "marco" (KELSEN) del texto invocado.

Dicha ficción se hace más notoria cuando lo que se interpreta son conceptos indeterminados (*supra*, cap. III). Para el problema que nos ocupa, la Corte reconoce el papel decisivo que tienen algunos de los que, justamente, ostentan grados *máximos* de vaguedad (cf. arts. 13.2 y 32.b): las expresiones "bien común" y "orden público", sobre todo (N<sup>o</sup> 64 y sigs.). Así, lo que pueda reconocerse para la libertad de expresión como principio (art. 13.1), quedará siempre sujeto a caución por lo que el intérprete autorizado considere como cuestión de "orden público" (si se prefiriera decirlo en forma más larga: "las justas exigencias del bien común", etc.). De ahí que, bien mirado, toda la argumentación que la Corte desarrolla del N<sup>o</sup> 29 al 56 resulta estar prácticamente de más, pues el punto crítico de la discusión no es *ese*. Se podría admitir todo lo dicho en estos Nos., y aun entonces llegar —sin contradecirse— a conclusiones distintas a las de la Corte: basta, para ello, con no plegarse a ciertas interpretaciones que esta presenta en los Nos. 63 y sigs., pues no son consecuencia *necesaria* de lo afirmado en aquellos otros Nos. La cuestión decisiva, verdaderamente, no es otra que la interpretación que quiera dársele al concepto de "orden público"; todo lo demás queda subordinado a esto. Mas los usos de esa expresión no responden, ni siquiera entre los juristas, a criterios intersubjetivos. Hay tantas nociones de lo que sea "orden público" como distintas son las pautas políticas a que las autoridades de cada Estado, respectivamente, otorguen el grado de importancia que les parezca merecedor de tal calificativo. En una palabra: las autoridades de cada Estado *deciden* lo que, para ellas, es "orden público". Y la circunstancia de incluir esta fórmula en un precepto de Derecho positivo no significa otra cosa, en la práctica, que delegar en el intérprete autorizado la decisión acerca de los límites que se le impondrán al derecho contra

el cual dicha fórmula sea aplicada. (Desde luego, esa "decisión" la adopta el intérprete bajo presiones sociales, etc.). La interpretación de lo que signifique "orden público", en cada país y en cada circunstancia, no es una cuestión de falso-o-verdadero, sino un asunto de decisión *política*.

La propia Corte parece, en cierto momento, inclinarse a reconocer la enorme elasticidad de ese concepto (Nº 67), pero no llega a sacar las consecuencias lógicas de ello. Por el contrario, de inmediato se aboca a indagar la interpretación correcta de tal etiqueta. Y lo hace, a su vez (Nos. 68 y 69), presentando unas formulaciones no menos indeterminadas (a), o cuyo alcance real no podría determinarse —suponiendo que esto fuera factible— sino mediante investigaciones llevadas a cabo por las ciencias sociales empíricas (b). Dice, por ejemplo (Nº 69, cursivas nuestras):

- (a) "...el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, *ideales, libertad y régimen de derecho*";
- (b) "...el más amplio *acceso* a la información por parte de la sociedad *en su conjunto*" (Dicho sea de paso: es *ese* objetivo justamente el que invoca el Colegio de Periodistas, y también la Corte costarricense en cuanto dice que "es el *interés público* que está de por medio en el ejercicio general de las profesiones".).

Aunque las cuestiones del tipo (a) son susceptibles de tratamiento en niveles semántico-normativos, como lo hace la Corte, solo implican consecuencias unívocas, aun en tal nivel, si estas cuestiones no son planteadas mediante conceptos tan indeterminados. Las cuestiones del tipo (b), en cambio, es del todo imposible resolverlas quedándose en dichos niveles, puesto que ellas son de neto carácter técnico-social; sin embargo, la Corte no trae allí a colación ningún material de las investigaciones empíricas realizadas por las ciencias sociales al respecto. Finalmente, sobre *tales* bases, ella arriba a la conclusión (Nº 76) de que "orden público", para la Convención, significa lo que la Corte *optó* por imputarle como fundamento. Técnicamente, la argumentación efectuada es una petición de principios; y estos, a su vez, son lo bastante vagos como para permitir entenderlos de la manera en que quien los interpreta tenga a bien hacerlo.

Por emplazar la discusión en planos ficticios —interpretación "verdadera", argumentación semántico-platonizante, etc.—, la Corte

se ve impedida de "tomar el toro por las astas", esto es: i) reconocer que no se trata de hallar *la* interpretación ("verdadera"), cosa que no existe, sino de señalar una interpretación *preferida*; ii) y que, por tanto, las *razones* (¡puede haberlas!) en que se apoya esa preferencia no serán de orden exegético, sino de orden *práctico*, o sea, (a) unos criterios axiológicos —pero lo bastante definidos— que el intérprete *opte* por tomar como "hipótesis de trabajo" (BRECHT) y (b) conocimientos *empíricos* sobre relaciones de medios a fines aplicables a la realización de las conductas reclamadas por dichos criterios.

De los renglones (a) y (b), que son los puntos decisivos para llegar a una conclusión bien fundada, solo el primero entra en la argumentación de la Corte, aunque de manera más bien implícita y, sobre todo, sin que resulte allí "transparente" el verdadero estatus racional que las respectivas afirmaciones tienen —esto es, que se trata de unas decisiones valorativas colocadas *opcionalmente*, por el intérprete, como axiomas en la base del razonamiento interpretativo—. En cuanto al segundo rubro (b), en el discurso de la Corte se le toma en cuenta muy poco o nada. En efecto, la fundamentación presentada no contiene, prácticamente, consideraciones de carácter empírico-realista: así, por ejemplo, en la óptica de la sentencia no tiene cabida la causa *real* del conflicto planteado, los intereses económicos de los periodistas —y de otros Colegios profesionales— costarricenses constituidos en grupo de presión. (Véase cómo queda de lado ese hecho, el de los conflictos de intereses, en el N° 78, donde todo aparece como si se tratase de un desacuerdo intelectual sobre el contenido del "bien común"; compárese, por ejemplo, con unas precisiones como las que se presentan *infra*, en el Excurso del § 74.III.)

Cabría, por supuesto, analizar en forma más pormenorizada el razonamiento de la Corte, sea para justificar en detalle las observaciones que le hemos efectuado o para agregar otras. Sin embargo, es posible que objeciones de *esa* naturaleza estén, en el fondo, un tanto desubicadas. Si bien se mira, el verdadero objetivo de este órgano no es, ni puede ser, el de formular unos discursos propiamente científicos. El sentido *real* de su actividad es más bien otro. Aun cuando tampoco pueda ser, en la práctica, el de brindar efectiva protección jurídica a los derechos humanos (Tesis 3), la Corte está llamada a desempeñar cierto papel que, aunque extracientífico, tiene su incidencia en el universo del discurso oficial de los Estados. En tal sentido, la existencia y la actividad de la Corte correspondería examinarlas teniendo en cuenta,

más que nada, eso que en el lenguaje de la sociología se llama "funciones latentes" de instituciones.

Tales funciones son, aquí, esencialmente de orden simbólico-integrativo. La Convención, con sus órganos, simboliza la esperanza en la existencia de una *comunidad* (que es irreal todavía) de los países americanos, y en que esta tenga como base la voluntad generalizada (tampoco existe) de *someterse* al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para no restarle credibilidad a dicha esperanza, y también para que los gobiernos acepten financiar las instancias internacionales encargadas de asumir las consiguientes tareas de simbolización, el discurso de los operadores de esas instancias no puede ser de naturaleza tal que consista, por así decirlo, en poner *demasiado* "el dedo en la llaga"... De ahí que la Corte, cuando se pronuncia, tendrá sumo cuidado de utilizar un lenguaje y un tipo de razonamiento que puedan ser vistos como "respetables" por las esferas gobernantes en los distintos Estados. Tiene que ser, por fuerza, una palabra políticamente cautelosa, tanto en la forma como en el contenido; se presupone que los jueces pondrán el mayor esmero en evitar que ella resulte "ofensiva" para un gobierno (recuérdese la frase de STENDHAL), aun si él se caracteriza por hacer todo lo contrario de lo que la Corte llegue a aconsejarle. A diferencia de un científico social independiente, y máxime cuando este responde a una orientación crítica, los operadores de la Corte necesitan estar muy bien vinculados con altas esferas del mundo diplomático (art. 53.1 de la Convención). Y esto no resultará indiferente, *de hecho* (¡no es cuestión de "buenas" o "malas" intenciones!), para determinar su tipo de aproximación a los problemas.

Por todo ello, el discurso de la Corte no puede evitar ser prisionero de una paradoja insuperable: si bien ha de *parecer* "científico", pues solo así es invocable para el cumplimiento de sus funciones simbólicas, empero le está vedado serlo *realmente*, pues esto le exigiría abordar cuestiones y emplear formas de razonamiento que no podrían sino poner de manifiesto cosas demasiado incómodas para los oídos de su auditorio principal (autoridades de los Estados). El que un órgano como la Corte resulte *funcional* —en su plano propio, el diplomático— tiene por condición, antes bien, que sus planteamientos *no* respondan a pautas muy científicas, pues su finalidad esencial es lograr ciertos efectos político-ideológicos para los cuales un severo empeño científico no es, evidentemente, el mejor aliado.

Ahora bien, si a la Corte no le pedimos aquello que, por su función propia, no está hecha para dar, se puede concluir que,

hasta el presente, ese cuerpo ha tenido una actuación que —olvidándonos de lo científico— resulta satisfactoria en cuanto a las decisiones normativas que él ha ido postulando para los asuntos sometidos a su conocimiento. Pues lo interesante de la Corte, al fin de cuentas, no son las argumentaciones jurídicas (normativistas) que ella opta por invocar, sino las conclusiones mismas que llega a proponer, ya que estas consiguen beneficiarse del prestigio que les otorga el papel simbólico asignado a dicha instancia. Aunque se ha tratado, en general, de cuestiones secundarias (o donde un gobierno solicita el testimonio de la Corte para apoyar argumentativamente posiciones que este ya tiene de antemano, o es con respecto a asuntos a los cuales él no les asigna tanta importancia como para inclinarse en forma decidida entre ciertas alternativas planteadas, etc.), resulta auspicioso que las respuestas de la Corte hayan ido en la dirección de la dogmática jushumanista (Tesis 2). Y lo es, sobre todo, que sus jueces —¡todos ellos!— no hayan vacilado en defender tal orientación en el caso de marras justamente, el único de verdaderas consecuencias conflictivas llegado a sus manos, donde su pronunciamiento fue inequívoco en el sentido de negarse a avalar el recorte a la libertad de expresión que significan las leyes de colegiatura obligatoria de periodistas. Por lo demás, el hecho de que la Corte no esté en condiciones de enfocar, ella misma, de manera científica las cuestiones de derechos humanos, no excluye que tal tarea la tomen en sus manos otras instancias, sobre todo en la esfera universitaria (o en círculos muy estrechamente ligados a esta).

*En definitiva.*— Los pronunciamientos de la Corte no son, ni pueden ser, de orden técnico-científico, así como tampoco está ella en condiciones de intervenir como un factor con influencia real para proteger derechos humanos en las Américas. Sus verdaderas funciones son de otra índole: ni científicas ni tuitivas, sino político-simbólicas. Su lenguaje y su actuación, por eso, están básicamente sujetos a pautas del mundo diplomático. La prudencia de dicho órgano es asegurada no solo por la forma en que se designan sus operadores y por las fuentes del oneroso financiamiento que lo sostiene, sino también mediante todas las trabas que la propia Convención pone a las eventuales intervenciones que aquel pudiera llegar a tener contra actos de las autoridades estatales. Sin embargo, en los (pocos) casos que la Corte pudo conocer, las soluciones que propuso van en el sentido de la dogmática jushumanista, por lo cual puede entenderse que está cumpliendo auspiciosamente sus funciones de simbolización.

## § 29. Relaciones dogmáticas entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Derechos internos

### SUMARIO:

- I. Dos postulados semánticos para el discurso de la dogmática jushumanista.
- II. La dimensión jurídica internacional de los derechos humanos, como parte del Derecho interno.
- III. La dimensión jurídica internacional de los derechos humanos, frente al Derecho Constitucional.

### I

Sistematizando los elementos del marco teórico esbozado al principio (*supra*, § 22.I), la cuestión de la obligatoriedad que en la esfera interna *deberían* tener los instrumentos internacionales de derechos humanos se puede dilucidar (PIZA) sobre la base de las premisas dogmáticas siguientes, en el plano de la semántica jushumanista:

- (i) Existe hoy un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que es propio no solo del Derecho Internacional convencional, sino que ha penetrado ya en el Derecho Internacional general; vale decir, que aquel no pertenece solo a la esfera de los pactos, sino también a la otra dimensión del Derecho Internacional, la del *jus cogens*<sup>(6)</sup>.

---

(6) *Jus cogens*: "...una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter" (art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23.V.1969).

- (ii) El orden jurídico internacional y el interno no son independientes, en materia de derechos humanos, sino que se está constituyendo un Derecho de los Derechos Humanos que propiamente no es ni nacional ni internacional, sino "universal" (*supra*, § 2 *in limine*). Se trata de dos órdenes en interacción. El Derecho Internacional penetra en el orden interno y el Derecho interno es invocable internacionalmente; los derechos humanos son los mismos en ambas esferas, aunque pueda ser diferente el grado de conocimiento y de protección que ellos disfruten en cada una.

Mas para aquilatar el verdadero alcance de estos principios señalados por PIZA, corresponde no perder de vista dos precisiones. Respectivamente:

- (i) "No desearía que creásemos aquí unas ilusiones. Hay una gran parte, una parte creciente, de la Declaración Universal que entra en el *Jus cogens*, pero no toda la Declaración. Los preceptos, o los principios, de la Declaración no se harán *Jus cogens* sino a medida que cada una de esas disposiciones lo devenga por sí misma. Ahora bien, no es tal el caso, y actualmente hay un criterio infalible: ningún Estado, en la presente situación del mundo, está jurídicamente obligado a ajustar su legislación interna a tal o cual principio de la Declaración Universal. Un avance se da por la vía de la incorporación a los principios generales del derecho de ciertos principios de la Declaración Universal" (René CASSIN, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie . . .*, p. 90). [Cabe tener en cuenta, además, que aun esos principios generales del derecho son, a menudo, no solo bastantes vagos, sino que sus interpretaciones pueden también ser antinómicas, según a cuáles de ellos se otorgue preeminencia y la manera en que sean aplicados.]
- (ii) Y en cuanto a la cuestión de la "universalidad", cf. *supra*, § 11 (apartados I y IV), e *infra*, § 30.

## II

Si la dimensión jurídica internacional de los derechos humanos se enfoca desde el ángulo de su funcionamiento como *parte* del Derecho interno, cabe allí distinguir entre "modos" y "formas" de incorporación. Por lo demás, ambos pueden dar lugar a antinomias<sup>(7)</sup>.

*Modos de incorporación.*— La incorporación del Derecho Internacional al Derecho interno puede ser automática, esto es, cuando el primero se aplica por sí mismo en la esfera del segundo. O bien, ella puede ser mediata, se requiere un acto de incorporación; esta puede ser directa, según el principio del *self-executing* (ejecución automática), o requerir una legislación que desarrolle las normas internacionales.

*Formas de incorporación.*— Es la cuestión del rango que constitucionalmente se le reconozca a las normas internacionales de derechos humanos. Usualmente, el Derecho interno no admite la superioridad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la Constitución, sino que a aquel se le otorga el rango de las leyes ordinarias o, en todo caso, el de una ley superior a estas (ley reforzada). La dogmática de los derechos humanos, en cambio, llega a postular que los principios de esta materia deberían prevalecer hasta por encima de las Constituciones.

*Antinomias.*— En función de lo señalado, se plantea el problema de cómo resolver las eventuales contradicciones entre normas constitucionales e internacionales; también, el de las limitaciones y derogaciones, tanto las normales como en particular aquellas previstas para regímenes de excepción, y en general la cuestión de las condiciones para el ejercicio de dichos derechos en la órbita interna. Todo eso debería resolverse, si se está a lo que disponen los Instru-

---

(7) Esa distinción entre "modos" y "formas" fue efectuada por PIZA en la Reunión I; pero la referencia a antinomias no es de él.

mentos, en forma tal de no ultrapasar la medida y las condiciones que estos establecen para autorizar restricciones. (Por ejemplo, desde este punto de vista no hay régimen de emergencia ni situación revolucionaria o anormal que justifiquen establecer una excepción a las obligaciones de respeto hacia ese mínimo de derechos humanos establecidos como inderogables en aquellos instrumentos<sup>(8)</sup>. Sin embargo, debería tenerse en cuenta también la distinción entre limitaciones o "derogaciones" específicas a un derecho —las establecidas al definir el derecho mismo— y las limitaciones o "derogaciones" de tipo genérico —por ejemplo, las debidas a razones de "orden público" o para asegurar el cumplimiento de derechos o deberes correlativos—; claro que allí topamos, según es frecuente en la materia, con el problema de la interpretación de unos conceptos indeterminados, como justamente el de "orden público".)

### III

Por otro lado, está la cuestión de la dimensión jurídica internacional de los derechos humanos *frente* al Derecho Constitucional (PIZA). Ello se refiere al grado de reconocimiento del Derecho Internacional, como tal, por parte del Derecho Constitucional, en la materia específica de los derechos humanos: cuál es el grado de subordinación del Derecho interno al Internacional, en ese dominio.

Importa ver, en cada país, si hay un reconocimiento constitucional no solo de los pactos que enuncian tales derechos, sino también de los mecanismos de protección: por ejemplo, la competencia de Comités o Comisiones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la jurisdicción de las Cortes internacionales, etc. Y supuesto

---

(8) Claro que, en realidad, ese "mínimo" es bastante débil, sobre todo habida cuenta del considerable grado de indeterminación que es propio de los conceptos por medio de los cuales suele ser formulado: cf. *infra*, cap. VII, esp. § 63.II.

que el reconocimiento exista, es fundamental todavía, para asegurar la protección internacional, examinar cómo se organizan los procedimientos internos previos a los internacionales, pues las dificultades en la vía de aquellos pueden ser prácticamente insuperables; por ejemplo, una exigencia como la del agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna ha tenido por consecuencia el rechazo de la enorme mayoría de las reclamaciones planteadas en la órbita americana<sup>(9)</sup>. Es decisivo también lo que se determine sobre quiénes son aquellos a los que el Derecho interno reconoce la legitimación para reclamar ante la jurisdicción internacional por los derechos afectados; por ejemplo, ello causa dificultades particulares en relación con los derechos económicos-sociales (... suponiendo que estos puedan *obligar* a "algo": cf. *infra*, § 83). Además, siempre hay que considerar la cuestión de los entramamientos en la vía internacional *misma* (cf. *supra*, § 28.VI).

En cuanto al agotamiento previo de la jurisdicción interna, la Convención, por ejemplo, dice:

"Para que una petición o comunicación... sea admitida por la Comisión, se requerirá:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocido" (art. 46.1).

Sobre dichos principios, comenta ROBERTSON:

"La regla del agotamiento de los recursos es bien conocida por los juristas del Derecho Internacional y se basa tanto en la justicia como en el sentido común. Está basada en la justicia, porque sería injusto que la responsabilidad internacional de un Estado quedase comprometida a causa de la acción de uno de sus agentes o tribunales cuando un medio nacional de reparación está a disposición pero no fue utilizado. Igualmente, la regla se halla basada en el sentido común, porque está en el interés general

---

(9) Para un punto de vista algo divergente, cf. el comentario de GARCÍA B. recogido *infra*, n. 30.

(entre otras razones, por ser normalmente más rápido, barato y efectivo) que una persona agraviada haga uso de los recursos internos, cuando los hay, para arreglar un error, más bien que dirigirse a una comisión, corte u otro tribunal, internacionales. El acceso al órgano internacional debe estar disponible, pero sólo como último recurso... No solo que los recursos internos son probablemente más rápidos y tal vez menos costosos; en muchos casos pueden ser más efectivos, porque un tribunal nacional de apelaciones o la Suprema Corte puede habitualmente revocar la decisión de un tribunal de jerarquía inferior, mientras que la decisión de un órgano internacional no tiene ese efecto, aun si acarrea la responsabilidad internacional del Estado respectivo.

"Todo eso, partiendo de la base de que haya recursos internos disponibles y que sean efectivos. Si no hay recursos internos disponibles, evidentemente no habrá necesidad de recurrir a estos antes de que el demandante pueda dirigirse al órgano internacional competente. Igualmente, si unos recursos internos están técnicamente a disposición, pero por parte de los tribunales nacionales existe una demora no razonable para otorgar un remedio, el demandante no debería sufrir las consecuencias como castigo.

"Una amplia proporción de las demandas presentadas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos son declaradas inadmisibles en razón del no agotamiento de los recursos internos. Queda por ver si lo propio ha de suceder con el Comité de Derechos Humanos [del Pacto, arts. 28 y sigs.]" (p. 360-361).

Las observaciones de ROBERTSON son atendibles, sin duda. En realidad, sobre todo lo son en tanto en cuanto no constituya un caso normal, o al menos bastante frecuente, que dicho agotamiento implique —¡de hecho!— un largo camino en lo que va de la violación hasta la sentencia definitiva que ordene (eventualmente) el cese o reparación de aquella. Claro que, a este respecto, nada se puede saber *a priori*; depende de cómo funcione el Poder Judicial en cada país. De cualquier manera, no se ve por qué los Instrumentos (y hasta las propias Constituciones) no podrían establecer, por ejemplo, que la vía internacional quedará expedida, al menos para determinados tipos de violaciones especialmente graves, siempre y cuando la sentencia interna definitiva no se haya dado en un plazo máximo de... semanas o... meses. En el caso de que los tribunales internos fuesen lo bastante ágiles, una disposición semejante no podría perjudicar en nada la protección otorgada en el interior del país en cuestión; y si no lo son, tanto más fuertes serían las razones, desde el punto de vista de la defensa de

derechos humanos, para que esta sea tomada a cargo, si ello es materialmente posible, por instancias internacionales que suplan la ineficacia de las nacionales. Bien mirado, aunque el principio del "agotamiento" tendría su justificación en un mundo de Estados más o menos ideales, lo cierto es que en la actualidad, desde el punto de vista *práctico*, sobre todo constituye un expediente —¡otro más!— para que los Estados puedan confinar al plano semántico, en la generalidad de los casos, la protección internacional de los derechos humanos.

Y aun suponiendo bien resueltas todas las cuestiones anteriores, queda en pie otra, fundamental: la manera de reglamentar jurídicamente de manera eficaz el reconocimiento, y sobre todo el *cumplimiento*, de las resoluciones de los órganos internacionales<sup>(10)</sup>.

### § 30. Excurso: Análisis de dos cuestiones (monismo/dualismo, voluntarismo/no-voluntarismo) transportándolas al nivel metadogmático

#### SUMARIO:

- I. Tesis: monismo con superioridad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; plano de esta tesis (análisis sumario).
- II. Tesis: carácter no voluntarista del Derecho Internacional; plano de esta tesis (análisis sumario).
- III. Conclusión.

## I

El alcance del reconocimiento que el Derecho Constitucional estaría jurídicamente "obligado" a otorgarle al De-

(10) Por ejemplo, tampoco la Convención (art. 68) resuelve bien esto, excepto en lo relativo a indemnizaciones (inc. 2):

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

recho Internacional de los Derechos Humanos constituye un problema que, a su vez, está vinculado con un añejo debate en el seno de la doctrina jurídica: el de la alternativa monismo/dualismo, en cuanto a las relaciones jerárquicas entre el Derecho Internacional (en general) y los Derechos internos. Pero podría entenderse, acaso, que esa cuestión se plantea de una manera *especial* para la materia de los derechos humanos; que respecto a estos, la respuesta del "monismo" (por ejemplo), está en condiciones de invocar razones que tienen un peso propio, específico de dicha materia. Presentamos, a continuación, dos maneras —pero no son las únicas— de enfocar el punto.

*i.* "Creo que la emergencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha venido a eliminar toda la discusión dualismo/monismo, y que inclusive ha venido a eliminar la discusión sobre el monismo basado en la superioridad del Derecho interno y el monismo basado en la superioridad del Derecho Internacional. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos está reconocido como Derecho general, como Derecho Internacional condicionante de la validez de todo otro ordenamiento. Si se cree en los derechos humanos, el Estado que cree en estos tiene que aceptar la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como única fórmula para que pueda pretender estar inscrito en favor de los derechos humanos. No digo que hacerlo sea absolutamente necesario, que no puedan existir ordenamientos constitucionales dualistas o que inclusive consagren la superioridad del Derecho interno sobre el Derecho Internacional. Lo que quiero decir es que, en la medida en que haya ordenamientos jurídicos dualistas u ordenamientos jurídicos que se pretendan superiores al Derecho Internacional, en esa medida no se está inscrito dentro del movimiento de los derechos humanos; el Estado que sostenga eso, no tiene derecho de reclamar que él es un Estado favorable a los derechos humanos, los cuales hoy están reconocidos como Derecho universal.

“Por eso considero que, en el campo de los derechos humanos, el problema dualismo/monismo está resuelto. El Derecho de los Derechos Humanos no solamente está en el nivel del Derecho Internacional convencional, sino que ya penetró —y así ha sido reconocido— en el Derecho Internacional general (algunos lo llaman consuetudinario, yo prefiero seguirlo llamando general). Y en este mismo Derecho Internacional general, aquel penetra con carácter de orden público: lo que de cara a los tratados se conoce como *jus cogens* y, en general, como orden público internacional, que es una tesis monista y de superioridad del Derecho Internacional. Significa que cuando la Constitución viola los derechos humanos, ese Estado los viola y su Constitución es inválida.

“En el sistema de derechos humanos europeo hay un antecedente interesante, que no llegó a la Corte Europea, pero que sí se discutió y se resolvió a nivel de la Comisión Europea. Fue el desconocimiento que la Constitución Suiza hacía del derecho de voto de la mujer. La Comisión Europea no tuvo la menor duda, la menor dificultad, en declarar que el Estado suizo violaba la Convención Europea de Derechos Humanos porque su Constitución no reconocía el derecho de voto a la mujer. El asunto no llegó a la Corte, porque el Gobierno suizo inmediatamente inició el proceso de reforma constitucional para darle cumplimiento a la disposición de la Comisión” (PIZA).

—————o0o—————

ii. La opinión transcrita emplaza la discusión estrictamente en el marco del pensamiento jurídico-normativista. Es cierto que dentro de *ese* marco puede darse un “reconocimiento” semejante, o sea, que allí el problema podría acaso considerarse “resuelto” en el sentido apuntado; es tal, por lo menos, la opción semántica que suelen preferir los intérpretes que se desempeñan como juristas de organismos internacionales. No obstante, resultan dudosas las dos afirmaciones siguientes: (a) que si los intérpretes estatales au-

torizados no aceptan esta tesis monista, el Estado respectivo "no tiene derecho a reclamar que él es un Estado favorable a los Derechos Humanos"; (b) que una Constitución que viola los derechos humanos es "inválida".

Ambas afirmaciones son "dudosas" —utilizamos este término en el estricto sentido de la palabra— porque resulta difícil, si no se introducen precisiones complementarias, determinar en qué nivel podría plantearse su falsabilidad y, en general, una discusión sobre si son o no son correctas. Dada la indeterminación semántica que presentan los términos claves de dichas afirmaciones, todos ellos pueden ser entendidos en planos y sentidos diferentes, y aun con señalados ámbitos lógicos dentro de cada uno de esos tipos de planos y de sentidos: "derecho a", "favorable a", "invalidez", etc. Consideremos tres interpretaciones posibles.

(1) Tal vez, lo que se quiera señalar es que, de acuerdo con reglas seguidas en unos juegos lingüísticos de la dogmática jushumanista, estas reglas *dicen* que el calificativo "validez" —y las indicaciones de conducta que tales reglas vinculen al otorgamiento de ese calificativo— será imputado (por quienes sujetan su discurso a dichas reglas) al contenido semántico que tengan ciertas disposiciones de nivel internacional. En *este* sentido, sí, sería probable que aquellas afirmaciones fueran ciertas. Se trataría, en definitiva, de haber detectado unas pautas semánticas utilizadas por un círculo dado de locutores —en este caso, los juristas que aceptan la dogmática jushumanista— para distribuir los vocablos—"fichas" de ciertos juegos lingüísticos que ellos practican<sup>(11)</sup> Sobre estos "juegos", justamente por

---

(11) En un sentido semejante se podría acaso interpretar, o reconstruir, una posición como la de KELSEN al apoyar el monismo con primacía del orden jurídico internacional: *Teoría pura...*, # 43. Sobre todo, si se tiene en cuenta que él está consciente de que se trata de una "construcción" intelectual (apartado *d*), una mera "unidad epistemológica", una forma —entre otras posibles— de "concebir al Derecho Internacional..." (p. 330). No obstante, para una crítica de la manera en que KELSEN resuelve este punto, cf. HABA, *Relaciones...*, sec. B y (esp.) # XVIII.

constituir *su* lenguaje (de ellos), los internacionalistas están en condiciones de decidir como usuarios, en cuanto sean simplemente *ellos mismos* quienes lo emplean.

(2) Si lo que se quiere decir, en cambio, es que dentro de un país cuyas autoridades no acepten las tesis (a) y (b) —o que, en todo caso, no suscriban tal formulación lingüística de estas— los derechos humanos carecen de protección constitucional, esto habría que *probarlo* caso por caso. Sería necesario examinar las normas positivas del Estado en cuestión y ver cómo se aplican allí en los hechos. Además, habría que probar que aquellos se respetan más en los Estados que oficialmente aceptan dichas tesis, si es que los hay; de lo contrario, se llegaría a la conclusión de que no existe ningún Estado con Constitución "válida" ... (cf. también *supra*, § 12.I).

(3) También podría ser que los mencionados términos se utilicen en otro sentido todavía, alguno de tipo básicamente *axiológico*. En tal caso, desde luego que sería imposible aducir hechos —sea los usos predominantes en un lenguaje, sea actos materiales— para falsar el empleo de esa terminología. Todo dependería entonces de las preferencias valorativas del locutor que se sirve de esta. No habría allí nada que se pueda "probar", ni a favor ni en contra, pues, como se sabe, no existen caminos intelectuales para discutir *intersubjetivamente* la aceptabilidad de valoraciones básicas enfrentadas<sup>(12)</sup>.

*En síntesis.*— Si bien se mira, la cuestión dualismo/monismo no tiene ninguna "solución" *única*. Todo depende, ante todo, del *sentido* en que esa cuestión se plantee, cuál

---

(12) Parecería que este último tipo de interpretación, el (3), es el que mejor corresponde a la posición de PÍZA: cf. su estudio *Sistema interamericano...*, donde, al subrayar que "Los derechos humanos son 'fundamentales', 'humanos' y universales'" (p. 206 ss.), explicita cada uno de estos tres términos en un lenguaje de neto sentido axiológico-esencialista. Para una posición distinta al respecto, inspirada en la filosofía analítica, cf. el artículo de BOBBIO, *Presente...*; *vid.* también *supra*, §§ 11.II y 12.I.

es el *plano* —ontológico o lingüístico, como se quiera— en donde se ubica la pregunta y correspondería dar la respuesta. Lo cierto es que, como se explica en otro sitio<sup>(13)</sup>, hay por lo menos cuatro niveles distintos para tratar dicha problemática, por más que no suelen ser rigurosamente discriminados en estudios de juristas que se han ocupado del tema —falta de discriminación que mantiene en pie no pocas confusiones—. Importa distinguir muy bien entre: punto de vista lógico-formal, punto de vista jurídico-positivo, punto de vista de lo fáctico, punto de vista de la estimativa. Por añadidura, dentro mismo de cada una de estas cuatro perspectivas suele haber todavía, a su vez, más de una solución posible, según cuáles sean las premisas adoptadas o los círculos de hechos tomados en cuenta<sup>(14)</sup>.

## II

La cuestión del monismo/dualismo se vincula, encarada aún desde otro ángulo, con la pregunta acerca del carácter *voluntarista* o no del Derecho Internacional. En efecto, si este consigue revelarse como *no-voluntarista* —vale decir, como relativamente independiente y hasta, si cabe, por encima de la “voluntad” particular de cada Estado—, ello aportaría un argumento a favor del monismo con supremacía de dicho Derecho, por lo menos para algunas esferas del discurso jurídico. La tesis del no-voluntarismo ha sido defendida, por ejemplo, por KISS. En lo que particular relación dice con el ámbito de los derechos humanos, he aquí (*i*) algunas de las razones que, a su juicio, abonarían ese carácter no-voluntarista del Derecho Internacional. Añadiremos después (*ii*) unas observaciones por nuestra cuenta.

---

(13) Cf. el estudio de HABA señalado al final de la n. 11.

(14) Para un análisis más detallado, *vid.* el sitio que se indicó en la nota anterior.

i. “[H]ay principios que, en la realidad cotidiana, resulta simplemente impensable que sean derogados por un tratado internacional. ¿Se puede imaginar dos o más Estados que al celebrar el texto de una convención inscriban unas disposiciones directamente contrarias a los derechos y libertades fundamentales del hombre, o al derecho de los pueblos a disponer sobre sí mismos, o que comprometan las Partes contratantes a librarse a experiencias de armas nucleares o termonucleares o a una contaminación intensiva de los océanos o de ciertos ríos? Incluso Estados que no hubieran aceptado antes ninguna obligación jurídica al respecto, en las formas consagradas por el Derecho Internacional, no osarían desafiar así la opinión mundial.

“Se podría identificar ciertos principios que ningún Estado se atrevería, en las condiciones actuales, a contradecir mediante un texto convencional establecido en debida forma. A menudo son principios de ‘soft law’ inscritos en declaraciones solemnes (Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente; Declaraciones sobre el derecho de los pueblos a disponer sobre sí mismos, a la soberanía permanente de los pueblos y las naciones sobre sus riquezas y sus recursos naturales). (...) Luego algunos han sido retomados en convenciones que debían transformarlos en obligatorios... [pero incluso] aquellas reglas enunciadas solemnemente aunque en formas no obligatorias, eran prácticamente intocables. Hay Estados que podían violarlas —de hecho, algunos no se privaron de hacerlo—, pero no podían negarlas; la situación era, pues, bastante parecida a la del conjunto de las reglas del Derecho Internacional.

En realidad, consideramos que el ‘jus cogens’ es la expresión jurídica de ciertos valores morales aceptados como tales por la comunidad humana y que así se han vuelto valores sociales. Es evidente que la definición jurídica de valores sociales no directamente protegidos por unas reglas específicas es siempre delicada; de ahí, una parte de las

reticencias y críticas mejor fundadas. Sin embargo, cada orden jurídico, sea nacional o internacional, comporta tales valores. (...) ¿[S]e podría olvidar el papel que en la nulidad de los contratos en el Derecho interno juega una noción que, precisamente, no ha sido nunca definida por el legislador, la de orden público? Parecería que el 'jus cogens' corresponde, en gran parte, precisamente a una idea análoga, la de orden público internacional; orden que es el conjunto de los valores sociales no siempre definidos en las formas jurídicas habituales, pero aceptados y reconocidos por la humanidad, fuera y tal vez hasta por encima de las voluntades estatales tomadas individualmente" (KISS, *Le Droit...*, p. 83-84).



ii. Las observaciones transcritas son aceptables... siempre y cuando no perdamos de vista a qué plano del discurso se aplican exactamente. En rigor, corresponden al de su *semántica*. Conciernen de modo específico al punto siguiente: qué es lo que se "dice" y qué es lo que no suele llegar a "decirse", en forma oficial, por parte de las autoridades estatales.

Es muy cierto que, al abordar el discurso del Derecho Internacional, y particularmente en materia de derechos humanos, hay algunas cosas que los gobernantes de los Estados no suelen decir. Se sienten presionados a *no* expresarlas públicamente. Y se muestran sensibles a esa presión. Puede afirmarse, en efecto, que la ven como una "obligación", pues se adaptan a ella; esto es, ajustan su conducta *lingüística* oficial a unos modelos lingüísticos internacionalmente aceptados como las "reglas de juego" para *hablar* en forma pública sobre los temas en cuestión. Dichas reglas del lenguaje jurídico internacional son, en tal sentido, realmente obligatorias para todo Estado que desee comunicarse *públicamente* con los demás sin abandonar dicho discurso, vale decir, si desea que sus palabras se tomen como parte de la *específica* red de juegos lingüísticos que los locutores estatales identifican bajo el nombre del Derecho Interna-

cional. Las reglas de utilización de este lenguaje no las determina cada Estado a su arbitrio, sino que consisten en usos lingüísticos comúnmente aceptados por la generalidad de sus locutores: es lo que se haya hecho costumbre como lenguaje *público* de los Estados en general. No es desacertado sostener, pues, que el discurso del Derecho Internacional, o por lo menos algunos de sus sectores, comprende cierto número de fórmulas lingüísticas que no tiene más remedio que aceptar todo Estado que se proponga hablar *dicho* lenguaje precisamente (así como, por ejemplo, no se puede jugar al ajedrez sin un rey o sustituyéndolo por alguna otra ficha). En tal sentido, puede afirmarse que el Derecho Internacional *no* es "voluntarista".

Ahora bien, lo que no es voluntarista, como vemos, son unos aspectos de la *formulación* lingüística, la "letra" de aquello que se reconozca como susceptible de integrar el corpus lingüístico del Derecho Internacional. Y en algún grado, hasta puede ser no-voluntarista su *semántica* también; esto es, en la medida en que la letra no esté conformada por conceptos muy indeterminados. Pero ni el texto internacional ni su semántica, por más no-voluntaristas que en ciertos puntos resulten ser el uno o la otra, afectan al carácter básicamente voluntarista que de todas formas sigue ostentando, sí, la otra cara de ese lenguaje: la dimensión *pragmática* de los mencionados discursos. En este otro plano, el de la utilización fáctica que reciben los preceptos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en general ese lenguaje permanece librado, quiérase o no, a los azares "voluntaristas" que emanan de las fuerzas socialmente dominantes en el interior de cada Estado.

También aquí, pues, se impone considerar las necesarias distinciones entre los planos donde juega el lenguaje jurídico internacional, análogamente a como lo propusimos para dilucidar el complejo de cuestiones agrupadas bajo el título monismo/dualismo. En cuanto al "voluntarismo", las precisiones efectuadas se traducirían en las conclusiones siguientes:

- aunque respecto a la *formulación* de los significantes ("letra") del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en cierto grado también para sus *significados* (semántica), es acertado afirmar que no dependen de la voluntad de cada Estado; no menos cierto es que
- estos significados dependen asimismo, en buena medida, de las *interpretaciones* que las autoridades estatales prefieran otorgar a los abundantes conceptos indeterminados de dicho lenguaje; pero además, y sobre todo,
- es manifiesto que el voluntarismo estatal campea a sus anchas en la dimensión *pragmática* ("sistema tribal": *supra*, § 28.II *in fine*) de ese discurso en que consiste la normativa internacional.

### III

La respuesta al problema monismo/dualismo, o al del voluntarismo/no-voluntarismo, depende del *ángulo* desde el cual ello se enfoque; y de las *premisas* que, dentro de cada ángulo, se tomen como punto de partida para dar la consiguiente respuesta. Si el punto de partida que se *elige* es adoptar los criterios que predominan en el seno de la dogmática jushumanista, entonces una respuesta realista sería esta: en el plano *semántico* suele imputarse, por parte de quienes aceptan esa dogmática, jerarquía normativa superior a los preceptos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, interpretados de acuerdo con los criterios destilados en el seno de esa misma dogmática.

Mas tal respuesta nada prejuzga, ni a favor ni en contra, respecto a la dimensión *pragmática* que a esos preceptos pueda corresponderle en la órbita de los Derechos internos. El discurso de estos se desenvuelve, en su nivel pragmático (e incluso en el de su semántica *propia*), según

aquellos juegos de lenguaje por que, en los hechos, acepten guiarse los intérpretes autorizados del país en cuestión, al decir y aplicar su propio Derecho. Estos "juegos" pueden coincidir *o no*, en mayor o menor medida, con los de la dogmática jushumanista, ante clases de situaciones (o casos determinados) donde eventualmente podrían ser aplicados unos y otros.

*EN CONCLUSION:* tanto en el nivel semántico como en el nivel pragmático de los discursos que constituyen la doctrina de los derechos humanos, la cuestión monismo/dualismo (o la del voluntarismo/no voluntarismo) se resuelve, en cada caso o tipo de casos, según cuáles sean los juegos de lenguaje por que *opten* los locutores tomados en cuenta como intérpretes "auténticos", o simplemente los operadores estatales (cualesquiera sean) que tienen el poder real de aplicar el discurso en cuestión.

## Sección B): NORMATIVA CONSTITUCIONAL

### § 31. Posición general de las Constituciones latinoamericanas

#### SUMARIO:

- I. Hipótesis de trabajo; discusión de esta hipótesis.
- II. Contingente relevancia constitucional de los Instrumentos.

#### I

Teniendo en cuenta que la dogmática jushumanista se asienta fundamentalmente en resoluciones de los tribunales internacionales, y que son estos quienes a su vez la acogen en forma regular, cabe pensar que, en principio, para la protección de los derechos humanos son más confiables las instancias internacionales que las internas. A partir de esta hipótesis, se puede formular el siguiente postulado, para tomarlo como una verdad tendencial: cuanto más amplia y más firme vigencia tengan los instrumentos internacionales de derechos humanos en el foro interno, en virtud de disposiciones constitucionales que así lo establezcan, tanto más probable es que la Constitución respectiva brinde un buen nivel de protección en esta materia.

#### *Discusión.—*

La hipótesis señalada, y el postulado consiguiente, pueden suscitar reservas, desde luego. He aquí un intercambio de opiniones al respecto.

#### BREWER:

Sin duda, hay allí una aproximación apriorística al tema, que se revela en las hipótesis generales siguientes: primero, que los

derechos humanos están más protegidos a nivel internacional que a nivel interno; y segundo, que el nivel interno no otorga suficiente protección a los derechos humanos (*supra*, § 16.IV *in limine*).

GARCIA B.:

Coincido con la crítica mencionada, en el sentido de que tampoco yo creo que estén mejor protegidos los derechos humanos en los textos internacionales. Quizá estén mejor explicitados a nivel de enunciación, de discurso. Los derechos fundamentales nacen en el Derecho interno. Cuando el Derecho interno se agota, con la experiencia fascista de la Segunda Guerra Mundial, entonces se vuelcan al ámbito internacional, y luego retornan al campo interno. Pero los derechos fundamentales son válidos en la medida en que los ordenamientos nacionales los hacen vigentes, porque todavía el Derecho Internacional es un Derecho imperfecto. Yo me inclinaría a decir que el Derecho Internacional forma una opinión pública, un *jus cogens*, pero que la vigencia real y efectiva está en los Derechos internos; son las Constituciones, precisamente, las que hacen efectivo eso, o lo hacen posible.

HABA:

Tengo la impresión de que hay aquí un pequeño malentendido. He dicho, antes bien, que los instrumentos internacionales, aun desde el ángulo semántico, *no* protegen adecuadamente los derechos humanos, y que el sentido de nuestra Investigación es justamente propiciar que eso se haga mejor que en los Instrumentos (*supra*, § 1.II). No creo que pueda hacerse el reproche de presentar una visión más o menos idílica del Derecho Internacional. Lo que dije, es una cosa distinta: señalé, a título de hipótesis, que los *tribunales internacionales* —no es lo mismo los tribunales que el *texto* de los Instrumentos— podían ser, en líneas generales y en principio, más confiables que los tribunales nacionales, para juzgar esos casos, cuando les llegan. Es una hipótesis que quizá sea apriorística, como dice BREWER, pero ella admite también prueba en contrario: eso se demuestra, a favor o en contra, con documentos (normas, sentencias, etc.). De todas maneras, lo que no he dicho —lo subrayo— es que los instrumentos internacionales, como fórmulas semánticas, sean documentos magníficos, que se deban copiar de punta a punta, etc. . . .

Podría parecer que hay una contradicción entre la hipótesis presentada y lo señalado más atrás (*supra*, § 28, apartados I *in fine* y VI) en cuanto a que también las instancias internacionales están sujetas a presiones que pueden afectar su "voluntad" de proteger ciertos derechos humanos. La contradicción existiría, en efecto, si dicha hipótesis afirmara (pero no lo hace) dos cosas: a) que tales instancias son *todas* igualmente confiables; b) y que cada una de ellas es igualmente confiable para *todos* los casos que allí puedan ventilarse. Lo que decimos es distinto: a) que *en general*, tendencialmente, se ha acreditado que hay lugar para depositar allí esa confianza relativa; b) que la imparcialidad de dichas instancias suele ser *mayor* (¡no absoluta!) —o, si se quiere, que su presionabilidad es *menor* (¡no inexistente!)— que la de los jueces internos.

Se trata, por tanto, de una cuestión que es de *grados y promedial*, sujeta a diferencias según que el paralelo se efectúe tomando en consideración unos u otros órganos internacionales y las judicaturas de unos u otros países. De todas maneras, tal tesis no pretende tener validez apriorística, sino que ha de permanecer sujeta siempre a falsación, tanto con respecto a situaciones particulares como en cuanto afirmación de orden relativamente general (*infra*, § 32.I). Debe ser tomada, en fin, como una pauta heurística, no como un enunciado legaliforme. Por ejemplo, en cuanto al ámbito interamericano: aunque la CIDH haya adoptado, para un caso dado, una resolución que niega posibilidades de defensa a un derecho humano, interpretándolo en forma no menos restrictiva que el tribunal interno (*supra*, § 28.VI), esto no quita que aquel mismo órgano, en otros casos, haya rendido informes que, respecto a violaciones de derechos humanos en determinados países (Colombia, Guatemala, Nicaragua, etc.), son ciertamente más objetivos que lo expresado por las autoridades de esos países.

*Nota.*— Corresponde acotar, de todos modos, que aun en circunstancias donde el órgano internacional manifiesta su oposición ante violaciones internas, la intervención de esta instancia

puede también, en su caso, llegar a resultar prácticamente contraproducente para la protección real de los derechos allí invocados. Así, se ha hecho notar que "la experiencia, no solo de la UNESCO sino de la familia de las Naciones Unidas en general, ha mostrado que muy a menudo dos Estados soberanos que comparecen ante la Corte de La Haya encuentran, luego, antes bien más difícil que menos difícil alcanzar un acuerdo, pues los sentimientos se tornan más enconados y no existe coerción para hacer aceptar las decisiones de la Corte" (W. CONTON, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie* . . . , p. 374).

## II

Pasemos a considerar la medida en que la recepción del Derecho Internacional sobre derechos humanos se encuentra promovida por parte de cada Constitución. Lo que ahora nos preguntamos no es si desde el punto de vista del *propio* Derecho Internacional serían, de todos modos, jurídicamente obligatorios en la esfera interna estatal determinados derechos humanos (por ejemplo, de *jus cogens*); sino si tal obligatoriedad es reconocida por el Derecho Interno *mismo*, o más específicamente aún, si ella puede apoyarse en mandatos de *su* Constitución.

La verdad es que en las Constituciones latinoamericanas no suelen aparecer mencionados los Instrumentos. Podría entonces considerarse aplicable, a falta de referencia más expresa en el texto constitucional, lo que él diga acerca de los tratados en general; pero incluso sobre este punto, las disposiciones de cada Constitución son en general parcas.

En el caso más favorable para el Derecho Internacional, algunas Constituciones establecen que los Pactos, si han sido aprobados por los órganos nacionales competentes, ostentan rango superior al de la ley ordinaria; mas a aquellos nunca se le concede, de acuerdo con la Constitución, jerarquía igual o superior a la reconocida para las normas de

ella misma. Por tanto, en caso de colusión con estas, las disposiciones internacionales de derechos humanos cederían ante preceptos constitucionales, si el asunto se plantea ante un juez nacional<sup>(15)</sup>.

En Costa Rica llegó a darse, curiosamente, una sentencia donde la Corte Suprema de Justicia hizo prevalecer ciertas disposiciones del Derecho Internacional por sobre lo dispuesto en un artículo de la Constitución de dicho país. Fue en el caso de un diplomático contra el cual se planteó una acción de deshaucio por falta de pago de alquiler. La acción había sido rechazada por los tribunales ordinarios, invocando la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos (1928), que excluía a esos funcionarios de la jurisdicción de los tribunales nacionales; esto a pesar de que, según dicha Constitución, es al Poder Judicial nacional a quien compete "conocer de las causas civiles, penales, . . . (etc.), cualquiera sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan" (art. 153). Llamada a pronunciarse, al ser entablado un recurso de inconstitucionalidad, la Corte lo rechazó, "considerando, en lo que nos importa, que la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos, a más de ser un tratado válidamente suscrito por el Estado —lo cual por sí solo no habría sido suficiente a que privara sobre la Constitución—, recogía principios universalmente aceptados del Derecho Internacional, que tienen validez superior inclusive por sobre los preceptos constitucionales; siendo indiferente que estos los reconozcan o no expresamente, ya que son, entre otras cosas, la razón de la propia validez de esas normas constitucionales y de todo el derecho interno de los Estados miembros de la comunidad internacional" (PIZA, *Régimen . . .*, p. 198).

En un caso más reciente, sin embargo, la Corte pronunció una condena de tres meses de prisión contra una persona, por "el delito de Ejercicio Ilegal de la Profesión de Periodismo en daño del Orden Público", a pesar de que la Convención no limita el reconocimiento del derecho de expresión a una categoría particular de personas. La legislación costarricense, sin embargo, *prohíbe* que aquella actividad sea ejercida salvo por quienes tengan el título profesional correspondiente y estén incorporados al respectivo Colegio. Ahora bien, la Convención (art. 13) dice que "*Toda* persona tiene derecho a . . . difundir *informaciones* e ideas de *toda* índole . . . por *cualquier* . . . procedimiento a su elección"

---

(15) Para la presentación de algunas disposiciones constitucionales relativas al punto, cf. *infra*, § 35.I.

(inc. 1). Pero como la Convención admite asimismo que puedan establecerse unas "responsabilidades ulteriores... necesarias para asegurar... el *orden público*" (inc. 2), al parecer esto permitiría entender, en la práctica, que "*toda* persona" no es "*cualquier* persona", sino únicamente aquellas que el Estado considere conveniente para el "orden público", aunque no se trate más que de una pequeña minoría (profesionales). La superioridad jerárquica del Derecho Internacional sobre el Derecho nacional, de acuerdo con esta interpretación, viene a significar que el primero prevalece, sí, pero exactamente con el contenido que quiera darle el segundo. Tal, al parecer, la tesis subyacente en este segundo pronunciamiento de la Corte costarricense.

Dicho sea de paso: cabe tener en cuenta también la distinta importancia social, en cuanto al *peso* de los intereses en juego, de los dos casos referidos. En el segundo, como lo señala la propia Corte, sobre el tapete está que, en Costa Rica, "las Leyes Orgánicas de los diferentes Colegios Profesionales [*¡todas ellas!*] establecen prohibiciones absolutas para el ejercicio de la profesión a personas que no tengan el respectivo título", y además exigen incorporación a dichos Colegios. Si la Corte costarricense hubiera fallado de otra manera, se habría "echado encima", prácticamente, a todas esas organizaciones, de mucho poderío en la vida interna del país. El ejemplo es ilustrativo para hacer ver, una vez más, los límites *reales* del Derecho Internacional frente a los ordenamientos nacionales... ¡y también para apreciar la función de la fórmula "orden público", un claro representante de los conceptos indeterminados tipo (*c*)! [Sobre este caso, *vid.* también *supra*, § 28.VI.]

En cuanto al nítido carácter de "fórmula vacía" que tiene esta última expresión, es muy ilustrativo también lo señalado por un miembro perteneciente a la DDR (República Democrática Alemana) en el Comité del Pacto (art. 40), quien "subrayó que la mayoría de los derechos están limitados por la reserva del orden público, el *ordre public*. Con ello se hallarían amparadas también las bases existenciales, la filosofía política de todos los Estados Partes, de manera que bajo el concepto de orden público entraría también el socialismo" (TOMUSCHAT, p. 29).

Pero corresponde también tener en cuenta que las Constituciones suelen recoger, en su propio texto, buena parte de las líneas de orientación que establecen los Instrumentos mismos. En más de un caso, hasta las retoman en

forma literal o poco menos. De todos modos, no es frecuente que edicten disposiciones que estén en franca oposición con lo que dicen aquellos. Lo que sí ocurre, a menudo, es que ellas guardan silencio sobre tales o cuales puntos, o los regulan de una manera menos completa o más vaga (aunque también se ha dado la hipótesis inversa).

*Comentarios.—*

### GARCIA B.:

Respecto a esta crítica, de que las Constituciones no recogen expresamente lo de los instrumentos internacionales, quisiera decir que, en general, no lo recogen porque los derechos humanos a nivel internacional nacen en el año 48; o, por lo menos, adquieren una resonancia internacional recién en el 48. Se empiezan a 'implementar' y formalizar en la década del 50. Luego se concretan —porque la Declaración Universal no era un tratado, era una simple declaración— en los Pactos del 66; y empiezan a tener vigencia casi diez años después, o más. En consecuencia, no se puede pedir que las Constituciones recojan eso, cuando ni siquiera en el Derecho Internacional eran válidos. Entonces, hay que situarse en el dato de que el Derecho Internacional no había hecho obligatorios los derechos humanos sino solamente a fines de la década del 70. Y casi todas las Constituciones de América Latina, por lo menos las más importantes, oscilan entre el siglo pasado y la década del 60; son rarísimas las más recientes, como la del Perú, que es del 79, o la de Honduras, que es del 82, que hacen esa referencia (especialmente la peruana, que, si no fuera por la especial coyuntura histórica de donde emergió, quizá no hubiera considerado el punto).

Por último, quisiera hacer un comentario, que es el siguiente. Se presenta como una crítica a las Constituciones el hecho de que los tratados solamente tengan vigencia interna en la medida en que la ley nacional los incorpora. Pero esa no es una crítica adecuada. ¿Por qué? Porque detrás de todo esto están las famosas y clásicas concepciones del dualismo y del monismo, en el Derecho Internacional. Ello significa que los países latinoamericanos han aceptado la posición dualista, o sea, que el Derecho Internacional es válido en la medida en que es recibido por el Derecho interno.

No hemos aceptado el monismo. Ahora, ¿qué es mejor: el monismo o el dualismo? Eso se ha discutido hasta el cansancio. Inclusive uno de los principales autores que se ocuparon del tema, **KELSEN**, en su vida varió entre estas dos posiciones: en diferentes épocas, él tuvo posiciones distintas. Detrás de eso está la cuestión de las relaciones entre el Derecho interno y el externo, lo cual es un problema teórico, práctico, etc.

### ORTIZ:

Por mi parte, discrepo de que la mejor solución sea la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En eso, ha habido tres posiciones. *Uno*: la de la Constitución española del 78, que constitucionaliza los tratados internacionales sobre derechos humanos y sus reformas (arts. 10.2 y 96). Esto me parece grave, porque en la Constitución incluye no solo el texto actual del tratado, sino sus reformas futuras, sin el trámite de una reforma constitucional. Parto del supuesto de que, en el orden interno, la norma que da fundamento a las demás es la Constitución; por eso, aquello puede ser un poco grave. *Dos*: a la inversa, me parece un tanto difícil de superar un trámite como el que indica la Constitución del Perú, pues así, al constitucionalizar estos mismos tratados (Disposición Décimosexta del Título VIII), resulta que las reformas a estos se pueden llevar a cabo solo como reforma parcial de la Constitución. Con ello se corre el riesgo de que la reforma al tratado, lo cual puede ser el único instrumento para que el orden interno siga la evolución de ese tratado en lo internacional, se paralice, se congele. Porque una reforma constitucional suele ser bastante más lenta que la simple aprobación de una ley común; además, pone en juego una confrontación de intereses políticos y de grupos de presión muchísimo más rica y compleja. *Tres*: una solución que es ideal, por lo menos para Costa Rica, es la de nuestra Constitución (art. 7.1). Ella le da al tratado internacional rango superior a la ley, pero inferior al de la Constitución. Con esto se gana el que, mediante la simple reforma o aprobación de un tratado por las vías normales del Derecho Internacional, ese tratado queda incorporado al ordenamiento costarricense, por encima de la ley y por debajo de la Constitución.

\* \* \*

*En síntesis.*— Una relevancia específica de los Instrumentos, con vistas a su aplicación en la vía interna del

Derecho estatal, *no* suele hallarse impuesta por las Constituciones mismas. La posibilidad de que sean allí aplicados dependerá, pues, de la circunstancia —contingente para el orden constitucional— de que los órganos nacionales (por lo general se trata del Poder Ejecutivo y el Legislativo) que tienen la competencia para aceptar los pactos internacionales de derechos humanos los aprueben en efecto.

### § 32. Discusión: normativa internacional y realidad constitucional

#### SUMARIO:

- I. Carácter falsable de la hipótesis adelantada; limitaciones estructurales de las instancias internacionales.
- II. Limitaciones pragmáticas del discurso de los Instrumentos, pero eventual fertilidad heurística de esos modelos en el Derecho interno.
- III. La "voluntad" política como factor decisivo.

#### I

Los desarrollos precedentes parten, como señalamos, de una hipótesis básica: la de que, en principio, las instancias internacionales resultan más "confiables", en materia de defensa de los derechos humanos, que las que cada Estado pueda (eventualmente) proporcionar por su cuenta. Si bien esto puede ser cierto en muchos casos, aun así conviene tomarlo "cum grano salis". Desde el punto de vista *empírico* —no en el plano (semántico) de la dogmática—, ese principio podría estar siempre sujeto a falsación: habría que "ver" en *cada* caso o tipo de situaciones.

El propio PIZA, quien presenta unas recomendaciones como las que recogemos en el párrafo siguiente, nos advierte: "...creo que hay que reconocer que, efectivamente, hay organismos de pro-

tección de los derechos humanos en los que se plantea muy claramente una selectividad respecto a sus resoluciones. Yo lo he llamado a esto: 'derechos humanos de una sola vía', en que determinados regímenes que merecen censura resultan ser los únicos censurados y otros regímenes se quedan impunes por el juego de los votos dentro de esos organismos. De manera que si creo que hay que reconocer una diferencia entre lo que son las sentencias de tribunales realmente imparciales y las decisiones que dicten otros organismos".

Es necesario tener en cuenta asimismo otro aspecto. Aun suponiendo que las Constituciones dejasen expedito el camino para acudir a las instancias internacionales y que los gobiernos estuvieran dispuestos a acatar lo que señalen estas, los problemas no resultarían mucho menores en la práctica, salvo que el número y la entidad de violaciones a los derechos humanos fueran desde ya sensiblemente más reducidos que en América Latina. Pues si hubiese realmente facilidades en el sentido de lograr que unos recursos se dilucidan en la esfera internacional y con efectos decisivos para aliviar la situación de las víctimas, entonces sería indispensable crear, si se va a atender el alud de demandas que vendría, una estructura orgánica señaladamente más amplia. Por lo pronto, se debería poder disponer de un personal *mucho* más numeroso (jueces, funcionarios, etc.) en las instancias internacionales competentes, para que dichos recursos fueran resueltos dentro de plazos razonables<sup>(16)</sup>.

---

(16) Claro que, además de todo ello, siempre habría que contar, como un presupuesto básico, con la condición de que el personal de estas instancias internacionales fuese realmente *capacitado e imparcial*. Contra ambos requisitos puede llegar a conspirar el hecho de que, como también ocurre en la esfera interna, ese personal es designado al fin de cuentas por los Gobiernos de los Estados participantes, aunque los elegidos no ejercerán dichos cargos a título de representantes de esos Estados. Sin embargo, puede decirse que en general los miembros de la Comisión y de la Corte americanas han sabido mantener un aceptable grado de independencia: cf. BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, cap. VI; pero cf. también *supra*, § 28.VI, las observaciones sobre la resolución de la CIDH que allí se comenta. Sea como sea, lo realmente decisivo para ocupar esos puestos en los organismos internacionales no son, desde luego, las altas condiciones intelectuales y morales que (eventualmente) los candidatos puedan ofrecer, sino sus buenos contactos personales en las

Una posibilidad semejante queda, por ahora, en el plano de lo utópico. No es imaginable que se logre la financiación necesaria, hoy por hoy, ya que ella debería provenir de Estados que, en su mayoría, tienen gobiernos que se caracterizan justamente por promover o tolerar aquellas violaciones: cf., por ejemplo, los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y no solo es común que dichos gobiernos hagan caso omiso de las denuncias en ese sentido, sino que, más aún, hasta es frecuente que levanten encendidas protestas porque aquellas se formulan. En una palabra, no es imaginable que el sistema intera-

---

esferas de gobierno. El propio TOMUSCHAT, miembro del Comité de Derechos Humanos del Pacto (art. 28 y sigs.), lo ha reconocido sin ambages: "Lo importante [para ser reelegido] es, sobre todo, un buen *Lobbying* por parte del propio Estado del candidato" (p. 34). En cuanto a los órganos del sistema interamericano, los comentarios huelgan. [*Observación.*— Respecto a esos *Lobbying* son ilustrativas, pero no asombrosas, las revelaciones dadas a conocer recientemente. El hecho de que, en la "struggle" por los altos puestos internacionales, haya podido abrirse exitosamente paso —nada menos que hacia la Secretaría General de las Naciones Unidas— un criminal de guerra nazi, no deja de ser sintomático. Otros ejemplos: también el actual vicepresidente de la Comisión de *Derechos Humanos* (¡¡!!) de la ONU es un ex oficial nazi (en representación de Alemania Oriental), y se conoce cómo al anterior secretario general de la OEA no le molestó el cargo en cuanto a la oportunidad para desarrollar negocios personales, etc. No quiere decir, por supuesto, que todos ni la mayoría de quienes ocupan cargos internacionales sean nazis o... Pero significa, eso sí, que para ocuparlos NO suele ser factor *decisivo* la limpieza biográfica del candidato (aun si la tiene), como tampoco lo es su nivel científico. Claro está, también se sabe de casos donde el poseer una firme moral política —esto es: la integridad de carácter como para oponerse a violaciones de derechos humanos efectuadas por *cualquier* gobierno (incluso el del país propio o los de sus aliados o protectores), y sea cual fuere la ideología política o la ubicación social de las víctimas— o el disponer de un nivel científico *verdaderamente* alto, no constituyó impedimento para ser designado en uno de esos cargos; y hasta puede llegar a ocurrir que condiciones como estas tengan algún efecto favorable, aunque secundario, con vistas a tal designación. De cualquier manera, nadie dudará que si esos puestos no se distribuyesen por vía diplomática, sino que fueran provistos mediante unos *rigurosos* CONCURSOS *públicos* de méritos, donde solo cuenten la trayectoria personal humanista de los candidatos y la calificación científica de sus conocimientos, la integración de dichas instancias cambiaría bastante —y, desde luego, difícilmente se presentarían ejemplos como los señalados—. (Esta *Observación* fue agregada durante la corrección de las pruebas de imprenta.) ]

americano de protección de derechos humanos pueda funcionar bien mientras falte, en los gobiernos de los Estados Partes, el presupuesto fundamental para ello: la firme voluntad política de hacerlo viable en *ese* sentido precisamente (cf. *supra*, § 28.VI).

## II

Si pasamos a la otra esfera, la del Derecho interno mismo, se ha hecho notar que en la mayoría de los países latinoamericanos, tal vez en todos, los jueces sufren, por lo común, una especie de "bloqueo mental" (PIZA) en cuanto a la posibilidad de aplicar el Derecho Internacional a cuestiones que resuelve, de una u otra manera, su Derecho nacional. Alguien señaló que si, en su país, un abogado le pidiera al juez que resolviese una cuestión por los artículos de algún pacto de derechos humanos, pensarían que aquel se ha vuelto demente. En otro país, le dirían que "no se complique", que le conviene más buscar disposiciones del Derecho interno en que apoyarse. Ello revela, otra vez, el agudo desfase que existe entre el plano de la dogmática internacional de los derechos humanos y la pragmática de este lenguaje, el tribalismo que ahí prevalece (*supra*, § 28.I).

"La verdad es que los jueces venezolanos y los juristas venezolanos le tienen terror a admitir un orden jurídico internacional que pueda tener jurisdicción inmediata sobre el orden jurídico interno. Esa es una verdad. De otra parte, creo que era ATALIBA quien decía que si alguien se presentaba en el Brasil para pedir la aplicación de un convenio internacional, se diría que está loco. En Venezuela no diríamos que está loco, sino que el juez diría: '¿dónde voy a conseguir el Pacto de San José? ¿por qué no vas directamente por la vía del foro interno?' —esa sería la reacción normal, de un juez normal, en Venezuela.—" (TOVAR).

"En mi país (Costa Rica), los instrumentos jurídicos en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos están aceptablemente bien regulados, pero nuestros jueces tienen un bloqueo mental respecto a esos instrumentos. No los conocen y no

quieren conocerlos, y se asombran cuando alguien les hace ver que estos son parte de nuestro Derecho común (Const. Costa Rica, art. 7.1)" (PIZA).

Ese desfase radical entre semántica y pragmática del Derecho Internacional, cuando este discurso se utiliza para calificar jurídicamente situaciones que un Derecho interno califica de otra manera, queda bien ilustrado asimismo en unas observaciones como las siguientes. "Ane la ley internacional existe un precedente muy claro en materia de sanción a violaciones de derechos humanos. Es el antecedente de Derecho Internacional de los Tribunales de Nürenberg. Este no es un antecedente retórico, es un antecedente de Derecho *positivo*. Se estima que la jurisprudencia del Tribunal de Nürenberg es de Derecho positivo internacional. Y hasta el momento, no hay ningún país del mundo que haya denunciado la jurisprudencia de ese tribunal; todos han adherido a ella. Pero en esto existe una disparidad brutal entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. Al revés del Derecho Internacional, el Derecho interno busca una cantidad muy grande de mecanismos y de requisitos para rechazar internamente la aplicación de la responsabilidad penal de las autoridades infractoras. Uno de esos expedientes es el de las famosas leyes de amnistía, que se dictan, sabemos muy bien, no para amnistiar a los responsables de atentados contra la autoridad, sino justamente lo contrario. Son leyes que dictan los superiores directos de los responsables de las violaciones a derechos humanos, para que, cuando el caso llegue al tribunal, el juez diga: 'aquí hay una ley de amnistía', y la aplique. Tales leyes son *nulas* ante la ley penal internacional; pues una de las cuestiones que declaró la jurisprudencia de Nürenberg es, precisamente, que esta jurisprudencia es superior inclusive a cualquier norma o disposición constitucional que exista en cada país. Se trata, pues, de un *jus cogens*; un Derecho imperativo. Un Derecho frente al que cualquier norma, sea interna o internacional, que choca contra ese Derecho imperativo es nula, absolutamente" (MONTEALEGRE). Cf. también MONTEALEGRE/MERA, esp. Parte I.

Sin embargo, conviene recordar que, del mismo modo que las obligaciones internacionales correspondientes (*supra*, § 27.II), esa "nulidad" y esa "superioridad" son categorías de orden *semántico*. Resultan de la aplicación de ciertas reglas lingüísticas, las propias de un lenguaje determinado, el del Derecho Internacional. Por tanto, como cualesquiera otros criterios semánticos, no "juegan" sino *dentro* del círculo de los respectivos locutores; su

alcance de comunicación está confinado al ámbito de los *usuarios* de ese discurso. Dicho lenguaje no "funciona", en cambio, en el ámbito del aparato jurídico nacional, ya que los operadores de este utilizan preferentemente *otras* reglas semánticas, aquellas que conforman los juegos lingüísticos de su propio Derecho interno. El Derecho Internacional es una variable semántica que, para el operador del aparato jurídico nacional, significa una "realidad" de orden tan secundario como, por ejemplo, el manejo de un idioma extranjero. De ahí que esa variable, aunque pueda ser una alternativa semánticamente disponible, constituye un instrumento de comunicación del cual él hace poco o ningún uso. La "nulidad" y la "superioridad" pregonadas por los locutores del Derecho Internacional están fuera del lenguaje del operador del Derecho interno y, así, fuera también de su *mundo*. (Recuérdese el conocido *dictum* de WITTGENSTEIN: "Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt" [Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo].)

Ello también podría expresarse, con otras palabras, diciendo que por lo general el Derecho Internacional de los Derechos Humanos *no* es fuente del Derecho en nuestros países. Afirmación que, claro está, ha de entenderse en el marco de un concepto *realista* de lo que se llama "fuente" del Derecho:

"La ideología de las fuentes del derecho es la ideología que de hecho anima a los tribunales, y la doctrina de las fuentes del derecho es la doctrina que se refiere a la manera en que los jueces efectivamente se comportan. (...) Por 'fuentes del derecho', pues, ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que este basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas 'fuentes' que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita" (ROSS, p. 74-75).

Tal vez, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos podría allí tener alguna función como fuente de "ideas e inspiración" ... pero tampoco eso es lo más común en América Latina.

*Acotación.*— "Es verdad que la obra realizada en el juicio de Núrenberg no pasa de ser un comienzo. Las innovaciones que este proceso ha introducido en el campo del Derecho Internacional

solo se confirmarán y revalidarán como tales siempre y cuando que en lo futuro sean aplicadas no por un tribunal militar de las potencias vencedoras contra los gobernantes y los súbditos de un Estado vencido, sino por un auténtico tribunal internacional contra delincuentes no vencidos y poderosos". (RADBRUCH, *Introducción...*, p. 177-178).

Por lo demás, dada la abundancia en conceptos indeterminados que es propia de los Instrumentos<sup>(17)</sup>, puede ser dudoso hasta qué punto el remitirse a estos, o copiar en una Constitución sus disposiciones, sería decisivo para alcanzar más eficaz protección de derechos humanos<sup>(18)</sup>. Sin embargo, cabe pensar que aquellos suministran al menos una cierta tópica normativa de grandes líneas, que puede ser heurísticamente fértil si encuentra terreno apropiado en el país donde haya de ser aplicada. En ese sentido, aunque la referencia constitucional a pactos internacionales no suministra ninguna garantía por sí misma, tampoco es desdeñable que se formule como guía, cuando aparece respaldada por una voluntad política que *realmente* esté dispuesta a respetar los derechos humanos formulados en ese programa

---

(17) En realidad, esa indeterminación se extiende también, en buena medida, a las categorías conceptuales a que somete su discurso la propia dogmática jushumanista. Un comentario como el siguiente se vincula con ello: "El Derecho Internacional tiene el problema de que todavía, por una especie de celo profesional, ha sido reacio a la utilización de las técnicas, mucho más elaboradas, del Derecho interno. Es un problema que constantemente se me presenta a mí, inclusive en la Corte (Interamericana), con mis compañeros. Ellos dicen que soy un 'imperialista' porque estoy tratando de 'administrativizar' el Derecho Internacional. Pero lo que pasa, es que el Derecho interno, en general, tiene técnicas mucho más depuradas. Y, claro, cuando yo hago, por ejemplo, la proposición de que a los derechos económicos y sociales se les dé, como garantía de eficacia, el tratamiento que se le da a los intereses legítimos en el ordenamiento administrativo (*infra*, § 83.II *in limine*), he llegado a la conclusión de que no es que no estén de acuerdo conmigo; es que no quieren ponerse a pensar en términos de Derecho Administrativo. Sin embargo, esta es una técnica bastante desarrollada y bastante útil" (PIZA). De todos modos, conviene asimismo tener presente que también en el Derecho interno, y de modo particular en el Derecho Administrativo, tienen su buen radio de acción muchos conceptos indeterminados: cf. *supra*, § 17.II.

(18) Sobre dicha "eficacia", *vid. supra*, §§ 27.II y 28; cf. también *infra*, §§ 63-65.

normativo de la Constitución. Partiendo de tal base, pero siempre sin olvidar que ella admite prueba en contrario (eventual falsación), los textos constitucionales pueden examinarse en función de dichos marcos heurísticos. También estos constituyen un elemento de juicio para "detectar" el grado de aproximación a una buena protección jurídica de los derechos humanos, pues los Instrumentos, de todos modos, suministran pistas para delinear esa normativa.

"Yo creo que es perfectamente factible y jurídicamente correcto que se constitucionalice el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que se reconozca a este un rango constitucional específico. Creo que la fórmula para hacer esa constitucionalización es incorporar tanto la Declaración Universal como la Declaración Americana, y otras normas o principios igualmente reconocidos como parte del Derecho Internacional general de los Derechos Humanos, independientemente de los tratados sobre derechos humanos (a los que también debe dársele un rango constitucional). No comparto la tesis —que contiene, por ejemplo, la Constitución peruana— de que esta constitucionalización obligaría a que la ratificación de los tratados o de sus reformas estuviera sometida a la rigidez constitucional de los procedimientos de reforma constitucional. Al fin y al cabo, la rigidez constitucional, los reglamentos de reformas, están establecidos por la propia Constitución; y nada impide que en el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se establezca un procedimiento diferente, de incorporación automática. Pero creo que es fundamental el principio de que los derechos internacionalmente reconocidos gocen de un rango constitucional, y hasta —me atrevo a decir— supraconstitucional, porque es el rango de que gozan realmente en [la semántica de] el Derecho contemporáneo [internacional]" (PIZA —pero lo agregado entre paréntesis rectos *no* es de él—).

### III

Por lo señalado, el grado de reconocimiento que en la Constitución se establezca para la entrada en juego de lo dispuesto en los Instrumentos puede llegar a constituir *un* síntoma de la medida en que se programa una protección adecuada de esos derechos. En los dos parágrafos que si-

guen señalaremos en forma más específica algunas condiciones relativas a ello. Sin embargo, conviene insistir en que el funcionamiento de la protección depende de condiciones fácticas que no se "leen" en las Constituciones. El Derecho Internacional --incluso si unas disposiciones análogas a las suyas son recogidas en la Constitución misma o si esta reenvía a aquel-- no posee otra fuerza (real) que la derivada del apoyo fáctico que estén dispuestos a otorgarle las autoridades de cada Estado y sectores "de peso" de la sociedad civil. En la medida en que semejante apoyo falta, dicho Derecho no logrará ultrapasarse, en líneas generales, ciertas esferas de mero orden semántico: hermenéutica de juristas profesionales, retórica política, etc. Si en el interior *mismo* de los Estados no existe una voluntad política *dominante* dirigida a asegurar el respeto de los derechos humanos, sería iluso pensar que esos Estados le otorgarán a las instancias internacionales (normativa, organismos) los medios y el acatamiento indispensables para que estas puedan ayudar a mejorar sensiblemente la situación real de tales derechos.

Lo paradójico es que, como se sabe, las disposiciones internacionales para la protección de los derechos humanos tienen efectos, generalmente, solo en aquellos países que de por sí *no* suelen violarlos, o que no lo hacen en gran escala. Eso es lo que explica, por ejemplo, la actuación relativamente exitosa que tiene la Corte Europea de Derechos Humanos (compárese con la magra actividad de la Corte Interamericana). En definitiva, la cuestión de las relaciones entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Constitucional, en América Latina, es algo que depende ante todo de la posibilidad de lograr que los países del continente tengan estabilidad y pluralismo político suficientes como para hacer viable, allí, el manejo de un discurso jurídico cuyo nivel pragmático sea congruente con el nivel semántico de la dogmática jushumanista. Para aquellos países en que tales condiciones se dan, o para los que logren alcanzarlas, la situación de los derechos humanos puede verse reforzada por la adecuación de su texto cons-

tucional a unas líneas como las que señalaremos a continuación.

### § 33. Sugerencias para la normativa<sup>(19)</sup>

Para armonizar mejor las Cartas Constitucionales con los Instrumentos, intentando hacer más sólida la protección jurídica de los derechos humanos, podría ser aconsejable que en las Constituciones latinoamericanas se incorporen disposiciones que en forma expresa recojan, entre otras, regulaciones inspiradas en ideas como las siguientes.

- Principio general de la preeminencia, sobre el Derecho interno, de aquellos derechos humanos que están internacionalmente consagrados (pactos y *jus cogens*).
- Aplicabilidad inmediata, sin mediación de ley, de los principios constitucionales protectores de derechos humanos, y también de los principios internacionalmente reconocidos en la materia; vale decir, que el cumplimiento de todos esos principios pueda ser reclamado en forma directa ante los tribunales internos, sin necesidad de que antes se promulgue una ley que venga a desarrollarlos o reglamentarlos. (Una disposición de esa índole es, por ejemplo, la del art. 332 de la Constitución uruguaya de 1967<sup>(20)</sup>, el cual facilita la inmediatez de aplicación de los principios de derechos humanos, sin necesidad de aguardar la regulación legislativa. Las

(19) Las ideas recogidas en este párrafo pertenecen, en su mayor parte, a R. PIZA ESCALANTE.

(20) "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas" (Const. Uruguay, art. 332). *Vid.* también el art. 50.2 de la Constitución venezolana; se transcribe en la nota siguiente.

pautas de integración que ese precepto proporciona —fundamentos de leyes análogas, principios generales de derecho, doctrinas generalmente recibidas— permiten que ningún juez pueda excusarse en que no tiene medios de aplicar disposiciones relativas a derechos humanos; solo quedan sin aplicación aquellas cláusulas constitucionales que en sentido propio son meramente programáticas.)

- Incondicionalidad de los derechos humanos, o sea, reafirmación de su carácter de derechos "fundamentales" y "universales". Estos calificativos quieren hacer patente que la exigibilidad de aquellos no depende —en el plano hermenéutico— de ninguna condición restrictiva, como el cumplimiento previo o simultáneo de ciertos deberes, sino que tales derechos se imputan a absolutamente todas las personas (incluso al peor de los delincuentes).
- Reconocimiento del principio de la expansibilidad de esos derechos universales, vale decir, que su vigencia jurídica no dependería de una aceptación (expresa o tácita) por parte del legislador o del constituyente. Significa que aquellos derechos mencionados en los textos oficiales son mínimos y no excluyen la incorporación progresiva de otros que se deriven de "la dignidad del hombre", etc.<sup>(21)</sup>; este "etc." comprendería, pues, los conceptos indeterminados del grupo (a). Todo ello se traduce en un principio de interpretación que

---

(21) Cf. las siguientes disposiciones constitucionales (que mencionamos por orden de antigüedad): art. 72 del Uruguay, art. 50 de Venezuela, art. 4 del Perú, art. 63 de Honduras, etc. Por ejemplo, el indicado precepto peruano dice:

"La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Y el inciso segundo del artículo venezolano agrega, incluso:

"La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

podría llamarse "pro homine": el de que los derechos humanos son de interpretación extensiva, mientras que sus limitaciones o excepciones son de interpretación restrictiva (*supra*, cap. II, n. 17).

- Consagración de un régimen distinto, con características propias, para la protección de los derechos humanos: regulación particularmente ágil de los recursos y especialmente severa en las sanciones a los infractores. Por ejemplo, establecer que los únicos recursos de la vía interna que se deben agotar para acudir a las instancias internacionales sean los de inconstitucionalidad y las distintas formas de Amparo o Hábeas Corpus —sin perjuicio de que los otros recursos internos se podrían continuar tramitando paralelamente—; también cabría establecer el principio de legitimación irrestricta, incluyendo la acción popular<sup>(22)</sup>.
- Reconocimiento de la eficacia automática de las resoluciones que se dicten en las jurisdicciones internacionales.
- Incorporación de normas como las del art. 29 de la Convención.

### § 34. Heurística

A continuación indicamos una serie de puntos de referencia que pueden servir para aquilatar, frente a una Constitución dada, en qué medida esta se somete a lo dispuesto en los Instrumentos.

- ¿Asegura, la Constitución, el reconocimiento de los Pactos internacionales en materia de derechos humanos?

---

(22) En la esfera *internacional*, el art. 44 de la Convención establece la acción popular para presentar peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- ¿Existe una obligación constitucional de adoptar medidas de legislación interna en consonancia con esos Pactos?
- ¿Es indispensable una previa reglamentación jurídica interna —legislativa u otra— para que puedan ser aplicadas internamente las disposiciones sustantivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?
- ¿Se reconoce constitucionalmente la competencia de órganos internacionales para la protección de los derechos humanos?
- Más específicamente aún: ¿hay disposiciones constitucionales que a los súbditos de ese Estado les facilite el planteamiento de los recursos correspondientes ante instancias internacionales, frente a violaciones (sufridas por ellos mismos o por otros ciudadanos)?
- Y en cuanto a la esfera interna: ¿hay recursos, constitucionalmente consagrados, para reclamar allí por las violaciones a derechos establecidos directamente en los Pactos?
- ¿Sirve el Derecho Internacional, al menos, como fuente de interpretación de las disposiciones internas en materia de derechos humanos, y eventualmente como medio de integración en caso de "lagunas" señaladas por los jueces nacionales?
- ¿Cómo se prevé que sean resueltas las contradicciones (eventuales) entre disposiciones del Derecho positivo interno y normas de los Instrumentos?
- En particular, ¿admite la Constitución que sea sometida a vigilancia internacional la suspensión de derechos humanos cuando es internamente decretada? ¿Cabe la posibilidad de acudir a órganos internacionales para controlar la licitud de la entrada en juego y el desarrollo de los regímenes de emergencia consagrados en la Constitución? (Cf. *infra*, cap. VII, esp. §§ 62-64.)

## § 35. Disposiciones constitucionales

### SUMARIO:

- I. Líneas básicas de la normativa vigente.
- II. Algunos ejemplos aprovechables.

### I

Si aplicamos nuestra Heurística a las Constituciones latinoamericanas vigentes, las respuestas habrán de ser más bien negativas para la mayoría de las preguntas planteadas. Teniendo en cuenta las Constituciones examinadas por nosotros, de su análisis se desprenden conclusiones como las siguientes<sup>(23)</sup>:

- Las Constituciones no deciden por medio de su propio texto, salvo la del Perú<sup>(24)</sup>, que en el Derecho del país respectivo se reconozcan los Instrumentos, que estos tengan incuestionablemente vigencia jurídica en el foro interno. *A fortiori*, ellas no imponen, por sí mismas, la obligación jurídica de que sus órganos estatales correspondientes den acatamiento a lo dispuesto en dichos Instrumentos, sea por la vía de edictar disposiciones generales con base en estos o para la resolución de casos particulares.

(23) Sobre estos puntos, y con referencia a disposiciones constitucionales de varios países latinoamericanos, cf. también NORRIS/DESIO, p. 214 ss.

(24) "Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Se ratifica, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Const. Perú, Disposiciones Generales y Transitorias/Decimosexta).

- Por tanto, en general se necesita una previa reglamentación jurídica interna —legislativa u otra— de rango no propiamente constitucional, para que puedan ser aplicadas allí las disposiciones del Derecho Internacional en materia de derechos humanos, además de que ese país haya ratificado los Pactos aplicables (y solo mientras esos convenios no se denuncien).
  
- No suele ser reconocida constitucionalmente —excepción: Honduras y Perú<sup>(25)</sup>— la competencia de órganos internacionales para la protección de los derechos humanos. Mucho menos aún existen disposiciones que faciliten, a los súbditos del Estado en cuestión, el plantear ellos mismos un recurso ante Tribunales internacionales, frente a violaciones (incluso la disposición peruana al respecto es poco satisfactoria<sup>(26)</sup>). Las Constituciones tampoco establecen recursos para reclamar en la vía interna directamente por violaciones a los derechos establecidos en los Instrumentos, salvo que tales violaciones se hallen sancionadas por disposiciones del propio Derecho nacional.
  
- No obstante, porque varias Constituciones presentan cláusulas de carácter expansivo relativas al reconocimiento de los derechos humanos en general, e incluso porque más de un Preámbulo constitucional contiene unos conceptos indeterminados de tipo (*a*), sobre la base de tales orientaciones genéricas podría resultar se-

---

(25) "Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional" (Const. Honduras, art. 15.2). Y *vid.* el art. de la Constitución peruana transcrito en la nota anterior.

(26) "*Agotada* la jurisdicción *interna*, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos, según tratados de los que es parte el Perú" (Const. Perú, art. 305). Claro que la Constitución peruana recoge, en esto, un principio que es común en el Derecho Internacional (cf., por ejemplo, el art. 46.a de la Convención); sobre lo embarazante que es este principio, *vid. supra*, § 29.III; *vid.* también *infra*, n. 30.

mánticamente admisible, si la conciencia de las autoridades políticas o de los jueces es favorable a ello, que los principios consignados en los Instrumentos sirvan como fuente de interpretación e incluso de integración respecto a las disposiciones del Derecho interno (constitucionales, legales u otras).

- En cuanto a las eventuales contradicciones entre preceptos del Derecho positivo interno y normas de los Instrumentos, caben tres posibilidades: 1) si estos no han sido ratificados, en el foro interno prevalecerán aquellos; 2) los Convenios ratificados, en cambio, de acuerdo con algunas Constituciones prevalecen sobre la legislación ordinaria, pero no sobre lo que digan los preceptos constitucionales mismos (excepto que aquellos hayan sido aprobados como una reforma constitucional<sup>(27)</sup>); 3) o bien, los Instrumentos ratificados tendrán simplemente la misma jerarquía de cualquier ley ordinaria, en cuyo caso los eventuales conflictos entre disposiciones de esta y de ellos se resolverán según como, en el marco del ordenamiento jurídico respectivo, es común solucionar las antinomias entre preceptos legales.

---

(27) Una situación como esa, poco común, se da en la Constitución peruana (*supra*, n. 24). Podría entonces entenderse, tal vez, que cabe la posibilidad de una contradicción en el seno mismo del nivel constitucional cuando un precepto de la Constitución va contra lo que dice una disposición de los Instrumentos allí indicados. Y en tal caso, una de esas dos normas (¡no necesariamente la del Instrumento!) podría ser declarada inconstitucional: cf. el estudio de BACHOF sobre "inconstitucionalidad de normas constitucionales" (en *Wegz...*, p. 1 ss.), sobre todo su sec. IV.1 (*vid.* esp. las hipótesis *c* y *e*). Sin embargo, es probable que esa sea una hipótesis de laboratorio, ya que en su caso, y sin necesidad de invocar formalmente el texto de los Instrumentos, una inconstitucionalidad análoga podría ser argumentada —si el "clima" es propicio— con base simplemente en disposiciones constitucionales genéricas como el art. 4 de la propia Constitución peruana (*supra*, n. 21).

## II

Como se ve, para la protección internacional de los derechos humanos no resulta satisfactorio, en líneas generales, el modo como las Constituciones latinoamericanas resuelven la cuestión de las relaciones entre Derecho interno y Derecho Internacional —mejor dicho, tal vez, la manera en que omiten resolverla—. Sin embargo, es también posible detectar, aunque no representen lo más corriente en la materia, algunas disposiciones constitucionales, de unos u otros países, que podrían servir como ejemplo de ciertas vías mediante las cuales se coadyuva a que, por lo menos en el plano semántico, la Constitución abra mejor el camino (o no lo cierre tanto) a la entrada en juego de los Instrumentos en el foro interno. Vale la pena subrayar algunas de esas disposiciones:

- Varias Cartas constitucionales presentan una disposición expansiva en materia de derechos; ella podría ser aplicada, llegado el caso, para entender comprendidos en el Derecho interno unos derechos humanos consagrados internacionalmente y también para reclamar su protección ante instancias locales. Tal el caso, sobre todo, de los arts. 332 de la Constitución uruguaya, 50 de la venezolana y 63 de la hondureña<sup>(28)</sup>, los cuales ofrecen la ventaja de establecer que esos derechos tienen aplicación *directa*.
- La Constitución de Honduras tiene un precepto que puede servir para reforzar lo anterior, pues expresamente señala que no se aplicará ninguna disposición regulativa a tales derechos "si los disminuyen, restringen o tergiversan" (art. 64).
- La Constitución costarricense establece de modo expreso que los convenios internacionales tienen "autoridad superior a las leyes"; también es el caso, por tanto, de

---

(28) Hemos transcrito más atrás esas disposiciones: *supra*, ns. 20 y 21.

los Pactos internacionales de derechos humanos, suponiendo que estén ratificados<sup>(29)</sup>. La Constitución hondureña contiene un precepto similar (art. 18), y también la peruana (art. 101). Pero esta última hace más: incluye en su propio texto (Disposición General Decimosexta) la ratificación de algunos Instrumentos, con lo cual estos no solo quedan por encima de las leyes, como en Costa Rica, sino que hasta adquieren rango constitucional (*supra*, n. 24); e incluso cualesquiera otros tratados relativos a derechos humanos, todos ellos "tienen jerarquía constitucional" (art. 105), siempre y cuando estén ratificados.

- La Constitución hondureña establece como "ineludible" el respeto por lo que dispongan las sentencias internacionales, las cuales serán de "obligatoria ejecución" (art. 15.2). La Constitución peruana, por su parte, reconoce (Disposición General Decimosexta, inc. 2) como obligatoria la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida en el art. 62 de la Convención Americana, y también reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los términos del art. 45 de dicha Convención.
- Por último, también se podría recordar una disposición constitucional como la del Perú relativa al eventual recurso de los particulares a las instancias internacionales, si no fuera que dicho recurso aparece en ella subordinado a obstáculos tales —sobre todo, el agota-

(29) "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes" (Const. Costa Rica, art. 71.1). Sin embargo, atento a la interpretación prácticamente ilimitada que en fecha reciente la Corte Suprema de Costa Rica ha hecho del concepto de "orden público" (cf. *supra*, a la altura de la n. 15), resulta bastante dudoso si, en la práctica, pueda haber aún alguna cosa que la legislación nacional esté *impedida* de hacer por esa jerarquía "superior" que frente a ella ostentan (nominalmente) los Instrumentos. *Vid.* también *supra*, § 28.VII *in limine*.

miento previo de la jurisdicción interna— que pueden hacerlo prácticamente inaccesible (*supra*, n. 26)<sup>(30)</sup>.

### § 36. Conclusiones generales

La dogmática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos suele presentarlo como un ordenamiento que, por constituir una especie de "conciencia de la Humanidad", está en coordinación con los Derechos internos; y si estos lo contradicen, se hallaría jurídicamente supraordinado a ellos. Tal principio, así como una serie de criterios hermenéuticos aplicados a los Instrumentos, conforman el nivel *semántico* de dicho Derecho, según este aparece aprehendido dentro de su *propio* círculo de locutores, vale decir, sobre todo por juristas profesionales especializados en la sistematización e interpretación del sector lingüístico que componen los documentos internacionales de la materia. Estando a los contenidos de significación que suelen reconocérsele en dicho círculo, esa semántica es concebida como de alcance universalista y con vocación de trascender al nivel pragmático del lenguaje jurídico. No obstante, resulta contingente —y, por lo general, es escaso— el grado en que ella logre corresponder asimismo al discurso de los

---

(30) *Comentario*.— "Hay una crítica que el Redactor General hace a la parte peruana; dice que prácticamente es inaccesible a los organismos internacionales para la protección de los derechos fundamentales porque hay que hacerlo previo agotamiento de la vía interna. Aquí hay dos observaciones que hacer, también de carácter general. En primer lugar, que los instrumentos internacionales señalan como norma general que hay que agotar la vía interna antes de ir a la vía internacional. Segundo, que en el caso concreto del Perú, y me imagino que también en otros países, la legislación interna es muy ágil. Un Hábeas Corpus, por ejemplo, en el Perú se resuelve, teóricamente y prácticamente, en cuarenta y ocho horas. Ahora, esto está en la ley; no está en la Constitución. ¿Por qué? Porque hay una ley buena, hay unos tribunales que actúan sin presión, etc. Claro que podría variar en el día de mañana. Pero hoy en día eso no sucede; entonces, no es engorroso hoy. Yo diría que es bastante innecesario recurrir a la vía internacional, por lo menos en los derechos clásicos que se tutelan por el Hábeas Corpus" (GARCÍA B.).

operadores del Derecho interno y, más aún, llegar a moverse también en dimensiones *pragmáticas* de este discurso.

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, es el presentar una "incitación" a las autoridades nacionales para que ellas tomen en cuenta dichas orientaciones, tanto en la elaboración de la normativa del Derecho interno —Constitución, leyes, etc.— como en sus aplicaciones prácticas. Hasta qué punto dicha incitación será (o no) acogida por esos destinatarios, es decir, que su contenido llegue a integrarse al *propio* discurso de ellos, y sobre todo en el nivel pragmático de este, es cosa que aquel Derecho no tiene la posibilidad de determinar *por sí mismo*.

Desde el punto de vista del Derecho interno de cada país, en las condiciones establecidas por *su propio* Derecho Constitucional positivo, el Derecho Internacional tiene allí aplicación únicamente hasta donde aquel lo acepte, es decir, si las autoridades nacionales han ratificado de modo expreso los Convenios en cuestión. Y aun en esta última hipótesis, la jerarquía interna de las disposiciones de los Instrumentos no prevalece, en el mejor de los casos, sino sobre las leyes; jamás, en cambio, contra disposiciones de la Constitución misma. (Dentro del Ordenamiento jurídico peruano, empero, podría no ser siempre así, ya que en él los Instrumentos tienen jerarquía constitucional, o sea, que unas disposiciones de estos podrían llegar a provocar contradicciones en el seno mismo del nivel normativo propio de la Constitución: cf. *supra*, n. 27.)

Significa que, con la única excepción del Perú, las disposiciones de los Instrumentos no tienen una validez jurídica positiva por derecho propio *dentro* de cada Estado, sobre la base de su Constitución *misma*, salvo en la medida (variada) en que cada uno de estos lo consienta. Ello hace

que, en definitiva, la protección de los derechos humanos en el foro interno dependa sobre todo de lo que diga el Derecho *nacional*, y poco o nada del texto de los Instrumentos. Pero estos pueden llegar a servir, eventualmente, como fuente de inspiración para quienes elaboren las disposiciones (constitucionales u otras) del Derecho Interno o para los operadores de estas.

Por ende, para mejorar la protección de los derechos humanos valiéndose del factor favorable que puede constituir una entrada en juego de cierto nivel semántico de los Instrumentos, sería deseable lograr que las Constituciones: 1. incorporen directamente, en la mayor medida posible, disposiciones de aquellos o inspiradas en estas; 2. en su propio texto establezcan cláusulas que reconocen expresamente la vigencia jurídica, para su foro interno, del recurso a las instancias internacionales en la materia, y de lo que estas resuelvan en cada caso.

Todo ello tiene relevancia práctica en la medida en que la Constitución corresponda a un país donde la voluntad política dominante sea tal que, en función de las condiciones sociales (materiales e ideológicas) allí dadas, los titulares de los altos mandos estatales se propongan no hacer violar ni tolerar que se violen los derechos fundamentales. Solo dentro de un marco político-social de esa naturaleza, la relación estrecha del Derecho interno con el Derecho Internacional, en materia de derechos humanos, puede constituir un factor más para alcanzar mejor protección de estos. En los países donde tales condiciones se dan, dicha "arma" jurídica puede resultar útil incorporarla en el nivel de la normativa constitucional. Bajo tal perspectiva, los Instrumentos suministran *un tertium comparationis* que tiene cierto valor heurístico para "medir" la adecuación de los textos constitucionales. Al Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede corresponderle un papel de apoyo, como indicador y eventualmente como guía real, dentro del conjunto de elementos —lingüísticos y fácticos— que determinan si dichos textos han de cons-

tituir un marco normativo positivo *eficaz* para el ejercicio de derechos humanos. Sin embargo, tampoco hay que perder de vista que contra ello siempre conspira, junto con otros factores, la circunstancia de que dicho Derecho sigue contemplando, como base real de su normativa, la adecuación a un sistema de organizaciones políticas (Estados) que es fundamentalmente "tribal".

#### APENDICE: SEMANTICA CONSTITUCIONAL(\*)

##### Sumario

- (i) Brasil
- (ii) Colombia
- (iii) Costa Rica
- (iv) Cuba
- (v) Chile
- (vi) Honduras
- (vii) México
- (viii) Perú
- (ix) Uruguay
- (x) Venezuela

---

(\*) El contenido de este Apéndice no fue posible incluirlo en la presente edición; se publicará en la *Revista Judicial* de Costa Rica, N° 39, diciembre de 1986. Allí irán también las notas correspondientes: de la 31 a la 33.

# INDICE ANALITICO

## del TOMO I

	<b>Pág.</b>
Dedicatoria .....	VII
Epígrafe .....	VIII
Visión global de la obra .....	IX
Sumarios en lenguas extranjeras: .....	XI
Abstract .....	XI
Sommaire .....	XI
Sommarío .....	XII
Sumário .....	XIII
Zusammenfassung .....	XIV
Índice general .....	XVII
Presentación .....	XXVII
Referencias: .....	XXXVII
1. Desarrollo de la Investigación .....	XXXVII
2. Lista de paticipantes .....	XXXVIII
3. Autoría .....	XLII
4. Transcripciones .....	XLIII
5. Indicações para la consulta de esta obra .....	XLIV
6. Reconocimientos .....	XLV

Capítulo I		Pág.
EL AREA DE ESTUDIO		3
§ 0.	Palabras liminares .....	7
§ 1.	Introducción .....	9
	— el Derecho Constitucional latinoamericano ante un "reto capital"; los instrumentos internacionales de derechos humanos como <i>tertium comparationis</i> [I] .....	10
	— "más allá" de los textos positivos [II] .....	14
Sección A): UN BALANCE INICIAL .....		18
§ 2.	La "universalidad" de los derechos humanos puesta en jaque .....	18
§ 3.	La relación derechos humanos/Derecho Constitucional .....	20
§ 4.	Posibilidades e imposibilidades de la ciencia jurídica .....	22
	— la tarea de los constitucionalistas [I] .....	22
	— posibles desfases entre ciencia y "existencia" [II] .....	24
	— Constitución real y Constitución escrita; elementos de utopía; efectividad de las Declaraciones de Derechos [III] .....	28
	— conclusión [IV] .....	39
§ 5.	Síntesis .....	42
Sección B): ENFOQUE DE LA INVESTIGACION .....		45
§ 6.	Tipo de aproximación .....	45
	— finalidad heurística y nivel científico [I] .....	45
	— análisis del lenguaje constitucional (énfasis y limitaciones), su sentido "crítico" [II] .....	47
§ 7.	Renglones de examen .....	52
§ 8.	Síntesis .....	55

## Capítulo II

Pág.

## PREMISAS METODOLOGICAS

57

Sección A): BASES CONCEPTUALES .....	63
§ 9. Introducción: derechos humanos y ciencia .....	63
— un nivel científico; ideología, "ideología" y ciencia [II] .....	63
— ciencia analítica y ciencia no analítica [II] .....	73
— posición de la ciencia ante cuestiones valorativas [III] .....	79
— conclusión: antinomia entre doctrina y ciencia [IV] .....	85
§ 10. Planos de análisis .....	91
— semántica y pragmática [I] .....	91
— derechos humanos como ideal, como Derecho positivo y como conductas; su respectiva metodología [II] .....	102
— pluralidad de los tipos de investigación posibles [III] .....	104
§ 11. Formas de determinar los derechos humanos .....	107
— niveles muy abstractos ("conciencia universal") y niveles más concretos, en cuanto al significado de los derechos humanos [I] .....	108
— los Instrumentos como punto de referencia; esencialismo vs. nominalismo, <i>qua</i> pautas metodológicas [II] .....	115
— heterogeneidad de los "candidatos" para la expresión "derechos humanos"; cuatro tipos de reglas de uso aplicables a ella [III] .....	120
— diferencias de estatus entre derechos humanos; versiones "maximalistas", "íntegras" y "recortadas"; asimetrías "categoriales" en el reconocimiento de derechos humanos (negaciones de "universalidad": "tribalismo", etc.), discusión [IV] .....	124
— antinomias entre derechos humanos; variedad en el grado de las restricciones (vías jurídicas para la intervención coartante del Poder: conceptos inde-	

	Pág.
terminados limitativos, reglamentaciones legales re- cortadoras de derechos) [V] .....	139
— jerarquías entre derechos humanos: derechos bá- sicos y otros derechos; derechos fundamentales (en sentido estricto y en sentido amplio); un criterio heurístico de prelación [VI] .....	146
— definición estipulativa del concepto "derechos hu- manos" (opciones efectuadas); precisiones [VII] .....	153
— síntesis; otra definición; nota [VIII] .....	158
§ 12. El concepto de Constitución .....	161
— posición axiologista vs. enfoque analítico [I] .....	161
— Constitución en sentido formal (diferencia con la Constitución en sentido material) [II] .....	169
§ 13. Delimitaciones en el enfoque de la investigación; limitaciones prácticas. Síntesis .....	172
— dos delimitaciones negativas y una positiva; mo- mentos hermenéuticos, límites semánticos [I] .....	172
— limitaciones en el objeto de estudio; alcances prác- ticos (ciencia, "ideología" y voluntad política); nivel abstracto (generalidad) de las respuestas presen- tadas [II] .....	175
— síntesis [III] .....	179
Sección B): ORGANIZACION DE LA TEMATICA .....	182
§ 14. Plano del examen .....	182
§ 15. Indicadores .....	183
— indicadores; su concepto, rubros temáticos [I] .....	183
— muestra de países [II] .....	186
§ 16. Semántica constitucional (el problema de la in- terpretación) .....	194
— tres limitaciones básicas del enfoque; multiplicidad y unilateralidad de las interpretaciones, intérpretes autorizados [I] .....	194

	Pág.
— criterios semánticos de escogimiento, a partir de una conciencia lingüística profesional; sentido de las observaciones sobre indeterminación de textos constitucionales [II] .....	205
— la institucionalidad democrático-pluralista como determinante de interpretaciones "menos peligrosas"; concepto (schumpeteriano) de democracia pluralista, cuasi democracias y autocracias; Estado de Derecho [III] .....	212
— discusión general [IV] .....	229

### Capítulo III

## LA PRESENCIA DE LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS 241

Sección A): AMBITOS SEMANTICOS Y EL PAPEL DEL INTERPRETE .....	245
§ 17. La dinámica de los conceptos indeterminados en lenguaje político y jurídico (generalidades) .....	245
— "ámbito lógico", "ámbito social", "fórmulas vacías" [I] .....	246
— los "conceptos jurídicos indeterminados" según la doctrina del Derecho ("fórmulas vacías" constitucionales, discrecionalidad administrativa, etc.) [II] .....	251
— conclusión [III] .....	259
§ 18. El paso hermenéutico (opciones y límites del intérprete) .....	261
— pluralidad de los intérpretes; intérpretes autorizados [I] .....	261
— incidencia de las ideologías políticas; alternativas hermenéuticas y personalidad del intérprete [II] .....	263
— interpretaciones creíbles e intérpretes de "mala fe" [III] .....	268

	Pág.
— limitación política en los intérpretes autorizados [IV] .....	272
§ 19. Cuatro niveles en la semántica de los conceptos indeterminados .....	275
— ámbito lógico-semántico	
— ámbito semántico social	
— ámbito semántico real	
— interpretación autorizada	
§ 20. Tres clases de conceptos jurídicos indeterminados con referencia a los derechos humanos .....	280
— (a) conceptos indeterminados pro-humanistas (eventual base para desarrollos jurídicos que garanticen derechos humanos) .....	281
— (b) conceptos indeterminados restrictivos (con peligrosa potencialidad expansiva pro-autoritaria), límites puestos a los derechos .....	284
— (c) conceptos indeterminados ambivalentes .....	289
§ 21. Discusión .....	291
— cuestionamientos terminológicos [I - II] .....	292
— interpretación legislativa de los conceptos indeterminados constitucionales [III] .....	298
— contralor judicial [IV] .....	302
— algunas conclusiones [V] .....	308
 Sección B): OPCIONES HERMENEUTICAS ANTE EL LENGUAJE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	 315
§ 22. Interpretaciones de los derechos humanos: $\infty$ ) la dogmática jushumanista .....	315
§ 23. Interpretaciones de los derechos humanos: $\beta$ ) la seguridad del Estado y su defensa .....	320

	Pág.
— la idea de Seguridad Nacional (o Seguridad del Estado) [I] .....	321
— una concepción jushumanista	
— la Doctrina de la Seguridad Nacional	
— algunas observaciones sobre el lenguaje de la Doctrina de la Seguridad Nacional (el mito del "bien común", etc.) [II] .....	324
— secuelas prácticas [III] .....	331
— sentido represivo general	
— Leyes de Seguridad	
— versión leninista-stalinista [IV] .....	336
§ 24. Constituciones democráticas, Instrumentos internacionales .....	339
§ 25. Conclusión: ¿Qué ventaja reviste, para la causa de los derechos humanos, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados? .....	343
§ 26. Excurso: Conceptos indeterminados en Constituciones de América Latina .....	349
— tres clases de Constituciones .....	349
— una hipótesis .....	349
Apéndice: SEMANTICA CONSTITUCIONAL .....	355
— Brasil (i) .....	355
— Colombia (ii) .....	357
— Costa Rica (iii) .....	358
— Cuba (iv) .....	358
— Chile (v) .....	360
— Honduras (vi) .....	361
— México (vii) .....	363
— Perú (viii) .....	363
— Uruguay (ix) .....	365
— Venezuela (x) .....	367

## Capítulo IV

Pág.

**DEL DERECHO INTERNACIONAL A LOS  
ORDENAMIENTOS JURIDICOS INTERNOS,  
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS** 369

Sección A): EL DISCURSO DEL DERECHO INTERNA- CIONAL .....	375
§ 27. Naturaleza de las obligaciones internacionales respecto a derechos humanos .....	375
— el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: generalidades [II] .....	375
— concepto de "obligación" internacional de derechos humanos [II] .....	380
— indeterminaciones en el plano intensional [III] .....	384
§ 28. El nivel de eficacia de los Instrumentos .....	389
— introducción: semántica y pragmática, en el discurso jurídico internacional; el carácter de "sistema tri- bal" del ordenamiento internacional [I] .....	389
— los "controles en el Derecho Internacional [II] .....	392
— alcance de las obligaciones internacionales [III] .....	397
— efectos heurísticos [IV] .....	401
— observaciones complementarias sobre la escasez de las garantías internacionales [V] .....	402
— el sistema interamericano [VI] .....	407
— addenda: a propósito de un dictamen de la Corte Interamericana (cinco tesis que él permite confir- mar) [VII] .....	412
§ 29. Relaciones dogmáticas entre el Derecho Inter- nacional de los Derechos Humanos y los Dere- chos internos .....	424
— dos postulados semánticos para el discurso de la dogmática jushumanista [I] .....	424

	Pág.
— la dimensión jurídica internacional de los derechos humanos, como parte del Derecho Interno [II] .....	426
— la dimensión jurídica internacional de los derechos humanos, frente al Derecho Constitucional [III] .....	427
§ 30. Excurso: Análisis de dos cuestiones (monismo/dualismo, voluntarismo/no-voluntarismo) transportándolas al nivel meta-dogmático .....	430
— tesis: monismo con superioridad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; plano de esta tesis (análisis sumario) [I] .....	430
— tesis: carácter no voluntarista del Derecho Internacional; plano de esta tesis (análisis sumario) [II] .....	435
— conclusión [III] .....	439
Sección B): <b>NORMATIVA CONSTITUCIONAL</b> .....	441
§ 31. Posición general de las Constituciones latino-americanas .....	441
— hipótesis de trabajo; discusión de esta hipótesis [I] .....	441
— contingente relevancia constitucional de los Instrumentos [II] .....	444
§ 32. Discusión: normativa internacional y realidad constitucional .....	449
— carácter falsable de la hipótesis adelantada; limitaciones estructurales de las instancias internacionales [I] .....	449
— limitaciones pragmáticas del discurso de los Instrumentos, pero eventual fertilidad heurística de esos modelos en el Derecho interno [II] .....	452
— la "voluntad" política como factor decisivo [III] .....	456
§ 33. Sugerencias para la normativa .....	458

	Pág.
§ 34. Heurística .....	460
§ 35. Disposiciones constitucionales .....	462
— líneas básicas de la normativa vigente [I] .....	462
— algunos ejemplos aprovechables [II] .....	465
§ 36. Conclusiones generales .....	467
Apéndice: SEMANTICA CONSTITUCIONAL (Sumario) .....	470

\* \* \*