PN.ABI-438 1236

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
FRIEDRICH NAUMANN – STIFTUNG

ENRIQUE P. HABA

TRATADO BASICO DE DERECHOS HUMANOS II

Indicadores Constitucionales

EDITORIAL JURICENTRO

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Consejo

Presidente	Thomas Buergenthal
Vicepresidente	Marco Monroy Cabra
Vicepresidente	Carlos Roberto Reina
Miembros	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
Miembros Ex-Officio	Pedro Nikken Rodolfo E.Piza E. Rafael Nieto Héctor Fix Zamudio Jorge Hernández Alcerro
Director Ejecutivo	Héctor Gros Espiell
Directora Ejecutiva Adjunta	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, Fernanda: **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.**
Haba, Enrique P.: **Tratado básico de derechos humanos,** Vol. I: **Conceptos fundamentales.**
Haba, Enrique P.: **Tratado básico de derechos humanos,** Vol. II: **Indicadores constitucionales.**
Haba, Enrique P.: **Tratado básico de derechos humanos,** Vol. III: **Líneas prospectivas, Indicos** (en preparación).
Hernández, Rubén: **Las libertades públicas en Costa Rica.**
Méndez, Odilón: **La investigación científica.**
Mora, Fernando: **Teoría de la empresa.**
Novoa Monreal, Eduardo: **Causalismo y finalismo en derecho penal.**
Pérez, Víctor: **Los hechos jurídicos.**
Picado Guerrera, Antonio: **Acumulación de acciones y autos.**
Ramírez, Marina: **Derecho Civil,** Tomo IV, **Los Contratos,** Vol. I, **Los contratos traslativos de dominio.**
Rojas, Magda Inés: **El Poder Ejecutivo en Costa Rica.**
Torrealba, Octavia 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, Bernardo: **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

II

Indicadores constitucionales

2

323.4
H112t Haba, Enrique Pedro
Tratado básico de derechos humanos / Enrique Pedro Haba. -- 1. ed. -- San José, C. R. : Editorial Juricentro, 1986.
3. v.

ISBN 9977-31-019-X Obra completa
ISBN 9977-31-021-3 Volumen II, 500 p.

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

ISBN 9977-31-021-3

3'

Redactor General

TRATADO BASICO
DE
DERECHOS HUMANOS

con especial referencia al Derecho Constitucional
latinoamericano y al Derecho Internacional

Examen realista-crítico

II

EDITORIAL JURICENTRO

4'

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

SEGUNDA PARTE

INDICADORES EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL

V. PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

VI. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS ESTATALES, POR VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

VII. ESTADOS DE EXCEPCION

VIII. LIBERTAD DE EXPRESION, COMO GARANTIA GENERICA

IX. EL CAMPO DE LOS DERECHOS ECONOMICOS

Capítulo V

PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

No es posible dar a los príncipes garantías contra la rebelión sin dárselas al mismo tiempo a los súbditos contra la tiranía de los príncipes... Me pregunto si habrá en todo el mundo un soberano que, limitado de esta forma en sus proyectos más queridos, soporte tranquilamente la simple idea de verse obligado a ser más justo no ya con los extranjeros, sino con sus propios súbditos.

ROUSSEAU

,C'est la loi qui libère et la liberté qui opprime.

LACORDAIRE

La Constitución es lo que los jueces dicen que es.

C. E. HUGHES

De la misma manera que no carece de razón el llamarle "conocimientos" a los fallos que se producen en la actividad jurisdiccional, así también la independencia judicial no significa otra cosa que la libertad de la ciencia transportada al terreno de la jurisprudencia.

RADBRUCH

El jurista, por más "positivista" que sea, produce la respuesta a las cuestiones jurídicas extrayéndola no solo de la ley y de la lógica, sino también de las convicciones metafísicas que él sustenta.

R. v. LAUN

Comme celle de tout droit, la validité pratique des droits de l'homme dépend d'une décision politique.

J. FREUND

Un pueblo que no pueda confiar en el conocimiento jurídico y en la justicia de su cuerpo judicial, aunque cuente con las mejores leyes está arruinado y perdido.

O. BÜLOW

La experiencia revela, dolorosamente, que los tribunales especiales no son más que métodos especiales de asegurar una sentencia condenatoria.

LASKI

El poder judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permite estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes.

A. HAMILTON

De cualquier manera, las instituciones políticas no son formaciones que puedan ser aprehendidas mediante definiciones legales solamente, como acostumbra hacerlo la jurisprudencia. Son regularizados modelos de conducta de gente, los cuales corresponden a determinadas situaciones concretas de intereses que los mantienen en pie o que, al cambiar estas, los transforman a su vez.

K. SONTHEIMER

La revuelta revolucionaria de los jueces contra un legislador injusto, puede que sea una hermosa esperanza. Pero esta no guarda relación con lo que la experiencia histórica nos enseña acerca del cuerpo judicial.

B. RUTHERS

Rights without remedies are worthless . . . some constitutions and laws grant a plethora of rights. But all rights imaginable are but pyrrhic victories unless, at the same time, acces to a free, independent institutions in available which will grant remedies to enforce those rights. One cannot stop men or goverments from violating the liberties of citizens, but one can provide citizens whith adequate remedies when such events occur.

D. V. SANDIFER

En las sociedades en que la ley prescribe derechos civiles y humanos para sus miembros, la efectiva salvaguardia de esos derechos solo en parte descansa sobre la educación societal y la identificación de diversos miembros con esos valores; también necesitan ser apoyados por la capacidad, al menos latente, por parte de cualquier grupo de ciudadanos cuyos derechos sean negados, de ejercer poder suficiente para activar los mecanismos societales que deben restaurar sus derechos.

A. ETZIONI(*)

* * *

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

— ROUSSEAU, p. 39.

— "Es la ley quien libera y la libertad quien oprime" (LACORDAIRE, cit. en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie . . .*, p. 391).

— HUGHES, cit. en HART, p. 317.

8

— "Wie aber nicht ohne Grund die Urteile der Rechtspflege 'Erkenntnisse' genannt werden, so bedeutet die richterliche Unabhängigkeit nichts anderes als die Freiheit der Wissenschaft übertragen auf das Gebiet der praktischen Rechtswissenschaft" (RADBRUCH, *Rechtsphilosophie,* p. 281).

— LAUN, p. 261.

— "Como la de todo derecho, la vigencia práctica de los derechos humanos depende de una decisión política" (FREUND, p. 154).

— BÜLOW, p. 135..

— LASKI, p. 121.

— HAMILTON/MADISON/JAY, p. 330-331.

— "Politische Institutionen sind jedenfalls keine nur durch Legal definitionen, wie sie in der Jurisprudenz ganz und gäbe sind, su erfassende Gebilde. Sie sind regularisierte Verhaltensmuster von Menschen, die bestimmten konkreten Interessenlagen entsprechen und durch sie aufrechterhalten oder durch deren Wandlung selbst verwandelt werden" (SONTHEIMER, p. 82).

— RÜTHERS, p. 445.

— "Los derechos que están desprovistos de recursos son sin valor... algunas Constituciones y leyes otorgan una plétora de derechos. Pero todos los derechos imaginables no son sino victorias pírricas salvo que, a la vez, esté disponible el acceso a instituciones libres, independientes, que concedan recursos para hacer cumplir esos derechos" (SANDIFER, p. 180).

"No se puede evitar que los hombres o los gobiernos violen las libertades de los ciudadanos, pero se puede proveer a la ciudadanía de los recursos adecuados cuando tales violaciones ocurran" (*ibid.,* texto original en la p. 170 y traducción al castellano en la p. 196).

— ETZIONI, p. 360.

9'

SUMARIO:

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?

B) Normativa constitucional: *43.* Introducción. *44.* La normativa-modelo de los Instrumentos. *45.* Disposiciones constitucionales. *46.* algunos ejemplos aprovechables.

C) Realidad constitucional: *47.* La situación en América Latina. *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.

Literatura escogida:

BACHOF, Wege zum Rechtsstaat. BÜLOW, Gesetz und Richteramt. BREWER CARÍAS, Garantías constitucionales de los derechos del hombre (Segunda Parte). GARCÍA BELAÚNDE, El Hábeas Corpus en el Perú. GARCÍA LAGUARDIA, La Defensa de la Constitución (esp. cap. VII, apartados A-C). GONZÁLEZ, Panorama de los derechos humanos (esp. p. 35-40). GONZÁLEZ, La protección jurisdiccional de los derechos humanos. GRIMM, Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft. HABA, Interpretación judicial, política y derechos humanos. HAMILTON/MADISON/JAY, El Federalista (caps. LXXVIII, LXXIX y LXXXI). KOCH, Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht (esp.: Parte B, secs. 3 a 5 —textos de LAUN, TRIEPEL y v. HIPPEL—, y el comentario de KOCH al respecto —Parte A, sec. III.4—). LOEWENSTEIN, Teoría de la Constitución (cap. VIII). MOURGEON, Les droits de l'homme (esp. cap. III.I). MÜLLER, Juristische Methodik und Politisches System. NOOR MUHAMMAD, Due Process of Law for Persons Accused of Crime. PEREIRA ANABALÓN, Justicia especializada para la tutela de los derechos humanos. PRIETO SANCHÍS, El sistema de protección de los derechos fundamentales. RADBRUCH/ZWEIGERT, Einführung in die Rechtswissenschaft (p. 158-184). ROMERO PÉREZ, El principio de legalidad. ROTTLEUTHNER, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft (esp. caps. 2, 3 y 5). RUBIO/BERNALES, Constitución y sociedad política (cap. VI, esp. # 1.1). SANDIFER, The Relationship between the Respect for Human Rights and the Effective Exercise or Representative Democracy (esp. p. 170-172 y 180-183). SIMON, La independencia del juez. STEPHENS (h.), Derechos de igualdad de justicia y de asistencia legal en Estados Unidos y en Canadá.

* * *

-10

Sección A): MARCO BASICO

§ 37. Generalidades

SUMARIO:

I. Medios judiciales de protección y sus "condiciones ambientales".
II. El derecho a un proceso regular.
III. Presupuestos institucionales: principio de legalidad, pluralismo.

I

La seguridad de los derechos humanos[1] tiene como requisito no solo la existencia de normas positivas que los enuncien, sino también que ellas provean instrumentos jurídicos para defenderlos y que haya órganos estatales que los hagan valer. Condición para ello es, dentro de la órbita jurídica interna de cada país, la presencia de aquellas características de la organización estatal que habitualmente se conocen bajo la rúbrica *Estado de Derecho*[2]. Por ejemplo: que se respete el principio de legalidad, con vertientes suyas como el principio de reserva de la ley (determinadas cosas no pueden ser reguladas por reglamento) y el de regulación legislativa mínima (si el legislador delega una potestad, tiene que hacerlo proporcionando parámetros específicos en cuanto al contenido y condiciones en que pueda ejer-

(1) Pero la "seguridad" de que hablamos en este capítulo no es, como se verá, aquella que tiene en mira la Doctrina de la Seguridad Nacional (*supra*, § 23), ni tampoco se refiere, en general, a las condiciones especiales que rigen durante los llamados "estados de excepción" (*infra*, cap. VII).

(2) Sobre los aspectos básicos que conforman lo que es un Estado de Derecho, cf. *supra*, § 16.III.2.

cerse esa delegación)[3]; justiciabilidad de los derechos humanos en general y que, en particular, cualquier funcionario público, sea del rango que fuere, pueda ser hecho responsable por incumplimiento de los deberes correspondientes; etc. Todo ello asentado, desde luego, en la existencia de condiciones generales de orden político y socioeconómico que hagan viable el efectivo cumplimiento de aquellas disposiciones jurídicas.

"Está ya fuera de discusión en el campo jurídico que la consagración constitucional de los derechos humanos no basta para asegurar su eficacia y respeto por todos los miembros de la sociedad y, particularmente, por parte de los órganos del Estado; la dolorosa y atormentada historia de nuestros pueblos latinoamericanos —y en particular de nuestro país [Chile] en los últimos años— ha demostrado que la simple elevación de ciertos derechos de la persona humana al rango de preceptos constitucionales no es sufi-

---

(3) "La elaboración de las nociones comunes referentes a las instituciones y procedimientos jurídicos que persiguen la protección del individuo y la plena manifestación de su personalidad han conducido también a la toma de conciencia de que los principios de la legalidad y de los derechos humanos de la Declaración Universal expresan dos caras de la misma realidad. En efecto, las instituciones y procedimientos que, juntos, dan su expresión al principio de legalidad, se dirigen a asegurar la realización de los derechos sustanciales contenidos en la Declaración Universal" (Janos TOTH, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, *Méthodologie...*, p. 85-86).

"Tradicionalmente, el principio de legalidad se manifiesta en una doble dimensión: la supremacía y la reserva; en virtud de la primera, la ley se impone a cualquier norma. De acuerdo con la segunda, la ley precede a cualquier otra norma. La supremacía... se ha llamado 'legalidad mínima', porque exige únicamente que la Administración respete la ley vigente, pero sin que esta goce de un ámbito material de reserva ni constituya fundamento obligado de cualquier actividad estatal... Si la supremacía de la ley se concreta en el principio de jerarquía normativa, la preferencia o primariedad se manifiesta en la llamada reserva de la ley. Sin duda, esta es la faceta más problemática del principio de legalidad, pues supone que la Administración debe actuar, no solo en el marco legal o con respeto a la ley, sino seguidamente o a continuación de la ley. Esta se configura como una decisión fundamental y primaria que orienta y encauza necesariamente la actividad del Ejecutivo, quien no puede alegar la existencia de vacíos legales, de esferas exentas en las que desenvolver libremente o con independencia de la ley su potestad reglamentaria" (PRIETO SANCHÍS, p. 402). Cf. también el estudio de ROMERO PÉREZ, *El principio...*

ciente para 'garantizar' su eficacia y que la verdadera garantía de esos derechos consiste precisamente en la eficacia de su protección procesal" (GONZALEZ, *La protección...*, p. 54).

"Las garantías de los derechos fundamentales son principalmente de naturaleza jurisdiccional... Sin embargo, es preciso recordar que la efectividad de un sistema de libertades no depende solo de que se articulen procedimientos adecuados de tutela, sino que requiere además la presencia de unos presupuestos políticos, económicos, sociales y culturales que constituyen las que se han llamado 'garantías generales' de los derechos fundamentales (PECES-BARBA). Sin ánimo exhaustivo, debe incluirse en esta categoría la separación de poderes, el imperio de la ley, el pluralismo ideológico, la democracia política, la racionalización de los procesos económicos al servicio del hombre, etc.; en definitiva, aquellas condiciones ambientales sin las cuales resulta impensable cualquier procedimiento jurídico de defensa de los derechos fundamentales" (PRIETO SANCHIS, *El sistema...*, p. 370-371).

En este capítulo nos ocuparemos especialmente de dos renglones decisivos para proteger los derechos humanos, en el marco global del Estado de Derecho: la existencia de instrumentos procesales destinados a defenderlos y de un Poder Judicial que esté en condiciones de hacer respetar los derechos en cuestión. Examinaremos, pues, cuáles son los medios *judiciales*(4) que las Constituciones establecen (o no) para que, en la órbita del Derecho interno, se hallen garantizados tales derechos. Dichos medios tienen principalmente por objeto el brindar a los particulares una defensa eficaz frente a extralimitaciones de órganos públicos, sobre todo del Poder Ejecutivo, que atentan contra derechos fundamentales de las personas.

"Porque lo que distingue histórica y conceptualmente a los derechos del hombre es precisamente la naturaleza de los sujetos obligados, que no son solo los privados, sino también y de modo principal los de carácter público. (...) La garantía plena de los

(4) Por tanto, al emplear la palabra *instrumentos* (con minúscula) nos referimos específicamente a estos "medios judiciales", a diferencia del uso que damos al término *Instrumentos* (con mayúscula), pues este último lo hemos reservado para referirnos en general a los documentos internacionales de derechos humanos: *supra*, cap. I, n. 3.

derechos fundamentales requiere, de una parte, preservar su contenido constitucionalmente declarado frente al ejercicio de la potestad legislativa y reglamentaria; y, de otro lado, poner a disposición del titular del derecho eficaces vías de acción ante eventuales violaciones" (PRIETO SANCHIS, *El sistema*..., p. 371).

Puede decirse, pues, que "la defensa de los derechos fundamentales, desde una perspectiva constitucional, se mueve básicamente en el campo de la protección frente a violaciones de los poderes públicos y no de particulares" (PÉREZ TREMPS, p. 428). Esas violaciones suelen ser llevadas a cabo, y sobre todo las más graves, por medio de actuaciones estatales que corresponden a la órbita del Poder Ejecutivo. De ahí que, por ejemplo, sobre el principio de legalidad cabe destacar que este, "aunque de carácter general, tiene su destinatario más importante en la Administración, en cuanto que brazo del Estado y habida cuenta del elevado poder que este, y en su virtud aquella, acaparan. De hecho, las amenazas a los principios que informan el orden constitucional no parten generalmente de los particulares sino de la Administración" (Joaquín GARCIA MORILLO, cit. en ANUARIO... 1981, p. 300, n. 4). Pero eso no quita que, de todos modos, lo "característico de los derechos fundamentales, aquello que les diferencia del resto de los derechos subjetivos, es que su garantía puede hacerse valer incluso frente al legislador", no solo frente a la Administración (PRIETO SANCHIS, *El sistema*.... p. 371-372).

II

La existencia de tales garantías depende, en particular, de que el Derecho positivo interno establezca (y en los hechos se cumplan) dos requisitos jurídico-formales básicos: que las personas no estén sujetas a la posibilidad de sufrir detenciones *arbitrarias*, esto es, por causas no previsibles jurídicamente; y que cuando alguien es detenido, y en general cuando es acusado por autoridades estatales de hechos que puedan ocasionarle una condena, esta no tenga lugar sino de acuerdo a las exigencias del llamado *due process of law* (derecho a proceso regular, debido proceso legal).

14

"Esa restricción al ejercicio arbitrario del poder gubernamental se conoce, en el mundo occidental, como el derecho a proceso regular. Proceso regular, empero, es un término amplio, con aplicaciones tanto de orden sustantivo como adjetivo. En su forma *sustantiva* significa que el Derecho de la sociedad, como lo edicte el Estado, no puede violar unas garantías específicas: despojar a una persona de la vida o la libertad, sin seguir procedimientos de Derecho y proveer toda la protección posible al individuo para que este no se halle sometido a actos arbitrarios o injustos. En sus formulaciones *procesales,* se refiere a aquellos elementos de protección otorgados al individuo para defenderse a sí mismo ante los tribunales de justicia de la sociedad. (...)

"Básicamente, pues, el concepto abarca (en su forma sustantiva) el respeto por todos los demás derechos humanos, y obliga al Legislativo y al Ejecutivo a observar los cánones de decencia, imparcialidad *(fairness)* y justicia. Significa que la ley emitida por los cuerpos legislativos debe seguir ciertos procedimientos, estar bien fundada y bien definida, de modo que los ciudadanos puedan saber qué se espera de ellos y qué no" (SANDIFER, p. 171 —cursivas nuestras—).

"*El derecho a un juicio equitativo.*— (...) El juicio equitativo *(fair trial)* tiene una pluralidad de ingredientes, que giran todos en torno a la premisa de que a nadie se le negará la oportunidad de ser oído, sin demora o perjuicio, ante un juez imparcial. (...) Ellos (ciertos elementos específicos del proceso regular) incluyen el derecho a ser informado sin demora de la naturaleza y causa de la acusación, tiempo para preparar la defensa, disponer de asesoría jurídica, la posibilidad de obtener testigos, el derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo, y la asistencia de un intérprete si fuera necesario. Se resume en el concepto de un derecho a ser oído antes de recibir condena, y que la sentencia no se rinda sino luego de un juicio llevado a cabo según lo establecido en una ley clara y específica. Además, la jurisdicción del tribunal debe haber sido establecida previamente y no creada para la ocasión" (*ibid.,* p. 182).

"Un aspecto del derecho a proceso regular, íntimamente ligado a la libertad, es el no estar sometido a detención arbitraria. (...) Si los ciudadanos no tienen la seguridad de este derecho, una mortaja se proyecta sobre todos los otros derechos. Mientras exista la posibilidad de detención arbitraria, las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías" (*ibid.,* p. 172 y 197).

En síntesis.— "En cuanto al derecho a proceso regular, este se manifiesta en dos fases: el reconocimiento sustantivo del derecho de todos los ciudadanos a una misma protección, y el procesal. En su aspecto sustantivo garantiza que todos los ciudadanos deben ser tratados como iguales, sin discriminación alguna por parte de la ley del Estado ni en los decretos de los poderes Legislativo y Ejecutivo. En su aspecto procesal, se refiere no a la substancia de la ley, sino a la manera en que es aplicada y administrada por los poderes Ejecutivo y Judicial del gobierno" (*ibid.*, p. 197). Cf. también *infra*, § 44.II.

III

La observancia de normas jurídicas preconstituidas, mediante resoluciones judiciales que con base en aquellas resuelvan los casos concretos donde se invoquen violaciones de derechos —tanto las provocadas por particulares como las efectuadas (o toleradas) por el Poder Público—, y siempre que pueda darse también por sentado que se cuenta con efectivas probabilidades de que las sentencias respectivas sean realmente ejecutadas: todo ello constituye, pues, un presupuesto fundamental para que el Estado se encargue de hacer respetar habitualmente los derechos humanos. En particular, la posibilidad de obligar a los órganos públicos a someterse al principio de legalidad, en función del respaldo que dicho principio recibe por la existencia de un efectivo nivel de su contralor en vía jurisdiccional, representa el marco indispensable en donde se inscribe la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, para ello se requiere: a) que la Constitución asigne en forma expresa al Poder Judicial la llamada jurisdicción conservadora, es decir, la facultad de imponer procesalmente garantías para proteger los derechos humanos; b) que ese Poder Judicial esté jurídica y materialmente en condiciones tales que le permitan en realidad actuar para cumplir y hacer cumplir tal protección. Solo sobre la base de estas condiciones pueden funcionar ade-

16

cuadamente unos instrumentos procesales destinados a garantizar el respeto por tales derechos.

Lo dicho no significa, por supuesto, que esa forma de "garantizar" llegue habitualmente a traducirse en una completa inexistencia de violaciones a derechos humanos, en un respeto *inexorable* de los órganos estatales ante los derechos de *todas* las personas y en *todos* los casos. Sin embargo, bajo un Estado de Derecho las violaciones pueden quedar reducidas a una cifra y entidad sensiblemente menores que allí donde él falta, pues solo este abre la puerta a la justiciabilidad de los actos de *cualquier* órgano o funcionario estatales. Por eso, en efecto, puede decirse que "el régimen democrático [pluralista, el Estado de Derecho] no es aquel en el que los derechos son automáticamente respetados, sino aquel en el que, ante una violación, la persona puede obtener la tutela del derecho vulnerado" (PÉREZ TREMPS, p. 427). O más bien, expresándose de manera algo menos optimista, esta idea se podría reformular de la manera que sigue. Es bajo regímenes democrático-pluralistas donde hay una mayor *probabilidad* de que la generalidad de la población, *incluso* quienes no pertenecen a los sectores sociales dominantes ni tienen vinculaciones personales con miembros de estos o con importantes funcionarios estatales, comparta el beneficio de que: i) sean *normalmente* respetados sus derechos humanos fundamentales; y ii) ante una violación de estos, se pueda obtener la tutela *judicial* del derecho vulnerado.

§ 38. Instrumentos procesales de protección[5]

SUMARIO:

I. Cuatro tipos de instrumentos.
II. La jurisdicción constitucional de la libertad; sus formas.
III. Comentario general.

I

En numerosos textos constitucionales latinoamericanos se utiliza la denominación "garantías individuales", o "garantías constitucionales", como sinónimo de "derechos fundamentales". Es tal vez el aspecto donde resulta más notoria la influencia de la tradición constitucional francesa, particularmente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sobre el constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, la Historia —y en particular la de los países de este continente— ha demostrado que no basta con la consagración en los textos constitucionales de los derechos humanos que se consideran fundamentales; ello no alcanza para asegurar, "garantizar", su eficacia y

(5) El apartado I de este parágrafo fue elaborado sobre la base, fundamentalmente, de ideas expuestas por Alejandro GONZÁLEZ y DOMINGO GARCÍA BELAUNDE. Allí y en otros sitios, cuando se menciona su nombre pero sin señalar fuente bibliográfica e indicación de página, se trata de puntualizaciones efectuadas en la Reunión I (GARCÍA) o en la Reunión II (GONZÁLEZ), o que fueron tomadas de un estudio que este último preparó especialmente para nuestra Investigación, titulado *La protección constitucional de los derechos humanos ante los tribunales;* a dicho trabajo pertenecen también nuestras notas 6, 7 *in limine* (referencia a SÁNCHEZ VIAMONTE) y 22, *infra*. Respecto a los temas que se tocan en dicho apartado y en el II, se puede cf. también, para una visión general (aunque con principal énfasis en la Constitución venezolana), dos trabajos de BREWER: *Garantías constitucionales...* (Segunda Parte) y *La defensa...* (esp. caps. II y IV).

18

respeto[6]. De ahí que la moderna doctrina procesal y constitucional haga la distinción entre *derechos fundamentales*, por una parte, y *garantías* para su real eficacia, por otra. Se ha señalado, así, que "garantía" es una institución jurídica que asegura prácticamente el respeto de los derechos y de las Declaraciones; que solo merece el nombre de garantía la protección jurídica llevada al máximo grado de su eficacia práctica; que no puede haber garantía de garantía y, finalmente, que una garantía no necesita estar "garantizada"[7].

La protección de los derechos humanos se puede lograr por instrumentos procesales de cuatro grandes tipos, de los cuales unos son más y otros son menos específicos en relación con aquellos.

(1) Instrumentos procesales *ordinarios:* son los que se hacen presentes en distintos tipos de procesos —civiles, penales, laborales, administrativos, etc.— con el objeto de cautelar intereses corrientes; pero bien puede ocurrir que, en su caso, por medio de esa cautela se esté protegiendo asimismo unos derechos humanos, no solo aquellos intereses.

Proceso jurisdiccional ordinario, sea civil o penal.— Por sí mismo, "el debido proceso de derecho" es un derecho humano fundamental, contemplado como tal en el artículo 10 de la Declaración Universal y en el artículo XXVI de la Declaración Americana; también

---

(6) Véase Héctor FIX SAMUDIO, "Protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* diciembre de 1968.

(7) Carlos SANCHEZ VIAMONTE, "Juicio de Amparo", separata de la *Enciclopedia jurídica Omeba,* Buenos Aires, 1963, p. 13. En efecto, es posible conceptualmente "distinguir entre la 'declaración' misma, los 'derechos' objeto de la declaración y las 'garantías' de los derechos declarados, todo ello en el vasto campo nacional e internacional" (PEREIRA ANABALÓN, p. 78). Sobre la diferencia entre *derechos* y *garantías,* cf. también GARCÍA BELAÚNDE, *El Hábeas Corpus en el Perú,* cap. VII, y los sitios indicados *infra,* § 61.IV *in fine.*

19

en el art. 14 del Pacto (*infra*, § 44.II *in fine*) y en el art. 8 de la Convención. Además, al constituirse en instrumento de exclusión de la autotutela o justicia por mano propia, por una parte, y de contensión de la arbitrariedad estatal, por otra, la jurisdicción —como señala ALCALÁ ZAMORA— "se muestra, por un lado, como garantía de orden frente a la anarquía resultante de la autodefensa desbocada y, por otro, como garantía de libertad frente a los excesos del autoritarismo sin freno"[a]. De otro lado, dentro del proceso ordinario resulta posible —en la mayor parte de los sistemas procesales— formular objeción a la constitucionalidad de disposiciones legales lesivas o violatorias de derechos fundamentales, mediante el planteamiento de la cuestión por vía incidental o de excepción[b]. Finalmente, también los procedimientos denominados contencioso-administrativos y los procesos penales presentan a menudo sitnaciones en que el objeto de la acción es precisamente la protección o el restablecimiento de un derecho fundamental.

Notas.— (a) *Derecho Procesal Penal*, en colaboración con Ricardo LEVENS (h.), Buenos Aires, 1945; tomo I, p. 199. (b) FIX ZAMUDIO, artículo citado (*supra*, n. 6), p. 75.

(2) Instrumentos procesales *complementarios:* están para sancionar específicamente la violación de derechos humanos, son medios accesorios con respecto a estos derechos especiales; pero dichos instrumentos tienen la particularidad de que no están destinados a protegerlos en su ejercicio mismo, sino que imponen sanciones una vez que se ha cometido ya la violación (por ejemplo, es el caso del juicio político y en general de las acciones que hacen responsables a funcionarios públicos por aquellas violaciones, para lo cual a veces están previstos trámites o competencias especiales).

Algunos *instrumentos procesales de carácter complementario,* no destinados específica y directamente a proteger derechos humanos, sino a sancionar a los funcionarios públicos responsables de violación o desprotección de aquellos.— Entre estos instrumentos complementarios pueden citarse los procedimientos constitucionales que

20

persiguen hacer efectiva la responsabilidad política: juicio político. Este juicio puede alcanzar también a los funcionarios judiciales, especialmente a los jueces de los tribunales superiores, por la infracción genérica de notable abandono de sus deberes; es susceptible de ser configurada, entre otras conductas, por la abdicación o deficiente ejercicio de sus facultades tutelares de los derechos fundamentales.

(3) Instrumentos de *control constitucional* —jurisdicción constitucional orgánica—: se trata de ciertos mecanismos para evitar que los órganos estatales productores de normas jurídicas se excedan en sus atribuciones; esto origina todas las acciones o recursos para cautelar que las leyes, los reglamentos o los decretos no irrespeten la Constitución, lo cual puede servir también para evitar que esas normativas afecten derechos humanos.

Los *procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes* guardan estrecha conexión con los derechos humanos, en la medida en que la declaración de inconstitucionalidad se refiera a una ley violatoria de un derecho de tal naturaleza o trasgresora de garantías para él.

(4) Instrumentos procesales *específicos* de protección de los derechos humanos —jurisdicción constitucional de la libertad—: como creación típica del Derecho anglosajón y sus ramificaciones, son el producto de un largo proceso histórico (prototipo: el Hábeas Corpus); en América Latina se presentan, además del Hábeas Corpus, instrumentos como el Amparo, los "mandados de segurança", etc.

Instrumentos procesales específicamente destinados a la protección de los derechos humanos.— Se establecen en resguardo de todos los derechos fundamentales; o bien, de algunos de ellos taxativamente señalados en los textos constitucionales o legales que los establecen y reglamentan; o pueden estar exclusivamente destinados a la protección de la libertad personal.

Se dice que los dos últimos tipos constituyen "una verdadera *jurisdicción constitucional,* la que puede ser distinguida en:

a) jurisdicción constitucional de la libertad, que se ocupa de los derechos fundamentales;

b) jurisdicción orgánica, o sea, la atinente a los titulares de los poderes del Estado y los conflictos entre estos, así como los juicios de responsabilidad a los altos funcionarios (juicio político), constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones, partidos políticos, etc.".

Ahora bien, "la protección de los derechos fundamentales es propia de la llamada 'jurisdicción constitucional de la libertad', en cuanto aquellos son desconocidos por actos arbitrarios de autoridad o de los particulares, por lo que en este rubro sólo cabría analizar el Hábeas Corpus y el Amparo. No obstante, cabe la posibilidad de que dichos derechos fundamentales sean desconocidos por leyes u otras normas, de categoría inferior, lo cual en rigor es estudiado por la denominada 'jurisdicción constitucional orgánica', dentro de un rubro propio dedicado a la inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones. Por tal motivo es que aquí analizaremos este tópico únicamente en la medida en que mediante la 'declaración de inconstitucionalidad' pueden cautelar, aun cuando indirectamente, derechos fundamentales" (GARCIA BELAUNDE, *Protección . . . ,* p. 66-67).

II

Por tanto, "las bases fundamentales del conjunto de instrumentos procesales o 'garantías' en sentido estricto destinadas a tutelar los derechos de la persona humana, permitirán hablar de una *jurisdicción constitucional de la libertad* (Mauro CAPPELLETI) . . . [, que] debe comprender la protección de derechos fundamentales del individuo respecto de las amenazas o atentados de que pueda ser objeto por parte de:

a) el Poder Ejecutivo o sus agentes;

b) los tribunales;

c) los particulares;

d) el Poder Legislativo; y

e) el Poder Constituyente"[8].

En el marco de dicha jurisdicción, como *garantías constitucionales* ("instrumentos procesales para la defensa de la Constitución, que por ser tales son precisamente denominados 'garantías' ") cabe mencionar, sobre todo, "las siguientes figuras procesales:

i) Hábeas Corpus,
ii) Amparo,
iii) Acción popular,
iv) Acción de inconstitucionalidad.

Estas deben ser completadas con la acción contencioso-administrativa"[9].

Los nombres que la doctrina jurídica otorga a esta jurisdicción o jurisdicciones varían, e incluso puede ser distinta la forma de clasificar los recursos en cuestión. Por ejemplo, hay quien entiende

> "que los procesos de inconstitucionalidad deben situarse, más que en el ámbito de las garantías, en el capítulo de los modos de producción normativa de los derechos fundamentales. Aquí propiamente el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, como una fuente, si no de creación, sí al menos de concreción de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente" (PRIETO SANCHIS, *La protección*..., p. 371-372).

De cualquier manera, la función de fondo que se le suele reconocer a los medios indicados apunta globalmente —si prescin-

---

(8) GONZÁLEZ, *La protección*... p. 54. Y el autor agrega: "Sin perjuicio de que, como se ha señalado, los principios fundamentales de esta jurisdicción se contengan en el texto constitucional, su desarrollo debe ser objeto de una ley de jerarquía especial, una ley constitucional, cuya modificación debe estar sometida a normas restrictivas similares a las que rigen para la modificación de la Constitución; en esta ley, de jerarquía superior a la ley común, deberían también reglamentarse las restricciones en razón del interés de la colectividad, el orden público y la seguridad del Estado" (*ibid.*).

(9) GARCÍA BELAÚNDE, *Protección*..., p. 73.

dimos de discusiones terminológicas y de ciertos detalles técnicos— en un sentido general que puede expresarse, por ejemplo, así:

> "... las acciones y recursos jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos constituyen parte substancial de lo que modernamente se denomina 'la garantía jurisdiccional de la Constitución' o 'justicia constitucional', que Jaime GUASP conceptúa como 'aquella rama de la Administración de Justicia cuyo objeto específico lo forma la materia jurídico-política, o jurídico-constitucional, de un país determinado'; noción que designa un objeto preciso de justicia, análogo, v. gr., al civil, penal o laboral, u otro cualquiera que establezca el ordenamiento jurídico del Estado" (PEREIRA ANABALÓN, p. 89).

Por lo general, pues, aquellos instrumentos procesales que suelen ser mencionados ante todo como garantía de los derechos humanos pertenecen al cuarto tipo de la clasificación presentada. Entre ellos, el Hábeas Corpus está destinado fundamentalmente a la protección de la *libertad individual;* el instrumento procesal para la defensa *general* de los derechos es el Amparo. En México, por ejemplo, se halla establecido solo el Amparo. Hay otros países que, a pesar de mantener el Hábeas Corpus, adoptan además el Amparo como complemento para proteger los demás derechos fundamentales. También hay países en que el Hábeas Corpus es utilizado para proteger todo. En Brasil, el mandato de "segurança" se creó sobre la base de la experiencia histórica del Amparo. El panorama, como se ve, es variado.

III

La literatura sobre tales instrumentos es vastísima y no necesita ser recapitulada aquí[10]. Entre los tratadistas se dis-

---

(10) De los profesores que participaron en nuestra investigación, es Domingo GARCIA BELAÚNDE quien ha publicado los estudios más especializados al respecto: cf. los tres trabajos suyos sobre el Hábeas Corpus indicados en la Bibliografía, sobre todo su monografía señalada en la n. 7, *supra*. Cf. también, por ejemplo, PEREIRA ANABALÓN, p. 80 ss.

24

cute mucho, por ejemplo, si conviene acoger simultáneamente el Hábeas Corpus y el Amparo o preferir uno solo de estos dos recursos, cuáles son las características diferenciales de cada uno de ellos (y se establecen las comparaciones entre ambos), cómo se deben reglamentar, etc. Desde el punto de vista de la teoría general de los derechos humanos, empero, no resulta tan fundamental la querella doctrinaria sobre distinciones técnicas entre ambos tipos, o sobre las ventajas de uno respecto al otro. Sea cual fuere el nombre utilizado y estén unificados o no bajo un solo instituto, lo realmente importante es que haya unos medios procesales de protección con las funciones de garantía propias de *todos* esos instrumentos, y aun perfeccionándolas si es posible. Pero para esto habrá que tener en cuenta, en cada país, su propia tradición jurídica y las condiciones socio-políticas; sin perjuicio, naturalmente, de considerar también. en la medida en que sean aplicables, las enseñanzas que resultan de los estudios de Derecho Comparado sobre esa materia.

De cualquier manera, lo indispensable es que al menos se disponga de algún medio jurídico que cumpla la misión tradicional del Hábeas Corpus. Este es el más basico de todos esos medios, no solo por su trayectoria histórica (el derecho constitucionalmente mejor amparado ha sido el de la libertad personal), sino por la naturaleza misma de los derechos que él defiende. Cabe recordar que sirve —como subrayaba BARBAGELATA— para proteger tres derechos absolutamente fundamentales: libertad personal, integridad física, la vida misma.

Resulta un tanto paradójico, pues, que en los Instrumentos no se le haya reconocido, a dicho recurso, el lugar privilegiado que merece. De acuerdo con esos Pactos, durante los períodos de emergencia puede ser suspendido el derecho de libertad; por tanto, ahí sería lícita la suspensión constitucional del Hábeas Corpus. En tales condiciones, no queda en pie ningún recurso específico directo para pedir la protección de la vida o contra la tortura. Lo indispen-

sable sería que, en cambio, para los períodos de emergencia se le dé una protección constitucional preeminente a la *totalidad* de los derechos inderogables, que estos dispongan de un recurso *específico* ante los tribunales. Sin embargo, se establece como suspendible el derecho a la libertad, con lo cual se puede hacer que sean prácticamente inefectivos aquellos derechos establecidos como inderogables: por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física, la no retroactividad de las leyes penales, etc. (art. 27.2 de la Convención, art. 4.2 del Pacto). Tal situación merecería ser corregida. (MONTEALEGRE)[11]

De todos modos, si consideramos en general los medios de protección procesales, cabe pensar que, en lo que dice relación específica con su nivel técnico-jurídico, se ha ido avanzando mucho durante su larga evolución histórica. Y a tal punto es así, que tal vez ya no se pueda avanzar mucho más en *ese* respecto. Por tanto, no parece que ahí el problema fundamental sea el de trazar instrumentos *jurídicamente* más perfectos, corregirle o añadirle detalles a su lenguaje normativo, sino tener las condiciones en que ellos puedan ser aplicados de modo cabal (ATALIBA). Estas obviamente son, en gran parte, de orden político-social. Mas tienen también que ver, en particular, con las características —estructurales y personales— del Poder Judicial encargado de aplicar los instrumentos disponibles. Un mejor Poder Judicial significa mayores posibilidades de que sea otorgada la protección debida, suponiendo que estén dadas aquellas otras condiciones. Pasamos a referirnos a algunos requisitos básicos para que esa función judicial tuitiva de derechos humanos tenga posibilidades de ser cumplida.

---

(11) *Vid.* también *infra*, § 63.II.

§ 39. Condiciones esenciales para la funcionalidad del Poder Judicial[12]

SUMARIO:

I. Generalidades.
II. Independencia, etc.; controles: posibles soluciones.
III. Excursos: 1. El examen crítico de la jurisprudencia.
2. La personalidad de los jueces.

I

La "funcionalidad" de que nos ocupamos en este parágrafo se refiere especialmente a la protección que reciben los derechos humanos; pero las características que señalaremos se revelan como necesarias también para la labor general de los jueces, vale decir, para el campo entero de la tarea jurisdiccional. Han sido resumidas así: independencia financiera, calificación científica, honestidad (FLORES). O bien, en la forma de tres principios: independencia, autoridad, responsabilidad. Vale decir:

> *"El de la independencia, para que sus fallos no sean una consecuencia del hambre o del miedo. El de la autoridad, para que sus fallos no sean simples divagaciones académicas que el Poder Ejecutivo pueda desatender a su antojo. Y el de la responsabilidad, para que la sentencia no sea un ímpetu de la ambición, del orgullo o de la soberanía, sino de la conciencia vigilante del hombre a su destino"* (Eduardo J. COUTURE)[13].

---

(12) El apartado I de este parágrafo fue elaborado sobre la base, fundamentalmente, de puntos que señaló Mario FLORES MACAL en una exposición que efectuara durante la Reunión I.

(13) Cita efectuada por FLORES, durante la ocasión indicada en la nota anterior.

27

Tales condiciones son tanto más importantes cuanto que, como se sabe, la labor del juez es fundamental para otorgarle su pleno alcance normativo a las formulaciones de los textos jurídicos positivos, sean estos constitucionales, legales, etc.:

> *"La legislación no tiene más remedio que limitarse a señalar simplemente en forma dominante el camino para establecer un verdadero ordenamiento jurídico (...) La actividad judicial ayuda a continuar y completar la obra de ordenación jurídica que la ley apenas ha iniciado"* (BÜLOW, p. 108).

Por tanto, solo en la medida en que dichos textos hallen jueces capaces de hacerles "decir" lo necesario para que la forma de "completarlos" vaya en sentido favorable a los derechos humanos (interpretaciones "pro homine", no "pro auctoritas": *supra,* cap. II, § 11.IV y n. 17), las disposiciones jurídicas estarán en condiciones de *rendir* en tal sentido. Por su calidad de "intérprete autorizado" (*supra,* §§ 16.1 y 18), la intervención del juez puede ser decisiva al respecto, tanto para otorgar como para denegar la protección al ejercicio de unos derechos humanos.

Ahora bien, la independencia del juez es asimismo condición *sine qua* non para que él pueda dejarse guiar exclusivamente —o, en todo caso, hasta donde esté dispuesto a hacerlo— por razones de *conocimiento.* Esto es, para que sus resoluciones sean producto de la *ciencia* jurídica, al menos en la medida en que esta logra reducir, si no eliminar, los aspectos voluntaristas o simplemente no predeterminables que intervienen en la interpretación del Derecho.

"Pues la tarea de la Justicia es averiguar qué es conforme a Derecho; sus fallos se llaman y son 'conocimientos', y el conocimiento no tolera ninguna orden, ya que esta no podría hacer no cierto lo verdadero, o hacer cierto lo no verdadero. Por eso, la 'libertad de la ciencia' se traduce, aplicada a la jurisprudencia (*praktische Rechtwissenschaft:* ciencia jurídica práctica), en 'independencia judicial'. De ahí que los tribunales no estén obligados,

y ni siquiera autorizados, a seguir órdenes de las autoridades administrativas ni del jefe de estas, el Gobierno" (RADBRUCH/ ZWEIGERT, p. 160). *Vid.* también la cita de RADBRUCH recogida en el acápite de este capítulo.

Sin embargo, la atribución de un carácter de "conocimiento" a la decisión judicial debe siempre tomarse *cum grano salis.* No conviene olvidar que, como el propio RADBRUCH lo ha señalado también, el razonamiento jurídico contiene "indisolublemente", junto con aspectos de orden cognoscitivo, asimismo elementos "creativos", "supracientíficos", "subjetivos", etc. (cf. la cita de RADBRUCH presentada en el acápite del cap. II, *supra*). Ya BÜLOW hacía notar que:

> "Lo que el juez al sentenciar ha de aportarle al Estado y al ordenamiento jurídico no constituye, empero, un simple trabajo intelectual. La sentencia *(Urtheil)* del juez no es un juicio *(Urtheil)* en el habitual sentido lógico del término. Es algo que es Más, más Importante, más Poderoso, de lo que su nombre parece dar a entender" (p. 110; cf. también *supra,* § 16.I.).

Ello se traduce, como antes vimos (*supra,* § 16 y cap. III), en la existencia de posibilidades de *opción* para el juez, o sea, que la resolución de este no depende solo de elementos de juicio propiamente cognitivos. Sin embargo, el ámbito lógico de esas opciones, para la aplicación de un texto del Derecho positivo, queda estrechado por los límites que le impone la ideología política dominante (ámbito semántico real: *supra,* § 19), los cuales a menudo se benefician también de un consenso muy generalizado en la colectividad respectiva. Y hasta podría decirse, en tal caso, que cabe allí un "conocimiento" de los valores en cuestión, en la medida en que estos sean bastante intersubjetivos en dicho medio social. El juez adquiere esos "conocimientos" durante su formación jurídica misma, ya que estos impregnan, mediante la utilización de un lenguaje más o menos técnico, los juegos lingüísticos de la dogmática mediante la cual él se acostumbra a entender y aplicar las disposiciones positivas. Entonces la "arbitrariedad" del juez al interpretar puede quedar bastante reducida, efectivamente, si él tiene la instrucción en dichos juegos lingüísticos y si está dispuesto a atenerse a estos. De ahí que un comentario como el siguiente pueda estar justificado, partiendo de la base de que se refiere a un Estado de Derecho y con una organización interna del Poder Judicial que no permita el acceso a los tribunales superiores sino a jueces de probado nivel en sus conocimientos jurídicos (pero en América Latina, esto último no es muy común):

"De los tribunales *constitucionales* justamente, que son los que están integrados por jueces de élite, no habrá que temer que no sepan ajustarse a la medida adecuada. Por supuesto que un juez no debe basar sus decisiones en apreciaciones *subjetivas* sobre la justicia. El patrón al cual siempre ha de ajustarse tiene que ser, para él, únicamente la *communis opinio* de todas las personas 'razonables' *(aller "billig und gerecht Denkenden");* y aunque las concepciones sobre lo justo y lo injusto puedan divergir en forma múltiple respecto a detalles, eso no quita que en la comunidad jurídica haya ciertamente un amplio acuerdo sobre las cuestiones *fundamentales"* (BACHOF, *Wege...*, p. 33).

[Pero tampoco hay que desconocer que, incluso en países donde la preparación técnica de los jueces es más exigente que en la mayoría de los latinoamericanos, aun allí esos tribunales chocan, de todas maneras, con el límite que le marcan las insuficiencias generales que la dogmática del Derecho presenta desde el punto de vista científico: cf. *infra,* § 103.III-IV.]

Por otra parte, aunque tampoco el Poder Judicial está libre de incurrir en arbitrariedades e incluso en sumisiones respecto al Ejecutivo, lo cierto es que aquel resulta ser, de cualquier manera, el brazo "menos peligroso" (HAMILTON) de la maquinaria estatal, y hasta constituye un eventual límite interno del Poder (*infra,* § 42.II):

"El Ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA DE VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.

"Esta sencilla manera de ver el problema sugiere algunas consecuencias importantes. Demuestra incontestablemente que el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del Poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo

a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquellos. Prueba igualmente que aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas de esa dirección; quiero decir, mientras el departamento judicial se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del Ejecutivo. Porque estoy conforme con que 'no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo' (MONTESQUIEU)" (HAMILTON, en HAMILTON/MADISON/JAY, p. 331).

"[E]l supuesto peligro de las usurpaciones judiciales a costa de la autoridad legislativa, en que tanto se ha insistido, es un fantasma en realidad. De vez en cuando puede tropezarse con interpretaciones aisladas equivocadas o con puntos en que se contraviene la voluntad de la legislatura; pero nunca alzanzarán tal importancia que puedan constituir un inconveniente o influir en forma sensible sobre el orden del sistema político. Esto puede inferirse con toda seguridad de la índole general del poder judicial, de los objetos a los cuales se refiere, del modo en que se ejerce, de su debilidad relativa y de su absoluta incapacidad para apoyar sus usurpaciones por medio de la fuerza. (...) No habrá cuidado de que los jueces, por virtud de una serie de usurpaciones deliberadas en perjuicio de la autoridad legislativa, desafiaran el resentimiento del cuerpo al que corresponde esta, mientras dicha corporación tenga en sus manos los medios de castigar su atrevimiento, deponiéndolos de sus cargos" (*ibid.*, p. 345-346).

II

En la declaración de principios de la Primera Conferencia Judicial de las Américas (Puerto Rico, mayo de 1965), por ejemplo, fue subrayada con particular vigor la necesidad de asegurar la independencia de los cuerpos judiciales. Para ello, se ponía énfasis en unos medios como los siguientes:

— sistema de garantías constitucionales y legales, que impidan cualquier interferencia o presión en el ejercicio de la función judicial;

— que los jueces y demás funcionarios judiciales sean seleccionados teniendo en cuenta su capacidad y moralidad, sin supeditación a consideraciones de índole política o partidistas;

— inamovilidad de la judicatura, de modo que los jueces no sean removidos sino por causas constitucionalmente establecidas y mediante el debido procedimiento legal;

— consagración constitucional de la autonomía económica del Poder Judicial, y que los jueces reciban una remuneración decorosa para librarlos de las presiones provenientes de la inseguridad económica[14].

En particular, es clave que la designación de los jueces no esté sujeta al poder político, que no dependa fundamentalmente del Ejecutivo (pero también puede tener efectos coartantes que dependa del Legislativo)[15]. La designación no debería responder sino a criterios de carácter técnico-

---

(14) No hemos podido consultar directamente el texto de dicha declaración, leída por FLORES en la oportunidad señalada en la n. 12. Lo arriba expuesto es un resumen de sus principales puntos, efectuado a partir de las actas de aquella Reunión. De todos modos, ideas similares han sido expresadas también en otras ocasiones, incluso con más detalles. Por ejemplo, para una presentación pormenorizada de principios que al respecto se recomiendan en el seno de instituciones internacionales, cf. los dos documentos siguientes: *Proyecto de principios sobre la independencia del Poder Judicial*, preparado por un Comité de Expertos reunido en Siracusa, del 25 al 29 de mayo de 1981; y la *Déclaration universelle sur l'indépendence de la justice*, Conférénce mondiale sur l'indépendance de la justice, Montréal (Québec, Canadá), junio de 1983. Mas ambos documentos contienen, de todas maneras, mucho concepto indeterminado. Por lo demás, tampoco faltan aspectos en que las soluciones allí propuestas son más tímidas que algunas de las subrayadas por nosotros (*infra*, § 46); por ejemplo, no se recomienda que los cargos deberían ser provistos estrictamente por concurso de conocimientos, y hasta se considera como un aceptable método de designación de los jueces superiores que ella sea efectuada por órganos políticos como el Ejecutivo y el Legislativo (pero *vid.* también la nota siguiente).

(15) Sin embargo, cf. las opiniones de LOEWENSTEIN Y RADBRUCH, quienes prefieren que la designación quede en manos del Ejecutivo: *infra*, en el texto.

profesional, si se parte de la base de que el candidato no merece reparos en cuanto a su honestidad. Lo ideal sería que la entrada a la judicatura fuese siempre seleccionada mediante concursos de oposición, sometidos a tribunales de la más alta idoneidad técnico-jurídica, y que también los ascensos se rigieran por criterios similares. Sin embargo, este ideal no se cumple en la generalidad de los países de América Latina, ni siquiera en aquellos de régimen democrático.

La independencia del juez estará tanto más asegurada cuanto menos este le "deba" a quienes desempeñan las funciones que él está llamado, en su caso, a controlar. No debería depender de ellos su nombramiento o ascensos, ni tampoco —¡lo que resulta no menos fundamental!— la seguridad de tener un ingreso decoroso. Y, por supuesto, debe estar absolutamente vedada la intervención de tribunales militares o *ad-hoc,* en materia de derechos humanos.

Esta independencia del juez, como condición indispensable para un adecuado cumplimiento de sus funciones, no debe entenderse, sin embargo, en un sentido de libertad absoluta. El juez no puede carecer de toda responsabilidad por sus decisiones, se le ha de poder sancionar si procede arbitrariamente. Pues también los jueces, como seres humanos que son, no están libres de llegar a actuar (y esto no solo por sumisión al Poder Ejecutivo) de una manera que posibilite atentados contra derechos humanos. Además, existe también el peligro de que se formen castas judiciales. Para evitar todo eso, es necesario establecer medios jurídicos que permitan llamar eventualmente a responsabilidad al juez, pero sin afectar el necesario grado de la independencia funcional.

———oOo———

Cabe pensar que, "como la libertad no puede tener nada que temer de la administración de justicia por sí sola [*supra,* I *in fine*], pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos; que como, por la natural debilidad del departa-

mento judicial, se encuentra en peligro constante de ser dominado, atemorizado o influido por los demás sectores; y que como nada puede contribuir tan eficazmente a su firmeza e independencia como la estabilidad en el cargo, esta cualidad ha de ser considerada con razón como un elemento indispensable en su constitución y asimismo, en gran parte, como la ciudadela de la justicia y la seguridad públicas" (HAMILTON, en HAMILTON/MADISON/JAY, p. 331).

"Carece de valor la afirmación relativa a que los tribunales, so pretexto de incompatibilidad, estarán en libertad de sustituir su capricho a las intenciones constitucionales de la legislatura. Lo mismo podría ocurrir en el caso de dos leyes contradictorias o, similarmente, en todo fallo en que se aplique una sola ley. Los tribunales tienen que declarar el significado de las leyes; y si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la VOLUNTAD en vez del JUICIO, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo. Pero si algo prueba esta observación, sería que no debiera haber jueces independientes como cuerpo.

"Por lo tanto, si los tribunales de justicia han de ser considerados como los baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber" (*ibid.*, p. 333).

"Los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia. Si el poder de hacerlos se encomendase al Ejecutivo, o bien a la legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él; si se atribuyese a ambas, los jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas; y si se reservase al pueblo o a personas elegidas por él con este objeto especial, surgiría una propensión exagerada a pensar en la popularidad, por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes.

"(...) [S]erán pocos los hombres en cada sociedad suficientemente versados en materia de leyes para estar capacitados para las funciones judiciales. Y si descontamos lo que corresponde a la perversidad natural del género humano, han de ser menos aún los que unan a los conocimientos requeridos la integridad que debe exigirse. Estas reflexiones nos enseñan que el gobierno no tendrá

un gran número de individuos capacitados entre los cuales elegir y que la breve duración de estos nombramientos, al desanimar naturalmente a aquellos que tendrían que abandonar una profesión lucrativa para aceptar un asiento en los tribunales, produciría la tendencia de arrojar la administración de justicia en manos menos competentes y menos capacitadas para desempeñarla con utilidad y decoro" (*ibid.*, p. 335).

"Conforme al modo ordinario de ser de la naturaleza humana, *un poder sobre la subsistencia de un hombre equivale a un poder sobre su voluntad.* Y no podemos esperar que se realice nunca en la práctica la separación completa del poder judicial y del legislativo en ningún sistema que haga que el primero dependa para sus necesidades pecuniarias de las asignaciones ocasionales del segundo. (...)

"La ausencia de una disposición que permita remover a los jueces en el caso de que sean incapaces ha sido motivo de reproches. Pero todo hombre razonable se dará cuenta de que semejante disposición no se cumpliría u ofrecería el peligro de que se hiciera de ella un uso abusivo en vez de que llenara una finalidad buena. En el catálogo de las artes conocidas no figura, que yo sepa, el de medir las facultades mentales. El intento de fijar los límites entre la capacidad y la incapacidad daría pábulo a las preferencias y enemistades partidistas más frecuentemente de lo que sería conveniente a los intereses de la justicia y el bien público. Excepto en casos de locura, el resultado sería generalmente arbitrario..." (*ibid.*, p. 336 y 337).

* * *

"El juez no debe permitir, pues, que su fallo sea determinado desde arriba; que en efecto no lo haga, eso es lo que quieren asegurar las '*garantías de la independencia judicial*'...: nombramiento básico de por vida, sueldo fijo reclamable, inamovilidad y prohibición de traslados. Así se logra prevenir que el juez deje que lo lleven, por el temor de sanciones, a fallar contra su conciencia. Ahora, que no se deje influenciar por expectativas de hacer carrera y de prosperar: para eso no existen garantías legales, solo hay las de orden moral. (...)

"Pero aun sin determinar al juez individual, el gobierno podría intervenir en el resultado de las resoluciones judiciales si ejerciera influencia sobre la composición de los tribunales o sobre cómo son distribuidos entre ellos los procesos... Eso se previene,

de un lado, por medio de que el tribunal no se establece para determinados procesos, caso por caso, sino mediante *disposiciones* legales generales de *competencia*, y esto en la forma más inequívoca posible" (RADBRUCH/ZWEIGERT, p. 161).

"Ciertamente, una independencia efectiva es bastante más que la simple autonomía financiera y su base fundamental reside en la estabilidad del Estatuto constitucional de este Poder del Estado.

"Dicho Estatuto debe estar protegido siempre de la posibilidad de modificación unilateral por parte de cualquiera de los otros poderes, pues la sola posibilidad de que pueda ser alterado, aunque la alteración no llegue a consumarse, afecta las condiciones de independencia del Poder Judicial.

"Para ello, la Constitución debería contemplar la norma de que cualquier modificación al Estatuto constitucional del Poder Judicial esté siempre sometida, como trámite indispensable, a la ratificación del Poder Constituyente originario, mediante referéndum.

"Sin embargo, el Poder Judicial no puede constituir un ente absolutamente autárquico y libre de todo control.

"La jurisdicción es una de las manifestaciones de la soberanía, que reside esencialmente y originariamente en el pueblo.

"Por consiguiente, la dirección y control superior de los órganos encargados del ejercicio de la jurisdicción debe radicarse en un organismo en que participen las diferentes autoridades u órganos en los cuales el pueblo delega el ejercicio de la soberanía.

"Sin perjuicio de las normas constitucionales sobre responsabilidad judicial, un Consejo Superior de la Magistratura, integrado en la forma dicha, en el cual se radiquen las superiores facultades de dirección y control, reforzaría las posibilidades de fiscalizar la forma cómo el Poder Judicial cumple sus funciones; especialmente, la superior misión de protección de los derechos y garantías fundamentales, por una parte, y por la otra, proporcionaría un organismo de alta representatividad y autoridad llamado a protegerlo de cualquier intento de menoscabar su independencia o reducir sus facultades" (GONZALEZ, *La protección* . . . , p. 58).

"La medida ideal para valorar el procedimiento de nombramiento de los jueces se basa en dos puntos de vista: primero, deberán quedar excuidas todas las influencias políticas; por otra parte, deberá haber absoluta seguridad de que sólo el más dotado, teniendo en cuenta su capacidad profesional y su integridad de carácter, tendrá acceso a la carrera judicial. Dicho procedimiento

ideal no ha sido hasta hoy encontrado; cada método diferente tiene sus ventajas y sus inconvenientes, y ninguno de ellos puede ser considerado como generalmente aplicable a todos los ordenamientos jurídicos. Todos están condicionados por la tradición, y ninguno de ellos puede dejar de tener graves repercusiones en el ejercicio de la función judicial" (LOEWENSTEIN, p. 301).

Ahora bien, hemos puesto el acento sobre la conveniencia de que en dicha designación tengan la menor participación posible los Poderes políticos (en sentido estrecho), sobre todo el Ejecutivo; un sistema de cooptación judicial, por ejemplo, podría ser entonces la solución más deseable. Sin embargo, tampoco cabe ignorar que este último sistema no está libre de eventuales inconvenientes, pues "trae consigo la creación de un *esprit de corps* judicial que con facilidad degenera en un sistema de casta" (LOEWENSTEIN, p. 304).

Así, aun admitiendo que esto "conlleva el peligro de generalizar las cosas demasiado", LOEWENSTEIN llega a la conclusión siguiente: "el nombramiento por el gobierno sin participación del parlamento parece seguir siendo la mejor técnica, mientras que la elección popular de los jueces muestra [los] resultados más insatisfactorios" (p. 303). En un sentido similar, en RADBRUCH/ZWEIGERT leemos que "no deben descaecer los medios por los cuales desde siempre se ha ejercido una influencia estatal sobre la función judicial, en la medida en que pueden servir para que también la Justicia se integre al todo estatal: la posibilidad de corregir los fallos judiciales por la vía del derecho de indulto que tiene el gobierno; una fiscalía que depende de las instrucciones del gobierno, rígidamente conducida; el derecho del gobierno de nombrar los jueces y promoverlos, y con ello tener la posibilidad de llevar a cabo en materia de personal una política que vaya en el sentido de la democracia. Una política semejante en cuanto a personal, por parte de los Ministerios de Justicia, resultaría imposible si en forma amplia llegaran a hacerse efectivas ya sea la idea de la cooptación en la judicatura, ya sea la de elección popular de los jueces... [y esta última] arrima el gran peligro de poner la labor judicial bajo la influencia de los partidos" (p. 163).

De todos modos, siempre habrá que tener en cuenta "dos puntos negativos. *Primero:* las consideraciones políticas tanto en la designación como en el ascenso de los jueces no podrán ser jamás neutralizadas, aun —y justamente menos todavía— cuando el parlamento participe en la designación. *Segundo:* el nombramiento por el gobierno, por lo menos en Estados continentales con carrera judicial, tiene como consecuencia crear en la judicatura

37

cierta mentalidad gubernamental y un espíritu de casta en mayor grado que en los países anglosajones" (LOEWENSTEIN, p. 303).

* * *

Por nuestra parte, y atento sobre todo a la experiencia latinoamericana, donde el principal peligro para los derechos humanos suele consistir en extralimitaciones propiciadas por el Ejecutivo, pensamos que, al menos como solución más general, no es aconsejable que sea dicho Poder quien pueda designar a su arbitrio los miembros de la judicatura, y ni siquiera a los de más alto rango. Es probable que las otras soluciones tengan también inconvenientes, nada desdeñables, pero no parece ser que llevarían a hacer todavía mayor la dependencna política de los jueces respecto de la rama más "peligrosa" del Poder.

Nota.— Para una pormenorizada discusión general sobre la cuestión de la independencia de los jueces, presentada desde una rica pluralidad de ángulos, *vid.* el muy informativo estudio de SIMON. Y por lo que se refiere, en particular, a "Los principales tipos de designación del personal judicial", este punto lo trata detalladamente LOEWENSTEIN, p. 297-304.

———oOo———

Como se ve, puede no resultar sencillo —y a veces hasta será imposible— acertar a dar, para las circunstancias de un país, con alguna "fórmula" (jurídica) capaz de aunar, en la realidad, los dos objetivos: independencia + responsabilidad. El éxito de las "fórmulas" depende no solo de su adecuada confección lingüístico-normativa, sino ante todo de los hombres que estén llamados a desempeñar las funciones respectivas y, en general, del medio donde estas tengan lugar. Sin embargo, hay experiencia hecha en el sentido de que ciertas técnicas normativas muestran, por lo menos en ciertos países, ser relativamente aptas para aproximarse a dichos fines. Y más unánime todavía, prácticamente, es la experiencia hecha respecto a otras "técnicas", acerca de que estas conducen indefectiblemente al extremo opuesto. Entre las primeras puede señalarse, por ejemplo, el recurso al viejo principio de la interdependencia de los Poderes del Estado, a unos controles interorgánicos[16], etc.

(16) LOEWENSTEIN, p. 232-233, 252-254 y cap. VIII.

.38

Puede pensarse también en soluciones como, por ejemplo, la de los Consejos Superiores de la Magistratura, donde participan en forma conjunta representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial[17]. Por otro lado, habría que establecer asimismo claras normas sobre responsabilidad política, especialmente para los magistrados de los tribunales superiores; debería podérseles someter, en su caso, a un juicio político por notable abandono de sus deberes, por ejemplo.

Desde luego, importa reiterar que ni la independencia ni la responsabilidad se pueden asegurar por los medios jurídicos solos. Todo depende siempre, en gran medida, del "clima" político que existe en el país e incluso de una tradición que allí tiene la judicatura; sin olvidar, por lo demás, la importancia que revisten aquellas actitudes de orden "moral" que, como dice RADBRUCH *(supra)*, no pueden ser suplidas por ninguna garantía específicamente jurídica. Mas nada de ello quita que *también* las provisiones constitucionales en la materia constituyan *un* factor que puede tener su importancia, y a veces mucha.

III

Excurso 1: El examen crítico de la jurisprudencia.—

Por otro lado, cabe señalar que la Administración de Justicia se ve perjudicada no solo cuando es poco independiente, sino también —lo que es menos común denunciar— allí donde en público impera una desmesurada contención ante la "sabiduría" de los miembros de ese Poder, esto es, donde sus fallos no suelen someterse a una verdadera crí-

(17) Sobre dichos Consejos, cf. LOEWENSTEIN, p. 302 s. De todos modos, para que esos órganos proporcionen realmente buenos resultados, deben darse también ciertas condiciones específicas en cuanto a la formación y selección de dichas representantes: cf. el comentario de BREWER, *infra*, § 51.II.

tica públicamente. Los jueces no tienen menos debilidades, tanto en el plano intelectual como las de orden emotivo y volitivo, que el resto de los mortales. De ahí que, para el buen cumplimiento de su labor, es indispensable que también ellos estén "vigilados", de alguna manera. Por eso resulta funesto que, como sucede en más de un país, incluso en algunos de régimen político democrático, la jurisprudencia se halle, en la práctica, totalmente libre de tener que acreditarse ante una minuciosa vigilancia intelectual; que no exista allí la posibilidad, *real* y corriente, de que fallos (importantes) de los jueces se enfrenten al análisis crítico y que este tenga bastante difusión, por lo menos entre sus colegas y los juristas en general.

La discusión y *crítica* de sentencias, efectuada sin corpisas, tanto en cátedras universitarias como en revistas especializadas de la materia, no solo es indispensable para desarrollar el nivel científico de los propios jueces, sino que constituye acaso el único medio de control que no lesiona su independencia. La judicatura no debería estar libre de ello, sino todo lo contrario. Máxime tendría que ser así en cuanto se considere que la jurisprudencia es aplicación de una "ciencia" del Derecho. Pues *en la medida en que* ella sea *también* "conocimiento", como señala RADBRUCH, no puede sino quedar sometida a lo que es la condición misma de todo saber científico: su posibilidad de ser *discutido* racionalmente. El acervo de conocimientos y en general la ideología que guían las actuaciones judiciales deberían quedar siempre sujetos a eventuales correcciones o refutaciones, como es característico (POPPER) en el marco de cualquier disciplina científica.

"Esto no quiere decir que el juez deba ni pueda ceder a la presión de la opinión pública en un caso litigioso concreto. Sino que, de la misma manera que está en comunicación permanente con las partes litigantes, con sus colegas del mismo tribunal y de la misma sala, con los innumerables tribunales superiores, inferiores e iguales al suyo, con el mundo técnico-jurídico y científico-jurídico, igualmente está en contacto con el pueblo, con la opinión pública, en un 'diálogo' permanente sobre el valor o la falta de

valor, sobre la justicia o el error de su jurisprudencia. Precisamente en ese continuo 'diálogo' radica la oportunidad especial del juez, que determina su especial aptitud para esta labor que le ha sido encomendada. La gente se queja frecuentemente, y no sin razón, de que en nuestros Parlamentos no se llega más que difícilmente a un verdadero diálogo, de que solo se votan cuestiones cuya solución está prácticamente predeterminada fuera del Parlamento. Por el contrario, para el juez aún es actualmente el pan de cada día el diálogo, el prestar atención y escuchar —¡el difícil arte de *saber* escuchar!—, buscar y sopesar diversas opiniones y argumentos: todo esto que, junto al conocimiento de las leyes, es necesario para ser un buen juez, se ha convertido para este en una segunda naturaleza. (...)

"Con ello no puede desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo; que en ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad. Pero el juez experimentado conoce los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad y, precisamente, por regla general sabe eliminarlos. Toda su formación profesional, la necesidad de un continuo enfrentamiento con otras opiniones, el ininterrumpido 'diálogo' al que ya nos hemos referido: todo esto garantiza un nivel de objetividad que, aunque no sea absoluto, es muy elevado" (BACHOF, *Jueces...*, p. 52-54 [*Wege...*, p. 190-191]).

Vid. también las observaciones presentadas *supra,* I.

En algunos países, sin embargo, el Poder Judicial aparece investido con una especie de "tabú" que, en la práctica, suele impedir que sus resoluciones sean sometidas (en público) a una crítica en profundidad. Los titulares de ese Poder tienden a ser presentados allí como una especie de "santos laicos" y, por añadidura, como conocedores *infalibles* (o poco menos) del significado de las leyes. En la práctica, esto provoca inercia intelectual de los jueces, baja calidad de la labor judicial. Libre de crítica pública, y sobre todo sin tener que afrontar la discusión científica de sus resoluciones, el juez carece de incentivos, o hasta de posibilidades, para superarse. Esa misma estrechez de horizontes contribuye también, en general,, a hacerlo poco inclinado a buscar los medios jurídicos para ejercer una defensa activa de

los derechos humanos cuando más falta hace. En la actividad de los jueces, como en cualquier otra esfera de la función pública, la carencia de crítica adormece el sentido de responsabilidad, no menos de lo que enmohece al intelecto. Y ninguno de estos dos extremos redunda, por cierto, en beneficio de la protección judicial de los derechos humanos.

No es necesario compartir la concepción socrática-platónica de que conocimiento entraña virtud, como tesis antropológica general, para llegar a la conclusión de que el *saber* jurídico del juez puede ser un factor favorable en sus intervenciones respecto a derechos humanos. Sencillamente, ocurre que una cierta "osadía" intelectual, producto de un nivel de conocimientos jurídicos tal que este no queda confinado a producir tímidas interpretaciones "literales" y rutinas formalistas, constituye un elemento que a menudo resulta fundamental para llegar a entender (dogmática jushumanista) los preceptos constitucionales, las leyes, etc., en un sentido propicio a la protección de derechos humanos. El juez rutinario, aquel que es poco capaz de *pensar* respecto a los fundamentos y el alcance de las disposiciones que aplica, no suele ser el "instrumento" más apropiado para una política judicial pro derechos humanos. (Cf. también las observaciones de RUBIO y de ORTIZ recogidas *infra,* respectivamente §§ 50.III y 51.III.)

Claro que el saber jurídico, por sí solo, no es una *garantía* de que sea precisamente ese último el resultado político a cuyo servicio se le destine. Dicho conocimiento, como todos los demás, puede también ser aplicado en direcciones y con consecuencias distintas; la técnica es susceptible siempre de servir a teleologías de signos variados y hasta opuestos. También en el caso del Derecho es concebible —y, lo que es peor, existe— el caso de destacados juristas que ponen sus saberes a la orden de políticas netamente *anti*-humanistas. Sin embargo, por lo menos en el nivel de la judicatura, en América Latina, no es poco habitual que la "timidez" del juez en la protección de derechos humanos se deba, por una buena parte, a su escasa noticia sobre la dogmática de esta materia; y también, claro está, a su desconocimiento prácticamente total de disciplinas como la lógica, la sociología, etc. Todo ello sin ignorar que tales conocimientos tienen poco que hacer allí donde el Poder Judicial carece de independencia y, en general, cuando una fuerte presión social lo invita a que "aparte la vista" de ciertas cosas (por ejemplo, del tratamiento policial dispensado a delincuentes comunes o de ciertos medios que se usan para combatir la "subversión").

42.

De todos modos, lo que hemos dicho sobre la discusión pública —ante todo, la científica— de la jurisprudencia, y en general sobre los efectos positivos que un buen nivel de conocimientos de la dogmática (+ etc.) puede tener sobre el razonamiento judicial, debe entenderse, otra vez: a) como una línea *tendencial* en la conducta de los jueces; y b) *ceteris paribus*, en relación con los demás factores favorables (o que, por lo menos, no sean decididamente desfavorables) a una política jurídica respetuosa de los derechos humanos.

Tal vez podrían ser las Facultades de Derecho el centro de irradiación más indicado para que, por medio de su personal académico (juristas con la mejor preparación), se sometiera a una permanente vigilancia y crítica públicas —en revistas especializadas, en la cátedra misma, etc.— las resoluciones de los jueces. En la mayoría de los países de América Latina, sin embargo, no suele acontecer tal cosa: ni en las revistas jurídicas ni en la cátedra es común encontrarse con verdaderos *análisis*, críticas incisivas en el plano científico-jurídico, sobre la jurisprudencia del respectivo país. Claro que con ello tiene que ver no solo el endeble nivel académico de buena parte del profesorado, y aun más el de los jueces, sino también el temor de sufrir represalias tomadas por estos relativas al ejercicio profesional de la abogacía (al que la generalidad de los profesores se dedican también), si trascienden públicamente las críticas sobre el grado de los (des)conocimientos jurídicos del cuerpo judicial, principalmente el de los integrantes de sus tribunales superiores; y tanto más cuanto más justificadas sean esas críticas.

Cf. también *infra*, § 51.IV, algunas observaciones concordantes con lo señalado en este Excurso. *Vid.* además, sobre la imagen del juez como un "devoto y carismático sacerdote de las leyes", las agudas observaciones de ROTTLEUTHNER, # 2.1.

———oOo———

Excurso 2: La personalidad de los jueces.—

"Por más justas que sean las leyes, si la administración de justicia es arbitraria nadie puede estar seguro. (...) Lo esencial... del derecho a un juicio equitativo *(fair trial)* no radica en determinar cuál es el sistema legal que se aplique, en que sea acusatorio o inquisitorial, en el derecho a disponer de intérpretes u otras reglas jurídicas que puedan ayudar al acusado. Lo fundamental

está en el modo y el espíritu en que las reglas se administran. Tal cual fue dicho en un informe de la Comisión Internacional de Juristas:

> '... los derechos del acusado en causas penales, por más cuidadosamente que se hallen elaborados, en la práctica serían inefectivos si no están apuntalados por instituciones cuyo espíritu y tradición limiten y guíen el ejercicio de la necesaria discreción que, sea en virtud de previsiones jurídicas o en la práctica, le pertenece en particular a las autoridades judiciales *(prosecuting authorities)* y a la policía'.

"La capacidad de la gente que administra el Derecho constituye siempre un punto crítico. Mucho de lo que acontece detrás de las fachadas de las estaciones de policía y de las salas de los tribunales escapa a la mirada del público. Si la democracia es sincera en proteger los derechos humanos, resulta fundamental que ella se empeñe por alcanzar el más alto grado posible de capacidad en los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley *(enforcement officials)* y en los de la magistratura. Respecto al juez, a menudo es antes bien en su persona y en su independencia que en la ley misma, donde radica el destino del respeto a los derechos humanos. Pocos otros individuos en la sociedad cargan con una responsabilidad tan grande, de consecuencias tan inmediatas, como la de él. En pocos sitios resulta más evidente que en la magistratura el truismo de que el espíritu del pueblo tiene que ser la garantía última de la democracia y de los derechos humanos" (SANDIFER, p. 180, 183 y 198).

"En efecto, aun cuando se adopten todos los resguardos orgánicos y funcionales conducentes, que la experiencia propia y ajena aconseja, siempre estará presente la personalidad del juez concreto que debe decidir sobre el amparo jurisdiccional de los derechos humanos, de manera que la eficacia del sistema dependerá de cómo los jueces entienden su misión tutelar, en los términos previstos en la Constitución Política. Se necesita imprescindiblemente en ellos —como dijera Piero CALAMANDREI— 'una conciencia viva, sensible, vigilante, humana...', porque sin duda, apunta el maestro, 'el peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro del hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para el burócrata los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un "expediente", como se dice en el lenguaje de las oficinas, esto es, una carpeta bajo cuya cubierta están agrupados numerosos

44

folios protocolizados, y en medio de ellos, un hombre disecado' " (PEREIRA ANABALÓN, p. 90).

Ahora bien, ese papel decisivo que la personalidad de los jueces tiene para el funcionamiento de cualquier sistema jurisdiccional comprende también un renglón que, aun cuando no aparece resaltado de modo expreso en los pasajes transcritos, siempre desempeña rol protagónico: la visión general *(Weltanschauung)* que respecto a los aconteceres sociales y a cuáles son los modelos de conducta deseables, tanto para la organización de la actividad estatal como en el marco de la sociedad civil, tienen aquellos individuos que desempeñan las funciones judiciales; en una palabra, la ideología *política* de estos operadores del Derecho. Nos referimos a ello en el parágrafo siguiente.

Nota.— Para un ilustrativo panorama de variados puntos de vista sobre la personalidad de los jueces, cf. SIMON, cap. VI y la literatura allí indicada.

§ 40. El compromiso político del juez

Ese énfasis que se pone en la independencia de los jueces, también suele expresarse diciendo que "no deben hacer política". En un sentido amplio, empero, el Derecho no es ni puede ser otra cosa que esencialmente un "instrumento de la política" (KELSEN). Estamos tomando el vocablo "política" de acuerdo con el sentido *genérico* de dicho término, que es más o menos el siguiente: actividad específicamente dirigida al mantenimiento o a la modificación de estructuras de poder y diferencias sociales, en una colectividad dada[18]. Desde tal ángulo, la labor del juez, como

(18) "Podemos decir, de la manera más general, que se trata de juicios de valor 'ético-políticos' o, brevemente, 'políticos'. Pues todo juicio de valor —que esté libre de coacción y de una consciente persecución del provecho propio— acerca de algunos acontecimientos sociales, en última instancia hace objeto de una valoración ética (en el sentido más amplio) a lo que es una distribución —ya producida o ideal— del poder en la sociedad, aunque sea en el más pequeño detalle; la hace objeto de un debe-ser o de un no-debe-ser" (LAUN, p. 248-249). Cf. también GARRETÓN, *En torno...*, p. 15 (*vid.* la transcripción efectuada *supra*, § 4.III.2 *in fine*).

factor de afirmación del Derecho, es eminentemente política, sin duda.

El Derecho está constituido por criterios para organizar la sociedad. La forma y el contenido de tal organización dependen de la o las ideologías político-sociales dominantes, dentro de los márgenes de opción que a estas le consienten las posibilidades materiales y psicológico-colectivas de un país. Vinculadas a esas posibilidades de opción entran en juego también, e incluso fundamentalmente, cuestiones de derechos humanos. El grado y las formas de la protección o desprotección acordadas a tales o cuales de esos derechos marcan cuál es la tónica política prevaleciente en la organización jurídica adoptada. La actitud que los jueces, en su actuación como tales, toman respecto a dicha tónica, pone de manifiesto, a su vez, cuál es la conducta política (judicial) practicada por ellos mismos Actuación que puede ir tanto en el sentido de "manejar" ese Derecho positivo en forma tal de sacarle el máximo partido posible para favorecer unos derechos humanos, como puede marchar en sentido contrario o indiferente. Tanto para lo uno como para lo otro es posible apoyarse en interpretaciones dentro del ámbito lógico de los conceptos jurídicos aplicables.

Solo si los jueces observan un firme *engagement* político con la causa de los derechos humanos, solo si su conciencia se siente comprometida con *esta* ideología precisamente, solo entonces puede esperarse que aquellos actúen con decisión en favor de tales derechos. A falta de un compromiso semejante, y como la formulación de los derechos humanos se halla tan irrigada de conceptos indeterminados, al juez poco identificado con la teleología misma de esa "causa" (política) no le será difícil presentar una variante semántica que, en su caso, le permita interpretar dichos conceptos de algún modo que pragmáticamente sea *poco* favorable a la protección de aquellos derechos humanos en los que él no cree. Eso ocurre no solo en materia de derechos políticos, sino también en otros sectores: Derecho Laboral, Derecho de Familia, etc. En la medida en que las presiones

46

sociales en general, o las de las autoridades políticas en particular, no sean decisivas para inclinar al juez a fallar en una dirección o en otra, no existe más "garantía" que el factor constituido por su propia conciencia política. Solo esta puede entonces lograr que, frente a normativas jurídicas antinómicas o ante un texto al que se imputan diversas interpretaciones, ese juez resuelva de una manera congruente con la ideología (versión: dogmática jushumanista) de los derechos humanos, no según concepciones políticas opuestas a ella.

Claro que si la palabra "política" se toma en una acepción más estrecha, si por ella se entiende la ideología y actividad particulares de algún *partido* entre otros, o la de los gobernantes de turno, entonces sí, desde luego, el juez puede —y hasta cabe pensar que debe— ser apolítico. Esto en el sentido de que no aceptará cualquier decisión adoptada por uno de esos sectores políticos. Se sentirá vinculado únicamente por lo que diga el Derecho positivo, en cuanto este representa el producto de un consenso político más amplio que las líneas propias de un partido o de un gobierno, en los regímenes pluralistas. *Esa* independencia de los jueces es vital para la protección de los derechos humanos, por supuesto.

Estos derechos son atacados por quienes siguen determinadas concepciones políticas. Puede tratarse de las del mismo sector que detenta el gobierno o, si no, de algún otro en que se inspiren las ideas de ciertos funcionarios. Sin embargo, aunque "política" (en el sentido estrecho) y ordenamiento jurídico están, de cualquier manera, muy interrelacionados —el Gobierno tiene que adoptar decisiones políticas y estas penetran en el Derecho—, no quiere decir que lo uno es lo mismo que lo otro. Pues esa "política" se encuentra con *límites*, en cuanto a su legitimidad constitucional, en el umbral que le marcan los derechos humanos, si tomamos a estos como base general de la política jurídica de un Estado. Claro que el juez siempre queda, de hecho, políticamente comprometido con la ideología de la Consti-

tución nacional, pues de otra manera no podría desempeñar sus funciones en *ese* Estado. Pero ello no le impide ser independiente, por lo menos en los regímenes pluralistas, respecto a cada una de las fuerzas políticas *particulares* que se mueven en dicho Estado. Es esta independencia lo que le permite defender los derechos humanos, en su caso, contra atentados provenientes de (o apoyados por) cualquiera de dichas fuerzas, incluso de aquella que está ocupando las funciones de gobierno.

Convertir al Derecho en una simple herramienta "política" (en sentido estrecho) y al Poder Judicial en su mero apéndice, constituye, en la práctica, un tipo de politización de la función jurisdiccional que a esta le hace perder, junto con la independencia, toda posibilidad de constituir una valla para los atentados que las autoridades —o quienes cuentan con la tolerancia de estas— cometan contra particulares. En ese sentido, sí, el carácter "despolitizado" de la función jurisdiccional, solo factible mediante la independencia en su ejercicio, es *conditio sine qua non* para que exista un régimen constitucional respetuoso de los derechos humanos. Mas estos no serán bien defendidos sino por jueces que estén comprometidos a fondo con la causa *política* que encarnan tales derechos. Pues lo cierto es que, como decía KANTOROWICZ:

> *"no se trata de que la Ciencia del Derecho se libere de la política, no sea que un día la política se libere de la Ciencia del Derecho"*(19).

De ahí que, para tener jueces, y en general juristas, capaces de hacer del ordenamiento jurídico un instrumento fértil para la promoción de los derechos humanos, no unos "técnicos" que ayuden a conculcarlos, o simplemente se desentiendan de las violaciones, es importante lograr que su formación profesional no sea (aparentemente) "apolítica". Por el contrario, la técnica jurídica debiera serles explicada

---

(19) "Er (Hermann KANTOROWICZ) wollte die 'Recthswissenschaft nicht von der Politik befreien, damit sich nicht eines Tages die Politik von der Rechtswissenschaft befreie' . . ." (cit. en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 76).

48

como lo que en realidad es: un "instrumento de la política" (KELSEN). Razón por la cual, justamente, ella puede serlo también de una política *pro* derechos humanos. ¡Y tanto mejor si los jueces hacen que en efecto lo sea!

———oOo———

Ese carácter esencialmente *político* que es propio de la normativa y de la actividad jurídicas, por más que en las Facultades de Derecho suela darse a entender antes bien lo contrario, no ha dejado de ser advertido por conocidos juristas. Así, insistía LAUN (1922) en hacer ver que las creencias metafísicas del jurista al contestar a cuestiones del Derecho positivo (*supra,* acápite) son propias de una

> "fe que no descansa solo en hechos 'objetivamente' establecidos y en leyes de la lógica 'objetivamente' establecidas, sino también, necesariamente, en sentimientos no controlables, en subjetivos juicios de valor. El jurista introduce sus juicios subjetivos de valor en el 'espíritu', en las 'intenciones', en los 'fines' de la ley. En última instancia, se encuentra influido por ellos cada vez que elige entre una interpretación 'restrictiva' y una 'extensiva', entre la analogía y el argumento a contrario.
>
> "Entonces, todos los juicios de valor (no perturbados por la coacción o el provecho personal) que se efectúan sobre cuestiones de la vida jurídica, estatal y económica —en síntesis, sobre toda la vida social de los hombres—, son juicios de valor *'políticos'*, en el sentido antes apuntado (*supra,* n. 18). Pues esos juicios afirman o niegan alguna forma, ya dada o ideal, de distribución del poder, sea en lo grande, sea en la más pequeña pregunta de detalle, y de ahí que tomen partido en la lucha por el poder. En consecuencia, es correcto afirmar: *La interpretación y aplicación 'dogmáticas' del Derecho dependen, necesariamente, de los subjetivos juicios de valor del individuo que lo interpreta y aplica.*
>
> "Esto es cierto —cabe subrayarlo otra vez— respecto a la totalidad del Derecho 'positivo', en cuanto él no emplee conceptos establecidos científicamente con tajante univocidad: en particular, conceptos de tipo espacial, temporal o numérico. Ejemplos de decisiones en que, a pesar de un uso formalmente inobjetable del 'método jurídico-dogmático', la concepción política del juez o del funcionario irrumpe del modo más grueso, los ofrece ciertamente la judicatura de todos los pueblos. (...) De ahí que casi

todo el campo de la aplicación dogmática del Derecho esté, aunque en muy diverso grado de plenitud, expuesto a la influencia política" (LAUN, p. 261-262).

"¿Y qué otra cosa es la práctica administrativa sino la política restringida a determinada rama de la Administración y a determinadas competencias orgánicas)" (*ibid.*, p. 270).

Pocos años después (1927), decía TRIEPEL:

"El Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político.

"PUFENDORF se enojaba con los profesores de Derecho Público que estudiaban la Constitución alemana sin conocer la política. Son tan aptos para sus asuntos —decía burlándose— como el asno para la música de arpa" (cit. por ROMERO, *Notas*.... p. 7 [p. 284 y 289 del texto alemán, incluido en KOCH, *Seminar*...]).

Tiene razón TRIEPEL, en efecto, al señalar "que el Derecho público no puede practicarse 'sin considerar al aspecto político'. Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad, dignidad humana, personalidad y muchos otros, no pueden interpretarse sin recurrir a las concepciones sociales y políticas de la comunidad jurídica en cuestión" (BACHOF, *El juez*..., p. 250). También KELSEN lo ha subrayado de la manera más neta:

"El Derecho no puede ser separado de la política, pues es un instrumento fundamental *(ein wesentliches Instrument)* de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, vale decir, determinadas por juicios de valor" (KELSEN, *Was ist*..., p. 152 [31]).

Y la consecuencia de esto es que:

"No existe ninguna clase de hombres que esté más cuidadosamente educada [en Inglaterra] que la de los magistrados en la costumbre de pensar con equilibrio. Sin embargo, si se examinan las opiniones de los jueces en los casos en que sus propias pasiones estaban en juego, se observará cuán grande es el esfuerzo que han tenido que realizar para mostrar tolerancia hacia las opiniones antagónicas. Y no siempre sus esfuerzos tuvieron éxito" (LASKI, p. 50).

Todo ello tiene que ver, naturalmente, con la circunstancia de que la semántica jurídica no es tan hermética y unívoca como para que las soluciones se encuentren allí rígidamente predeterminadas (*supra*, § 16.1) A esto suele aludirse al decir, cosa que hoy es casi un lugar común, que el juez no es un "autómata" de subsunciones, que le corresponde una labor "creativa" al interpretar los preceptos del Derecho positivo. Cf., sobre todo: RADBRUCH/ZWEIGERT, p. 166-175 (esp. p. 166-169); y también, para una clara llamada de atención sobre el papel general que juegan los "factores pragmáticos" en la interpretación, las puntualizaciones de ROSS, Nos. XXIX y XXX. *Vid.* además el (breve) apartado II del ensayo de BACHOF sobre *Jueces y Constitución;* puede interesar asimismo el estudio de CAPPELLETTI, "La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico" (en *Proceso, Ideologías, Sociedad*, p. 365 ss.), trabajo que contiene aspectos ilustrativos sobre los puntos que aquí estamos enfocando (aunque el desarrollo del autor no brille por la concisión...).

Tratándose de la interpretación de conceptos indeterminados, lo señalado se hace muy patente; más aún cuando forman parte del vocabulario de ideologías políticas de signo muy distinto y hasta opuesto, como sucede en el discurso de los derechos humanos (*supra*, cap. III). En tales casos, el aporte "creativo" del juez consiste, justamente, en el hecho de darle a esos términos unos significados que, de acuerdo con la ideología por la que él opte, tendrán unas u otras consecuencias prácticas, servirán para cumplir con unas u otras finalidades políticas. Hasta *cierto* punto —que, desde luego, puede ser mayor o menor, según la estructura del Poder (*infra* § 42)— no deja de tener su "grano" de verdad, siempre, una observación como esta:

> "Vivimos, pudo afirmar un antiguo Presidente de la Corte (de los EEUU), *bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es*" (GARCIA LAGUARDIA, *La defensa...*, p. 69; cf. la cita de HUGHES en el acápite).

"En realidad, en la función judicial siempre subyace una actividad política no solo intersticial en espacios dejados por el Legislativo. Y esto, porque el sistema judicial es un subsistema del sistema político, de carácter especializado. La actividad política de los jueces se produce desde dos ángulos. En un sentido general, los jueces resuelven conflictos entre partes, aplicando normas generales dotadas de autoridad, actividad especialmente política. Pero además, en un sentido específico, la discrecionalidad de que gozan

los jueces al interpretar las normas para aplicarlas, se constituye en una actividad de creación legislativa, situación que se ha visto estimulada por la inusitada ampliación de la producción de normas por las cámaras, que cubren un amplio espectro cada vez mayor de la vida social. La certeza del derecho es en gran medida ilusoria, y el juez, al aplicarlo, debe escoger entre varias alternativas; y al hacerlo no puede menos que utilizar su propia perspectiva, utilizar su propio catálogo de valores, lo que resalta más cuando de aplicar normas constitucionales se trata. En resumen, el juez opera inevitablemente sobre decisiones de relevancia política, aunque la amplitud y la modalidad con que esa politicidad se expresa, puede depender de varios factores, como su posición institucional, el estado del sistema normativo, y en general, las relaciones entre sistema político y sociedad" (*ibid.*, p. 71-72).

De uniformar esa política en el nivel judicial de cada país, en la medida en que esto no resulte desde ya de la propia actividad corriente de los jueces en general, suele encargarse un tribunal superior nacional. "Las leyes son letra muerta sin tribunales que desenvuelvan y definan su verdadero significado y alcance. (...) Para que haya uniformidad en estas decisiones, deben someterse, en última instancia, a un TRIBUNAL SUPREMO. (...) La diversidad de las opiniones humanas es interminable. Vemos discrepar a menudo, no solo a los distintos tribunales, sino a los jueces del mismo tribunal [cf. *supra*, § 16.I]. Para evitar la confusión que inevitablemente producirían las decisiones contradictorias de una serie de magistraturas independientes, todas las naciones han estimado indispensable establecer un tribunal superior a los otros, dotado de competencia general, y facultado para fijar y declarar en última instancia las normas uniformes de la justicia civil" (HAMILTON, en HAMILTON/MADISON/JAY, p. 90-91).

En cuanto a los instrumentos a que nos referimos en el presente capítulo, se puede cf., por ejemplo, los casos de que da cuenta GARCÍA BELAUNDE, en el # 3 ("Presencia de intereses políticos en resoluciones judiciales") de su libro sobre *El Hábeas Corpus en el Perú*. En ese apartado llega a la conclusión siguiente:

> "Aunque no existan estudios analíticos que demuestren la ingerencia de factores políticos en las decisiones judiciales, ni que la ausencia de ellos cambie el sentido de las sentencias, es evidente que un Poder Judicial sometido a presiones, tanto de grupos particulares como de los otros Poderes del Estado, tiene un rol importante en el acontecer político de una sociedad determinada. Más aún si, como

> en nuestro caso, el nombramiento de los magistrados, así como su promoción y remoción, están confiados a un órgano de dependencia directa del Poder Ejecutivo" (p. 92).

En definitiva, sería bueno no perder jamás de vista que:

> "El amor a la justicia que pueda sentir un hombre, nunca es lo bastante fuerte como para sobrevivir al derecho de infligir castigos en nombre del credo que profesa; y la manera más sencilla de conservar su sentido de la justicia es privarlo del interés personal que lo incita a castigar" (LASKI, p. 190).

En el caso de los jueces, ese "interés personal" puede tener mucho que ver con el hecho de que la designación y el mantenimieito en sus cargos dependa en buena medida de decisiones del Ejecutivo, y más aún en regímenes donde el Poder es de tipo autocrático.

* * *

Nota.—Para análisis más específicos de las relaciones entre Derecho e intereses político-sociales, cf. LAUTMANN (cap. 5) y ROTTLEUTHNER (cap. 3). Desde un ángulo más general y plurifacético, en cuanto a los variados tipos de funciones políticas que suele cumplir cada sistema jurídico, cf. el estudio de GÖRLITZ, quien distingue las siguientes: estabilización (consolidación, integración, neutralización, socialización), regulación, racionalización, sancionamiento, legitimación, innovación, reflexividad. Por lo que se refiere, en particular, a la influencia que el sistema político ejerce en el seno de la metodología propia del discurso jurídico mismo, *vid.* el examen de MÜLLER. Cf. también SIMON, *passim* y esp. cap. V. Por otro lado, una exposición ampliada de los puntos de vista centrales subrayados en el presente parágrafo se encuentra en HABA, *Interpretación judicial*...

§ 41. Heurística

Los puntos que se señalarán a continuación pueden servir de guía para detectar el grado de la protección otorgada judicialmente a los derechos humanos en un país dado, si ella se examina a la luz de dichos parámetros. Estos pueden servir también, a partir de tal examen, para elaborar

reformas constitucionales que permitan superar las insuficiencias registradas. (Sobre algunos de estos puntos volveremos en la Sección siguiente.)

— ¿Qué tipos de instrumentos especiales de protección de los derechos humanos —Hábeas Corpus, Amparo, Ombudsman, etc.— se encuentran constitucionalmente establecidos y cuál es el alcance de cada uno de aquellos?

— ¿Qué sectores o aspectos de los derechos humanos quedan fuera de la defensa otorgada por tales instrumentos? ¿Qué límites afectan a estos en cuanto a la materia a que se refiere su protección?

— ¿Qué intervención —facultades de determinación y control— tiene cada uno de los Poderes del Estado al ser aplicados dichos recursos? Particularmente, ¿en qué medida "dispone" el Poder Judicial al respecto?

— ¿Cuál es su régimen procesal?: agilidad o no de los trámites, costos reales, etc.

— En el plano empírico: ¿de qué manera (condiciones reales) y en qué cantidad, qué sectores de la población logran acceder a los tribunales, en los casos pertinentes?

— ¿En qué sentido (¿favorable a la protección, o no?) suelen ser resueltos esos asuntos por los tribunales? Y tales resoluciones, sobre todo si van contra la posición asumida por autoridades o de lo que ejecutan sus subordinados, ¿son acatadas por los órganos estatales encargados de hacerlas efectivas?

— ¿Cabe la protección, incluso frente a actos ejecutados con base en una ley?

— ¿Cabe el recurso de inconstitucionalidad respecto a leyes que permitirían a las autoridades "inmunizarse", es decir, leyes que exceptúan de la aplicación de los instrumentos de protección a los actos (de funcionarios) encomendados por ellas mismas?

— En general, ¿qué medida y forma de intervención tienen constitucionalmente asignada los jueces? ¿Cuál es la extensión de las potestades jurisdiccionales para conocer de los actos que puedan involucrar violaciones de derechos humanos?

— ¿Qué grado de extensión y complejidad presentan los procedimientos judiciales en esas materias?

— ¿Dichos procedimientos se encuentran sometidos a las condiciones de un "debido proceso", en armonía con lo que a este respecto disponen los Instrumentos?

— ¿En qué medida real (cantidad y porcentaje de casos) intervienen los tribunales en esos asuntos, y con qué efectos prácticos de protección lo hacen?

— ¿Bajo qué condiciones fácticas y en qué cantidad (porcentaje) de casos, qué sectores de la población tienen verdadera oportunidad de ser atendidos por los tribunales de justicia, para obtener soluciones favorables y efectivas a las amenazas o lesiones relativas a derechos humanos? Y esto no solo mediante la interposición de los instrumentos especiales, sino en cuanto a la protección general de los derechos humanos.

— ¿Qué condiciones de independencia tienen constitucionalmente asignadas los jueces frente al poder político, tanto en lo que hace a la forma (cuándo están llamados a intervenir) como al fondo (hasta dónde pueden intervenir)?

— Y en el plano empírico, ¿en qué medida la independencia es efectiva?: condiciones económicas, formas de nombramiento, presiones sociales o políticas, etc.

— En particular, ¿cómo se logra el acceso a los tribunales por parte de aquellas personas detenidas durante regímenes de emergencia?

— ¿En qué circunstancias, frente a quiénes y hasta dónde, está constitucionalmente legitimada la intervención de tribunales militares?

— ¿Existen actos excluidos de la jurisdicción, como el acto de gobierno o el acto político? ¿Y qué alcance tienen estos?

— ¿Hay justiciabilidad de los actos correspondientes a regímenes de emergencia? En caso afirmativo, ¿es amplia o restringida? ¿Y queda en manos de tribunales ordinarios o especiales?

— ¿En qué medida se deja el Poder Judicial guiar por lo dispuesto en convenios internacionales de derechos humanos?

§ 42. Excurso: ¿Puede realmente el aparato judicial servir de límite al Poder? (discusión)

SUMARIO:

I. Motivos de escepticismo.
II. Réplica: interrelaciones entre Poder, sociedad y Derecho.
III. Conclusión: Estado de Derecho como "momento" del Poder.

I

Lo expuesto hasta aquí en esta Sección, lleva de la mano a una conclusión general: que para los efectos de una mejor protección de los derechos humanos *no* es indiferente la manera cómo en la normativa jurídica de un país se hallen establecidas las formas de intervención del Poder Judicial y la propia estructura de este. Más explicitado: 1. que la po-

sibilidad de una oportuna intervención del aparato judicial constituye requisito *indispensable* para alcanzar un aceptable nivel general de respeto de esos derechos; 2. que para ello es necesario, asimismo, que dicho aparato se organice de acuerdo con ciertas *condiciones* básicas (principio de legalidad, independencia de los jueces, etc.), sin lo cual no puede funcionar de manera adecuada; 3. que tales condiciones son viables y que, una vez dadas, es viable también que ellas repercutan de modo *real* en beneficio de una mejor situación cotidiana de los derechos humanos, por lo menos en el común de los casos.

Estas afirmaciones parecen chocar, sin embargo, contra una evidencia muy fuerte: el hecho de que, en todos los países, es raro ver que los jueces condenen al Estado, y menos aún a los funcionarios públicos personalmente, por violaciones graves de derechos humanos (*infra*, cap. VI); y esto es así incluso en aquellos países —que en América Latina no abundan— donde funcionan, por lo menos a veces, instrumentos procesales como los señalados (*supra*, § 38). Daría la impresión que más bien corresponde llegar, pues, a conclusiones algo distintas a las expuestas por nosotros. Tal vez, puede pensarse, no quedaría otra alternativa realista que la siguiente: o reconocer que aquellas condiciones son imposibles de poner en práctica, digan lo que digan unos textos del Derecho positivo; o reconocer que, aun allí donde en la actuación judicial se cumple (formalmente) con ellas, eso no impide que, en los hechos, los jueces no resulten capaces —porque no quieren o porque no pueden— de ponerle "freno" a las conductas que violen derechos humanos, si estas son llevadas a cabo en el ejercicio de funciones estatales. Pero si eso es así, toda pretensión de lograr, por medio de una normativa adecuada, que haya un aparato judicial destinado a proteger realmente esos derechos, *a limine* estaría condenado al fracaso. Sería un propósito que pertenece al reino de la utopía, o al de la ficción.

Pasamos a recoger unas reflexiones que ponen el dedo en la llaga de esta problemática. Según MOURGEON, "un

poder no se opone al Poder..." (*infra:* cap. VI, acápite), pues:

"Como los derechos mismos, los medios de satisfacerlos y protegerlos los decide el Poder, el cual jamás, salvo ocasionalmente y por táctica, actúa contra sí mismo. De ahí que la posibilidad que la persona tenga de imponer algo, o de responderle *(riposter)*, al Poder, esté en función de un conjunto de condiciones y circunstancias que raramente se reúnen; y han de ser tales que el Poder pueda ser persuadido, inclinado, obligado a su vez. Sin duda, las sociedades de obediencia personalista y acostumbradas al pluralismo logran, en ese respecto, mejor éxito que las otras, pero solo gracias a múltiples presiones y reivindicaciones inscritas en una prolongada extensión temporal; y para un resultado que está mucho más acá de lo deseable y, sobre todo, de la lógica del reconocimiento de los derechos. En cuanto a los regímenes autocráticos, su monolitismo prohíbe que haya una demanda o una defensa, pues serían la prueba de un individualismo corrosivo por lo divisor. (...)

"Este (el Poder) no solo organiza las garantías, edictando las reglas que las fijan, sino que le pertenece aceptar o no el someterse a ellas ante la demanda de la persona cuyas prerrogativas maltrata. Es demasiado pedirle y esperar de él, ya que el Poder no se somete sino al Poder. Por ello, las garantías internas son siempre, en diversos grados, precarias. Y las organizadas por la sociedad internacional, conglomerado de Poderes, no brindan resultado mejor, pues son muy escasas (*supra,* § 28.V).

"La insuficiencia de las garantías internas para el ejercicio de los derechos está determinada, en gran parte, por la ausencia o las deficiencias de la regla. Señalarlas mostraría el costado más visible, pero no necesariamente el más decisivo, del problema de la dependencia de los derechos. Tanto como ello, importa observar el uso que el Poder hace de las garantías, desviándolas en su provecho y en detrimento de la persona. La desviación es hábil, subrepticia, ya que sigue un proceso difícil de aprehender, pues el Poder utiliza una variedad de medios y órganos, una variedad de 'poderes', que no pueden actuar independientemente de la Autoridad o contra ella. (...)

"Cualesquiera sean las funciones entre las cuales el Poder se distribuye y su autonomía recíproca, todas ellas contribuyen al ejercicio del Poder y a la sumisión de la

58

persona. Y todas concurren, cada una con sus propias salidas *(atouts)*, a hacer precarias las garantías, que resultan poco eficaces por lo aleatorias o bloqueadas.

" 'El individuo se torna hacia su juez': imagen frecuente, tranquilizadora para muchos, y, sin embargo, inquietante. Independientemente de la sumisión al Poder por parte de quienes juzgan, de por sí la función jurisdiccional hace aleatoria la garantía que parece aportar. No siendo sino aquello que de ella se hace, puede variar en razón de orientaciones y circunstancias políticas, o, simplemente, de preferencias... En las sociedades personalistas encontramos ejemplos destacados de actividades jurisdiccionales orientadas hacia la protección de los derechos, tanto contra negligencias o 'perfidias' *(scélératesses)* del legislador, como de acciones ilegales o demasiado discrecionales de la autoridad ejecutiva. Pero sus beneficios no pueden ir más allá de los límites, a menudo estrechos, que los jueces trazan con una libertad que el individuo puede discutir todavía menos que la de las autoridades legislativas o ejecutivas" (MOURGEON, p. 105, 108-110).

II

Las observaciones transcritas no carecen, por cierto, de agudeza... ¡y de realismo! Pero puede valer la pena tratar de complementarlas con algunas otras consideraciones que, cabe pensar, no son menos realistas. Pues si lo que señala MOURGEON es probablemente verdad, tal vez no sea *toda* la verdad. Su tesis central, el dualismo Poder-persona, no está libre del peligro de acarrear cierta simplificación en el enfoque de los problemas. Sobre todo, porque dicha tesis tiende a presentar en forma más o menos "reificada" ese Poder; esto es, a pasar un tanto por alto las contradicciones e incoherencias de su dinámica interna y, sobre todo, el papel que la sociedad civil juega *en el interior* mismo de aquel. En una palabra, no aparece allí suficientemente tematizado que también el Poder no es otra cosa que una hechura de conductas de "personas", de *individuos*, los cuales al mismo tiempo están "dentro" y "fuera" de él, insertos en una complejísima red de interacciones, en la cual operan también

toda clase de desarmonías y conflictos. Bien mirado, sociedad civil y Poder no son sino "momentos", aspectos, abstracciones, de un conjunto (estable e inestable, cooperativo y contradictorio, organizado pero no orgánico) de relaciones humanas que, si bien ofrecen cierta sistematicidad, no pueden ser reducidas al mínimo común denominador de dicotomías como sociedad-civil/Estado, persona/Poder, etc. Aunque estas tienen su valor heurístico, deben siempre tomarse "cum grano salis". Dentro de ese conjunto, *también* el Derecho tiene sus efectos, también él coadyuva a conformar la propia dinámica del Poder[20]. Papel que, a su vez, puede ser más o menos favorable a la realización de unos derechos humanos.

En efecto, aunque aquellos marcos jurídicos que hemos destacado no representan (lo subrayamos una vez más) con-

---

(20) La idea de Poder puede definirse de distintas maneras. Por ejemplo: "*Poder* [en general].—Capacidad para introducir cambios a los que se opone resistencia; para superar toda o parte de la resistencia

Poder político.—Capacidad para controlar al Estado y a otros procesos descendentes.

Poder societal.—Capacidad de una unidad societal para lograr sus propósitos venciendo la resistencia de otras unidades societales" (ETZIONI, p. 756).

Por nuestra parte, cuando hablamos de "Poder" lo hacemos preferentemente de acuerdo con el segundo de estos sentidos. Sobre aspectos generales de la cuestión del Poder, cf. los caps. 13 y 14 del libro de ETZIONI; *vid.* también DAHL, cap. III. Por lo que se refiere a la "dialéctica" de Derecho y Poder, sigue siendo muy recomendable leer la clásica obra de HELLER sobre el Estado, *passim*. En un sentido afín, la rica descripción fenomenológica que en el libro de MORENO se ofrece sobre el "ser" del Derecho desemboca en la conclusión de que este es "una estructura normativa social, estructura real en la que poder y normatividad se dan en síntesis indisoluble" (p. 125); *vid.* allí los caps. XIII y XIV (esp p. 121 ss.). Véase también las observaciones que, desde otros ángulos (estructuralistas principalmente), se encuentran en el libro de GIMÉNEZ. Cf. además Claus OFFE (*Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. Zur Analyse Spätkapitalistische Gesellschaftssysteme*, en KRESS/SENGHASS, p. 135 ss.) y LENK (*Politische...*, p. 129 s.), sobre el íntimo entrelazamiento de Estado y sociedad civil, como "momentos" del *todo* societal, en las sociedades del capitalismo tardío —¡y ni qué hablar de los regímenes leninistas-stalinistas!—.

dición *suficiente* para asegurar la mejor protección posible de derechos humanos, esto no quita que ellos constituyan, de todos modos, *una* de las condiciones *necesarias* para que —según la experiencia— resulte dable alcanzar, *ceteris paribus,* un grado mayor de protección para los derechos humanos que allí donde tal marco falta. En realidad, no es tanto el número ni la entidad de las intervenciones judiciales que de hecho se produzcan, para proteger esos derechos, lo que marca la diferencia fundamental. Se trata, antes bien, del hecho de que ellas se encuentren *disponibles,* en conjunción con otros factores —sobre todo, amplio pluralismo ideológico y libertad de expresión— que intervienen en la dinámica político-social. Tal "disponibilidad", ella misma, hace que el Poder se *auto*-limite, por efecto de una compleja serie de presiones sociales a que los *individuos* que componen ese Poder se sienten entonces sometidos, en función del marco social global. La "amenaza" latente de una intervención judicial que sobre dichos individuos pende, como una eventualidad realista, si ultrapasan ciertos límites consagrados por la ideología socialmente dominante, juega allí su papel. Obra como un factor de inhibición en la propia conciencia de los funcionarios, sean de la jerarquía que fueren, ya porque ellos mismos internalizan esos límites o porque piensan que los "otros" (funcionarios o civiles) se atendrán a dichas pautas y no apoyarán a quienes dejen de observarlas. Así es que el Derecho, en cuanto norma de conducta socialmente aceptada, presiona al Poder desde el interior mismo —conciencia de los funcionarios mediante— y también desde "afuera" —relaciones de esos funcionarios en el seno de la sociedad civil—.

Si es cierto, como dice MOURGEON, que "un poder no se opone al Poder", no menos cierto es que este último no es un ente supraindividual. No constituye un Cuerpo hermético frente a otro Cuerpo, la sociedad civil, de modo que cada uno sea simplemente lo que él mismo es y *nada* de lo que es el otro, como si cada uno fuera un ente propio, una cosa "exterior" con respecto al otro. En la realidad, sociedad civil y Poder están mutuamente entretejidos, los

61

individuos que componen este no viven fuera de aquella. Además, ninguna de esas esferas está desprovista de tensiones y contradicciones internas. Son *hombres* quienes le dan vida: hombres que colaboran unos con otros, pero que también se enfrentan unos con otros, de múltiples maneras, tanto en la sociedad civil como en el propio seno del Poder, e incluso en el interior de cada poder.

Por todo ello, en la conformación misma del Poder —esto es: entre los factores que contribuyen a afirmarlo pero también a marcarle en la práctica límites (internos y externos), a trazar las órbitas *reales* (no solamente las jurídicas) de acción e influencia dentro de las cuales se mueven sus titulares, en todos los niveles del aparato estatal— interviene asimismo, como un vector no desdeñable en la interacción de las fuerzas sociales, el rol jurídicamente asignado a los jueces y la ideología de estos. No hay que perder de vista el apoyo que el ejercicio de esa función y esa ideología encuentran en considerables sectores de la sociedad civil, e incluso dentro de poderes del Poder. El ordenamiento jurídico logra constituirse, así, en un factor de poder que obra sobre el Poder, tanto para reforzarlo como para frenarlo, y tanto desde su interior mismo como también desde "afuera". De ahí que, cuando decimos que determinados tipos de conformación jurídica delineados para los mecanismos judiciales son más beneficiosos para la protección de derechos humanos, nos estamos ateniendo a una comprobación enteramente realista: la de que hay estructuras de Poder que son *más* y estructuras de Poder que son *menos* favorables para el efectivo cumplimiento de esos derechos; y que, en cuanto a las primeras, aquellos tipos representan uno de los elementos constitutivos que, en la práctica, se han revelado como indispensables para que el Poder se mueva en *esa* dirección justamente.

Lo dicho no implica desconocer, desde luego, que las características generales de la intervención judicial, por mejor delineadas que estén en la normativa, jamás aportan una garantía completa de que el Poder no violará derechos

humanos, ni de que, cuando lo hace, sus funcionarios sean severamente sancionados. En el más democrático de los Estados hay violaciones, y hasta algunas de ellas son "normales", siempre o casi siempre con impunidad de los agentes. Es lamentable, pero cierto, que algunas clases de graves violaciones entran —podría decirse— dentro de las "reglas del juego", incluso en las democracias, aunque nadie defiende eso en público; por ejemplo, todo el mundo sabe —pero ello se menciona poco o nada— cómo se obtienen las "espontáneas" confesiones que brindan los delincuentes comunes. Otras violaciones son menos normales, menos numerosas o menos graves, mas también existen. Ni contra las unas ni contra las otras, la intervención del Poder Judicial, si llega a producirse, suele conducir a erradicarlas ni a que sean castigados los funcionarios estatales que las cometen. En tales casos, lo más probable es que estos no hayan ido mucho más allá de los límites *reales* que, en la práctica, el Poder se tolera a sí mismo; vale decir, aquello que un poder —y la sociedad en general— le consiente a otro poder, y que, en el interior de este, sus funcionarios admiten como práctica no sancionable.

Lo peculiar del Estado de Derecho (*supra,* § 16.III) es que, en él, dichos límites son lo *menos* amplios y elásticos posible, no que allí carezcan de *toda* elasticidad. Ahora bien, para que ese grado menor de elasticidad sea *realmente* tal, es determinante, o en todo caso codeterminante, que estén disponibles unas vías judiciales con las características indicadas. Según revela la experiencia: a mayor independencia, etc. del Poder Judicial, menos "elasticidad" de los límites *internos* del Poder y, como consecuencia, un más reducido espectro de violaciones a los derechos humanos por parte de ese Poder. Aunque lo deseable sería, por supuesto, que las violaciones pudieran desaparecer por completo o que siempre fuesen sancionadas, ello no parece que esté, al menos por ahora, al alcance de las clases de organización social que conocemos. La alternativa real es: o un Poder poco limitado, vale decir, con *máximas* facilidades para efectuar violaciones; o un Poder lo más limitado po-

sible, vale decir, con *menores* facilidades (no la imposibilidad) de incurrir en ellas. Para que se dé este último caso, es condición indispensable lo señalado en cuanto al funcionamiento del Poder Judicial. Por lo menos, que eso sea alcanzado en forma aproximativa.

MOURGEON no desconoce el hecho de que el Poder interviene también, en su caso, como protector de derechos: no es sólo el 'sepulturero", sino también un "proveedor" de estos, aunque mucho más se encarga de realizar lo primero que de cumplir lo segundo (cf. la cita de MOURGEON presentada en el epígrafe de esta obra). Los dos extremos se dan, y *ambos* son inevitables:

> "la problemática de los derechos humanos es constante, por insoluble; tan permanente como intemporal; consubstancial a la sociedad política y al Poder: (...) pues no hay colectividad sin Poder, ninguna colectividad sin tensión, sin conflicto, ni tensión ni conflicto sin un Poder llamado a ponerle fin. Jamás homogénea, jamás unánime, la sociedad quiere el Poder. (...) En otros términos, se necesita el Poder porque, como el hombre no puede bastarse y está constreñido a la sociabilidad, está destinado, por eso mismo, a vivir en las tensiones y los conflictos y a buscar quién podrá prevenirlos, o suprimirlos, o irlos haciendo desaparecer. Todo se resume en esta frase de Bertrand de JOUVENEL: 'Hay un Poder, un Estado, desde que el divorcio de los intereses individuales es lo suficientemente profundo como para que a la debilidad de los muchos le haga falta un tutor permanente, de todopoderosa diligencia' "(p. 11-14). Existe allí "una dualidad de tendencias simultáneas: la tendencia a la reivindicación de los derechos *frente* al Poder, y la tendencia a la organización de los derechos *por* el Poder [cursivas nuestras]. (...) (La política de los derechos) es una tentativa permanente de combinación de las tendencias antagónicas a *la reivindicación de los derechos y a la organización de los derechos,* de las necesidades simultáneas y contrarias de libertad y de Poder; donde la inclinación natural del segundo lo conduce a prevalecer, sea cual fuera la situación en que él se inscribe y se desarrolla evolucionando" (p. 20-21).

Por ello, y por la compleja naturaleza interna del propio Poder *(supra)*, cabe concluir que no es acertada

> "una interpretación unilateral del dominio como situación de conflicto y tensión; porque en una relación de dominio están contenidas, al mismo tiempo, identificaciones y cooperaciones entre quienes dominan y quienes son dominados. Dominio no significa solamente autoridad de un lado y obediencia del otro, sino, al mismo tiempo, protección y reconocimiento. Esta naturaleza del dominio, que ya HOBBES había descubierto, es precisamente no solo poder sino también derecho; la correlación entre 'protección y obediencia' presupone, a ambos lados de la relación de dominio, tendencias de conflicto y cooperación. (...) Al interpretar la relación de dominio sólo como una relación de poder actual o latente, y, de esta manera, como una situación manifiesta o latente de conflicto, no se tiene en cuenta que en el carácter de derecho y de legitimidad del dominio encuentran su satisfacción intereses de cooperación y de integración. LASSALLE y sus discípulos de la escuela del socialismo jurídico tuvieron una visión más amplia que la de MARX, al concebir la lucha por el dominio como una lucha por el derecho; en realidad, en las sociedades industrializadas de Occidente, la 'lucha de clases' se ha convertido fundamentalmente en una 'lucha por el derecho' al dominio" (SCHELSKY. *El hombre...*, p. 95-96).

III

En conclusión: aunque el poder del Derecho no suele enfrentarse al Poder, sino que es parte de este, lo cierto es que el Poder *mismo* se mueve de la manera menos desfavorable a los derechos humanos cuando su normativa jurídica presenta las características generales de lo que se conoce como Estado de Derecho. Bien mirado, la estructura Estado-de-Derecho no es tanto un límite puesto *frente* al Poder, algo que lo constriñe desde afuera, sino una modalidad propia del Poder *mismo*, cuando este se encuentra estructurado de aquella manera. El Estado de Derecho no es otra cosa que unos patrones de conducta internalizados por los propios funcionarios, por una parte decisiva de estos. Las conductas de los funcionarios *son* la actividad estatal. Di-

chos patrones se presentan como base constitutiva de roles que amplios sectores de funcionarios, para actuar como tales, desempeñan en el medio social del cual se nutre y en el cual se asienta el "poder" que emana del cumplimiento de esos roles. El Poder no es sino cierto conjunto de roles vivificados por individuos.

Ahora bien, el respeto de determinados derechos humanos integra, precisamente, unos modelos de conducta inherentes al desempeño de buena parte de los roles que dan poder dentro del Poder, tanto en la judicatura como en otros sectores del aparato estatal, en un Estado de Derecho. Así, en lo que particular relación dice con la intervención de los mecanismos judiciales, los roles que allí desempeñan los jueces —si esos mecanismos presentan las características que hemos señalado— hacen que los individuos que llenan tales puestos se constituyan en un factor de singular importancia, desde el interior mismo del Poder, para que este no *quiera* violar los derechos humanos, o que por lo menos no lo haga más allá de lo "tolerable".

Por lo demás, tratándose de un Estado de Derecho, no solo los roles de quienes desempeñan la judicatura, sino también los de *otros* sectores del Poder, aparecen moldeados de acuerdo con una ideología que en general es favorable al respeto de derechos humanos. De ahí que no sea ni siquiera necesario, funcionalmente, que el nivel judicial le recuerde con frecuencia al nivel ejecutivo esa "voluntad" de respeto. Pues se trata de una "voluntad" que, al fin y al cabo, no puede sino pertenecerle en común a ambos, ya que ella constituye —por el variado juego de interacciones en el ejercicio de los roles que configuran *ese* tipo de estructura estatal— un género de conductas que, allí, termina por "quererlo" el Poder *tout court.* En cambio, no suele ser eso lo que el Poder "quiere" si, en su interior, falta un poder —el judicial— lo bastante independiente como para estar en condiciones de recordárselo, aunque sea en forma eventual.

* * *

66

SINTESIS.— Un buen grado de independencia, etc. —Estado de Derecho— en el poder de los jueces, como elemento de la propia estructura interna del Poder, es condición *sine qua non* para que el Poder actúe, en general, con contención respecto a los derechos humanos. Y si bien es cierto, siempre o casi siempre, que "un poder no se opone al Poder", no menos ciertos es que el Poder *mismo,* en *uno* de sus posibles modelos de estructura (su cuadro de roles), puede ser de un tipo tal que allí las autoridades se vean constreñidas —internalización, presión social— a violar en un grado mínimo los derechos humanos. Tal es el caso del modelo de Poder denominado Estado-de-Derecho, que se caracteriza, entre otras cosas, por una específica clase de vías judiciales abiertas (potencialmente) para la defensa de derechos humanos contra acciones de las autoridades. En el marco de dicho modelo, la circunstancia de que estén *previstas* tales vías, aunque cuando son puestas en juego no suelen "oponerse" al Poder, significa un considerable elemento de presión sobre las autoridades. De ahí que, por lo habitual, aquel proceda entonces a auto-limitarse y, con ello, las violaciones a derechos humanos sean mucho menos amplias que si el Poder está estructurado de otras maneras. Puede decirse que, en tales condiciones, el Estado de Derecho es un "momento" del Poder *mismo,* vale decir, que lo limita desde su propio interior.

67

Sección B): NORMATIVA CONSTITUCIONAL

§ 43. Introducción

De los cuatro tipos de instrumentos procesales señalados (*supra*, § 38.I), vamos a tomar aquí en cuenta primordialmente dos: los instrumentos procesales generales de control constitucional y los instrumentos procesales específicos para proteger los derechos humanos. Consideraremos también cuál es el grado de independencia que la Constitución le asegura a los tribunales y si el texto de esta prevé las garantías fundamentales que se requieren para llevar a cabo una adecuada administración de justicia. En cuanto a esas garantías, en particular nos preguntaremos si se hallan impuestos constitucionalmente los requisitos del debido proceso legal.

Con respecto a cada Constitución, desde dichos ángulos cabe examinar cuatro grandes tipos de cuestiones: *(a)* si están previstos los controles jurisdiccionales de constitucionalidad y de legalidad; *(b)* si están aseguradas unas garantías judiciales primarias de la libertad personal (Hábeas Corpus o Amparo, etc.); *(c)* si se hallan establecidas las garantías básicas en materia de aplicación de la ley penal (principios de legalidad y de irretroactividad) y las de carácter procesal general (derecho al debido proceso); *(d)* cuál es el grado de independencia del Poder Judicial (habida cuenta de la forma de nombramiento de los jueces, su competencia y autoridad, etc).

Puesto que "derecho humano fundamental" y "garantía" son conceptos distintos (*supra*, § 38 *in limine*), cabe preguntar si existe un derecho a la garantía: si se encuentra reconocido el derecho subjetivo a que los derechos como tales sean eficaces en la realidad. A ello se refieren tanto los Instrumentos como las Constituciones. Podría decirse que los primeros le ofrecen un modelo a las segundas, que estas siguen o no, en mayor o menor medida.

68

§ 44. La normativa-modelo de los Instrumentos[21]

SUMARIO:

I. El derecho subjetivo al recurso y su carácter de "efectivo".
II. Cuadros sinópticos; disposiciones fundamentales.
III. Hipótesis de trabajo.

I

El artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que: 'Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". Para el ámbito nacional, establece el derecho subjetivo a la garantía, en su artículo 8: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". El Pacto desarrolla, en el inciso tercero de su artículo 2, ese precepto del artículo 8 de la Declaración:

> "Cada uno de los Estados Partes en el presente 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 previs-

(21) El apartado I de este parágrafo está elaborado sobre la base, fundamentalmente, del estudio de Alejandro GONZÁLEZ indicado en la n. 5 (Parte I de ese trabajo: "Las garantías de los derechos humanos, su consagración y características en los instrumentos internacionales").

69

ta 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".

La Declaración Universal fue precedida en algunos meses por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XVIII consagra el derecho subjetivo a la garantía: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales que han sido consagrados constitucionalmente". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 2 el deber de los Estados Partes de "adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos" los derechos y libertades reconocidos por la Convención. Y en su artículo 25 consagra el derecho de toda persona a "un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Las citadas disposiciones de los Instrumentos consagran el derecho a un recurso *efectivo* que ampare en general todos los derechos fundamentales reconocidos en ellos, como así también en los textos constitucionales y legales nacionales. Sin perjuicio de ese recurso de carácter general, la protección de la libertad personal es objeto, por su singular importancia, de normas especiales. Así, el artículo XXV de la Declaración Americana establece en su inciso tercero que: "Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora

la legalidad de la medida...". El inciso sexto del artículo 7 de la Convención reitera la citada norma de esa Declaración, con la particularidad de que reconoce también el recurso de carácter de preventivo, al concederlo a "toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad"; estas personas "tiene(n) derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza"[22]. También el Pacto, en el inciso cuarto de su artículo 9, incluye una disposición similar a las citadas de la Declaración y la Convención americanas.

La protección de los derechos fundamentales se pone en acción mediante el ejercicio de un "recurso", según la Declaración Universal y el Pacto. Los instrumentos americanos, además de utilizar el término "recurso", se refieren al derecho a "ocurrir" a los tribunales, de disponer de un "procedimiento"... por el cual la justicia lo ampare..., a que el juez "verifique"... la legalidad de la medida. El giro "recurso", en los documentos aludidos, está empleado en un sentido amplio: equivale a procedimiento cuyo objeto consista en impugnar o reclamar cualquier acto u omisión cuya consecuencia sea la supresión, restricción o desconocimiento de un derecho; los términos empleados en los instrumentos americanos confirman esta interpretación.

De acuerdo con la Declaración Universal y el Pacto, el acto u omisión que se impugna o reclama puede provenir de cualquier sujeto, sea que ejerza o no autoridad pública. No obstante, la Declaración Americana en su artículo XVIII, después de consagrar el derecho de toda persona a "ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos", sin distinguir en cuanto a la persona contra la cual se dirija la acción, restringe la exigencia de disponibilidad de "un procedimiento sencillo y breve" a que ello sea para amparar "contra actos de la autoridad que violen... derechos fun-

(22) La citada disposición de la Convención no establece la obligación de los Estados Partes de contemplar en su normativa interna el recurso preventivo de privación de libertad, pero le prohíbe restringirlo o abolirlo a aquellos Estados cuyas leyes lo contemplan en tal carácter.

damentales... consagrados constitucionalmente". La Convención Americana, en cambio, prescinde de esta restricción y concede el recurso contra actos que violen derechos fundamentales, cualquiera sea la calidad del autor del acto reclamado; generalidad que reafirma al explicitar la procedencia del recurso incluso cuando la violación es cometida por funcionarios públicos (art. 25.1 *in fine*):

> "Artículo 25. *Protección judicial.*
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen:
>
> a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
>
> b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
>
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

En sentido similar se pronuncia el artículo 2, inciso tercero, del Pacto.

Los derechos humanos amparados han de ser todos los reconocidos en los instrumentos internacionales (Declaración Universal, Pacto Internacional, Declaración y Convención Americanas), pero también los derechos fundamentales reconocidos por los textos constitucionales y legales internos que no son objeto de consagración en aquellos instrumentos. El recurso debe ser "efectivo", y resolverse "sin demora" o "a la brevedad posible", ser "breve" o "rápido". Que el recurso sea "efectivo" implica que sea real y prácticamente eficaz, en contraposición a lo ilusorio, nominal o quimérico. La "sencillez" debe traducirse en un

procedimiento exento de formalismos, informado por los principios procedimentales de urgencia y concentración.

El recurso tiene por objeto "amparar" al recurrente contra los actos u omisiones impugnados, que importen supresión, restricción o desconocimiento de sus derechos fundamentales. Ello equivale a darle tutela o protección en términos de remover el acto de perturbación, restablecer las cosas a la situación existente antes de la realización del acto impugnado y hacer cesar sus efectos lesivos.

II

De los items antes señalados (*supra,* § 43), en los Instrumentos hay referencias más detalladas respecto a los puntos (b) y (c). Los puntos (a) y (d), en cambio, solo están mencionados de una manera muy genérica: por ejemplo, (a) estaría comprendido en el "derecho a un recurso efectivo... contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" (art. 8 de la Declaración Universal), mientras que (d) correspondería a la exigencia de que el tribunal sea "independiente e imparcial" (arts. 10 de la Declaración, 14.1 del Pacto, 8.1 de la Convención).

En cuanto a (b) y (c), los artículos pertinentes de los Instrumentos son:

(b) 1. derecho a ser puesto sin demora a disposición del juez y ser juzgado en un plazo razonable, o ser puesto en libertad (Pacto, art. 9.3; Convención, art. 7.5);

2. Hábeas Corpus (Pacto, art. 9.4; Convención, art. 7.6);

(c) 1. principios de legalidad y de irretroactividad, en materia penal (Declaración, art. 11.2; Pacto, art. 15; Convención, art. 9);

2. debido proceso legal
(Declaración, arts. 10 y 11.1; Pacto, art. 14; Convención, art. 8).

———oOo———

Una visión general sobre el contenido de los Instrumentos en esos renglones, puede esquematizarse así[23]:

A) GARANTIA PENAL

1. El principio de la legalidad
2. El principio de la irretroactividad de la ley penal

B) LA GARANTIA PROCESAL
(derecho al debido proceso)

1. Reglas comunes a los procedimientos civiles y penales
   a) derecho a juicio equitativo
   b) derecho a que la causa sea vista públicamente
   c) derecho a que la causa sea vista en un plazo razonable
   d) derecho a que la causa sea vista por un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley
2. Reglas específicamente aplicables a los procedimientos penales
   a) derecho a la presunción de inocencia
   b) derecho a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación

(23) El esquema que ofrecemos se inspira básicamente en el pormenorizado examen que GONZÁLEZ presenta en *Panorama*... Las disposiciones de los Instrumentos están allí clasificadas y punto por punto desglosadas, con comentarios del autor. Remitimos a ese estudio para un análisis detallado de lo que el Derecho Internacional establece en la materia.

74

c) derecho a disponer de tiempo y de las facilidades y medios necesarios para la preparación de la defensa

d) derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a contar con la asistencia de un defensor

e) derecho a obtener la convocatoria y el interrogatorio de testigos de cargo

f) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable

g) derecho del inculpado absuelto o condenado por los mismos hechos

C) DERECHO DE LA PERSONA QUE ES OBJETO DE DETENCION LEGAL

(protección judicial primaria de la libertad personal)

1. Derecho a ser puesto sin demora a disposición del Juez y a ser juzgado en un plazo razonable, o ser puesto en libertad
2. Hábeas Corpus (o Amparo)

He aquí otra presentación de las normas relativas al *debido proceso,* tomando en cuenta específicamente las disposiciones respectivas del Pacto:

DERECHOS DEL ACUSADO EN LOS PROCEDIMIENTOS PRE-JUDICIALES

— El derecho a ser informado (art. 9.2)

— El derecho a ser escuchado judicialmente sin demora (art. 9.3)

— El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (art. 9.3)

— El derecho a recurrir ante un tribunal en caso de detención (art. 9.4)

— El derecho a compensación (art. 9.5)

DERECHOS DEL ACUSADO A UN JUSTO JUICIO

— Elementos del justo juicio *(fair trial)* (art. 14.1 y 14.2):
  — igualdad de partes *(egalité des armes, equality of arms)*
  — carácter del tribunal (competente, independiente, imparcial, establecido por ley)
  — juicio público y presunción de inocencia
— Derechos mínimos del acusado (art. 14.3)

(Este esquema se basa en el estudio de NOOR MUHAMAD, p. 140-136. Un poco más abajo reproducimos el texto de las disposiciones señaladas.)

———oOo———

El punto de partida de esa reglamentación está dado por lo dispuesto en los arts. 9 a 11 de la Declaración. Pero estos aparecen luego desarrollados, con mucho más detalle, en el Pacto y en la Convención. Atento a dichos desarrollos, cabe reconocer que, a diferencia de la manera en que los Instrumentos formulan buena parte de los aspectos sustantivos (materiales) de derechos humanos, los textos de aquellos en cuanto a garantías judiciales (formales) son, en cambio, mucho menos indeterminados[24]. Puede decirse que, en este rubro sí, los Instrumentos suministran unos *modelos* muy aprovechables para la normativa constitucional. Para la protección jurídica de los derechos humanos sería ciertamente favorable que las Constituciones presentaran, por lo menos, unas disposiciones como las siguientes, contenidas en el Pacto:

---

(24) No quiere decir, por supuesto, que esos textos estén *completamente* libres de conceptos indeterminados. Por ejemplo, el Pacto dice: "*causas* [¿cuáles?] fijadas por ley" (art. 9.1); "plazo *razonable*" y "brevedad *posible*" (art. 9, incs. 3 y 4); "consideraciones de *moral, orden público* o *seguridad nacional* en una sociedad *democrática*", "intereses de la *justicia*", etc. (art. 14.1); etc. Cf. un poco más abajo la transcripción del texto íntegro de estas disposiciones.

76

Artículo 9:

"1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento de ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal".

Artículo 14:

"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

77

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo.

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el Tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

78

Artículo 15:

"1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Nota: cf. también los arts. 7, 8 y 9, de la Convención.

III

Nuestra hipótesis general es: cuanto mayor sea la medida en que las Constituciones establecen, en su propio texto, previsiones iguales o semejantes a las que los Instrumentos contienen sobre los puntos de referencia, tanto más completa será la protección judicial susceptible de ser empleada para defender la efectividad de los derechos humanos en el foro interno. Todo ello sin perjuicio de que, naturalmente, esa protección puede ser mejorada todavía si el texto constitucional —o la legislación inspirada en él— contiene unas disposiciones que incluso vayan más allá de las garantías señaladas en los Instrumentos, ya sea ampliándolas o presentándolas por medio de formulaciones aún más precisas, que permitan el menor ámbito posible de "escapatorias" a las autoridades[25]. En los parágrafos que siguen consideraremos las Constituciones latinoamericanas a la luz de esa hipótesis y de la Heurística presentada.

Conviene aclarar que lo que tomamos en cuenta no son sino las condiciones de la protección judicial en situaciones de normalidad. No examinaremos ahora la manera en que dichas condiciones resultan afectadas por lo que la Constitución disponga para los casos en que se declaren

(25) Téngase en cuenta que, como lo advirtiéramos, hay también conceptos bastante indeterminados en la formulación de dichas garantías según las consignan los Instrumentos: *supra,* n. 24. Por tanto, no estaría de más el establecerlas con una mayor "operacionalidad" (*infra,* cap. X, n. 3), al ser reformuladas en las Constituciones.

79

estados de excepción (estos se consideran en lugar aparte: *infra,* cap. VII). Sin embargo, no debe olvidarse que las seguridades judiciales señaladas en el presente capítulo tienen importancia real solo en cuanto tales medios no soporten descaecimientos fundamentales en ocasión de aquellos estados; o si, por lo menos, estos no se establecen en forma permanente o muy prolongada.

§ 45. Disposiciones constitucionales (apreciación panorámica)

Con base en la guía antes delineada (*supra,* § 43), cabe esbozar la siguiente visión de conjunto respecto a las Constituciones latinoamericanas[26].

(a) *Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad*

Esos controles suelen hallarse establecidos, incluso en términos amplios. En particular, por ejemplo, no es habitual encontrar (excepciones: Chile, Uruguay)[27] unas disposi-

---

(26) Para una exposición detallada de la normativa que en cuanto a la organización del Poder Judicial presentan las Constituciones de trece países latinoamericanos, *vid.* el estudio de VERGARA MOLANO.

(27) La Constitución Chilena establece que, hasta marzo de 1989 (por lo menos), rige un período de transición donde prácticamente toda decisión política importante queda en manos del Presidente y de una Junta de Gobierno integrada por los más altos jefes militares: Disposición Transitoria Décimotercera y sigs. Además, la Constitución establece (art. 41.3º) que bajo unos estados de excepción —Chile ha vivido de manera permanente bajo ellos desde 1973— no caben recursos de protección contra los actos de autoridad adoptados en el marco de dichos estados; más aún, "los tribunales de justicia *no* podrán, en caso alguno, entrar a calificar los *fundamentos de hecho* de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades". En cuanto al Uruguay, quedan sustraídos a toda posibilidad de acción anulatoria (esfera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo): "1º Los *actos políticos y de gobierno;* 2º Los actos *discrecionales,* sin perjuicio de que puedan juzgarse los supuestos normativos o de principio en que se

80

ciones de rango constitucional que permitirían a las autoridades "inmunizarse" contra dichos controles, o sea, que la Constitución establezca en su propio texto que cabe promulgar unas normas (leyes o decretos) que exceptúen del ámbito de los instrumentos de protección a los actos de las autoridades contemplados en estas mismas normas.

(b) *Instrumentos especiales de protección*

La mayoría de las Constituciones consagran el Hábeas Corpus. Algunas de ellas establecen, ya sea complementariamente o sin tener en cuenta al Hábeas Corpus como modalidad específica, un recurso genérico de Amparo. No suele encontrarse previsto un órgano de tipo Ombudsman, aunque en algún caso se le encomiendan funciones de ese estilo al Ministerio Público (Venezuela, art. 220) o acaso al Procurador General. El trámite de aquellos recursos no es habitual encontrarlo regulado con detalle en la Constitución misma, a diferencia de lo que hace la mexicana (arts. 103 ss.). Por tanto, cabe entender que en principio, esto es,, si los jueces están dispuestos a hacerlos valer y las presiones del medio no van en sentido opuesto, los recursos pueden ser manejados con amplitud para la defensa de derechos humanos por parte de la judicatura; y la protección cabe incluso frente a actos ejecutados con base en una ley.

Es cierto que respecto al Hábeas Corpus, su carácter tan específico —el no estar destinado a proteger sino la libertad personal y la integridad física— le permite menor latitud interpretativa al juez. La acción de Amparo, en cambio, es de una virtualidad tan elástica que este puede ser desarrollado legal y jurisprudencialmente de maneras muy variadas, ya sea extendiendo o restringiendo la mate-

---

funde la discrecionalidad; 3º Los actos fundados en razones de *seguridad pública;* 4º Los actos de *interés público* así *declarados por la ley*" (art. 23 de la Sección XV de la Constitución, según reforma establecida en el Acto Institucional Nº 12, del 10 de noviembre de 1981). [Téngase en cuenta, respecto al Uruguay, que esta nota es de 1984.]

ria de la protección. El texto constitucional no suele contener las delimitaciones semánticas necesarias como para prejuzgar cuáles serán sus aplicaciones. Conviene, de todos modos, que sea el Poder Judicial quien "disponga" del recurso, sin estar subordinado para ello a otros Poderes; en especial, importa que no lo esté al Ejecutivo. No obstante, y aunque la generalidad de las Constituciones le otorgan esa independencia a la judicatura para actuar en esos casos, habrá siempre una serie de factores extraconstitucionales que intervienen para determinar la oportunidad y el alcance práctico de dichas actuaciones judiciales, su real efectividad en el marco social y político donde estas puedan tener lugar.

(c) *Garantías judiciales*

La medida de intervención que los jueces tienen constitucionalmente establecida con vista a proteger derechos humanos, la extensión de las potestades jurisdiccionales asignadas para conocer de los actos que puedan involucrar violaciones a esos derechos, es realmente amplia. Al menos lo es para situaciones de normalidad, vale decir, cuando no se hallan impuestos estados de excepción. Virtualmente, no hay violación de derechos humanos que por disposiciones constitucionales queden sustraídas a la jurisdicción. No quiere decir, desde luego, que de hecho tal protección se haga efectiva siempre. Pueden perjudicarla unos obstáculos del Derecho positivo mismo —leyes y reglamentos, complejidad de los procedimientos judiciales requeridos— y los de orden político-social; pero ni los unos ni los otros los establece la propia Constitución, aunque es posible que tampoco los prohíba.

La generalidad de las Constituciones consagran el principio de legalidad y de irretroactividad, en todo caso para la materia penal. Las condiciones del debido proceso en los términos que señalan los Instrumentos, y aunque la mayor parte de los textos constitucionales contienen referencias al respecto, por lo general son menos pormenorizadas que las consagradas en aquellos. En cuanto a los tribunales militares, en general su esfera de acción se encuentra limitada

92

a actos de los propios militares; pero hay también algunas Constituciones (por ejemplo, la del Brasil) que extienden esa órbita a personas que son "asimiladas" a estos, para "delitos militares" establecidos por ley[28].

(d) *Independencia del Poder Judicial*

Por lo general, esa independencia está mencionada de modo expreso en algún artículo constitucional. Sin embargo, no puede decirse que se halle asegurada en el plano jurídico institucional por parte de la mayoría de las Constituciones. Esto por dos razones básicas. De un lado, resulta que el órgano judicial de máxima jerarquía suele integrarse con personas designadas por una instancia política (en sentido estrecho), como lo es el Parlamento o, peor aún, el Poder Ejecutivo. De otro lado, ninguna Constitución establece que los titulares de la judicatura hayan de ser designados, en todos sus niveles, solo por la vía de unos concursos de méritos, donde no se tomara en cuenta sino la idoneidad de los candidatos y esta la apreciaren tribunales *ad hoc* integrados únicamente por juristas de la más alta calificación técnica. Las designaciones, por lo menos las principales, suelen quedar confiadas a la libre decisión de ciertos órganos ajenos al propio Poder Judicial o a la de quienes se hallan al frente de este, y que a su vez fueron designados por órganos políticos. En definitiva, pues, la provisión de los puestos judiciales queda sujeta a "influencias" de todo tipo.

No obstante, una *cierta* independencia del Poder Judicial resulta favorecida allí donde los nombramientos exigen mayorías especiales dentro del órgano designante y los jueces son en principio inamovibles. Desde otro ángulo, también constituye un factor favorable a la independencia

(28) "A justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as *pessoas que lhe são assemelhadas.*

§ 1º Esse for especial estender-se-á aos *civis,* nos casos *expressos em lei,* para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituções militares" (Const. Brasil, art. 129).

judicial el hecho de que algunas Constituciones dispongan que a dicho Poder ha de corresponderle cierto porcentaje mínimo dentro del Presupuesto estatal, de modo que los jueces tengan asegurado un sueldo que los ponga relativamente al abrigo de "tentaciones".

§ 46. Algunos ejemplos aprovechables

Lo cierto es que, en líneas generales, el texto de las Constituciones examinadas habilita, en el plano semántico, la posibilidad de alcanzar una protección bastante aceptable para los derechos humanos. Claro que esos textos podrían ser mejorados en varios aspectos. Ello podría lograrse si incorporaran en mayor proporción unas fórmulas como las que contienen los Instrumentos, como así también ciertas disposiciones que solo están en algunas de dichas Constituciones y en otras no, o mediante una reglamentación más definida para tales o cuales puntos que requieren mayores delimitaciones normativas.

A título de ilustración sobre normas que en algunas Constituciones permiten formular adecuadamente ciertas líneas de protección judicial, y hasta haciéndolo mejor que la forma en que estos puntos están expuestos en los Instrumentos, vale la pena señalar unos preceptos como aquellos que dan rango constitucional a las previsiones siguientes, por ejemplo:

— establecimiento de plazos rígidos y muy breves, definidos en días u horas, para que el detenido sea puesto a disposición del juez, y también en cuanto a la incomunicación (México)[29];

(29) "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado", etc. (Const. México, art. 19 *in limine)*; y "queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a" compeler al

84

— prohibición de ocultar el lugar de detención (Perú)[30];
— interposición del recurso de Hábeas Corpus sin someterla a ningún género de formalidades (Honduras)[31];
— designación de los miembros del Poder Judicial sin que para ello intervengan políticos (Colombia)[32];
— propuesta de designación, para los puestos de la judicatura, por parte de un órgano de integración multilateral y previo sometimiento a concurso (Perú)[33];

---

acusado a declarar en contra de sí mismo (art. 20.II). "Los alcaldes y carceleros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de un detenido, dentro de las setenta y dos horas que señala el artículo 19, contadas desde que aquél esté a disposición del juez, deberán llamar la atención de éste sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada, dentro de las tres horas siguientes lo pondrán en libertad. Los infractores del artículo citado y de esta disposición serán consignados inmediatamente a la autoridad competente. También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes" (art. 107.XVIII). Claro que a estos artículos puede objetárseles un excesivo detallismo (y también, o sobre todo, el no establecer desde ya unas sanciones muy severas para los infractores); de cualquier manera, lo que ellos tienen de "aprovechable", como ejemplo, es el hecho de señalar unos plazos *netos* para el cumplimiento de las obligaciones allí consignadas.

(30) "La autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad" (Const. Perú, art. 2.20º.i).

(31) "La acción de Hábeas Corpus se ejercerá sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles o inhábiles y libre de costas" (Const. Honduras, art. 182).

(32) "El petríodo de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia será de cinco años, y podrán ser reelegidos indefinidamente.
El Presidente de la Corte será elegido cada año por la misma Corte.
La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán paritarios.
Los Magistrados de la Corte Suprema y los Consejeros de Estado permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.
Las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación" (Const. Colombia, art. 148).

(33) "El Presidente de la República nombra a los Magistrados, a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura.

— asignación directa de un porcentaje (respetable) del presupuesto nacional al Poder Judicial (Costa Rica)[34];

— acción popular por infracción de disposiciones constitucionales, legales, etc. (Perú)[35].

El Senado ratifica los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema" (Const. Perú, art. 245°).

"El Consejo Nacional de la Magistratura está integrado en la siguiente forma:
El Fiscal de la Nación que lo preside.
Dos Representantes de la Corte Suprema.
Un Representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.
Un Representante del Colegio de Abogados de Lima, y
Dos Representantes de las Facultades de Derecho de la República.
Los Miembros del Consejo son elegidos cada tres años. No están sujetos a mandato imperativo. Son remunerados con dietas que se fijan en el Presupuesto General de la República.
La ley establece la organización y el funcionamiento del Consejo. Este se reúne cada vez que es necesario" (*ibid.*, art. 146°).

"El Consejo Nacional de la Magistratura hace las propuestas para el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores. Para las propuestas de Magistrados de Primera Instancia y demás cargos de inferior jerarquía actúa un Consejo Distrital de la Magistratura en cada sede de Corte, presidido por el Fiscal más antiguo del distrito e integrado por los los Magistrados más antiguos de la Corte y dos representantes elegidos por el Colegio de Abogados de la jurisdicción. Las propuestas se hacen previo concurso de méritos y evaluación personal" (*ibid.* art. 147°).

(34) "En el proyecto (de presupuesto ordinario de la República) se le asignará al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico" (Const. Costa Rica, art. 177.2). En algunos otros (pocos) países también, la Constitución establece un porcentaje fijo: véase, p. ej., el art. 236.2 de la peruana.

(35) "Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público" Const. Perú, art. 295.4). Pero cabe señalar que, por "falta de una regimentación coherente" de esta y otras disposiciones, allí se "oscurece también el texto de la norma sobre acción popular: es así que ella se refiere sin mayores detalles a 'reglamentos', 'normas administrativas', 'decretos y resoluciones de carácter general' " (RUBIO/BERNALES, p. 206). Cf. también los comentarios sobre Venezuela (BREWER) y Brasil (DE ALMEIDA), *infra*, respectivamente § 51.I y n. 44.

86

Sección C): REALIDAD CONSTITUCIONAL

§ 47. La situación en América Latina (apreciación panorámica)

SUMARIO:

I. Condiciones generales predominantes.

II. Intervención de tribunales militares, etc.

I

En muchos países latinoamericanos, las condiciones en que trabajan los jueces están lejos de corresponder a las exigencias señaladas en los parágrafos anteriores. Dichas condiciones no son, pues, las aconsejables para lograr una adecuada protección jurídica de los derechos humanos. Hay países donde, por falta de real independencia de sus jueces, el sistema judicial penal funciona sólo para delitos triviales (y para castigar la oposición política). Además, la justicia suele ser cara, lenta y compleja. El costo que ella tiene para quien la requiere, no se mide solo por el arancel del juzgado, sino también por el pago de servicios de abogado, el tiempo que hay que dedicarle al asunto, etc.

"La precariedad de las garantías perjudica evidentemente su credibilidad, y no está hecha para alentar al ciudadano a querer conocerlas y servirse de ellas. Este se encuentra tanto menos inducido a hacerlo cuanto que las dificultades y obstáculos que las rodean terminan por comprometer su eficacia. Se sabe cuáles son los más cotidianos: su lentitud, su costo, su complejidad técnica, por no decir su esoterismo que las reserva a algunos iniciados; o, más concretamente, su inutilidad. Las garantías aportadas en Francia por el Consejo de Estado están contrabalanceadas por la ausencia de efecto suspensivo de los recursos de anulación, por la

gran dificultad de la suspensión a la ejecución de los actos administrativos, por lo tardío de una anulación que no aporta sino una satisfacción moral, por la avaricia en la indemnización pecuniaria, por la inejecución de las decisiones del juez administrativo..." (MOURGEON, p. 111).

Y si tales son las dificultades en un país como Francia, cuesta poco imaginar hasta qué punto ellas se encuentran también, en versión poco corregida pero bastante aumentada, en nuestro continente.

Por otro lado, la abundante práctica de los estados de excepción —que habitualmente se caracterizan por la ausencia, o al menos una seria disminución, de las garantías procesales penales— constituye un marco jurídico que en forma bastante habitual sirve para promover o justificar la violación de derechos humanos, así como para sustraerla del control judicial(36). En especial, y esto con o sin estado de excepción, el ancho campo de la intervención concedido a la Doctrina de la Seguridad Nacional es fuente de constante interferencia con los derechos humanos(37). Apoyándose en dicha ideología, el Poder Ejecutivo y sus fuerzas represivas dejan de sentirse sometidas a verdaderos límites constitucionales. Pierde vigencia el principio de separación de Poderes. Las funciones del Poder Judicial son mediatizadas o impedidas, sea mediante amenazas o por presiones indirectas, sea simplemente por el cercenamiento de sus competencias y de su autoridad. Carece allí de vigor el principio

(36) Muy revelador acerca de la manera en que los estados de excepción, cuando su práctica es prolongada o repetida, primero van minando y luego terminan por dar enteramente cuenta de lo que es un Estado de Derecho, es el ejemplo que al respecto suministra el proceso que vivió el Uruguay de 1968 a 1973. Cf. la exhaustiva monografía de CORTINAS-PELAÉZ sobre los aspectos jurídicos de este proceso; particularmente, está allí documentado paso a paso el sucesivo descaecimiento de las potestades *reales* que la función jurisdiccional tenía para controlar los excesos, cada vez mayores, en que el Poder Ejecutivo iba incurriendo a medida que aumentaban sus potestades. Sobre los estados de excepción en general, cf. *infra*, cap. VIII.

(37) De aquí en adelante, hasta el final de este apartado (I), recogemos ideas subrayadas por FLORES MACAL.

de legalidad, pues los actos ilegales de la autoridad pueden siempre validarse por una decisión del mismo órgano que realizó el acto en cuestión, o son validados por el superior jerárquico; el órgano interviniente tiene libertad para establecer y modificar los límites jurídicos de su propia acción política y administrativa, o determina por sí mismo la jerarquía de la norma jurídica que él dicta.

El Gobierno resulta entonces completamente irresponsable en el plano jurídico, tanto en materia política como en lo penal, lo civil o lo administrativo. Decae la seguridad jurídica de los derechos humanos, se hace imposible toda predicción jurídica seria cuando se trata de actos o situaciones que comprometen al Poder Ejecutivo. El Derecho se torna "situacional", decisionista"; cf. TAPIA, cap. VI, Nos. 4-6 (esp. 4.a y 6). Los "Objetivos" de la Seguridad Nacional, establecidos e interpretados por la autoridad política, prevalecen sobre todo otro concepto jurídico. Los derechos humanos no son respetados sino en la medida en que no interfieran con esos Objetivos, a los cuales la Nación entera —y también, por supuesto, el Poder Judicial— queda sometida prioritariamente.

"El Estado totalitario utiliza la violencia como sistema de gobierno, mientras que la democracia solo recurre a ella ocasionalmente o de manera accidental, en lo que se conviene en llamar 'períodos de crisis'. En tales coyunturas, incluso las convenciones internacionales que imponen el respeto de los derechos humanos prevén que la aplicación de la mayoría de estos puede suspenderse [*infra,* cap. VII]. (...) Todas las Constituciones democráticas prevén la posibilidad de que la autoridad se atribuya poderes especiales. También aquí, como vemos, el peligro de abuso de poder es constante. Por otra parte, el sacrosanto dogma de la separación de poderes puede sufrir, de manera circunstancial o permanente, embates inquietantes. La panoplia del poder judicial de muchas democracias contiene jurisdicciones de excepción cuya 'misión' es hacer poroso el muro que separa lo judicial de lo ejecutivo; no es tranquilizadora la instauración de toda una serie de fuerzas represivas 'especializadas' (especialmente en lo que se refiere al control de extranjeros en cuanto tales, con el racismo larvado que ello implica necesariamente) al margen de la estricta legalidad" (MERTENS, p. 248 y n. 34 de p. 261).

II

Una cuestión de particular importancia, tanto en situaciones normales como bajo estados de excepción, es la medida de intervención que la Constitución autoriza para que tribunales militares juzguen actuaciones (reales o eventuales) de personas que no son militares. El trampolín directo para esos juzgamientos suele estar dado por disposiciones que se establecen en una *Ley de Seguridad Nacional,* la cual permite sustraer tales "delitos" a la órbita de los tribunales ordinarios.

"Siempre se presenta el hecho de que, una vez que la operación de administrar justicia se ha transferido de los tribunales ordinarios a alguna rama del poder ejecutivo, los abusos sobrevienen indefectiblemente. Se olvida deliberadamente la protección adecuada del individuo, en la creencia de que un reinado del terror reducirá al mínimo el descontento. (...) El error inherente a toda invasión de la individualidad, como lo implica un sistema de tribunales especiales, es que ciega los ojos del gobierno para ver los hechos, no solo al prohibir la expresión ilegítima de opiniones, sino también al persuadirlo de que toda opinión que se expresa es ilegítima si no tiene la naturaleza de un elogio. Hasta LINCOLN apoyó a sus generales en ataques completamente indefendibles contra los derechos civiles. Hablar de justicia ejecutiva, en realidad, no es más que un eufemismo para cubrir la denegación de justicia..." (LASKI, p. 89).

Cf. también la cita del mismo autor recogida en el acápite, cuya continuación dice: "En efecto, la sola creación de un tribunal especial persuade al hombre común de que existe un argumento *a priori* contra el acusado, y que la carga de la prueba recae sobre este y no sobre el gobierno" (p. 121).

Es sabido que los tribunales militares se caracterizan justamente por su falta de independencia. Sus miembros forman parte del propio mando y están sometidos al principio de verticalidad que es característico de la organización imperante en las Fuerzas Armadas. No es extraño, por ello, que una de las medidas más habituales a que han recurrido los regímenes más señalados por sus violaciones a los derechos humanos, ha sido trasladar de la jurisdicción or-

dinaria a la militar, y bajo el marco de tipificaciones extremadamente vagas (*supra*, § 23.III), el juzgamiento de todo aquello que les ha parecido configurar unas conductas "peligrosas", o aun la mera posibilidad de que estas lleguen a realizarse en algún instante.

La indefinición en que muchas Constituciones dejan el alcance que puede llegar a tener la jurisdicción militar constituye, de ese modo, una seria fuente de peligros para la seguridad de los derechos humanos. El texto constitucional debería precisar en forma muy neta el ámbito de esa jurisdicción: restablecerla en (y limitarla a) su función tradicional, la de conocer únicamente en la materia estricta de unos delitos militares, ya sean cometidos por militares o por civiles en concurrencia con militares. Además, el Tribunal Supremo del país debería mantener siempre el control sobre la totalidad de los órganos jurisdiccionales, tanto civiles como militares, y tanto en tiempos de paz como en los de guerra.

En particular, si se trata del control jurisdiccional durante un estado de excepción, este no debería llevar a extender las competencias de los tribunales militares. Por el contrario, correspondería que, en esas circunstancias, el control por los tribunales ordinarios fuese mucho *más* atento todavía. Por tratarse de situaciones donde el Poder Ejecutivo y las fuerzas represivas ven muy incrementadas sus facultades para disponer respecto a los individuos, allí resulta más importante que nunca que los tribunales civiles puedan estar en condiciones de brindar la protección más eficaz a las personas. Dado que estas se encuentran más desprotegidas que en períodos normales, pues hallan frente a sí un Poder Ejecutivo particularmente fuerte, los individuos que tienen ese Poder en sus manos deberían estar todavía más y mejor controlados que de costumbre. (GONZÁLEZ)

91

No obstante, se ha hecho notar que puede darse también la circunstancia de que, a pesar de todo, en ciertas situaciones resulte menos desfavorable para un acusado de delito contra la "seguridad" del Estado, en la práctica, ser sometido a un tribunal militar que a uno de jueces civiles. Ello porque, en algunos países, estos jueces resultan al fin y al cabo más presionables que los militares, sobre todo en períodos de irregularidades políticas y peligrosidad cotidiana. La debilidad de los civiles, en tales situaciones, hace que —según se dice— estos puedan ser todavía menos independientes que los propios militares, cuyo oficio es precisamente el de desempeñarse en condiciones riesgosas. Claro que tales observaciones deben tomarse *cum grano salis*. Ante todo, porque no siempre los jueces civiles son "débiles", ni siquiera en situaciones como las indicadas. Pero además, y esto es lo fundamental desde el punto de vista de los derechos humanos, porque la intervención de tribunales militares nunca puede ser *buena* solución. Siempre se trata de una solución indeseable, por todo lo dicho. Aunque en algún caso puedan existir tribunales todavía peores, con jueces civiles deshonestos o demasiado débiles, los defectos de estos no legitiman los de aquellos otros.

De cualquier manera, estas reflexiones sirven para llamar la atención, una vez más, sobre el hecho de que ninguna fórmula jurídica garantiza, por ella misma, que se logre proteger mejor, o menos deficientemente, los derechos humanos. ¡Ni siquiera podrá asegurarlo siempre, para la potencial víctima, la circunstancia de ser juzgado por civiles y no por militares! En el terreno de los *principios* —y también de acuerdo con la experiencia más general— no cabe duda, sin embargo, de que lo más conveniente en materia de derechos humanos es que los tribunales militares *no* tengan intervención alguna para juzgar "delitos" en que el acusado pueda ver comprometidos aquellos derechos.

92

Dos apreciaciones.—

DE ALMEIDA:

Considero muy imporante, al igual que MONTEALEGRE *(infra,* § 49.I *in fine),* subrayar la diferencia entre la jurisprudencia civil y la jurisprudencia penal, acerca de derechos humanos. Respecto al Brasil, pienso que en materia de jurisprudencia civil no se puede, realmente, levantar dudas en cuanto a la actuación de los tribunales brasileños. Ha sido bastante proficua, principalmente en el área del Derecho de Familia, en el de la discriminación racial, discriminación de sexos, etc.; en cuanto a eso, no tengo duda. Pero una cuestión que me preocupa, en cambio, es el área del Derecho Penal, precisamente el área de los delitos contra la "seguridad nacional" (así llamados) y en cuanto a la punición o impunibilidad de los responsables por esos actos.

Por lo que se refiere a los tribunales civiles, en el caso del Tribunal Federal de Recursos, hace muchos años que en materia penal vienen reforzando la idea de que tiene cabida el Hábeas Corpus por incomunicación de la prisión de una persona acusada de un crimen, independientemente del tiempo que esa persona permanezca detenida. El Tribunal ha afirmado una jurisprudencia que es pacífica, indiscutida, en el sentido de que debe haber una comunicación de la prisión en un período de plazo razonable. Este período, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, debe ser el necesario para que un juez pueda evaluar las justificaciones para esa detención y decidir sobre el principio de legalidad y respecto a los requisitos mínimos necesarios para que dicha prisión esté justificada.

Ahora, en cuanto a la jurisprudencia de los tribunales militares, realmente considero que sería necesario efectuar una pesquiza más profunda en caso de que se quisiera descubrir alguna decisión favorable a los derechos humanos y no las desfavorables. Porque, de un modo general, los tribunales militares son mucho más rigurosos —incluso aquellos de los que forman parte ministros civiles, jueces civiles— que los tribunales civiles.

ATALIBA:

Al establecerse la Ley de Seguridad en el Brasil, allí se dispuso que las violaciones a esa ley serían conocidas y juzgadas por la Justicia Militar. Entonces, un civil puede ser llevado ante la Justicia Militar en estos casos. La primera y la segunda instancia

militar está a cargo de oficiales del ejército, o de la marina, etc.; este gente se halla bajo una disciplina jerárquica muy estrecha, no pueden impartir justicia alguna, y ni siquiera son peritos en Derecho. La única garantía que queda, en esas condiciones, es el Tribunal Superior Militar, que es de alto rango, y que en los peores momentos marchó muy bien.

Cuando un oficial general de las Fuerzas Armadas llega a integrar ese Tribunal, se trata de un hombre que hizo una carrera de veinticinco, treinta, cuarenta años. Durante dicha carrera, aunque ese hombre tiene sus ideales, él tiene que vivir la vida grupal de su grupo, compartir las ideas de los líderes, y no puede discrepar en público. Pero ese hombre tiene su familia, sus hijos, sus parientes, sus vecinos... que tienen sus ideas también. El, por fuerza de la disciplina, tiene siempre que comportarse, aunque ocupe las posiciones más altas, de una determinada manera, la que impera en su grupo. Y entonces, o bien él será un liderado, con la boca cerrada, haciendo lo que otros mandan, o será un líder él mismo —y para ser líder, tiene que ser un radical, de acuerdo con ese clima—.

Pero si de repente —y esta es una experiencia que nosotros tuvimos— se coloca a un oficial general en la posición de juez del Tribunal Superior Militar del Brasil, el hombre cambia. Porque se le dice: "mire, esta patente de juez que usted tiene, la tendrá hasta el día en que se retire" (es a la edad de setenta años); y tiene la misma situación de cualquier juez, o sea, que es inamovible, irreductible, vitalicio. Entonces el hombre empieza, desde ese día, a poder manifestar lo mínimo que tenga de humanidad, de discrepancia, etc. Es más: al ser colocado ante las cuestiones jurídicas, los procesos, las dos partes, los argumentos, los testigos, los hechos... lo que entonces oye (ya con los oídos un poco más abiertos) allí, y también en su casa, de sus vecinos, etc., lo va haciendo reflexionar. Y así es que con seis meses, un año, dos años, ese hombre empieza a volverse un *verdadero* juez; es una experiencia que tuvimos. Y resulta que cuanto peor es el clima nacional político, mejor será ese juez, como tal. Porque él es un colega de la gente que está en el mando, no es como los jueces ordinarios. El puede ser juez con plena libertad: sabe que —con excepciones muy raras en el Brasil— no le pasará nada, nadie podrá hacer nada contra él; es un juez que goza de una libertad objetiva que ningún otro juez tiene. Y la tendencia es que, en tales condiciones, se vuelva un *excelente* juez.

En los momentos más negros del Brasil, nosotros, en el Colegio de Abogados, peleamos por la competencia de la Justicia Militar, no queríamos que los asuntos pasaran a la Justicia común.

94

Y la jurisprudencia de estos 18 años está ahí, aquella es una Justicia más confiable. Ahora (1983), como han mejorado mucho las cosas, la Justicia Militar está conociendo, desde 1979 (cuando se revocó todo lo más excepcional —pero quedó la Ley de Seguridad Nacional—), cuatro o cinco casos al año (en un país que tiene 120 millones de personas), por lo que se refiere a civiles bajo esa Justicia; todos los demás asuntos en que interviene son cuestiones normales de la Justicia castrense. Y lo importante es que no hay ningún caso de condena de civiles por el Tribunal Superior Militar desde hace muchos años; incluso líderes obreros muy importantes, que protagonizaron movimientos políticos que a los ojos del Ejecutivo se consideraron extremistas, todos ellos tuvieron sus procesos clausurados ante el Tribunal Superior Militar.

Se ha dicho que es importante que haya una unidad de Justicia y no una Justicia Militar aparte, que haya un Tribunal civil superior común para todas las ramas de la Justicia. Pero si bien esto se puede sostener como principio, en realidad es aplicable sólo para una *gran Justicia,* con jueces de verdad, con muy buena formación y con efectivas garantías de objetiva independencia. Por mi parte, me permito dudar que tal cosa exista de verdad en nuestros países, aun en aquellos que mantienen en plena vigencia el régimen constitucional civil. Tengo serias dudas de que en los países que viven mejor en América Latina los jueces se sientan absoluta, rigurosamente, objetivamente protegidos, independientes, como se siente un juez inglés, un juez [us]americano, un juez alemán. Mi país siempre tuvo una mala Justicia civil, y siempre la tendrá mientras estas idiosincracias sigan. La Justicia Militar, en cambio, no fue impurificada, contaminada, por esas cosas. Es importante que haya una Justicia civil, importante que se la mejore... pero una vez contaminada, ¡requiere mucho más que una revolución para que se restablezca! Entonces, no es que yo discrepe de la proposición *teórica,* unidad de jurisdicción, universalidad de jurisdicción. Pero, en la práctica, en función de la realidad de mi país —y creo que no puede ser tan distinta de la realidad de los demás países latinoamericanos—, entiendo que no se debe pelear por esa tesis, aunque sea teóricamente correcta: la de preservar la Justicia común, para que sea ella la que siga.

* * *

Todas las circunstancias indicadas —estados de excepción, Leyes de Seguridad Nacional, intervención de tribunales militares— hacen que, en definitiva, resulten seria-

mente afectadas, cuando no descartadas del todo, las garantías judiciales establecidas en los Instrumentos: el derecho de ser oportunamente sometido a tribunales de justicia imparciales y, allí, a un debido proceso legal (*supra*, § 44.II). La falta de esas garantías se traduce, como es natural, en alto grado de inseguridad general para los derechos humanos. Más aún, en frecuentes (e impunes) violaciones de ellos por parte de las autoridades mismas.

§ 48. ¿Quiénes, y cómo, logran acceso a la protección judicial?[38]

La pregunta planteada admite una respuesta relativamente sencilla en cuanto al "cómo": se trata del modo en que las disposiciones constitucionales y la legislación complementaria regulan la tramitación de los recursos específicos destinados a la protección de los derechos fundamentales.

En ese plano, puede decirse que la mayor parte de los países suramericanos tienen una regulación relativamente completa para tramitar los recursos de Hábeas Corpus y Amparo. En muchos países, la respectiva Constitución consagra el derecho al recurso y encarga su regulación a la ley. En otros, ellas incluyen, además de la disposición que establece el derecho mismo al recurso, los elementos básicos de este, no dejando librado a la ley más que la precisión de los aspectos procesales para la ordenada tramitación de esos medios. Hay también países, como la Argentina, donde la Constitución omite referirse a los recursos de protección de los derechos fundamentales; pero allí la jurisprudencia ha reconocido el derecho a aquellos, lo entiende comprendido dentro de las garantías implícitas consagradas constitucionalmente (incluso mucho antes de que viniera el texto

(38) Este parágrafo ha sido elaborado sobre la base de una exposición efectuada por Alejandro GONZÁLEZ en la Reunión II.

96

de la ley ordinaria a establecer, definir y reglamentar el recurso de Hábeas Corpus y el de Amparo en el sistema jurídico argentino, por vía jurisprudencial se había consagrado su procedencia y establecido alguna regulación fundamental para tramitarlos).

En cuanto a la pregunta del "quiénes", la respuesta es más difícil, sin duda. Y ella admite distintos enfoques: uno, la categorización de quiénes pueden acceder según la naturaleza de los derechos afectados; otro, atender a las diversas variables socio-económicas y culturales de las personas con necesidad de obtener esa protección.

En cuanto al punto de vista referente a los derechos afectados, todos los países consagran el clásico recurso de Hábeas Corpus, aunque los nombres varían (pero la mayor parte escoge la denominación latina). Para la protección de otros derechos, en general suele contemplarse el recurso de Amparo para aquellos establecidos en la Constitución, y esto según una de las dos alternativas siguientes: ese recurso se consagra en forma abierta a la protección de todos los derechos constitucionales, o se consagra para la protección de los derechos que específica y taxativamente se señalan en la propia disposición constitucional que otorga el recurso. Pero aun las Constituciones que eligen la segunda vía (por ejemplo, la de Chile: art. 20), en esa enumeración taxativa incluyen los que son de mayor relevancia; e incluso se deja abierta la posibilidad de que posteriormente la ley común, al reglamentar determinados derechos, permita recurrir a estos mismos tipos de recursos para proteger aquellos que la ley común consagra.

Respecto a las categorizaciones socio-económicas y culturales, si como un ejemplo nos referimos a condiciones de acceso a la protección en Chile, corresponde señalar lo siguiente. Se comprueba, por lo pronto, un mayor grado de desprotección de los pobladores de zonas rurales y de las poblaciones urbanas más pequeñas, si establecemos un paraledo con las facilidades de acceso que tienen los habitantes de las grandes ciudades. El recurso puede interponerse sólo ante unos tribunales situados en dieciséis ciudades ex-

91

tendidas a lo largo de toda la extensa dimensión del territorio chileno; ello constituye un factor de desprotección, como en la práctica ha quedado demostrado en cuanto a los pobladores de sitios alejados de las capitales de región. Pero tal situación no solo afecta la posibilidad de recurrir a los tribunales en defensa de derechos humanos fundamentales, sino en general perjudica la defensa de todos los derechos (cf. también *infra,* § 50.II).

En cuanto a la desprotección provocada por la insuficiencia de recursos económicos o por la deficiencia del nivel cultural, cabe efectuar algunas observaciones. La no exigencia de la intervención profesional de abogado para interponer el recurso, la exención de formalidades que caracteriza la manera en que es regulado en la mayor parte de los países, debía transformarse en una facilidad para que, cualquiera sea el nivel económico o cultural de la persona afectada, se halle expedito el acceso a los tribunales con el objeto de demandar la protección. Sin embargo, según la práctica dada en Chile, esa facilidad que el legislador aspiró a asegurar mediante la exención de formalidades, la no exigencia de patrocinio profesional, es frustrada por la burocracia judicial. Hay una inercia que determina en su comportamiento al funcionario judicial, e incluso a los propios jueces; como consecuencia, se aplica la misma pauta a la protección de los derechos humanos que a meros asuntos patrimoniales sometidos a esa competencia. Cuando una persona llega allí a demandar la protección de derechos fundamentales, mas sin contar con la asesoría de un profesional, se debatirá en medio de la indiferencia y la tramitación burocrática por parte de funcionarios judiciales, que generalmente son subalternos. De ahí que, si se quiere tener posibilidades reales de acceso, en la práctica resulta indispensable —aun sin ser jurídicamente obligatorio— contar con asesoría profesional.

Por eso, para proteger los derechos humanos reresulta absolutamente indispensable la existencia de instituciones que asuman la defensa de esos derechos, en especial los de aquellas personas que carecen de recursos para

98

proporcionarse asistencia jurídica por sus propios medios. Pero debe tratarse, eso sí, de instituciones independientes, no estatales. En nuestros países, los problemas más graves de derechos humanos se plantean generalmente por una contradicción entre el particular, cuyo derecho ha sido afectado, y autoridades del Estado. Por ello, los servicios de asistencia judicial que en algunos países se prestan por parte de dependencias estatales no son los más idóneos, dada su falta de independencia, para asumir la defensa de los particulares ante arbitrariedades consumadas por una autoridad del Estado. Es fundamental entonces que, como sucede en Chile, se pueda llegar a contar con la presencia de instituciones no oficiales que asuman tal defensa. Allí, eso se ha logrado por la intervención de equipos profesionales pertenecientes a esas instituciones mismas (que operan en las localidades más importantes) o por profesionales asociados a ellas (en localidades pequeñas). Con el correr de los años lograron establecerse, especialmente al amparo de las organizaciones de la Iglesia, instituciones o servicios locales de protección a los derechos humanos; se fue extendiendo una red de ellos, al punto tal que hoy día un ochenta por ciento de la población chilena —puede afirmarse— tiene posibilidades reales de acceder a los tribunales y de contar para ello con adecuada asesoría legal. Esta experiencia puede y debería ser aprovechada, por supuesto, para establecer o reforzar la intervención de instituciones análogas en otros países, si no las poseen ya.

Sin embargo la afirmación de que el ochenta por ciento de la población dispone de tales posibilidades, en un país como Chile, debe ser acompañada enseguida con una precisión fundamental: esas posibilidades lo son, en realidad, en cuanto a llegar *formalmente* ante el tribunal, o sea, para presentar allí la solicitud de protección, interponer el recurso. Pero no quiere decir que este resulte dotado de *efectividad,* en los términos que suelen ordenar las Constituciones y especialmente los Instrumentos. Lo cierto es que, en general, el mencionado acceso al tribunal no se ha traducido en un recurso propiamente "efectivo" ante

este, un medio jurídico realmente reparador, que permita reafirmar el imperio de la ley violada y restablecer el goce del derecho privado o restringido. Y también hay que tener en cuenta que, aun sin ir más allá de lo que dispone el propio texto constitucional chileno, el alcance de esos recursos se encuentra poderosamente restringido, cuando no lisa y llanamente anulado, en el marco de los estados de excepción (*infra,* cap. VII: Ap., v.c).

Todo ello hace que, más allá del "quiénes" y del "cómo", siempre corresponde plantear —incluso en situaciones de normalidad jurídica— una tercera pregunta: la de si, en definitiva, esos "quiénes" que logran un acceso a los trámites judiciales pertinentes logran también, con eso solo, obtener en efecto la *protección* jurídica buscada. Para contestar a esta pregunta habrá que tener en cuenta dos tipos de hechos: lo que resuelve (si es que resuelve y lo hace a tiempo) el tribunal; y si tales resoluciones, supuesto que sean favorables a unos derechos humanos, son acatadas por las autoridades. Ambos renglones suelen exhibir una situación particularmente crítica bajo estados de excepción.

§ 49. Jurisprudencia de derechos humanos[39]

SUMARIO:

I. Cuatro tipos de cuestiones.
II. Resultados de una muestra.

I

Prolongando las consideraciones efectuadas al final del parágrafo anterior, cabe señalar que, para los efectos de obtener una visión realista y lo bastante amplia respecto al papel que el aparato judicial cumple en la protección de

(39) El apartado I de este parágrafo ha sido elaborado con base en puntualizaciones efectuadas por Hernán MONTEALEGRE en la Reunión II. El apartado II recoge conclusiones del estudio de GARCÍA LAGUARDIA que se indica en la n. 42, *infra.*

100

derechos humanos, importa distinguir cuatro tipos de cuestiones: i. la materia a la cual dicha protección se aplica (o no); ii. los órganos encargados de llevarla a cabo; iii. la diferencia entre lo que ocurre en situaciones normales y situaciones de excepción; iv. indagar si existe alguna jurisprudencia que invoque la ley internacional, tratándose de un caso de derechos humanos interpuesto ante tribunales nacionales.

En cuanto a la *materia,* una de las cosas más importantes es ver qué ocurre con el Hábeas Corpus en América Latina; pero allí habría que distinguir, a su vez, entre lo que pasa con ese recurso en situaciones normales y en las de excepción. Para situaciones normales, puede decirse que existe una cierta jurisprudencia que, en general, más o menos hace funcionar al Hábeas Corpus. Bajo situaciones de excepción, en cambio, la situación cambia drásticamente; los atentados fundamentales de orden jurisprudencial a los derechos humanos ocurren en tales situaciones, justamente. Sin embargo, sería un tanto ilusorio efectuar distinción muy tajante entre los países que viven en situaciones normales y los que soportan las de excepción. Lo cierto es que en América Latina todos los países, incluso los de régimen democrático, son candidatos potenciales a caer bajo dichos estados (véase el caso de Chile, Uruguay, etc.).

Por otro lado, y aparte ya de lo concerniente al Hábeas Corpus mismo, habría que entrar a examinar cuál es la situación en particular de cada uno de los derechos humanos ante los Tribunales: cuál es, por ejemplo, la suerte que allí corre en general el derecho a la vida y a la integridad física (el problema de la tortura, etc.), cuál es el verdadero tratamiento que los jueces otorgan a estos derechos básicos —por no hablar de otros, como el de expresión y todos los demás—. Parecería que los casos en que la protección judicial funciona mejor es, normalmente, cuando se trata de situaciones de tipo civil[40]. En cambio,

(40) Véase, por ejemplo, los casos señalados por BREWER: *infra,* § 51.I *in fine.*

181

aquellos derechos humanos cuya afectación es más dramática, los antes mencionados, están en otras condiciones, tremendamente críticas; en este sentido, el panorama en América Latina es desolador.

Vinculado con ello, está también el ver si hay una jurisprudencia relativa al castigo que deberían recibir las personas responsables de violar esos derechos fundamentales. ¿Qué suerte corren las denuncias ante los tribunales, cuando se denuncian esas violaciones? Sabemos que en América Latina existen, en este momento, miles y miles de casos de tortura; miles de casos de desapariciones; miles de casos de violaciones a otros derechos humanos. Cabe preguntar: ¿quién ha sido sancionado por estas cosas? ¿Qué tribunal ha sancionado a alguien, en América Latina, por estos hechos? Como respuesta nos encontramos, nuevamente, con que el panorama es desolador: no hay castigo para estas cosas. Hay múltiples mecanismos por los cuales se eluden los castigos. Y a este respecto, precisamente, existe una profunda disparidad entre la ley internacional y la ley interna (*supra*, § 32.II) [Cf. también *infra*, § 58.]

En cuanto a la cuestión de los *órganos*, corresponde hacer una distinción fundamental entre qué ocurre en los tribunales civiles (comunes) y qué ocurre en los tribunales militares (o, en general, lo sometido a tribunales especiales). Son dos jurisprudencias distintas, la civil y la militar. La jurisprudencia de tribunales militares, en materia de derechos humanos, es bastante profusa en América Latina. También hay tribunales especiales o de excepción que no solo son militares, a veces son mixtos, pero funcionan de modo análogo. [Y está, asimismo, el caso de tribunales de excepción a los que se denomina "populares": véase la tarea de represión *general* que cumplen, en Nicaragua, los llamados Tribunales Populares Antisomocistas.] Considerar la jurisprudencia de todos estos tribunales es particularmente importante, por la manera en que allí se consagra la violación de los derechos humanos fundamentales.

102

En síntesis, puede decirse que la situación jurisprudencial de los derechos humanos en América Latina es desoladora, sobre todo en atención a las circunstancias siguientes: 1. por lo que ocurre en las materias más vitales; 2. por lo que ocurre con el surgimiento de órganos judiciales especiales (militares o mixtos [o "populares"]), enteramente nuevos, que absorben la materia de los derechos humanos fundamentales; 3. por lo que ocurre en situaciones de excepción; 4. por la disparidad del Derecho penal nacional respecto al Derecho Internacional penal.

II

En relación con lo expuesto, merecen ser reproducidas aquí las conclusiones más generales que se desprenden de un estudio hecho directamente en las fuentes jurisprudenciales de tres países latinoamericanos. A partir de la muestra que sirve de base a dicho estudio, y sin perjuicio de las limitaciones a que hubo de estar sometido[41], surgen los resultados cuyo resumen presentamos a continuación[42].

(41) Se trata de un detallado estudio que Jorge Mario GARCIA LAGUARDIA realizó especialmente para nuestra Investigación, titulado: *Jurisprudencia constitucional: Guatemala, Honduras, México. Una muestra.* El autor ha querido, de todos modos, "subrayar la limitación de este estudio y la necesidad de su ampliación; el hecho de que no se analizaron la totalidad de los recursos presentados en todos los tribunales, sino únicamente, en el caso del Hábeas Corpus, los conocidos por el más alto tribunal; y en el caso de los recursos de Amparo, los publicados en las *Gacetas de los Tribunales,* que no son todos los presentados y que se incluyen en dichas publicaciones sin un criterio específico. Los recursos de inconstitucionalidad resueltos por la Corte de Constitucionalidad, sí, fueron consultados en su totalidad. Esta es una limitación esencial en este trabajo. Para un análisis más completo, creemos que debería hacerse el estudio de por lo menos todos los fallos incluidos en las publicaciones judiciales desde su fundación en el siglo pasado, y relacionarlos con su distribución por periodos de tiempo y por distribución geográfica. También hacer el análisis de los derechos realmente protegidos judicialmente".

(42) Esos resultados merecerían ser complementados, desde luego, con los de estudios paralelos relativos a otros países; nos parece que

Los derechos de libertad individual —en períodos de crisis políticas—, y sobre todo el derecho de propiedad, son los que aparecen defendidos en mayor proporción; el porcentaje de recursos en los que se trata de proteger este último es verdaderamente significativo. Debería registrarse asimismo aquellos derechos que no han sido objeto de protección judicial: por ejemplo, los derechos sociales; y también algunos individuales, como la inviolabilidad de la correspondencia, libertad de cultos, etc. Y en países como Guatemala y Honduras, de aguda inestabilidad política, habría que relacionar el uso de los recursos con los diversos regímenes políticos, ya que la variedad de estos es sorprendente.

Sin embargo, del análisis de la muestra se pueden sacar algunas conclusiones preliminares, que podrían servir como hipótesis en el marco de un estudio extensivo. Helas aquí:

1. Los recursos constitucionales son poco utilizados.

2. La propiedad privada es el derecho más protegido judicialmente; la mayoría de los recursos se orientan a su defensa. La libertad individual le sigue en importancia, atacada especialmente en períodos de crisis políticas. Hay muchos derechos que nunca han sido protegidos judicialmente.

3. Existe un abuso muy visible por parte del ejército y de los cuerpos policíacos, realizado con absoluta impunidad.

4. Cuando los hechos en que se basan los recursos tienen implicaciones políticas, los jueces son muy cautelosos,

---

tales investigaciones no abundan o que, al menos, no son muy conocidas. Cf., sin embargo, el minucioso relevamiento y análisis efectuados por GARCÍA BELAÚNDE sobre la jurisprudencia de *Hábeas Corpus* en el Perú, de 1933 a 1973, en sus dos libros acerca de dicho recurso.

104

y en algunos casos fallan en abierta complicidad con los órganos del Estado responsables de las violaciones.

5. Solo un porcentaje mínimo de los recursos prosperan.

6. El ejecutivo no respeta los fallos en su contra.

7. Falta de elevación doctrinal de los fallos. Existe una preocupación por aspectos procesales más que de fondo. Utilización de argumentos procesales para no conocer o resolver en determinado sentido. Formalismo. Legalismo, "utilización de la norma para cubrir intereses o presiones extrajurídicas".

8. En Guatemala y Honduras se puede concluir que hay falta de independencia del Poder Judicial. En algunos períodos, los jueces de todas las jerarquías son nombrados directamente por el Ejecutivo y aceptan presiones de este. En otros casos, difícilmente considerados anormales, son nombrados por el propio ejército, y el organismo judicial se convierte en canal de legitimación de regímenes de hecho y de fuerza.

9. En México, diversos comentaristas han llamado la atención sobre la "modestia" de la actuación de la Suprema Corte en cuestiones concernientes a las libertades de expresión, asociación y reunión. Nunca se ha opuesto a la política básica del gobierno; ha declarado improcedentes muchos Amparos contra leyes en los que se atacaba la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas restrictivas de dichas libertades; en otros casos, ha eludido el examen de constitucionalidad. En situaciones claras de conflicto, ha referido la solución a las autoridades legislativas y administrativas, eliminando el enfrentamiento y limitando la protección. La jurisprudencia de la Corte no ha precisado conceptos de gran indeterminación que constituyen limitaciones al derecho: ataque a la moral; perturbación del orden público; respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.

1051

§ 50. Factores específicos de (in)eficacia en la protección judicial[43]

SUMARIO:

I. Puntos relativos a la independencia de la judicatura.
II. Puntos relativos a la eficacia de la intervención judicial.
III Puntos relativos al conocimiento de los jueces.
IV. Conclusiones.

La cuestión de las condiciones necesarias para una eficaz defensa de los derechos humanos por los jueces, puede ser planteada en torno a la pregunta siguiente: ¿qué es dable esperar de la jurisdicción constitucional, en esta materia, basándose en la teoría de la separación y especialización de los órganos y Poderes del Estado? La teoría de la división de Poderes supone que en dicha jurisdicción se cuenta con un juez que presenta ciertas características básicas: es un magistrado independiente (I); es un magistrado eficaz (II); es un magistrado entendido, tal vez un "sabio", en la defensa de los derechos constitucionales (III). En la realidad, sin embargo, eso no se cumple demasiado, al menos para buena parte de los países latinoamericanos. Sería necesario, pues, revisar varias cosas relativas a dichos presupuestos, si se quiere llegar a situaciones que sean, si no óptimas, en todo caso más favorables para la protección de los derechos humanos.

I

En cuanto a la independencia del Poder Judicial, por lo pronto (1) surgen dificultades en tres niveles: el sis-

---

(43) Este parágrafo ha sido elaborado sobre la base de una exposición hecha por Marcial RUBIO CORREA en la Reunión II. *Vid.* asimismo, en el libro del cual es autor en colaboración con BERNALES, lo expuesto en las p. 396 a 400; y también, el estudio de STEPHENS. Cf. además *infra*, cap. X, donde son retomados varios de los puntos que se tratan en el presente numeral.

- 106

tema de nombramiento; el sistema de ascensos dentro del escalafón de la carrera judicial; el sistema de ratificaciones, allí donde las hay. Además (2), la independencia se encuentra afectada por todo lo relativo a los recursos materiales de que disponen los jueces.

1. En el Perú, la ingerencia de los dos Poderes políticos, en diversas épocas y con diversas leyes, ha sido realmente fatal para la independencia de los magistrados judiciales, especialmente en materia de jurisdicción constitucional. El nombramiento del juez, sea por el Poder Ejecutivo o el Legislativo, sin ningún tipo de intermediación, produjo sujeción de los jueces y, en consecuencia, han quedado atenuadas sus posibilidades de realizar una defensa efectiva de los derechos humanos. Ahora bien, aunque en el régimen político —democrático— de la Constitución peruana hay unos sistemas bastante buenos para el nombramiento de los magistrados judiciales (cf. arts. 233.2, 242, 245 a 247, etc.), en la práctica esto no ha llegado a dar los mejores resultados. Por ejemplo, durante 1982 se produjo un proceso de ratificación de nombramientos judiciales, realizado por el Senado para miembros de la Suprema Corte de Justicia y por esta misma en cuanto a los niveles inferiores, que tomó en cuenta unos criterios que podríamos llamar "poco claros" —en muchos casos fueron inclusive de naturaleza política—: se eliminó de la carrera judicial a muchos magistrados probos, intachables desde cualquier punto de vista, y se ha atemorizado a los que quedan. Por otro lado, también obra en forma negativa sobre el juez la circunstancia siguiente: el temor de que si él dicta una sentencia más o menos original, en el sentido de interpretar en forma extensiva unos derechos humanos, esa sentencia sea revocada por las instancias superiores. Los jueces temen mucho, en general, que les revoquen un fallo, que podríamos llamar "aventurado", de defensa de derechos humanos; una revocación va a la foja de servicios del juez, lo cual puede afectar luego la proyección de este a niveles más altos dentro de la carrera. Todo ello pone en evidencia que no basta con tener un buen sistema de nombramiento de jueces; es posible que

167

el sistema de ratificación y de ascensos sea igualmente importante, o tal vez más importante.

2. Es indispensable, asimismo, que el sistema judicial cuente con recursos materiales suficientes, dentro de lo cual se incluye un pago razonable a los jueces, y también con posibilidades reales de intervención efectiva en sus actuaciones. En el Perú, por ejemplo, hay una práctica de conocida desprotección de la libertad individual: se le denomina, en jerga, "el carrousel". El detenido ingresa en la División Nº 1, pero cuando llega allí el juez, aquel sale por la puerta falsa y va a la División Nº 2; de esta pasa, luego, a la Nº 3; y así sucesivamente... ¡Comienza a dar vueltas, como una calesita! Ha habido casos en que los jueces no pudieron pagar el taxi para la tercera o cuarta instancia de este procedimiento. En la práctica, el Hábeas Corpus ha quedado sin efecto por razones como estas, que también se dan en otros países (por ejemplo, la práctica del "carrousel" se ve también en Guatemala y Brasil, según lo señalaron respectivamente GARCÍA L. y DE ALMEIDA). Desde luego, en todo ello juega asimismo rol primordial una neta falta de respeto de la policía a la magistratura. Y esa falta de real habilitación que los Tribunales exhiben en la materia se traduce, desde luego, en una desprotección real de los derechos en cuestión.

II

Respecto al problema de la *eficacia,* cabría señalar cinco puntos: (1) procedimientos, (2) defensa cautiva, (3) función tuitiva del juez, (4) costos, (5) instrucción del usuario.

1. Hay verdadera necesidad de reformar los procedimientos judiciales para estas materias. Debería tratarse de procedimientos rápidos y que reciban preferencia en el trámite del despacho; habría que aplicar allí al máximo los principios de la economía procesal. Un ejemplo: en el

Perú, un hombre que fue detenido por razones políticas, y hasta sin existir probabilidad alta de haber actuado de la manera que le imputaron (se trataba, prácticamente de una sospecha), estuvo quince meses detenido, pues el dictamen del Ministerio Público —lo cual era un requisito formal necesario para que la Corte Suprema pudiese dictar su sentencia de Hábeas Corpus— no fue emitido durante todo ese tiempo. Finalmente, se ha conseguido eliminar (con desánimo del Ministerio Público) el requisito de que haya dicho informe previo, para esos trámites; la experiencia unánime de la época anterior puso en evidencia que tal informe, aunque en principio podía considerarse una cosa razonable, en la realidad constituía no un sistema de protección sino de efectiva desprotección, por la postergación que imponía.

2. En el Perú, muchas veces se ha rechazado un Hábeas Corpus porque en su presentación no se cumplía con ciertos requisitos formales. Por ejemplo, hubo casos como el siguiente: en una detención por atentado contra el derecho de propiedad, llegado el recurso a la Corte Suprema y pasados cuatro meses de interpuesto, el Tribunal lo declaró no admisible, simplemente porque en la acción no se estableció dónde se hallaba el detenido. La función tuitiva del juez podría suplir cosas como estas.

3. Habría que contemplar también la eventual exoneración de la defensa profesional; esta tiene beneficios, pero también involucra dificultades. La exigencia de interponer por escrito la demanda constituye un problema serio en países donde hay zonas de alto índice de analfabetismo (o de alfabetización formal, pero no real). Ello hace que, simplemente, la persona se desanime antes de intentar la acción. Por ejemplo, tiene miedo de lo que se dice en la demanda, porque no lo puede leer o no lo entiende; o desiste porque le cuesta demasiado pagar a alguien que la redacte, etc.

4. De manera general, en la desprotección influyen también otros problemas de costos. Por ejemplo, las distancias que el juez o el usuario tienen que atravesar para

151

hacer efectivos los procedimientos: un juez de provincia puede tener que viajar cincuenta o cien kilómetros para ver dónde tiene lugar la desprotección; o bien, para la tramitación del recurso se exige trasladarlo a una capital de distrito judicial, la cual puede quedar hasta a trescientos kilómetros del lugar de los hechos.

"Un .. aspecto de la problemática de la administración de justicia... es su alto costo para los litigantes, en una sociedad donde la distribución del ingreso es notoriamente concentrada en pocas manos. Si la justicia 'cuesta mucho', las grandes mayorías caen en la indefensión real, porque no podrán ejercer el derecho abstractamente concedido de acudir a los tribunales.

"Tenemos que calcular estos costos en base a diversos elementos, de los cuales tal vez el menos importante es el arancel oficial de derechos judiciales vigente. En adición a él está el costo de la defensa cautiva, el tiempo que pierde el litigante en gestiones, actuaciones judiciales, etc., que pueden medirse inclusive en términos del lucro cesante en sus ingresos por faltas al trabajo. Asimismo, hay que tomar en cuenta diversos gastos marginales al proceso pero directamente vinculados: movilidad, alojamiento, alimentación y muchos otros, que tienen que hacerse de todas maneras cuando los tribunales de apelación tienen procedimientos morosos y están ubicados lejos del domicilio del litigante. Finalmente, es conocida la práctica de la dádiva en sus diversas formas y manifestaciones...

"No es imposible que la justicia se abarate. Pero para eso se requieren importantes decisiones políticas a nivel de la estructura del Estado. Es indispensable, por ejemplo, ampliar de manera sustantiva las asignaciones presupuestales al Poder Judicial. Difícilmente han llegado al 1% del Presupuesto y, en muchos casos, todo el aparato de justicia ha costado menos del 0.5 del presupuesto nacional. (...)

"Sin embargo, hay otros elementos: el procedimiento moroso, excesivamente complejo, basado en la escritura, con demasiadas instancias y ceremonias, encarece la administración de justicia. La concepción de las leyes procesales no debe tomar en cuenta solo criterios de racionalidad técnica, sino los datos de la sociedad y de las posibilidades del litigante. Es allí donde se produce la indefensión o la desequiparidad de las partes.

"Finalmente, también influye la deficiente organización territorial que, en muchos casos, tienen los distritos judiciales. Por la dificultad en las comunicaciones, a veces una apelación significa

110

días de viaje combinando medios de locomoción, alojamiento y alimentación. La distribución de tribunales y cortes, así como la concepción de los procedimientos y competencias, hacen más cara la justicia" (RUBIO/BERNALES, p. 399).

Nota.—Observaciones similares efectuó DE ALMEIDA sobre la administración de justicia en el Brasil.

5. También es de primordial importancia fijar la atención en el usuario mismo de la jurisdicción constitucional. Para que este se encuentre realmente en debidas condiciones de defender judicialmente sus derechos, sería fundamental: *i.* que se le hiciese llegar una verdadera información sobre cuáles son esos derechos y los medios jurídicos de defensa; *ii.* utilizar, para esos efectos, los medios de difusión masiva y todos los sistemas modernos de educación popular (*infra,* § 107.II); *iii.* gratuidad de la jurisdicción constitucional y diseñar para esta unos procedimientos de bajo costo (habría que evitar circunstancias como las señaladas en el punto 4).

III

En cuanto al juez "sabio", importa mencionar algunos aspectos que sería indispensable corregir para alcanzar un grado menos precario de "sabiduría" en la Administración de Justicia constitucional, teniendo en cuenta la experiencia peruana: (1) conocimiento de las leyes, (2) conocimiento de la dogmática, (3) publicación de sentencias.

1. Los jueces no conocen bien los problemas de la jurisdicción constitucional, a menudo ni siquiera tienen a disposición la información indispensable acerca de cuál es la legislación vigente (y esto no solo ocurre con jueces de primera instancia, sino que se da incluso en muchas cortes superiores de distrito judicial).

"Un último aspecto que quisiéramos destacar es la necesidad de dotar al Poder Judicial de adecuados sistemas de información y perfeccionamiento en materia jurisdiccional. Estudios sistemáticos

demuestran que muchísimos magistrados carecen de las mínimas posibilidades de perfeccionarse profesionalmente. El recargo de labores, la carencia de medios, la falta de estímulos condicionan esta situación. La mayoría de los juzgados y cortes carecen de una biblioteca mínima y, a algunos distritos judiciales, no llega ni siquiera un ejemplar del Diario Oficial..." (*ibid*, p. 400).

2. Por lo demás, el juez puede conocer la ley y, aun así, no entenderla ni aplicarla adecuadamente, porque carece del conocimiento que para ello es necesario sobre dogmática de la jurisdicción constitucional y en general respecto a la doctrina de los derechos humanos. La experiencia muestra que, al menos en esta materia, tal conocimiento es todavía mucho más importante que el de la ley misma y el de los trámites procesales. Y por tratarse de una experiencia jurídica nueva, muchas veces los abogados no están bien enterados al respecto; entonces, como el juez no puede allí recurrir fácilmente a la argumentación de parte, todo es un fracaso. En especial, la capacitación de jueces en la dogmática y en el conocimiento de los principios de la jurisdicción es indispensable para que puedan, como es de desear, aplicar la interpretación extensiva en defensa de los derechos humanos (*supra*, cap. II, n. 17).

3. Es importante que haya una publicación obligatoria de las sentencias firmes; máxime teniendo en cuenta que la sentencia puede quedar firme en instancias inferiores (provinciales o hasta en distritales), lo que dificulta su difusión. Ahora bien, el conocimiento de lo que se va resolviendo en esa materia permite acrecentar el acervo interpretativo, y eventualmente el dogmático, de la jurisdicción constitucional en general, de un país dado.

IV

A partir de todo lo expuesto, cabe sacar cuatro conclusiones, de orientación prospectiva, respecto a la *actividad* del Poder Judicial en defensa de derechos humanos.

112

— Hay necesidad de revisar las estructuras constitucionales y legislativas que organizan la independencia y la habilitación de recursos (en los más variados sentidos) al Poder Judicial; esto coadyuvaría mucho a su independencia y eficacia.

— Se debe revisar si en el procedimiento jurídicamente establecido o en la práctica de la administración de justicia existen obstáculos al libre criterio del juez, derivados del control intraorgánico —jerárquico— del sistema judicial constitucional.

— En materia de procedimientos, se impone reforzar la celeridad y la economía procesal, la función tuitiva del juez y las facultades de ejercicio de la acción por parte de los interesados.

— Es necesaria una amplia tarea de extensión de conocimientos y de capacitación en beneficio de la protección de los derechos humanos, particularmente en materia de jurisdicción constitucional; y esto no solamente en las poblaciones en general, sino también en el seno de la profesión jurídica y específicamente de los tribunales.

§ 51. Observaciones complementarias

SUMARIO:

I. Formas del control de constitucionalidad: acción popular, etc.
II. Deficiencias en el sistema para la designación de jueces.
III. Jurisprudencia de derechos humanos: insuficiente conocimiento dogmático de los jueces, como fundamento de sentencias que desprotegen derechos humanos; etc.
IV. Acotaciones sobre la "sabiduría" de los jueces.

A continuación recogemos algunos comentarios relativos a puntos expuestos en los apartados anteriores, o que

sirven para dejar mencionados también otros aspectos que conciernen a la temática del presente capítulo.

I

BREWER:

En Venezuela existe un sistema peculiar, completo y cerrado, que viene del siglo pasado, sobre control de la constitucionalidad. Tenemos una acción popular —y por esto creo que hay que destacarlo— que permite a todo habitante del país (ni siquiera se exige que sea ciudadano) impugnar por acción directa de inconstitucionalidad las leyes, ante la Corte Suprema en pleno (art. 215/incs. 3, 4 y 6). El carácter de acción popular está fundamentado en una norma que también es muy peculiar de la Constitución venezolana, y sin precedentes en América Latina (salvo, parcialmente, en la Constitución mexicana). Es el artículo 250.1, que prevé la inviolabilidad de la Constitución: "Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia". En la existencia de este "deber" ha encontrado la Corte Suprema de Justicia el fundamento de aquella acción como popular, vale decir, sin restricciones particulares en cuanto a legitimación.

Además, fuera de este control de la constitucionalidad como control concentrado, en Venezuela tenemos también un control difuso de ella. Esto tiene su importancia en cuanto a derechos humanos, porque permite a todo juez, de cualquier nivel, en cualquier instancia, poder desaplicar, en el caso concreto que tiene ante sí, una norma que estime inconstitucional ("cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia" —Código de Procedimiento Civil venezolano—). Tenemos, pues, una mezcla de control concentrado y difuso de la constitucionalidad, que es muy peculiar, comparativamente, en América Latina. (Cf. BREWER, *La Defensa...*, cap. II.)

En el control concentrado de constitucionalidad que corresponde a la Corte, por vía de acción popular, la gran mayoría de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes han sido basadas en la violación de normas constitucionales que consagran

.104

derechos humanos. Así, hubo tres sentencias muy importantes que se basaron en el artículo 61 de la Constitución, el cual establece el principio de no discriminación, el principio de igualdad: "No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social" (inc. 1.). Tres normas, de tres códigos distintos, fueron declaradas nulas como violatorias de ese derecho: el artículo 970 del Código de Comercio, que prohibía a las mujeres ser síndicos de la quiebra de una compañía anónima; el artículo 287 del Código de Procedimiento (que es del año 1915), que decía que no se obligará a la mujer honesta a concurrir a los tribunales para ningún acto de prueba; y el artículo 423 del Código Penal, que establece la reducción de las penas por los delitos de homicidio y lesiones cuando fueren cometidos por el marido que sorprende en adulterio a su mujer (mientras que si, en cambio, el uxoricidio por adulterio era cometido por la mujer, no había tal reducción).

II

BREWER:

En cuanto a las repercusiones que sobre la independencia del Poder Judicial tiene el sistema de nombramiento de los jueces, la experiencia venezolana puede ser ilustrativa. Aunque en nuestra Constitución está consagrada esa independencia (arts. 205 y 207), empero se remite a la ley el establecimiento de los mecanismos para asegurarla, particularmente en lo concerniente a la designación de los jueces. En el año 70 se dictó la Ley Orgánica del Poder Judicial, que vino a cambiar el sistema anterior; este se basaba en el nombramiento de los jueces por parte de la Corte Suprema de Justicia, pero de una terna que en cada caso le presentaba el Poder Ejecutivo, con lo cual él tenía una ingerencia muy importante en la designación de los jueces. Para establecer el nuevo sistema se utilizó un instrumento previsto en la Constitución (art. 217): la creación de un llamado Consejo de la Judicatura, órgano de rango constitucional y con autonomía funcional (del mismo tipo que la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la República, que no dependen de los tres clásicos Poderes). En base a esta autonomía funcional se buscaba asegurar la independencia del Poder Judicial, atribuyéndole a dicho órgano la designación de los jueces. Ese Consejo de la Judicatura está formado por nueve magistrados; lo integran personas nombradas tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

115

Ahora bien, la práctica de este sistema en nuestro país ha sido totalmente desafortunada. Ha conducido a un resultado diverso del previsto, porque ha permitido una politización mayor en la actuación de los jueces y en su designación. Podemos decir que, en la práctica, durante los trece años [hasta 1983] de experiencia de aplicación de dicho sistema ha habido una politización progresiva de ellos. Y eso porque este sistema, de atribuir la designación a un órgano independiente, no se acompañó con garantías suficientes en cuanto a la formación y selección de los jueces. El mecanismo previsto en la propia Ley Orgánica, el concurso para integrar la judicatura, no se ha aplicado hasta la fecha. Y también el mecanismo previsto para la formación de los jueces, en una escuela de la magistratura, solo ha comenzado muy incipientemente a funcionar hace dos años. Entonces, trece años de aplicación de una ley que en principio buscaba garantizar la independencia de los jueces, en la práctica ha conducido a que el Poder Judicial se encuentre todavía mucho más politizado que en la situación anterior, donde el Poder Ejecutivo tenía mayor ingerencia; puede decirse que este, inclusive durante la dictadura, era más recatado en el escogimiento y designación de los jueces. Los partidos políticos se han repartido la judicatura; y los jueces se designan "a dedo", materialmente, porque no existen aquellos otros mecanismos, vale decir, el de una debida formación en la escuela y el de selección por concurso. Es un buen ejemplo de cómo un instrumento que formalmente puede servir para garantizar la autonomía se puede distorsionar, y más bien servir como factor en sentido contrario a lo que se buscaba, cuando no se le acompaña de otros elementos fundamentales, como una buena formación y la designación mediante concurso.

VIDAL:

Yo puedo presentar una experiencia que quizá no es muy conocida, pero que me parece bastante satisfactoria, en cuanto a la provisión de los altos cargos de la Administración de Justicia: en Colombia rige el sistema de cooptación a nivel de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (arts. 136 y 148). Ello ha significado —aunque es un punto que se ha discutido en ocasiones— la independencia de los jueces respecto a los Poderes políticos; esto se ha podido demostrar por las decisiones que aquellos han tomado —por ejemplo, a nivel de la Corte Suprema de Justicia— respecto a actos de importancia del propio gobierno.

-116-

III

ORTIZ:

No sin cierto desconsuelo, he oído las quejas de los demás colegas respecto al estado de la jurisprudencia de Amparo, la constitucional y la de lo contencioso-administrativo, en sus propios países. Tengo, pues, la triste sorpresa de confirmar que en nuestros países la jurisprudencia tiende a ser autoritaria, no amiga de la libertad. Así, es paradójico que en un país que tiene bastante libertad, relativamente al menos, como Costa Rica, donde no se puede decir que haya una violación sistemática de derechos humanos utilizada como instrumento buscado de gobierno, la jurisprudencia de Amparo —la llamada a hacer, digámoslo así, cada vez más aislados y excepcionales los casos de violaciones graves a derechos— se ha encargado más bien de consagrar esas violaciones.

(i) La Constitución costarricense contempla el Amparo como una protección que se da en razón del carácter constitucional del derecho violado (art. 48.3). No hace alusión a las notas o a la naturaleza del acto que pueda violarlo, en el entendido —obviamente— de que no puede ser ni legislativo ni judicial. Quiere decir que la jurisdicción de Amparo cubre los actos del Poder Ejecutivo y, muy posiblemente, los actos administrativos de otros Poderes; pero no cubre actos que tengan fuerza de ley, ni actos que tengan carácter de cosa juzgada o naturaleza jurisdiccional (desde este punto de vista, es obvio que nuestra Constitución sí califica la naturaleza del acto incluido en la jurisdicción de Amparo). Dentro de ese marco, o sea, ya en relación específica con actos del Poder Ejecutivo o Administrativo o de cualesquiera Poderes, no interesa cuál puede ser el grado de ilegalidad o de gravedad en la violación cometida del ordenamiento de los derechos humanos, para darle lugar al Amparo; lo importante es el rango constitucional del derecho subjetivo amparado.

Ahora bien, nuestra jurisprudencia, desde que se inició, ha sentado la regla de que el Amparo procede sólo cuando el Poder Ejecutivo actúa sin base en una ley, o con una violación absoluta y literalmente evidente de la ley. ¡Son casos de academia! Porque casi nunca hay un administrador tan tonto como para cometer la violación y confesarla; siempre hay algo indirecto para disimularla. Y ese simulacro es suficiente, en el setenta y cinco por ciento —diría yo— de los casos que llegan a nuestra jurisdicción de Amparo, incluso a nivel de Corte Suprema: la Corte y los demás tribunales han declarado que no hay materia de Amparo cuando

117

la presunta violación de un derecho constitucional proviene directamente de la aplicación de una ley.

Con la Ley General de Administración Pública, y pensando en suplir este grave vacío, quienes la elaboramos introdujimos una norma, muy novedosa en las legislaciones latinoamericanas. Ella dice que cuando el Poder Ejecutivo o los poderes públicos realicen una actuación material lesiva del particular, que no esté basada en un acto administrativo eficaz, habrá suspensión inmediata del acto, y eventualmente vía interdictal, para neutralizar o paralizar la actuación material y los presuntos efectos de ese acto, que es jurídicamente ineficaz si se examina desde el punto de vista de la ley; esto tiene una importancia muy grande, porque en Costa Rica ya está reputado por jurisprudencia que el acto absolutamente nulo es jurídicamente ineficaz. Pero los tribunales han reaccionado con alarma ante la innovación. Cuando hemos intentado suspender un acto por vía incidental, en razón de que es absolutamente nulo, o carece de algún requisito necesario para la eficacia, o es gravemente violatorio de un derecho humano, los tribunales han dicho que esto se refiere a los mismos casos a que se refiere la vía de Amparo, y que, en consecuencia, no se le puede dar curso sino en las condiciones mismas en que sería posible el Amparo; porque de lo contrario, dicen, sería tanto como introducir subrepticiamente una ampliación a la vía de Amparo —el cual es constitucional— por vía legislativa. Ha muerto, así, la ampliación que precisamente quisimos introducir, con toda conciencia, contra lo que nosotros llamamos la vía de hecho contra derechos humanos.

(ii) Esto es muy grave porque, por otro lado, los derechos que la jurisdicción de Amparo no protege los envían siempre a la vía contencioso-administrativa. Y esta vía tiene un problema muy grave en Costa Rica, como en la mayoría de los países latinoamericanos: nuestra jurisdicción contenciosa no tiene acción ni sentencia condenatorias, es puramente anulatoria. Esto significa que yo no puedo pedirle a un juez, ni el juez puede dármelo, que condene la Administración a dictar o a no dictar un acto administrativo. Nuestra Constitución dice, con toda amplitud, que la jurisdicción contenciosa es para controlar la legalidad de la función administrativa del Estado (art. 49). Esto comprende no solo actos, sino en general comportamientos; sobre todo, comprende también inercias, omisiones. La ley de lo contencioso —que, en mi concepto, es claramente inconstitucional— vino a restringir este amplio campo de la jurisdicción contenciosa establecido constitucionalmente, al decir aquella que esa jurisdicción está hecha para controlar la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración. Con esto quedan excluidos todos los comportamientos que no se basan en

un acto; y todas las inercias u omisiones de la Administración, que son la fuente más común de violaciones de derechos humanos.

Ocurre, entonces, que en nuestra jurisdicción contenciosa no se le puede solicitar al juez que *condene* a la Administración a hacer algo o a dejar de hacerlo, que esta cese en una violación de derechos humanos constitucionales. Lo más que puede uno hacer, en esos casos, es *pedir* a la Administración que cese en su actuación ilegal o que realice aquello que debería realizar. Si la Administración contesta "sí", y deja de incurrir en la violación, no hay problema. Pero si la Administración no contesta, o contesta "no", lo único que podemos hacer es pedirle al juez contencioso que anule el acto negativo, sea este un acto expreso o el acto por silencio (el acto presunto negativo: porque después de dos meses de silencio . . .). Y el juez, ¿qué hace, al llegar —después de cinco o seis años de juicio— al final? Declara nulo el acto negativo que rechaza la petición del particular; y declara el deber de la Administración, sea de hacer lo que no ha hecho, sea de cesar en aquella conducta ilegal. En ambos casos, varios años después de haberse consumado la violación, o aun en aquellos casos en que ella esté pendiente, no puede ni siquiera condenar la Administración a hacer; ni tampoco puede sustituir a la Administración, contumaz o rebelde ante el fallo, para hacerlo cumplir. Es un panorama muy triste el de esta jurisdicción en Costa Rica.

(iii) No menos triste es el panorama en materia de justicia constitucional. En Costa Rica, ella es muy imperfecta; es de tipo concentrado, pero en un tribunal que, por falta de especialización, cumple mal su función. Dicho tribunal está formado por la Corte Suprema de Justicia, o sea, que la parte administradora del Poder Judicial tiene a su cargo la justicia constitucional; se halla formada por todas las Salas de la Alzada más la de Casación. Allí entran, pues, tribunales (Salas) laborales, mercantiles, civiles, penales, contencioso-administrativos . . . están todos, en una mescolanza de saberes que no conduce a nada. Entonces, obligados —en mi concepto— por la falta de especialización técnica, han tenido que recurrir a un expediente muy pobre para definir el ámbito de su justicia, por lo menos en cuanto al fondo. Han dicho, por jurisprudencia reiterada: la única relación constitucional que puede originar la nulidad del acto impugnado, la norma, es la contradicción literal. No hay posibilidad de que nosotros —dicen— decretemos aquí la anulación de una ley por vía interpretativa; si nosotros, para poder anular una ley por inconstitucional, tenemos que interpretar la Constitución o la ley, entonces no hay inconstitucionalidad.

En realidad, incluso las violaciones que son literales requieren interpretaciones. Si el lindero entre reclamo fundado y reclamo

119

no fundado, en materia constitucional, es el que separa a la simple lectura de la interpretación, se comprende que cualquier violación que se invoque con base, por ejemplo, en un concepto indeterminado —sea de la ley, sea de la Constitución—, es rechazada. Si digo, por ejemplo, que se puede circular en el país salvo que haya "responsabilidad", pero la Constitución no define de qué tipo es esta; y si entonces me impiden la libertad de tránsito porque tengo una deuda de un pagaré vencido, una responsabilidad civil; en tales condiciones, si yo planteo un recurso de inconstitucionalidad, se me puede bien contestar que la Constitución no dice si la responsabilidad es civil o penal, y que, en consecuencia, los jueces no pueden tener criterio al respecto. Se rechaza el recurso. Las razones por las que se pierden los recursos de inconstitucionalidad suelen aludir, justamente, al carácter más o menos doctrinal de la alegación invocada. En otras palabras: si se hace una invocación de inconstitucionalidad que requiere doctrina para detectar el vicio y comprobarlo, al recurso no se le hace lugar. Por ejemplo, en cierto caso donde impugnamos una ley que prohibía la venta de determinado producto (no dañino para la salud), ley que finalmente causó la ruina de varias empresas y sin ninguna ventaja para el bien público, la Corte dictó una sentencia razonando así: la garantía constitucional es para las actividades lícitas — actividades lícitas son las permitidas por la ley — las actividades que están prohibidas por ley, no las podemos declarar inconstitucionales.

Un defecto que, según creo, es común a todos los ordenamientos de la justicia constitucional en Centroamérica, es el de que nuestro juez constitucional no parece haber advertido que las principales violaciones que se cometen en materia de derechos humanos son violaciones de principios generales de derecho, que no están inscritos en la Carta (o que son subyacentes a su letra, pero no expuestos en ella). Varias veces hemos intentado, por ejemplo, llevar a la Corte Suprema de Costa Rica el conocimiento de la doctrina sobre el llamado defecto de razonabilidad de la ley. Este consiste en una ausencia de proporcionalidad entre la situación de hecho —la circunstancia histórica, diríamos el problema material— que trata de resolver la norma legislativa y la disposición misma de esta. Hemos dicho: en realidad, no se justifica el mal causado con el bien conseguido; nosotros consideramos que tal ley es inconstitucional porque está restringiendo un derecho humano en una forma completamente innecesaria, excesiva o, de plano, inconducente para lograr lo que quiere. Y la respuesta de la Corte Suprema ha sido siempre: en estos casos no podemos amparar, porque no hay un choque *literal* con la Constitución (la cual, natu-

120

talmente, no consagra en ninguna norma un principio de proporcionalidad ni de razonabilidad de la ley).

Por otro lado, la Corte suele estar animada de un espíritu de colaboración con los gobiernos; no con el gobierno de un partido determinado, sino con el gobierno como agente del bien público. Parte de la idea de que la función política, en la justicia constitucional, es básicamente mantener las leyes como instrumentos del bien público; que solo cabe declararlas inconstitucionales, aun en materia de derechos humanos, cuando resulte que son simplemente absurdas, disparatadas o innecesarias. Esto hace prácticamente nugatorio —diría yo— el papel de la justicia constitucional.

GONZALEZ:

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales chilenos en los últimos años, puede decirse que, en general, ella es muy pobre en materia de protección de derechos fundamentales. Y esto porque la técnica de dichos tribunales ha consistido en actuar por el silencio, más que comprometerse históricamente dejando testimonio escrito de sus teorías. Claro que, generalmente, puede deducirse la teoría; porque al ser rechazado un recurso o una acción, ello importa acoger tácitamente la teoría contraria a la sustentada en el recurso. Al mismo tiempo, es interesante destacar una conducta ambivalente del Poder Judicial chileno. Cuando es el Ejecutivo quien asume la responsabilidad del acto represivo, aquel no hace nada: deja de ejercer sus facultades de control judicial, aquellas que podría ejercer para poner fin al acto represivo iniciado bajo la responsabilidad y por iniciativa del gobierno. En cambio, cuando este pretende conseguir, mediante la acusación judicial, el concurso de dicho Poder para que declare bueno y prolongue el acto represivo, en esos casos ella rehúye asumir tal responsabilidad y generalmente le ha dado la razón al afectado con la represión. [Sobre los criterios políticos de la justicia chilena, especialmente alrededor de 1972 y 1973, puede ser interesante cf. dos publicaciones (que no han estado al alcance del Redactor General): Jorge A. TAPIA VALDÉS, *Hermenéutica Constitucional. Criterios de Interpretación Constitucional en Sudamérica,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973; y CENTRO DE ESTUDIOS DE LA REALIDAD NACIONAL/UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE, *Justicia de clase. Materiales para el estudio de la Justicia en Chile,* Ceren/EUV, Santiago, 1972.]

121

MONTEALEGRE:

Quiero poner el acento, a mi vez, sobre los efectos fundamentales que en situaciones de esta naturaleza tiene también el ejercicio de la profesión de abogado. Importa hacer la crítica de las tendencias o desviaciones que ha tenido esa profesión en nuestras sociedades, donde la carrera de abogado está, en primer lugar, enseñada en términos casi fundamentalmente lucrativos, donde el abogado es especialmente preparado para asesorías de empresas. Y cuando el abogado sale de su formación profesional, entonces sale con la conciencia fundamental de una carrera lucrativa, pero en ningún caso con la de una carrera cuya tarea primordial sea la defensa de los derechos de todas las personas de la sociedad. También esto es causa, en parte, de esa situación dramática de que haya posibilidades reales tan limitadas de la sociedad para pedir la defensa de sus derechos fundamentales.

IV

HABA:

Quisiera agregar unas palabras sobre el asunto de la "sabiduría" de los jueces. RUBIO subrayó, son toda razón, que también ese es uno de los elementos fundamentales para lograr adecuada protección judicial de los derechos humanos. Suele insistirse en que todo el problema, o por lo menos gran parte del problema, consiste en asegurar o reforzar la intervención de los jueces (civiles) en la materia, sobre todo tratándose de la interpretación de conceptos indeterminados (*supra*, § 21.IV). Sin embargo, ahora hemos podido ver que con eso no basta, pues hemos empezado a problematizar también la propia personalidad del juez. En una palabra: sea que la delegación para interpretar los conceptos constitucionales de derechos humanos se haga al legislador, sea que se haga al juez, sea que se haga a ambos (simultáneamente o con tareas repartidas), de todas maneras nos encontramos siempre con el problema de *quiénes* son los legisladores y *quiénes* son los jueces.

Norberto BOBBIO, en un artículo suyo ("Le bon législateur"), se refería a la idea de un legislador ideal, cuyas características daban "la imagen de un legislador justo, coherente, razonable y no redundante". Lo propio tendría que corresponder, naturalmente, al intérprete de ese legislador, el juez "sabio", el "buen juez". Ahora bien, para tener jueces con esas condiciones es absoluta-

122

mente indispensable que estén provistos de una formación jurídica adecuada. Formación que, diría yo, debe ser tal a dos puntas. Por un lado, asegurar que posean un buen nivel científico, aspecto al que se refirió también BREWER. Pero además, por el otro lado, formación que sea satisfactoria asimismo en un aspecto aludido por MONTEALEGRE *(supra,* III *in fine),* el teleológico-vocacional podría llamársele; es decir, formarlo profesionalmente de una manera que no haga de él —sea juez o abogado— un simple hombre de empresa, dedicado, en este caso, a hacer que sea buen negocio su actividad ante los tribunales. Solo si se logra un tipo de juez que presente ambas condiciones, la de un firme compromiso moral con los derechos humanos y la de un adecuado nivel intelectual, solo bajo esas dos condiciones puede el Poder Judicial llegar a ser, en la máxima medida posible (aunque no sea una medida perfecta), un garante de los derechos humanos.

Esa cuestión nos remite, desde luego, al asunto de la enseñanza de los derechos humanos y, en general, a los problemas de la difusión de ellos que señalaba RUBIO. Lamentablemente, no puede decirse que la situación sea muy satisfactoria, en ninguno de estos planos, en la mayoría de los países de América Latina. No suele ser realmente alto el nivel de *exigencia* académica que se plantea en las Facultades de Derecho, y mucho menos aún lo es el que preside —por ejemplo, en razón de situaciones como la que señalaba BREWER— la provisión de los cargos judiciales (empezando por los de las más altas cortes nacionales). En esas condiciones, no es extraño que en ocasión de resolver problemas de interpretación relativos a derechos humanos se hagan patentes esquemas de razonamiento que, aunque solo fuere por su timidez intelectual, resultan poco congruentes con la dogmática jushumanista, como también lo atestiguan las observaciones de ORTIZ. Pero claro que, además de lo relativo al nivel (endeble) de los conocimientos técnico-jurídicos, puede siempre jugar un rol primordial (negativo) la situación política general del país, como lo atestigua lo señalado por GONZÁLEZ.

Acotación.—

Sin perjuicio de lo señalado, en el sentido de que el bajo nivel de preparación académica de un jurista hace que este tienda más fácilmente a aceptar interpretaciones restrictivas en materia de derechos humanos (cf. además *infra,* § 106.II), importa dejar constancia también —en sentido distinto— de razones como las siguientes, ya planteadas siglos atrás por el más lúcido (y menos demagógico) teórico del absolutismo:

122

> "...la duda estriba en qué razón habrá de ser la que sea admitida como ley. No puede tratarse de una razón privada, porque entonces existiría entre las leyes tanta contradicción como entre las escuelas; ni tampoco (como pretende Sir Ed. COKE) en una *perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, observación y experiencia* (como era su caso). En efecto, es posible que un prolongado estudio aumente y confirme las sentencias erróneas: pero cuando los hombres construyen sobre falsos cimientos, cuanto más edifican, mayor es la ruina; y, además, las razones y resoluciones de aquellos que estudian y observan con igual empleo de tiempo y diligencia son y deben permanecer discordantes: por consiguiente, no es esta *jurisprudentia* o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos, lo que constituye la ley" (HOBBES, *Leviathan*, cap. 26 —trad. cast., p. 227—; cf. también las citas de HOBBES transcritas *supra*, § 16.I).

Pero también desde un punto de vista diferente puede ponerse en duda la relevancia práctica de los conocimientos *técnico*-jurídicos, esto es, si se considera que

> "El Derecho es una arma cuya calidad no es tan importante como su manejo" (Anónimo, cit. en CABANELLAS, # 5.632).

Y en todas estas cuestiones juegan también su papel importante, desde luego, las deformaciones *normativistas* en la inteligencia profesional de los jueces, máxime cuando son asuntos de derechos humanos los sometidos a tales encogimientos del horizonte intelectual: *vid.* esp. *infra*, § 103.IV-V [cf. además *supra*, § 28.VIII, Tesis 5 (con su Ampliación)].

Nota.—Sobre la "sabiduría" de los jueces, *vid.* esp. ROTTLEUTHNER, cap. 2. Cf. también *infra*, § 103.II *in fine* y la literatura allí indicada.

124

§ 52. Conclusión general

Cabe reconocer que los principales obstáculos para lograr una adecuada protección judicial de los derechos humanos no derivan tanto de insuficiencias de tipo orgánico o procedimental imputables a defectos en la técnica constitucional, sino principalmente de otros factores. Estos pueden ser jurídicos —leyes, reglamentos, etc.— o extrajurídicos. Ninguno de ambos aspectos suelen ser atribuibles de manera neta a las Constituciones *mismas,* a sus fórmulas lingüísticas; máxime si se tiene en cuenta que aquellas contienen habitualmente disposiciones (declaraciones genéricas de derechos, conceptos indeterminados, etc.) que permiten, si existe la *voluntad* política y judicial para ello, desarrollar dichas disposiciones —tanto legal como jurisprudencialmente— en un sentido jushumanista (*supra,* §§ 16.I y 18.II).

Para abrir un juicio respecto al grado *real* de protección, en cada país, hay que tener en cuenta, pues, factores que no se circunscriben a la semántica de su Constitución, sino que la rebasan. Corresponden ya a su pragmática; además, también intervienen otros sectores semánticos. Sería necesario conocer, entre otros, unos datos como los siguientes:

— legislación secundaria, regímenes procesales (agilidad o no de los trámites. costos reales, etc.), acceso de la población a los tribunales;

— saber en favor de quiénes suelen resolver los tribunales, en qué medida son acatadas estas resoluciones por otras autoridades, qué independencia muestran los jueces en la práctica;

— averiguar qué conocimiento de los Instrumentos tienen esos jueces y cuál es su actitud general frente a ellos, etc.

(para un catálogo más detallado de tales cuestiones, cf. *supra,* § 41).

Sobre nada de esto pueden brindar respuestas concluyentes los *textos* constitucionales.

125

En síntesis.— Las Constituciones podrían y deberían ser mejoradas todavía, en cuanto a los aspectos que hemos encarado en este capítulo. No obstante, aun en la forma que la mayoría de ellas presenta actualmente, su semántica suele permitir una protección judicial adecuada para los derechos humanos, siempre y cuando la reglamentación jurídica secundaria y los factores extrajurídicos sean favorables a ello en el medio respectivo. Aunque la Constitución permita y hasta aliente a que esa protección sea dada, siempre será cierto que su eficacia depende también, en gran medida, de esos otros elementos de influencia.

APENDICE: SEMANTICA CONSTITUCIONAL(*)

Sumario:

(i) *Brasil*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales
— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión

(ii) *Colombia*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales
— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión

(*) El contenido de este Apéndice no fue posible incluirlo en la presente edición; pero se publica en la *Revista Judicial* de Costa Rica, Nº 35 (diciembre 1985), p. 53-69. Allí están también las notas correspondientes: de la 44 a la 64.

126

(iii) *Costa Rica*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales
— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión

(iv) *Cuba*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales
— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión
— Discusión

(v) *Chile*

— Generalidades
— Observaciones

(vi) *Honduras*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales
— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión

(vii) *México*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales

127

— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión

(viii) *Perú*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales
— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión

(ix) *Uruguay*

— I. Antecedentes (Constitución de 1967 y Acto 8)
— II. Situación a partir del Acto 12 (1981)
— Conclusión

(x) *Venezuela*

— Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
— Instrumentos especiales de protección
— Garantías judiciales
— Independencia del Poder Judicial
— Conclusión

128

Capítulo VI

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS ESTATALES, POR VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

Quis custodiet custodes?

Nada más natural entre quienes ocupan cargos públicos que considerar con una deferencia especial a la autoridad a la que deben su existencia oficial.

A. HAMILTON

Todos los Jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca.

CONST. URUGUAYA

On prétend, certes, que "le Pouvoir arrête le Pouvoir"... Or un pouvoir ne s'oppose pas au Pouvoir, mais participe de lui, l'assiste, s'en fait le complice.

J. MOURGEON

A pesar de las apariencias, hay muchos hombres que tienen condiciones para desempeñar los puestos públicos. Lo que hay, es que las condiciones que se necesitan para desempeñarlos no son las mismas que las que se necesitan para conseguirlos.

VAZ FERREIRA

La ley es como el cuchillo: no ofende a quien lo maneja.(*)

* * *

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

— "¿Quién vigilará a los vigilantes?" (proverbio latino).

— HAMILTON/MADISON/JAY, p. 91.

— CONSTITUCION DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY de 1967, art. 23.

— "Se pretende, por cierto, que 'el Poder detiene al Poder'... Pero un poder no se opone al Poder, sino que participa de él, lo asiste, se hace cómplice de este" (MOURGEON, p. 109).

129

SUMARIO:

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.

* * *

§ 53. Generalidades

Si se admite que el Estado tiene la obligación de otorgar una protección general a los derechos humanos, él deberá también, *a fortiori,* velar porque sus propios órganos no incurran en conductas que los violen. El ordenamiento jurídico estatal ha de contener, pues, no solo normas que prohíban y dificulten el incumplimiento de aquella obligación fundamental, sino asimismo disposiciones que sirvan para desalentar a los funcionarios que, por uno u otro motivo, se sientan impulsados a no respetar esos deberes en el ejercicio de la función pública. Es indispensable hacer recaer sobre dichos funcionarios[1] —y, en todo caso, sobre el Estado— una responsabilidad (¡severa!) por sus conductas violatorias de derechos humanos. Si responsabilidades de esa índole no se encuentran jurídicamente consagradas, para funcionarios de *todos* los rangos, no será improbable que estos, llegado el caso, abusen del poder que les otorga el cargo que tienen, con grave perjuicio para los derechos de

— VAZ FERREIRA, *Fermentario,* p. 213.

— "La ley es como el cuchillo: / No ofiende a quien lo meneja" (José HERNÁNDEZ, *Martín Fierro,* Parte II, # 30, líneas 4245-4246).

(1) El término "funcionario" lo tomaremos en sentido *amplio:* bajo ese concepto abarcamos tanto a quienes ocupan los puestos superiores en la organización estatal —"autoridades" propiamente dichas— como así también a todo el restante personal del Estado —"funcionarios" en sentido estrecho—, sea cual fuere la función o el cargo de unos y otros, en cualquiera de los Poderes Públicos.

130

otras personas. En una palabra, el respeto generalizado de los derechos humanos corre los mayores riesgos allí donde es imposible hacer objeto de sanciones a los soportes de los órganos estatales que propicien atentados contra tales derechos.

Conviene que la normativa de esa responsabilidad se encuentre ya establecida, por lo menos en sus bases fundamentales, en el texto constitucional. Claro que dicha normativa, así como otras disposiciones concernientes a derechos humanos, solo será acatada si el ambiente socio-político del país es de naturaleza tal que tengan efectividad, en general, las normas propias de lo que se llama un Estado de Derecho(2). De lo contrario, por más detallada y perfecta que sea la formulación lingüística en que se establezca la reglamentación jurídica de los mecanismos para hacer efectivas semejantes responsabilidades, estas no llegarán a cobrar realidad, sobre todo si han de afectar a funcionarios de alta jerarquía o a quienes actúan siguiendo órdenes de ellos.

En particular, para que haya posibilidad real de que las violaciones se denuncien y lleguen a ser castigadas, es indispensable que se mantenga —incluso bajo estados de excepción— un clima político general que permita (más aún: incite a) los debates públicos. Es necesario que estos tengan lugar no solo en el seno del parlamento, sino sobre todo en los medios masivos de difusión, y que logren repercutir en los distintos sectores de la opinión pública. Asimismo, debe ser posible responsabilizar a los órganos públicos, y personalmente a sus funcionarios, por actuaciones de estos que impidan u obstaculicen el más amplio ejercicio

(2) La posibilidad jurídica —y también, hasta cierto punto, la material— de incurrir en tal responsabilidad, inclusive por parte de los más altos jerarcas del aparato estatal, precisamente constituye uno de los rasgos definitorios de la organización institucional Estado-de-Derecho. Ello se vincula, en efecto, con una de las características básicas de este: la limitación de los órganos del Estado, aun los superiores, por el Derecho (el "imperio de la ley": *supra*, § 16.III).

del derecho de expresión por parte de absolutamente *todas* las corrientes de opinión, tanto las mayoritarias como las minoritarias. Solo en esas condiciones existen posibilidades de que se sientan realmente "vigilados", y con probabilidades de sufrir sanciones efectivas, aquellos funcionarios (altos y bajos) del aparato estatal que estarían dispuestos, en su caso, a irrespetar derechos humanos.

Aun así, justo es reconocer que no será fácil ni probable lograr imponer sanciones *severas* a funcionarios de alta jerarquía o a quienes han obedecido sus órdenes, supuesto que la violación tenga lugar. Es casi utópico pensar que ellos irán a la cárcel o que, si sufren detención, no se les reserve un tratamiento privilegiado. El Derecho nunca es más fuerte que la maquinaria estatal, aunque también el primero contribuye, en alguna medida, a marcarle unos límites a la segunda. El alcance real de los textos jurídicos que prevén responsabilidades de funcionarios públicos será antes bien de orden preventivo que represivo. Pero en un Estado de Derecho, esos textos contribuyen —y hasta en medida importante— a que los funcionarios se *auto*-limiten(3).

No deja de ser sugestivo que tampoco los Instrumentos contengan referencia neta a la responsabilidad de los funcionarios, sino que se contenten con una alusión indirecta:

> "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" (Pacto, art. 2.2.a).

---

(3) Esto es, hay dos grandes tipos de regímenes políticos: aquellos donde los funcionarios estatales, incluso los de más alto rango, están sujetos a restricciones ante derechos humanos, con probabilidades de incurrir en responsabilidad pública (que acarrea sanciones) si ultrapasan sensiblemente esos límites; y aquellos otros donde el aparato estatal soporta un grado mucho menor de limitaciones en la materia, a veces prácticamente ninguna, de modo que sus funcionarios pueden permitírselo todo o casi todo, al menos los de alto rango o quienes siguen órdenes de estos. El Estado de Derecho es la forma de organización del Poder que corresponde al primero de esos dos tipos: *supra*, § 42.II *in fine*.

Se ha señalado que la referencia a tales violaciones fue incluida "presumiblemente para superar un posible reclamo de inmunidad oficial. También puede servir para rechazar una presunción de que la acción oficial adoptada de buena fe sería una excusa válida para infringir derechos o para denegar un recurso. Durante la etapa preparatoria se aclaró que nadie debería poder evitar la responsabilidad de una violación alegando que actuó bajo autoridad superior. Aun cuando se le prestó mucha atención a posibles violaciones por funcionarios públicos, una proposición de que 'los violadores sean prontamente conducidos ante la ley, especialmente si son funcionarios públicos', *fue rechazada,* presumiblemente como superflua [¡¡!!]. Tal vez esto implique que los recursos por violación no necesitan incluir una sanción penal para los responsables de la violación" (SCHACHTER, p. 326 —la cursiva es nuestra—). La omisión de establecer en forma *inequívoca* que debe tener lugar tal sanción, pues, *no* se debió a una inadvertencia.

Con mayor razón es difícil, si no imposible, que en el Derecho interno mismo se establezcan normas realmente *operacionales* (*infra,* cap. X, n. 3) en tal materia: por ejemplo, para impedir que los interrogatorios policiales se lleven a cabo en la forma que todo el mundo sabe. Es notorio que las autoridades del más alto nivel no se preocupan mucho por impedir estas prácticas y, como consecuencia, los funcionarios que las llevan a cabo pueden contar con cierta tolerancia en general. Observaciones como las siguientes, formuladas al comentar resoluciones de la Suprema Corte de los E.E.U.U., valen también para muchos otros países, aun dejando aparte los no democráticos:

> "Conviene subrayar dos aspectos vinculados con la limitada eficacia de la asistencia legal como protección contra la presión indebida. Primero, el hecho de no advertir a los sospechosos que les asiste el derecho a la presencia de un abogado durante el interrogatorio (inclusive el rechazo liso y llano del pedido de presencia de un abogado), simplemente impide admitir como prueba cualquier declaración posterior. Dicho de otro modo, el derecho a la asistencia legal, como la inmunidad contra la autoincriminación y las restricciones aplicables a requisas y secuestros arbitrarios por parte de la policía, solo está protegido mediante la aplicación de una norma que excluye el carácter *probatorio.* Este limitado enfoque negativo de la protección de derechos humanos ha tenido un valor incierto como disuasivo de métodos policíacos ilegales. Segundo, después de notificados de sus dere-

chos, generalmente por los mismos funcionarios que se proponen interrogarlos, los sospechosos pueden, según la eufemística frase de la Corte, renunciar 'con pleno conocimiento e inteligencia' al ejercicio de esos derechos. La Corte no ha definido con claridad el significado de 'renuncia voluntaria'. No ha previsto tampoco un procedimiento que permita sopesar los relatos contradictorios de funcionarios y sospechosos con respecto a cuanto sucede entre el arresto y el interrogatorio. (...) Estas deficiencias podrían quizá superarse con la mera ampliación de los requerimientos de asistencia legal y declarando *irrenunciable* ese derecho. La Corte podría así prohibir, como violatorio de la Sexta Enmienda, el *juicio* contra todo acusado que no estuviese de hecho representado por un abogado durante el interrogatorio policial. Por inaceptable que pudiese parecer a la policía tal procedimiento (y es seguro que lo objetaría con vehemencia), por lo menos serviría como prueba del valor e importancia de la asistencia legal en la etapa del interrogatorio" (STEPHENS, p. 173-174 —cursivas nuestras—).

AMNISTÍA INTERNACIONAL ha presentado un *Programa de Doce Puntos para la Prevención de la Tortura* (octubre de 1983), cuyos títulos son los siguientes:

1. Condenación oficial de la tortura.
2. Límites de la detención en régimen de incomunicado.
3. Eliminación de las detenciones secretas.
4. Salvaguardias durante el período de detención e interrogatorios.
5. Investigación independiente de los informes sobre torturas.
6. Invalidez legal de declaraciones extraídas bajo tortura.
7. Prohibición legislativa de la tortura.
8. Enjuiciamiento de presuntos torturadores.
9. Procedimientos de capacitación (de todos los funcionarios que toman parte en actividades de detención, interrogatorio o tratamiento de presos).
10. Compensación y rehabilitación (para las víctimas de la tortura y sus dependientes).
11. Reacción internacional.
12. Ratificación de instrumentos jurídicos internacionales (que contengan salvaguardias y recursos contra la tortura).

134

Y se encuentra en preparación una Convención sobre la tortura, donde uno de los mecanismos previstos sería el de establecer una Comisión internacional que tenga derecho a poder entrar en cualquier país, en cualquier momento, para visitar allí cualquier establecimiento de detención, y esto sin previo aviso (TOMUSCHAT, p. 35).

La resistencia de las autoridades estatales a adoptar unas medidas como las señaladas, y máxime si estas son tan concretas (y relativamente sencillas) como la que propone STEPHENS o el aceptar la intervención irrestricta de una Comisión internacional que tenga las facilidades indicadas, es un dato bastante revelador en cuanto a aquello que el Estado *no* quiere dejar de reservarse la posibilidad de hacer, aunque sea calladamente, pero sobre todo sin inquietar a los funcionarios que ordenen o ejecuten tales tareas.

Lo cierto es que las sanciones, sobre todo las de carácter *penal*, ni siquiera en un Estado de Derecho llegan (en la práctica) a ser aplicadas, salvo, en el mejor de los casos, a funcionarios de bajo rango y que hayan actuado por cuenta propia; aunque la regla jurídica no contenga tales distinciones, estas se imponen en la realidad[4]. No obstante, por la irradiación intimidatoria previa que las disposiciones jurídicas pueden lograr, o sea, por sus efectos disuasivos, para la causa de los derechos humanos es bueno que la responsabilidad de los funcionarios públicos por violarlos sea consignada constitucionalmente y en los términos más severos. (Así y todo, no es difícil que los derechos humanos más elementales continúen siendo desconocidos en el trato que reciben sectores por los que la opinión pública experimenta poca simpatía o, simplemente, falta de interés: se sabe cómo suelen ser llevados a cabo los interrogatorios policiales, las condiciones de vida que rigen en los estableciminetos penitenciarios, etc.).

---

(4) Nadie ignora que, así como "no hay presos ricos", tampoco los hay que hayan ocupado altos cargos estatales (excepto cuando ocurren revoluciones o golpes de Estado). En todo caso, es una verdad demasiado conocida, siempre corroborada por las estadísticas sobre población carcelaria, que esta se compone exclusiva o casi exclusivamente de personas que no vienen de las clases privilegiadas del país en cuestión.

135

Las responsabilidades establecidas pueden revestir distintas modalidades y obedecer a diversos tipos de causas. Cabe distinguir entre la responsabilidad interna y la internacional, por un lado; entre responsabilidad personal y responsabilidad estatal, por el otro; además, entre responsabilidades de tipo penal, disciplinario, civil, etc. Todas ellas tienen aplicación con referencia a derechos humanos. Y esas responsabilidades deberían caber no solo por las violaciones más graves: asesinatos, desapariciones, torturas, etc. También importan las que afectan a otros derechos humanos, como el derecho de reunión, el de expresión, la inviolabilidad de la correspondencia, el de no sufrir denegación de justicia, etc.

Comentario.—

"Las Constituciones no deben ser demasiado detallistas (*supra*, § 16.II *in fine*). Bajo ese supuesto, de esta Investigación debería eliminarse, en mi opinión, el ítem de la responsabilidad de los funcionarios públicos en las Constituciones. Porque una Constitución no puede catalogar los tipos, grados, modalidades, penas y sanciones de los funcionarios que abusan de sus prerrogativas para violar los derechos humanos. Ese ítem no debe existir. Del Informe del Redactor General se desprende que la casi totalidad de las Constituciones no contienen no solamente disposiciones de sanciones a los funcionarios públicos, sino que ni siquiera mencionan la posibilidad de que esos funcionarios incurran en violaciones de los derechos humanos. Entonces, allí el Informe es totalmente negativo, porque *tiene* que serlo: porque el supuesto es indebido y, en consecuencia, las conclusiones son totalmente funestas" (GARCÍA B.).

130

§ 54. Clases de responsabilidad[5]

Responsabilidad personal penal.— La violación de derechos humanos puede resultar de la comisión de delitos propiamente. Por ejemplo, si el funcionario afecta a personas en su derecho a la vida (homicidio) o a la integridad personal (lesiones, torturas); o si contra ellas comete delitos sexuales, o atentados a la libertad (detención arbitraria), a la inviolabilidad del domicilio, etc. Caben también tipos como el prevaricato, el constreñimiento (por ejemplo, obligar a personas a desnudarse), atentados contra derechos políticos, violaciones al derecho del trabajo, etc. En todos esos casos corresponderían sanciones por incurrir en figuras propias del derecho penal.

Sanciones disciplinarias.— Estas se dan por conductas que no alcancen la gravedad de aquellas que tienen tipificación penal. Entrarían en juego, entonces, los mecanismos de poderes disciplinarios, ante esas infracciones de menor entidad contra derechos humanos. Dentro de este rubro, y eventualmente en el anterior, puede encontrar sitio también la responsabilidad del funcionario que desprotege en circunstancias donde su obligación es justamente prestar protección; en particular, pueden incurrir en ello los jueces, por denegación de justicia, ya sea al no aplicar unas disposiciones legales vigentes o cuando ellos llegan inclusive (en casos extremos) a fallar contra el texto expreso de la ley (cf. la disposición constitucional uruguaya transcrita en el acápite).

Responsabilidad del Estado.— Esta se refiere, desde luego, a hechos originados en conductas de los funcionarios. Pero el punto tiene que ver, en especial, con la distinción entre conductas puramente personales —de un funcionario determinado, en el ejercicio de su función— y las fallas de servicio —por ejemplo, cuando una persona ve sus

(5) Las ideas recogidas en el presente parágrafo fueron señaladas, en su mayor parte, por Jaime VIDAL PERDOMO, en la Reunión I.

derechos violados por parte de una institución pública en la que trabaja un conjunto de funcionarios, caso donde puede resultar muy difícil determinar cuál de estos es concretamente quien inflige el daño —; sobre todo para el segundo tipo de casos, es indispensable que se pueda hacer valer también una responsabilidad del Estado *mismo*. Habría ventaja, para mayor seguridad de los derechos humanos, en establecer incluso la responsabilidad directa del Estado por los hechos de todos sus órganos, en esta materia, y sin efectuar aquí distinciones entre los tipos de faltas, ya consistan en la ejecución misma de los servicios o que ellas se den en ocasión de ejercerlos; eso sin perjuicio de que también se haga efectiva, si corresponde, una responsabilidad personal (civil, penal) del funcionario respectivo.

Responsabilidad política del gobierno.— Puede caber, por ejemplo, cuando un régimen de excepción se extiende más allá del tiempo establecido o si hay una desviación en el empleo de los poderes correspondientes. Debe existir la posibilidad de que los órganos de control político —Asamblea Legislativa, Congreso— discutan el caso y eventualmente apliquen sanciones a las autoridades responsables del ejercicio excesivo de las facultades que les otorga el régimen excepcional. Ello requiere, por supuesto, un cierto cuadro de libertades políticas, que permita el funcionamiento de las instituciones de manera tal que favorezcan esta clase de controles políticos.

Responsabilidad internacional.— Para que los infractores puedan ser hechos responsables en la órbita internacional, sería necesario articular mejor el régimen jurídico interno con el internacional. Lo cierto es que, aun en aquellos países donde la Constitución contempla el respeto de las convenciones internacionales y están ratificadas, en la práctica se toman muy poco en cuenta por los jueces (... no es infrecuente que, en los despachos judiciales, esos pactos no se hallen ni siquiera a mano del juez). Por tanto, para que la responsabilidad internacional llegue a tener efectos reales, no solo haría falta otorgarle en el texto de las Cons-

138

tituciones, y también en la legislación, mayor autoridad interna a los Instrumentos, sino sobre todo crear en los jueces una clara conciencia de la necesidad de aplicarlos

En consonancia con esto, sería muy útil, por ejemplo, incorporar en las Constituciones una disposición donde se establezca que, tratándose de infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, quien cometa la violación podrá ser juzgado por parte de los tribunales nacionales aun si dicha infracción no hubiera sido cometida en el propio territorio del Estado que efectúa ese juzgamiento. Por otra parte, el Estado debería aceptar incondicionalmente, en el texto constitucional mismo, que es legítimo hacer efectiva también ante los foros internacionales la responsabilidad personal de sus ciudadanos por toda violación a los derechos fundamentales (pero cf. *supra*, § 31.II).

Los órganos de control.— En cuanto a la manera de imponer las sanciones a los funcionarios, está el problema de determinar cuáles serán las autoridades encargadas, a su vez, de la vigilancia de esos funcionarios: *quiénes* pueden sancionar a *quiénes*, sea disciplinaria o penalmente. Puede corresponder esa misión, según los sujetos y la entidad de la infracción, al Procurador General de la Nación o a un Ombudsman; y también a los jueces ordinarios, desde luego. En cambio, no es conveniente que el juzgamiento de esas conductas quede en manos de las autoridades militares, por razones conocidas (*supra*, § 47.II). Lo fundamental es que, sea cual fuere el órgano encargado de juzgar al funcionario, los soportes de tales órganos no tengan —¡de hecho!— ningún tipo de "compromisos" respecto a los infractores. Claro que esto no es fácil de lograr, en la práctica, sobre todo si se trata de juzgar a funcionarios de alto rango, cuyas vinculaciones personales son siempre muy extendidas y poderosas (cf. la cita de MOURGEON en el acápite).

§ 55. Sugerencias para la normativa

Sería aconsejable establecer un régimen, en esta materia, de responsabilidad genérica para el Estado, por cualquiera de sus actos: legislativo, jurisdiccional, administrativo, de gobierno, etc. Inclusive habría que sancionar, en esas formas, la responsabilidad por omisiones en la protección, sobre todo cuando el funcionario no protege esos derechos frente a terceros, si él está jurídicamente obligado a hacerlo.

Es fundamental asegurar constitucionalmente que la "orden superior" no exime de responsabilidad a quien la ejecuta, si aquella conduce a violar un derecho humano. Es más, para tales casos habría que señalar a texto expreso, en la Constitución, el deber de *desobediencia* para el funcionario.

La responsabilidad específica del funcionario, por violación de derechos humanos, podría presentar los rasgos siguientes, que difieren de la responsabilidad común:

— responsabilidad agravada, una pena mayor (y severa), por el hecho justamente de ampararse en el ejercicio de la función pública para herir unos derechos humanos;

— responsabilidad objetiva del funcionario público, y también del Estado, por actos que impliquen la violación de derechos humanos (sería eliminada, pues, la necesidad de probar la culpa subjetiva, bastando la causalidad de hecho para generar la responsabilidad)[6];

— en el caso de delitos propiamente dichos, contra derechos humanos, la responsabilidad del funcionario debería además ser imprescriptible;

---

(6) En todo caso, al menos se podría establecer, para esos casos, la inversión de la carga de la prueba en cuanto a culpabilidad: esto es, que el funcionario que causó objetivamente el daño tenga que probar, *él*, su falta de culpabilidad, si quiere eximirse de responsabilidad; prueba que, por lo demás, debería ser muy exigente.

140

— hasta ha sido propuesto (PIZA) que se establezca una excepción general al principio de la legalidad penal, en caso de violación de derechos humanos, norma que sería incorporada a la Constitución mediante una cláusula general de responsabilidad que exima a esos delitos de estar tipificados previamente[7] —pero tal solución no dejaría de plantear sus dificultades, pues en general se entiende que el principio de la tipicidad penal configura justamente una garantía fundamental del Estado de Derecho—[8].

También podría ser aconsejable consagrar constitucionalmente, para asegurar el cumplimiento efectivo de las condenas de reparación contra órganos del Estado, que no podrá ser aprobada ninguna ley presupuestal en donde no estén previstas las sumas necesarias para cubrir el importe de dichas condenas.

§ 56. Heurística

Para apreciar hasta qué punto los funcionarios públicos de un Estado pueden, según el ordenamiento jurídico

---

(7) En ese sentido, se podría señalar lo dispuesto en la Convención Europea, en el segundo inciso de la disposición siguiente:
"1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas [*jus cogens*]" (art. 7).

(8) Este principio se encuentra establecido en la Declaración mediante una fórmula (art. 11.2) que tiene igual contenido al del inciso primero de la disposición transcrita en la nota anterior (pero sin que dicho art. 11 contenga también un texto como el del inc. 2 del de la Convención Europea).

de ese país, ser responsabilizados por violaciones a los derechos humanos, habría que tener en cuenta aspectos como los siguientes:

— Quiénes son constitucionalmente responsables: ¿los que realizan la conducta misma, sus superiores jerárquicos o ambos?

— En qué consiste la responsabilidad: ¿sanciones fuertes o leves?

— ¿Depende esa responsabilidad de disposiciones del Derecho interno solamente o se admite también la establecida en convenios internacionales?

— ¿Hay prescripción para dichas responsabilidades?

— Quiénes son los encargados de juzgar en la materia: ¿órganos administrativos, judiciales, legislativos, militares u otros?

— ¿Qué elementos de juicio llegan realmente, y por qué vías, a la sede judicial, cuando esta tiene legitimación para determinar las sanciones? ¿En qué medida trascienden a ella las denuncias hechas públicamente?

— Qué jurisprudencia hay en la materia: porcentaje de condenas dadas y entidad de las penas aplicadas. En particular, ¿han sido ya severamente sancionados altos jerarcas de la Administración y de las fuerzas represivas?

— ¿En qué medida fueron realmente ejecutadas sanciones graves y contra qué clases de funcionarios?

— ¿Se reconoce constitucionalmente una responsabilidad internacional de los infractores, similar a la de los crímenes de guerra *(jus cogens)*, ante organismos internacionales? Suponiendo que sí, ¿en qué número de casos se ha hecho efectiva tal responsabilidad?

147

§ 57. Constituciones latinoamericanas

SUMARIO:

I. Generalidades.
II. Algunos ejemplos aprovechables.
III. Apreciación crítica global.

I

En general, las Constituciones suelen ser especialmente parcas a propósito del tema a que nos estamos refiriendo. Todo, o casi todo, queda remitido a la ley común, sea porque la referencia constitucional es magra y solo de un carácter muy genérico, sea porque la Constitución ni siquiera le consagra disposiciones específicas a esos puntos. Como consecuencia, en líneas generales sucede que aquellos funcionarios que atentan contra unos derechos humanos no son sometidos sino a las responsabilidades de tipo común; y aun esto se da solamente en el mejor de los casos, es decir, cuando no quedan exentos —por las disposiciones legales mismas— de toda responsabilidad. En síntesis: si bien las Constituciones no suelen exonerar de responsabilidad a los funcionarios, tampoco es común que ellas contengan disposiciones destinadas a promover y, aún más, a facilitar que tales responsabilidades se hagan efectivas.

Interesa saber en qué medida las Constituciones latinoamericanas prevén una responsabilidad personal penal y sanciones disciplinarias para el funcionario infractor, sea del rango que fuere, y ya sea que la violación se haya producido por su acción u omisión. Dentro de ese marco se puede incluir también la responsabilidad política de los gobernantes. Por otro lado, está la cuestión de la responsabilidad del Estado como tal, pero ella suele afectar en grado menor o nulo a la persona misma del funcionario.

Y en cuanto a la responsabilidad internacional de este, ninguna de las Constituciones estudiadas contiene mención al respecto.

Sugerencias como las que hemos formulado (*supra*, § 55), destinadas a hacer más firme la posibilidad jurídica de sancionar a los funcionarios estatales que incurren en violación de derechos humanos, no suelen encontrar eco en los textos constitucionales. Así, incluso allí donde estos hacen referencia a eventuales responsabilidades por tales actos, no hallamos indicada una responsabilidad objetiva ni agravada, por ejemplo.

II

Sin embargo, hay ciertos puntos de nuestra Heurística (*supra*, § 56) que encuentran un reflejo en algunos preceptos de Constituciones. La responsabilidad por omisión está insinuada en la Constitución uruguaya, pero esto en cuanto a los jueces solamente[9]. De una manera expresa y además genérica, esto es, aplicable a la totalidad de los funcionarios públicos, tal responsabilidad se formula solo en la Constitución colombiana[10]. La legitimidad jurídica de la desobediencia por parte del funcionario, cuando su superior jerárquico le ordene una acción violatoria de unos derechos humanos, no está consignada más que en las Constituciones de Colombia, Honduras y Venezuela (de manera más neta en esta última); y aun allí, no se indica cuáles serán las sanciones a que se haría acreedor dicho fun-

(9) Cf. el artículo de dicha Constitución transcrito en el acápite del presente capítulo.

(10) "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por *omisión* en el ejercicio de éstas" (Const. Colombia, art. 20).

cionario si, a pesar de todo, obedece aquella orden [11]. La única Constitución que establece una imprescriptibilidad en la materia, y ello no se da sino para un caso extremo (muerte de la víctima), es la de Honduras[12].

De lo dispuesto en las Constituciones examinadas, cabe destacar también las previsiones siguientes, que merecerían ser más habituales:

— otorgar una acción pública y sin formalidades para perseguir a los funcionarios que infringen derechos humanos (Honduras)[13];

— que inclusive el Jefe de las Fuerzas Armadas esté sujeto a la posibilidad de un juicio político, en las mismas condiciones que el Presidente y otros altos funcionarios, lo cual procede tanto por delitos oficiales como comunes y su conocimiento queda en manos del órgano superior del Poder Judicial (Honduras)[14];

---

(11) "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios o empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, *sin que les sirvan de excusa órdenes superiores* manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes" (Const. Venezuela, art. 46). Cf. también el art. 323.2 de la Constitución hondureña y el art. 21.1 de la Constitución colombiana (pero el inc. 2 de este artículo exceptúa a los militares que cumplen órdenes de superiores).

(12) "Las acciones para deducir responsabilidad civil a los servidores del Estado, prescribirán en el término de diez años; y para deducir responsabilidad penal en el doble del tiempo señalado por la ley penal. (...) *No* hay prescripción en los casos en que por acción u omisión dolosa y por motivos políticos se causare la muerte de una o más personas" (Const. Honduras, art. 325).

(13) "Es pública la acción para perseguir a los infractores de los derechos y garantías establecidas en esta Constitución, y se ejercitará sin caución ni formalidad alguna y por simple denuncia" (Const. Honduras, art. 326).

(14) "Corresponden al Congreso Nacional las atribuciones siguientes: (...) 15. Declarar si ha lugar o no a la formación de causa contra el Presidente,... Jefe de las Fuerzas Armadas", etc. (Const. Honduras, art. 205).

145

— hacer directamente responsables a las autoridades que ordenen o consientan la detención de una persona, cuando ellas no cumplen con ciertos estrictos requisitos de forma y de límite en el tiempo (México)[15];

— establecer en forma expresa y neta que todo acto de violación de los derechos constitucionalmente garantizados, ordenado o ejecutado por un funcionario público, le hace incurrir en responsabilidad individual —que es penal, civil y administrativa, según los casos—y sin que sean admisibles como excusa las órdenes de superior jerárquico (Venezuela)[16].

Aun cuando estas disposiciones podrían ser todavía mejoradas, sea en cuanto al nivel de precisión de las hipótesis de responsabilidad mismas o completándolas con el establecimiento de claras vías para hacer efectivas las sanciones del caso, es indudable que dichos preceptos consagran unos principios generales que pueden llegar a ser fértiles en el Derecho interno, si las circunstancias lo permiten. Significan un buen punto de partida para hacer efectivas responsabilidades de funcionarios públicos por violación o desprotección de derechos humanos, supuesto que el clima socio-político y la conciencia de los jueces sean favorables a imponerles tales sanciones.

III

En el plano de una apreciación general de aquello que los textos constitucionales estudiados ofrecen en la materia,

---

(15) "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión... La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención, o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten" (Const. México, art. 19.1). Cf. también el art. 107.XVIII, incs. 2 y 3, de la misma Constitución

(16) Cf. el art. 46 de la Constitución venezolana, transcrito más atrás (*supra*, n. 11).

146

cabe subrayar que presentan peligrosas lagunas. Las puertas del sistema jurídico quedan lo bastante abiertas como para que los funcionarios que más habitualmente infringen unos derechos humanos —es el caso, sobre todo, de quienes desempeñan ciertas funciones en el aparato de Seguridad del Estado— no tengan por qué sentirse demasiado "inquietos", ni sus superiores jerárquicos tampoco. En efecto, por lo general las Constituciones no resuelven puntos como los siguientes:

— Si la responsabilidad recaerá, ineludiblemente, tanto sobre el ejecutor mismo de la conducta violatoria como así también sobre los *superiores* de ese agente material; esto último, claro está, en la medida en que esos superiores no hayan hecho lo necesario, por culpa o negligencia, para evitar dicha conducta (pero la carga de la prueba, en cuanto a una eventual inocencia suya, debería recaer sobre ellos mismos).

— Cuál es la naturaleza y medida de las sanciones; estas deberían ser de tipo agravado, *más* severas que las establecidas para delitos análogos de los particulares

— Carácter imprescriptible del delito.

— Procedimiento y sede para juzgar a los infractores; debería ser especialmente ágil aquel y muy independiente el titular de esta.

— Lugar de cumplimiento de las penas: ¿cárceles comunes o internamiento en lugares de detención más benignos?

— Posibilidad de la aplicación directa de responsabilidades internacionales.

Aunque incluso unas determinaciones constitucionales particularmente severas en esos puntos no alcanzarían para asegurar que los infractores lleguen a ser en realidad san-

147

cionados, al menos podría ello constituir un buen elemento de "presión" en ese sentido, fuera de que lo sería, también, para que de antemano los funcionarios "se cuiden" más de incurrir en tales conductas. Claro que en el seno del aparato estatal existe algo así como una solidaridad general de principio. Así, la hay de los jerarcas con respecto a sus funcionarios, siempre que estos no hayan actuado propiamente contra órdenes de aquellos. También suele darse entre quienes ocupan los altos puestos en distintos Poderes del Estado; por ejemplo, entre jueces y gobernantes. Mas esa solidaridad podría "quebrarse", llegado el caso, si hay disposiciones jurídicas lo bastante netas como para que —mediando apoyo de la opinión pública— los operadores del Poder Judicial o altos jerarcas de la Administración, de buen o mal grado (por ejemplo, para no soportar críticas públicas, que hasta podrían llegar a hacerles peligrar la conservación de sus propios puestos), no tengan más remedio que adoptar las medidas que el Derecho interno establece contra funcionarios que violan derechos humanos.

§ 58. Legislación, jurisprudencia, realidad

No menos avara que las Constituciones suele ser la legislación en materia de sanciones especiales a funcionarios públicos por violación de derechos humanos. En los Códigos Penales, por ejemplo, se puede encontrar unos delitos específicos para funcionarios del Estado, pero no se trata de aquellas conductas que por lo habitual constituyen los más graves atentados contra esos derechos; peor todavía, suelen estar previstas eximentes o atenuantes por actuar en cumplimiento (real o presunto) de las leyes, o simplemente de órdenes superiores. Y en cuanto a la jurisprudencia, es como localizar una aguja en el pajal el abocarse a recopilar sentencias (severas) contra funcionarios, por motivos de dicha índole.

148

Esa irresponsabilidad produce consecuencias mucho más graves, por supuesto, en ordenamientos que no corresponden al modelo Estado de Derecho o bajo regímenes de excepción. Sin embargo, existen razones estructurales, propias de *todo* Estado, para que los funcionarios permanezcan casi siempre impunes cuando, en ejercicio de sus funciones, violan derechos humanos. Lo que en esta materia permite establecer distinciones entre los Estados es que, como señaláramos (*supra,* § 42.II), en sus rasgos *estructurales* mismos se diferencian unos de otros tipos de Poder. Los que responden a aquel modelo suelen ser, en líneas generales, más contenidos en las intervenciones de su aparato represivo. Diferencia que, por supuesto, es muy importante: no puede resultar indiferente, ni mucho menos, el *quantum* en materia de violaciones... Pero cuando, a pesar de todo, graves violaciones de derechos humanos: muerte de manifestantes o huelguistas, torturas policiales, "suicidio" de presos o detenidos, etc., llegan a darse incluso en un Estado de Derecho, es extremadamente raro, aun allí, que los funcionarios ejecutores reciban sanciones (graves) —¡y menos que menos sus superiores jerárquicos!—. El Poder sabe encontrar los medios, jurídicos y no jurídicos, para inmunizarse frente a las acusaciones de excesos.

"[E]l Poder protege a la persona contra la persona, tanto más gustosamente cuanto más seducida ella esté por ese servicio. Pero se retira en cuanto él mismo sea el cuestionado. Considérese la protección de la vida privada: mientras que su violación por un particular es casi constantemente ilegal, en todos los Estados el Poder se otorga la autorización de atentar contra ella por los motivos más variados, extraídos de la seguridad nacional, de la instrucción judicial, de la administración penitenciaria o de diversos otros servicios públicos, y condenarlo resulta muy difícil cuando desborda las hipótesis permitidas; y mientras que las decisiones de la Justicia son innumerables en el primer caso, se muestran muy escasas en el segundo. ¿Qué decir del atentado a la seguridad individual? Acarrea una multitud de condenas penales y de indemnizaciones cuando los golpes y las heridas son imputables a los particulares. Pero no se ve jamás un agente del Poder condenado por torturas o por brutalidades, salvo que haya sido lo bastante torpe como para cometer una falta de discreción..." (MOURGEON, p. 106).

149

"Con justa razón se elogia al Consejo de Estado [en Francia] por haber desarrollado lentamente una jurisprudencia que le permite un profundizado control de los actos administrativos, y una limitación seria del poder discrecional de sus autores. (...) Pero es de ver asimismo las barreras que el Consejo de Estado se impone e impone cuando se trata de las libertades del agente público, de las medidas de policía adoptadas en virtud de legislaciones de excepción (estado de urgencia), de la responsabilidad en razón de las actividades de policía administrativa, y en algunos otros casos.

"Los intereses del Poder, mal disimulados bajo la 'Razón de Estado', pasan al primer plano, y exigen una protección especial de los agentes, de los servicios, de las actividades del Poder. No le basta que, como cualquiera, los detentadores de la fuerza pública se beneficien de la ley según la cual 'no hay crimen ni delito cuando el homicidio, las heridas y los golpes estén ordenados por la ley y sean por mandato autoridad legítima' o 'por la necesidad actual de legítima defensa de sí mismo o del prójimo' (Código Penal francés, arts. 327 y 328). Se impone, inclusive, que sea hecha muy incómoda la búsqueda de la prueba del atentado. El obstáculo no solo se da por las escapatorias, maniobras dilatorias y supercherías diversas detrás de las cuales el Poder se parapeta de hecho, sino también por el 'secreto' que en toda ocasión invoca frente a la Justicia y a los particulares: secreto de la defensa nacional, de la vigilancia del territorio, de la instrucción judicial, de las Administraciones, de los archivos, de los expedientes; está por todos lados y concebido muy extensivamente" (*ibid*, p. 111-113).

En América Latina, la amplitud con que los derechos humanos son violados en muchos de sus países constituye un hecho demasiado notorio como para que sea necesario citar abundantemente casos, cifras, etc. Ante este panorama, cabe preguntar:

> *"¿Qué suerte corren las denuncias ante los tribunales, cuando se denuncias esas violaciones? Sabemos que en América Latina existen, en este momento, miles y miles de casos de tortura; miles de casos de desapariciones; miles de casos de violaciones a otros derechos humanos. ¿Quién ha sido sancionado por estas cosas? ¿Qué tribunal ha sancionado a alguien, en América Latina, por*

150

estos hechos? No hay castigo para estas cosas. Hay múltiples mecanismos por los cuales se eluden los castigos (como en el caso, por ejemplo, de las leyes de amnistía: cf. *supra,* § 32.II *in limine*)" (MONTEALEGRE).

He aquí un ejemplo:

"El punto relativo a las leyes de amnistía, que señaló MONTEALEGRE, es muy importante. Lo que aconteció en el Brasil fue muy típico en ese sentido. La ley de amnistía de 1978 fue hecha aparentemente —así se dijo— para amnistiar a los que estaban proscriptos y exilados y a todos aquellos acusados de crímenes contra la seguridad nacional. Y, realmente, en ese sentido la amnistía fue amplia; porque prácticamente todos los prisioneros, todos los exilados, todos los proscriptos, regresaron al Brasil, reasumieron los cargos que antes tenían, etc. Mas en realidad, por debajo de esta apariencia de una amnistía amplia, general, irrestricta, como era reclamada por la sociedad civil, lo que se hizo fue amnistiar los actos de los responsables directos de la represión, quienes entonces no se vieron apurados, porque también ellos quedaron amnistiados. Esto lo considero muy serio, muy grave. Se amnistió a personas que nunca hicieron nada que pudiera considerarse atentatorio contra la seguridad nacional, porque en muchos casos esta ley ni siquiera era anterior a estos actos; pero, por otro lado, se premió con la impunibilidad a agentes del poder público responsables de la muerte, desaparición y tortura de muchos centenares de personas" (DE ALMEIDA).

No llamará la atención que la respuesta a preguntas como las planteadas tenga que ser negativa bajo regímenes que no son, ni aproximadamente, el de un Estado de Derecho. Por ejemplo, en un país que, como Guatemala, desde hace muchos años vive bajo dictaduras militares, no es de extrañar que:

"Los autores de los hechos violatorios de los derechos humanos gozan de completa impunidad, sin que la Comisión haya recibido del Gobierno de Guatemala indicios de que los responsables estén siendo enjuiciados o se hayan tomado medidas para ello. Un ejemplo patético de esta circunstancia se evidencia con las acusaciones y con-

151

> traacusaciones en relación con hechos delictivos, que en el mes de julio del presente año (1981) se hicieron públicamente al Coronel Jesús VALIENTE TELLEZ, ex-Jefe de Detectives, y el actual Jefe de dicha dependencia policial, Coronel Pedro GARCIA ARREDONDO, recriminándose mutuamente la comisión de delitos comunes, lo cual pese de haber sido ampliamente informado por los medios de prensa no ha sido objeto de ningún esclarecimiento ni de parte del Gobierno ni del Poder Judicial" (BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, p. 73).

Es verdad que tales extremos no suelen darse en países democráticos; allí las violaciones se producen en menor grado y, cuando ocurren, no se reconocen públicamente. No obstante, es cierto que tampoco la existencia de una Constitución cuyo texto consagre una serie de disposiciones y mecanismos que formalmente corresponden al Estado de Derecho, e incluso si algunos de ellos (elecciones, libertad de prensa, etc.) llegan a funcionar, alcanza, en *todos* los países que la tienen, para hacer que allí el Poder observe una actuación respetuosa hacia los derechos humanos. Tal el caso, por ejemplo, de Honduras. A pesar de que este país dispone de una de las mejores Constituciones del Continente, las violaciones a derechos humanos están a la orden del día y los funcionarios estatales que las llevan a cabo permanecen impunes.

El propio embajador de los Estados Unidos de Norte América en Honduras, John D. NEGROPONTE, ha reconocido que:

> "Si existe alguna pequeña mancha en la actual política de Honduras, se encuentra en los derechos humanos. Ha habido algunos arrestos arbitrarios y acusaciones dignas de crédito de algunas desapariciones de personas. (...) En realidad, se han tomado acciones disciplinarias contra miembros de la policía y de las fuerzas armadas (incluyendo oficiales) que han abusado de su autoridad" (*Los Angeles Times*, 12.VIII.1983).

Por su parte, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Honduras, Ramón CUSTODIO LÓPEZ, ha subrayado que tales violaciones no son escasas y que, en realidad, los responsables no fueron castigados:

" '...estamos hablando de la desaparición de más de 40 personas en 1981, que el régimen se ha negado a investigar, aun cuando por lo menos en 7 de 9 casos de hondureños desaparecidos exiten pruebas contra los posibles responsables.' (...)

"En relación con el particular, CUSTODIO LÓPEZ afirma que el Gobierno Constitucional y Democrático es responsable (en 1982) de la desaparición no investigada de 22 hondureños, y de no se sabe cuántos extranjeros. 'Este mismo gobierno —afirma— es responsable por omisión al no investigar la desaparición de 10 hondureños más en 1983, a pesar de que en 6 casos ha quedado debidamente comprobada la responsabilidad de la Dirección Nacional de Investigación (DNI)'.

"Expresa que a la comisión creada por el Congreso Nacional para la defensa de las garantías individuales, también le toca defender la doctrina de la seguridad del Estado, 'que es todo lo contrario de aquellas garantías', acota; y agrega que 'la falta de seriedad de tal comisión la denota el hecho de que ha conocido el arresto arbitrario de más de un hondureño, y no ha actuado contra los oficiales responsables'. (...)

"CUSTODIO LÓPEZ agrega que, 'para no caer en el juego de las hipocrecías, deberíamos hablar no solamente de la libertad, sino que también de investigar y deducir responsabilidades en el caso de todos, y cada uno, de los desaparecidos'.

"Finalmente, manifiesta que 'no se trata de algunos arrestos arbitrarios, sino de una sistemática captura, sin orden judicial, cuando no se trata de delincuentes millonarios' " (diario *Tiempo,* Tegucigalpa, 29.VIII.1983, p. 10-A).

En el mismo sentido, en un reciente informe sobre Honduras se señala:

"Desde la elección del Presidente civil SUAZO CÓRDOVA en 1981, más de 80 personas han desaparecido luego de haber sido llevadas por las Fuerzas de Seguridad. Organizaciones de control de derechos humanos privadas informan que 28 desaparecieron el año pasado (1983). Estos grupos afirman que las Fuerzas Armadas del Gobierno son responsables de la mayoría de esos crímenes.

Miembro alguno de las Fuerzas hondureñas ha sido juzgado o castigado en ninguno de esos casos. No hay evidencia de que alguno de estos casos haya sido siquiera investigado. (...)

"Para la primera mitad de 1983 ha sido documentada la muerte de 49 civiles atribuible a Fuerzas del Gobierno. Por lo menos en 13 casos quedó de manifiesto un claro motivo político. Como las desapariciones, estos casos raramente son objeto de investigaciones patentes (hubo una sola excepción). (...)

"Mientras que la falta de voluntad subyace a la omnipresente *(pervasive)* omisión de enjuiciar los abusos r ilitares, un anticuado sistema judicial exacerba ese problema. Las leyes mismas y los métodos de investigación y de enjuiciamiento son anticuados. Los casos judiciales se tramitan de una manera glacial" (AMERICAS WATCH *et al.*, p. 7-8).

Nota.— De cualquier manera, y para no ir más allá del área centroamericana, las violaciones de derechos humanos en Honduras, o en Nicaragua, son al parecer menos masivas que en países como Guatemala y El Salvador, donde el "terrorismo de Estado" asume proporciones incalculables.

Claro que la situación no es igual en otros países de Constitución democrática. En Costa Rica, por ejemplo, las violaciones que se han denunciado no son de tanta índole (no hay desaparecidos) e incluso llegó a darse el el caso de un agente de policía condenado a prisión por dar muerte a una detenida acusada de terrorismo[17]. En general, puede decirse que, aunque tampoco en países democráticos suelen ser investigadas en profundidad las acusaciones contra funcionarios por violar derechos humanos básicos, allí esas violaciones no son tan abundantes e

(17) Claro que las condiciones que llevaron a esa condena son bastante excepcionales: el asesinato fue cometido ante varios testigos y el hecho no pudo ser negado por el actor, se trataba de un simple policía, etc. Serias dudas quedaron pendientes, sin embargo, en cuanto a cuáles habían sido los reales motivos de ese asesinato (sirvió para que la acusada no pudiera declarar en público) y acerca de si el autor actuó verdaderamente por iniciativa propia o bajo presiones. Lo cierto es que no se hizo mucho por investigar esta última posibilidad.

154

irreparables, ni tampoco es común que estén tan bien documentadas (por lo manifiestas) como para que los jueces lleguen a sancionar a los funcionarios responsables. En síntesis: si bien ni la legislación ni la jurisprudencia se caracterizan, en ningún país, por hacer fácil la sanción de funcionarios públicos que atentan contra derechos humanos, la estructura general de un Estado de Derecho hace que esos atentados se den, de hecho, en menor grado.

§ 59. Conclusión

Los textos constitucionales examinados no permiten reconocer con claridad cuál es el régimen jurídico que está *efectivamente* en vigor, en el país respectivo, para lo tocante a las responsabilidades de funcionarios públicos por violación de derechos humanos. Dichos textos no impiden, por cierto, que tales responsabilidades se establezcan, pero tampoco suelen *obligar* jurídicamente a imponerlas. Que ellas recaigan sobre los funcionarios dependerá, en definitiva, de: a) la legislación ordinaria, e incluso los reglamentos; b) la dinámica de las fuerzas sociales que "presionan", en un sentido o en otro, sobre los poderes públicos y en el interior mismo de estos.

También es cierto que unas Constituciones señalan menos insuficientemente que otras los caminos que la legislación debe trazar en la materia, y aun podría decirse que algunas de ellas confieren directamente al Poder Judicial alguna posibilidad de intervención inmediata. Pero en la formulación de los textos constitucionales mismos se podría todavía avanzar bastante en cuanto a los aspectos regulables: explicitar en forma menos indeterminada y mucho más severa el régimen que se aplicará a los funcionarios públicos, sea cual fuere su jerarquía, cuando promuevan o toleren violaciones de derechos humanos.

55

De todos modos, unas eventuales mejoras —mayor determinación, más severidad— en el nivel constitucional, y aun en el legislativo, no tendrán sentido salvo en el marco de un *Estado de Derecho.* Sólo si se dan los requisitos indispensables para que exista este, tanto en el plano de la normativa jurídica como en el de la realidad social, resulta viable que las violaciones a unos derechos humanos no constituyan la regla en la actuación de ciertos sectores del aparato estatal. Y solo así, también, deviene posible que este mismo aparato pueda servir, por lo menos en cierta medida, para sancionar a infractores que operan en su propio interior. Sin embargo, hasta en tales hipótesis, que son las más favorables, no está descartado que ocurran atentados y permanezcan impunes, incluso regularmente. Esto depende, en forma fundamental, de la difusión pública que puedan alcanzar esos atentados. Pues a falta de una opinión pública atenta para denunciarlos, o respecto a esferas por las que esta no se preocupa —es común que no fije su atención, por ejemplo, sobre la manera en que se obtienen las "confesiones" de los delincuentes comunes y las condiciones que suelen darse en los establecimientos penitenciarios—, resulta probable que se produzcan ciertas violaciones corrientes de derechos humanos básicos, inclusive bajo un Estado de Derecho.

En síntesis.— Una adecuada normativa constitucional puede ser factor importante para contribuir a desalentar y castigar violaciones a derechos humanos por parte de funcionarios estatales, en la medida en que también el clima social esté orientado en ese mismo sentido. Si se dan estos supuestos el Estado de Derecho configura ciertamente la estructura jurídico-institucional más favorable (o la menos desfavorable) para coadyuvar a que dichos funcionarios teman incurrir en aquel tipo de conductas.

156

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

No hay una disposición específica sobre violaciones de derechos humanos por funcionarios públicos, ni tampoco con respecto a la responsabilidad de estos en general. Lo más genérico en materia de su responsabilidad es aquello que se dice respecto a "danos" que los "funcionarios, nessa qualidade, causarem a terceros"; situación en la cual responderán las "pessoas jurídicas de direito público" a que esos funcionarios pertenecen, y entonces "Cabera ação regressiva contra o funcionario responsável, nos casos de culpa ou dolo" (art. 107). Pero parecería que este texto se refiere sobre todo (¿o sólamente?) a perjuicios de orden económico; en todo caso, al funcionario no podría caberle, en esa "ação regressiva", más que una responsabilidad pecuniaria. La Constitución contiene, sí, una serie de preceptos concernientes a miembros de la judicatura, para hipótesis de crímenes "comuns" y para los crímenes llamados "de responsabilidade" (cf., por ejemplo, los arts. 42.II, 119.I.b y 122.I.b). Se señala, asimismo, que los militares pueden ser juzgados por "crimes militares" (art. 129 *in limine*).

En cuanto a la responsabilidad del Presidente de la República y de los Ministros de Estado, también ellos pueden ser enjuiciados por "crimes de responsabilidade" y "crimes comuns". Se consideran crímenes "de responsabilidade" del Presidente, los "atos" de este que, entre otras cosas, "atentarem contra... o exercicio dos direitos políticos, individuais e sociais" y contra "a segurança interna do País" (art. 82, incs. III y IV); dichos crímenes "serão definidos em lei especial" (art. cit., *in fine*). Acerca de los Ministros, se señala en particular que ellos incurren en "crime de responsabilidade" si, llamados a comparecer ante el Parlamento federal, no lo hicieren así, "sem justificação" (art. 38.1). Para enjuiciar al Presidente o a los Ministros, por cualquiera de los dos tipos de crímenes, previamente debe mediar autorización de la Cámara de Diputados, dada por dos tercios de sus miembros; luego aquellos pasan a ser juzgados por el Supremo Tribunal Federal o por el Senado, según los casos (arts. 40.I, 42.I, 83, 119.I apartados a/b). También se prevén responsabilidades, de ambos tipos, para algunos otros funcionarios: Procurador General del Estado, miembros de Tribunales, etc. (arts. 42.II y 119.I apartados a/b).

De las responsabilidades indicadas, aquellas que más directamente comportarían la violación de derechos humanos por conductas cumplidas en la función pública parecen ser las relativas a los "crimes de responsabilidade". Sin embargo, ellas son objeto de un procedimiento que no solo depende de la obtención de mayorías muy elevadas en el seno de órganos políticos (el parlamento), sino que incluso desemboca, en el hipotético caso de que haya condena, en una sanción prácticamente ridícula: "a pena limitar-se-á à perda do cargo com inhabilitação, por cinco años, para o exercicio da função pública, sem prejuízo de ação da justicia ordinária". Tal es la única responsabilidad *especial* que puede llegar a caberle al Presidente, a sus Ministros, a los miembros del Supremo Tribunal Federal o al Procurador General de la República (art. 42, incs. I, II y pár. final). Todo lo demás entraría, en el mejor de los casos, en el ámbito de los "crimes comuns".

(ii) COLOMBIA

La Constitución establece que, en principio, tanto particulares como funcionarios públicos están sometidos a igual responsabilidad por "infracción de la Constitución y de las leyes". Pero agrega que los segundos serán responsables, además, "por extrali-

mitación de funciones, o por [¡incluso!] omisión en el ejercicio de las mismas" (art. 20). En cuanto a la manera en que cabe "la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados", el texto constitucional se remite a lo que las "leyes determinarán" al respecto (art. 51).

En forma expresa se acoge el principio de que, cuando se da el "caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta" (art. 21.1). No obstante, de tal principio quedan "exceptuados" nada menos que los militares, pues en cuanto a ellos, si están "en servicio... la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden" (art. 21.2).

Cabe un control político sobre los actos del gobierno, lo cual corre a cargo del Congreso. Ese control consiste en la posibilidad de obtener informes (art. 103, inc. 4), pero en su caso puede llegarse hasta el juicio político (arts.: 96; 102, incs. 4 y 5; y 131). Este procede "cuando hubiere causas constitucionales o legales", contra el Presidente de la República, sus Ministros y otros altos funcionarios. Es la Cámara de Representantes quien deberá —por iniciativa propia o del Procurador General o de particulares— presentar la acusación ante el Senado, si hubiere mérito para ello. La acusación puede referirse a delitos comunes, en cuyo caso el Senado "pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema" si aquel considera que hay "lugar a seguimiento de causa" (art. 97.3). En cambio, cuando "la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta", entonces el juicio lo lleva adelante el Senado mismo; mas este "no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos", sin perjuicio de que "se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena" (art. 97.2).

(iii) COSTA RICA

La única referencia directa a nuestro tema está en el marco de una disposición según la cual "los funcionarios públicos... no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede", deben "cumplir esta Constitución y las leyes"; en ese mismo texto es donde se señala que "La acción es pública" (art. 11). No se

159

establece cuál será esa responsabilidad ni ante qué tribunales se hará efectiva. Cabe pensar, por tanto, que todo ello queda librado a lo que disponga la ley, cosa que en forma expresa se dice respecto a los jueces en general: para los tribunales, en "lo que no esté previsto por esta Constitución, la ley señalará... la manera de exigirles responsabilidad" (art. 166).

La responsabilidad de' Presidente de la República, los Ministros de Gobierno, miembros de la Suprema Corte de Justicia y otros altos funcionarios cabe tanto para el caso de incurrir en delito como por hechos que no lo impliquen. Para hacerla efectiva, la Asamblea Legislativa debe declarar que hay lugar a formación de la causa, por el voto de dos terceras partes de sus miembros, y entonces conocerá al respecto la Corte Suprema de Justicia (arts.: 121, incs. 9 y 10; 143 *in fine* con el 110.2; y 148 a 151).

Sin embargo, entre las causales de responsabilidad indicadas en forma expresa por el texto constitucional, ninguna de ellas menciona los derechos humanos fundamentales, sino que se refieren más bien a entrabamientos de que el Poder Ejecutivo pudiera hacer objeto la actividad del aparato estatal (art. 149, incs. 2 a 5) o son extremadamente genéricas (*loc. cit.*, incs. 1 y 6). Tampoco se señala ninguna responsabilidad agravada para dichos funcionarios, o algún tipo de responsabilidad especial; solo se indica que serán objeto de "suspensión... cuando haya de proceder contra ellos por delitos comunes (art. 121.10). Fuera de esto, no queda establecido sino que serán puestos "a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento" (art. 121.9), sin que estén especificadas las sanciones de que podrían ser objeto. Cabe acotar que la Asamblea tiene la facultad de interpelar y censurar a los Ministros, y en general deben concurrir ante ese órgano siempre que él lo disponga, pero no se establecen consecuencias ulteriores para los casos de censura (art. 145); esta queda, pues, como una sanción de simple orden moral, respecto a la cual el Presidente y el Ministro decidirán qué consecuencias les corresponde sacar (esto es, si el Ministro renunciará o no).

(iv) CUBA

Prácticamente, la Constitución no contiene ninguna mención directa sobre los puntos que estamos considerando en este capítulo. Lo que podría tener alguna relación con ellos, tal vez, es la disposición siguiente: "Toda persona que sufriere daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus

160

cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley" (art. 26). Acaso podría indicarse también el texto según el cual "las masas populares controlan la actividad de los órganos estatales, de los diputados, de los delegados y de los funcionarios" (art. 66.b). Pero en ninguna de las dos disposiciones se dice de *qué manera* puede llegar a ejercerse realmente tal "control", ni se indica la vía por la cual se sancionará al funcionario culpable, sobre todo si este desempeña un cargo alto; todo ello queda, en el mejor de los casos, librado a lo que pueda (o no) disponer la ley.

Observación.—"En relación con la responsabilidad constitucional de los funcionarios públicos, yo pienso que precisamente el artículo 130 y los que siguen, sobre el Fiscal General de la República, tienen mucho que ver:

> 'Corresponde a la Fiscalía General de la República, como objetivo primordial, el control de la legalidad socialista sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la ley y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales, y por los ciudadanos.
> La ley determina la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce las facultades al objeto expresado' (art. 130).

> 'La Fiscalía General de la República constituye una unidad subordinada únicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo del Estado.
> El Fiscal General de la República recibe instrucciones directas del Consejo de Estado.
> Al Fiscal General de la República corresponde la dirección y reglamentación de la actividad de la Fiscalía en todo el territorio nacional. (...)
> Los órganos de la Fiscalía están organizados verticalmente en toda la nación, están subordinados sólo a la Fiscalía General de la República y son independientes de todo órgano local' (art. 131).

"Es importante mencionar a la Fiscalía en el caso, precisamente, de la responsabilidad de los funcionarios por violación de los derechos humanos. A la Fiscalía, de acuerdo con las leyes que desarrollan sus competencias, le corresponde expresamente velar por los derechos de los ciudadanos. La Fiscalía, de acuerdo con la ley, lleva a la cárcel a los funcionarios públicos que violen la legalidad socialista, incluida la violación de los derechos humanos. Incluso hay en la Fiscalía una oficina, que está representada en todas las regiones del país, que se ocupa expresamente de esto. Esta Fiscalía es un órgano muy importante, con un gran desarrollo, y juega un papel muy valioso en este campo. Yo sé, por ejemplo, de casos de funcionarios que han ido a la cárcel, muchas veces por violar las normas jurídicas que les corresponde custodiar" (ANTILLÓN).

Acotación.— "Pero la Fiscalía mal puede controlar aquello que el Partido Comunista establezca como legítimo..." (HABA): cf. *infra*, cap. VII, Ap., iv (Discusión).

En cuanto a una responsabilidad política, lo único parecido a ella, dentro de lo señalado por el texto constitucional, podría ser lo dispuesto sobre revocación de diputados a la Asamblea Nacional: se dice que esto puede ser efectuado "en todo tiempo por sus electores, en la forma y por el procedimiento establecido en la ley" (art. 83). Y sobre la posibilidad de someterlos a un proceso penal, se establece que ello no puede tener lugar "sin autorización de la Asamblea, o del Consejo de Estado si no está reunida aquélla, salvo en caso de delito flagrante" (art. 81).

(v) CHILE

La Constitución señala, de paso, que es concebible la hipótesis de que un funcionario incurra en responsabilidad. Eso podría darse cuando una persona "sea lesionada en sus derechos" por un órgano estatal, pues para tal caso, además de poder reclamar ante tribunales contencioso-administrativos, se acota que ello es "sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño" (art. 38.2).

Por otro lado, se establece la responsabilidad específica de los jueces por delitos en el desempeño de sus funciones, entre los cuales figura el de "denegación y torcida administración de justicia" (art. 76.1). Será la ley quien "determinará los casos y el modo" de proceder a ese respecto, siempre que se trate de los miembros de la Corte Suprema (art. 76.2); en los restantes casos, parece que la determinación competería a la ley orgánica constitucional del Poder Judicial (arts. 74 y 78)[18].

---

(18) *Comentario.*— "No, esto ya está establecido en la legislación: cuál es el alcance de la norma y de la referencia, ya que la ley determinará los casos y el modo de proceder a este respecto, siempre que se trate de los miembros de la Corte Suprema. Para los miembros de la Corte Suprema se requiere una reglamentación especial. Los ministros de la Corte Suprema estaban exentos de responsabilidad en el régimen anterior; y al introducirse, en el régimen constitucional vigente, la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad por delitos ministeriales de los ministros de la Corte Suprema, hay que prever quién la va a juzgar, entre otras cosas. Por eso se requiere una norma legal especial que no estaba

162

Se prevé también la posibilidad de un control político del Congreso sobre los actos de gobierno (arts. 48 y 49), pero hasta marzo de 1989 no habrá Congreso en funciones (Disposición Transitoria Decimotercera y sigs.). En función de esto, y por el clima general de "verticalidad" que tiene la Constitución chilena, no cabe suponer que ella constituya un texto fértil para lograr que sean sancionados aquellos funcionarios que violen derechos humanos, cuando los autores son las propias altas autoridades estatales o quienes siguen sus instrucciones generales.

(vi) HONDURAS

La Constitución de este país tiene la particularidad de presentar un capítulo especial titulado: "De la responsabilidad del Estado y de sus servidores" (cap. XIII). Allí se establece que los funcionarios son "responsables legalmente por su conducta oficial" (art. 323.1). Cuando "el servidor público en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares", incurre en una responsabilidad que puede ser civil, administrativa y penal (art. 324), las cuales serán reguladas por la ley (art. 327).

La Constitución impone, desde ya, que: a) "Ningún funcionario o empleado, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes ilegales o que impliquen la comisión de delito" (art. 323.2); vale decir, que el funcionario no tiene la obligación de desobedecer en esos casos, sino solo la *facultad* de hacerlo —pero el término "ilegales" podría llegar a entenderse en sentido amplio, o sea, como comprendiendo cualquier orden que viole normas jurídicas superiores, esto es, también las de la Constitución misma—. b) La acción pública y sin formalidades, para "perseguir a los infractores de los derechos y garantías" constitucionales (art. 326). c) Amplios términos para la prescripción de la responsabilidad, e incluso la no prescripción "en los casos en que por acción u omisión dolosa y por motivos políticos se causare la muerte de una o más personas" (art. 325). Esas tres imposiciones al legislador son un ejemplo que, lamentablemente, no sigue ninguna de las otras Constituciones que examinamos.

---

dictada al sancionarse la Constitución; y de allí, el alcance de la norma constitucional. Pero en los restantes casos, es el Código Orgánico del Tribunal el que en sus normas señala quién tiene competencia para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces por delitos ministeriales, que pueden concluir, naturalmente, con la remoción de su cargo" (GONZÁLEZ).

1623

El control político no se encuentra establecido de una manera específica, pero se otorga al Congreso la atribución genérica de "Declarar si hay lugar o no a formación de causa contra el Presidente", Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Jefe de las Fuerzas Armadas, etc. (art. 205.15). En caso afirmativo, serán juzgados por la mencionada Corte, la cual conocerá al respecto, tanto si se trata de "delitos oficiales" como "comunes" (art. 319.2). Por otro lado, el Congreso puede interpelar a los Secretarios de Estado y a otros funcionarios, "sobre asuntos relativos a la administración pública", pero no se hallan establecidas unas eventuales consecuencias sancionatorias (art. 205.22).

(vii) MEXICO

La Constitución presenta algunas disposiciones que señalan directamente medidas que se tomarán contra funcionarios que no cumplan con lo establecido en materia de requisitos y de términos para mantener detenida a una persona. En efecto, si la detención llega a "exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión", de ello se "hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten" (art. 19.1); quienes infrinjan esta disposición, así como la de poner en libertad al detenido "dentro de las tres horas siguientes" al vencimiento de aquel término, "serán consignados inmediatamente a la autoridad competente" (art. 107.XVIII, inc. 2); lo mismo se aplica a quien "realiza una aprehensión y no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes" (*loc. cit.*, inc. 3). Por otra parte, se señala que: "Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal... son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades" (art. 19 *in fine*).

Si bien ninguna de esas disposiciones define cuáles serán las sanciones que recibirán los infractores ni por qué vías específicas serán juzgados, dichos preceptos señalan al menos que esto es posible y, más aún, jurídicamente obligatorio (aunque no se le haya otorgado mayor seguridad a tal obligación). Del mismo modo, al Congreso de la Unión se le comete expedir "una ley de responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación del Distrito Federal, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho"; los jui-

164

cios serán efectuados por "un Jurado Popular" (arts. 111.5 y 20.VI).

En un capítulo especial, "De las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos" (Título Cuarto), se señalan los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad de quienes ocupan los puestos más altos en la organización estatal: el Presidente de la República, los gobernadores de los Estados, los magistrados de la Suprema Corte de Justicia, etc. Se prevén causales variadas, delitos de carácter común y "oficiales", sujetos a procedimientos distintos según el tipo de delito y el cargo del acusado. Intervienen una o las dos Cámaras del Poder Legislativo de la Unión, según los casos, y eventualmente los órganos competentes del Poder Judicial (arts. 74.V, 76.VII, y 109 a 111); pero respecto a "demandas del orden civil no hay fuero ni inmunidad para ningún funcionario" (art. 114). Si se trata del Presidente, "durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves de orden común" (art. 108 *in fine*).

En el caso de los "delitos oficiales", la sanción prevista para el declarado culpable es, simplemente, que "quedará privado de su puesto... e inhabilitado para obtener otro por el tiempo que determine la ley"; ello sin perjuicio de que, si "el mismo hecho tuviere señalada otra pena en la ley, el acusado quedará a disposición de las autoridades comunes para que lo juzguen y castiguen con arreglo a ella" (art. 111, incs. 1 y 2; cf. también el inc. 6, así como los arts. 76.IX y 89.XIX, que posibilitan "la destitución, por mala conducta, de cualquiera de los ministros de la Suprema Corte de Justicia" y de otros magistrados, dando lugar a consecuencias similares). Por lo demás, para estos delitos, los "oficiales", la responsabilidad correspondiente "sólo podrá exigirse durante el período en que el funcionario ejerza su encargo, y dentro de un año después" (art. 113). Como se ve, no recae ninguna responsabilidad *especial* sobre las autoridades por violación de derechos humanos, sino que, más bien, las responsabilidades que les caben por la función son objeto de sanciones muy poco drásticas.

(viii) PERU

Curiosamente, aunque la Constitución peruana es de las más avanzadas en otros aspectos relativos a los derechos humanos, ella no establece casi nada sobre responsabilidad de los funcionarios públicos. Si bien presenta un capítulo titulado "De la fun-

165

ción pública" (Título I, cap. VI), él no contiene ninguna especificación al respecto; la única alusión a una "responsabilidad de los funcionarios" es para los casos de "enriquecimiento ilícito", y aun para ello consiste en una mera remisión a la ley, la cual, según se dice, "regula" el punto. En otro sitio, sin embargo, hay una vaga referencia a nuestro tema: al hablar de los órganos estatales en general, se dice que quienes ejercen el poder lo hacen "con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley" (art. 81.1). Una alusión algo más específica aparece entre la enumeración de las "garantías de la administración de justicia", donde se establece que, en caso de "detenciones arbitrarias", la indemnización a cargo del Estado es "sin perjuicio de la responsabilidad de quien las ordena" (art. 233.16). En lugar aparte, se menciona también que "la conducta funcional de los jueces" está sujeta a "sanciones", que aplica la Corte Suprema de Justicia (art. 248.)

La responsabilidad política de los Ministros la hace efectiva la Cámara de Diputados, la cual no solo tiene la facultad de interpelarlos, sino también de pronunciar respecto a ellos "el voto de censura o de falta de confianza"; si tal voto se produce, tiene por consecuencia que "el Ministro censurado debe renunciar" (art. 226). Respecto a las infracciones del Presidente, miembros de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal de Garantías Constitucionales, y otros altos funcionarios, la Cámara tiene la competencia para acusarlos ante el Senado y este ha de "declarar si ha o no lugar a formación de causa" (arts. 176.3, 183, 184, 186.2 y 210). Esas acusaciones proceden "por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas" (art. 183 *in fine*). En cuanto al Presidente, "sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria", por impedir elecciones o por disolver indebidamente el Congreso (art. 210). Como se ve, no hay ninguna referencia específica a derechos humanos, y menos aún en el caso del Presidente (salvo que, hipótesis poco probable, unas violaciones a ellos llegaren a ser calificadas como "traición a la Patria")(19). Si el Senado declara que cabe la "formación de

(19) *Comentarios.*—

— "Hay que tener presente que, en nuestra tradición constitucional, y en la de algunos países de América Latina, el Presidente es irresponsable e inimputable, en materia civil y penal. Por eso los actos presidenciales requieren refrendo ministerial, porque es el Ministro el que responde; y esto, de acuerdo con la tradición británica de que 'el Rey no se equivoca'. No digo que esté bien o que esté mal, pero esa es la tradición peruana. Entonces, en

166

causa", entonces "queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según ley" (art. 184).

(ix) URUGUAY

Respecto a los jueces, la Constitución señala —únicamente para dichos funcionarios— que ellos "son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca" (art. 23); pero no está dicho cómo se haría efectiva esta responsabilidad. Podría entenderse, de todos modos, que la parte final de dicho texto consagra asimismo la posibilidad de hacer valer una responsabilidad por omisión para la judicatura. En cuanto a los demás funcionarios, solo está previsto en forma expresa que, en ciertos casos, "el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación"; y ello no se refiere sino a daños que originan responsabilidad de tipo civil (arts. 24 y 25).

En cuanto a las responsabilidades políticas, la Constitución preveía una serie de controles respecto a altos funcionarios, por parte del Parlamento: juicio político al Presidente (arts. 93 y 102); censura a ministro, lo cual determina la renuncia de este (arts. 147 y sigs.). Naturalmente, todo esto quedó sin efecto luego del decreto que en 1973 disolvió las Cámaras[20].

---

realidad quienes responden por los actos del Presidente son los Ministros, y así ha sido en toda la Historia nuestra de los últimos años" (GARCÍA B.).

— "Me resulta un tanto asombroso el argumento invocado: 'siempre se ha hecho así, y existe la tradición de que el Rey no se equivoca'. Es posible que exista esa tradición, pero la verdadera pregunta es: ¿se equivoca o no se equivoca? Y *si* se equivoca, o si se puede equivocar, entonces: ¿por el hecho de que la tradición exista, tenemos que *seguirla* manteniendo? Creo que es ese el verdadero problema" (HABA).

(20) De acuerdo con el Acto Institucional No. 11 (del 28 de julio de 1981), art. 1, dichas Cámaras son sustituídas, en la mayoría de sus funciones, por el Consejo de Estado; pero este es un órgano cuya integración lo hace tan dependiente del Poder Ejecutivo (*supra*, cap. V: Ap., ix.I), que no deseará —ni podría— hacer objeto de un verdadero *control* a los gobernantes. [Téngase presente que esta nota es de 1984.]

167

(x) VENEZUELA

En el Preámbulo mismo de la Constitución se afirma que el Estado ha de garantizar "la efectiva responsabilidad de quienes ejercen la función pública". Y, en efecto, está prevista en forma muy amplia la posibilidad de responsabilizar a los funcionarios que incurran en violaciones de derechos constitucionales, e incluso se prevé que no servirá de excusa la orden de superiores jerárquicos: "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios o empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes" (art. 46). Para cerrarle todavía más la puerta a la eventual invocación de pretendidas excepciones a esa disposición, se señala también que: "El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley" (art. 121); y se subraya, incluso, que el Ministerio Público debe "Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones" (art. 220.5). Como una manera de establecer sanos principios generales en la materia, por supuesto que esas disposiciones son satisfactorias, tanto más cuanto que no están prescritas con esa nitidez en otras Constituciones. Sin embargo, lo cierto es que en definitiva dependerá de la ley la forma en que se den las vías para hacer efectivas tales responsabilidades.

Las Cámaras tienen facultades investigativas de orden general (arts. 160 y 161). Y en cuanto a responsabilidades políticas que aquellas puedan hacer efectivas, por lo pronto cabe la censura a los Ministros, por parte de la Cámara de Diputados, con la consecuencia de que aquellos sean removidos de sus cargos, y además se puede "ordenar su enjuiciamiento" (art. 153.2). El Presidente de la República, por su parte, es denunciado por la Corte Suprema de Justicia, pero para ello debe mediar autorización del Senado, dada por el voto de la mayoría de sus miembros (arts. 150.8 y 215.1); el juzgamiento debe ser llevado a cabo por "la Corte en pleno" y las "decisiones serán tomadas por mayoría absoluta de la totalidad de sus Magistrados" (art. 216.1). Las causales de ese enjuiciamiento no aparecen indicadas en dichos artículos, pero al parecer serían muy amplias, tanto de tipo propiamente político como los casos de delito común: "El Presidente de la República es responsable de sus actos, de conformidad

168

con esta Constitución y las leyes" (art. 192; cf. asimimo los artículos indicados en el párrafo anterior, e incluso —por analogía— el art. 215.2 que se señala a continuación).

También otros altos funcionarios —Ministros, miembros de la propia Corte, etc.— son enjuiciados por la Corte "cuando se trate de delitos políticos"; mientras que "si el delito fuere común", ella resuelve solo sobre "si hay o no mérito para el enjuiciamiento", para, "en caso afirmativo, pasar los autos al Tribunal ordinario competente" (art. 215.2). En ninguno de esos dos casos interviene el Parlamento (excepto que los enjuiciados sean miembros del Congreso), pero las resoluciones de la Corte deben ser tomadas conforme a la mayoría antes señalada (art. 216.1).

No aparecen claramente indicadas las consecuencias de todos esos enjuiciamientos(21). Parecería ser que el delito político acarrea simplemente la pérdida del puesto (con respecto al Presidente, por ejemplo, solo se dice que si el enjuiciamiento es autorizado por el Senado, aquel "quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones" —art. 150.8 *in fine*—)(22), salvo que la ley disponga alguna otra sanción complementaria; en cuanto a los casos de delito común, se les aplicaría la legislación penal respectiva.

---

(21) *Comentario.*— "Claro que no podían aparecer: son los delitos previstos en el Código Penal los que van a establecer las consecuencias. Allí es que están las penas; las penas de todos los delitos habidos y por haber no pueden estar en la Constitución" (BREWER).

(22) *Comentario.*— "El hecho de que la Constitución diga que el Presidente, cuando el Senado autoriza su enjuiciamiento, sea suspendido en el ejercicio de sus funciones, se refiere a un trámite procesal, es una consecuencia *procesal.* Iniciado un juicio, autorizado el enjuiciamiento del Presidente por el Senado, aquel queda automáticamente suspendido. El delito político está regulado en el Código Penal, y sus penas están establecidas ahí. No puede decirse que el delito político "acarrea simplemente la pérdida del puesto", pues no es exacta tal apreciación. Es la legislación penal, común, la que establece —como debe ser— las consecuencias de estos delitos, tanto de los políticos como de los comunes, y no podría en ningún caso hacerlo la Constitución" (BREWER).

Capítulo VII

ESTADOS DE EXCEPCION

Homo homini lupus.

HOBBES

Cuando en el Concilio de Constanza, los puritanos se quejaban de la vida licenciosa de los papas y gemían acerca de la necesidad de reformar las costumbres, el cardenal Pierre d'Ailly dijo, con voz tonante: "¡Cuando sólo el demonio en persona puede salvar a la Iglesia católica, vosotros pedís ángeles!". La burguesía francesa exclamó también, después del coup d'etat: *¡sólo el jefe de la Sociedad del 10 de Diciembre puede ya salvar a la sociedad burguesa! ¡Sólo el robo puede salvar a la propiedad, el perjurio a la religión, el bastardismo a la familia y el desorden al orden!*

MARX

No master how perfect the theoretical statement of human rights contained in the constitution of a state, one provision, within it, contains the germ of destruction of all of those rights. This is the license to declare a state of siege.

D. SANDIFER

The army tends in certain countries to regard itself, rather than the constitution, as the watchdog of human rights and to claim for itself the right to decide when to intervene in protection of human rights.

W. CONTON

En el estado de necesidad, el Estado puede violar incluso los derechos bien adquiridos, invadir la esfera de la libertad de sus súbditos, incluso sin base legal... en definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma Constitución... Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estimen justa aquellos que se aprovechan para sus fines partitulares del "estado de necesidad política".

KELSEN

El nuevo texto constitucional refuerza la seguridad de las personas y de la Patria, por me-

dio de eficaces regímenes de excepción, que brindan a la autoridad facultades suficientes para controlar, frenar y doblegar la subversión, sin permitir, al mismo tiempo, su eventual empleo abusivo o desproporcionado.

A. PINOCHET

Allá van las leyes do quieren los reyes.

REFRANERO POPULAR

El derecho, llegado el caso, acude en ayuda de las estructuras existentes, apoya con la fuerza el poder establecido y se erige en campeón del statu quo. *Pero todo ello se hace con una filigrana de vocablos y de conceptos de lo más edificantes y tranquilizadores.*

P. MERTENS

Las naciones surten el efecto de prejuicios colectivos.

D. SENGHAAS

Los términos "interés nacional" son únicamente inoportunos vocablos que solo pueden empañar el análisis y en modo alguno hacerlo prosperar. Con la excepción de comunidades sumamente reducidas y sobremanera simples (quizá los esquimales groenladeses) o en la isla de Utopía, los intereses particulares de grupos de intereses particulares son los únicos términos con que el análisis puede operar.

M. I. FINLEY

Desconfiad, noble Lord, que el beneficio del Estado no se os llegue a aparecer como justicia.

SCHILLER

Libertad y raison d'état *son mutuamente incompatibles, por la sencilla razón de que la* raison d'état *es un principio que se propone* a priori *excluir toda discusión racional. No busca la verdad ni la justicia, sino la sumisión.*

LASKI

La guerra proporciona un buen pretexto para las exacciones pecuniarias y, al mismo tiempo, para tener grandes ejércitos que sirvan sobre todo para mantener al pueblo sometido. En fin, queda claro que los príncipes conquistadores hacen la guerra por igual a sus súbditos y a sus enemigos, y la condición de los vencedores no es mejor que la de los vencidos. Podemos decir, a efectos de la guerra, que es el soberano el que hace daño y su propio Estado el que lo recibe.

ROUSSEAU

Los hombres querrían agredir a voluntad, con la conciencia limpia, y declarar al mismo tiempo que sólo es maligno el acto ajeno y jamás el propio. De ahí que muy raramente recusen el "derecho" a la violencia aunque la prohíban en general. Los hombres adivinan el demonio en los otros y sien-

171

ten al ángel de la guarda en sí mismos...

R. A. HERRA

Es más fácil destruir que producir.

Th. SCHELLING(*)

* * *

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

— "El hombre es un lobo para el hombre" (Thomas HOBBES, *De Cive,* Dedicatoria).

— MARX, p. 310. ["Junto a *roués* (libertinos) arruinados, con equívocos medios de vida y de equívoca procedencia, junto a vástagos degenerados y aventureros de la burguesía, vagabundos licenciados de tropa, licenciados de presidio, esclavos huídos de galeras, timadores, saltimbanquis, *lazzaroni* (gandules), carteristas y rateros, jugadores *maquereaux* (rufianes), dueños de burdeles, mozos de cuerda, escritorzuelos, organilleros, traperos, afiladores, caldereros, mendigos; en una palabra, toda esa masa informe, difusa y errante que los franceses llaman la *bohème;* con estos elementos, tan afines a él, formó (Luis) Bonaparte la solera de la Sociedad del 10 de Diciembre (en 1849)" —*ibid.,* p. 268—.]

— "No importa cuán perfecta sea la enunciación teórica de derechos humanos contenida en la Constitución de un Estado, una disposición, en el seno de aquella, contiene el germen de destrucción de todos esos derechos. Es la autorización de declarar un estado de sitio" (SANDIFER, p. 190).

— "En ciertos países, el ejército tiende a considerarse a sí mismo, de preferencia a la Consttiución, como el perro guardián de los derechos humanos y a reclamar para sí el derecho de decidir cuándo ha de intervenir en protección de los derechos humanos" (W. CONTON, en INSTITUT INTERNATIONAL DES DRITS DE L'HOMME, *Méthodologie...,* p. 373).

— KELSEN, *Teoría general...,* p. 206.

— PINOCHET, p. 11.

— Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, *Don Quijote de la Mancha,* Parte I, cap. XLV.

— MERTENS, p. 254.

— "Nationen wirken, wir erwähnten es, wie kollektive Vorurteile" (SENGHAAS, *Zur Analyse...,* p. 377).

— FINLEY, p. 81-82.

— "Misstraut Euch, edler Lord, dass nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine" (J. Ch. Friedrich SCHILLER, María Estuardo, Acto Primero, Escena siete).

SUMARIO:

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.* El Derecho Internacional como marco: (b) comentarios. *64.* El Derecho Internacional como marco: (c) cuestiones de interpretación. *65.* Dificultades subsistentes, Discusión general.

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.

Literatura escogida:

CARRANZA, Fuerzas armadas y estado de excepción en América Latina. COMBLIN, La Doctrina de la Seguridad Nacional. CORTIÑAS-PELÁEZ, Poder ejecutivo y función jurisdiccional. GARRETÓN, En torno a la problemática actual de los derechos humanos (sec. III). INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, States of Emergency. JOXE *et al.*, La violencia y sus causas. MARKS, Les principes et normes des droits de l'homme applicables en période d'exception. MARTINS, La Protección de los derechos humanos frente a la suspensión de las garantías constitucionales o "Estado de Sitio". MONTEALEGRE, La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos (cap. 34). NORRIS/DESIO, The Suspension of Guarantees. QUADRA-SALCEDO, La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de excepción. SCHMITT, La dictadura. TAPIA VALDÉS, El terrorismo de Estado (esp. cap. VI).

* * *

— LASKI, p. 153.

— ROUSSEAU, p. 40 y 57.

— HERRA, p. 11.

— Thomas SCHELLING, cit. en JOXE *et al.*, p. 17.

Sección A): BASES CONCEPTUALES

§ 60. Generalidades

SUMARIO:

I. Tipos de causales.
II. Tipos de regímenes especiales.
III. Heterogeneidad de los estados; una definición.

I

Así como en el plano ideológico es la Doctrina de la Seguridad Nacional quien provee las justificaciones más habituales para otorgarle al aparato estatal unas facultades que le permiten violar cómodamente derechos humanos (*supra*, § 23), en el plano jurídico-institucional ello suele darse —y a menudo invocando aquella[1]— en el marco de los *estados de excepción* (llamados así o de otras maneras). Están señalados desde ya en los Instrumentos; su versión normativa en el Derecho interno aparece generalmente en las Constituciones, sea bajo una u otra forma.

---

(1) *Comentario.*— "La Doctrina de la Seguridad Nacional es una cosa y los regímenes de emergencia son otra; por lo menos históricamente son otra. Los regímenes de emergencia tienen su origen en la dictadura romana, donde la dictadura no era para aplastar el orden jurídico sino para salvarlo (*infra*, § 61.II)... ¡y esa es la curiosidad! Entonces, creo que hacer una sinonimia entre seguridad nacional y regímenes de emergencia es exagerado. Por dos razones adicionales, además. Una: la Doctrina de la Seguridad Nacional es un proyecto de largo alcance, mientras que por esencia el régimen de excepción es algo transitorio (no digo que en la práctica no dure varios años, pero su esencia es ser transitorio). Segundo: dicho régimen no significa una conducción o lineamiento ideológico, como lo significa la mencionada Doctrina. Más aún, los regímenes de excepción se dan inclusive en los países comunistas: en Polonia, en Hungría, en Bulgaria, [en Nicaragua,] etc.; todos allí tienen previsto un estado de sitio, y es con otro contexto ideológico" (GARCÍA B.).

En efecto, la manera más común de respaldar jurídicamente violaciones tan numerosas como graves a los derechos humanos es mediante la declaración y puesta en práctica de tales estados. Constituyen un remedio extremo que las Constituciones prevén para situaciones de emergencia, anormales, "patológicas" si se quiere, en la "vida" de los Estados: guerras, catástrofes naturales, rebeliones internas, etc. Los comentaristas han identificado —señala O'DONNELL[2]— cuatro tipos de emergencias que pueden justificar la suspensión de normas de derechos humanos: la guerra u otra amenaza internacional de carácter militar; desórdenes internos o amenazas contra la seguridad o el orden público; catástrofes naturales; emergencias económicas (algunos extienden este último tipo al punto de incluir allí problemas relativos al desarrollo de las bases económicas mismas).

Con vistas a una clasificación de tales emergencias, MARKS (p. 198 ss.) las agrupa en tres grandes tipos: 1. excepción en virtud del conjunto de las condiciones económicas y sociales (subdesarrollo económico); 2. excepción por causa de fuerza mayor (cataclismos naturales); 3. excepción debida a disturbios internos y a conflictos armados (tensiones internas, conflictos armados que no presentan carácter internacional, guerras de liberación, guerra internacional).

Estos "'tres tipos de situaciones excepcionales... difieren en muchos respectos unos de otros; también comportan muchos rasgos comunes. Para un país o una región que desde siglos atrás no ha conocido la abundancia —si es que la conoció alguna vez—, el subdesarrollo no tiene nada de excepcional: constituye

(2) Aquí y en otras partes de este capítulo hemos extractado, pero sin que la transcripción sea del todo literal, pasajes de un estudio que Daniel O'DONNELL preparó especialmente para nuestra investigación, titulado: *Legitimidad de los estados de excepción, a la luz de los instrumentos de derechos humanos*. Pero allí donde la referencia a O'DONNELL la efectuamos sin indicar fuente, ello corresponde a intervenciones suyas en la Reunión II. Hemos extractado asimismo, también en forma no del todo literal, pasajes de otro estudio preparado para nuestro trabajo, pero perteneciente a Domingo GARCÍA BELAÚNDE: *Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas* (mas el contenido de la nota anterior y el de la n. 48 [esta última pertenece al Apéndice] se toman de la Reunión II).

la regla, más bien que la excepción. En cambio, una catástrofe natural, que sobreviene súbitamente, coloca a las autoridades nacionales ante una situación nueva a la que pueden no estar en condiciones de hacerle frente. En cuanto a los conflictos armados, se trata de situaciones en el curso de las cuales las autoridades son impugnadas desde el interior o el exterior por una fuerza militar que, por definición, no quiere estar sometida a las leyes del Estado en cuestión. Las tres situaciones difieren en cuanto a su duración, los medios indicados para hacerles frente, las relaciones entre las autoridades nacionales y la población, y las fuentes de las reglas aplicables" (MARKS, p. 232).

Ahora bien, la tipificación efectuada parecería encerrar una contradicción. El subdesarrollo es presentado allí como una situación de "excepción", sin perjuicio de reconocer que, al fin de cuentas, él "no tiene nada de excepcional". Mas no se puede ignorar que muchos piensan de la manera siguiente: "Mientras los recursos del planeta no se repartan en función de las necesidades de cada pueblo, los países más desprovistos deberán enfrentar las circunstancias *excepcionales* del 'subdesarrollo'; los dirigentes de esos países consideran a menudo que el goce de ciertos derechos humanos es, en tales condiciones, un lujo que sus pueblos no pueden otorgarse antes de un tiempo más o menos lejano" (*loc. cit.*, p. 198 —cursiva nuestra—). Pero con respecto a este argumento, *vid.* también *infra*, § 84.

Por otro lado, todo ello puede tener que ver con lo que se ha llamado "emergencia económica". Sin embargo, este concepto no coincidiría estrictamente con el de subdesarrollo, ya que aquella puede darse también en países que no presentan tal característica o deberse a causas ajenas al subdesarrollo mismo. Sea como sea, valgan las siguientes observaciones de O'DONNELL sobre el punto.

Aunque la emergencia económica no está reconocida explícitamente por las normas internacionales, los términos de estas son lo bastante amplios como para no excluirla tampoco. El problema a este respecto surge por la realidad que los motiva: normalmente, cuando se piensa en situaciones urgentes de carácter económico, lo cierto es que son de larga duración; y esto parece inconsistente con la idea de una emergencia, según ha sido definida por la jurisprudencia y los tratadistas. De todos modos, también puede mencionarse el ejemplo de lo sucedido en Europa durante la Segunda Guerra Mundial, donde en algunos de los países que no participaron en la guerra regían estados de sitio, principalmente por las dificultades en conseguir los mate-

116

riales esenciales para desarrollar la vida normal de la nación: alimentos, combustible, etc. Había allí situaciones de interferencia muy aguda en la vida económica del país, y eso puede justificar el tener un estado de emergencia por motivos esencialmente económicos.

"El adjetivo 'excepcional' se aplica a lo que 'está fuera de lo común'. Retengamos dos ideas de esa definición: las situaciones que vamos a examinar no son las normales, ordinarias, que prevalecen en la aplicación de los derechos humanos. Ellas están, en consecuencia, precedidas o seguidas por períodos considerados como normales; de ahí su carácter temporario. Además, cuando efectuemos el análisis jurídico de las consecuencias que se extraen de esas circunstancias, veremos que no ponen en tela de juicio los principios, que permanecen válidos. La noción de excepción se acerca aquí a la de *emergency*, que es definida como *a political term, to describe a condition approximating to that of war*. Ese término está más cerca de la realidad que queremos aprehender; pues la situación extrema es la de la guerra, y a medida que uno se aproxima a ella se hallarán las mismas dificultades para proteger los derechos humanos que en período de guerra" (MARKS, p. 198). *Vid.* también *infra*, § 62.III.

II

Frente a situaciones como esas, el gobierno suele recurrir a regímenes especiales, marcados mediante distintos nombres y que ofrecen características normativas variadas: "estado de sitio", "facultades extraordinarias", "medidas prontas de seguridad", "estado de emergencia", etc.

"La institución jurídica mediante la cual se suspenden dichas garantías se denomina *'estado de sitio'* en las Constituciones vigentes [en 1966] de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, República Dominicana, Haití, Panamá y Paraguay: *'suspensión de garantías constitucionales'* (o nombre muy similar) en Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela; *'facultades extraordinarias al Presidente de la República'* en Ecuador; *'aplicación de la ley de orden público'* en Guatemala; *'medidas prontas de seguridad'* en Uruguay, y *'suspensión del writ de hábeas corpus'* en Estados Unidos de América. No existe diferencia de naturaleza entre estas denominaciones, sino más bien diferencia de alcances y, generalmente, una misma denomina-

ción cubre instituciones con un alcance más diverso entre sí que respecto a las de distinto nombre" (MARTINS, p. 126).

Más adelante, MARTINS examina distintas modalidades de esa "dictadura constitucional", expresión que —siguiendo a Carl J. FRIEDRICH— utiliza "para designar todos estos métodos contemporáneos de concentración de poderes"; métodos que, originados en el "état de siège" y la suspensión del "writ de hábeas corpus", pasando por el "emergency power", desembocan actualmente en el "estado de sitio", la "ley marcial" y el otorgamiento de "facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo" (*loc. cit.*, p. 131-138).

Esas situaciones que producen ruptura, quiebra, alteración o suspensión del orden constitucional llevan, pues, diversos nombres. Unos las califican como situaciones de "emergencia", otros como "anomalías", otros como "urgencias", como casos o situaciones "anormales",etc. Nosotros las llamaremos: "estados (o situaciones) de excepción". Esta tiene la ventaja de ser una denominación descriptiva, no encerrar criterios valorativos[13]; y se llaman así porque la excepción está referida al punto de vista constitucional, que tolera esos estados por breve lapso y no como situación permanente[4]. Dicha situación, a su vez, origina determinados remedios o facultades que se encuadran en lo que se denomina "régimen de excepción", y que como tal es conocido en la mayoría de las Constituciones modernas. (GARCÍA B.)

Ahora bien, frente a las situaciones de excepción existen diversos institutos para hacerles frente, los cuales a veces no son más que nombres distintos para situaciones similares, y que se explican, en parte, por el diferente origen y desarrollo histórico de los países y sus respectivas

---

(3) Sobre los motivos para preferir que el contenido de los conceptos básicos que utilizamos no esté conformado por tal clase de criterios, los axiológicos, cf. *supra*, § 9.III.

(4) Claro que de una "excepción" se trata solo si dicho régimen es comparado con la versión clásica de lo que debe contener una Constitución: cf. *supra*, § 32.I.

tradiciones. Se trata de institutos como los siguientes: estado de guerra, ley marcial, estado de asamblea, estado de sitio, facultades extraordinarias, suspensión del Hábeas Corpus, suspensión de garantías. Hay también, al margen de los mencionados, unos remedios innominados, otras medidas con nombres genéricos y que tienen similitud con los anteriores. Así, la Constitución de Cuba de 1940 menciona el "estado de emergencia", el cual existe también en la Constitución peruana de 1979; la Constitución argentina (peronista) de 1949 contempló el "estado de prevención y alarma"; la chilena de 1980 consagra, entre otros, el "estado de catástrofe"; la Constitución española de 1978 contempla (art. 116) el "estado de alarma", al lado de los estados de excepción y de sitio; la uruguaya, unas "medidas prontas de seguridad" (art. 168.17); etc. (GARCÍA B.).

III

Todos estos estados permiten al gobierno tomar medidas especiales de represión, que van más allá de las limitaciones a que suelen estar sujetos los derechos humanos en situaciones de normalidad en países donde estos son generalmente respetados. El problema es que, por una regulación poco destinada a la defensa de tales derechos, o concebida en términos demasiado genéricos en cuanto a las facultades otorgadas al gobierno para esas circunstancias, las actuaciones del Poder Público conducen entonces, en muchos países, a lo que con razón se ha llamado una "represión legal" contra derechos humanos. Pero las causas invocadas y las medidas que se toman pueden variar bastante de uno a otro caso.

"[N]ada caracteriza tanto a los estados de excepción como su diversidad. Algunos son muy limitados, tienen poco o ningún efecto sobre las vidas de la gran mayoría de la población; otros no son más que una etapa de transición en la construcción de regímenes autoritarios, antidemocráticos (por ejemplo,... ocho años de ley de emergencia en Chile culminaron con la adopción de una

Constitución inconsistente respecto a las tradiciones jurídicas e institucionales de la nación, y opuesta a los principios expuestos en instrumentos de derechos humanos de los cuales Chile es un Estado Parte). Las circunstancias que han llevado a los gobiernos a declarar emergencias o emplear poderes de emergencia son también muy diversas; los ejemplos incluyen el asesinato del jefe de Estado (Bangladesh, 1981), huelgas en un sector crítico de la economía (Mauritania, 1971), huelgas generales (Túnez, 1978), demostraciones estudiantiles (Sierra León, 1977), conflicto tribal (Somalía, 1981), fraude electoral (Pakistán, 1977), intervención militar para evitar que un gobierno electo entre en funciones (Bolivia, 1980) o para remover un gobierno electo (Chile, 1973), tentativas de golpes militares (Sudán, 1976), tensiones o conflictos fronterizos (Egipto, 1980), actividades regionales de guerrillas (Filipinas, 1972), campaña organizada de asesinato y bombardeo (Irlanda del Norte, 1971), y disturbios civiles ampliamente extendidos (India, 1975)" (O'DONNELL, *States...*, p. 1, con las ns. 3 y 4 ubicadas en p. 25-26).

Si como guía se quiere disponer de una especie de definición general, puede utilizarse la siguiente, por ejemplo:

> "Cualquiera sea el nombre que adopte esta institución *consiste en el poder jurídico, previsto en la Constitución, por el cual en caso de ataque exterior o conmoción interior, y con el fin de velar por la seguridad del Estado, la integridad de su territorio o la vigencia de su Constitución y de restablecer la paz o el orden público turbados, mediante ciertos procedimientos, se autoriza al Poder Ejecutivo y/o al Legislativo a suspender todas o algunas garantías del ejercicio de los derechos individuales y a adoptar medidas extraordinarias de índole policial y también, en ciertos casos, de carácter militar, financiero, legislativo y/o gubernativo*" (MARTINS, p. 127).

"Las mayores diferencias pueden apreciarse en cuanto al *procedimiento* para decretar la suspensión de garantías o estado de sitio, y en cuanto al *alcance* de las mismas. Fundamentalmente, las diferencias consisten en cuáles garantías pueden suspenderse y de qué índole serán las medidas extraordinarias a adoptarse, si meramente policiales o también militares, financieras y legislativas y/o gubernamentales" (*ibid.*).

180

§ 61. Sentido y alcance de la suspensión de derechos

SUMARIO:

I. Ubicación en (o fuera de) el Estado de Derecho.
II. Dictadura comisaria y dictadura soberana ("dictadura constitucional" y gobiernos *de facto*), leyes de excepción y estados de excepción, etc.
III. ¿Razón de Estado o dogmática jushumanista?
IV. Paso al nivel pragmático.
V. Conclusión: el problema de los límites como dificultad permanente.

I

A pesar de todo, los estados de excepción caben, o pueden llegar a caber, aun dentro del marco de un Estado de Derecho. Por ello se hallan previstos en un instrumento jurídico justamente, la Constitución. Se ha dicho que son el Estado de Derecho para las situaciones anormales. Su sentido, desde este punto de vista, es constituir un Derecho excepcional, pero *Derecho* al fin. De lo que se trata, allí, es de que la excepción misma quede *sometida* al Derecho, no a cualquier clase de medidas. Pero para aquilatar tal cosa, siempre habría que ver, todavía, qué tipo de "Derecho" es ese; pudiera ser que incluso el sistema jurídico *normal* del Estado en cuestión respondiese a criterios que no son los jushumanistas, en cuyo caso, aunque la excepción esté "sometida" al Derecho —vale decir, a *ese* Derecho—, poco se ganaría desde el punto de vista de los derechos humanos.

Ante la insuficiencia de las leyes, pensadas para tiempos de calma y quietud, surgen las medidas extraordinarias, que no están expresamente previstas en el texto constitucional, aun cuando, paradójicamente, pretendan salvar a la Constitución misma. Por eso, desde muy temprano en la historia del constitucionalismo, se vio la necesidad de recurrir a estas "rupturas" ante situaciones imprevistas, extraordinarias o de emergencia. Se tuvo que adoptar soluciones alternativas y enfoques jurídicos para hacer frente a lo que SÁNCHEZ VIAMONTE ha llamado "las brechas del

181

constitucionalismo". Así, se entiende por *estado de necesidad,* en el Derecho Constitucional, aquellas circunstancias urgentes o imprevistas que hacen indispensable, para salvaguardar el Estado, la concentración de poderes bajo la sola decisión del órgano llamado a beneficiarse. (GARCÍA B.)

Ahora bien, dentro del punto de vista que acabamos de referir no podrían caber unos estados de excepción que difícilmente armonizan con aquella visión del constitucionalismo; por ejemplo, cuando su duración se prolonga de manera indefinida, cuando responden a un tipo de "excepción" como el subdesarrollo (*supra,* § 60.I *in fine*), etc. Convendría efectuar, pues, algunas distinciones. Por ejemplo, "distinguir entre estados de excepción y regímenes de excepción, por un lado, y entre 'regímenes' de excepción transicionales con finalidades democráticas' y 'regímenes de excepción transicionales con finalidades autoritarias', por el otro. Los estados de excepción se definen como 'modos extraordinarios de gobernar previstos por las leyes del país y sujetos a tales leyes para declararlos y llevarlos adelante *(implementation)';* mientras que los regímenes de excepción se definen como 'situaciones *de facto* que son de naturaleza puramente política', esto es, declaraciones de un estado de excepción que acompañan a 'intervenciones (en el gobierno) que no pueden ser justificadas en el plano de la Constitución o de leyes establecidas previamente'.

"Estas definiciones dirigen la atención hacia otro aspecto del problema, que a veces se pasa por alto: el recurso a un estado de emergencia corresponde a cierto respeto por la legalidad, o por lo menos al deseo de mostrar tal respeto. De un lado, una situación que no es distinta a un estado de emergencia, en cuanto a la extensión en que se restringen los derechos humanos, puede existir cuando el gobierno asume simplemente los poderes represivos que considera necesarios, sin consideración por las formalidades legales o constitucionales; estas situaciones pueden ser descritas como estados de emergencia *de facto.* De otro lado, un estado de emergencia no necesita acarrear gruesas o excesivas violaciones de derechos humanos; el estado de emergencia es la contrapartida, en Derecho Internacional, de la legítima defensa en Derecho Penal". Por lo demás, y desde otro ángulo aún, cabe acotar que la Constitución "debería distinguir varios tipos de emergencias: una crisis económica puede no requerir los mismos poderes de emergencia que los desórdenes civiles" (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 413 y 433).

"Por tanto, se podría concluir que un estado de emergencia *de facto* existe allí donde hay una denegación sistemática de al-

182

gunos de los derechos siguientes: libertad de sufrir arresto o detención arbitrarios; los derechos de defensa; separación entre los prisioneros condenados y los no condenados, y los demás derechos indicados en el artículo 10 [del Pacto]; libertad de interferencia arbitraria en la privacidad, familia, hogar, correspondencia, honor y reputación, de cada persona; el derecho a protección jurídica contra discriminación por motivos de opinión política, u otras de las razones señaladas en el artículo 26 [*ibid.*]; protección de los derechos de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, tal como lo exige el art. 27 [*ibid.*]" (O'DONNELL, *States...*, nota 1 de la p. 25).

De cualquier modo, lo cierto es que ante situaciones como las referidas, y sean cuales fueren las previsiones o imprevisiones constitucionales, las autoridades no suelen caracterizarse por practicar un respeto demasiado escrupuloso hacia los derechos humanos fundamentales. En efecto, tales "situaciones conciernen a unos momentos de la vida de una entidad estatal en que ella se encuentra inclinada en grado mínimo a dejarse perturbar por los derechos humanos. Preocupadas por la solución de problemas graves para la supervivencia de la nación, las autoridades nacionales no quieren estar atadas más que por un mínimo de reglas obligatorias. (...) Los Estados que se consideran comprometidos en la lucha por los derechos humanos, sea cuando toman medidas en favor del desarrollo, para acudir en ayuda de las personas siniestradas, para liberarse o para rechazar al agresor, darán la medida plena de su verdadera consagración a los derechos humanos si respetan las reglas aplicables de tales derechos en esas situaciones excepcionales, las cuales sería de desear que llegaran a ser verdaderamente tales. Mientras que estas existan, ellas reducirán los derechos humanos a su nivel más precario; y es en ese nivel donde se puede apreciar verdaderamente en qué medida los derechos humanos son una realidad o una simple ilusión" (MARKS, p. 233). Con otras palabras: podría decirse que la medida misma en que un Estado de Derecho es *tal* se revela también, como a contraluz, por el grado en que lo sigue siendo a pesar y dentro de las situaciones excepcionales, la medida en que los derechos humanos siguen siendo respetados aun ante tales circunstancias.

Sea como fuere, la experiencia latinoamericana muestra que a menudo se va mucho más de los límites propios del Estado de Derecho en esas situaciones. Tomando como base que el sentido de este no es otro que encargarse sobre todo de proteger los derechos humanos, la

183

práctica conocida de muchos de dichos regímenes se acomoda poco a tal supuesto. Hay que distinguir, pues, entre dos tipos de regímenes de excepción: aquellos que son violatorios de los derechos humanos y aquellos que no lo son. Los segundos, a diferencia de los primeros, se destinan a defender un orden constitucional democrático vigente y los derechos humanos; no a alterar ese orden y a violar estos derechos. Unicamente *este* tipo resulta admisible desde el punto de vista de la dogmática jushumanista (*infra*, III), pero es bastante poco común que en la *práctica* los gobiernos se ajusten de modo estricto a tal exigencia (cf. *infra*, § 65.II, una discusión al respecto).

II

La diferencia que acabamos de señalar tiene que ver con una distinción que se ha hecho clásica, formulada por Carl SCHMITT. Se trata de la diferencia entre "dictadura comisaria" y "dictadura soberana". La primera otorga poderes extraordinarios a un órgano estatal, pero solo en calidad de "comisión" para que él restaure un orden constitucional que estaba vigente *ya* con anterioridad a la emergencia en cuestión; esos poderes, pues, se encuentran *limitados* por la naturaleza de esta comisión. La segunda forma, en cambio, carece de límites constitucionales previos, por cuanto ella se propone justamente instaurar un *nuevo* orden; aquí, el dictador decide "soberanamente" cuál será ese orden y los medios para arribar a él.

"Tanto en la dictadura soberana como en la comisarial, forma parte del concepto la idea de una situación establecida por la actividad del dictador. Su naturaleza jurídica consiste en que, por causa de un fin a alcanzar, las barreras y los impedimentos jurídicos que de acuerdo con la situación de las cosas significan un obstáculo contrario a dicha situación, decaen *in concreto*. (...) [Por eso,] para el concepto de dictadura hay que tener en cuenta la actualidad inmediata de una situación a eliminar; y ello en el sentido de que dicha eliminación aparece como cometido jurídico, que fundamenta jurídicamente un poder pleno, determinado

184

únicamente por la situación de las cosas y por el fin de la eliminación. (...)

"La dictadura comisarial suspende la Constitución *in concreto*, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta. Desde siempre se ha repetido el argumento (sobre todo y con mayor frecuencia desde LINCOLN) de que si la existencia de la Constitución está amenazada, debe asegurarse mediate una suspensión temporal de la misma. La dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza echar abajo esta Constitución. (...) La acción del dictador debe crear una situación en la que pueda realizarse el derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación normal en la cual tiene validez. En consecuencia, la dictadura es un problema de la realidad concreta, sin dejar de ser un problema jurídico. La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta. (...)

"La dictadura soberana [, por el contrario,] ve ahora en la ordenación total existente, la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar. (...) [Así,] en tanto que la dictadura comisarial es autorizada por un órgano constituido y tiene un título en la Constitución existente, la dictadura soberana se deriva solamente *quoad exercitium* y de una manera inmediata del *pouvoir constituant* informe. (...) El dictador comisarial es el comisario de acción incondicionado de un *pouvoir constitué;* la dictadura soberana es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant*" (SCHMITT, *La dictadura,* p. 179-183 y 192-193).

Como ejemplos de esas dos formas de dictadura para nuestro siglo, SCHMITT señala, respectivamente, el *estado de excepción* previsto en el art. 48 de la Constitución alemana de Weimar (1919) y la concepción marxista de la *dictadura del proletariado.* El primero de ellos, en especial, constituye un antecedente muy directo, por la forma en que está regulado jurídicamente, de los estados de excepción previstos en Constituciones actuales.

"Según la sec. 2 de este artículo, si en el Reich [Estado] alemán se altera o pone en peligro gravemente la seguridad

185

y el orden públicos, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos, interviniendo en caso necesario con la ayuda de las fuerzas armadas. Aquí radica el apoderamiento para una comisión de acción no limitada jurídicamente, sobre cuyo presupuesto decide por sí mismo el presidente (desde luego, bajo el control del Reichstag [parlamento], regulado en la sec. 3 y en el art. 50) y cuya ejecución de hecho tiene que realizarse mediante delegados comisariales. Indudablemente, esta disposición contiene el caso totalmente claro de una dictadura comisarial... El presidente del Reich puede adoptar, según esto, todas las medidas necesarias, si bien su necesidad es apreciada por su propio arbitrio, de acuerdo con la situación de las cosas. (...) Ahora bien, para que el apoderamiento ilimitado no signifique una disolución de toda la situación jurídica existente y la transmisión de la soberanía al presidente del Reich, es preciso tener en cuenta que estas medidas son siempre de carácter fáctico únicamente y que, en cuanto tales, no pueden ser actos de legislación ni de administración de justicia. (...) Si bajo el apoderamiento general del artículo 48 cae también cualquier acto de legislación, entonces el artículo significa una delegación ilimitada y es una contradicción seguir afirmando que no suspende también la Constitución...

"La contradicción que se encuentra en esa regulación positiva del art. 48 se manifiesta ahora en que el mismo art. 48, bajo la influencia del desarrollo histórico de esta materia, determina a su vez, además del apoderamiento general para la acción, el que para alcanzar este fin (es decir, el restablecimiento de la seguridad y del orden públicos) el presidente del Reich puede suspender temporalmente la vigencia (el lapso no está limitado de una manera precisa) de todos o parte (!) de los derechos fundamentales establecidos en el art. 114 (libertad personal), art. 115 (inviolabilidad del domicilio), art. 117 (secreto de la correspondencia y del correo), art. 118 (libertad de prensa y de censura), art. 123 (libertad de reunión), art. 124 (libertad de asociación) y art. 153 (propiedad privada). En oposición a la facultad ilimitada otorgada en el precepto antes mencionado, aquí se limita la facultad, en el sentido de que los derechos fundamentales susceptibles de una ingerencia están enumerados taxativamente. (...) Los derechos fundamentales enumerados son desde luego numerosos y su contenido es tan general que el apoderamiento apenas contiene una delimitación..." (*ibid.*, p. 257-260).

Ahora bien, si las regulaciones de Weimar configuran, a pesar de la "contradicción" indicada, un caso de dictadura comisa-

186

rial, por el otro lado tenemos que "la dictadura del proletariado (el cual se identifica con el pueblo), en cuanto transición a una situación económica en la que el Estado 'se extingue', presupone el concepto de una dictadura soberana" (*ibid.*, p. 263).

Nota.— Sobre el parentezco de los estados de excepción en América Latina con la idea de "dictadura soberana", y particularmente para conformar la Doctrina de la Seguridad Nacional, *vid.* el cap. VI del libro de TAPIA VALDÉS (cf., p. ej., p. 204).

Importa distinguir, pues, dos grandes tipos de "emergencia". Por un lado, hay que considerar la situación excepcional en *sentido estricto.* Se trata de la acepción limitada, la cual se aplica a peligros que afectan al ordenamiento jurídico pero sin llegar a subvertirlo: situaciones de emergencias naturales, tales como catástrofes, inundaciones, plagas; o las de orden económico; o alteraciones del orden público por disturbios callejeros, saqueos, etc. Todas esas son situaciones de excepción que dan origen a los regímenes de excepción que hoy se encuentran previstos en la casi totalidad de las Constituciones. Estas medidas extraordinarias, consideradas dentro de los llamados regímenes de excepción, es lo que algunos autores denominan "dictadura constitucional". Pero hay otro tipo de situación excepcional o de emergencia que, si bien es anómala, no es algo circunscrito a un lugar, época o actividad, sino que, por el contrario, afecta a la totalidad del régimen; y pretende eventualmente su relevo, mediante la imposición de nuevos gobernantes, mediando el uso de la fuerza y la violencia, lo que puede traer incluso la modificación del sistema político y, en definitiva, de la Constitución misma. En este caso, estamos ante un nuevo gobierno, un nuevo sistema político o un régimen distinto, según sea la nomenclatura que empleemos. Estamos ante lo que se denomina *gobiernos de facto,* los cuales en su origen están conectados, en razón directa de causalidad, con una revolución o un golpe de Estado. (GARCÍA B.)

* * *

181

Paralelamente, aunque desde otro ángulo, la diferencia señalada puede plantearse también como distinción entre "leyes de excepción" y "estados de excepción", y asimismo distinguir tipos dentro de cada una de esas dos grandes formas. Por lo pronto, cabe

> "distinguir las *dictaduras militares* de los *fascismos*, como formas *distintas* de régimen de excepción... [y distinguir] los distintos *tipos* de dictadura militar (por ejemplo, la brasileña de la peruana).
>
> "El estado de excepción es una forma de Estado capitalista, que surge durante el estadio imperialista, a consecuencia de determinada crisis político-ideológica y económica. Según las características particulares de esa crisis y la etapa del imperialismo en que se dé, sus efectos se concretan en las distintas *formas de régimen de excepción:* bonapartismo, fascismo y dictaduras militares; formas que se dan siempre *combinadas*, bajo el predominio de una de ellas" (CARRANZA, p. 228).
>
> Pero, 1. "hay que distinguir cuidadosamente *leyes de excepción* de *estados de excepción*... La ley de excepción típica es el *estado de sitio*, regulado por todas las Constituciones latinoamericanas. 2. Distinguir entre *tipos* de leyes de excepción, investigando históricamente la forma concreta en que fueron aplicadas. 3. Establecer en cada caso qué papel desempeñan las leyes de excepción en el advenimeinto del estado de excepción" (*ibid.*, p. 236-237).

Ligadas a la determinación del "sentido" de los estados de excepción se encuentran también algunas otras cuestiones terminológicas que se discuten dentro de la dogmática jurídica que conceptualiza aspectos de las normas respectivas; por ejemplo, saber si lo que se suspende son los "derechos" o sus "garantías". Aun cuando, en el plano lógico, las respuestas (interpretaciones) que se den a esos puntos son convencionales, son definiciones estipulativas, ellas pueden no ser inocuas para hacer funcionar ciertas vías jurídicas de aplicación de ese lenguaje. Tales interpretaciones de fórmulas jurídicas positivas pueden entrañar, en efecto, ciertas consecuencias normativas. Estas se imputan a aquellas en virtud de unas reglas de comprensión presupuestas (convencionalmente) para dichos juegos lingüísticos. Así, por ejemplo, según que se diga que lo suspendido es el "derecho" mismo o solo su "garantía", puede quedar abierta o bloqueada la posibilidad de recurrir oportunamente a los tribunales para re-

188

clamar cierta cosa. En otros casos, sin embargo, las diferencias son más bien de tinte escolástico, carecen de consecuencias prácticas en la aplicación del Derecho. Se trata, en tal caso, de reflexiones efectuadas para tratar de salvar inconsistencias de la dogmática, generalmente derivadas de postulados esencialistas. Por ejemplo: como se afirma que los derechos humanos son de la "esencia" misma de toda persona humana, "inalienables", etc., hay que explicar cómo es posible que sea legítima la "derogación" de casi todos ellos; se ha argumentado, entonces, que el derecho *mismo* nunca deja de "existir" propiamente, sino que en esas situaciones queda solo en suspenso su "ejercicio"... Otra solución podría ser, desde luego, desentenderse de los presupuestos esencialistas, con lo cual tales dificultades se esfuman; depuración que no estaría desprovista de ventaja, desde luego, para el manejo científico del lenguaje de los derechos humanos. (Sobre la diferencia entre "garantías" y "derechos", *vid.* MARTINS, p. 129 *in fine* y 130 *in limine; vid.* también PEREIRA ANABALÓN, p. 78-79, y *supra,* § 38 *in limine.* Para una presentación de puntos de vista sobre la "naturaleza" de la suspensión de derechos y sus eventuales consecuencias normativas, cf. QUADRA-SALCEDO, esp. 452-467.)

* * *

Si bien unas distinciones como las señaladas son admisibles en el plano de la distinción entre conceptos, y puede ocurrir que correspondan también a diferencias en la práctica, tampoco hay que perder de vista que las transiciones entre uno y otro tipo de estado son fluidas y que, a menudo, el decretar alguno menos drástico no constituye sino el preludio, tácticamente oportuno, de su ulterior transformación —legal o de hecho— en un estado de represiones y permanente. Testimonios históricos no faltan, por cierto:

> "Los antepasados de los republicanos 'honestos' habían hecho dar a su símbolo, la bandera tricolor, la vuelta por Europa [con NAPOLEÓN]. Ellos, a su vez, hicieron también un invento que se abrió por sí mismo paso por todo el continente, pero retornando a Francia con amor siempre renovado, hasta que acabó adquiriendo carta de ciudadanía en la mitad de sus departamentos: *el estado de sitio.* ¡Magnífico invento, aplicado periódicamente en cada una de las crisis sucesivas en el curso de la revolución francesa! Y el cuartel y el vivac, puestos así, periódicamente, por encima de la sociedad francesa para aplas-

181

tarle el cerebro y convertirla en un ser tranquilo; el sable y el mosquetón que periódicamente regenteaban la justicia y la administración, ejercían tutela y censura, hacían funciones de policía y oficio de serenos; el bigote y la guerrera, que se preconizaban periódicamente como la sabiduría suprema y como los rectores de la sociedad: ¿no tenían necesariamente el cuartel y el vivac, el sable y el mosquetón, el bigote y la guerrera, que dar por último en la ocurrencia de que era mejor salvar a la sociedad de una vez para siempre, proclamando su propio régimen como el más alto de todos y descargando por completo a la sociedad burguesa del cuidado de gobernarse por sí misma?" (MARX, p. 238; cf. también, en cuanto a los orígenes del *état de siège* en Francia, el cap. 6 del libro de SCHMITT sobre *La dictadura*).

Esas funciones suyas, de "salvar a la sociedad", el "magnífico invento" ha sabido conservarlas intactas (o acrecentadas) hasta nuestros días: en América Latina, véase tanta "sabiduría suprema" concentrada, por ejemplo, en las manos de los militares que detentan el poder en Chile o en Nicaragua.

Nota.— Para no perder de vista el trasfondo político-económico-social que determina los estados de excepción en América Latina, contiene buenas pistas y es en general ricamente sugestivo el libro de CARRANZA, sin perjuicio de la poca precisión y el carácter un tanto idealista de los conceptos básicos del marco teórico (marxista-neohegeliano: POULANTZAS, etc.) en que se enhebran los análisis allí presentados; claro que su clasificación deja afuera —pero en eso es coherente con dicho marco— los regímenes leninistas-stalinistas (respecto a estos, cf. *supra*, n. 1, e *infra*, ns. 20, 41 y 46). Cf. también los estudios de COMBLIN y TAPIA VALDES sobre las motivaciones y el alcance políticos de la Doctrina de la Seguridad Nacional, ideología a la cual responden, en líneas generales, los estados de excepción en América Latina, principalmente desde los años 70. Y sobre el sentido político-social que tiene la reivindicación precisamente de unos derechos humanos frente a situaciones de crisis como esas donde el Poder recurre a dichos estados, *vid.* la sec. III (con particular referencia al caso de Chile, pero efectuando puntualizaciones que son de alcance general) del examen de GARRETÓN: *En torno...*

190

III

Para la dogmática jushumanista, solo son legítimos los estados de excepción en sentido *estricto,* "dictadura comisaria"; no los de "dictadura soberana". Se parte de la base de que los primeros serán respetuosos de los derechos humanos, mientras que los segundos son mucho más propicios para facilitar violaciones de esos derechos. Todo ello depende del *sentido* básico que, según la doctrina interpretativa subyacente, se entienda como el propio de dichos estados: lo invocado para justificar la forma en que el aparato estatal interviene entonces en la dinámica general de la sociedad y particularmente contra ciertas personas.

Hay quienes consideran —señala GARCÍA B.— que, en el fondo, esos regímenes son una modernización, una constitucionalización, de la antigua *Razón de Estado,* la cual era simplemente un poco más cruda y desnuda. Por lo demás, siempre habrá a mano unas razones de *realismo* para justificar la restricción de derechos, si es el propio Poder el llamado a calificar las dimensiones del "peligro" que se propone enfrentar:

> *"En una palabra, si acatáis un interés determinado, daréis lugar a que se despierten las pasiones; despertad las pasiones, sobre todo cuando la propiedad está en juego, y , más tarde o más temprano, los gobernantes apelarán a la técnica de la* raison d'état" (LASKI, p. 153).

> *"Tanto el realismo como la teoría llevan a admitir esa puesta entre paréntesis de los derechos. A circunstancias excepcionales, regímenes de excepción. Hay cosas más urgentes por hacer que preocuparse de las necesidades individuales, y más porvenir en la disciplina de todos que en las fantasías de cada uno. Pero es notorio que la práctica abusa cómodamente de la teoría. El Poder es incontrolable, tanto* a priori *como* a posteriori, *para decidir sobre la realidad de los graves peligros y la suspensión correlativa de derechos. Constituciones y leyes son aquí de lo más laxas, por temor de impedir dema-*

191

siado. El abuso es fácil, y frecuente es. Muchos países conocen el estado de excepción permanente, a pesar de proclamar, a veces, una 'adhesión total a la Declaración Universal de los Derechos Humanos'... Basta con que el peligro sea constantemente 'inminente', gracias al arte dramático de los príncipes. (...)

"Significa reconocer la normalidad de la suspensión de derechos; y su facilidad. Mientras el mundo se halla por doquier agitado de sobresaltos, las amenazas exteriores y las turbulencias interiores son constantes, y florecientes los terrorismos, el reconocimiento de los derechos se hace cada vez más precario" (MOURGEON, p. 85-86).

Desde otra perspectiva, en cambio, se dice que esos estados podrían y deberían servir ante todo para proteger los derechos humanos, sola razón capaz de justificar que tales suspensiones sean aceptadas en el marco de la *dogmática jushumanista.* Nos detendremos en esta segunda posición, que pasamos a presentar siguiendo líneas subrayadas por MONTEALEGRE[5].

Los estados de excepción están incorporados no solamente a las Constituciones, sino también a los Pactos de derechos humanos. Esto se debe a que el sentido de aquellos es, precisamente, la defensa de los derechos humanos fundamentales, especialmente amenazados en una situación de peligro: derechos humanos inderogables, como el derecho a la vida, a la integridad física, etc. (Entre los derechos que un estado de ese tipo está llamado a proteger se halla también —y no es el menor— el de la libre determinación de las naciones, cuya defensa puede requerir ciertas medidas extraordinarias.) La primera obligación que surge para un Estado, en circunstancias de la índole mencionada, no es asumir facultades extraordinarias respecto a derechos que no son derogables, sino reforzar sus obligaciones relativas a aquellos derechos que son inderogables.

---

(5) Cf. también el libro de MONTEALEGRE, esp. su cap. 34.

192

Normalmente, un gobierno considera que lo primero que surge para él, luego de decretado un estado de emergencia, son facultades para suspender derechos, no la distinción entre los derechos derogables y los inderogables. En ralidad, la primera obligación que surge para un gobierno, al instaurar un régimen de emergencia, es la protección inexorable de los derechos inderogables. Esa es la correcta interpretación de las convenciones internacionales de derechos humanos. Estas convenciones sostienen que en toda situación, sea de normalidad o anormalidad, los Estados tienen la obligación de proteger determinados derechos; y que cuando viene una situación excepcional, como una guerra, la obligación de proteger determinados derechos —como el derecho a la vida, a la integridad física, el derecho a un juicio justo— se mantiene, inclusive en tiempo de guerra.

Por tanto, cuando en un Estado sobreviene una guerra o un peligro extraordinario, lo primero que se provoca es un reforzamiento de la obligación estatal normal de proteger estos derechos, de tal manera que la derogación de los derechos derogables es permisible solamente en la medida en que no afecte la obligación primaria. Esta se refuerza, por decirlo así, durante un régimen de emergencia, para que un gobierno mantenga la protección de los derechos inderogables. Por ejemplo: si al decretar un estado de emergencia se deroga el derecho a la justicia —el cual en principio es derogable (según los Instrumentos)— y si por esto comienzan a afectarse aquellos derechos que son inderogables, naturalmente que esa derogación es ilícita, aunque sea en principio permitida; es ilícita porque está afectando la obligación primaria del Estado, que es el reforzamiento de la protección de los derechos inderogables[6].

---

(6) *Vid.* también las observaciones de MONTEALEGRE recogidas más abajo, sobre la definición de los estados de excepción y de sus causales: *infra,* § 64.II.ii.

193

Hasta aquí, una manera jushumanista de delimitar el "sentido" de los estados de excepción. Y en ese mismo sentido puede invocarse también aquellas cláusulas de los Instrumentos donde se señala expresamente que ninguna disposición de estos podrá ser interpretada como forma de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él[7]. (¡Claro que toda la cuestión reside en saber *quién* determinará, justamente, *cuál* es la "medida" de esas "limitaciones"!) Esta cláusula —se dice— podría ser invocada contra lo que se ha llamado el "abuso del derecho de suspensión".

IV

Si bien la interpretación expuesta puede ser aceptable, al menos para señalar la función ideal de dichos estados, cabe agregar algunas reflexiones complementarias. Aun aceptando que doctrinariamente aquel es o debería ser el "sentido" de ellos, si se adopta como punto de partida unas premisas interpretativas acordes con la opción teleológica dominante en el seno de la dogmática jushumanista, también importa advertir los límites propios de esta opción semántica.

Esos límites no son otros —en primer lugar— que los corrientes para toda interpretación de fórmulas lingüísticas que tienen ámbitos lógicos amplios: *cualquier* interpretación que allí se proponga es valedera, *de hecho,* solo para el sector de intérpretes que creen en esta y están en condiciones de imponerla en la realidad. Por

(7) Pacto, art. 5.1; y la Convención contiene un precepto análogo, art. 29.a. *Vid.* también el art. 30 de la Declaración; es similar a esas dos disposiciones, pero no contiene el agregado final donde se acepta expresamente la "limitación". Cf. también *supra,* § 27 *in fine,* e *infra,* a la altura de la n. 11.

194

tanto, y sobre todo en el plano pragmático, lo cierto es que los estados de excepción tienen tantos "sentidos" (distintos) cuantos son los tipos (distintos) de interpretaciones que les son otorgados por las autoridades estatales que reglamentan o aplican la normativa correspondiente. Esas interpretaciones dan lugar, si se procede a su reconstrucción conceptual según los modelos ideológicos —explícitos o implícitos— que las sustentan, a una tipología de sentidos *diferentes*, cada uno de los cuales se acercará o alejará, en mayor o menor medida, de *el* "sentido" tomado como presupuesto por la versión ideal que estamos comentando.

Si tal tipología la reducimos a dos grandes grupos, aunque existen variantes en el seno de cada uno de ellos, cabe observar —en segundo lugar— que lo más común es la existencia de agudos desfases entre un sentido *dogmático*-jushumanista de esos estados, como el señalado por MONTFALEGRE, y un sentido *real*-pragmático de ellos, como el que se revela en su aplicación fáctica por parte de los Estados y en vertientes doctrinarias como la ideología de la Seguridad Nacional. Quiere decir que, desde el ángulo de la protección o desprotección de los derechos humanos, la cuestión central puede formularse, si queremos plantearlo como un problema de "sentidos", de la manera siguiente: ¿en qué medida es posible lograr, sobre todo en América Latina, que el sentido *jushumanista* de los estados de excepción llegue a impregnar también su sentido *real*?

Se trata, en definitiva, de saber si hay posibilidades prácticas de que la dogmática, jushumanista funcione como un "tertium comparationis" *viable* para encauzar el aparato jurídico interno en situaciones de excepción. De la contestación a esta pregunta depende que, en el plano de una captación realista de la función comunicativa que tiene el lenguaje del Derecho positivo, el sentido dogmático-internacional (jushumanista) de los estados de excepción consiga ser asimismo su sentido *constitucional*. En tal caso, aquel sentido podría tener, ciertamente, un valor heurístico para la interpretación de este otro. La experiencia latinoame-

ricana más generalizada, empero, parece antes bien dirigida a desautorizar tales interpretaciones. El sentido *real* que la normativa de los estados de excepción ha exhibido con mayor frecuencia, cuando las autoridades estatales recurren a ella, revela que sobre todo es un instrumento de la comunicación lingüística dirigido a promover y legitimar las violaciones más graves a los derechos humanos fundamentales.

"[E]l reconocimiento que la lucha por los derechos humanos en las sociedades históricas conoce de fases o momentos en que estos son aceptados, promulgados o desarrollados, lleva también a reconocer que, una vez consagrados, las crisis de destrucción del sistema social y los intentos de refundación del mismo pasan también por fases en lo que se refiere a los derechos humanos. En otras palabras, a las fases de alteración del sistema social —cuando ellas afectan negativamente a los derechos humanos— corresponden fases de violación o de negación de los mismos, las que están en función del proceso de refundación del sistema social o de construcción de uno alternativo. A estas fases de negación de los derechos humanos —cuando ello ocurre— corresponden necesariamente, por un lado, fases o etapas ideológicas en las que la formulación ideológica intenta legitimar o justificar el tipo particular de negación, y, por otro, fases de reivindicación o de lucha contra esa forma particular de negación (GARRETÓN, *En torno...*, p. 15, cols. 1 y 2; *vid.* también la transcripción del mismo autor efectuada *supra*, § 4.III.2 *in fine*).

Tales crisis suele el Poder enfrentarlas negando, bajo la legitimación jurídica que para ello le confiere un estado de excepción impuesto por él mismo, los derechos humanos que allí le resultan demasiado "incómodos" para mantener el *statu quo*, sea capitalista o socialista. El discurso jurídico de dicho estado constituye, precisamente, una "formulación ideológica (que) intenta legitimar o justificar el tipo particular de negación" que el aparato estatal lleve adelante con ese propósito. Pero asimismo, de modo paralelo, la lucha contra esta negación puede adoptar también, entre otras, la forma de una crítica jurídica a los fundamentos invocados por el Poder para decretar el estado en cuestión, o en particular a tales o cuales medidas que las autoridades tomen con base en él. Desde ambas posiciones, los conceptos indeterminados en que se centran las disposiciones jurídicas manejadas permiten, desde luego, que estas se invoquen argumentativamente tanto por una parte como por la otra; vale decir, tanto por quienes las utilizan para justificar negaciones de

.196

derechos humanos, como también por quienes, al contrario, desearían contribuir a mantener en pie los derechos ya consagrados o hasta incrementarlos. (Cf. también *supra*, § 61.II *in fine*.)

V

Aun aceptando, como tendencia general, que los estados de excepción establecidos como "dictaduras comisarias" serán relativamente respetuosos de los derechos humanos, siempre corresponderá examinar hasta qué punto eso resulta así en el plano empírico, cada vez que se decreta uno de aquellos. Por ejemplo, es frecuente que en esos casos las autoridades se refieran a la idea de "orden público"; que invoquen la defensa de este para apoyar, en el plano de la argumentación jurídica, la extensión de sus facultades y en general las medidas de emergencia adoptadas. Ahora bien, por ser esa idea un concepto muy indeterminado, todo depende de sus repercusiones pragmáticas, de cómo será aplicado en la realidad. Habrá que ver si se le utiliza para adoptar medidas que protegen en general los derechos humanos o si, en cambio, viene a cubrir actuaciones que los atacan. Esa ambigüedad inherente a los estados de excepción, la posibilidad de que en la práctica las facultades que ellos otorgan sean utilizadas —como tan a menudo ocurre— para violar derechos humanos básicos, es una condición que difícilmente consiga ser descartada por la sola vía de precisiones que la dogmática pueda, tal vez, introducir en la dimensión semántica de los textos jurídicos aplicables.

Se ha dicho, con razón, que basta con insertar un solo artículo, el del "estado de sitio", en las Constituciones más sabias y democráticas, para dejarlas sin aplicación[8].

---

(8) Cf. las palabras de SANDIFER recogidas en el acápite de este capítulo. Cabe acotar que ese comentario se refiere especialmente a América, ya que, en la oración que precede inmediatamente a la cita extractada, el autor dice: "Los peligros potenciales que aquí se ocultan, en ningún lado se ponen más en evidencia que en la explotación del concepto de 'Estado de Sitio' en los Estados americanos".

En efecto, si la Constitución contiene un artículo tal que este deposita en las manos del Poder Ejecutivo la facultad de suspender la vigencia de los derechos fundamentales y de sus garantías, o le permite que los aplique simplemente en la forma y medida que él estime oportunas, entonces todas las demás disposiciones resultan secundarias. Estas pasarán a depender del arbitrio de quien o quienes estén a la cabeza del Gobierno [9] —en todo caso, mientras ello no perjudique mucho a las fuerzas sociales que sostienen a los gobernantes—. Siendo así, poco puede extrañar que las autoridades hagan uso y abuso de sus poderes:

> *"Como en principio es el gobierno el que juzgará de la gravedad de la situación, se deja así la puerta abierta a abusos eventuales. Quien dice crisis, dice amenaza para el régimen. Para mantenerse en el poder, los dirigentes relegados en minoría o desautorizados pueden conducir al país desde una democracia real hasta una democracia formal. El ejército, entre bastidores, puede ayudarles"* (MERTENS, p. 248).

Y las consecuencias no se hacen esperar:

> *"No conozco ningún caso en que el Estado haya ejercido un poder extraordinario fuera de los procedimientos de la ley sin que esa autoridad cometiera abusos"* (LASKI, p. 87).

Solo si los requisitos básicos del Estado de Derecho lograran subsistir aun durante los regímenes de excepción, estos pueden ser compatibles con una adecuada protección de los derechos humanos. Deberían permanecer en pie, por lo menos, tres requisitos fundamentales: principio de legalidad, separación de Poderes, responsabilidad del Go-

---

(9) *Vid.* la observación de KELSEN presentada en el acápite de este capítulo. Véase también lo señalado por MOURGEON: *supra*, poco antes de la n. 5.

bierno y de la Administración. Unicamente si se respetan estas condiciones, el estado de excepción es compatible con la subsistencia de un Estado de Derecho. Es claro que también este puede tener que enfrentar una agresión exterior, una conmoción interior o una calamidad pública. Para ello —¡solo para ello!— cabe admitir una alteración de las competencias constitucionalmente asignadas al Ejecutivo: vigorizarlo más allá de lo que ellas autorizan en tiempo de normalidad, o llegar a admitir una extensión de la actividad militar. Y aun en estos dos casos, tratándose de un Estado de Derecho se mantienen firmes unos límites marcados por la intangibilidad de los derechos humanos básicos; todo órgano estatal ha de seguirlos respetando en lo fundamental. Pero tampoco debe olvidarse que la realización de este ideal no carece de dificultades, tanto desde el punto de vista fáctico (antinomias en la concreción práctica de valores) como en el plano de lo jurídico (soluciones normativas).

"La problemática de la suspensión de derechos fundamentales ha sido abordada por la doctrina desde la perspectiva de los aspectos más relevantes para la defensa de la democracia con el menor costo posible y con las máximas garantías para evitar que pueda acabarse con la democracia misma. Desde esa perspectiva lo fundamental es, para empezar, quién es el órgano constitucionalmente competente para apreciar que existe una situación que pueda hacer peligrar las instituciones democráticas, así como la determinación, abierta o cerrada, de las circunstancias que puedan dar lugar a esas situaciones; y, en fin, cuáles son lo efectos que los estados de alarma, excepción y sitio producen sobre el sistema constitucional que quieren preservar. (...) [Además,] los estados anormales no afectan solo y directamente a los derechos fundamentales, dejándolos en suspenso, sino que afectan también a otros aspectos organizativos y competenciales de suma importancia [: esto es, ...] afectan también a la legalidad infraconstitucional en lo que se refiere a cuestiones organizativas, competenciales, procedimentales, principios inspiradores, etc., en la medida en que estos aspectos de la legalidad ordinaria, que responden a determinadas finalidades, resultan inadecuados para unas situaciones de necesidad, en las que la urgencia y contundencia de las medidas a adoptar no pueden quedar encorsetadas por unos mecanismos y hábitos propios de situaciones normales. (...)

199

"Ahora bien, el que los derechos y libertades, aun sin sucumbir de forma total, absoluta y necesaria ante otros valores, queden sometidos a los mismos implica, en el plano de los valores, que su carácter fundamentador del orden político y de la paz social se desvanece cuando es el propio orden político y la paz los que han quedado directamente comprometidos por una serie de circunstancias extraordinarias que hacen que lo primero sea la propia preservación del orden político, que de ser instrumento de garantía y consecución de los derechos y libertades pasa a ser objeto previo y prioritario a conservar en tales situaciones. (...)

"Sabemos que la discrecionalidad no supone arbitrariedad y que es controlable; la cuestión, sin embargo, es la de saber si un derecho fundamental cuyo ejercicio depende de una potestad discrecional puede considerarse que sigue siendo fundamental e incluso si puede considerarse derecho subjetivo. (...) La relevancia del tema viene dada en múltiples direcciones. Así, por ejemplo, la de saber si cabe recurso de amparo respecto a derechos suspendidos, o si es posible pedir la suspensión de actos administrativos que lesionen los derechos y libertades, o si los tipos penales relativos a delitos de funcionarios contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos en las leyes son aplicables en situaciones de suspensión de tales derechos, o por último si el Defensor del Pueblo puede conocer de la actividad de la Administración relativa a derechos fundamentales que han quedado en suspensión y que, por tanto, podría pensarse que ya no son derechos fundamentales propiamente dichos. (...) Obsérvese que el planteamiento del tema no se dirige a cuestionar que la necesidad exija limitar, restringir o suprimir en un momento dado un derecho, sino a cuestionar si, al margen de resortes políticos, cabe algún tipo de control jurídico y judicial reforzado de los excesos; es decir, de las restricciones y limitaciones sin causa o arbitrarias o contrarias a la propia legalidad extraordinaria que se haya establecido" (QUADRA-SALCEDO, p. 429, 431, 432 [nota 4], 343, 435).

Cf. también MARTINS (p. 141-143), quien traza un cuadro de "Principios compatibles con el respeto de los derechos humanos". Los divide en cinco rubros, a saber: según a) causal, b) circunstancias determinantes de la aplicación de las medidas, c) órgano competente, d) garantías que pueden suspenderse, e) medidas extraordinarias que pueden adoptarse además de la suspensión de garantías; y dentro de cada uno de estos rubros quedan por contraposición señalados también, sea explícita o implícitamente, principios que, en cambio, son incompatibles con aquellos derechos. Sin embargo, aunque la enumeración efectuada tiene cier-

tamente su valor heurístico, también es verdad que buena parte de los principios de referencia se basan en conceptos más o menos indeterminados.

En síntesis.— Desde el ángulo de la dogmática jushumanista, no hay contradicción forzosa entre estados de emergencia y derechos humanos. Sin embargo, las contradicciones pueden (¡y *suelen*!) llegar a darse en la práctica; esto depende de las características —jurídicas y fácticas— que presente cada uno de esos estados, tanto en el momento de ser declarado como a lo largo de su transcurso.

§ 62. El Derecho Internacional como marco: (a) disposiciones de los Instrumentos

SUMARIO:

I. Generalidades.
II. El Pacto y la Convención: elementos de Derecho sustantivo.
III. Aplicación del Derecho Humanitario; control internacional.

I

Desde el punto de vista de los Instrumentos, la seguridad que se busca salvar por medio de los estados de excepción no sería otra que la de las personas mismas, la de sus derechos humanos justamente. Los Instrumentos tienen en cuenta que, por circunstancias de hecho anormales, y por la posibilidad de que ellas planteen o agudicen antimonias en el seno de los propios derechos humanos, puede resultar indispensable introducirles limitaciones especiales a estos, llegado el caso; y hasta habrá que "suspender" *(derogation)* algunos de ellos, para defender otros más fundamentales. Es bajo tales supuestos que se recurre a regímenes de emergencia.

201

"Cabe subrayar que los textos de los instrumentos internacionales no reconocen expresamente un derecho a la suspensión de los derechos de los individuos, aunque el lenguaje usado es suficientemente amplio como para incluir tal medida si es necesario. Lo que se reconoce literalmente es el derecho a

> '...*adoptar disposiciones que,* en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan *las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto...*' (Pacto art. 4.1; Convención, art. 27.1).

"Este concepto de la suspensión en el Derecho Internacional se basa esencialmente en la práctica inglesa, puesto que el Reino Unido fue el autor y promotor de la inclusión de los artículos pertinentes, tanto en el Pacto Internacional como en la Convención Europea, los cuales sirvieron como modelo para el artículo 27 del Pacto de San José.

"La práctica inglesa, que hoy día prevalece en muchas partes del mundo, no abaca la suspensión de derechos *per se,* sino más bien el otorgamiento al Ejecutivo de determinados poderes 'de emergencia', tales como el poder de detención sin cargo. Las consecuencias legales generalmente son menos amplias que las que resultan de la suspensión de derechos. En general, la discreción acordada al Poder Ejecutivo se limita al nivel operativo y a una gama bien definida de políticas alternativas, y el ejercicio de poderes de emergencia normalmente puede ser recusado por *vires.*

"Sin duda, este enfoque fue influido en primera instancia por el hecho de que Inglaterra misma no tiene una Constitución escrita, y además porque la doctrina inglesa de poderes de emergencia resultó en gran parte de la situación colonial, en la que ningún instrumento de jerarquía constitucional protegía los derechos de los gobernados. Sin embargo, a pesar de sus antecedentes bastante negativos, fue esta la práctica que influyó en las normas internacionales ahora vigentes, y la cual, en realidad, ofrece una protección a los derechos del individuo mejor que lo que resulta de aquella práctica que otorga más discreción al Poder Ejecutivo.

"La diferencia entre los dos enfoques se manifiesta incluso en el nivel lingüístico. El uso de la palabra 'suspensión', en castellano, es una traducción imperfecta de la palabra inglesa '*derogation*', la que no significa 'suspender', sino más bien tomar medidas o acciones que no están de conformidad con una nor-

202

ma sustantiva. La palabra francesa 'dérogation' tiene el mismo significado que el inglés. La palabra en castellano no es incorrecta, pero quizás ha contribuido a perpetuar la tendencia (con raíces en una larga tradición legal) de pensar en términos de la suspensión de derechos *per se*, en lugar de la 'toma de medidas' que, en razón de necesidad, son reconocidas como legítimas aunque no estén de acuerdo con normas legales establecidas" (extractado de O'DONNELL, *loc. cit.* en la n. 2, *supra*).

En el mismo sentido, con respecto al término "derogación", Rodolfo PIZA ESCALANTE señala que esa palabra "no es correcta, en castellano, para definir una situación de excepción o suspensión temporal de determinadas normas". Sin embargo, "el uso la ha consagrado en la jerga por lo menos del Derecho Internacional"; además, "no hay otra palabra castellana que exprese con un sentido tan general el fenómeno de hacer excepciones a la legislación ordinaria, derogándola, suspendiéndola, limitándola o restringiendo su aplicación" (BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, p. 308, *vid.* allí la N. del T.). Por nuestra parte, utilizaremos preferentemente el término "*suspensión*", por ser el que se emplea en la versión castellana oficial de los Instrumentos.

II

La posibilidad de recurrir a dichos estados se encuentra prevista en el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El texto del Pacto es, en esa materia, mucho más restrictivo que el de la Convención, pues aquel no admite la suspensión de derechos sino en la hipótesis siguiente:

> "En situaciones excepcionales que pongan en *peligro la vida* de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás

> obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (Pacto, art. 4.1).

La Convención, en cambio, establece:

> "En caso de guerra, de peligro público o de *otra* emergencia que amenace la *independencia o seguridad del Estado* Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (art. 27.1).

Estas definiciones contienen tres elementos distintos, aunque interrelacionados: el tipo de situación que puede dar lugar al derecho a la suspensión, el grado de gravedad o inminencia que se requiere, y la identificación del bien jurídico tutelado. En otras palabras: qué clase de emergencia se contempla, qué gravedad debe haber y qué es lo que debe estar en peligro [10].

Efectuando una comparación entre lo que sobre esta materia establecen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana y la Convención Europea, la COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS llega a la conclusión de que "esos tres tratados definen de manera similar el derecho a disponer suspensiones. Los elementos comunes son:

1. que la emergencia sea una que 'amenace la vida de la nación';

(10) Para una mayor explicitación de aspectos relativos a las hipótesis en que puede caber la suspensión, *vid.* el parágrafo siguiente.

204

2. que las medidas que suspenden *(derogate)* obligaciones estatales 'sean estrictamente requeridas por las exigencias de la situación' [principio de proporcionalidad];

3. que ciertos derechos especificados no sean suspendidos;

4. que las suspensiones no sean inconsistentes respecto a ninguna otra obligación de Derecho Internacional; y

5. que sean rendidos prontos informes sobre las suspensiones efectuadas.

Los tres tratados contienen también el principio... de que nada en el tratado 'podrá ser interpretado en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado... para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos [en ese documento] o a su limitación en mayor medida que la prevista' en el tratado (Declaración, art. 30; Pacto, art. 5.1; Convención Europea, art. 17; comparar la Convención, art. 29.a). Dos de ellos, la Convención Americana y el Pacto Internacional, prohíben también ciertas formas de discriminación en las medidas de emergencia (Pacto, art. 4.1; Convención, art. 27.1)"[11].

En lo que particular referencia dice a la Convención, las condiciones que ella establece (art. 27, incs. 1 y 2) para estados de emergencia son examinadas, correlacionándolas con preceptos de distintas constituciones latinoamericanas, en el estudio de NORRIS/DESIO (p. 191 ss.):

— *Circunstancias bajo las cuales pueden suspenderse las garantías*

— las tres hipótesis del art. 27 *in limine:*

(11) INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 440. En cuanto al último punto, el de la no discriminación, cf. también el comentario de la COMISION transcrito *infra,* § 63.I *in fine.*

205

"guerra"
"peligro público"
"otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado"

— *Limitaciones en el alcance de la suspensión*

— período de tiempo
— extensión del territorio afectado
— extensión de las medidas mismas

(todo ello: "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación" —art. 27.1)

— *Cláusula de no discriminación*

— "no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (art. 27.1 *in fine*)

— *Derechos que se protege de ser suspendidos*

— derechos no suspendibles: al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, etc. (art. 27.2: *infra*, § 63.I *in fine*)
— "garantías judiciales indispensables" (*ibid, in fine*)

Cf. también las condiciones señaladas por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS para que la suspensión "sea compatible con el régimen de gobierno democrático": Resolución publicada en el *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968 (transcrita en BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, p. 333-334).

III

Corresponde señalar, por otro lado, que en esas situaciones pueden llegar a ser aplicables también normas internacionales del Derecho Humanitario (Derecho Internacional de los Conflictos Armados):

"Comprobamos que las diferentes situaciones de violencia aquí estipuladas entrañan la aplicación de

206

normas sea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), sea del Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), sea de ambos a la vez. El nivel de protección proporcionado por el DIDH alcanza su máximo en tiempos de paz; y disminuye a medida que nos aproximamos a la situación de guerra, cuando, por ejemplo, los atentados a la vida debidos a los 'actos legítimos de guerra' están permitidos. A la inversa, el nivel de protección del DICA es relativamente restringido en tiempos de paz (obligación de difundir las convenciones, de modificar la legislación, etc.), pero está muy desarrollado cuando nos hallamos en presencia de la guerra internacional" (MARKS, p. 228-229).

En ese sentido, resulta atinado señalar que si una situación de emergencia es declarada porque en un país existe un conflicto armado, como lo que algunos gobiernos llaman "guerra interna", debería aplicarse el Derecho Internacional Humanitario. Si no, habría una contradicción (teniendo en cuenta que prácticamente todos los Estados son parte de los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario): la de que un país diga que existe un conflicto armado, que establece tribunales militares, que está en estado de excepción por esas razones precisamente; pero que, a pesar de todo ello, no acepte que entra a jugar allí dicho Derecho. Sería oportuno, pues, poner incluso una disposición constitucional donde se establezca que, para esos casos, ha de regir automáticamente el Derecho Internacional Humanitario. (MONTEALEGRE)

Por último, cabe acotar que además de las normas internacionales de Derecho sustantivo (aquellas a las que nos hemos referido hasta aquí), hay también normas internacionales de tipo procedimental, esto es, que establecen maneras de llevar a cabo un *control internacional* respecto a la aplicación de lo que sobre estados de emergencia establecen los Instrumentos. Esos controles se realizan por vía de cuatro canales principalmente: mediante demandas interestatales (art. 41 del Pacto, art. 45 de la Convención); mediante demandas individuales (art. 44 de la Convención,

art. 2 del Protocolo Facultativo del Pacto); mediante potestades generales de supervisión de organismos encargados de examinar la ejecución *(implementation)* de las obligaciones de tratados (arts. 4.3 y 40 del Pacto, arts. 27.3 y 41 de la Convención); y mediante lo que se puede describir como procesos políticos en organismos de competencia más general (por ejemplo, la Asamblea General de la ONU)[12]. De todos modos, lo cierto es que ninguna de esas vías ha mostrado mucha eficacia, en general, para contrarrestar las abundantes violaciones a derechos humanos llevadas adelante bajo el amparo de regímenes de excepción.

§ 63. El Derecho Internacional como marco: (b) comentarios

SUMARIO:

I. El principio de proporcionalidad y el de no discriminación; derechos no suspendibles.

II. Derechos suspendibles (desmesurada amplitud de su gama: Hábeas Corpus, etc.).

III. La fórmula de los Instrumentos como "garantía" (discusión).

I

Aun cuando la fórmula del Pacto no deja de estar centrada en torno de dos conceptos elásticos, la existencia de algún "peligro" para la "vida" de la nación[13], su in-

(12) Cf. INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 441 *in fine* y 442, sobre las *Modalities of International Control.*

(13) En realidad, la idea de una *"vida* de la nación" y de lo que para ella pueda llegar a constituir un "peligro", no solo representa unos puntos de referencia bastante elásticos, conceptos indeterminados, sino que proviene de preconcepciones vinculadas directamente a mitologías político-sociales de carácter "holista", a me-

determinación no es tan desmesuradamente amplia como la de los conceptos que recoge la Convención, o en todo caso la de algunos de ellos: "caso de guerra, de peligro público o de *otra emergencia* que *amenace* la independencia o *seguridad* del Estado" (art. 27 *in limine*). Sobre una base semántica de tal fluidez, difícilmente llegará a darse una *contradicción* (en sentido propio) con lo que al respecto dicen las distintas Constituciones o, en general, con la *letra* de los decretos de suspensión que se edictan en el marco de ellas. Siempre podrá decirse, con algún grado de plausibilidad, que estos se adoptan ante alguna "emergencia que amenaza la ... seguridad del Estado".

Es verdad que los Instrumentos establecen además ciertos requisitos complementarios para que sea aceptable la declaración de esos estados. De un lado, piden una especie de *proporcionalidad* para dichas medidas y que estas

---

nudo organicistas. Esos ingredientes ideológicos, que mediante variados universos simbólicos (BERGER/LUCKMANN) se integran en las distintas tendencias políticas, obtienen poderosa credibilidad en las maneras comunes como la gente "ve" la putativa unicidad de grandes conglomerados de relaciones interindividuales. Así es que, sin perjuicio de su orfandad científica, aquellas dos nociones (mejor dicho: metáforas) desempeñan ciertamente un papel considerable en el plano pragmático del discurso político y jurídico. Ello no constituye sino un ejemplo más del conocido fenómeno de psicología social señalado por William I. THOMAS:

> "If men define situations as real, they are real in their consequences" (Si los hombres definen [conciben] como real una situación, ella *es real* en sus *consecuencias* —cit. en LENK, *Politische*..., p. 60, cursivas nuestras—).

La "vida de la nación" representa justamente una *situación* de este tipo, como en general otros conceptos ("peligros" para ella, etc.) que parten de la misma base. Y de ahí también, las dimensiones pragmáticas que tal lenguaje consigue tener. Es más, dichos conceptos han llegado incluso a alcanzar cierto grado de *determinación*, pero en dos versiones contradictorias: interpretaciones que de ellos suministra la dogmática jushumanista y, en sentido contrario, las que aporta la Doctrina de la Seguridad Nacional. Por tanto, si sabemos *quién* será el intérprete autorizado (*supra*, § 18), es decir, cuál es la ideología política a la que (voluntariamente o no) se afiliará para interpretar una fórmula como la del Pacto, de antemano podemos tener una idea aproximada sobre el tipo de cosas que llamará un "peligro" para la "vida" de la nación. Sobre todo esto, *vid infra*, § 64.III.

209

no sean *discriminatorias.* Del otro, indican expresamente que algunos tipos de derechos *no* pueden ser suspendidos. Desde esos dos ángulos, las diferencias entre el Pacto y la Convención no son notorias. De cualquier manera, tales renglones son lo bastante amplios como para dejarle a las autoridades estatales mucha "mano libre" en la determinación del grado en que restringirán los derechos humanos suspendibles, los cuales no son pocos ni de importancia secundaria.

En cuanto a la mencionada *proporcionalidad,* el llamado principio de "estricta necesidad", si bien la Convención señala que las disposiciones que el Estado adopte serán "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación" (art. 27.1), y el Pacto dice casi lo mismo (art. 4.1), el concepto de estas "exigencias" no es menos indeterminado que el de las hipótesis que legitiman echar mano a las medidas de emergencia. El o los órganos estatales con autoridad para interpretar *si* se dan dichas hipótesis considerarán, siempre, que las disposiciones adoptadas no son otras que las "exigidas" por la situación, claro está. Como tal "exigencia" queda a juicio de ellos mismos...

"Con raras excepciones, las amenazas a la vida de la nación son inherentemente de duración limitada. Se halla universalmente admitido que, para justificar el apartamiento respecto al orden jurídico normal, una amenaza debe tener un grado apreciable de inmediatez y de contenido *(substance).* El Informante Especial de la Subcomisión de la ONU se refiere a ello como 'el principio del peligro excepcional'. Y explica que este requiere: primero, que el peligro sea 'presente o al menos inminente'; y segundo, que sea 'tan sustancial que las medidas y restricciones [de derechos] normalmente autorizadas... manifiestamente no resulten ya adecuadas para mantener el orden público' " (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 434). *Vid* también *infra,* § 64, los comentarios sobre la idea de un "peligro para la vida de la nación".

"En términos normativos, ello implica que un gobierno tiene una obligación de Derecho Internacional de determinar, antes de tomar cualquier medida que implica suspensión de las normas de Derecho Internacional, que las 'medidas y res-

tricciones' normalmente permitidas por el Instrumento o Instrumentos en cuestión no son adecuadas para proteger los intereses legítimos de la sociedad.

"Por el momento, la aplicación estricta de esta regla, ya sea en su sentido normativo o de definición, es poco probable, a causa de una política de realismo y discreción que prevalece actualmente en los tribunales internacionales, y que ha sido reconocida formalmente por la Comisión y la Corte Europea en la bien conocida doctrina del 'margen de apreciación'. Esta negativa a estudiar de cerca la legitimidad del fundamento de un estado de emergencia también es evidente en el uso mismo del término 'claramente inadecuado', así como en la negativa de la Comisión, en el caso del Norte de Irlanda, de considerar la moderación o levantamiento gradual de medidas de emergencia como evidencia de que las medidas más estrictas originalmente empleadas fueron excesivas o innecesarias *ab inicio*. Existen razones válidas para esta política de discreción: desde la presunción de que un gobierno nacional tiene más elementos que un tribunal internacional para evaluar el grado de peligro de una amenaza interna y la probable eficacia de respuestas alternativas a ella, por un lado; hasta el reconocimiento implícito de los verdaderos límites a la autoridad de órganos judiciales internacionales, por el otro.

"La aplicación de este principio en las Américas, en este momento, también sería obstaculizado por la falta de jurisprudencia existente sobre el alcance de las cláusulas de restricción, o el alcance de restricciones a derechos permitidas en tiempo normal, tanto bajo la Convención Americana como bajo el Pacto Internacional. Existe poca o ninguna jurisprudencia sobre es cuestión bajo la Convención Americana, y apenas se está comenzando a establecer jurisprudencia sobre el alcance de restricciones permitidas a los derechos bajo el Pacto Internacion . Así, los Estados Americanos que padecen alteraciones internas, y que tienen que decidir dónde termina el poder 'normal' para restringir derechos en interés de la seguridad nacional y dónde comienza la suspensión del deber de respetar tales derechos, tienen muy pocas directrices claras hoy en día.

"Existe una tradición en América Latina, al declarar estados de emergencia, de instrumentarlos por medio de un decreto que suspende todos los derechos fundamentales que el Derecho Internacional o el Constitucional no hayan clasificado como inderogables. En vez de adoptar un plan de acción o conjunto específico de medidas excepcionales basado en un análisis de las características especiales de la amenaza a la nación, la prác-

tica normal es simplemente otorgar al Poder Ejecutivo una discreción casi ilimitada para determinar la respuesta apropiada a la situación de emergencia. Tal práctica, indudablemente, refleja la influencia de la tradición romana de la dictadura legal. Sin embargo, está en contradicción directa con la filosofía que sirve de fundamento a los instrumentos modernos de Derecho Internacional, especialmente con el principio de que las medidas de emergencia solo son legítimas en la medida en que sean 'estrictamente necesarias'. Lo que se pide no es, desde luego, que sean las medidas de emergencia *en general* las estrictamente necesarias; tal interpretación haría superflua esta cláusula, ya que la necesidad para medidas de emergencia en general es, como hemos visto, parte del concepto de un peligro o amenaza excepcionales para la nación. Se aplica, más bien, a *cada una* de las disposiciones que el Estado adopte" (O'DONNELL, *loc. cit. supra,* en la n. 2).

Los Instrumentos dicen también que las disposiciones excepcionales tienen que ser unas que "no entrañen *discriminación* alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (arts. mencionados, en ambos casos su inc. 1 *in fine*). Previsión prácticamente inofensiva, ya que, en los hechos, las discriminaciones suelen darse por otros motivos: sobre todo, por la ideología política de las víctimas. Mas tal factor, el ideológico, precisamente ese *no* está mencionado allí; los Instrumentos, por tanto, admiten como legítimas las restricciones fundadas en tal tipo de razones.

"En ambos instrumentos, sin embargo, los tipos de discriminación prohibidos en tiempos de emergencia son considerablemente menores que los tipos de discriminación prohibidos en tiempos normales: en la cláusula de no discriminación de las disposiciones de suspensión no se menciona la discriminación basada en opiniones políticas o de otra índole, origen nacional, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social' [a diferencia de, p.ej., el art. 2.1 *in fine* del Pacto]. Nótese también que, mientras la Convención Americana prohíbe medidas de emergencia con discriminación 'fundada en motivos de raza', etc. (art. 27.1 *in fine*), el Pacto Internacional se refiere sólo a medidas de emergencia con discriminación fundada '*únicamente* en motivos de raza', etc. (art. 4.1 *in fine,* subrayado añadido)" (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 471-472, n. 103).

Entre los derechos cuya suspensión no se autoriza figuran, sin embargo, algunos que son realmente básicos y que, por lo demás, son los que con mayor frecuencia resultan violados en tales ocasiones, a pesar de lo que dicen los Instrumentos y hasta los propios textos constitucionales. Es el caso, sobre todo, del derecho a la vida y a la integridad física, aunque también tienen cierta importancia los demás derechos no suspendibles:

> *"Véase, pues, que estos estados de excepción no autorizan la privación de la vida, la tortura, la aplicación retroactiva de la ley penal más severa, la creación del 'delito de opinión', el desconocimiento del derecho de los menores a una especial protección y a tratamientos adecuados a su edad, ni la adopción de medidas que tienen como resultado hacer imposible, durante años, el ejercicio de derechos políticos tan fundamentales como el de sufragio"* (CIDH, en BUERGENTHAL/NORRIS/SHELTON, p. 336).

En efecto, la Convención establece en forma taxativa que, en tales casos, ella

> "no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos" (art. 27.2).

212

II

De todos modos, la lista de los derechos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —y en particular la Convención— autoriza a suspender, es demasiado amplia como para no contemplarla sin preocupación. Así, en el marco de la Convención resulta perfectamente legítima, de acuerdo con el artículo que acabamos de transcribir, la suspensión de los derechos que se consignan en los siguientes artículos de dicho instrumento (o sea, los no excluidos en el art. 27.2):

— 7 (Derecho a la Libertad Personal);
— 8 (Garantías Judiciales);
— 10 (Derecho a Indemnización);
— 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad);
— 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión);
— 14 (Derecho de Rectificación o Respuesta);
— 15 (Derecho de Reunión);
— 16 (Libertad de Asociación);
— 21 (Derecho a la Propiedad Privada);
— 24 (Igualdad ante la Ley);
— 25 (Protección Judicial —con excepción, claro está, de lo "indispensable" para proteger aquellos derechos cuya suspensión no se autoriza: art. 27.2 *in fine*—);
— 26 (Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

No es poca cosa... Y el correlativo texto del Pacto (art. 4.2) es todavía *menos* restrictivo en cuanto a enumerar derechos no suspendibles [14].

---

(14) "La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18" (Pacto, art. 4.2).

Llama la atención, en particular, que *no* esté prohibida la suspensión del derecho a la libre expresión del pensamiento ni de la garantía de Hábeas Corpus. Lo razonable hubiera sido pensar, antes bien, que ambos deberían estar llamados a desempeñar entonces un papel todavía *más* importante que en situaciones normales, como freno para abusos por parte de funcionarios, ya que los órganos estatales pasan a gozar de unos poderes tan extendidos.

"No es posible concebir que precisamente en aquellas situaciones en que los derechos fundamentales de las personas están más expuestos, esto es, cuando se aumenta cuantitativamente las facultades del Ejecutivo sobre las personas, la misión del Poder Judicial sea retrotraerse y dejar a los individuos a merced de un Ejecutivo fuerte. Parece fuera de toda duda la aseveración de que los derechos individuales inalienables, anteriores al Estado, requieren de una mayor supervigilancia cuando las circunstancias los debilitan objetivamente ante el Ejecutivo que cuando las condiciones objetivas hacen suponer que su atropello será menos probable, esto es, en situaciones normales, cuando las facultades del Ejecutivo son menores.

"Las normas que regulan los regímenes de excepción o de emergencia deberán contemplar expresamente la facultad de control judicial del ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de las facultades discrecionales de que disponga, de tal manera que los Tribunales estén siempre, y sin excusa valedera, facultados para ponderar los antecedentes o fundamentos de hecho aducidos por el Ejecutivo para justificar el ejercicio de una facultad discrecional que importe privación o restricción de un derecho fundamental respecto de una persona determinada, en forma que el control judicial incida en los aspectos de fondo comprometidos y no consista en simple verificación de sus aspectos formales.

"Se trata de impedir que la discrecionalidad se confunda con la arbitrariedad y de asegurar que durante la vigencia de los regímenes de excepción los ciudadanos sigan contando con la protección judicial de sus derechos fundamentales" (GONZALEZ, *La protección...*, p. 57).

"FIX ZAMUDIO... dice que... la falta de aptitud de los jueces para apreciar, por regla general, los motivos políticos de la emergencia, no obsta a su facultad para 'determinar los lí-

215

mites jurídicos que tanto las disposiciones constitucionales como de carácter reglamentario establecen en relación con las atribuciones de las autoridades durante tales situaciones, aun cuando asuman un carácter discrecional, pues ya no se puede discutir la apreciación judicial de los actos discrecionales' (Cita FIX ZAMUDIO... el caso... cuando en plena guerra con los países del Eje, la Corte Suprema [de los Estados Unidos] resolvió casos de *hábeas corpus* dirigidos contra actos privativos de libertad emanados de autoridades administrativas, apoyadas en motivos relacionados con la defensa nacional, en algunos de los cuales se trataba de presuntos saboteadores sometidos al fuero militar, en que el tribunal admitió tales instancias y las resolvió en el fondo.)

"...precisamente la emergencia debe compeler a los jueces a ser más rigurosos que en los períodos de normalidad institucional para dar la tutela que por el Amparo les es requerida, máxime si durante la misma se encuentran accionando servicios de seguridad que operan en secreto" (PEREIRA ANABALÓN, p. 83).

Particularmente en cuanto al Hábeas Corpus, su "suspensión en situaciones de anormalidad crea una cierta perplejidad; pues si persigue solo la puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente y las situaciones de excepción alargan los supuestos y casos de detenciones legales, no se ve por qué el *hábeas corpus* deba quedar sin efecto en tales situaciones, ya que pueden seguir existiendo detenciones ilegales. (...) [Pues] la intervención judicial deja constancia de una actitud vigilante sobre la autoridad, que es positiva para el autocontrol de esta misma y eventualmente permitiría controlar los excesos que sean patentes, bien por propio reconocimiento de la autoridad, bien por su propio contexto... En definitiva, si el *hábeas corpus* defiende de las detenciones ilegales y estas se producen en situaciones de excepción, no se ve en qué perjudica a la defensa del orden constitucional el mantenimiento de un recurso que no pretende discutir las detenciones legalizadas por el alargamiento de los supuestos previstos en la normativa de excepción, sino justamente controlar los excesos sobre esa normativa. (...) En efecto, ninguna utilidad para la defensa del Estado puede encontrarse en la suspensión de un recurso de *hábeas corpus* que sólo pretende la puesta a disposición judicial de las personas detenidas ilegalmente; supuesto que la legalidad de la detención puede ensancharse hasta donde sea necesario para la defensa del orden constitucional, todas esas detenciones son perfectamente legales y no pueden ser desbaratadas por el recurso de *hábeas corpus,* que sólo pretende la inmediata puesta a dis-

216

posición judicial de aquellas detenciones que puedan considerarse ilegales" (QUADRA-SALCEDO, p. 441-442 y 470-471). *Vid.* también *supra,* cap. V, a la altura de la n. 11.

"Los instrumentos clasifican como suspendibles una cantidad de derechos que la razón sugiere que no deberían suspenderse ni siquiera en tiempo de emergencia. Uno de estos es el deber de los Estados de prohibir la propaganda en favor de la guerra y la 'apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia' (Pacto, art. 20). Ciertamente, no puede haber ningún tipo de emergencia nacional en que la apología del odio nacional, racial o religioso debiera estar permitida. Por supuesto que la importancia de prohibir ese tipo de propaganda es mayor aún en tiempos de emergencia, pues la historia está repleta de emergencias marcadas por la discriminación, cuando no la violencia efectiva, contra minorías raciales, religiosas y nacionales. También el incluir *(classification)* la prohibición de propaganda en favor de la guerra parecería apropiado, visto la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU. Los estados de emergencia también dan lugar, a veces, a restricciones de derechos de minorías religiosas, culturales o lingüísticas. Retrospectivamente, esas restricciones se revelan de modo indudable como excesivas, como el producto de aprensiones xenófobas. (...)

"[También resulta] extremadamente claro que sería deseable hacer no suspendible el principio de que 'toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano' [Pacto, art. 10.1; Convención, art. 5.2 *in fine*. Tal disposición *no* figura entre aquellas de las cuales el Pacto, en su art. 4.2, 'no autoriza suspensión alguna'; la Convención, en cambio, en su art. 27.2 la incluye entre aquellas de las cuales 'no autoriza la suspensión de los derechos' respectivos]. Similarmente,... es importante aclarar que por lo menos una extensa parte de los derechos del debido proceso no deberían suspenderse en ninguna circunstancia. Aunque resulta comprensible que la libertad de expresión se considere suspendible, no puede haber ninguna razón válida para suspender el derecho de sostener opiniones sin interferencias. [Y cabría agregar que, como ha señalado MONTEALEGRE, en todo caso no debería jamás restringirse el derecho de denunciar públicamente la violación de derechos humanos fundamentales: *infra,* cap. VIII, poco después de la n. 31.] (...) [También sería] deseable que en los sistemas de la ONU y europeo se reconociera la no suspendibilidad de todos los derechos reconocidos como no suspendibles en la Convención Americana, señaladamente los derechos del niño, los derechos de la familia, el dere-

217

cho a participar en el gobierno" (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *op. cit.*, p. 440-441; *Vid.* también *supra*, I *in fine*).

III

Discusión.—

De lo expuesto en el presente numeral se desprende que la formulación de las condiciones jurídicas a que, según los Instrumentos, ha de estar sometido el establecimiento de estados de excepción presenta un ancho ámbito lógico. Desde ese ángulo, puede decirse que dichos instrumentos, sobre todo la Convención, constituyen una "garantía" débil —incluso en el nivel semántico— para limitar jurídicamente la acción de las autoridades en perjuicio de derechos humanos, si ellas deciden recurrir a tales estados. Este medio jurídico es semánticamente muy holgado: lo es en sus causales y, sobre todo, en lo relativo a los derechos "derogables".

Tal conclusión —pesimista, si se quiere— no fue compartida, empero, por varios de los expertos que contribuyeron a la presente Investigación. Algunos de ellos consideran, por el contrario, que sería deseable que las Constituciones contengan unas fórmulas como las que al respecto presentan los Instrumentos. Entienden que, si así se hiciera, la protección jurídica de los derechos humanos para tales siuaciones se vería consagrada de una manera conveniente en el nivel constitucional. He aquí dos opiniones que apuntan en ese sentido (sin perjuicio de sus diferencias respecto al grado de deseabilidad del control jurisdiccional respectivo).

MONTEALEGRE:

Lo mejor que se podría hacer sobre el particular —y es la sugerencia concreta que haría— es definir internamente los estados de excepción en los términos en que están en los convenios internacionales hoy día: definir que un estado de excepción está justificado solamente cuando hay un peligro nacional que amenaza la vida de la comunidad y la vida de la nación. Es decir, definir la causa específica que provoca el estado de excepción, en los términos en que hoy están definidos en el ámbito internacional. E

218

incluir el control jurisdiccional, inclusive el interno; y dar la facultad al tribunal jurisdiccional para, inclusive, descalificar la oportunidad de declararse un régimen de excepción y, por tanto, examinar el mérito, es decir, ver si verdaderamente existe tal peligro o si se está abusando de él.

O'DONNELL:

Lo que estamos tratando de hacer, creo, es establecer normas constitucionales que reflejen las normas del Derecho Internacional; no estamos tratando de establecer los criterios para una Constitución ideal, utópica. Pero algunos colegas, y también el Informe del Redactor General, me parece que tratan de ir más allá de lo que es necesario para conformar las Constituciones a las normas internacionales. Por ejemplo, se dice que sería de desear que el Poder Judicial tuviera la competencia para examinar la oportunidad, o no, de la declaración de un estado de excepción. A mí me parece que sería un error establecer eso como norma general, justamente porque los Poderes Judiciales son los Poderes estatales más débiles, más vulnerables. (Cf. también la intervención de O'DONNELL recogida *infra*, § 65.II.)

§ 64. El Derecho Internacional como marco: (c) cuestiones de interpretación

SUMARIO:

I. La hipótesis básica de suspensiones.

II. Cómo interpretar la Convención: la (¿o las?) hipótesis contemplada; observaciones metodológicas.

III. Excurso sobre el *topos* "vida de la nación" (universos simbólicos holistas —nación, pueblo, patria— y su función legitimadora en el discurso del Poder).

IV. Conclusión: legitimidad, ante el Derecho Internacional, de las suspensiones decretadas de acuerdo con el Derecho interno.

219

I

De acuerdo con el Pacto (art. 4.1), y también según la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, el *único* caso para el cual, por su extrema gravedad, resulta legítimo adoptar un régimen de emergencia, es cuando se encuentra en peligro la *totalidad* de la población y su vida organizada.

"El significado natural y corriente de 'un peligro público que amenace la vida de la nación' [Convención europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 51.1] es, en nuestra opinión, una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población, en cuanto distinto a grupos particulares, y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone al Estado en cuestión" (*Caso Lawless,* Comisión Europea de Derechos Humanos, Serie B, 1960-61, p. 82). Esta opinión fue recogida, en sus líneas básicas, en el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre dicho caso. A partir de allí, se ha desarrollado una literatura jurídica que trata de precisar más cada uno de los cuatro conceptos que figuran como elementos básicos de definición en el pasaje de referencia: *excepcionalidad, inminencia, conjunto* de la población, *vida organizada* de la comunidad.

En cualquier otra situación que afecte la seguridad interna de un Estado, a pesar de todo no pueden ser suspendidos los derechos humanos, pues cabe pensar que tal suspensión agudizaría aún más los problemas de seguridad de la población, dejaría a sus habitantes más desprotegidos todavía. Y tal es, en el plano de la dogmática, una presunción absoluta; por lo demás, no se ve cómo esta podría ser falsada, ya que la conforman unos conceptos que difícilmente se conseguiría hacer lo bastante operacionales como para aplicarlos —contrastarlos, "testarlos"— con métodos de las ciencias empíricas (cf., *supra,* n. 13, e *infra,* III).

La Convención es más elástica aún: cf. el art. 27.1 *in limine* (*supra,* § 63.I *in limine*). Y todavía más, por

720

supuesto, lo son las disposiciones pertinentes de buena parte de las Constituciones latinoamericanas. No obstante, aunque la letra de la Convención se contenta con manejar conceptos tan imprecisos ("peligro público", "*otra* emergencia que amenace... la seguridad del Estado"), estos términos pueden interpretarse también en un sentido restrictivo, más afin —si se quiere— al del Pacto. Solución que puede resultar plausible si se tiene en cuenta el carácter universal de este último y la teleología general de la doctrina de los derechos humanos. Desde tal ángulo se ha propuesto, entonces, que las causales de suspensión establecidas en la Convención se interpreten como queriendo decir, al fin de cuentas, lo mismo que el Pacto: amenazas que sean *tan* graves, para "la vida de la nación", como las que puede provocar una guerra.

II

Cómo interpretar la Convención Americana.—

(i) "Los resúmenes de los debates de la Conferencia Especializada de 1969, donde fue adoptada la Convención Americana, infortunadamente no contienen ninguna explicación de las razones por las cuales se varió la fórmula usada en los otros instrumentos internacionales. Sin embargo, se ha sugerido que el comentario que sobre este punto contiene el estudio efectuado por la Comisión Interamericana tiene valor de autoridad:

> 'Tengo entendido que esta expresión cubre exclusivamente las siguientes situaciones: un peligro real e inminente para la existencia del país como nación; para la sobrevivencia del Estado como entidad política soberana e independiente; para la integridad del territorio; para el respeto por la constitución política vigente; para el ejercicio de poderes legítimos por las autoridades constitucionales. También incluye la situación de peligro serio e inminente de alteración profunda de la paz social o del orden público, de tal carácter que ponga en peligro la seguridad interna del Estado'.

221

"Esta interpretación parece referirse a tres tipos distintos de situación.

"Las tres primeras cláusulas: 'peligro para la existencia del país como nación, para la sobrevivencia del Estado como entidad política soberana e independiente, para la integridad del territorio', se refieren al peligro de guerras de secesión, guerra de conquista por un poder extranjero o la disolución de la nación-Estado.

"En cuanto al respeto por la Constitución, si se quiere evitar una interpretación tan amplia que incluya aun la mera crítica de la Constitución, debe ser interpretado en el sentido de respeto en la práctica, no respeto en un sentido más abstracto. Este segundo tipo de situación, entonces, comprende el peligro de un golpe de Estado, por lo menos la interferencia importante en el funcionamiento de los mecanismos estatales reconocidos por la Constitución.

"La tercera categoría se define como el peligro de 'alteración profunda de la paz social o del orden público, de tal carácter que ponga en peligro la seguridad interna del Estado'. Ahora, el autor mismo de ese estudio enfatizó, en su estudio preliminar sobre el tema, que 'cada gobierno democrático tiene poderes amplios para combatir amenazas (al orden público) con medidas ordinarias. El poder policíaco, leyes sobre traición y sedición y el código penal no dejan a los gobiernos impotentes'. La Convención Americana, igual que el Pacto Europeo y el Internacional, reconocen expresamente el derecho del Estado de restringir determinados derechos para poder proteger el orden público y la seguridad. Sería lógico, por tanto, equiparar esta tercera categoría a una alteración tan profunda que los métodos ordinariamente disponibles para controlar tales alteraciones son inadecuados.

"Este, desde luego, es precisamente uno de los elementos de la definición de la 'amenaza a la vida de la nación', desarrollada por los órganos competentes de la Convención Europea. De hecho, las tres categorías de situaciones de emergencia descritas en el trabajo preparatorio de la Comisión Interamericana sobre la cuestión de la suspensión son substancialmente compatibles con el significado de una 'amenaza a la vida de la nación' tal y como ha sido definido en el sistema europeo. La adopción de interpretaciones armoniosas de los dos términos sería de mucho provecho, pues casi todos los Estados Partes en la Convención Americana también han ratificado el Pacto In-

ternacional, el cual usa la misma definición que la Convención Europea" (O'DONNELL, *loc. cit. supra* en la n. 2).

Cf. también NORRIS/DESIO, p. 191-199.

———oOo———

(ii) En el mismo sentido, esto es, el de una equiparación entre la causal (restrictiva) que establece el Pacto y las de la Convención, se orientan las puntualizaciones siguientes presentadas por MONTEALEGRE.

Toda la normativa sobre los estados de excepción tiene que ser interpretada en la forma más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales; precisamente porque la experiencia que se ha vivido es la contraria, que son aquellos los mecanismos más claros para violar los derechos fundamentales.

Una interpretación avanzada tiende a equiparar la Convención Americana con los otros Pactos. Lo primero que hay que tratar de lograr es esta equiparación, no hacer de la Convención una especie de convenio que permite suspender los derechos en una forma más amplia que los otros Pactos. El primer ejemplo que pone la Convención, para suspender los derechos, es en caso de guerra. Por lo tanto, el límite y el contexto en el cual se pone la Convención es el mismo que el de todos los Pactos internacionales: en caso de guerra o de un peligro tan grave que sea análogo a una guerra *(supra,* § 60.I *in fine).* Si no, la disposición perdería todo sentido jurídico. Si comienza poniendo como un término la guerra, y posteriormente un peligro público, naturalmente que la amenaza a la seguridad del Estado de la cual está hablando es una que equivalga a una guerra o a un peligro público que amenace, que ponga en peligro la seguridad de la nación, en forma análoga a como la pone una guerra. De otra manera, la laxitud de la disposición llevaría a hacerla absolutamente incontrolable. El concepto de "seguridad para la nación", en ese caso, debe interpretarse en el contexto completo de la disposición; hay que darle esa interpretación progresiva a la Convención.

La causal genérica que permiten los Pactos internacionales, para suspender los derechos, es esto que se denomina "un peligro nacional". Se ha definido el peligro nacional, por parte de la Comisión Europea, como una circunstancia excepcional que amenaza la sobrevivencia de la comunidad. Esto significa que hay dos tipos de peligros nacionales: hay un peligro nacional que efectivamente amenaza la vida de la nación; y hay otros tipos de peligros nacionales, que no se desconoce que existan, pero que

no amenazan la vida de la nación. Solamente el primer tipo de peligro nacional es el que permite la suspensión de los derechos fundamentales. La filosofía que hay detrás de esto es que, como señala O'DONNELL, los regímenes de excepción pueden tener dos sentidos completamente distintos: uno de ellos es el de salvar el régimen democrático; el otro, es que a través del régimen de excepción se busque la instauración de una dictadura. La convicción que subyace es que si se permite en forma muy laxa la suspensión de garantías fundamentales y la instauración muy laxa de regímenes de excepción, en vez de solucionar el peligro nacional se está incorporando a la vida de la nación un momento de peligro nuevo, cual es el de un Estado que adquiere ciertas facultades extraordinarias, no ya con el propósito de proteger mejor los derechos fundamentales de las personas amenazadas o el sistema democrático, sino con el propósito o la sospecha directa de instaurarse dictatorialmente en el poder. De allí que la jurisprudencia en materia de aceptar esta suspensión de derechos fundamentales sea retrictiva; porque si no lo fuera, se estaría dando pie a introducir un peligro quizá más grave que el que se pretende defender.

———oOo———

(iii) A propósito de los comentarios de O'DONNELL y MONTEALEGRE, agregaremos unas observaciones metodológicas. Podemos sintetizarlas así: dichos comentarios son aceptables, pero siempre y cuando se *presuponga* (¡opción semántica!) el marco de la dogmática jushumanista.

Conviene no olvidar, sobre todo porque dicha dogmática suele no ser acogida por los operadores del Derecho interno durante estados de excepción, que aquellas interpretaciones no son sino *una* de las maneras posibles de entender, dado el ámbito lógico de las formulaciones jurídicas de los Pactos, la orientación que a estas (o a sus análogas en las Constituciones) se le dará. O'DONNELL acude preferentemente a una argumentación basada en el *topos* interpretativo: voluntad del legislador (trabajos preparatorios de la Comisión Interamericana). MONTEALEGRE, en cambio, pone el acento principal en una argumentación fundada en ciertos *topoi* teleológicos. [Los *topoi* —plural de *topos* (lugar)— son los "lugares comunes" de *argumentaciones* que se emplean en una disciplina determinada: por ejemplo, en el Derecho. Cf. el libro de VIEHWEG, esp. caps. III y VIII; *vid.* también PERELMAN, esp. # 58, y los otros sitios indicados en la n. 13 del cap. I, *supra.*]

324

Ahora bien, no estaría de más recordar todas las incertidumbres que —como ha sido bien exhibido por estudios contemporáneos sobre metodología jurídica— afectan de una manera general a esas dos vías (interpretación genética e interpretación teleológica), aun sin contar el problema de las eventuales contradicciones que pueden darse entre los resultados a que se llega por una y otra, o hasta en el seno mismo de cada una de ellas. Sea como sea, lo que aquí nos interesa es llamar la atención sobre lo siguiente: que la interpretación restrictiva de la cláusula sobre suspensión de garantías (art. 27.1) de la Convención es un asunto que, tanto desde el punto de vista semántico como en los hechos, depende de una *decisión* del intérprete. No se halla ni lógica ni lingüísticamente predeterminada por la fórmula *misma* del texto internacional. Y lo cierto es que el ámbito semántico de esta aparece todavía menos limitado en la Convención que en el Pacto (*supra*, I).

Desde el punto de vista de la menor desprotección posible de los derechos humanos es aconsejable, desde luego, que la interpretación elegida vaya, como proponen O'DONNELL y MONTEALEGRE, en la dirección de la dogmática jushumanista. Pero ello no quita que, cuando así se procede (como sería siempre de desear), esto no se debe a que la fórmula lingüística de la Convención determine unas limitaciones semánticas que impongan *ese* sentido justamente, cosa que ella *misma* no hace. Todo depende de que se tenga la fortuna de contar con intérpretes autorizados que *elijan*, dentro del ámbito semántico de dicha fórmulas, unas interpretaciones afines con aquella dogmática. En definitiva: no es la *letra* de la Convención sino (eventualmente) la *intención* del intérprete mismo, lo que puede conducir a interpretar aquella en una sentido restrictivo, el más favorable a los derechos humanos.

III

Excurso: ¿Qué quiere decir "vida de la nación"?.—

1. Por supuesto que una fórmula como "la *vida* de la nación" —y, *a fortiori*, el decidir qué representaría un "peligro" para *ella*— no es muy apta para manejarla en discursos de nivel científico. Forma parte de un género de expresiones que, por provenir del lenguaje de las ideologías políticas, llevan consigo su buena carga de mitología en la forma de aprehender fenómenos

725

sociales colectivos. Habitualmente, ellas se utilizan en contextos de naturaleza simbólico-retórica; comunican sentidos que, en el mejor de los casos, pertenecen al orden de las metáforas. Claro que en el fondo de todo ello hay también, según es común en el uso del lenguaje figurado, referencia a aspectos que sería exagerado calificar de imaginarios. Pero tales aspectos se encuentran presentados, de *esa* manera, en formas indirectas y poco distintas, lo cual facilita, llegado el caso, su manipulación ideológica (belicismo, xenofobia, etc.).

En verdad, la idea de Nación apunta a unos fenómenos cuyo contenido es político-convencional, se trata de una típica "*construcción* social de la realidad" (BERGER/LUCKMANN) con base en determinaciones simbólicas (lingüísticas y otras). Es un "mundo que *se da por supuesto*" (Alfred SCHÜTZ) y que, como tal, o sea, con entera independencia de su problemático valor veritativo, se presenta como indubitable, como simplemente "dado", a los ojos de la conciencia precrítica. A esta se le oculta por completo el carácter *convencional* —que, por lo demás, a menudo es heterogéneo y cambiante— de dicho "mundo", lo ve como algo no menos natural que el hecho de nacer o de morir.

Ahora bien, la gente no solo *cree* en estos "universos simbólicos' (BERGER/LUCKMANN), que la socialización primaria y secundaria les hace presentes, sino que *actúa* en función de ellos. Pues tales universos, una vez internalizados, presionan sobre todo por su sabor emotivo-motivante, en virtud del cual se hacen valer con fuerza irresistible en la conciencia de quienes hablan el lenguaje respectivo. Por más ambiguo y nebuloso que el contenido empírico-descriptivo de los términos en cuestión se revele si logra ser sometido a análisis rigurosos, la fe en estos símbolos —y, a partir de ahí, sus repercusiones en el nivel pragmático del lenguaje— es algo que suele resultar infinitamente más poderoso que cualquier conocimiento científico que discierna en forma realista cuáles son sus verdaderos objetos de referencia, esto es, que sea capaz de "desencantar" dicho mundo, traducir a una terminología menos imprecisa las imágenes de que se compone. Así, no es de extrañar que una idea como la de Nación tenga, más allá de (o mejor dicho: por) la buena cuota de imaginación que la sustenta, considerables efectos prácticos. Y para *decidir* cuáles son estos, desempeñan importantes funciones de mediación las autoridades estatales.

Dicha simbolización del universo político suele dar lugar, en especial, a interpretaciones "holistas", y a menudo esencialistas, que ponen el acento sobre místicas concepciones relativas a un Todo colectivo, que es titular de un "bien común" (*supra*,

226

§ 23.II), etc. Bajo él quedan esfumados los caracteres concretos (variados y contradictorios) de las complejas relaciones interindividuales que se producen en el seno de grandes conglomerados sociales, los identificados como países. Imaginación totalizadora que puede proyectar su velo de unicidad también, por supuesto, sobre simbolizaciones más amplias —mundo occidental, campo socialista, etc.— o más estrechas —raza, clase, etc.— que los de la categoría-país. El carácter relativamente ficticio que tienen todas esas unificaciones simbólicas no suele tampoco ser tematizado por los juristas, salvo algunos de tan excepcional nivel como KELSEN, ROSS, etc.:

> "La introducción del concepto 'sociedad' como un sujeto único cuyo bienestar debe promoverse en la mayor medida posible, permitió soslayar, pero no superar, los dos defectos fundamentales del utilitarismo...: la inconmesurabilidad de las necesidades y la desarmonía de los intereses. La idea de que la comunidad es una entidad independiente, con necesidades e intereses propios, debe ser rechazada como ilusoria. Todas las necesidades humanas son experimentadas por el individuo y el bienestar de la comunidad es lo mismo que el de sus miembros. (...) Si las circunstancias no permiten la satisfacción de todos los deseos, estos intereses entran en competencia. 'El interés de la comunidad' (el 'bienestar social') es la falacia que pasa por encima de esta desarmonía y elabora un interés único armónico y un correspondiente beneficio único. El utilitarismo y el principio de bienestar social, como la filosofía del derecho natural, son el resultado de la necesidad que la conciencia tiene de un principio de acción absoluto que pueda liberar a la humanidad de la angustia de la decisión" (ROSS, p. 237). [*Vid.* también *supra*, § 23.II, las observaciones de MARX/ENGELS, KELSEN, SCHUMPETER y LASKI, sobre el mito del "bien común".]

Cuando, como en el caso de la idea de Nación, la imagen de ese *sujeto único* se presenta cual si tuviera una "vida" individual, propia de cada uno de dichos conglomerados, todo ello toma un cariz *organicista* que, según siempre vuelve a comprobarse, puede constituir un excelente caldo de cultivo para el racismo, la agresividad nacionalista, la amputación de "células insanas" (léase: antidemocráticas o antisocialistas, "subversivas" o "contrarrevolucionarias"), etc. En nuestro continente, la Doctrina de la Seguridad Nacional suministra un ejemplo demasiado conocido en cuanto a interpretaciones de esa índole: cf. COMBLIN, TAPIA

227

VALDÉS (esp. caps. VI y VII), HABA (*Doctrina...*, esp. sec. III); *vid.* también *supra*, § 23.

———oOo———

2. Como la idea de "nación", muy cercana o igual a esta, con frecuencia es la invocación al *pueblo* la que desempeña un análogo papel retórico, y también las consecuencias pueden ser similares. En la actualidad, hay una "afirmación que es general, reiterada, dominante, según la cual el destino individual deriva del destino colectivo, y ante todo del pueblo". Y por más que la de "pueblo" sea una noción "inaprehensible" *(insaisissable)*, ello no le quita —¡al contrario!— "su fuerza explosiva y su poder de propagación". Se ha creído posible "reducir el pueblo a una entidad objetiva, identificable por la conjunción de varios factores de similitud (raza, religión, lengua, historia, cultura, etc.), confundiendo así, deliberadamente, pueblo y nación. Desde hace una treintena de años, lo que ya es Historia ha barrido estas veleidades restrictivas, para mostrar, como lo enseñaba antaño la teoría del contrato social, que el pueblo está formado por la sola voluntad de estar juntos y entre sí, sean cuales fueren los factores, objetivos o subjetivos, que la susciten" (MOURGEON, p. 45-46).

Inclusive los Instrumentos establecen "la libertad de los pueblos... como condición primera, necesaria, de toda otra libertad, colectiva o individual, en cualquier terreno que sea". Y de esa manera, "¿qué es lo que se hace sino enunciar... que la libertad *del* cuerpo social preside *(commande)* la libertad *en* el cuerpo social?"; esto es, "se confiere preferencia y primacía, hasta en el Derecho Internacional general, al pueblo, a lo colectivo.

"Nada prueba que, haciendo tal, se fertilice el terreno de los derechos humanos. Si la libertad del pueblo es el pasaje obligado hacia la libertad del hombre, lo cierto es que aquella llega a esta únicamente cuando no desemboca en un impase. Aquella es condición, pero no certeza de los derechos. Se sabe de cuánta ironía cínica la historia ha hecho gala para probarlo, y todos los terrores que la libertad del pueblo le ha impuesto al pueblo. Más aún: al ubicar las exigencias de lo colectivo en la cúspide de los imperativos actuales,... se despierta al pueblo para lo que el Poder desee, y la urgencia de la salvaguardia común desecha hacia el futuro el cuidado por la suerte de cada uno.

"Aunque se la supusiera general y triunfante, la libertad de los pueblos no tendría en modo alguno, pues, el efecto favora-

728

ble a los derechos personales que se le pretende asignar. Por sí sola, y por lo menos en una primera etapa, es más bien contraria a ellos. Otras condiciones deben acompañarla... para que haya florecimiento de los derechos" (*ibid.*, p. 46-48).

Ahora bien, la propia idea de "pueblo", aunque no está desprovista de cierto asidero en la realidad, por lo general consiste en hipostasiamientos y fantasías esencialistas según la manera en que ella se presenta en el discurso de las ideologías políticas, y tanto más cuanto más nacionalistas sean estas. Pero también hay autores que, como HELLER (por ejemplo), han advertido esa "mala metafísica" que se hace a la mar a través de tales concepciones:

> "La doctrina romántica de un espíritu del pueblo originario, que actuara en lo profundo de la vida histórica como demiurgo de toda la realidad cultural, tanto política como de cualquier otro carácter, no tiene sustentadero alguno en la historia y pertenece al reino de la mala metafísica. (...) No hay duda que el pueblo muestra, a través de los cambios, una permanencia y constituye una unidad de acontecer a la que pueden imputarse hechos históricos. Sin embargo, el carácter del pueblo, que sobrevive en el correr de los tiempos, no puede ser considerado, como lo hacían los románticos, como un inmutable espíritu del pueblo, ni sustancializado en una conciencia y una voluntad del pueblo que procedieran siempre de manera unitaria. (...) Gran confusión produjo en la Teoría del Estado el hecho de que, a partir de ROUSSEAU y del romanticismo, se haya atribuido al pueblo, como nación, una personalidad con sensibilidad y conciencia, voluntad política y capacidad política de obrar. El pueblo se convierte así, de manera metafísica, en una comunidad de voluntad *a priori* y en una unidad política preexistente, lo que no responde a la realidad, ni presente ni pasada. (...) Los pensadores románticos, nacionales y demoliberales elaboraron con los más varios matices políticos, y en evidente oposición con la realidad social, la ficción de una comunidad del pueblo homogénea social y políticamente, con un espíritu y una voluntad política unitaria, cuyo producto más o menos automático, o aun mero epifenómeno, se decía que era la unidad estatal. (...) La realidad del pueblo y de la nación no revela, empero, por lo general, unidad alguna, sino un pluralismo de direcciones políticas de voluntad... Es inadmisible, sobre todo en la actual sociedad de clases, hablar de una unanimidad política, capaz de obrar, propia de la

229

> conexión nacional de voluntad. Numerosos antagonismos políticos se producen a causa del aspecto político que presenta también el vínculo clasista, y asimismo, dentro de cada clase, por las varias oposiciones de naturaleza económica, espiritual, confesional, dinástica, etc., que en ella se dan. (...) Los ideales demoliberales de una 'representación popular' como 'espejo' de la voluntad del pueblo, y de un gobierno que no debe ser sino la 'expresión' del parlamento, se nutren de la ficción de una voluntad popular sin contradicciones; y no se distinguen de la utopía de MARX y ENGELS, de una sociedad futura sin Estado, más que por el hecho de que en esta, esa voluntad popular sin contradicciones solo se puede dar en la sociedad sin clases, en tanto que la concepción demoliberal admite que es realizable en la misma sociedad civil [actual]" (HELLER, p. 178-181).

Cabe subrayar que, como señala LASKI, "la nacionalidad es un fenómeno psicológico" ante todo (p. 173). Pero ese fenómeno ha tenido como consecuencia, particularmente al vincularlo los gobernantes con la idea de soberanía, que, en el caso de muchos Estados, "no existe crimen que no hayan estado dispuestos a cometer por la defensa o extensión de su propio poder. En el transcurso de la Historia, se ha aplicado a sus actos un código moral diferente del que insistimos en aplicar a los actos individuales, y no hay duda de que se trata de un código moral inferior" (p. 174). Desde la perspectiva de los derechos humanos, en cambio, habría que sostener una conclusión como esta:

> "Niego, por consiguiente, que exista alguna diferencia cualitativa entre los intereses o los derechos de los Estados y los intereses o los derechos de otras asociaciones o individuos. Los fines del Estado son fines comunes y humanos, como los de cualquier otra persona; como tales, representan un medio de lograr la felicidad de sus miembros, y deben ser juzgados según los mismos principios que aplicamos para juzgar la conducta de un sindicato, una iglesia o una sociedad científica. El Estado no es una persona colectiva que viva en un plano distinto y con normas distintas de las de los individuos que lo componen" (p. 179).

Llámesele nación, pueblo, sociedad, etc., el poner por delante unas "necesidades" que se imputan como propias de esos entes *en sí mismos*, suele dar lugar, en el plano de la alocución

política, y también en el de las formulaciones jurídicas, a un discurso donde el acento queda puesto no en los derechos, sino en los *deberes* que —según se dice— los individuos tendrían hacia tales entes. Deberes que, por ser de "lealtad" hacia un ente cuya "vida" está por encima de la vida de cualquiera de aquellos, son anteponibles también a cualquier derecho *individual*, sin excluir el derecho a la propia existencia de esos individuos. Y todo esto se hace público por la vía de un lenguaje emocionalizante que suele tener el efecto de sustraer dicho discurso al plano de la discusión racional, hasta el punto de que esta sería vista, allí, antes bien como una actitud de herejía. Así las cosas, de la postulación de tales deberes a la negación de cualquier derecho humano que, real o supuestamente, pueda conducir a debilitar el cumplimiento de ellos, no hay más que un paso. Por eso, no es exagerado afirmar que, según confirma la experiencia, "hay peligros potenciales para la democracia en el concepto de deber hacia la sociedad y en el ejercicio del poder de policía, que no pueden ser subestimados" (SANDIFER, p. 189). Kurt RIEZLER lo ha dejado dicho con todas las letras:

> "Cualquier declaración de derechos que condicione los derechos a deberes hacia la sociedad o el Estado, por más énfasis que haga en la dignidad del hombre, la libertad, Dios o lo que sea, la puede aceptar cualquier líder totalitario. Este hará cumplir los deberes, mientras hace caso omiso de los derechos" (cit. en *ibid.*, p. 189-190).

Que la advertencia de RIEZLER no es una suspicacia salta a la vista, por si falta hiciere, si se tiene en cuenta, por ejemplo, unas disposiciones constitucionales como las siguientes, que son afines no solo en la letra:

> "La defensa de la *patria socialista* es el más grande honor y *deber supremo* de cada cubano.
> La ley regula el servicio militar que los cubanos deben prestar. La traición a la patria es el *más grave* de los crímenes; quien la comete está sujeto a las más severas sanciones" (Const. Cuba, art. 64).

> "Todo habitante de la República debe *respeto* a Chile y a sus emblemas nacionales y los *valores esenciales* de la tradición chilena.
> El servicio militar y demás *cargas personales* que imponga la ley son obligatorias en los términos y formas que ésta determine" (Const. Chile, art. 22).

231

Lo que tales "deberes" hacia la Patria sirven para justificar en materia de derechos humanos, y *quiénes* son los que deciden (en beneficio propio) sobre el punto, eso no representa un misterio, por lo menos en cuanto a estos dos países. Pero no es solo allí, claro está, donde los beneficiarios del Poder utilizan un lenguaje semejante; y sea donde fuere, las consecuencias son tanto menos inofensivas, para la población en general, cuanto mayor es el énfasis propagandístico que la autoridades le otorgan a tal expediente ideológico. Al fin de cuentas, esos "deberes" hacia la Patria se traducen, sobre todo, en no cuestionar para nada lo que hagan quienes detentan el Poder y, si hace falta, dar la vida para que ellos puedan seguir donde están.

> "Se cree morir por la Clase, se muere por las gentes del Partido. Se cree morir por la Patria, se muere por los Industriales. Se cree morir por la Libertad de las personas, se muere por la libertad de los dividendos. Se cree morir por el Proletariado, se muere por su Burocracia. Se cree morir por orden de un Estado, se muere por el Dinero que lo sostiene. Se cree morir por una Nación, se muere por los bandidos que la amordazan" (François PERROUX —cit. en MARCUSE, p. 234-235—).

La palabra Patria lleva a henchir los pechos, y la mente queda lista para obedecer. Los Generales, los Comandantes, algunos Presidentes también, están ahí para hacer presentes los "deberes" que eso comporta... *¡para los demás!* La radio, la televisión, los diarios, aportan el resto, sobre un terreno que la escuela se ha encargado de abonar convenientemente desde la infancia. Lo que se pide es simple, no hay duda: hacer sin chistar cuanto las autoridades digan y actuar sin ningún género de contemplaciones contra el "enemigo" que ellas señalen. Llámese Doctrina de la Seguridad Nacional o "marxismo-leninismo", los que mandan saben que *esa* es la voz de la Patria. ¿Quién osará desconfiar de su palabra?: ¡desde luego, solo unos "comunistas" o unos "contrarrevolucionarios"! (Claro que también se puede —pero no es esto lo predominante, en la práctica— vincular la idea de Patria con tipos de afectos que, por supuesto, no sería correcto calificar de antihumanistas: cf. las observaciones de VAZ FERREIRA "A propósito de patrias y de patriotismos", en *Moral...*, p. 137 ss.).

———oOo———

3. De cualquier manera, y aunque las consecuencias no sean siempre las peores, es indispensable la existencia de unos *intér-*

pretes autorizados para establecer vínculos inequívocos entre el lenguaje metafórico —nación, pueblo, patria, etc.— y las conductas reales. Debe quedar señalado, a ciencia cierta, qué se supone que corresponde hacer o no hacer, decir o no decir, para que la gente crea que uno está "por" la Patria, o "contra" ella. Se requiere una instancia, generalmente son ciertos funcionarios estatales, que indique cuáles son las *cosas* —tipos específicos de actividades, sean acciones u omisiones, a cargo de sectores de individuos— que, según "se da por supuesto", hacen la "vida" del ser simbólico. Como consecuencia, habrá igualmente unas *cosas,* distintas a las primeras, en que puede consistir su "enfermedad" o hasta su "muerte". Vale decir, que en el nivel del aparato estatal se producen *decisiones* fundamentales —interpretaciones auténticas, si se quiere—, acerca de: 1. qué actividades se permiten, porque son "vida" de la Nación (p. ej., producir bienes materiales u oportunamente cantar el himno); 2. qué actividades se prohíben, porque serían "enfermedad" de la Nación (p. ej., expresar puntos de vista incompatibles con la ideología dominante o hacer huelgas); 3. qué actividades son obligatorias, porque son "salud" para la Nación (p. ej., realizar el servicio militar).

Ahora bien, aunque tampoco la dogmática jushumanista somete a un verdadero análisis de contenido el área de referentes del universo simbólico vida-Nación —también aquella lo asume en forma precrítica, como "mundo que se da por supuesto"—, allí el contenido de esta "construcción" aparece delimitado de una manera tal que, al fin de cuentas, puede decirse que esa constituye su versión menos peligrosa para los derechos humanos. Una versión que, si bien desde el punto de vista científico no es menos voluntarista que otras interpretaciones de dicha fórmula, empero puede considerarse la más conveniente en el plano *axiológico,* si se acepta como punto de referencia la teleología general en que se inspira tal dogmática. El adoptar unos criterios sobre "vida" como los que propone la dogmática jushumanista no es ni puede ser una respuesta de orden científico, pues *ese* problema no la admite, pero no por ello resultan menos importantes en la práctica. Es una cuestión de *decisiones* tomadas en función de preferencias valorativas básicas de quien elige, para llegar a unos resultados *de hecho* que correspondan a estas preferencias justamente (aunque no concuerdan con las de otros eventuales intérpretes).

Acotación.— Desde el punto de vista científico, si unos universos simbólicos pueden resultar objetables no será simplemente por ser convencionales, ni tampoco por las connotaciones emotivo-

valorativas que lleven anejos. Solo en la medida en que estas dos características —convencionalidad, carácter básicamente axiológico— no sean *tematizadas* por los locutores y, sobre todo, si a partir de allí estos extraen unas conclusiones que se *entrecruzan* (y son más bien incompatibles) con saberes de las ciencias, solo entonces ese "mundo" consiste en discursos que no son simplemente *extra*-científicos, sino más bien *anti*-científicos. Así, frente al universo simbólico "vida-de-la-nación", aunque la ciencia puede poner de manifiesto las ficciones ontológico-esencialistas y las faltas de distinción conceptual que suelen sustentarlo, eso no significa que ella esté en condiciones de decidir entre las interpretaciones que de él se den, ni que se pronuncie a favor o en contra de utilidades prácticas que esa simbolización pueda tener, ni mucho menos acerca del valor o disvalor que le sea adjudicado en el plano ético. Del mismo modo, tampoco la ciencia objeta la mayoría de los usos vulgares de esas simbolizaciones en el plano de la comunicación cotidiana, donde pueden desempeñar el papel de abreviaturas muy funcionales. Tal el caso, por ejemplo, del nombre propio que sirve para identificar a un país, o sea, para subsumir bajo un membrete común el cúmulo de todo aquello que se considere como "perteneciente" a él. Si hacemos abstracción (lo que no es fácil) de ontologizaciones, una *nación* —o, lo que es casi lo mismo, su nombre: el símbolo principal que la "construye"— es una etiqueta cómoda para designar, en forma abreviada, una tan heterogénea como enorme pluralidad de relaciones interindividuales. En ese sentido —¡y *solo* en ese!— se trata de un expediente lingüístico que no merece objeciones por parte de la ciencia; más aún, hasta se le puede considerar recomendable por razones de economía en la comunicación. En cuanto a *cuáles* sean de hecho esas relaciones, naturalmente que ello puede ser objeto de investigaciones científicas: examinar las características de sectores de relaciones interindividuales de aquellas que suelen ser designadas mediante la etiqueta en cuestión. Claro que, para eso, la ciencia no tendrá necesidad de presuponer ningún "vitalismo" o "sujeto único" colectivos. La idea de "vida" y de "muerte", aplicada a colectividades, no tiene cabida en un *approach* científico de los fenómenos sociales.

> "Las sociedades cambian o se transforman, sin duda, pero raramente mueren, si es que esto último puede darse. Mejor dicho: es altamente dudoso que la 'sociedad' sea una entidad a la cual puedan aplicarse con sentido unos conceptos como el de 'supervivencia' " (Gösta CARLSSON, en TOPITSCH, *Logik...*, p. 242).

———oOo———

En síntesis.— La determinación del sentido de la fórmula "vida de la nación" no es un problema de falso-o-verdadero, sino un asunto de *opciones* valorativas. Imposible de resolver científicamente, el elegir qué significados se le imputarán a este universo simbólico tiene, sin embargo, consecuencias prácticas que pueden ser de importancia. Así, las interpretaciones que para él ha *escogido* la dogmática jushumanista presentan la particularidad de ser aquellas que, en el nivel pragmático de los usos lingüísticos de dicha fórmula, son las menos dañinas para la protección de los derechos humanos fundamentales. Desde *este* punto de vista, aunque no pueda decirse que tales interpretaciones sean más (ni menos) "verdaderas" que otras, puede decirse, sí, que constituyen una opción semántica más conveniente.

Referencias bibliográficas.— Sobre los "universos simbólicos" en general, cf. BERGER/LUCKMANN, esp. cap. II.2. La idea de una "construcción social de la realidad" es el *leitmotiv* de dicha obra; en forma más breve, y tal vez menos técnica, esto lo explica también BERGER en su *Introducción*, cap. V (*vid.* esp. p. 165-166, donde está asimismo la expresión de SCHÜTZ citada más arriba). En ninguna de esas dos obras, empero, dichas nociones se utilizan para examinar específicamente la idea de "nación". Aunque tampoco menciona este término, sino "sociedad", "comunidad", etc., lo que ROSS explica sobre "La quimera del bienestar social" (par. LXIX), lugar de donde tomamos el pasaje que transcribiéramos, es enteramente aplicable también a aquella idea; lo propio cabe decir del par. LXXXIV del mismo libro, esp. p. 348-351, sitio donde el autor vuelve a examinar la cuestión del "sujeto colectivo", ahora desde el punto de vista de los llamados "intereses comunes". En el libro de WELDON, cap. 3.2, en forma similar se analiza lo equívoca que es la expresión *the State*. Para un examen de la idea de "pueblo", cf. HELLER, cap. II.3.B (esp. p. 178 ss.) de la Parte III. Respecto a la falacia del organicismo, *vid.* Gösta CARLSSON, p. 237-242 (par. sobre "La sociedad como organismo viviente"), en TOPITSCH, *Lógik*... Desde un ángulo más amplio, esto es, sin referirse en particular a cuestiones de la teoría política y jurídica, la idea general de que "el todo *(whole)* es más que la suma de sus partes" —presupuesto básico también cuando se habla de una "vida de la nación"— ha sido sometida a finos análisis por parte de NAGEL, cap. XI.5; mediante un detallado examen de los posibles significados de aquella expresión, el autor pone de manifiesto los modos por los que esas palabras "y sus derivados son excepcionalmente ambiguas, metafóricas y vagas" (p. 348). *Vid.* además *supra*, § 23.II, y los trabajos indicados al final del punto 1 del presente apartado.

———oOo———

Addenda.—

"Los grandes ilustrados eran circunspectos cuando se trataba de la comunidad del pueblo como valor supremo; y LESSING ha insinuado una vez que debería aprenderse que dondequiera se pierda el patriotismo se adquiere una virtud. (...) SCHOPENHAUER había considerado como un mérito de los alemanes —que estos después han reparado, desde luego— el que, en general, no rindieran homenaje, como los ingleses de entonces, al orgullo nacional, que está dispuesto a aceptar sólo una vez entre cincuenta casos una crítica hecha a 'la estúpida y degradante mojigatería' de su nación..." (HORKHEIMER, p. 178).

"Los únicos sujetos de intereses y (eventualmente) de deseos y fines son los animales y en especial estos mamíferos que somos los humanes [seres humanos]. (...) A veces se atribuyen —de un modo espúreo— intereses, deseos y fines a entidades como la patria, la nación, el pueblo, la iglesia, el partido, la empresa, la familia, etc., y se habla de ellos como si fueran portadores de intereses, deseos y fines, como si fueran animales metafísicos. Con frecuencia se piensa, por ejemplo, que el animal metafísico que es la patria tiene intereses suyos, como cualquier animal. (...) Al menos se considera que la patria tiene interés en defender sus fronteras. Los ejércitos son precisamente una especie de guardaespaldas de esos animales metafísicos que son las naciones.

"Los nacionalistas piensan que los intereses de los animales concretos que son los humanes son menos importantes o nobles —son más bajos, mezquinos y egoístas— que los intereses del animal metafísico que es la nación. Por ello, los intereses de los animales concretos —de los humanes— que componen la población han de ser sacrificados en aras de los intereses del animal metafísico, cada vez que este así lo requiera. El ciudadano ha de sacrificarse en aras de la nación, por ejemplo, pagando por los bienes un precio superior al del mercado mundial o haciendo el servicio militar o incluso muriendo para extender o defender las fronteras de su nación. Es curioso que la policía —la institución encargada de defender a los animales concretos, que somos los humanes, de ser asaltados, violados, etc.— tenga menos prestigio y recursos que el ejército —la institución que monta la guardia del animal metafísico, la patria—.

"La alienación nacionalista es en estos momentos quizás la más peligrosa de todas, pues ha alcanzado en nuestros días una virulencia exacerbada, que impide toda solución racional de los problemas globales y lesiona gravemente los intereses de la mayoría de los humanes. Las más absurdas y arbitrarias fronteras se consideran sagradas y con frecuencia dentro de ellas se

236

oprime implacablemente a la población, amparándose en el principio de la soberanía nacional y de la no ingerencia. La falta de libre circulación de bienes y humanes, las aduanas y restricciones fronterizas, crean enormes y costosas distorsiones en la localización y estructura del sistema económico mundial. La mitad del *curriculum* escolar de muchos países está íntegramente dedicado a imbuir los prejuicios nacionalistas en las mentes de los infantes. Incluso el movimiento marxista, que había nacido como un internacionalismo, ha degenerado, parcelándose en un nacionalismo estrecho y cerrado allí donde ha llegado al poder" (MOSTERÍN, p. 99-100).

"[P]ero si en otro tiempo el fanatismo fue la religión desfigurada y mal comprendida, desde SAINT JUST y ROBESPIERRE había tomado la forma de un nacionalismo exacerbado; y en cuanto racionalización de instintos oscuros, es cómodo actualizarlo siempre que las cosas no vayan bien y que lo quiera un poder fuerte: si en un momento histórico amenazado, los gobernantes de las más dispares observancias no pueden ofrecer nada distinto, dejan rienda suelta de buena gana a los coreadores de la comunidad nacionalista y de los espejismos de la utopía y alimentan a su pueblo con la golosina de la crueldad" (HORKHEIMER, p. 179; cf. también *ibid.*, p. 192 s.).

"El nacionalismo es otra doctrina que seca las fuentes de la humanidad" (RUSSELL, *Ensayos sobre educación*, p. 232). "El nacionalismo es, indudablemente, el vicio más peligroso de nuestro tiempo —bastante más que el alcoholismo, las drogas o el fraude fiscal, o cualquier otro vicio dirigido contra la moral convencional—" (Bertrand RUSSELL, cit. en HABA, *Doctrina...*, p. 155; cf. también las citas de RUSSELL allí recogidas en la p. 183).

Vid. asimismo, sobre la idea de "interés nacional", el cap. II del libro de FINLEY. Y sobre la concepción organicista del Estado, cf. LENK, *Politische...*, cap. III.1. Véase también el pasaje de MIRA Y LÓPEZ transcrito *supra*, § 23.II.

IV

Por todo lo expuesto, la medida en que los derechos humanos resulten constitucionalmente bien protegidos en los estados de excepción es algo que, en lo fundamental, no podrá "leerse" en las faltas de contradicción entre lo que dicen los Instrumentos y lo que diga cada Constitución

examinada, aunque tales contradicciones pueden llegar a darse también[15]. Ellas podrían surgir, en todo caso, entre preceptos constitucionales y unas interpretaciones que de los Instrumentos realice la dogmática jushumanista; pero difícilmente surgirán con respecto a la *letra* misma de estos últimos. Lo deseable sería, por supuesto, que las Constituciones fueran mucho más precisas y menos amplias que lo preceptuado en los Instrumentos acerca de esas cuestiones, especialmente en la Convención Americana. Quiere decir que, en definitiva, los Instrumentos no proporcionan sino un *tertium comparationis* bastante débil para apreciar la adecuación normativa de las disposiciones constitucionales referentes a tales estados, si se consideran las exigencias jurídicas que serían necesarias para lograr un buen nivel de protección para los derechos humanos ante dichas situaciones (pero cf. *supra,* § 27.III *in fine,* opiniones en sentido contrario).

No obstante, constituye un elemento de control que puede llegar a ser importante, hasta cierto punto, el que un país acepte someter el examen de la legitimidad de sus estados de emergencia al juicio de los organismos internacionales, dada la mayor permeabilidad que estos suelen tener respecto a la dogmática jushumanista a la hora de interpretar los conceptos indeterminados aplicables. Por eso, podría decirse que un buen síntoma de la medida en que un Estado está dispuesto a respetar los derechos humanos, aun en esas situaciones especiales, es que admita *someterse* a dicho control.

* * *

SINTESIS.— Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la instauración de estados de excepción no es admisible sino en situaciones *muy* extremas. Debe tratarse de un peligro inminente para

(15) Para una comparación, punto por punto, entre el art. 27 de la Convención y lo que en esa materia disponen numerosas Constituciones americanas, cf. el detallado estudio de NORRIS/DESIO.

la seguridad de los derechos humanos fundamentales de la población *en general* de un Estado. E incluso entonces, el régimen excepcional debería tener lugar con el *exclusivo* fin de proteger *esos* derechos, no de hacerlos más inseguros todavía; la acción del Estado debe seguir sujeta, aún allí, a ciertos *límites* infranqueables. Tales límites se encuentran establecidos en los Instrumentos, pero por medio de conceptos indeterminados: arts. 4.1. y 4.2 del Pacto, 27.1 y 27.2 de la Convención. Mas pueden ser interpretados *restrictivamente,* del mismo modo que las causales mismas para admitir ese estado, de acuerdo con las precisiones y la teleología de la dogmática jushumanista. Esta puede servir de base, así, para apreciar la legitimidad internacional de las disposiciones constitucionales relativas a estados de excepción —y también, desde luego, la de su aplicación concreta por parte de los Estados que recurran a ellos—. Solo de tal manera pueden dichas emergencias ser conciliables con la mantención de un Estado de Derecho; condición que a su vez es indispensable para que, aun entonces, los derechos humanos fundamentales sean perjudicados en el menor grado de lo viable.

§ 65. Dificultades subsistentes. Discusión general

SUMARIO:

I. Antinomias y "sacrificios", interpretación de conceptos indeterminados, controles.

II. Discusión: conveniencia o necesidad de los estados de excepción (¿posibilidad de suprimirlos?), precisión de sus causales, posibles controles, etc.

I

Visto que la suspensión de derechos fundamentales afecta sensiblemente la seguridad de las personas, importa tener bien definidos los *límites* dentro de los cuales tal cosa es admisible. Pero, ¿será posible determinar de antemano en qué circunstancias y hasta qué punto cabe afectar los

derechos humanos de alguien? Es el problema de saber cómo y hasta dónde se ha de tolerar —¡desde el punto de vista mismo de la *protección* de los derechos humanos!— que las personas se encuentren *inseguras* en función de esos expedientes jurídicos excepcionales, destinados (se dice) a asegurarle a estas su propia "seguridad".

Esa antinomia no hay manera de superarla realmente. Sea cual fuere el régimen de excepción que se admita, siempre comportará un *cierto* sacrificio de derechos humanos. De lo que se trata, es de que el "cierto" grado sea lo más bajo posible y no se admita sino en circunstancias que lo hagan del todo indispensable. Esto es: admitirlo *solo* allí donde, si no se consiente *ese* sacrificio, si no se recurre a dicho estado, las consecuencias serían todavía *más* penosas para la seguridad de los derechos humanos fundamentales, atento a las circunstancias. En una palabra, que la situación sea de una gravedad *realmente* excepcional y que, entonces, el régimen de emergencia constituya la salida *menos* grave para la seguridad de los derechos humanos básicos.

No obstante, justo es reconocer que resultaría difícil, tal vez imposible, no recurrir a unos conceptos indeterminados para introducir las causales de suspensión. Quiere decir que siempre resultará determinante, de una u otra manera, la interpretación que *prefiera* darles el órgano estatal que recurre a ellos. Por eso, si bien tiene su importancia que esas causales sean establecidas en la forma más restrictiva posible, acaso lo decisivo, desde el punto de vista práctico, se encuentra localizado en otros dos planos: la ideología política dominante y los controles orgánico-institucionales.

En cuanto a lo ideológico: la posibilidad de que dichos conceptos no sean interpretados en sentidos que lleven a violar derechos humanos depende, en muy buena medida, de la *conciencia* política de los operadores del órgano interpretante y, en general, de la fuerza que socialmente tengan los sectores de población favorables a una política de respeto hacia esos derechos. En cuanto a lo

240

jurídico-institucional: mucho depende, asimismo, de que la Constitución establezca un régimen de controles y contrapesos lo más *severo* posible, al cual se halle sometido el Poder Ejecutivo y quienes tienen las armas; esto es, que las decisiones en la materia no queden libradas a la decisión de un solo Poder del Estado y, más aún, que permanezcan sujetas a la posibilidad de controles judiciales (independientes y con autoridad).

II

Hemos subrayado, desde distintos ángulos, los peligros que la instauración de un estado de excepción comportan para la causa de los derechos humanos. Señalamos, por eso, que importa tratar de prevenir esos peligros, hasta donde sea posible, con adecuadas disposiciones constitucionales (y, en general, por la normativa interna aplicable a dichos estados). Hemos partido de la base, pues, de que estos pueden ser jurídicamente establecidos y reglamentados en el marco de un Estado de Derecho. Ahora bien, además se puede pensar en una solución más radical: no ya la de "disciplinarios" mediante tales o cuales normas de Derecho, sino antes bien eliminarlos lisa y llanamente del ordenamiento jurídico de un país. La cuestión es, desde luego, saber hasta qué punto esto sería realmente deseable para *toda* circunstancia, pero más que nada el determinar cómo y con qué consecuencias se conseguiría hacerlo *viable*. A todo ello se refieren las ideas planteadas en la discusión que sigue (tomada de la Reunión II).

ORTIZ:

Yo siempre he creído que si se suprimiera los estados de excepción o de necesidad de las Cartas constitucionales, habría menos golpes de Estado en Latinoamérica. Muy posiblemente no habría ninguna irregularidad ocasionada por la ausencia de esa institución. Creo que las normas de esta contienen mucho concepto indeterminado, que potencia extraordinariamente los poderes de la Administración y que, en consecuencia, son un grave peligro contra los derechos humanos. La mayoría de los regímenes constitucionales de excepción sirven para dar o consolidar golpes

de Estado, disfrazados de estados de sitio o de emergencia. La necesidad política o administrativa que impone un cambio ilegítimo (visto desde el ángulo de la normalidad) se legitima a sí misma en el Derecho, y siempre ha sido así. Lo decisivo en esta materia es el *contralor* de la urgencia y de su grado.

A nivel no constitucional, diaria y normalmente, la Adminisrtación puede enfrentarse —y se enfrenta— a estados de necesidad o de agresión, contra los cuales solo puede reaccionar en la forma en que los hechos se lo permitan, que normalmente es ilegal o sin ninguna base legal. La experiencia que ofrece el Derecho comparado es que, invariablemente, los tribunales reconocen la legitimidad de la actuación administrativa ilegal pero inevitable, después de comprobar que lo fue. Es la aplicación del principio universal de necesidad, que también rige al Poder. Todo lo cual indica que siempre que hay hechos peligrosos e imprevistos para las leyes existentes, sean o no constitucionales, los hechos se imponen y hacen Derecho en la medida en que se lo permita el Juez. No puede minimizarse el problema que presentan los casos reales de urgencia administrativa, por comparación con los estados constitucionales de emergencia o de excepción; porque resolver aquellos dándole algún valor legal a los actos dictados sin apoyo en la ley o con violación de ella, implica quebrantar dos principios fundamentales del orden constitucional, que son el de reserva de la ley y el de legalidad. Y si tales actos violan tales principios, por el imperativo de la urgencia, no se ve razón válida para negar que puedan violar también otros del mismo rango, por la misma razón. Todo lo cual hace ver la superfluidad de los regímenes constitucionales de emergencia o de excepción, si los hechos no permiten su observancia; a condición de que el Juez tenga total y efectivo control sobre lo ocurrido, para justificarlo o condenarlo. Desde este punto de vista, es preferible la ratificación del Juez que la de la Asamblea Legislativa, proclive a la alcahuetería partidista. Ante lo imprevisible, el único Derecho posible es el no previsto. Regular estados de excepción es algo muy parecido a regular golpes de Estado...

Mi recomendación es suprimir los regímenes de excepción, crisis o emergencias, de las Constituciones. En su lugar, habilitar expresamente al Juez administrativo —que podría ser la respectiva Corte Suprema— para juzgar lo ocurrido, como si fuera actividad gubernamental o administrativa totalmente reglada, aunque no por la Constitución o por la ley, sino precisamente por los imperativos del caso y los principios fundamentales de la Constitución, a juicio exclusivo del Juez. Es la consagración de una potestad específica de la Corte Suprema de Justicia, cuan-

do se trate de órganos constitucionales que actúan en estado de excepción, para que aquella conozca de los casos que se refieren a lesión de derechos o intereses por actuaciones del Estado, o de los órganos constitucionales, en estado de necesidad; apoderando a la Corte, en ese caso, para controlar al máximo la existencia del estado de necesidad, su calificación —digámoslo así— jurídica, y la justificación que tenga realmente la medida adoptada respecto de esa necesidad. Si este contralor judicial fuera ignorado o irrespetado por el gobernante, seguramente lo sería también el régimen constitucional de excepción y sus límites.

RUBIO:

Mi inclinación es contraria, en principio, al establecimiento de estados de emergencia o de necesidad. Analizando las situaciones en las cuales ellos se han dado en mi país, el Perú, nunca he entendido que la suspensión de esos derechos haya significado un alivio significativo a una situación dada. Más bien ha tendido a significar una represión, social y política, de alcances incalculables, proporcionada al estímulo que lleva al estado de emergencia. No necesariamente ha sido un mayor bien, sino un mayor mal. No he logrado ver, hasta ahora, en qué favorece el suspender la libertad individual, la de reunión, el libre tránsito, la inviolabilidad del domicilio. Creo que esta es una posición política, si se quiere, en el sentido amplio de la palabra; y es tan poco justificable como aquella otra que dice que eso es necesario. No hay argumentos sino opiniones en este caso, me parece.

Dejando de lado esta oposición de base, a mí me parece que no basta que por acto de gobierno, y en virtud de las consideraciones que se han tomado en cuenta, se acuerde la vigencia del estado de excepción. Es necesario que el gobierno dé las razones más o menos precisas por las cuales declara ese estado. No basta con decir: "vista la intranquilidad social", o "atendiendo a situaciones de peligro" o a "inundaciones", etc. El gobierno tiene que expresar las *razones*, lo más concretamente posible, por las cuales se declara el estado de emergencia. Porque me parece útil que en los Estados se cree un precedente político de por qué se suspenden o no se suspenden los derechos. Y además, para que ello se pueda divulgar; así se puede generar una conciencia de la arbitrariedad de esto, teniendo en cuenta las razones que se invocan. Todavía más: el declarar la razón

es una cosa que fuerza no solamente el precedente y el eventual escándalo nacional e internacional, sino que fuerza a tener criterios claros por los cuales se puede efectivamente actuar o no; un juez, por ejemplo, podría entonces, en una situación de estas, dar una cierta protección. En el Perú, desde 1973 hasta la fecha, en los setenta decretos de suspensión de garantías que más o menos hay, en ninguno de ellos se encuentra una razón suficiente que permita reconstruir los motivos que llevaron a la suspensión; es prácticamente la "Razón de Estado", como dice GARCIA B., la falta de expresión detallada. Esto es bien significativo.

VIDAL:

Evidentemente, los estados de excepción van creando una especie de psicosis, que va aumentando los poderes que se pueden ejercer durante esas situaciones de excepción, como observaba RUBIO. Hasta el punto de que los gobiernos consideran que no pueden manejar situaciones de orden público sino por el empleo de esos regímenes, que crean una psicología favorable a la superación de los obstáculos; y eso ha permitido la prolongación de los estados de sitio. — En Colombia se vive una experiencia interesante. Fue un país que estuvo acusado de prolongar el estado de sitio. Y de un momento a otro, en forma que no se sospechaba, levantó ese estado, y ya hay más de catorce meses en que quedó el gobierno sin la apelación a este sistema de excepción.

PIZA:

Todas las Constituciones —unas más, otras menos— contienen determinados poderes de excepción normales. Sin la declaración de un estado de excepción, hay una serie de poderes de excepción normales, que a veces resultan tan peligrosos para los derechos humanos como los propios regímenes de excepción (por ejemplo, las delegaciones legislativas calificadas, etc.). Pero eso no quita que lo normal, aunque se refiere a una anormalidad, son los estados o regímenes de excepción previstos constitucionalmente. Yo los llamo "anormalidad normal", en el sentido de que es una anormalidad previsible y prevista en la Constitución. Lo que ocurre es que, como la necesidad se legitima a sí misma, como en realidad detrás de todo el régimen de excepción está

244

el principio de que la excepción legitima las medidas que sean necesarias para conjurarla (cualquiera que sea la regulación), la previsión constitucional que exista sobre los estados de excepción no puede impedir los estados extraconstitucionales de excepción cuando las situaciones anormales no sean las previstas por la Constitución. En realidad, yo creo que lo que más ocurre en América Latina es esto último, la extraconstitucionalidad de los estados de excepción: no solamente porque se utilizan pretextos o motivos de excepción que no están previstos en la Constitución, sino porque en la mayoría de los casos ni siquiera hay Constitución. La mayoría de los regímenes de excepción que se convierten en permanentes en América Latina están fundados en estatutos constitucionales dictados por el propio gobierno que declara el régimen de excepción, y dictados a su medida particular; lo cual implica, entre otras cosas, que ese propio gobierno que ha dictado el estatuto constitucional lo puede inclusive modificar en el momento que le parezca necesario.

Ahora bien: a mi juicio, si se suprimen los estados y regímenes de excepción de las Constituciones, no habría menos golpes de Estado... ¡habría más! En la medida en que el estado de excepción esté regulado, de esa manera es posible limitarlo algo. En la medida en que no esté regulado, simplemente la propia necesidad, o el pretexto de la propia necesidad (que es lo que ocurre en América Latina), va a servir para hacer saltar el ordenamiento. Cuando el ordenamiento constitucional mete en una camisa de fuerza al Poder, el Poder encuentra más justificación para salirse de ese ordenamiento constitucional. La tesis de ORTIZ es: no regular el estado de excepción, pero sí establecer el principio de que cualquier estado de excepción sea fiscalizable por la jurisdicción. Para mí, esta es una regulación; simplemente, que es una regulación sin contenido —y en esto yo estaría totalmente de acuerdo—.

Pero creo que el Derecho Constitucional no va a resolver el problema de los regímenes de excepción mientras no se realice una incorporación eficaz del Derecho Internacional; concretamente, del de los derechos humanos, que es el único que puede proporcionar alguna esperanza de control. Y digo esperanza, porque es obvio que los remedios que el Derecho Internacional ofrece en estos momentos son débiles e insuficientes.

Definir los conceptos o los motivos que justifican el estado de excepción, desde luego que es útil. Pero, en primer lugar, es muy difícil llegar a poderlos precisar. Si hay algo que

745

requiere conceptos imprecisos es, precisamente, el estado de excepción. ¡Y conceptos *muy* imprecisos! Por otro lado, la definición, en realidad, por muy buena que sea, no es la que va a garantizar la limitación de las medidas o de la declaración del estado de excepción. En esto, cabe un poco la expresión corriente, de que "el frío no está en las mantas". La verdad es que, por muy bien que se definan, siempre habrá maneras y pretextos para justificar los estados de excepción. De hecho, no conozco ningún régimen que haya declarado un estado de excepción sin plantear una justificación que desde el punto de vista literario resulta impresionante. Creo, entonces, que es más importante otro tipo de límites. Y concretamente, los límites que creo más seguros dentro del régimen constitucional son dos tipos de control. Uno, el control político de su declaración misma: de su duración y de sus medidas. Control político que, obviamente, debe estar asentado en un parlamento; y esto implica que no existe la posibilidad de control en el régimen de excepción mientras no esté funcionando el sistema democrático pluralista. Por otro lado, creo que es fundamental el contralor jurisdiccional, el principio del contralor jurisdiccional universal sobre las medidas de excepción. Es posible suspender las garantías constitucionales; y desde luego, en la medida en que estén suspendidas, los tribunales no las pueden restablecer. Pero lo que sí pueden, es ejercer un contralor, una fiscalización total sobre los motivos de la declaración de los estados de excepción, en general sobre sus necesidades y sobre la razonabilidad de las medidas que se dicten durante el estado. Inclusive, yo llegaría un poco más allá, recogiendo un concepto que está en la ley costarricense de la jurisdicción contencioso-administrativa: allí existe no solo un control simultáneo, del estado de excepción, sino además una posibilidad ilimitada de control *a posteriori*, para efectos de indemnización y de sanción. En otras palabras, se controla el estado de excepción en sí mismo, pero además se pueden controlar sus consecuencias hacia el pasado. Claro que los muertos ya están muertos; pero la posibilidad, por lo menos, de una indemnización, resulta ser un paliativo.

En definitiva, sin embargo, lo que debe buscarse es la manera de fortalecer la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que es el único que, si se le dota de instrumentos eficaces, puede garantizar plenamente los derechos humanos frente a esas situaciones; y en este sentido, como decía MONTEALEGRE (*supra*, § 62.III), es interesante tener también presente la necesidad de aplicar el Derecho Internacional Humanitario.

246

MONTEALEGRE:

El problema de fondo, en la cuestión de los estados de excepción, no es tanto el suprimirlos o no suprimirlos, sino que está en relación con cuál es su verdadero sentido (*supra*, § 61.I). Creo, naturalmente, que no se podría sacar como conclusión que se supriman los estados de excepción. Los estados de excepción funcionan, en primer lugar, por amenazas externas; y en segundo lugar, se han extendido a problemas de conmoción interna. Y como, ante la amenaza externa, un ejército para funcionar requiere fundamentalmente la asunción de ciertas facultades extraordinarias, no puede dárselas sino el estado de excepción. Si Costa Rica, por ejemplo, se sintiera en este momento amenazada por una agresión externa, Costa Rica recurriría a un órgano internacional, puesto que no tiene un ejército, y no podría dictar un estado de excepción. En la práctica, sin embargo, estaría implantando un estado de excepción, solamente que por vía distinta que el mecanismo constitucional: sería un mecanismo internacional; pero, en sustancia, la situación no diferiría de que lo declarara autónomamente, ese estado de excepción, por una vía constitucional.

Por otro lado, en relación con el control judicial en los regímenes de excepción, habría una incoherencia si, mientras los Pactos internacionales de derechos humanos otorgan competencia a sus órganos jurisdiccionales para calificar o descalificar la validez de un régimen de excepción por no existir un peligro público en el nivel que ellos lo proclaman y definen, los órganos internos no puedan hacer otro tanto. Es indudable que los Tribunales Supremos de Justicia del país debieran tener la facultad de declarar si es lícita o es ilícita la declaración de un régimen de emergencia, por existencia o no existencia del peligro nacional, tal como es definido en los Convenios internacionales.

GONZALEZ:

En cuanto a la declaración de las medidas, naturalmente el ideal es el que señala MONTEALEGRE, que los tribunales deben estar dotados de la facultad de controlar la existencia real de las causales invocadas por el Poder Ejecutivo para la declaración del estado de excepción. Pero, en todo caso, los tribunales siempre deben estar facultados para ponderar, en cada caso concreto, la aplicación de una medida a una persona determinada, la razonabilidad de esa medida aplicada a un sujeto concreto; vale

decir, ponderar la relación que existe entre los antecedentes del individuo, la conducta que eventualmente se le impute y las razones o la naturaleza invocadas como fundamento del estado de excepción.

En cuanto a los derechos susceptibles de ser restringidos, hemos hablado muchas veces de que estos deben estar, necesariamente, enumerados en forma taxativa en las Constituciones. Creo que debe ser así. Y creo que, más aún, para abrir la posibilidad de que los restringidos pudieran ser *menos* que los previstos en el texto constitucional, y adecuarse en cada caso particular a la naturaleza de la emergencia que justifica la implantación del estado de excepción, en el instrumento que lo declara debería reiterarse su enumeración en términos tales que ellos puedan ser incluso menores —nunca mayores, por cierto, pero sí menores— que lo previsto en la mayor amplitud que pueda contener el texto constitucional. Desde ese punto de vista, aunque me pareció entender que a GARCÍA B. le llama la atención la existencia de una vasta gradación de estados de excepción, yo pienso que mientras mayor es la gradación, mayor es la posibilidad de protección, durante los estados de excepción, de los derechos fundamentales. Precisamente una gradación relativamente amplia puede ir conteniendo una escala decreciente de derechos susceptibles de ser restringidos en una u otra forma por el Estado, en forma tal que la declaración se ajuste, en cuanto a la dimensión de los derechos susceptibles de restricción, a la entidad de la situación anormal a la cual pretende hacer frente.

HABA:

Confieso que no se me había ocurrido, antes de oír a ORTIZ, la posibilidad de que los estados de excepción sean eliminados; y por supuesto que ella no deja de entusiasmarme. Claro que se da todo el problema de la viabilidad. MONTEALEGRE acaba de señalar el sentido que doctrinariamente tienen los estados de excepción. Precisamente, el problema que ahí se plantea es el de la discrepancia entre ese sentido, sobre el cual estamos todos de acuerdo, y la realidad de lo que los estados de excepción han sido en la práctica constitucional latinoamericana. En lo que se refiere a mi experiencia directa en la materia (hablo del Uruguay), también yo diría que no tengo noticia de ningún problema solucionado por medio de los poderes otorgados en un estado de excepción, que no hubiera podido solucionarse asimismo sin declarar ese estado. Creo que los problemas que enfrentó el Uruguay, que fueron solucionados de una manera

u otra, no requerían el estado de excepción. Si se toma como fundamental el problema de la subversión interna, este problema pudo haber sido solucionado, o fue solucionado, con independencia de otras medidas que se tomaron en función del estado de excepción. En la práctica, los estados de xecepción han servido más bien para hacer descaecer el gobierno democrático. Esto ocurrió en el Uruguay, precisamente: a través de una prolongada renovación de los estados de excepción se facilitaron las puertas para el golpe de Estado.

Ahora que, si bien desde el punto de vista ideal lo aconsejable sería lo que señala ORTIZ, el eliminarlos por esa razón, desde el punto de vista práctico sería un tanto utópico. Y entonces, yo llegaría en este punto a la conclusión siguiente: proponer como ideal su eliminación, sí; pero si no se pueden eliminar, entonces que se regulen de la manera que han indicado PIZA, MONTEALEGRE, GONZÁLEZ, etc.

PAZ:

Pienso que los estados de excepción son consecuencia de determinados fenómenos que se operan tanto en la vida interna como internacional de los Estados. Una amenaza externa, que generalmente es o proviene de otro Estado, escapa a la posibilidad de que el Estado agredido pueda medir o pueda controlar esa agresión. La otra fuente de amenazas, las que provienen básicamente o son de orden interno, esas sí son controlables por el Estado nacional. Pienso que la mejor manera de evitar justamente las causas internas de los estados de excepción son básicamente tres vías. Un Estado puede evitar un estado de excepción por razones internas, primero, potenciando sus instituciones democráticas y republicanas; es decir, exigiendo que la democracia funcione, que la Constitución funcione. En segundo lugar, promoviendo y garantizando los derechos humanos. Y en tercer lugar, fortalecer, en el caso de América Latina, el sistema jurídico interamericano.

O'DONNELL:

Tenemos que reconocer que los estados de sitio responden especialmente a fenómenos sociales, económicos y políticos, no solamente a nivel nacional sino a nivel internacional. Abolirlos de las Constituciones de las Américas no va a evitar que sigan dándose golpes de Estados y estados de excepción no constitu-

249

cionales. Todos sabemos que los estados de excepción más notorios del continente americano han sido justamente estados de excepción no constitucionales. Y también tengo mis dudas de que el recurso al principio de necesidad del Derecho Público sería una solución para ello.

En cuanto a que sería de desear que el Poder Judicial tuviera la competencia para examinar la oportunidad o no de la declaración de un estado de excepción, diré, por una parte, que ese es un criterio que no se encuentra en las normas de Derecho Internacional, que son las que deberíamos tomar como modelo (*supra,* § 63.III *in fine*). Claro que todos sabemos también que las normas internacionales son normas mínimas y que muchas veces las Constituciones van más allá; y estas tienen —todo pueblo tiene— derecho a establecer las propias normas que les parezcan más importantes. Pero a mí me parece que sería un error establecer aquello como norma general, justamente porque los poderes judiciales son los poderes estatales más débiles, más vulnerables. Para mí, en mucho depende del nivel de estabilidad institucional y político que se da en un país determinado el decidir si uno quiere o no dar esta facultad al Poder Judicial. A mí me parece que en muchos países puede ser más peligroso, por la dependencia justamente del Poder Judicial, esperar que este se encargue de todo. Bastaría simplemente con que se encargue del principio de necesidad para cada medida de excepción, la protección de los derechos no suspendibles y las otras limitaciones: todo aquello que no va justamente al problema de fondo sobre si existe o no un peligro real para la vida de la nación.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS:

En relación con puntos tratados en la discusión precedente, la INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS ha expuesto, entre otras, las observaciones que se recogen a continuación:

"Varios autores hicieron notar también que, allí donde el estado de emergencia se impuso durante una agitación social resultante de grave deterioro de la situación económica, la decisión del gobierno de tratar los síntomas sin tratar la enfermedad tiende a perpetuar la crisis" (p. 415).

"También se ha visto cómo el abuso de estados de emergencia se debe más frecuentemente al irrespeto por las garantías

250

constitucionales y legales que a inadecuaciones en el Derecho. Un programa de prevención del abuso de estados ed emergencia, por tanto, no puede limitarse a la búsqueda de fórmulas jurídicas sin defectos. Hay que considerar las reales causas potenciales de abusos" (p. 417).

"En ambas funciones —sirviendo como guías y obligaciones jurídicas para gobiernos respetuosos del imperio de la ley, y como una base para la crítica frente a gobiernos ilegítimos *(lawless)*— las disposiciones constitucionales complementan las normas establecidas en el Derecho Internacional, las cuales son, desde luego, estándares mínimos. Las normas constitucionales a menudo sobrepasan las internacionales; por ejemplo, al limitar los efectos de un estado de emergencia. Así, la Constitución peruana de 1980 prohíbe exilar a los ciudadanos [art. 231.a] y que los civiles sean sometidos a juicio ante tribunales militares [art. 2.20.*l*]; la Constitución de Malasia establece que los estados de emergencia no pueden afectar las disposiciones constitucionales relativas a la lengua o a la ciudadanía; y las Constituciones de Argentina y Uruguay reconocen al detenido 'el derecho de opción' de preferir el exilio en vez de la detención [Const. urug., art. 168.17, inc. 2]" (p. 432).

"Además, la aplicación efectiva *(enforcement)* del Derecho Internacional a las emergencias tiene que evaluarse con conciencia de las limitaciones inherentes al presente estadio del desarrollo del sistema jurídico internacional; lo cual comprende la preferencia general por la conciliación antes que por los métodos jurídicos de resolver disputas, en general la falta de vías efectivas para aplicar sanciones y la general escasez de recursos materiales" (p. 439).

"Para explicar las violaciones de derechos humanos, la actitud psicológica de los encargados de defender la seguridad nacional puede ser incluso más importante que sus poderes legales. El distinguir entre la guerra y amenazas menores al orden público ayuda también a evitar la creación de una mentalidad de guerra, la que inevitablemente socava el respeto por la humanidad del 'enemigo' y por el imperio de la ley" (p. 433).

251

Sección B): ORDEN CONSTITUCIONAL (NORMATIVA Y REALIDAD)

§ 66. Sugerencias para la normativa

Por lo expuesto en la sección anterior, pero sobre todo considerando la experiencia, tan desfavorable, que América Latina conoce en la práctica de los estados de excepción, nacen sugerencias sobre cómo dichos estados deberían ser reglados constitucionalmente para que no obstaculicen la debida protección a los derechos humanos. Esas sugerencias son, en este caso, bastante numerosas. Y no es de extrañar que así sea, porque constituyen una reacción frente a circunstancias ya vividas: se intenta salirle al paso a experiencias que representan, justamente, el punto más álgido de desprotección paar los derechos fundamentales[16].

Todas las medidas propuestas se orientan, de uno u otro modo, a "encauzar" los estados de excepción, partiendo de la base de que (¡lamentablemente!) no sería realista suponer que pueda ser eliminado un recurso eventual a ellos. De lo que se trata, entonces, es de establecer en la Constitución, para esas situaciones, una serie de requisitos lo bastante restrictivos como para que los gobernantes no puedan excederse en sus atribuciones excepcionales; o que, al menos, se enfrenten con mayores dificultades para hacerlo y queden sometidos a responsabilidad por ello. Se piensa que así, aun cuando el gobierno viera incrementadas tem-

(16) De ahí que la mayoría de las sugerencias que presentamos fueran formuladas por Alejandro GONZÁLEZ, Jefe del Departamento Jurídico de la Vicaría de la Solidaridad (Santiago de Chile), quien las efectuó con base, precisamente, en la amplísima experiencia que dicho Departamento tiene en la materia por la situación que se vive en Chile desde 1973

257

poralmente sus facultades, no llegarían a traducirse en suspensión del Estado de Derecho, sino antes bien en una confirmación de este. Por ser medidas para proteger tal ordenamiento, aun entonces el Estado tendría que permanecer sujeto a la Constitución y a la ley; sujeción que resultaría de los límites establecidos para esa emergencia misma, las vallas a que incluso allí está sometida la intervención estatal en materias de derechos humanos. Pasamos a recoger algunas de esas sugerencias.

La Constitución debería establecer, a lo menos, estos puntos:

— las causales por las que los diferentes estados de excepción pueden ser declarados;
— la autoridad que debe dictarlos o aprobarlos, la cual jamás debería ser solo aquella misma que aplicará las medidas de restricción o suspensión de derechos;
— los derechos que se autoriza a suspender o restringir se hallarán enunciados a texto expreso de modo taxativo;
— debe estar señalado asimismo el tiempo de duración del estado;
— se debe prescribir la temporalidad de las medidas, que ellas cesarán al término del respectivo estado;
— es indispensable establecer las garantías que se mantendrán en pie durante la vigencia del estado de excepción (para evitar los abusos, los excesos, la desviación de poder);
— se ha de consignar la responsabilidad que afectará a los gobernantes por los actos ejecutados durante ese estado y a su amparo, como así también indicar los mecanismos para hacerla efectiva.

———oOo———

Entrando más en detalles, el régimen de excepción de un Estado de Derecho debería ajustarse a exigencias como las siguientes, que corresponde establecer en el propio texto constitucional:

— Las causales de declaración de dicho estado no solo deben ser taxativas, sino tener un carácter lo más objetivo posible; han de hallarse expuestas en forma tal que queden bien delimitadas, que su formulación lingüística sea lo bastante intersubjetiva como para servir realmente de *límite* para las interpretaciones. Hay que excluir conceptos indeterminados como, por ejemplo: "peligro de perturbación", "peligro para la seguridad nacional", "subversión latente", etc.[17].

— Toda la normativa referente a los estados de excepción tiene que ser interpretada en la forma más favorable a la vigencia de los derechos fundamentales: principio de interpretación extensiva, "pro homine" (*supra*, cap. II, n. 17).

— En cambio, las causales de suspensión que el texto constitucional formule deben siempre ser objeto de interpretación restrictiva.

— La declaración debe estar sujeta a algún sistema de control de que sea efectiva la concurrencia de la causal invocada; esta tiene que ser examinada por otro u otros órganos, no quedar en manos solo de la autoridad decretante.

— La autoridad que dicta o aprueba el estado de excepción no ha de ser la misma que verá incrementadas sus facultades mediante ese estado; debería exigirse la aprobación legislativa, y también algún quórum especial de votación, tanto respecto al decreto inicial como asimismo para aprobar cualquier prórroga mas allá de cierto plazo de vigencia.

— No debe estar permitido que esas medidas se apliquen en forma reiterada contra una misma persona, salvo si se basan en conductas de esa persona posteriores a la aplicación de la medida anterior; de lo

(17) Una colección particularmente amplia de expresiones de esa índole se encuentran, por ejemplo, en la *Lei de Segurança Nacional* del Brasil: *supra*, § 23.III *in fine*.

contrario, podría fácilmente ser burlado el carácter temporal que es esencial en estos casos.

— Debe subsistir la división de poderes, y tal vez también la autonomía administrativa (allí donde la hay). En especial, tienen que mantener vigencia todos los recursos por medio de los cuales cabe normalmente el ejercicio de control judicial sobre los actos del Poder Ejecutivo, o sea, que el Poder Judicial ha de mantener su control de legalidad para todos y cada uno de los aspectos involucrados; además conviene prohibir la posibilidad de emitir decretos-leyes en esas circunstancias.

— También deben mantenerse en pie, en la más amplia medida posible, las normas del debido proceso (Pacto, art. 14).

— Tiene que estar vedado el aplicar las medidas propias del estado de excepción contra ciertas autoridades, sobre todo contra aquellas llamadas constitucionalmente a ejercer control sobre los actos del Poder Ejecutivo: jueces, parlamentarios, el Contralor General de la República, etc. Si cupiera la suspensión, por hechos comprobados, de algún miembro del Poder Legislativo o del Poder Judicial, esto tiene que resolverlo, en cada caso, el propio Poder a que aquel pertenece[18].

— Responsabilidad de los gobernantes por el ejercicio abusivo de las facultades excepcionales concedidas: no puede suspenderse el control parlamentario (juicio político), ni la responsabilidad civil y penal de aquellos; e importa establecer que, en su caso, el funcionario será inexorablemente objeto de la responsabilidad que le quepa —civil, administrativa, penal, política— luego de finalizado el estado de excepción.

---

(18) "No hay ninguna evidencia convincente de que la existencia de una legislatura electa sea incompatible con un estado de emergencia legítimo. Hay naciones que han mantenido una legislatura incluso en tiempos de guerra civil o internacional" (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 438). *Vid.* también el pasaje de PEREIRA ANABALÓN transcrito *supra*, II.

255

— Las medidas deben tener exclusivamente una finalidad preventiva, su límite es que no procede la adopción de medidas irreversibles; en particular, no caben las de naturaleza investigativa (interrogatorios) ni represivas (castigos) ni intimidatorias (dirigidas a lograr el amedrentamiento general de la población). Quiere decir que las facultades de investigación y sanción tienen que continuar en manos de los tribunales ordinarios, el Poder Ejecutivo no ha de poder arrogarse funciones judiciales (por ejemplo, la de establecer algo así como un sistema penal administrativo de castigos).

— Mantención de una amplia libertad de prensa, de modo que pueda permanecer vivo el control de la opinión pública sobre las actuaciones de las autoridades; en cuanto falla este control, fallan todas las instituciones. En particular, debe subsistir la más completa libertad para denunciar públicamente violaciones de derechos humanos, sean o no cometidas por funcionarios estatales.

— La Constitución debe desde ya declarar nula toda reforma introducida a su texto que sea llevada a cabo durante el mantenimiento del estado.

— En particular, no será admisible la privación del recurso de Hábeas Corpus, en cuanto a la exhibición de la persona, pues este recurso ampara tres derechos básicos que necesitan todavía mayor protección en esas circunstancias justamente (*supra*, § 38.III). Pero podrían admitirse límites en cuanto a los efectos del Hábeas Corpus en algunos otros aspectos; por ejemplo, que entonces no sea indispensable determinar la inmediata sujeción del detenido al fuero judicial para dar inicio al proceso o ponerlo en libertad, ya que eso podría obstaculizar la actuación preventiva de las autoridades.

— Establecer que son inderogables los mecanismos de protección en general, precisamente con respecto a los derechos suspendidos; o sea, que los tribunales civiles

podrán examinar la legalidad de cualesquiera medidas tomadas durante el estado de excepción. De tal manera, tanto en aquellos aspectos de los derechos en que estos hayan sido legítimamente (según la Constitución) suspendidos como allí donde la suspensión se haya extralimitado, el control jurisdiccional podría estar en condiciones de poner las cosas en orden.

— En fin, debería delimitarse muy bien no solo *qué* derechos no admiten suspensión, sino también qué aspectos *no* admiten suspensión en determinados derechos que en principio son susceptibles de sufrirla; por ejemplo, convendría establecer una normativa que permita efectuar un control sobre el grado en que se ejerce el derecho de suspender la libertad de expresión, para lo cual debería otorgarse al órgano jurisdiccional (normal) amplias potestades de examinar los aspectos que estén reglados.

— En el articulado constitucional relativo a esos estados debería señalarse que, en caso de instaurarlos por motivo de "guerra" (sea internacional o interna), al bando contrario se le deben aplicar las normas del Derecho Internacional Humanitario.

— También debería establecerse que se acepta el control de los organismos internacionales pertinentes respecto a la legitimidad de instaurar y mantener cualquiera de esos estados, una vez declarados por las autoridades internas, y cualquiera sea la causal invocada.

———oOo———

En el encuentro cuyas actas recoge el volumen de *Estudios 3* quedaron consignadas, para el punto "Los regímenes de emergencia y el resguardo de los Derechos Humanos" (p. 95-96), once conclusiones sobre la manera en que debería regularse jurídicamente dichos regímenes. De ellas extractamos los pasajes siguientes, como complemento de las sugerencias que acabamos de presentar:

"3. Las causas que justifican la declaración de un régimen de emergencia... solo pueden consistir en circunstancias

257

actuales, graves y precisas que objetivamente produzcan el efecto de alterar las bases de la normal convivencia social. (...)

"4. A cada régimen de emergencia deben corresponder facultades taxativamente establecidas en la Constitución; el ejercicio de tales facultades sólo puede afectar aquellos derechos cuya restricción resulte estrictamente necesaria para la superación de la anormalidad que lo motiva y debe mantenerse la plena vigencia de los demás derechos no susceptibles de restricción. Estas atribuciones deben ser expresas, determinadas y limitadas. (...)

"6. ...el texto constitucional debe reforzar estos mecanismos de control (por parte de los Poderes Legislativo y Judicial) durante la vigencia de los regímenes de excepción y también los destinados a hacer efectiva la responsabilidad por ejercicio abusivo. (...)

"10. El desarrollo de las bases constitucionales de los regímenes de emergencia y la reglamentación de su ejercicio deben ser materia de una ley de jerarquía superior a la ley común, cuya aprobación o modificación debe estar sujeta a normas restrictivas similares a las que rijan para la modificación de la Carta Fundamental.

"11. Las facultades otorgadas al Ejecutivo en períodos de emergencia son indelegables en autoridades subalternas no sujetas a responsabilidad pública".

La COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS ha presentado, por su parte, una amplia lista de "Recomendaciones" (nada menos que cuarenta y cuatro) para ser aplicadas en el tratamiento jurídico de los estados de emergencia, sea en el nivel interno o en el internacional (p. 459-464). Varias de esas sugerencias concuerdan, en lo fundamental, con buena parte de las expuestas hasta aquí. Algunas otras son las siguientes:

"1. (...) Como mínimo, la Constitución debería indicar que los derechos reconocidos como no suspendibles en el Derecho Internacional no pueden ser afectados por un estado de emergencia.

"4. La Constitución debería indicar que ningún estado de emergencia tiene fuerza legal más allá de un período de tiempo fijado, el cual no debería exceder de 6 meses. Toda declaración de emergencia debería precisar la duración de la emergencia.

258

"10. El derecho de tomar medidas de emergencia debería estar limitado por el deber de no tomar medidas que amenacen la viabilidad de la libertad de prensa, a los sindicatos independientes, a las organizaciones profesionales y las organizaciones populares.

"15. Los siguientes derechos del debido proceso, como mínimos, deberían ser respetados en los procedimientos penales durante estados de emergencia:

— el derecho a ser informado sin demora y en detalle de las acusaciones,
— el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, incluyendo el derecho a comunicarse con un defensor,
— el derecho a tener un abogado de su elección,
— el derecho, para un acusado indigente, de tener asesoría jurídica gratuita cuando es acusado de delitos graves,
— el derecho a hallarse presente en el proceso,
— la presunción de inocencia,
— el derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo o a efectuar una confesión,
— el derecho a un tribunal independiente e imparcial,
— el derecho de apelación,
— el derecho a obtener la comparecencia de testigos de descargo y a que estos sean interrogados,
— el derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual se haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme,
— el principio de no-retroactividad de las leyes penales.

"21. Una orden de detención, que contenga las razones de esa detención junto con un relato de los hechos y circunstancias que la justifican, debería emitirse antes del arresto, o al menos dentro de las 24 horas que siguen a este, y el detenido debería recibir inmediatamente una copia de la orden.

"22. La judicatura civil debería retener la jurisdicción durante un estado de emergencia, para revisar los casos individuales de detención, al menos (i) para asegurar que las razones de detención formuladas son válidas y suficientes, (ii) para asegurar que se cumplió con los procedimientos adecuados, y (iii) para asegurar que las condiciones de detención están de acuerdo con la ley.

"23. El detenido debería poder consultar en privado con un abogado de su elección, inmediatamente después del arresto, y luego en cualquier momento.

"38. Se debería establecer una amplia lista de derechos cuya suspensión no esté nunca permitida, que incluya:

— los derechos del debido proceso mencionados más arriba, en la Recomendación 10;

— la prohibición de propaganda en favor de la guerra, y de la apología del odio nacional, racial o religioso;

— los derechos de minorías religiosas, lingüísticas o culturales;

— el derecho de todas las personas privadas de su libertad, a ser tratadas con humanidad y respeto;

— la libertad de opinión;

— el derecho a no ser objeto de ataques arbitrarios a la reputación y honor personales;

— los derechos clasificados como no suspendibles en la Convención Americana: los derechos del niño, los derechos de la familia, el derecho a la nacionalidad y el derecho a participar en el gobierno".

———oOo———

A mayor abundancia, y aunque se entrecruzan con las ya recogidas, vale la pena agregar todavía unas recomendaciones como las que transcribimos a continuación (O'DONNELL, *States...*, p. 12-14):

Garantías constitucionales.— "Aunque tales previsiones deberán ajustarse a la forma de gobierno, al sistema legal, los valores sociales y culturales y las experiencias históricas de cada nación, pueden sugerirse ciertos principios básicos:

1. La Constitución debería enumerar las circunstancias que justifican un apartamiento respecto al orden jurídico normal. Puede muy bien resultar oportuno distinguir entre varios tipos de emergencias: una crisis económica puede no requerir potestades de emergencia iguales que en el caso de desórdenes civiles. En particular, parecería deseable no equiparar las amenazas internas al orden público con una guerra contra un enemigo externo. Aunque en algunos casos la distinción puede ser difícil de aplicar, vale la pena recordar que en general los responsables por desórdenes in-

ternos no atacan a la nación *per se*, sino que persiguen un cambio de gobierno o de política. El ejemplo de gobiernos que tratan los ataques contra su mandato como si estos constituyesen un ataque contra la nación, y a ello responden llevando a cabo una guerra contra su propia población, proporciona fuerza adicional al argumento en favor de establecer previsiones constitucionales separadas para estos dos tipos particulares de emergencias.

2. El procedimiento para proclamar un estado de emergencia debería estar delimitado. Dada la tentación de utilizar emergencias para propósitos políticos, el derecho a examinar la necesidad de una emergencia debería serle atribuido a aquel cuerpo que normalmente representa mejor a todos los segmentos de la nación, el Legislativo. Muchas Constituciones cumplen con esto, al establecer que el Jefe de Estado o algunos otros funcionarios del Ejecutivo pueden declarar el estado de emergencia, pero que la emergencia expirará si el Legislativo (y lo habitual es que para esto se exija una mayoría ampliada) no la aprueba en un plazo definido.

3. La duración de los estados de emergencia debería especificarse. A la mayoría de las amenazas a la vida de una nación —con la posible excepción de hostilidades frente a Estados vecinos— les es inherente una duración relativamente limitada. Los comentaristas están de acuerdo en que, para justificar apartamientos sustanciales respecto al orden jurídico normal, la amenaza debe tener un apreciable grado de inmediatez y de contenido. Por tanto, una revisión de la necesidad de medidas de emergencia debería tener lugar a intervalos regulares. Es particularmente importante que el Legislativo, no solo el Ejecutivo, participe en tal revisión. El mejor método para asegurar esto, es establecer que ninguna declaración de emergencia tendrá efectividad más allá de un período fijo de tiempo, el cual no debería exceder de seis meses".

Poder Judicial.— "Para detectar y prevenir el abuso de poderes de emergencia es recomendable:

1. Que la judicatura civil ["civil" en el sentido de: no militar] retenga la jurisdicción para revisar casos individuales de detención, con el fin de garantizar que las razones expuestas corresponden a los objetivos que la legislación de emergencia ha autorizado en cuanto a dictar órdenes de detención, y que se hayan seguido los procedimientos adecuados.

-261

2. Que la judicatura civil retenga la jurisdicción respecto de acusaciones por serios abusos de poder, como las acusaciones de tratos inhumanos, torturas o asesinatos de sospechosos, puesto que la suspensión del derecho de efectuar tales acusaciones o la transferencia de esos procedimientos a tribunales militares eliminan la garantía más efectiva contra los abusos.

3. Que la judicatura civil retenga la jurisdicción sobre la totalidad de los juicios a civiles por atentados a la seguridad. El peligro que entrañan los tribunales militares ha sido ya indicado, y se señaló que, mediando precauciones adecuadas, no hay razón por la cual los tribunales ordinarios no puedan dispensar exitosamente justicia en este terreno.

4. El derecho de apelar las condenas penales debe mantenerse. Cuando los tribunales funcionan bajo presiones excepcionales, y los acusados enfrentan penalidades más serias, la nenecesidad de jurisdicciones de apelación es mayor. La apelación proporciona no solo la esperanza de que, en ese nivel, sean corregidas injusticias individuales, sino que —lo cual es todavía más importante— sirve para detectar y corregir prácticas defectuosas que se dan en el nivel de los juicios de primera instancia.

5. Se debería tener cuidado de preservar la independencia del Poder Judicial, pues no se puede confiar en que una judicatura sumisa cumpla la difícil tarea que le incumbe en tiempos de emergencia, la de proteger el Imperio de la Ley".

§ 67. Heurística

Las sugerencias recogidas en el parágrafo anterior constituyen, desde ya, una gama de ideas que pueden ser heurísticamente fértiles a la hora de examinar los regímenes de excepción contenidos en los textos constitucionales. Ellas permiten apreciar el grado de peligrosidad que la normativa del caso ofrezca respecto a derechos humanos, dados los límites o falta de límites previstos constitucionalmente para el régimen en cuestión. Claro que ese análisis debería siem-

pre ser hecho teniendo también muy en cuenta los tipos de personas que ocupan los órganos de contralor y en general cuál es la conciencia social dominante en el medio, todo ello en relación con la situación socio-económica y política del país. Lo mismo cabe decir en cuanto a la utilización de dichas ideas con vista a la elaboración de proyectos de reforma constitucional.

En especial, se puede aquilatar qué grado de protección a los derechos humanos se mantiene en pie aun bajo un régimen de excepción, en el Estado de que se trate, si el examen pone el acento en dilucidar puntos como los siguientes (teniendo en cuenta todo lo expuesto antes):

— ¿Qué condiciones de fondo, circunstancias de hecho, son requeridas por la Constitución para admitir que tenga lugar el estado de excepción? ¿Son muy elásticas esas condiciones?

— ¿Mediante qué procedimientos se instaura y puede ser mantenido dicho régimen? ¿Hay límites institucionales —controles previos y *a posteriori*— a los que queda sometida la discrecionalidad del Poder Ejecutivo?

— ¿Hay un plazo máximo de prolongación constitucionalmente establecido? Y si hay posibilidades de decretar sucesivas prolongaciones, ¿en qué medida ellas no dependen solo de la decisión del Poder Ejecutivo?

— ¿Qué derechos humanos admiten suspensión, y en qué medida, durante el estado? ¿Qué derechos humanos no la admiten?

— ¿Qué instituciones son suspendidas o limitadas, y en qué medida?: situación del Poder Legislativo, del Poder Judicial, etc.

— ¿Quedan suspendidos también los medios especiales de protección de los derechos humanos?. Y en caso afirmativo, ¿cuáles de esos medios y en qué medida sufren tal suspensión?

— ¿Caben detenciones por vía meramente administrativa, y con qué duración?

— ¿Cómo se logra el acceso a los tribunales (supuesto que esto sea posible) de las personas detenidas durante ese período?

— ¿Entran a sustituir los tribunales militares a los civiles, en relación con incriminaciones a particulares que se efectúen durante dicho lapso?

— ¿Hasta qué punto y con qué frecuencia los tribunales han admitido en sus sentencias que un estado de excepción legitima la adopción de unas medidas especiales que tienen efectos restrictivos en materia de derechos humanos?

— ¿Se admite que el Poder Judicial nacional (civil) y también órganos internacionales controlen la justificación de recurrir a tales estados ante circunstancias dadas, e incluso la de las medidas mismas que sean adoptadas en consecuencia?

§ 68. Panorama de las Constituciones latinoamericanas

SUMARIO:

I. Una hipótesis de trabajo.
II. Rasgos generales de las regulaciones constitucionales vigentes.
III. Conclusión.

I

En cuanto al régimen jurídico que las Constituciones establecen para sus estados de excepción, respecto a cada una de ellas habría que examinar, con base en los criterios heurísticos que hemos señalado, los aspectos siguiente: (a) qué conceptos *indeterminados* se utilizan como causales de legitimación para establecer ese estado; (b) qué derechos humanos *no* pueden allí ser suspendidos; (c) *quién* o quié-

nes tienen la competencia para declararlo y a qué *controles* están sometidos (por ejemplo, si se requiere ratificación por el Congreso y mediante qué quórum); (d) qué órganos estatales *no* pueden ser afectados en su funcionamiento; (e) qué *responsabilidades* especiales puede acarrearle a los funcionarios el uso abusivo de las medidas decretadas, y quién está llamado a juzgar sobre ello; (f) qué *duración* puede tener dicho estado.

Por supuesto, todos esos puntos de análisis no nos proporcionarán información sino acerca de los aspectos que llamamos *institucionales;* no sobre los factores ideológicos y en general sociales, los que —como tantas veces hemos subrayado— resultan no menos importantes para determinar las decisiones que los soportes de los órganos estatales toman a la hora de hacer entrar en juego unas u otras normas jurídicas. De todos modos, y aun limitándose a aquellos aspectos, nuestra *hipótesis* es la siguiente: cuanto más restrictiva sea la normativa constitucional en los puntos (a), (b) y (d); cuanto más repartido esté el poder de imponer decisiones en el punto (c); cuanto más predeterminado y difícil de renovar sea el plazo a que se refiere (f); cuanto más severas sean las responsabilidades del tipo (e); tanto más probable es que la ejecución de las disposiciones excepcionales cause el menor perjuicio posible a los derechos humanos, mientras el marco institucional no es quebrantado.

II

Observemos el panorama general que las Constituciones latinoamericanas presentan en esta materia. Ofrece las características siguientes, según ha sido trazado por GARCÍA B.:

Respecto al estado de excepción, la *forma* que predomina (con variantes) es el estado de sitio: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Haití, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, etc.;

conlleva, generalmente, el otorgamiento de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo. También muy utilizada, a veces conjuntamente con la anterior, es la denominada "suspensión de garantías": Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Venezuela, etc.

En cuanto a las *causas* del estado de excepción, la conmoción interior y el ataque exterior figuran en casi todas las Cartas fundamentales: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú, Uruguay, Venezuela, etc. También hay referencias, en conjunción con las anteriores hipótesis, a amenazas de perturbación, calamidades públicas, necesidad pública o defensa del Estado, etc. Como se puede apreciar, se trata siempre de hipótesis muy generales, que envuelven tal vaguedad conceptual que las hace prácticamente indefinibles. Ello demuestra que las motivaciones reales que subyacen a las declaraciones de los regímenes de excepción son en realidad motivaciones extrajurídicas, que envuelven una decisión política, la cual sería necesario analizar en cada caso concreto.

En lo que se refiere a las *autoridades* que declaran el estado de excepción, se trata fundamentalmente del Poder Ejecutivo (Brasil, Colombia, Chile, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana), a veces con autorización previa del Legislativo (Argentina, Bolivia, Ecuador, México, Panamá) o declaración del Legislativo por sí mismo (en ciertos casos en la Argentina, Costa Rica, etc.). En términos generales, para efectos teóricos y prácticos, y ya sea por su propia iniciativa, ya sea obteniendo el consentimiento previo o posterior ratificación, la tendencia mayoritaria tiende a dejar al Ejecutivo con tales atribuciones. En cuanto a los plazos, solo Costa Rica mantiene un plazo improrrogable de 30 días; los demás países tienen diversas variantes, todas ellas por breves plazos, pero prorrogables bajo determinadas circunstancias.

El análisis efectuado exhibe algunas líneas tendenciales, a saber:

— El régimen de excepción se da bajo diversas figuras, sobre todo bajo la denominación de "estado de sitio" y "suspensión de garantías".

— Las causas que las motivan o hacen operantes son aquellas que escapan al control habitual y tienden a alterar el "orden público", sea interno o externo.

— Los estados de excepción tienen una clara connotación política discrecional, generalmente no son justiciables.

— Los regímenes de excepción, si bien algunos tienen ciertos controles legislativos, son en la práctica hechura del Ejecutivo, sobre todo en la medida en que, además, el Congreso no sesiona regularmente.

— La manera como están configurados los regímenes de excepción permite apreciar cierta desprotección de los derechos fundamentales, toda vez que se dan facultades legales para salir del marco normal de las actividades del Estado, y esto prácticamente sin controles; en algunas oportunidades, se le otorgan a este facultades para tomar incluso medidas de carácter preventivo.

— Si bien los derechos que se suspenden son los clásicos derechos liberales (tránsito, domicilio, reunión, etc.), también se encuentran situaciones en las cuales se puede poner entre paréntesis toda la gama de derechos o garantías consttiucionales, y ello en gran número de países.

— Los plazos son por lo general elásticos, y muchas veces indeterminados, lo que propicia la vigencia de estados de excepción de larga duración.

— No hay precisión en cuanto al alcance de los regímenes de excepción, en América Latina.

— Por lo general, las Constituciones no establecen unas facultades judiciales expresas para poder revisar las medidas que se adoptan con motivo de los estados de excepción.

— Los regímenes de excepción no alteran el funcionamiento de los demás poderes u órganos del Estado.

CUADRO COMPARATIVO DE LA SUSPENSION DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN AMERICA(19)

NOMBRE

"Estado de Sitio"
"Suspensión de garantías constitucionales"
"Facultades extraordinarias al Presidente de la República"
"Ampliación Ley de Orden Público"
"Medidas prontas de seguridad"
"Suspensión del *writ of Habeas Corpus*"

CAUSAL

"Poner en peligro la Constitución y las autoridades..."
"Grave peligro"
"Turbación del orden público"
"Evidente necesidad pública"
"Cuando así lo exija la seguridad del Estado"
"Amenaza a la paz o al orden público"

CASOS

Conmoción interior
Guerra o ataque exterior
Invasión del territorio
Amenaza de conmoción interior
Amenaza de invasión
Evidente necesidad pública
Alteración grave de la paz pública, del orden y de la tranquilidad
Calamidad pública
Actividades contra la seguridad del Estado
Graves circunstancias que afecten la vida económica o social

---

(19) Este Cuadro lo presenta MARTINS, p. 149-151. Hemos introducido algunos cambios de detalle en la presentación gráfica y eliminado el nombre de los países a que correspondía (en 1966) cada una de las hipótesis señaladas.

ORGANO COMPETENTE

El Congreso, en todos los casos

El Congreso, en caso de conmoción interior

El Poder Ejecutivo, *sin dar cuenta inmediata al Congreso:*

— Presidente de la República solo (caso de ataque exterior)

— Presidente de la República con acuerdo del Senado (caso de ataque exterior)

— Presidente de la República y todos los Ministros

— Presidente de la República y mayoría de los Ministros

El Poder Ejecutivo, *dando cuenta al Congreso:*

— Presidente de la República solo

— Presidente de la República solo, en caso de catástrofe

El Poder Ejecutivo decreta, sometiéndose de inmediato a la resolución del Congreso:

— el Presidente de la República en Consejo de Ministros

— el Consejo Nacional de Gobierno

Si el Congreso está en receso:

— Presidente de la República solo (rigiendo hasta las sesiones ordinarias)

— Presidente de la República solo (convocando el Congreso inmediatamente)

— con mayoría de Ministros

— con todos los Ministros

— con todos los Ministros y la Comisión Legislativa Permanente

— con el Ministro de Gobierno

— con el acuerdo de la Comisión Permanente

— con el acuerdo del Consejo de Estado

— Consejo Nacional de Gobierno

GARANTIAS ESPECIFICAS QUE PUEDEN SUSPENDERSE:

Algunas predeterminadas

Todas, con limitaciones en cuanto a la seguridad individual

MEDIDAS EXTRAORDINARIAS QUE PUEDEN ACOMPAÑARLA, EXPRESAMENTE AUTORIZADAS POR LA CONSTITUCION

Ninguna

Militares:

— ley marcial
— aumentar las fuerzas armadas
— declarar el ejército en campaña
— variar la capital, cerrar o habilitar puertos
— estado de asamblea

Financieras:

— recaudar impuestos extraordinarios
— concertar o imponer empréstitos
— transponer rubros para la defensa

Legislativas:

— dictar decretos-leyes

Gubernativas:

— suspender funcionarios públicos
— intervenir empresas de servicios públicos
— designar autoridades especiales

Policiales:

— sin declarar Estado de Sitio, el Presidente de la República puede detener y confinar personas en caso de amenaza a la tranquilidad pública:
  - por sí solo
  - por Consejo de Ministros

III

En conclusión.— Basta leer el articulado que sobre los respectivos estados de excepción presenta cada una de las Constituciones examinadas, para apreciar hasta qué punto, si lo comparamos con aquello que oportunamente adelantáramos como Sugerencias y Heurística (*supra,* §§ 66 y 67), esas regulaciones son insuficientes; más aún, resultan *peligrosas* para los derechos humanos.

Por supuesto, esa peligrosidad es mayor en unas Constituciones que en otras, según los preceptos que cada una de ellas consagra de manera específica al punto. Pueden ser "peligrosas" tanto por lo que dicen como por lo que callan, e importa tener en cuenta el contexto normativo general de la Carta en cuestión. En una palabra: si bien las Constituciones dejan que desear en esos aspectos, ya sea por dicción u omisión, ello no quita que unas vayan más y otras vayan menos lejos en cuanto a la libertad otorgada al Gobierno para restringir la vigencia de unos derechos humanos, o para prescindir lisa y llanamente de estos.

Podría decirse que los extremos más señalados en materia de ilimitación y falta de controles para los poderes del Gobierno los ofrecen, por su orden, Constituciones como las de Cuba, Chile y Brasil[20]. En el otro extremo, como ejemplo de subordinación amplia impuesta al Ejecutivo, cabría ubicar lo establecido en la Constitución de

---

(20) En cuanto a Cuba, lo cierto es que la Constitución no prevé ningún "estado" del tipo de aquellos que estamos examinando. Por lo demás, sería superfluo, teniendo en cuenta los ilimitados poderes que ella le otorga, como situación normal, al Estado. Desde el punto de vista de las libertades que se ejercitan en los Estados de democracia pluralista, habría que decir que la organización constitucional cubana consagra un estado *permanente* de "excepción" (o, si se quiere, una "dictadura soberana" o un estado de excepción *de facto: supra,* § 61.II). A texto expreso se señala que no existen "libertades" algunas que allí puedan ejercerse "contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo" (art. 61); de manera que será dicho objetivo, tal cual lo interprete la dirigencia del Partido Comunista (art. 5),

Costa Rica[21]. Y entre ambos polos, con muchas variantes, están otras Constituciones, ya sea inclinándose más hacia el uno o hacia el otro.

---

lo decisivo para determinar qué derechos puede el Estado tolerar y en qué grado. Podría señalarse, en todo caso, dos disposiciones (arts 70 y 88.f) donde se prevé unos casos excepcionales, pero también allí sin ninguna clase de limitaciones. En cuanto a Chile, la Constitución señala cinco clases de estados de excepción (art. 39 y Disposición Transitoria Vigesimacuarta), que son decretados por el Presidente de la República; los controles a que este queda sometido son extremadamente "hipotéticos", cuando no inexistentes. En la Constitución del Brasil (Tit. II, Cap. V), el Poder Ejecutivo nacional puede acudir a tres tipos de regímenes de excepción que autorizan, particularmente dos de ellos, una serie de medidas muy restrictivas de las libertades. (Sobre Cuba, cf. también la Discusión presentada *infra:* Ap., iv.)

(21) La Constitución de Costa Rica establece la posibilidad de recurrir a un estado de *suspensión de derechos y garantías.* Aunque las causales previstas son muy vagas, las garantías institucionales son fuertes, sobre todo porque el Poder Ejecutivo aparece sometido a lo que la Asamblea Legislativa decida, y esto por quórum realmente alto. He aquí las disposiciones pertinentes:

"... corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)

Suspender por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso evidente de necesidad pública, los derechos y garantías individuales consignados en los artículos 22, 23, 24, 26, 28, 29, 30 y 37 de esta Constitución. Esta suspensión podrá ser de todos o de algunos derechos y garantías, para la totalidad o parte del territorio, y hasta por treinta días; durante ella y respecto de las personas, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar su detención en establecimientos no destinados a reos comunes o decretar su confinamiento en lugares habitados.

Deberá también dar cuenta a la Asamblea en su próxima reunión de las medidas tomadas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado. En ningún caso podrán suspenderse derechos y garantías individuales no consignadas en este inciso" (art. 121.7).

"Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)

En los recesos de la Asamblea Legislativa, decretar la suspensión de derechos y garantías a que se refiere el inciso 7) del artículo 121 en los mismos casos y con las mismas limitaciones que allí se establecen y dar cuenta inmediatamente a la Asamblea. El decreto de suspensión de garantías equivale, ipso facto, a la convocatoria de la Asamblea a sesiones, la cual deberá reunirse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Si la Asamblea no confirmare la medida por dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros, se tendrán por restablecidas las garantías.

§ 69. Algunos ejemplos aprovechables

Vale la pena destacar algunas de las previsiones contenidas en los textos constitucionales examinados, como ejemplo de regulaciones que se orientan —aunque también ellas sean en mayor o menor grado perfectibles— hacia controles menos laxos sobre lo que el Gobierno está autorizado a hacer durante esos estados. En tal sentido, pueden ser mencionadas unas disposiciones como las dedicadas a fijar los puntos siguientes:

— Necesidad de indicar en el decreto que establece las medidas, el nombre de las personas encargadas de su ejecución (Brasil)[22].

— Prohibición de que las leyes sean derogadas por medio de esos decretos (Colombia)[23].

— Consignación de que el Presidente, los Ministros y funcionarios en general, todos ellos serán responsables si declaran el estado sin que se den realmente las hipótesis constitucionales invocadas, como así también por cualquier abuso que cometieren en el ejercicio de las facultades que en tal estado —aunque fuera declarado legítimamente— se les otorgen (Colombia)[24]. Pero

---

Si por falta de quórum no pudiere la Asamblea reunirse, lo hará al día siguiente con cualquier número de Diputados. En este caso el decreto del Poder Ejecutivo necesita ser aprobado por votación no menor de las dos terceras partes de los presentes" (art. 140.4).

(22) "O decreto de estado de sitio especificará as regiões que essa providência abrangerá e as normas a serem observadas, bem como nomeará as pessoas incumbidas de sua execução" (Const. Brasil, art. 156.1).

(23) "El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio" (Const. Colombia, art. 121.3).

(24) "Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente articulado" (Const. Colombia, art. 121.8).

sería deseable que además se indicaran vías judiciales especialmente ágiles y unas sanciones muy graves para hacer efectiva tal responsabilidad.

— Expreso sometimiento de los decretos mismos a control judicial (Colombia)[25].

— Dejar tanto la iniciativa como la resolución, para suspender derechos y garantías individuales, en manos del Parlamento, y además exigir que ello sea por un quórum particularmente alto (Costa Rica)[26].

— Y supuesto que la iniciativa pueda caberle al Poder Ejecutivo, determinar que si el Parlamento no confirma expresamente el decreto dentro de un plazo perentorio (muy breve), siempre exigiéndose para ello un quórum especial (alto), ese decreto cae y se tendrán por restablecidas las garantías corrientes (Costa Rica)[27]. Mas convendría señalar, asimismo, que el Ejecutivo no podrá volver a emitir un decreto semejante antes de transcurrir un plazo prudencial, fijado en la propia Constitución, salvo mediante una previa y específica (¡no genérica!) autorización que para ello le otorgue el Parlamento dentro de dicho plazo.

— Enumerar en forma taxativa qué derechos o garantías son los únicos respecto a los cuales se admiten restricciones en virtud de las medidas que se autorizan (Costa Rica)[28].

— No suspensión del Hábeas Corpus, ni del Amparo (por lo menos para los aspectos en que este hace las veces

---

(25) "En los casos de los artículos 121 y 123, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren" (Const. Colombia, art. 214.4).

(26) Cf. art. 121.7 *in limine: supra,* n. 21.

(27) Cf. art. 140.4 *in fine: supra,* n. 21.

(28) Cf. art. 121.7 *in fine: supra,* n. 21. Cf. también, por ejemplo, el art. 188.1 *in fine* de la Constitución hondureña.

de aquel), durante la vigencia del estado (Costa Rica[29], Honduras[30]).

— Necesidad de señalar, en el decreto mediante el cual se establece dicho estado, cuáles son específicamente las garantías que se restringen o las medidas coactivas aplicables, qué normas serán observadas, el tiempo de duración, etc. (Brasil[31], Honduras[32]).

— Destacar que las restricciones decretadas no podrán afectar en modo alguno el funcionamiento de las organismos estatales, y que los miembros de estos continuarán gozando de todas las inmunidades y prerrogativas que les conceden la Constitución y en general las leyes (Honduras)[33]. No está de más subrayar aun, en particular, que la vigencia de ese estado no impide

---

(29) Cf. art. 121.7 (*supra*, n. 21), en combinación con el art. 48.

(30) Cf. arts. 187 *in limine* y 188.1 *in fine*, en combinación con los arts. 182 y 183, de la Constitución hondureña.

(31) *Vid. supra*, n. 22. "O decreto que declarar o estado de emergencia determinará o tempo de sua duração, especificará as regiões a serem atingidas e indicará as medidas coercitivas que vigorarão, dentre as discriminadas no art. 156, § 2º" (Const. Brasil, art. 158.1).

(32) "El ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 69, 71, 72, 78, 81, 84, 93, 99 y 103, podrán suspenderse en caso de invasión del territorio nacional, perturbación grave de la paz, de epidemia o de cualquier otra calamidad general, por el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros, por medio de un Decreto que contendrá:

1. Los motivos que lo justifiquen;
2. La garantía o garantías que se restrinjan;
3. El territorio que afectará la restricción; y,
4. El tiempo que durará ésta" (Const. Honduras, art. 187, pár. inicial).

(33) "La restricción de garantías decretada, en modo alguno afectará el funcionamiento de los organismos del Estado, cuyos miembros gozarán siempre de las inmunidades y prerrogativas que les conceda la ley" (art. 187 *in fine*). Cf. también el art. 241.3 de la Constitución venezolana.

2-15

el funcionamiento normal del Congreso (Colombia)[34].

— Señalar que, durante la vigencia del estado, no podrán ser declarados nuevos delitos ni imponerse otras penas que las ya establecidas en las leyes vigentes al decretarse aquel (Honduras)[35].

— Aclarar en forma expresa que la suspensión de garantías correspondiente ha de establecerse por medio de normas generales y sin que ella se contraiga a determinados individuos (México)[36].

— Prohibición de imponer la pena de destierro (Perú)[37].

— Establecer que contra las personas no pueden tomarse otras medidas que el arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio nacional, pero otorgándoles asimismo la posibilidad de optar por salir de este; y subrayando, además, que el arresto no po-

---

(34) "La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso. Por consiguiente, éste se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y en extraordinarias cuando el Gobierno lo convoque" (Const. Colombia, art. 121.4).

(35) "Tampoco podrá hacerse, durante la suspensión, declaraciones de nuevos delitos ni imponerse otras penas que las ya establecidas en las leyes vigentes al decretarse la suspensión" (Const. Honduras, art. 188.2); disposición que podría ser complementaria, en cierto modo, de una norma como la colombiana del art. 121.3 (*vid. supra*, n. 23).

(36) "... podrá suspender en todo el país o en determinado lugar las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo" (Const. México, art. 29).

(37) "En ninguna circunstancia se puede imponer la pena de destierro" (Const. Perú, art. 231.a).

drá efectuarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes (Uruguay)[38].

— Señalamiento de un término máximo para mantener las medidas en cuestión (Venezuela)[39] o prohibir que se prorroguen más de una vez (Brasil)[40]; pero sería indispensable señalar también, en ambos casos, qué tiempo mínimo debe transcurrir antes de que se puedan volver a decretar medidas análogas.

§ 70. Consecuencias de hecho

Estando disponibles, y siendo bastantes conocidos, amplios informes publicados sobre la manera en que han sido llevados a la práctica los estados de excepción, para nadie es un secreto lo que allí suele acontecer con los derechos humanos. Sería superfluo abocarse a reiterarlo aquí: cf., por todos, el pormenorizado estudio de la COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS.

---

(38) "En cuanto a las personas, las medidas prontas de seguridad sólo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él. (...) El arresto no podrá efectuarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes" (Const. Uruguay, art. 168.17, incs. 2 *in limine* y 3). Cf. también el art. 121.7.1 *in fine* de la Constitución costarricense (*supra*, n. 21).

(39) "Estas medidas... deberán ser sometidas a la consideración del Congreso o de la Comisión Delegada dentro de los diez días siguientes a su adopción. Si éstos las declararen no justificadas, cesarán de inmediato; en caso contrario, se las podrá mantener hasta por un límite no mayor de noventa días" (Const. Venezuela, art. 244.2).

(40) "O Presidente da República, poderá determinar medidas coercitivas ... desde que não excedam o prazo de sesenta días, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período" (Const. Brasil, art. 155, acápite).

"O tempo de duração do estado de emergencia não sera superior a noventa dias podendo ser prorrogado uma vez e por igual período, se persistirem as razões que lhe justificaram a declaração" (*ibid.*, art. 158.2).

Si bien en el plano doctrinal puede discutirse el "sentido" que tienen o *deberían* tener dichos estados (*supra*, § 61), desde el punto de vista práctico parece indisputable, a la luz de tanta experiencia acumulada en los dos últimos decenios, la siguiente conclusión general, válida al menos para América Latina: con la entrada en vigor de un estado de excepción, el grado general de violación de derechos humanos en el país respectivo no decrece, sino que suele ir en aumento, y esto sobre todo en cuanto a los derechos más fundamentales (vida, integridad física, libertad personal, etc.). El único punto susceptible de discusión podría ser, en todo caso, el de si, supuesto que no se recurriera a dichos estados, las violaciones de derechos humanos llegarían a ser acaso todavía *más* amplias, ya sea que provengan igualmente del aparato estatal o que entonces las realicen organizaciones extraestatales (opuestas o no al gobierno). Pero examinar esta alternativa en forma científica, si hay alguna manera de hacerlo, escapa con mucho a las posibilidades del presente trabajo.

Lo que está comprobado, puede decirse, es que: 1. tomando como punto de referencia un país dado, las violaciones de derechos humanos por parte de personal estatal *aumentan* cuando allí se pasa a vivir bajo estado de excepción; 2. cuanto mayor sea la extensión de potestades otorgada a la rama ejecutiva y menores las posibilidades de control (exterior a esa rama) a que esta quede sometida, tanto más común es que dichas violaciones se *produzcan* y sean cada vez más graves.

Atento al abundante material empírico en que se sustentan esas dos afirmaciones, es atinado sostener que, para falsarlas, correspondería invertir la carga de la prueba. Si se desea hacer creíble que los estados de excepción son, en la *realidad*, unos medios aptos para *defender* los derechos humanos fundamentales —o, si se quiere, para lograr que estos se violen *menos*—, entonces habría que aportar *pruebas* de ello. Esto es, acreditar hechos que en forma fehaciente muestren: a) que hay uno o más países, en Amé-

rica Latina, donde ese carácter puramente defensivo se haya dado *en la práctica;* b) que estos estados se decretaron ante situaciones *similares* a aquellas que en otros países dieron lugar, en cambio, a las conocidas violaciones (o sea, que no se trate de estados de excepción banales o unos que, por ejemplo, tienen lugar ante emergencias que carecen de relevancia política —p. ej., catástrofes naturales—). Hasta el momento, pruebas de tal índole no parecen haber sido aportadas.

Ahora bien, en la medida en que la esfera del discurso jurídico conserve todavía alguna "fuerza" en situaciones sociales donde esos estados se decretan, dicha fuerza puede intervenir, en algún grado, para favorecer la protección de derechos humanos. Esto se dará si, en tal hipótesis, las normas correspondientes —Constitución, leyes, etc.— son lo más *restrictivas* posibles, tanto para establecer las condiciones (causales, órganos con poder de decisión) requeridas para admitir la entrada en vigor del régimen excepcional como también para controlar su puesta en ejecución. Por el contrario, cuanto más poderes este régimen otorga a la rama ejecutiva del Estado, tanto más serán facilitadas las violaciones a derechos humanos. Claro que, de todos modos, estas siempre se hallan sujetas a límites, de hecho: aquellos que el Poder "siente" ante sí en la práctica, en función de condiciones propias de la sociedad respectiva. Y también importa, para determinar el *interés* que el Poder tenga de afectar derechos humanos, el grado en que él considere estar "amenazado" por sectores sociales que, sea en forma belicista o pacífica, se oponen a líneas de su política a las cuales él asigna una importancia que no es secundaria.

De lo expuesto se desprende que, a pesar de todo, la *medida* de las violaciones cometidas al amparo de un estado de excepción puede ser mayor o menor, según los países y las circunstancias. Las hipótesis que podrían calificarse como más "benignas" corresponden a algunos países donde la estructura Estado de Derecho no ha desaparecido o

poco menos. Pero lo cierto es que tampoco dicha estructura asegura que —tal cual esta se ha dado, por ejemplo, en Colombia, país de Constitución democrática— los poderes de excepción no tengan consecuencias de las peores.

"Pruebas detalladas de la práctica de torturas por el ejército y de asesinatos extrajudiciales, pueden hallarse en el informe de 1981 de una misión de AMNISTÍA INTERNACIONAL, titulado: *The Army in Rural Colombia: Arbitrary de ation, torture and summary execution.* Este informe identifica más de 30 lugares donde prisioneros políticos eran torturados y registra más de 50 diferentes métodos de tortura.

"El informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL confirmó las pruebas y las conclusiones que la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS presentara en el informe que esta publicó en junio de 1981. En su lenguaje diplomático, la Comisión, de juristas distinguidos e independientes, entre sus conclusiones señaló:

> "2. La Comisión estima que las condiciones derivadas del estado de sitio vigente en forma casi ininterrumpida por varias décadas, se han traducido en una situación endémica que ha afectado, en cierta medida, el pleno goce de las libertades y derechos ciudadanos, por cuanto, entre otros aspectos, se ha permitido el juzgamiento de civiles por tribunales militares. La Comisión considera, asimismo, que el estado de sitio, por regla general, no ha producido la suspensión de las garantías constitucionales y que, por sus peculiares modalidades, no ha significado un obstáculo real para el funcionamiento de las instituciones democráticas.
>
> "3. ... Si bien el Estatuto de Seguridad tiene carácter de excepción, otorga a las autoridades militares y policiales la facultad de imponer sanciones, permite el juzgamiento de civiles por tribunales militares e incluye la tipificación de penas prolongadas incompatibles con la naturaleza excepcional que acredita.
>
> "5. En lo que respecta al derecho a la vida, ... la Comisión es del criterio de que este derecho ha sido objeto de violaciones en algunos casos. ... estos esfuerzos del Gobierno no han tenido suficiente éxito en la prevención o supresión de tales abusos.

280

"6. En lo que corresponde al Derecho a la Libertad Personal, ... se han cometido abusos de autoridad tales como capturas masivas, procedimientos irregulares de detención, y en algunos casos, allanamientos ilegales y prolongación de los períodos de detención para indagar fijados legalmente.

"7. ... la Comisión considera que se han cometido violaciones al derecho a la seguridad e integridad personal. Estas violaciones se han efectuado en la etapa de los interrogatorios de las personas detenidas por razón de las medidas promulgadas para combatir la violencia proveniente de la acción de grupos subversivos, y han dado lugar a apremios ilegales y torturas. ... Es evidente que los esfuerzos del Gobierno para prevenir y reprimir tales abusos no han producido resultados suficientemente efectivos.

"9. En cuanto al derecho a la justicia y al proceso regular, la Comisión considera que la justicia ordinaria funciona normalmente según las leyes que la rigen. La justicia militar no ofrece las suficientes garantías debido a que las normas que la establecen conllevan restricciones al derecho de defensa y en la práctica se han presentado irregularidades procesales que afectan el debido proceso" (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 66-67; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre Colombia,* p. 219-220).

§ 71. Conclusión general

Las garantías jurídicas pueden ser, como se vió (*supra,* § 49), de dos tipos. *Materiales:* qué se puede suspender y qué no se puede suspender, en materia de derechos. *Orgánicas:* quiénes pueden decretar la suspensión y quiénes están llamados a controlarla, y mediante qué procedimientos. Dentro del primer tipo es más difícil lograr un alto grado de precisión en las disposiciones constitucionales que traten de regular esos aspectos. Allí se tropezará, mal

que bien, con conceptos indeterminados, cuyo alcance pragmático siempre dependerá en mucho de la autoridad interpretante, sujeta a todos los factores socio-políticos que inciden en su "conciencia jurídica". En cuanto a las garantías orgánicas, aunque estas pueden ser establecidas con mayor precisión, tampoco serán suficientes, por más que sean fijadas con lujo de detalles; y esto porque, también allí, en definitiva lo decisivo es la "conciencia" de los soportes de dichos órganos, *cómo* ellos *interpreten* —y, en los hechos, se les *permita* que interpreten— las normas sustantivas.

Sin embargo, aunque ningún juego de textos jurídicos llegará propiamente a *garantizar* que las garantías sean tales en la práctica, eso no quita que dichos textos puedan *ayudar* a que ellas consigan serlo. Por eso, porque *también* el Derecho es un factor que contribuye a conformar la realidad social, todo aquello que se haga en el sentido de establecer en la Constitución una reglamentación jurídica que para las autoridades resulte *menos* fácil manipularla en perjuicio de derechos humanos, es indudable que *puede* —¡y hasta poderosamente a veces!— contribuir a hacer que estos queden menos desguarnecidos. Las restricciones que en la Constitución se establezcan al régimen de los estados de excepción no son una condición suficiente, por cierto. No obstante, es probable que ellas estén bastante cerca de constituir, al menos, *una* de las condiciones *necesarias* para lograr esa protección, llegado el caso.

La generalidad de las disposiciones que hemos destacado (*supra,* § 69) se refieren a límites de orden formal a que serán sometidas las autoridades, ya sea para decretar esos estados o respecto a su puesta en ejecución. De las condiciones que señalamos en la hipótesis de trabajo adelantada oportunamente (*supra,* § 68.I), hemos retenido, pues, sobre todo aquellas que resulta viable plasmar en formulaciones jurídicas acuñadas mediante conceptos menos indeterminados, los renglones de (c) a (f). Por ende: aun dando por admitido que el rubro (a), y como

consecuencia el (b), no podrían ser lo bastante "higienizados" de unos conceptos con buen margen de indeterminación (por lo menos para alguna parte de las hipótesis normativas que allí se contemplan), eso no quita que aquella hipótesis pueda, de todos modos, servir como guía con vistas a establecer —si se cuenta con la voluntad política necesaria— un articulado constitucional *menos* "peligroso" para los derechos fundamentales. Sin ir más lejos, ello se podría lograr adoptando, como nivel mínimo, un conjunto de disposiciones como aquellas antes indicadas. Normas que por lo demás, aunque esparcidas entre unos y otros textos constitucionales, son Derecho vigente *ya*.

Sea como sea, lo fundamental es que no se dé una concentración excesiva de poderes en manos del Ejecutivo; vale decir, que mantengan peso, a pesar de todo, determinados organismos —estatales algunos, extraestatales otros— capaces aún de "contrabalencear" la acrecida vigorización de aquel.

"Más importante que cualquier lista de restricciones formales al poder del Ejecutivo, durante una emergencia, es mantener instituciones de gobierno y sociales que sean capaces de contrabalancear su poder. Las instituciones de gobierno más importantes son, obviamente, el Legislativo y un Poder Judicial independiente; las instituciones no gubernamentales cuyo papel es importante incluyen una prensa libre, sindicatos, organizaciones profesionales, organizaciones populares y las iglesias. Con raras excepciones, los más sistemáticos abusos contra derechos humanos ocurren cuando todas las instituciones capaces de tener relevancia para presionar al Ejecutivo a que respete los límites formales a su poder han sido eliminadas. Un modelo que es familiar, infortunadamente, es aquel donde el Ejecutivo ha asumido toda la autoridad legislativa, purgado e intimidado al Poder Judicial, prohibido toda crítica, puesto fuera de la ley o asumido el control sobre las organizaciones profesionales y sindicatos; en síntesis, si ha eliminado la mayoría o todos los mecanismos del gobierno por consentimiento. En cambio, incluso cuando la emergencia no es de corta duración, la preservación de vitales contrapesos institucionales ha ayudado a limitar los efectos adversos de las emergencias. (...) [Así,] en Colombia, las acciones de organizaciones de derechos humanos, organizaciones profesiona-

les, grupos de parlamentarios y la libertad de prensa, dieron por resultado la denuncia repetida de torturas y de otros abusos, y contribuyeron en cierto grado a que en 1982 se tomara la decisión de levantar el estado de emergencia" (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, p. 437).

En síntesis.— No resulta fácil, y tal vez sea imposible, que las causales —punto (a)— para autorizar la entrada en juego de un estado de excepción no sean formuladas mediante conceptos indeterminados. No se puede evitar que el ámbito lógico de esos términos tolere, llegado el caso, interpretaciones en función de las cuales las autoridades estatales reciban ciertas facultades que les permiten perjudicar gravemente derechos humanos. Sin embargo, aunque la técnica jurídica no esté en condiciones de superar en grado muy firme tales dificultades de su semántica, ello no quita que esa técnica pueda *reducir* un tanto la peligrosidad de aquellos estados. Tiene la posibilidad de hacerlo mediante preceptos constitucionales que en el plano *procedimental* —puntos (c) a (f)— establezcan un marco de severos límites normativos, formulados en un lenguaje de neta intersubjetividad, para que la acción de las autoridades no pueda extralimitarse sin ultrapasar ostensiblemente dichos límites. E importa, sobre todo, que estos sean de naturaleza tal que al Ejecutivo le prohíban adoptar ciertas medidas susceptibles de anular el "contrabalance" que a su poder deben estar en condiciones de seguirle haciendo otras instituciones, tanto estatales como extraestatales. Claro que el aprovechar la posibilidad de recurrir a ciertos medios técnico-jurídicos para proteger los derechos humanos depende, en definitiva, de la *voluntad* política: en un primer momento, la necesaria para que límites de ese tipo sean incorporados a los textos constitucionales; y luego, siempre, la indispensable para que las autoridades estatales los respeten.

281

APENDICE: SEMANTICA CONSTITUCIONAL(*)

Sumario

(i) *Brasil*

— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración

(ii) *Colombia*

— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración
— otro tipo

(iii) *Costa Rica*

— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración

(*) El contenido de este Apéndice no se pudo incluir en la presente edición; pero está publicado en la *Revista Judicial* de Costa Rica, Nº 36 (marzo 1986), p. 81-100; allí se encuentran también las notas respectivas (de la 41 a la 54). No obstante, extractaremos la Discusión que aparece en su apartado (iv), para no dejar aquí ausentes las críticas que en ella se formulan a puntos de vista del Redactor General.

(iv) *Cuba*

— generalidades
— discusión

(v) *Chile*

— generalidades
I. Situación de normalidad (desde 1989)
— causales
— límites
  – estado de asamblea
  – estado de sitio
  – estado de emergencia
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración
II. Situación previa (hasta 1989)

(vi) *Honduras*

— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración

(vii) *México*

— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración

786

(viii) *Perú*

— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración

(ix) *Uruguay*

I. Generalidades
II. Medidas prontas de seguridad
— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración
III. Situación desde el golpe de Estado de 1973

(x) *Venezuela*

— causales
— límites
— competencia y controles
— órganos inafectables
— responsabilidad
— duración
— otro tipo

Discusión.—

ANTILLÓN:

El Redactor dice [cf. también *supra,* n. 13] que la Constitución de Cuba no prevé ningún estado de excepción, pero que allí se vive en estado de excepción porque, en definitiva, ella somete el ejercicio de toda libertad a que se ejerza en función de la construcción de la sociedad socialista. Pero no se cita, por ejemplo, el artículo 70 y el 88.f, donde hay referencias a estados de excepción, de emergencia; emergencia que no es directa, ni se trata de una regulación orgánica de un estado de excepción, pero esas disposiciones contienen referencias a ello. El art. 70 dice: "La Asamblea Nacional del Poder Popular es elegida por un término de cinco años. Este término sólo podrá extenderse por acuerdo de la propia Asamblea en caso de guerra o a virtud de otras circunstancias excepcionales que impidan la celebración normal de elecciones y mientras subsistan tales circunstancias". En cuanto al art. 88, se refiere al Consejo de Estado; dice que este puede declarar la guerra o firmar la paz cuando, por un estado de excepción, no es posible convocar a la Asamblea Nacional, que es a quien le corresponden esas funciones. [Art. 88: "Son atribuciones del Consejo de Estado:...f) decretar la movilización general cuando la defensa del país lo exija y asumir las facultades de declarar la guerra en caso de agresión o concertar la paz, que la Constitución asigna a la Asamblea Nacional del Poder Popular, cuando ésta se halle en receso y no pueda ser convocada con la seguridad y urgencia necesarias".] A mí me parece que es una buena forma esto de que la Asamblea, o sea, la expresión máxima del Poder popular, prorrogue su mandato en caso de que no pueda haber elecciones por una razón absolutamente extraordinaria. Me parece preferible eso, y no concentrar el poder, en ese caso, en órganos unipersonales, en órganos más reducidos o menos representativos.

Pienso que lo del "estado permanente de excepción" en Cuba, es otra opinión excesiva. Las libertades, en todos los regímenes, son limitadas. A veces la limitación es eufemística, y se dice: con las limitaciones que establezca la ley, o que se ejerce en la forma que indica la ley; de tal manera que se hace remisión a algún otro texto, esto es lo corriente. Porque no creo que haya ningún ordenamiento que admita el ejercicio ilimitado

y, digamos así, atropellando los intereses de los demás, de las libertades individuales. Entonces, ¿en qué consiste lo que el Redactor llamada "estado de excepción permanente"? Consiste, creo yo, en el hecho de que, según se dice, en definitiva sería el Partido Comunista quien establece qué significa la libertad, hasta dónde llega, etc., etc... Pero al decir eso, se abandona el terreno semántico. Se olvida que los tribunales están mencionados en la Constitución, que semánticamente existen los tribunales... y entonces, *¡hay que considerarlos!* Y existe el Fiscal General. O sea, que existe todo un aparato (*supra,* cap. VI: Ap., iv). Una de dos: o decimos "la Constitución de Cuba es mentira, no sirve, vamos a eliminarla", y entonces no estaríamos haciendo nada al discutir sus preceptos; o tomamos en serio estos textos, y entonces los mencionamos todos, y tratamos de organizar un sistema de conceptos que respondan a estos textos.

HABA:

Se me señala que traiciono mi propio método, es decir, que por un lado introduzco un análisis semántico y que luego me aparto de ese mismo análisis semántico. ANTILLÓN se refiere, por ejemplo, a la labor de los tribunales, la Fiscalía, etc., y dice que no los tomo en cuenta. Lo que ocurre es que, *semánticamente,* la Consttiución cubana dice —y, a mi juicio, es este el artículo central de esa Constitución (son las propias palabras de ella, no las mías)—: "El Partido Comunista de Cuba... es *la fuerza dirigente superior* de la sociedad y del Estado" (art. 5). *Superior:* es decir, de última instancia. Por tanto, todas las fiscalías que pueda haber, todos los tribunales y cualquier otro órgano, están subordinados a aquel, llámasele o no "órgano" a esta instancia *superior* de la sociedad. En consecuencia, la Fiscalía mal puede controlar lo que el Partido Comunista establezca como legítimo, o como cosa deseable, etc. De manera que, simplemente en el nivel *semántico,* sin salirnos de ahí, tal artículo ilumina el resto de la Constitución. (Cf. también, sobre este aspecto metodológico, el intercambio de opiniones entre ANTILLÓN y HABA recogido *supra,* § 16.IV.)

Y así como dicha observación no significa abandonar el nivel semántico, ella tampoco significa afirmar que la Constitución de Cuba es "mentira", etc. Al contrario, yo diría que es muy sincera. Y lo es, precisamente porque *no* oculta que todo queda condicionado a las decisiones del Partido Comunista. Ahora, que los órganos constitucionales estén sometidos a este, no quiere de-

284

cir que no existan o que no funcionen. Lo que quiere decir es que existen, sí, y que funcionan, sí, pero como instancias *subordinadas;* o sea, que sus titulares jamás podrán controlar, y mucho menos oponerse, a quienes están por encima de ellos, a las autoridades del Partido (que son también, como se sabe, los jerarcas del Estado). En otras palabras: no hay allí —¡ni siquiera en el plano semántico!— instancias autorizadas para disentir respecto a lo que decidan y lo que hagan, *sea lo que sea,* las autoridades del Partido Comunista; análogamente a como en muchos países capitalistas no las hay para disentir respecto a lo que decida o haga el Poder Ejecutivo, bajo estados de excepción. Por supuesto que el hecho de llamarle así o de otra manera —o no darle nombre especial alguno a tales regímenes, donde hay una instancia con poderes *ilimitados* dentro de la organización estatal— es cosa secundaria. Si se prefiere que un régimen como el cubano no sea ubicado dentro de la categoría "estados de excepción", yo no haría cuestión, ciertamente, en cuanto a eso: las opciones *terminológicas* para identificarlo pueden también ser otras, desde luego.

O'DONNELL:

Creo que ha sido injusta la crítica formulada sobre el papel del partido único, porque creo que la manera en que se formuló esa crítica no manifiesta una clara idea respecto a la ideología marxista-leninista, en cuanto a lo que significa el papel dirigente de un partido marxista. Es un papel esencialmente político, moral. Y creo que las observaciones hechas respecto a la importancia de la Asamblea General, etc., son correctas. Esto sin perjuicio de reconocer que, por ejemplo, por el hecho de que haya miembros de la Asamblea Nacional que no son miembros del Partido Comunista, eso no se equipara a la libertad para formar partidos de oposición

ANTILLÓN:

Ya el colega O'DONNELL me ha liberado de la obligación de contestarle al compañero HABA sobre la diferencia que va del Partido Comunista a la Asamblea Popular; yo me remito completamente a lo que él dice, que es más o menos lo que yo iba a decir.

290

HABA:

No niego que el Partido tenga ese papel. Pero de lo que se trata, es de que las directivas y actuaciones emanadas de sus autoridades se tienen por (y se *imponen* como) absolutamente incuestionables. ¡Ese es todo el asunto! Es posible que se trate de una "moral", pero es una moral *absolutista;* mejor dicho, una moral que confiere el poder absoluto a sus intérpretes autorizados, su jerarquía de *operadores.* [En cuanto a la falta de "una clara idea respecto a la ideología marxista-leninista", particularmente sobre el papel del Partido, me remito a los análisis efectuados en otro sitio: *vid.* el cap. III.6 de mi libro *La idea de Totalitarismo...;* cf. también, allí, el cap. IV.2].

Capítulo VIII

LIBERTAD DE EXPRESION, COMO GARANTIA GENERICA

Los dogmáticos, por todo el mundo, siempre creen que, aunque a ellos mismos la verdad les es conocida, otros serán inducidos en falsas creencias si a estos se les permite escuchar los argumentos de ambas partes.

B. RUSSELL

No creo ni una palabra de lo que usted dice, pero defenderé a muerte su derecho a que lo diga.

VOLTAIRE

En los campos más opuestos se trata como "enemigo" al que se opone a la verdad recibida y declarada intangible. O bien se lo mata (esto se ha visto en el siglo XX) o se exige de él "una confesión honorable" o una "autocrítica".

A. BAYET

Nadie combate la libertad: a lo sumo, combate la libertad de los otros. No se trata de preguntar si la libertad de prensa debe existir, ya que siempre existe; se trata de saber si la libertad de prensa es privilegio de algunos individuos o del género humano. Se trata de preguntar si lo que es un delito para unos, puede ser un derecho para otros. La verdadera censura, fundada sobre la propia naturaleza de la libertad de prensa, es la crítica: esta es el tribunal que la libertad de prensa instituye en su propio seno. Con la falta de libertad de prensa, todas las otras libertades son ilusorias.

MARX

¿Qué son para posotros Shakespeare, Kant, Lutero? A la miseria un pedazo de madera le parece más sublime que el Fausto entero.

A. HOLZ

El propósito fundamental de las limitaciones a la libertad es el de evitar la crítica inconveniente de las desigualdades existentes. Proclamamos estar dispuestos a dejarnos convencer en los problemas del ordenamiento social, pero adoptamos las medidas más cuidadosas para que nuestras convicciones no sean derribadas.

LASKI

Los obstáculos a la solución racional de los desacuerdos entre los hombres son los mismos hoy que en tiempo de Sócrates: la negativa a escuchar los argumentos del oponente, la obsesión por el poder y no por los principios, y la disposición a imponer por la violencia o las amenazas opiniones que no han logrado convencer por sus propios méritos.

S. TOULMIN

La objeción de que primero debe enseñarse a la gente el correcto uso de la libertad, solo refleja el engreimiento y la ignorancia de los que la hacen. Porque el problema fundamental es: ¿quién puede hablar y quién debe permanecer callado? ¿Quién tiene conocimiento y quién es meramente un obstinado? ¿Podemos confiar en nuestros expertos, en nuestros físicos, filósofos, senadores y educadores? ¿Saben ellos de qué hablan, o simplemente quieren multiplicar su propia y mísera existencia?

P. K. FEYERABEND

"Ninguna libertad para los enemigos de la libertad"; enunciado racional, si no fuera porque, lógicamente, los enemigos de la libertad los definen y los señalan jurídicamente los representantes del poder.

J. AGNOLI

No conozco a nadie que me parezca lo bastante sensato o bastante bueno como para fiscalizar el alimento intelectual de la mente humana. La denegación de la libertad de pensamiento es siempre un medio de preservar algún interés especial y, generalmente, siniestro, que no podría sostenerse en una atmósfera de libertad. El mejor índice de la calidad de un Estado es el grado en que se siente capaz de permitir que se le critique libremente.

LASKI

¿Qué es la libertad de prensa? ¿Quién puede dar de ella una definición que no deje un ancho campo a los subterfugios? Afirmo que esto resulta impracticable; y deduzco de ello que la garantía de la referida libertad, a pesar de las elocuentes declaraciones que se inserten en su favor en cualquier Constitución, depende en absoluto de la opinión pública y del espíritu general del pueblo y del gobierno.

A. HAMILTON

Justamente porque el "mundo" del hombre moderno se conoce, casi en un ciento por ciento, a través de la mediación que ejercen papel, sonido e imagen, los "mediadores" llegan a desempeñar —por ser quienes dominan el papel, el sonido y la imagen— el rol de una clase dominante en nuestra sociedad.

H. SCHELSKY

Los medios de comunicación social contribuyen a establecer el orden del día en sus aspectos social y político. Seleccionan, organizan, destacan, definen y amplían. Comunican significados y perspectivas, ofrecen soluciones, relacionan a ciertos grupos con ciertos tipos de valores y de conducta, crean ansiedad y legitiman o justifican el status quo *y los sistemas de mantenimiento del orden social.*

J. D. HALLORAN

Debemos pues empezar por observar esos medios de información, que se interponen entre nosotros y el mundo, puesto que han pasado a ser nuestro modo de conocer, categorías kantianas, ojos y oídos de nuestros ojos y oídos.

C. MAGGI

Los intelectuales enriquecen el debate, tanto a nivel de la elite como del público, y a menudo son necesarios para mantenerlo vivo; pero esto suele ser logrado plenamente, e incluso mejor logrado, sin consenso entre los intelectuales.

A. ETZIONI

Happy the country where an honest man speaks as loud as a scoundrel.

H. J. TEMPLE
Lord PALMERSTON(*)

* * *

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

— RUSSELL, *Ensayos impopulares*, p. 146 [116].

— No hemos podido localizar la formulación original de esta cita. La traducimos al castellano a partir de una versión en inglés y otra en alemán; incluso se ha señalado que ella no pertenece literalmente a VOLTAIRE (cf. SELDES, p. 405).

— BAYET, p. 122.

— Karl MARX, *Debate sobre la libertad de prensa;* serie de artículos periodísticos aparecidos en la *Gaceta Renana*, mayo de 1842. Hemos compuesto la cita con pasajes transcritos en ATIENZA, p. 30-31.

— A. HOLZ. cit. en GEIGER, p. 65.

— LASKI, p. 152.

— TOULMIN, p. 58.

— FEYERABEND, *Adiós....* p. 82.

— AGNOLI, p. 101, n. 18.

— LASKI, p. 72, 68 y 83.

— HAMILTON/MADISON/JAY, p. 368-369.

SUMARIO:

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.

B) Normativa y realidad: *78.* Instrumentos internacionales. *79.* Tipos de ordenamiento. *80.* Disposiciones constitucionales. *81.* Impedimentos en regímenes autoritarios.

Apéndices: *1.* Semántica constitucional. *2.* Una investigación de campo.

Literatura escogida:

AGNOLI, La transformación de la democracia (p. 101 ss.). BARBAGELATA, La Democracia (esp. cap. V). BAYET, Historia de la libertad de pensamiento. ESTUDIOS 3, Comisión 6: Libertad de opinión y de expresión (ponencias de GÓNGORA y SANTIBÁÑEZ). LASKI, La libertad en el Estado moderno (esp. cap. II). MARX, Debate sobre la libertad de prensa. MILL, la Libertad (esp. cap. 2) NOVOA MONREAL, Derecho a la vida privada y libertad de información (caps. VII a X). PARTSCH, Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms (esp. p. 210-230). SANDIFER, The Relationship between the Respect for Human Rights and the Effective Exercice of Representative Democracy (sec. II.E). SCHELSKY, Systemüberwindung, Demokratisierung und Gewaltenteilung (esp. p. 83-130). SHUE, Basic Rights (esp. cap. 3).

* * *

— "Gerade weil die 'Welt' des modernen Menschen zu fast hundert Prozent durch Papier, Ton und Bild vermittelt erfahren wird, geraten die 'Vermittler' als die Beherrscher von Papier, Ton und Bild in die Rolle einer herrschenden Klasse in unserer Gesellschaft" (SCHELSKY, *Systemüberwindung...*, p. 25).

— James D. HALLORAN, en JOXE *et al.*, p. 148.

— MAGGI, p. 181.

— ETZIONI, p. 218.

— "Dichoso el país donde un hombre honesto habla en tan alta voz como un sinvergüenza" (Henry John TEMPLE, Lord PALMERSTON —cit. en SELDES, p. 405—).

295

Sección A): NOCIONES BASICAS

§ 72. Concepto y formas de la libertad de expresión[1]

SUMARIO:

I. Concepto general.
II. Modalidades.
III. Cuestiones de la realización práctica; observaciones complementarias.

I

En su clásico ensayo *On Liberty,* John Stuart MILL dejó señaladas las razones fundamentales por las que la más amplia libertad de crítica es condición insustituible para el avance del conocimiento humano en general, como así también para corregir los fallos de los gobernantes. En nuestra época, es probablemente POPPER el pensador que ha retomado y prolongado con mayor énfasis, y más alto nivel intelectual, esas tesis (cf., p. ej., su libro *El desarrollo del conocimiento científico*). Las razones aportadas por uno y otro son conocidas, no es necesario reiterarlas aquí. Por lo demás, rara vez han sido cuestionadas públicamente; no suelen ser negadas en una discusión abierta, esto es, allí donde se empezara por *tomarlas en cuenta* tal cual,

(1) Este parágrafo y también el que sigue fueron elaborados sobre la base, fundamentalmente, de ideas expuestas por Aníbal BARBAGELATA en la Reunión I; *vid.* también el cap. V del libro de dicho autor. Las ideas de Jaime ESPONDA y las de Eduardo NOVOA MONREAL que se intercalan pertenecen a unos estudios que ellos prepararon especialmente para nuestra Investigación, respectivamente titulados: *La protección del derecho de opinión en la Constitución política* (ESPONDA) y *Bases para una reformulación constitucional de la libertad de información* (NOVOA); las transcripciones que haremos de pasajes de estos trabajos no son enteramente literales, excepto las del Apéndice 2. Para los avatares históricos de la libertad de pensamiento, véase el librito de BAYET.

sin ocultar o deformar su contenido, al abocarse a cuestionarlas[2].

Aquellas razones ponen el acento en el carácter *instrumental* de la libertad de pensamiento; en su "utilidad", si se quiere. Sin embargo, se puede encararla también con independencia de esto, como un derecho humano *sin más*. Desde este segundo punto de vista no necesitaría ser justificada por ninguna *otra* cosa, pues no extrae su valor de los servicios que eventualmente pueda brindar con vistas a fines distintos (conocimiento, bienestar político, etc.), sino que aparece como un "derecho" propio a toda persona humana, más allá del uso inteligente o torpe que esta pueda hacer de él. Así, al aceptar que la libertad de expresión es uno de los "derechos humanos", podría considerársela como un fin *en sí misma*, del mismo modo que el derecho a la vida, la libertad personal, etc. La discusión acerca de si ella "sirve" o no "sirve" además para otros

---

(2) La forma más fácil, y también la más habitual, de "refutarlas" es, desde luego, hacer como si ellas no existieran. O bien, de una manera más radical, poniendo en ejecución el eficaz principio de GOEBBELS: "Cuando oigo la palabra cultura, saco mi pistola" (paráfrasis más actuales: "Cuando oigo algo que no me conviene, lo califico de 'comunista' o 'contrarrevolucionario'... ¡y doy aviso a la Seguridad del Estado!"). Otra forma, distinta por cierto, es argumentar que un clima de libertad de expresión no basta, en países capitalistas, para hacer desaparecer una serie de injusticias sociales y que, más aún, *de hecho* esa libertad no es disfrutada allí sino por una minoría (quienes consigan tener medios económicos e instrucción suficientes). Pero aunque este argumento tiene mucho de cierto, en nada afecta la validez de razones como las de MILL y POPPER en favor de la libertad de expresión. De él se sigue, si se quiere, que dicha libertad no constituye, *por sí sola*, una panacea para aquellos males; no se sigue, en cambio, que tal panacea lleguen a constituirla unas "dictaduras paternalistas" (cf. SHUE, p. 82 ss.). Lo que habría que explicar —nadie ha intentado hacerlo con razones muy distintas a las de PLATÓN— es: a) por qué la censura ha de redundar en un mayor desarrollo de las *ciencias;* b) por qué la censura hará que al gobierno lleguen los más *sabios*, o que quienes están en él se hagan más sabios, y que en general ellos actúen con mayor talento y prudencia; c) por qué la censura hará que las limitaciones a la libertad de pensamiento sean *menores* que cuando no la hay. Por cierto, no es en MARX sino en el leninismo-stalinismo y en la Doctrina de la Seguridad Nacional donde aparecen dichos ecos platonicistas (cf. *infra*, § 84.III).

propósitos, no incidiría mayormente, entonces, ni para refirmar ni para impugnar su calidad de *derecho.*

En el marco de este capítulo, sin embargo, enfocaremos la libertad de expresión desde un ángulo más afín al primero de los dos puntos de vista mencionados. Partiremos de la base de que, fuera de su valor intrínseco, puede ser encarada también como un indicio general de la medida en que los *demás* derechos humanos se respetan bajo un ordenamiento constitucional dado. Tal medida representa, según pensamos, un "termómetro" extremadamente sensible para detectar la situación de las libertades políticas en general, y también la de las culturales. Pero lo es inclusive respecto a ciertos derechos que son, si se quiere, todavía más *básicos:* el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad personal, etc. Y, más aún, tal vez no se trate simplemente de un "termómetro", sino antes bien de una *condición* para el disfrute de estos derechos, entre los cuales hasta podrían hallarse contenidos los de "subsistencia" (SHUE). En síntesis:

> *"No hay libertad para los hombres si no tienen la de explicar su pensamiento"* (VOLTAIRE, cit. en BAYET, p. 82).

Esta tesis ha recibido confirmación, una y otra vez, también en nuestro tiempo.

"No sé si la libertad es el objetivo más elevado que podamos servir. Lo que sí afirmo, es que no es posible realizar ninguna otra gran empresa a menos que confraternicemos con la libertad" (LASKI, p. 65).

Para SHUE, "el mismo argumento que establece los derechos de seguridad y de subsistencia como derechos básicos, justifica también el reconocimiento de por lo menos ciertas libertades políticas y cierta libertad de movimiento como igualmente básicas" (p. 67). En efecto, si "el goce de ciertas libertades es un componente esencial del disfrute de la seguridad y la subsistencia como derechos, entonces uno tiene derechos igualmente básicos a esas libertades. Una indeseable complicación, empero, es que la dependencia no es completamente simétrica:

298

el disfrute de los derechos a *todas* las libertades depende del disfrute de la seguridad y la subsistencia, mas el goce de los derechos de seguridad y de los derechos de subsistencia depende del disfrute de *algunas libertades solamente*. Estas son libertades que, sea cual fuere la satisfacción que proporcionen en sí mismas (la cual puede ser considerable), son una parte constituiva del goce de otros derechos" (p. 70).

SHUE no se refiere en particular a la libertad de expresión del pensamiento, pero cabe entender que esta no puede sino constituir un ingrediente central de aquellas "libertades políticas" que él califica de *básicas;* entraría dentro de los requisitos indispensables para que pueda haber una verdadera "libertad de participación" (p. 71 ss.), y su carácter de insustituible sería justamente la razón fundamental por la cual no pueden ser una buena solución las "dictaduras" paternalistas" (p. 82 ss.). Sea como fuere, la argumentación desarrollada por SHUE es aplicable también como sustento para las tesis centrales del presente capítulo. (En cuanto a los puntos de vista de SHUE, *vid.* también: *supra,* § 11.VI; e *infra,* cap. IX, *passim,* sobre los derechos de "subsistencia".)

Por lo demás, tales tesis no son originales. Para limitarnos a "tiempos recientes, el Juez CARDOZO, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, se refirió a ella (la libre comunicación de ideas y opiniones) como '... la matriz, la condición indispensable de casi toda forma de libertad'. Este aspecto fue subrayado en los debates de la O.N.U. donde se la caracterizó como la 'piedra de toque de todas las libertades a que están consagradas las Naciones Unidas', refiriéndose a la totalidad de los derechos y garantías económicos y sociales" (SANDIFER, p. 177).

En razón de todo ello, tiene razón VIDAL en destacar que este derecho, si bien hay un ámbito en el cual se mueve sobre todo como un interés particular del individuo, pasada la frontera de este terreno se torna eminentemente *político;* es decir, se ejerce con una finalidad de producir efectos en el mundo de la política, en el mundo de la organización y el funcionamiento del Estado. Allí adquiere entonces mucha importancia otra nota, la de cuál es el comportamiento del Estado al respecto; y esto ya no solo en cuanto a una eventual actitud pasiva de este, de permitir que el pensamiento pueda ser expresado sin coartarlo el propio Estado, sino también por su intervención activa, en relación con medios de comunicación que él posee o que puede reglamentar para favorecer dicha expresión.

299

En un sentido *amplio,* que es el que aquí adoptamos, en la libertad de expresión consideramos comprendida la posibilidad de exteriorizar el pensamiento por *cualquier* medio y también la de recibirlo por parte de *cualesquiera* personas o grupos de personas. Así, como subtipos importantes de dicha categoría general cabe ubicar, entre otros: la libertad de "prensa" (tomando este término en su acepción más genérica: cualquier medio de difusión pública), la religiosa, la de enseñanza, la artística, etc. Naturalmente, estas variadas formas de libertad de expresión presentan también sus respectivos aspectos propios, los específicos de cada una de ellas.

Planteado de esa manera, nuestro concepto de "libertad de expresión" puede resultar más amplio, si se quiere, que algunas otras nociones cercanas a él: por ejemplo, que el "derecho de opinión" o que la "libertad de información"

En cuanto al *derecho de opinión,* consistiría en "la facultad de exteriorizar la opinión o juicio que resulta del ejercicio pensante... mira a la exteriorización del juicio asumido como *verdadero* por cada individuo, en torno a un objeto *determinado*". El derecho de opinión queda definido, entonces, "como aquella facultad del ser humano de exteriorizar, por cualquier medio, el juicio sobre un objeto" (ESPONDA).

La idea de "libertad de expresión" es más amplia, decíamos, porque: a) no se refiere solo a "opiniones" o "juicios", sino a cualquier tipo de expresión por parte de personas humanas; b) aun en el caso de tratarse de "juicios", aquella libertad se reconoce con toda independencia de que el emisor crea *o no* en la verdad de lo que él expone; c) tampoco se requiere la referencia a un "objeto determinado", sino que la expresión puede ser vaga, y hasta incomprensible, tanto para los receptores como incluso para el propio autor. En una palabra: la libertad de expresión, a diferencia del derecho de opinión, no comprende solamente la exteriorización de aspectos intelectuales, sino de *cualesquiera* contenidos de conciencia (tomando esta palabra en su sentido más amplio) que el emisor desee comunicar a los demás, vertidos de la manera en que *él mismo* prefiera hacerlo. Claro que, dentro de este marco amplísimo, la libertad de opinión (propiamente dicha) representa, por sus efectos sociales de orden general, seguramente el sector

más importante para la materia política y, en particular, como garantía para la protección de derechos humanos.

El concepto de libertad de expresión es también más amplio que el de *libertad de información,* pero desde cierto ángulo esta llega a evadir el campo propio de aquella. Sin embargo, dado el carácter convencional de las definiciones, también es posible proponer una noción todavía más amplia de la primera, como lo hizo GARCÍA B.: "Para mí, la libertad de expresión del pensamiento comprende tres cosas fundamentales: emitir el pensamiento, recibir el pensamiento o la emisión del pensamiento, y pedir información".

II

Libertad de expresión equivale a libertad de manifestar toda clase de ideas. También presupone, pues, la libertad de opinión y la de una formación sin adoctrinamiento en estas opiniones. Ella comprende incluso derechos que pueden estar consagrados de manera autónoma en las Constituciones: libertad de información (tanto para el emisor como para el receptor), de investigación, de creación artística, etc; e incluye también, al menos en ciertos aspectos, la libertad de enseñanza (activa y pasiva). Es libertad para expresarse por *cualquier* medio, incluso sin consideración de fronteras o del lugar desde el que se hace la emisión o al que llega la recepción de las ideas. Y libertad que, en su integridad, le cabe a *todo* individuo, sin distinción de nacionalidades, ideologías, etc.

Como lo subraya ESPONDA, "el pensamiento y las opiniones son indiferentes para el Derecho mientras no se exteriorizan. Es esta exteriorización aquello que la norma jurídica resguarda o afecta negativamente. El ser humano puede manifestar las opiniones en tres formas, que responden a capacidades naturales suyas: la forma oral, la escritura y la imagen sonora o visual.

"Algo muy diferente a la forma de manifestación misma de las ideas, son los medios de comunicación de estas, unos instrumentos que la naturaleza o la sociedad ponen a disposición de la persona para que su opinión sea conocida. Así, la forma

oral, que se ejerce mediante la palabra hablada (conversación, discurso, conferencia, foro, etc.), admite diversos medios de comunicación: la radio, la televisión, etc. Y existe otro derecho humano que, en sí mismo, constituye un medio de comunicación de la palabra oral. Este derecho adquiere vital importancia allí donde el hombre común, por razones de carácter económico, político o de otra índole, no tiene acceso a los medios de comunicación. Es el derecho de reunión. Alguien dijo que 'es esencialmente la libertad del pobre, el medio por el cual el más indigente puede participar en la discusión y en la acción política' (Federico MARULL B.) Por otro lado, tenemos la forma escrita de emisión de las opiniones, que se canaliza a través de la prensa, de los libros, de los impresos en general (carteles, avisos, etc.). Finalmente, la imagen, sonora o visual, encontrará su medio en el cine, la televisión, la radiodifusión, el cuadro, el mural, el afiche, el periódico o la revista, según la obra de que se trate.

"Como podemos ver, es medio de comunicación todo ámbito o artefacto que sirve para la grabación o transmisión, mediante la palabra escrita, el sonido o la imagen, de un determinado concepto [... y de cualquier otro tipo de contenidos de conciencia, podría agregarse]. Cuanto mayor acceso tengan todos los ciudadanos [mejor: todas las personas] a los diversos medios de comunicación, tanto más garantizado se encontrará el derecho de opinión".

La libertad de expresión constituye un derecho humano en sí misma(3). Pero además representa, según lo adelantamos, una garantía genérica —como medio de prevención, de defensa o para obtener una reparación— del goce de todos los demás derechos humanos. Por ejemplo, el derecho a la información y a la expresión tiene mucho que ver con el derecho a la vida; sin ir más lejos, piénsese en la cuestión de los desaparecidos. Y a la libertad de opinión se encuentra íntimamente ligado, para mencionar otro ejemplo, el derecho de reunión, como dice ESPONDA. Es desde tales puntos de vista precisamente, el

(3) No preguntaremos aquí si esta libertad, vivenciada como tal, es lo que ella parece en la conciencia del sujeto que se siente "libre", o si, en cambio, se trata de un epifenómeno, sometido a determinismos de que aquel no es consciente: problema filosófico, pero también sociológico.

plano de sus efectos generales, que el ejercicio de dicha libertad nos interesa de modo especial en este capítulo. Pues ella reviste, en efecto, la doble condición apuntada: es un derecho humano específico y, a la vez, garantía de los restantes derechos humanos (carácter bivalente que también presenta, por ejemplo, un derecho como el de petición). Donde los hombres no pueden comunicarse libremente, tampoco está seguro ningún otro derecho, pues tienen cercenado el camino para conocer los abusos y hacer causa común contra estos.

ESPONDA señala que "tal derecho se encuentra en relación de interdependencia con todas las demás garantías constitucionales. Con las de *igualdad,* puesto que constituye condición de su ejercicio la no discriminación legal en razón de las opiniones sustentadas por los individuos; por otra parte, si a determinados individuos o categorías de individuos se les impide opinar, se viola la igualdad ante la ley. Con las de *propiedad,* desde que la facultad de establecer y mantener medios de comunicación de las propias opiniones constituye un eslabón en que se confunden aquellas garantías con el derecho humano en examen. Con las de *seguridad jurídica,* debido, por una parte, al principio general de que la proclamación constitucional de un derecho es vana si no va acompañada de garantías procesales de rango constitucional; y, por otra, a que cuanto mayores son las limitaciones al ejercicio de la libertad de opinión, tanto más ineficaces se tornan las garantías procesales.

"Particularmente, el derecho de opinión se halla vinculado a la *libertad de conciencia y de cultos* y a la *libertad de enseñanza,* en tal grado que, a nuestro juicio, no es posible la vigencia de una sin el respeto de las otras. Pero también se encuentra en relación de dependencia con los siguientes derechos: con el *derecho de reunión,* que tiene por objeto preciso el intercambio de opiniones e ideas; con el *derecho de asociación,* que mira a la realización de una actividad común, fundada, las más de las veces, en la concordancia de opiniones sobre una materia; y con el *derecho de petición,* mediante el cual, muchas veces, explícita o implícitamente, los ciudadanos manifiestan una opinión ante la autoridad".

Nota.— También LASKI subraya que la libertad de pensamiento y la de asociación "están inextricablemente ligadas" (p. 68); cf. esp. las secs. IV y V del cap. II, en el libro de dicho autor.

III

Podría decirse que allí, en ese eje común que para todos ellos constituye la libertad de expresión del pensamiento, encuentra un apoyo la idea, a menudo formulada, del carácter "indivisible" que la doctrina de los derechos humanos asigna a estos (pero cf. *supra*, § 11.VI). La dogmática jushumanista suele considerar que conforman un conjunto unitario, que son solidarios los unos con los otros, que todas las "libertades públicas" se interrelacionan y apoyan recíprocamente. En el mismo sentido, ha dicho BARBAGELATA:

> *"Porque hay una verdad inconcusa: y es que* la *Libertad, en singular y con mayúscula, es un as inescindible de las otras libertades. Estas libertades son arroyos de un único río, aguas de una sola fuente, que es esta, la de la Libertad".*

Aunque la metáfora expresa una idea que puede ser discutida, que realmente exista tal unicidad de *la* "Libertad"[4], de cualquier manera es incuestionable la presencia de un cierto ligamen, históricamente comprobado, entre la violación de ciertos derechos humanos fundamentales y las restricciones impuestas a otros, sobre todo a la libertad de expresión del pensamiento. A partir de esta base, tantas veces corroborada por la experiencia, resulta indudable, en efecto, que cuanto mayores sean las trabas que

---

(4) El propio BARBAGELATA señaló también, en otra oportunidad, que, al ser la democracia "solución de libertad", esto quiere decir: "De la libertad y, por su consecuencia, de las libertades, de las múltiples libertades en que la libertad se manifiesta y se concreta" (*La democracia*, p. 31). Pero conviene agregar que esas libertades no solo son múltiples, sino que tampoco llegan a conformar un todo armónico. Por el contrario, es un conjunto pleno de contradicciones internas (cf. los pasajes de BOBBIO y de MOURGEON transcritos *supra*, § 11.V *in limine*). Para un análisis del concepto de "libertad", donde se pone el acento en la multiplicidad de aspectos y contradicciones que caracterizan a sus referentes, cf. HABA: *La idea de Totalitarismo...* (esp. caps. II.B y V.4) y *Control sobre las libertades...* (esp. par. III). *Vid* también GEIGER, p. 73 ss.

se echan sobre las posibilidades de expresarse que tiene la gente, con tanta mayor facilidad queda abierto el cauce a la arbitrariedad de los gobernantes y a la violación de derechos humanos.

De lo que se trata es, claro está, no solo de que el Derecho otorgue una posibilidad abstracta de hablar, sino que todos puedan hacer uso *realmente* de esa potestad. Y para esto, aunque lo que establezca el ordenamiento jurídico es fundamental —como también lo es, por cierto, aquello que él se abstenga de establecer—, asimismo cuentan muchísimo ciertos problemas materiales, sobre todo factores de orden económico (propiedad de los medios de difusión, etc.) Por ello, se ha llegado a conclusiones como estas:

> *"La información que interesa es aquella que adquiere dimensiones sociales, es decir, la que afecta a la conciencia y el comportamiento social de los hombres como miembros activos en la sociedad. Esta, actualmente, se da a través de los Medios de Comunicación Social. Por lo tanto, quienes están en condiciones reales de ejercer ese derecho son los grupos que tienen la posibilidad de poseer tales medios. (...) En lo fundamental, existen dos factores que en forma combinada determinan la vigencia del derecho de información. Por una parte, las capacidades económico-financieras de instalar, adquirir y mantener en funcionamiento un Medio de Comunicación; y, por otra, las capacidades políticas y jurídicas para influir en la conciencia y comportamiento de los miembros de una sociedad. Ambos factores están determinados en definitiva por el Sistema Social y el tipo de Estado que impera en la sociedad"* (ESTUDIOS 3, p. 185).

Tampoco debe ignorarse, por otro lado, que la existencia real de esa libertad es cuestión de *grados*. No se trata de una simple alternativa entre 100% ó 0% de libertad. Tal vez esos grados quepa "medirlos" mediante un cartabón heurístico como el siguiente, por ejemplo: cuanto más desfavorable para la imagen de los gobernantes pueda

ser lo que en forma pública es dable expresar sobre su gestión, sin que por ello el denunciante o discrepante sufra alguna consecuencia práctica perjudicial, sea de orden jurídico o extrajurídico, tanto mayor resultará la libertad y la posibilidad de control político en ese Estado. (Sin perjuicio de que los gobernantes puedan, como cualquier ciudadano común, llegar a interponer una acción corriente por difamación o injurias, ante los tribunales ordinarios.)

El grado de libertad puede apreciarse también por la medida en que sea cierto, justamente cuando es sobre los más altos jerarcas del Estado que se cierne una crítica sin contemplaciones, que haya órganos estatales capaces de dar cumplimiento a la divisa de VOLTAIRE: ¡" ... pero defenderé a muerte su derecho a que lo diga"! O que cada quien pueda hacer cierto, si así lo desea, el lema que MARX escogió como su principio básico: *De omnibus dubitandum* (¡poner todo en duda!) [5] —pero dando por supuesto que, a diferencia de lo que a MARX le pasó en su propia patria (y también en Francia), ese principio pueda ser puesto en práctica *públicamente* y sin sufrir por ello represalias del aparato estatal—. Pues dicha libertad solo es tal en la medida en que la crítica pueda ir, como también decía el propio MARX, hasta las "raíces" mismas de las cuestiones[6]. Esto es, también hasta allí donde se hace incómoda, y hasta *muy* incómoda, para la imagen que de sí quieren dar los gobernantes, y en general para el *status quo*. Así ha llegado a reconocerlo la propia Corte Suprema de los Estados Unidos:

> *"La libertad de discrepar no está limitada a cosas que no importen mucho. Esto sería una mera sombra de la libertad. El punto de comprobación*

---

(5) Claro que si se cree en una "ciencia" como la del llamado "marxismo-leninismo", este proverbio podría merecer una traducción más oportuna: ¡Jamás poner en duda la palabra oficial del Partido!

(6) "Ser radical es coger la cosa por la raíz. Pero, para el hombre, la raíz es el hombre mismo" (Karl MARX, *Para la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Introducción).

de su solidez (test of its substance) *es el derecho de discrepar en cosas que toquen al corazón del orden existente*"(7).

Ahora bien, como apunta LASKI:

> *Mucha gente está dispuesta a aceptar esta tesis cuando se la formula en general; mucha gente, también, retrocede ante ella cuando sus consecuencias son puestas de manifiesto integralmente*" (p. 68).

De ahí que

> "*el acuerdo sobre el significado y los alcances de la libertad de palabra se transforma inevitablemente en aguda discrepancia cuando ese derecho es ejercido por el comunista, el fanático, el vendedor de libros obscenos, el huelguista o el patrón que arenga a un cautivado auditorio obrero*" (BACHRACH, p. 90).

Mas correspondería entender que aquella tesis

> "*no solo implica el derecho a embellecer el presente orden social, sino también el derecho a condenarlo con vigor y entereza*" (LASKI, loc. cit.).

No obstante, lo cierto es que:

> "*La discusión de los problemas insignificantes puede ser amplia y generosa; la discusión de las cuestiones esenciales, cuando afecta la médula de las condiciones sociales existentes, tendrá que enfrentarse siempre con dificultades y probablemente ataques*" (ibid., p. 153).

Y es eso precisamente —"el derecho a discrepar en cosas que toquen al *corazón* del orden existente", "el de-

(7) U.S./SUPREME COURT, cit. en SANDIFER, p. 164. Por supuesto que, en los hechos, las autoridades usamericanas no siempre han puesto en práctica de manera demasiado fiel este principio, en particular con respecto a extranjeros.

recho a condenarlo con vigor y entereza"— lo que de modo absoluto se prohíbe en las autocracias, como también es objeto de interdicciones legales en las cuasi democracias (*supra*, § 16.III.1 *in fine*).

El cuidado de los derechos implica la publicidad en la gestión de los gobernantes y del poder público en general, debate abierto de sus determinaciones y actuaciones. Tal fiscalización no puede ejercerse sino en un ambiente de discusión pública. Esta tiene no solo un papel tuitivo, sino asimismo una función que en cierto modo es también docente, acerca al hombre común a los problemas de la colectividad. Pues la libertad de expresión, además de ser un medio de protección para la libertad física, el derecho a la vida, el derecho al honor, etc. —se podría seguir enunciando el resto de las libertades—, constituye una garantía muy característica de los derechos políticos, específicamente. Si se entiende que el derecho a participar en la conducción de las comunidades políticas y a gravitar en las decisiones fundamentales de las colectividades que las integran está en la base del sistema democrático; si este se asienta en el consentimiento de los súbditos; y si ese consentimiento tiene que estar, para ser tal, libremente formado: todo ello implica que la libertad de expresión es de la esencia misma de ese régimen, constituye la garantía fundamental para que él pueda funcionar de acuerdo con sus propios presupuestos doctrinarios.

El control por la opinión pública se revela, en efecto, como un requisito básico para el funcionamiento del Estado de Derecho. El viejo dicho de que "la eterna vigilancia es el precio de la libertad" (PHILLIPS) —y esto se consigue en buena medida por la libertad de expresión— no ha perdido importancia en los tiempos que corren. ¡Al contrario! Por eso, si la libertad de expresión es "salvaguardia, centinela y protectora de las libertades"[8] en ge-

(8) Palabras del miembro informante de la primera Carta Constitucional del Uruguay.

neral, no es extraño que, según la experiencia lo ha demostrado una y otra vez, las violaciones a derechos tienden a multiplicarse, tanto en número como en entidad, cuando crecen las probabilidades de que no sean conocidas, que queden impunes por falta de un control público que las detecte. Sintomáticamente, la libertad de expresión es lo primero que hace objeto de ataque, como "por instinto" (BARBAGELATA), un gobierno que se encamina hacia la violación sistemática de derechos humanos:

> *"Históricamente, el camino hacia la tiranía ha sido siempre allanado por una denegación de libertad en ese dominio"* (LASKI, p. 67).

(Véase, por ejemplo, lo que pasó en Uruguay y en Nicaragua: cf. *infra,* § 81.I *in fine.*)

———oOo———

Observaciones complementarias (LASKI).—

"[E]n una sociedad desigual, la libertad no tiene ante sí una tarea fácil cuando trata de realizarse. En efecto, su objeto no es el de realizarse porque sí, sino por lo que es capaz de proporcionarnos cuando se realiza" (p. 167).

"Nuestra dificultad consiste en que cada paso que damos hacia la libertad es un paso hacia la igualitarización de privilegios que hasta hoy no han sido concedidos equitativamente. Los hombres que los retienen no tienen interés en abandonar lo que consideran les pertenece por herencia; a veces pueden llegar a convencerse a sí mismos de que el bienestar de la sociedad depende de que se nieguen a renunciar a ellos. Por consiguiente, para estos hombres, la honesta publicación de los hechos, la formación de mentalidades libres, no son más que caminos que llevan al desastre. (...)

"Considero enteramente justificada la opinión de los primeros socialistas cuando afirmaban que una sociedad dividida en un pequeño número de ricos y un gran número de pobres será una sociedad de explotadores y explotados. [Y, análogamente, una sociedad dividida en una oligarquía de altos funcionarios

- 709 -

del Partido-Estado y el resto de la población sometido a toda clase de penurias.] No puedo creer que, en una atmósfera semejante, la libertad sea un problema que interese seriamente a los detentadores del poder. Lo que les interesará es hallar la mejor manera de conservar su poder. (...) Permitirán que haya libertad en asuntos insignificantes, pero cuando lo esencial de la libertad está en el ataque a su monopolio, la calificarán de blasfemia. (...) La libertad que los pobres [y, en general, los súbditos en los regímenes leninistas-stalinistas] desean en una sociedad como esta, es la libertad de gozar de las cosas que poseen los gobernantes. El clima de la libertad, su finalidad y su vida, es el movimiento por la igualdad.

"Y la igualdad es, precisamente, lo que los gobernantes vituperan. Para ellos, igualdad significa el ejercicio del poder y todos los placeres que implica ese ejercicio (...) En realidad, la igualdad es una negación de la filosofía de la vida que los gobernantes llevan en la sangre, a causa de su manera de vivir. En esas condiciones, ¿a quién de nosotros no le resultaría difícil aceptar como válida una experiencia que contradice la nuestra, un sistema de valores que intenta reemplazar al nuestro? ¿Quién de nosotros dejaría de sentir que una libertad que amenaza alterar radicalmente las bases de la existencia es perversa, peligrosa y digna solamente de ser prohibida? (...) En este caso, la igualdad será denegada y, con ella, la libertad de reclamar dicha igualdad. (...) No conozco en la Historia un solo caso en que los hombres que detentan el poder hayan abdicado voluntariamente sus privilegios. (...) El resultado de esa manera de vivir es que el ideal de libertad es inaplicable en asuntos en que existe una gran diferencia de opinión entre los gobernantes y sus súbditos. (...)

"De hecho, toda sociedad en que los frutos de las operaciones económicas no sean distribuidos equitativamente, se verá obligada a denegar el pleno goce de la libertad, como si esta denegación constituyera la ley de su existencia; y lo mismo puede decirse de toda sociedad que se encuentre en proceso de transición violenta de una forma de vida a otra. La Inglaterra de CROMWELL, la Francia Revolucionaria, la Rusia Comunista, la Italia fascista, cada una de ellas, con un propósito deliberado, pusieron fin a la pretensión de que la libertad era un anhelo justificado. Cada uno de esos sistemas [y en la actualidad: Cuba, Nicaragua...] se proponía mantener una forma particular de organización social a cualquier precio; investigar cuál era ese precio podría tener por consecuencia que se dudara del valor de su esfuerzo y, por lo tanto, se negó todo valor a esa libertad que es base de una razón emancipada. (...)

310

"Pero lo dicho no es solamente válido para el Estado revolucionario. En Inglaterra, Francia o Alemania, la libertad deja de regir cuando los fundamentos de la sociedad son puestos en duda, si sus gobernantes creen que esas dudas pueden amenazar la existencia del régimen. (...) Si la libertad trata de alterar los fundamentos de la sociedad, la libertad debe irse; ahora bien, en una sociedad que se distingue por la desigualdad económica, no se puede evitar que la libertad se ocupe preferentemente de los fundamentos de la comunidad. Creo innecesario señalar la timidez extraordinaria de la sociedad ante una crítica subversiva del derecho de propiedad, como tampoco subrayar la complejidad de las precauciones legales que se toman para defender ese derecho. Bastará examinar la actitud de los detentadores del poder económico con respecto a las asociaciones obreras (cf. *infra* § 89-90), ... para comprender que el propósito fundamental de las limitaciones a la libertad es el de evitar la crítica inconveniente de las desigualdades existentes" (p. 147-152).

"Todo estudio de la libertad es un alegato en favor de la tolerancia y todo alegato por la tolerancia es una vindicación de los derechos de la razón. El peligro más grave que siempre debe enfrentar una sociedad es el deseo de los que poseen el poder de prohibir las ideas y la conducta que pueden perturbarlos en su posesión. (...) Los hombres gozan con el ejercicio de la fuerza; ninguna otra pasión tiene una influencia más profunda sobre los impulsos humanos. La buena voluntad de admitir las diferencias de opinión, el valor de comprender que nuestra verdad particular nunca abraza toda la verdad, estas son las más raras de todas las virtudes humanas. Esto explica que los amigos de la libertad sean siempre una minoría en toda sociedad, y explica, también, que el mantenimiento de la libertad sea una cosa por la cual ha de lucharse incesantemente cada día..." (p. 186-187).

§ 73. Libertad de prensa (generalidades)[9]

Tomamos aquí el término "prensa" en un sentido amplio, o sea, de modo que comprende también los medios

(9) *Vid. supra*, n. 1. Para el tema del presente parágrafo, cf. también los caps. VII y VIII del libro de NOVOA MONREAL.

de difusión auditivos y los audiovisuales. La prensa, el llamado Cuarto Poder, tiene un papel decisivo en la marcha de la colectividad política, tanto por lo que aquella dice como por lo que calla. Desempeña, en las sociedades modernas, la función que en sociedades más primitivas, de más reducidas dimensiones geográficas y poblacionales, donde la comunicación se daba en marcos institucionales menos complejos, cumplían unos medios más sencillos y directos. En la actualidad, las autoridades temen mucho dos cosas (ATALIBA): la voz de la prensa independiente y la de la opinión pública internacional; ambas están, por lo demás, muy interrelacionadas. Incluso la labor de los jueces y la repercusión de lo que estos decidan, todo el funcionamiento del Poder Judicial, mucho tiene que ver con aquello que pueda tener acceso a la prensa y hallar difusión por medio de esta, especialmente en materia de ataques a los derechos humanos. La propagación de cuáles son esos derechos, como así también la eventual publicidad de ataques contra la independencia de dicho Poder, constituyen condición indispensable para que esta se mantenga enhiesta, con todos sus beneficiosos efectos de control sobre las actuaciones del Ejecutivo.

Es cierto que en América Latina, aun en los países democráticos, la información padece un verdadero colonialismo, el que ejercen las agencias internacionales y los medios masivos de difusión. Sin duda, asistimos a una manipulación de la opinión pública por esas vías, por la gran prensa en general.

"Pero lo peor, por más eficaz, de la trampa periodística no consiste en afirmar como verdadero lo que es falso. Mentir es el recurso más grueso y peligroso. La obra sutil y artera de la propaganda consiste en el manejo habilidoso de la atención pública. Ya no se trata de mostrar blanco lo que es negro, maniobra fácil de destruir por prueba en contrario; se trata de mostrar lo blanco —diciendo que es blanco— y agitarlo, ponerlo ante la vista, desmesurarlo hasta cubrir con él todo el panorama y, al mismo tiempo, olvidar y hacer olvidar lo negro, relegarlo, omitirlo, ningunearlo —como dicen los mexicanos, en gráfica expresión—.

"SPENGLER escribía en *La Decadencia de Occidente:* 'siéndole lícito a todo el mundo decir lo que quiera, la prensa es también libre de tomar en cuenta y conocimiento un hecho, o no tomarlo. Puede la prensa condenar a muerte una verdad; bástale con no comunicarla al mundo. Es esta una formidable censura del silencio, tanto más poderosa cuanto que la masa de los lectores de periódicos no nota su existencia. (...)'. No hay día, en este y en los demás países, en el cual los jefes de la opinión pública no elijan por ella lo que debe existir como sucedido y lo que debe suprimirse de la realidad. (...)

"Hay más: por vía de la censura, por supresión de lo verdadero, se concentra indebidamente la atención, se la encarrila, se enjaula la atención de la gente poniéndola a trabajar en un campo, sustrayéndole su natural movilidad hacia todas las cosas, su capacidad de ver y juzgar. (...) Parecería que la mejor manera para llegar a enceguecerse consiste en concentrar la atención, eliminando cuanto en el mundo haya fuera de un punto central. El enamorado, el místico, el hipnotizado y el fanático, están embobados en lo suyo, pendientes de eso, poeídos; son maniáticos que no se distraen de algo; renunciaron a la inteligencia, la crucificaron estaqueándola sobre un objeto que es, según los casos, Dios, la amada, la piedra de un anillo o el partido o facción que los fanatiza. (...)

"También el fanático es un paralítico, por aglutinación de sus posibles alertas en un solo punto; se quedó solo en lo que él cree un pico altísimo; no puede moverse de su adhesión; el mundo es sólo lo que él cree; alrededor de eso hay un abismo. Y es justamente esta clase de ilotas, completamente convencidos por supresión, lo que pretende producir en serie la prensa que elige y modifica la realidad, para acomodarla a sus concretas finalidades.

"La democracia solo puede subsistir como organización política en la medida en que esté integrada por personas cultas y capaces de formar sus opiniones, y no por una tropa de energúmenos, sonámbulos o rinocerontes, conducidos entre apagones de información. (...) Una masa de ignorantes jamás alcanzará el privilegio de convivir democráticamente" (MAGGI, p. 183-184).

"La fabulosa tecnología de los Medios de Comunicación Social y la industria de la cultura que hace uso de ella, nos han convencido de que el ancho mundo se ha transformado en una pequeña aldea en la que todos estamos 'enterados' de todo

y 'participando' de todo. Pero, ¿es positivo lo anterior? ¿Estamos enterados de lo necesario? La transmisión del Mundial de Fútbol o de la Boda de la Princesa Carolina, ¿nos hacen tomar conciencia de nuestra realidad? ¿O nos la esconden? Esta gran visión, este bombardeo de información (que recibimos desde antes que podamos —y a veces nunca podemos— tomar conciencia de ella), ¿afirma nuestra identidad?, ¿nuestra lucidez? ¿O los árboles no solo no nos dejan ver el boque sino que, además, no nos permiten saber que solo estamos en el sitio eriazo que lo rodea? ¿Nos sentimos integrados olvidando nuestra condición de marginados? ¿Actúan los Medios de Comunicación Social en forma lúcida y consecuente con esta realidad? ¿Son ellos mismos —hoy— una vía para tomar conciencia de esta realidad?" (GÓNGORA, p. 175-176).

"El estudio de RONCAGLIOLO plantea por su parte una acusación: 'Los aparatos de prensa aparecían comprometidos con la difusión de una información parcial, limitada y carente de conceptualización política, donde se utilizaban los clásicos valores informativos impuestos por el sistema transnacional dominante: superficialidad en la rapidez del despacho, prejuicio en la interpretación,, silencio para el pensamiento y las expresiones sociales que cuestionan el sistema'. (...) Se apunta, también, dos niveles de profundidad. Por una parte, ... hay simplemente la comprobación de un silencio. Por otra parte, ... asoma un deliberado esfuerzo por dar una visión distorsionada. (...) Se dijo también que las agencias internacionales existentes ponían el énfasis en los aspectos negativos, como la violencia y el terror" (SANTIBAÑEZ, p. 180-181).

Además, tampoco hay que perder de vista los problemas que plantea ese carácter de doble "vertiente que, según veremos (*infra,* a la altura de la n. 12), tiene la libertad de información. [Vid. también *infra,* § 74.II: Observaciones complementarias.]

De todas maneras, y sin perjuicio de reconocer la influencia manipuladora que pueden tener los grandes centros de difusión, incluso en una democracia, es vital que ni ellos ni ningún otro medio de expresión estén sometidos a censura. Por más unilateralidades en la información y tendenciosidades de que puedan ser acusados, a menudo con razón, unos u otros órganos de prensa, la máxima libertad otorgada a *todos* ellos es la única garantía posible de que tengan alguna posibilidad de abrirse paso las de-

nuncias sobre abusos de los poderes públicos. Sin esa libertad, todos los demás derechos, como tales, quedan en el plano de la retórica. La otra alternativa, la de un monopolio de la información en manos del Estado, agrava todavía mucho más las cosas. Deja al ciudadano más indefenso aún, ya sin posibilidad *alguna* de recibir otra información que la seleccionada por (y, desde luego, favorable a) los gobernantes de turno. Importa subrayar que "en este, como en otros campos, la libertad se precave y se cura con la libertad" (BARBAGELATA)... O que, en todo caso, no existe una probabilidad mejor.

En síntesis.— Solo la apertura de fuentes de información y de opinión del más diverso origen, tanto mejor cuanto más variadas y cuanto más heterogéneas ideológicamente, puede servir de remedio, o por lo menos de paliativo, contra el monopolio de la información. También ese, el de la variedad ideológica de los medios de enterarse disponibles para la opinión pública de un país, suele ser un revelador índice del grado general de libertades que resulta admitido, de buen o mal grado, por las autoridades estatales de ese país.

———oOo———

Acotaciones.—

(1) En la libertad de expresión debe aparecer comprendido también el derecho de respuesta (Convención Americana, Art. 14), como posibilidad de defensa del ciudadano común, e incluso del gobernante, frente al inmenso poderío de los grandes medios de comunicación. De lo contrario. puede resultar que, en la práctica, no dispondrán de la posibilidad de hacer conocer noticias y su propia opinión sino aquellos pocos hombres que manejan dichos medios.

(2) También conviene prevenirse del peligro que para la libre difusión de las ideas significa el que sean requeridos títulos profesionales habilitantes para la práctica del periodismo o exigir la agremiación obligatoria, como condiciones indispensables para estar autorizado a ejercerlo. Medidas como esas entrañan siempre el peligro de que solo puedan expresarse quienes están conformes con sujetarse a lo que prefieran decir o callar las personas que dominen en (o sobre) esos gremios o quienes tengan el poder de otorgar los títulos necesarios para afiliarse a estos[10].

(3) Una medida oportuna podría ser la de establecer jurídicamente la obligación de dar una amplia publicidad, por los principales medios de comunicación, a las resultancias de los juicios donde hayan sido comprobadas violaciones a los derechos humanos, con expresa mención también de los funcionarios públicos culpables (y las penas que les han sido impartidas), y hasta indicando los nombres de sus superiores jerárquicos inmediatos (aunque no se les haya encontrado responsabilidad dolosa).

(4) Una sugerencia complementaria es la de establecer para el Estado la obligación de publicar a su costo, en importantes medios de difusión, aquellas sentencias que liberan a los imputados de los cargos que *prima fascie* se hubieren formulado y señalado públicamente contra estos por parte de autoridades.

---

(10) Pero además, incluso si ese peligro no llega a concretarse en la realidad, está el hecho de que tales medidas constituyen siempre una violación generalizada al derecho de expresión de la inmensa mayoría de las personas (cf. *infra,* el Excurso ubicado al final del § 74, y también lo que se expone a la altura de las ns. 30 y 31).

§ 74. Derecho a la información

SUMARIO:

I. Noción general.
II. Precisiones; observaciones complementarias.
III. Peligro en la intervención estatal; excurso sobre la colegiatura obligatoria de periodistas.

I

Muy vinculado a la libertad de expresión está el derecho a *obtener* información. Puede ser considerado, este, como un subtipo de aquella; o bien, serían dos esferas de libertad que se entrecruzan, que se manifiestan como círculos secantes e interinfluyentes. Ya antes hubimos de hacer, por eso, alusión a tal sector o zona fronteriza —como se quiera— de la libertad que nos ocupa en el presente capítulo. Ahora nos detendremos de manera más directa en algunos aspectos relativos a dicho punto en particular[11].

Es casi seguro que la libertad de conciencia, resguardo de la intimidad más recóndida del ser humano y comprensiva, por ello, de las libertades de pensamiento y de creencias, fuera la primera en formularse. A ella sigue la libertad de exteriorizar aquello que anida en la conciencia, haciéndolo saber a otro u otros hombres, con lo que llegamos a la libertad de expresión, en la cual puede considerarse incluida la libertad de opinión. Solamente después de consolidada la libertad de expresión puede llegarse a una libertad de información, la cual agrega, a la libertad de exteriorizar el pensamiento, la de difundirlo masivamente, de manera que llegue al conocimiento simultáneo de muchos seres humanos.

Es cierto que esa evolución, hasta ahora referida únicamente al pensamiento, a su manifestación exterior limitada a algunos hombres y a su ulterior difusión pública, puede ser complementada con el conocimiento de ciertos hechos, la exteriorización de

(11) En este apartado (I), a continuación extractamos pasajes del trabajo de NOVOA indicado en la n. 1, con excepción de las líneas que señalaremos en la n. 13.

ese conocimiento dándolo a conocer a otro u otros, y su difusión pública. Se alcanza así la doble vía que hoy se reconoce, no solamente a la libertad de información sino también a los medios prácticos que se emplean para ejercitarla (medios de comunicación social): proporcionar noticias (mera comunicación de hechos); y proporcionar comentarios, reflexiones o apreciaciones de cualquier clase (comunicación de ideas). Cuando estos apectos quedan referidos especializadamente al periodismo, respectivamente se habla de: periodismo informativo y periodismo interpretativo o de opinión.

Pero si históricamente la libertad de pensamiento explica las libertades de opinión y expresión, y estas, a su vez, fundamentan la libertad de información —con lo que podría sostenerse que esas libertades de opinión y expresión vienen a constituirse en una puesta en acción de la libertad de pensamiento, y aquellas serían el grado que antecede a la libertad de información—, no es posible sostener hoy que esta última forma parte de las libertades antecedentes o que pase a constituirse en un apéndice o en una mera consecuencia de aquellas.

Junto al derecho de *dar* información, casi el único que ha merecido atención a los elaboradores de documentos internacionales y de normas constitucionales hasta ahora, existe (tal vez sería más propio decir: debe existir) otro derecho de todo ser humano: el de recibir información apropiada a su vida, sus necesidades y sus aspiraciones. Este derecho a recibir información no está comprendido en las fórmulas utilizadas hasta hoy.

El derecho de información tiene una ambivalencia: comprende simultáneamente un derecho a emitir información, que teóricamente corresponde a cualquiera, pero que en la práctica —por razones de índole económica, principalmente— es ejercido por un reducido número de grandes empresas; y otro derecho, del cual son titulares todos los demás hombres, a recibir información. Por consiguiente, la libertad de información se expresa en dos vertientes distintas e inconfundibles: el derecho de proporcionar información a los demás y el derecho de recibir información[12].

(12) Cf. también, en cuanto a las observaciones efectuadas hasta aquí, el cap. VII.2 del libro de NOVOA. (*Advertencia*: el párrafo que sigue no pertenece a NOVOA.)

Ahora bien, es indudable que la primera de estas dos "vertientes" entra de lleno en el terreno mismo de la libertad de expresión. Respecto a la segunda, en cambio, aun cuando pueda sostenerse que cabe también en la lista de los "derechos humanos" y que, por cierto, merecería ser mejor defendida por el Derecho, de esto no se sigue, empero, que ella corresponda igualmente a aquel dominio, aun cuando guarde estrechas relaciones con él. Por los problemas *específicos* que plantea la realización práctica de ese derecho de "recibir", resulta más aconsejable mantener una clara distinción conceptual entre ambas "vertientes". En este capítulo nos estamos refiriendo fundamentalmente a la primera de las dos, pero ello no significa que a la segunda no le reconozcamos importancia[13].

En el régimen individualista que ha prevalecido, la libertad de información se entiende como el derecho de alguien para emitir ideas y noticias, por lo que está dirigido a amparar únicamente, en la realidad, a un "productor" de ellas. La situación del que necesita información, del "consumidor" de ella, de todo hombre que desee estar bien informado, se esfuma y queda totalmente fuera de atención. Respetable y digno de toda consideración es el derecho de todo hombre a comunicar sus ideas, sus conocimientos y sus informaciones, pero no menos respetable y digno de consideración es el derecho de todo hombre de recibir comunicaciones acerca de las ideas, conocimientos y noticias que le interesen. Como lo ha manifestado Werner GOLDSCHMIDT, "si no se ofrecen a cada cual todas las opiniones y sus respectivas fundamentaciones, más todos los hechos que puedan interesar para estos efectos... no existe libertad de pensamiento... ya que solo de este modo el individuo puede hacer una elección auténticamente libre"; pues la libertad de pensamiento supone "... la de examinar cualquier opinión, para cuyo efecto todos los hechos y todas las opiniones, con sus respectivas defensas, deben estar a disposición del individuo".

Hay diversas fases que son necesarias para ejercer mejor la facultad de difundir informaciones a los demás. Una de esas fases es la libertad de recopilar la información

---

(13) *Advertencia*: el contenido del párrafo que termina aquí no pertenece a NOVOA, pero sí la continuación de este apartado (I).

319

que posteriormente se va a proporcionar a otros, lo cual se asegura en todos sus aspectos. Pero con ello no se deja a salvo ni se reconoce el derecho de todo hombre a estar debidamente informado y a recibir toda la información conveniente: solamente se alude a *una* de las actividades parciales que deben desarrollar las agencias informativas o los periodistas.

Por todo lo expuesto, resulta que el derecho (o la libertad) de recibir información es apenas una parte —especializada, es cierto— de un derecho genérico muy amplio, que debe tenerse por derecho primordial de todo ser humano: el de comunicarse con sus congéneres en cualquier forma. El derecho humano a recibir información es un derecho social; no uno individual como es, en cambio, el derecho a proporcionar información. Derecho *social*, decimos: porque no mira al sujeto aislado, sino su correlación e interdependencia con los seres humanos que viven en sociedad; y porque el hombre puede reclamarlo directamente del Estado o de la sociedad en la que vive, sin necesidad de dirigirse en contra de un individuo determinado.

Por ser el derecho humano de entrar en comunicación con otros hombres el género, pueden admitirse dentro de él múltiples divisiones y clasificaciones. Algunas de ellas considerarán los sujetos a los que concierne la comunicación; pensemos, por ejemplo, en comunicaciones interpersonales, en comunicaciones de agrupaciones humanas más amplias, en comunicaciones que interesan a un país entero y en comunicaciones que interesan a toda la humanidad. Otras, considerarán el medio que para ellos se emplee: la voz natural, el escrito, la palabra ante gente reunida, la prensa, la telegrafía, el teléfono, el cine, la radio, la televisión, etc. Pero siempre estará, como clase genérica que comprende a todas las formas específicas, ese gran género al que aludimos antes.

320

II

En función de lo señalado, puede entenderse que el derecho *a la* información no es lo mismo que el clásico derecho *de* información; pero además, y sobre todo, que correspondería vincularlo especialmente con la protección de los derechos humanos básicos [MONTEALEGRE: *(i)*]. Ello no quita, sin embargo, que pueda (y deba) ser extendido también a áreas más amplias [O'DONNELL: *(ii)*], aunque en América Latina suele ocultarse información tanto sobre lo uno como sobre lo otro [GARCÍA B.: *(iii)*]. Por otro lado, cabe señalar que el derecho a obtener información se prolonga hasta el punto de poder tener como objetivo inclusive el de utilizarla con fines políticos y, en general, abarca también el derecho a enterarse de los asuntos públicos, vinculado al derecho de participación política [VIDAL: *(iv)*].

* * *

(i) El derecho a ser informado configura, en alguna forma, una especie de derecho humano nuevo. No es el mismo derecho de información al cual se refieren los pactos internacionales, que en la práctica es un derecho de recolectar información para la persona que tiene el derecho de expresarse. Se trata de un aspecto distinto.

Ahora bien, hay que plantear la pregunta siguiente: derecho a ser informado, ¿pero sobre *qué?* Naturalmente, no se puede tener derecho a ser informado sobre todo; por tanto, hay que establecer ciertas jerarquías. Lo primero es el derecho a estar informado sobre la suerte de los derechos humanos básicos, en la sociedad donde uno vive; más que con respecto a las divisas, o a determinados problemas políticos, económicos o sociales, a estarlo con respecto al derecho a la vida. Me refiero concretamente, en este caso, al problema de los desaparecimientos, que es un atentado directo, masivo, increíble, al derecho a ser informado; es una violación explícita, precisamente, a ese derecho.

Esto lleva inmediatamente a encarar un tema que está en contraposición con lo señalado: el hecho de que determinados sectores de nuestra sociedad se atribuyen el derecho a *no* informar. Se autodenominan agencias especializadas de información, por decirlo así; centrales de inteligencia, centrales de información, que

se arrogan un derecho exclusivo a estar informadas sobre un contenido de información que califican de "secreta". Hay aquí, pues, una contraposición fundamental entre el derecho a ser informado y ese derecho a no informar que se arrogan específicamente estas agencias. Ahora bien, si uno ubica los derechos humanos en el plano en que deben estar ubicados, y ese es el plano estricto del orden público, no puede existir ningún órgano del Estado que se arrogue una exllusividad de conocer de una materia que es de tal orden; porque el orden público es un bien común, que pertenece a toda la sociedad.

Quiero introducir también la consideración de que el derecho a estar informado es tan importante que debiera ser calificado como un derecho *inderogable*. No está así en la Convención, y desde luego no lo está en las Constituciones. El derecho a la información es muy fácilmente derogable en una situación de emergencia. Me parece que el derecho a ser informado es indisoluble, en la práctica, con respecto al derecho de debida protección a la vida; porque si no se sabe lo que está ocurriendo con la vida de las personas, esa vida es mucho más vulnerable. El derecho a estar informado sobre lo que ocurre con otros derechos, los protege; constituye una defensa inmediata de estos. Por mi parte, pues, lo postularía como un derecho inderogable, vinculado al derecho a la vida, al derecho a la integridad física, al derecho a un juicio justo, que no están suficientemente defendidos en los Instrumentos.

* * *

(ii) Es muy importante, desde luego, el derecho a tener información sobre los derechos humanos básicos, pero no corresponde restringir a esto el derecho general de tener acceso a la información, pues sería limitar innecesariamente este derecho. En los E.E.U.U., se ha reconocido como principio general —no a nivel constitucional, sino a nivel de la Administración— el derecho a tener acceso a la información que procede del gobierno federal; también muchos Estados lo han reconocido igualmente respecto a ellos mismos. Hay varias leyes federales que definen estos derechos. Se reconocen, por supuesto, limitaciones: por ejemplo, en aras de proteger derechos económicos de particulares y su vida privada, para proteger la seguridad del Estado, para dar cierta discreción al manejo de la política exterior del país; pero como principio general, cualquier ciudadano tiene derecho a pedir, de cualquier entidad pública federal, información que proceda de esta entidad. (Esas leyes surgieron con motivo de la práctica de los organismos de coleccionar información sobre civiles. Una de ellas otorga a toda persona el

derecho de requerir, de cualquier órgano del gobierno, información sobre sí misma. Hay excepciones, que reconocen el derecho del gobierno a retener información para identificar agentes secretos del gobierno y para proteger la vida de las personas. Y hay un principio que va mucho más allá, pues permite, por ejemplo, a muchos historiadores buscar datos de hace veinte y más años de la política, sobre asuntos económicos, de salud pública, etc. Todo está, en principio, a la disposición de cualquier individuo o del público interesado, salvo que el gobierno pueda demostrar que se aplica uno de los casos de excepción que contempla la ley.)

En síntesis, resulta sumamente importante reconocer este derecho de la manera más amplia posible; solamente se deben determinar las varias excepciones. Es importante tener información no solo sobre la suerte de los derechos humanos, sino también datos que conciernen a la política de salud pública, obras públicas, política económica del país, etc. Y vale la pena mencionar también que eso está íntimamente ligado con el derecho, reconocido por ambos Pactos, de participación en el proceso político. Pues, como todos sabemos —es un principio muy antiguo y muy reconocido—, sólo un ciudadano bien informado puede participar de manera eficaz y real en la gestación del bien público.

* * *

(iii) En los Estados latinoamericanos sucede que se oculta información. En el Perú, concretamente, se nos ha ocultado información sobre divisas, información sobre exportación, información sobre importaciones, etc. Información sobre cuestiones públicas como, por ejemplo, qué contratos hay en curso con el Fondo Monetario Internacional. O información sobre sucesos como, por ejemplo, lo que pasa en la zona convulsionada de Ayacucho, en el centro del Perú; no hay acceso a la información respectiva, no sabemos qué pasa realmente (lo que hay, son boletines diarios del comando del ejército, que nos dice que murieron cinco, que murieron veinte, que se hizo tal cosa... pero no hay acceso a la información). Creo que este es un derecho fundamental.

* * *

(iv) Conviene agregar que las legislaciones han ido avanzando también en cuanto a reconocer el derecho a la información relativo a documentos que posee el Estado, oficiales, que le sirvan a las personas no solamente para su conocimiento personal, sino también para efectos políticos, por ejemplo, y para

divulgación. [Esto también tiene que ver con el derecho de participación, a que se aludió antes: (ii).] Así, las legislaciones han ido consagrando, como parte de las relaciones entre el Estado y los administrados, ese derecho a obtener información sobre la actuación pública. Ello con una excepción, cubierta bajo un título de reserva, que las legislaciones han tratado de precisar para que determinada serie de cosas, cuya divulgación aparezca a todas luces inconveniente, esté protegida. Allí también hay, en ocasiones, una confrontación entre ese derecho a la información y la reserva; entendida esta en relación no solo con cuestiones de Estado, sino también con cierta intimidad de las personas (por ejemplo, un fichero médico, que haría daño si se conociera por otros lados).

———oOo———

Observaciones complementarias (HALLORAN, ETZIONI, LASKI, SCHELSKY, MERTENS).—

1. "Para los medios informativos diarios, las unidades básicas de la noticia son las personas, los acontecimientos y los sucesos (especialmente los negativos). (...) La insistencia en los sucesos hace que algunos aspectos de un asunto tengan más posibilidades que otros de ser considerados como noticia. La cuestión de la violencia, por ejemplo, es relacionada directamente con las formas visibles de los acontecimientos en la calle. Pero esta preocupación por los incidentes y los acontecimientos tiende a excluir el examen de los antecedentes y de los problemas subyacentes. (...)

"Como ya se ha indicado, esta jerarquía de valores es parte integrante de la práctica profesional de selección y presentación de las noticias, tal como esta se ha desarrollado dentro de nuestro sistema socioeconómico concreto. Cualesquiera que puedan ser los elevados ideales que se proclamen, el número de lectores, de radioescuchas y de telespectadores, y la economía de la publicidad, desempeñan un papel importante en la formación de esos valores y de las noticias a las que sirven de base. (...)

"Dada la forma de actuar de los medios de comunicación social, un grupo minoritario puede tener que recurrir a la violencia para tener alguna posibilidad de que se presente su causa al gran público. Trátese de las exigencias estudiantiles sobre reformas universitarias, de marchas contra el *apartheid,* de manifestaciones contra la guerra, de drogas, alcoholismo, homosexuali-

dad, sindicatos de presos, cuestiones raciales o huelgas, se prescindirá en gran medida de los antecedentes y apenas se tratarán de comprender las causas remotas o los objetivos perseguidos. De hecho, es probable que toda la presentación sea fragmentaria y fuera de contexto" (James D. HALLORAN, en JOXE, *et al.*, p. 150-151). [*Vid.* también las observaciones de MAGGI, GÓNGORA y SANTIBÁÑEZ recogidas supra, § 73.]

2. "[L]a mayor parte del espacio de casi todos los periódicos de las sociedades pluralistas posmodernas está cubierto por los anuncios. Gran parte del espacio restante se dedica a secciones cuyos propósitos pueden clasificarse dentro de los llamados de reducción de tensión, incluidos los relatos de índole personal, los sucesos, las 'noticias' de tema sexual, etc. Al proporcionar fórmulas de evasión frente a las tensiones originadas por la estructura societal y presentar interpretaciones individualistas de estas, ese tipo de periodismo reduce la receptividad a la crítica fundamental y la presión para la transformación. Solo una parte del espacio que queda en el periódico se dedica a la información política y societal, y solo una fracción de ella a la crítica fundamental y la interpretación. Más aún, las normas sustentadas por la mayoría de los periodistas profesionales parecen no apoyar la consideración de que la crítica societal sea su función propia; por el contrario, favorecen la 'pura noticia'.

"La situación es diferente respecto de un número muy pequeño de periódicos, los llamados periódicos de elite, como el *New York Times*, pero aun en este caso las prioridades básicas en cuanto al espacio son las descritas anteriormente. La principal diferencia es que los periódicos de elite dedican más espacio a la información y menos a la reducción de tensión; sin embargo, no emprenden 'cruzadas' con frecuencia ni las favorecen, y contienen poca crítica fundamental. La lealtad a lo establecido filtra no tanto los hechos concretos como la interpretación que se les da. La función crítica está muchísimo más representada en periódicos como *The New Republic* y *The Nation*, pero su circulación es pequeña, incluso entre el público activo y las elites. Y muchos de los artículos críticos publicados en esos periódicos no están escritos por periodistas profesionales, sino por intelectuales cuya base estructural no es la prensa" (ETZIONI, p. 212-213).

* * *

3. "Precisamente porque la opinión depende de manera vital de la veracidad de los hechos, muchos observadores han llegado a insistir cada vez más en las relaciones entre la libertad y

325

las noticias periodísticas. En efecto, un público no es libre si tiene que juzgar, no entre teorías antagónicas que versan sobre el significado de un grupo de hechos, sino entre tergiversaciones antagónicas de algo que, del principio hasta el fin, no es más que mitología inventada y poco edificante. (...) Si se han preparado para mí 'pruebas' que han sido destiladas a través del filtro de un interés especial, la desfiguración podrá ser tan completa, al punto de hacer imposible todo juicio racional. (...)

"Los diarios que pertenecen al Trust periodístico norteamericano, la prensa subvencionada de París, los diarios que deben complacer a MUSSOLINI o correr el albur de ser suprimidos, los periódicos oficiales de la Rusia comunista, todos ellos representan un esfuerzo por fabricar una versión de los hechos, a fin de que el estereotipo que el ciudadano se forme pueda servir a un determinado interés que sus propietarios, o sus fiscalizadores, deseen fomentar. En realidad, los hombres van a la muerte por motivos en los cuales creen profundamente, aunque la causa que, a su juicio, encarna esos motivos rara vez tiene la más remota relación con ellos.

"En una palabra, la dificultad reside en que el control que determinados intereses ejercen sobre las noticias periodísticas puede convertir en prisioneros a hombres que se creen libre. El inglés que debe formarse una opinión sobre una huelga de mineros no podrá ser 'libre', en el verdadero sentido de la palabra, si los hechos que tiene que considerar han sido adulterados especialmente a fin de asegurar que su juicio sea favorable a los dueños de las minas" (LASKI, p. 138-139).

"Nos quedamos impresionados, por ejemplo, cuando oímos que un gobierno ... ha tomado la firme determinación de no ceder ante los mineros; suponemos que ese gobierno ha hecho un examen cuidadoso de los hechos y que su decisión ha sido tomada a la luz de su significado integral. Pero cuando oímos que los mineros apoyan firmemente a sus dirigentes, pensamos que nos encontramos ante un claro ejemplo de hombres ignorantes y descarriados que son conducidos a la catástrofe por unos agitadores que gozan con el ejercicio de la fuerza. Toda la maquinaria de las informaciones periodísticas es puesta en marcha para confirmar esa falsa impresión, y la posibilidad de que la demanda de los mineros sea considerada con equidad será destruida por el peso del poderío económico que se opone a esa demanda. La opinión representada por los mineros no será estimada con objetividad; ha sido la víctima de un proceso de valuación cuyo propósito fue el de impedir, en todo lo posible,

326

una alteración del *statu quo. Mutatis mutandis,* lo dicho es válido para todas las demandas que tratan de alterar la situación en un grado significativo" (*ibid.,* p. 166-167).

"La preparación de noticias para formar la opinión pública es, sin duda, extraordinariamente semejante a las antiguas controversias religiosas, en las cuales los escolásticos se arrojaban mutuamente textos y contratextos a la cabeza. En realidad se trataba de una cuestión de proporciones, pero los protagonistas alteraban estas proporciones a fin de que el material pudiera servir a su causa lo mejor posible. Hace unos años, una delegación obrera regresó de Rusia, portadora de una declaración de Pedro KROPOTKIN que se refería al régimen ruso. Un gran periódico capitalista de Londres publicó los fragmentos en que atacaba al sistema imperante; y el diario obrero más importante publicó las partes en que emitía juicios favorables al experimento bolchevique. Por lo tanto, los lectores del primero quedaron satisfechos al saber que un anarquista eminente desaprobaba calurosamente al bolchevismo; y los lectores del segundo se sintieron estimulados al descubrir que tan eminente amigo de la libertad estaba dispuesto, no obstante, a apoyar una dictadura porque esta era favorable a la libertad" (*ibid.,* p. 152-153).

"[A]lgunos estudiosos de la opinión pública ... están en lo cierto en sus análisis de los factores constituyentes que forman la opinión pública, y especialmente, en su insistencia sobre las dificultades que se nos presentan para hacer que esa opinión corresponda a las realidades que debe satisfacer. Además, creo que tienen razón en su insistencia acerca de la conexión vital entre noticias verdaderas y libertad... Pero todos ellos olvidan, a mi juicio, el hecho vital de que una noticia verdadera es peligrosa para una sociedad cuyos contornos actuales pudiera modificar seriamente. La guerra de 1914 hubiera sido diferente sin la propaganda; la historia de los partidos políticos hubiera sido distinta si los principios que proclamaron hubiesen sido juzgados según su aplicación a la experiencia total y no a la experiencia parcial. Sólo se puede publicar la verdad cuando los intereses responsables de su publicación no tienen prevención contra ella. He señalado ya (*supra,* § 72.III *in fine*) que en una sociedad desigual tal prevención es inevitable" (*ibid.,* p. 164).

* * *

4. "Hoy la información tiene que ser contemplada ante todo como un medio de poder, que tiene aplicación en determinadas estructuras de dominación. (...) Los publicistas determinan qué

hechos llegan al conocimiento público y aquellos producen opiniones y juicios, esto es, ejercen funciones de dirección en la sociedad" (SCHELSKY, *Systemüberwindung...*, p. 94 y 99).

"... la 'mediación *(Vermittlung)* de sentido' ha llegado a ser el medio decisivo de dominación y estabilización en la sociedad de alta y compleja civilización... Dicho en términos político-económicos: la 'información' se ha hecho el 'medio de producción' decisivo de la sociedad moderna, y la monopolización de este medio de producción es la forma que brinda las mejores perspectivas para imponer el dominio político. (...) Lo más importante es la posibilidad de producir y de procurar el 'sentido' —es decir: informaciones, normas, ideales, orientaciones, supuestos resultados de investigaciones, noticias, etc.— sin que haya control alguno por parte de la experiencia de la realidad que puedan tener los destinatarios; justamente el hecho de que en sociedades complejas, con alto grado de división del trabajo, las circunstancias que el individuo pueda conocer por su experiencia personal y las medidas cuyas consecuencias él esté en condiciones realistas de aquilatar quedan encogidas a una parte mínima de un mundo —del cual, por otra parte, aquel depende de manera personal en muy vastos contextos, que en la mayoría de los casos le resultan inalcanzables—, produce esa imponente e irrenunciable necesidad de información" (*ibid.*, p. 24-25).

"... las pretensiones de los consumidores de información se consideran como si fuera cuestión solamente de mantener abierta una 'pública discusión política' y como un público intercambio de los productores de opinión. En esta anticuada, propia del viejo liberalismo, concepción de la libertad de opinión se pasan por alto dos cosas. 1. Que el trabajador calificado Müller, el empleado de oficina Maier, el obrero Lehmann, el campesino Schulze, etc., en modo alguno pueden participar en esta discusión, o no quieren; esto es, que la libertad de opinión como discusión pública es una esfera de actividad que de por sí se deja en manos de los periodistas, los hombres de ciencia y los políticos, frente a quienes los demás quedan relegados al pasivo papel de unos —en gran medida incapaces de juicio y de crítica— oyentes, espectadores o lectores. El combate de argumentos de los forjadores de opinión no ofrece ya ninguna garantía para que la población, que no argumenta o no discute, disponga de información objetiva. 2. Ello se ve reforzado por la práctica monopolización de las 'auditorías', o sea, por el hecho de que la gran mayoría de la población no puede, al fin de cuentas, tomar en consideración sino algunas pocas fuentes de información. (...) Si yo mismo, como profesor interesado en la política, tengo que

conformarme con la lectura de cuatro diarios, con no más de una hora de radio o televisión por día —y más de eso haría de mi participación en la 'discusión pública' un oficio parcial, que restringiría decididamente mi oficio principal—, ¿qué puede entonces esperarse de la capacidad de captación de un ciudadano normal, no intelectual, en cuanto a formar su opinión mediante el examen de la 'pública discusión política'? Todo ese énfasis en el pluralismo de las fuentes de información le pasa de largo a la realidad, cuando imputa al consumidor normal de la información, no profesionalizado en discusiones, el efectuar la comparación y examen de las fuentes de información" (*ibid.*, p. 93-94).

5. "Los Estados tienen la posibilidad de ejercer un control más o menos estricto de los órganos de decisión colectiva: propiedad estatal (o parcial pero mayoritaria) de las emisoras de radio y de las cadenas de televisión llamadas nacionales; 'concentraciones' de prensa o ayudas selectivas y orientadas a ciertos diarios; propaganda directa o indirecta (mediante la selección y la jerarquización de las noticias). La censura directa y la autocensura perviven incluso en la prensa reputada como más libre. La publicidad pesa con gran fuerza sobre el destino de los periódicos y los 'colorea', además de reforzar permanentemente cierto tipo de sociedad basada en el sistema de consumo. La información es una de las claves del poder, y el acceso a los medios de comunicación social no es fácil. La libertad de prensa no es gran cosa si no va acompañada del 'derecho a la información'. Prensa de información y prensa de opinión deben coexistir para evitar la malnutrición informativa. Tanto la mala información como el defecto de información hacen violencia al lector" (MERTENS, p. 252). Cf. también el sitio indicado en la Nota del § 77, *infra*.

III

De lo que se trata, en definitiva, es de "asegurar los 'derechos del receptor' en términos de que sean sujetos de la comunicación y no meros objetos receptáculos de ella" (GÓNGORA, p. 175). Y si el asunto se quiere plantear de una manera todavía más amplia, se puede proponer una conclusión general como la siguiente: "La libertad de opinión y el derecho a informarse y a informar son inseparables" (*ibid.*, p. 183). Claro que, en última instancia, toda la dificultad consiste en saber *cómo* lograr, en la prác-

329

tica, que esa "inseparabilidad" llegue a hacerse realidad. Desde este ángulo, que es también el de lograr una *efectiva* reglamentación jurídica en la materia, los problemas que se plantean son bastante análogos, en cuanto a la segunda "vertiente" de la libertad de información, a los que se presentan con los derechos económicos y sociales (*infra*, cap. IX, esp. §§ 82.III y 83.I).

De todos modos, importa prestar especial atención a los enormes peligros que puede comportar la intervención estatal en estas materias. Si en homenaje al "derecho a la información" del ciudadano común, ese derecho busca asegurarse otorgando a los gobernantes poderes, no para *agregar* nuevas fuentes o medios de información, sino para sustituir o restringir las vías de orden privado existentes o que puedan crearse, lo más probable es que el resultado real sea una desinformación y una tendenciosidad todavía mucho mayores, si no absolutas. Según el dicho alemán, valdría tanto como "tirar el agua sucia de la bañera con niño y todo"... Si hay algo que la experiencia enseña, es que las fuentes de información estatales son, por lo menos, tan poco confiables como la mayoría de las privadas, y en tanto mayor grado cuanto más exclusivas sean aquellas; en América Latina, véase el caso de Cuba y Nicaragua. Lo cierto es que la manera más realista, la menos insuficiente, de proteger la libertad (relativa) de información que puede tener la gente, es que al Estado no se le ocurra tratar de "protegerla".

* * *

Excurso sobre la colegiatura obligatoria de periodistas.—

"A partir de la creación de la ONU, y más todavía desde que los Estados recientes han expresado en ese campo nuevas reivindicaciones y pretensiones, se manifiesta la preocupación acerca de una libertad internacional de circulación de las informaciones e ideas. Salvo en Europa Occidental, en el marco del Consejo de Europa, ella no ha sido aún objeto de reglas internacionales de conjunto, sino solo de afirmaciones de principio. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) las esbozó (art. 19).

El acta final de la Conferencia de Helsinski (1975) las ha precisado, como así también resoluciones adoptadas por la UNESCO en 1976. Tal vez se llegará un día al reconocimiento jurídico y a la reglamentación general de tal libertad. ¿Pero en provecho de quién? No tanto de la humanidad entera, cuanto de los escasos detentadores, públicos o privados, de los medios de difusión: agencias de prensa, publicaciones, computadoras, satélites, redes de telecomunicaciones; de un puñado de financistas, de políticos, de técnicos; de la oligarquía internacional de la transmisión del verbo" (MOURGEON, p. 53).

Desde ya, un ejemplo —común en América Latina— de amputaciones a la libertad de expresión, para beneficio de pequeños grupos a quienes se concede el privilegio de limitarle la libertad de expresión a todo individuo que no forme parte de ellos, lo proporcionan las reglas estatales que, en muchos países, en materia periodística establecen la colegiatura profesional obligatoria; esta constituye, allí, requisito *sin qua non* para poder expresar de manera pública la palabra que, de tal manera, es reservada en usufructo exclusivo a la élite de aquellas aventajadas personas que logran obtener el título de "periodistas" y son admitidas en esta cofradía. (Cf. también *infra,* a la altura de las ns. 30 y 31, como asimismo estas.)

Esa manera de recortarle el derecho de hablar a todas las demás personas quiere ser legitimada mediante dos argumentos, no menos reñido con la verdad el uno que el otro. Se dice: *a)* de lo que se trata, es de proteger el derecho del *público* a ser informado correctamente, para lo cual es necesario dar en exclusividad esa tarea a quienes "saben" desempeñarla, la respectiva élite profesional; *b)* y dichos colegios son indispensables, además, para *vigilar* a los propios miembros de la élite, de manera que inclusive a estos les esté impedido apartarse del fiel cumplimiento de su misión informativa, su "ética profesional" (se supone que el colegio cuidará de esta).

a) Este argumento no resiste confrontación alguna con la realidad. Si algo es de sobra conocido —constituye un lugar común de prácticamente todos los estudios hechos sobre la forma en que los medios de difusión (sobre todo los grandes, pero no solo ellos) "manejan" las informaciones— es que los periódicos, la televisión, etc., y antes que ellos las agencias noticiosas mismas, *procesan* "ideológicamente" el material que suministran: lo someten a múltiples recortes y ocultamientos, acentuaciones unilaterales y acondicionamientos propagandísticos, infiltración de mensajes políticos disimulados, etc. Lo que el pú-

blico recibe, por esos medios, es el resultado final de variadas manipulaciones, que provienen de muchas fuentes. Basta comparar, por ejemplo, *qué* informan y *cómo* informan, el mismo día, dos periódicos que respondan a tendencias políticas lo bastante opuestas: contemplada desde el ángulo de cada uno de ellos, la información que ofrece el otro, a diferencia de la propia, resulta que se caracteriza justamente por su *falta* de objetividad (opinión en la que, por cierto, no suele estar demasiado equivocada ninguna de las dos partes).

Por otro lado, dicho argumento parte de la ingenua suposición de que los hechos humanos son tan simples y unívocos como para que, ante un acontecimiento dado, resulte indudable la manera "objetiva" de describirlo y que esta sea simplemente una cuestión de *ciencia*. Tal como en la República de PLATÓN, o en consonancia con los seguros saberes que la "ciencia" del leninismo-stalinismo proporciona a la élite dirigente del Partido, solo una pequeña minoría de "sabios" —en este caso, los periodistas colegiados— son los autorizados para vertir sobre el resto de la población, los incapaces, lo que aquellos juzguen oportuno poner al alcance de estos. Desde luego que la psicología social, la sociología, la politología, etc., ven las cosas de manera bastante distinta. Se sabe que todo conocimiento es "trabajado", en la mente de quien lo tiene, por las precomprensiones con que este encara su *aproximación* a las cosas, máxime cuando se trata de cuestiones sociales ("construcción social de la realidad", le llaman BERGER/LUCKMAN): valores, prejuicios, "ideologías", etc. En materia de información pública, precisamente, las maneras de seleccionar y los acomodamientos del material que se trasmite dependerán, en mucho, de quienes deciden la *línea* del órgano informativo que lo publica. Tanto en formas conscientes como inconscientemente, estos emplean criterios que "filtran" y "colorean" —sin que, por lo general, el público receptor llegue a darse cuenta de eso— lo que allí se dice, al mismo tiempo que determinan igualmente lo que *no* puede decirse. Es cierto que los profesionales del periodismo —si el otorgamiento de ese título se halla respaldado por una buena formación en ciencias sociales (lo que tampoco es seguro)— estarán mejor preparados que el común de los legos para presentar información menos unilateral sobre las cosas... admitiendo que realmente *quieran* hacerlo, ¡y si la dirección del periódico o del canal televisivo no se lo desaconseja! Pero aun dando por bueno, en principio, que los colegiados puedan tener esa mayor competencia, tampoco es una razón valedera para que *solo* a estos se le conceda el *derecho* de decir (o no) la verdad respecto a muchas cosas. Por lo demás, si se considera el cúmulo de parcialidad y de simplismos que ca-

recteriza a la información suministrada por la mayor parte de la prensa, no parece probable que, con o sin colegiatura, a sus consumidores les quede todavía mucho por perder. [Sobre este punto, cf. asimismo *supra:* las *Observaciones complementarias* en el apartado II y las transcripciones incluidas en el § 73.]

b) En cuanto a que los colegios periodísticos se encargan de vigilar la *calidad* de la información que brindan sus afiliados, es una afirmación que, por supuesto, ni siquiera puede tomarse en serio. Eso no lo cree nadie; menos que menos, las propias personas que lo dicen (que son, justamente, las mejor emplazadas para saber, por su labor cotidiana, cómo se "procesa" la información destinada al público). Y, a decir verdad, es más bien una suerte que tal vigilancia no sea real. Quien consiguiera emprenderla no podría sino convertirse, de hecho, en una especie de Tribunal de la Santa Inquisición, aunque la pena para los periodistas "infieles" a su *misión* fuera menor que la hoguera. (En Costa Rica, por ejemplo, hubo algún intento en ese sentido, pero afortunadamente no prosperó: cf. *infra,* n. 31.) Por lo demás, no se ve qué necesidad pueda allí haber de ninguna vigilancia, fuera de aquella que, de por sí, ejercen los tribunales comunes de justicia en cuanto a los delitos de injurias o calumnias que se produzcan mediante la prensa.

Ahora bien, más acá de los dos argumentos comentados, que en definitiva son apenas unas cosas que se dicen en planos de autopropaganda, la cuestión que está en juego es mucho más prosaica. De lo que en realidad se trata, para los periodistas, es que ahí están en juego sus *intereses económicos de grupo.* Como a los miembros de cualquier otra profesión, les importa eliminar eventuales competidores (los no colegiados), mantener dentro de un círculo de personas lo más estrecho posible (los colegiados) el usufructo de los beneficios pecuniarios que estas obtienen del desempeño de dicha actividad. Su defensa de esa colegiatura es, ni más ni menos, que la normal actitud que cualquier grupo de presión adopta cuando ve amenazados sus intereses particulares. Y en su combate por evitar competidores, es natural que los periodistas recurran, como a su turno lo hace cualquier sector de intereses (sindicatos obreros o patronales, asociaciones de todo tipo, partidos políticos, etc.), a unos eslogans propagandísticos, con los cuales hacen todo lo posible por presentar sus ventajas de grupo bajo el color legitimante de un presunto interés *general* al que estas patrióticamente corresponderían: "bien común", "orden público", "interés nacional", "derecho de la *población* [¡¡!!] a estar 'bien' informada", etc. Pero aunque estas justificaciones pertenecen, de lleno, al plano

de la "ideología", lo cierto es que la cuestión de tal colegiatura guarda estrechos vínculos con una controversia política más general y de fondo: la disyuntiva entre pluralismo, donde se reconoce a cada quien el derecho de equivocarse y hasta de hacerlo mediante la palabra pública, y paternalismos monocráticos, para quienes es inaceptable que puedan hablar públicamente otros que los que "saben" (las autoridades o aquellos a quienes estas otorguen tal autorización). Tanto el texto de la Declaración como asimismo el del Pacto y el de la Convención, en sus respectivos artículos sobre la libertad de expresión, responden a la primera de estas dos posiciones; las leyes que condicionan la actividad periodística al requisito de pertenecer a un colegio profesional, en cambio, no pueden hallar un fundamento sino en ideas que implican la segunda posición.

Sin embargo, lo dicho no impedirá reconocer que, si la mencionada restricción tiene lugar en regímenes que son básicamente pluralistas, el hecho de reservarle la actividad periodística a dichos grupos no suele tener como resultado, en la práctica, que por esa vía se silencien tales o cuales sectores de opinión, que disminuya el pluralismo de la prensa. No sucede tal cosa, en efecto. Por una razón muy sencilla: a la carrera de periodismo, como a cualquier otra, ingresa gente de todas las ideologías. De ahí que, entre quienes egresan con el título en cuestión y se incorporan al gremio, luego los dueños de los órganos periodísticos de las más variadas tendencias puedan escoger, cada cual por su lado, a unos profesionales que respondan a la ideología de la respectiva empresa periodística o estén dispuestos a informar sometiéndose a esta tendencia. Cada órgano periodístico podrá así, aunque tenga que reclutar su personal entre la élite autorizada, servirse de este para informar justamente de la manera en que prefieran hacerlo quienes estén al frente de aquel. En consecuencia, si bien la colegialización responde a fundamentos de claro cuño antidemocrático, al fin de cuentas ella no constituye un verdadero obstáculo al pluralismo ideológico. Y aunque atenta, por cierto, contra un derecho humano de todos los no colegiados, el desconocimiento de ese derecho no tiene lugar tanto desde el ángulo específico de restringir la libertad de información, ya que puede subsistir un amplio pluralismo de fuentes en cuanto a esta, sino que lo disminuído es el ejercicio *activo* del derecho en cuestión: el de que a nadie se le prohíba decir, *él mismo*, y sea en privado o en público, todo lo que sepa (o crea saber), para comunicárselo a otras personas, sean pocas o muchas. Constituye, por lo demás, una violación palmaria del principio de *no discriminación*, ese hecho de que unos —élite— están autorizados a externar lo que a otros —vulgo— se le

prohíbe comunicar de tal manera. La generalidad de la población queda reducida, y no simplemente de hecho sino por *mandato jurídico,* a la condición de unos menores de edad frente a los beneficiarios de la colegiatura.

En definitiva.— Aun dejando de lado las cuestiones de principios ("inalienabilidad" de los derechos humanos, no discriminación, etc.), la tesis de que la colegiatura periodística obligatoria pueda representar alguna ventaja, salvo para los propios colegiados, no cuenta *ni con el más mínimo* material de apoyo en investigaciones de las ciencias empíricas. Sin ir más lejos: ¿quién se atrevería a afirmar que son precisamente aquellos países que adoptan tales restricciones los que cuentan con los mejores periódicos del mundo? (...suponiendo que pueda determinarse cuáles sean los "mejores"). La verdad es que tal colegiatura no obra ni a favor ni en contra del nivel que alcance el periodismo en un país dado, aspecto que en realidad depende de otros factores. La colegiatura de ese tipo no tiene otro alcance práctico que el de asegurar privilegios a los miembros del gremio, y los argumentos que se invocan en favor de ella son simplemente una "ideología" profesional. Pero aunque más bien inofensiva desde el punto de vista macropolítico, no por ello es menos cierto que se trata de una restricción más para la libertad de expresión en los países que tienen esas legislaciones privilegialistas.

Addenda.— Ante el reciente dictamen que en la materia pronunciara la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*supra,* § 28.VII), se pudo ver que

> "el Colegio de Periodistas de Costa Rica emitió una declaración pública en la que reitera que el criterio de la Corte no es vinculante, y hace un llamado a sus miembros para redoblar 'la lucha *en favor* [¡¡!!] de la *libertad* de expresión y en la defensa de los principios de la colegiación obligatoria de los periodistas' " (diario *La Nación* de Costa Rica, sábado 16 de noviembre de 1985, p. 4A, col. 1; las cursivas son nuestras).

Obviamente, el Colegio de Periodistas está convencido, como cualquier otro grupo de presión, de que también para él (¿por qué no?) vale aquello de que:

> "Lo que favorece a la General Motors [léase: al Colegio] es favorable para los E.E.U.U. [léase: Costa Rica]".

Se trata ni más ni menos que de una típica *ideología profesional*, cuyas raíces son (entre otras):

> "... el interés en la existencia profesional. Se vive del ejercicio de una profesión. Si la función profesional es considerada superflua por el resto de la sociedad, el profesional pierde el fundamento de su existencia. Cuanto mayor sea la evaluación pública de la función, tanto más favorables serán las perspectivas de ingresos del estrato profesional. (...) El ejercicio cotidiano de la propia función hace que se la conozca de modo exhaustivo; y que se tenga un cuadro claro, no solo de las dificultades que ella ofrece, sino también de sus alcances sociales. De las otras se posee una imagen intuitiva mucho más confusa, y a veces ni siquiera eso. Cuanto más alejadas están del propio campo de actividad, menos pueden captarse intuitivamente. No es pues de extrañar que cuando se intenta lograr una visión de conjunto de las relaciones funcionales de la sociedad, el mérito del propio grupo profesional se destaque con la máxima vivacidad. Al respecto aparece un tercer factor. La mayoría de las profesiones exigen en la actualidad cierta instrucción... La preparación profesional científica brinda, por un lado, la posibilidad de una perspectiva más amplia; pero la concepción vital práctica, propia de la profesión, se apoya aquí en el pensamiento teórico especializado, se aferra a él y tiende por ello a reivindicar para sí un prestigio superior" (GEIGER, p. 88-89).

Y dicha "ideología" de los periodistas es también, por otro lado, manifestación de un fenómeno político y económico muy corriente que responde al amplio intervencionismo de los Estados contemporáneos:

> "Cuanto más el desarrollo general del sector de economía privada depende de la acción del gobierno, tanto más apremiante se hace el deseo de sugerirle a la opinión pública que los propios intereses —por más parciales que sean— constituyen una necesidad para la economía en su conjunto" (W. HOFMANN, cit. en LENK, *Politische...*, p. 128).

Nota.— *Vid.* además *infra*, inmediatamente después de la n. 31.

336

§ 75. Límites para la libertad de expresión

SUMARIO:

I. Generalidades.
II. Seguridad nacional, estados de excepción.
III. "Fronteras" de la tolerancia:
1. variantes (pluralismo, Doctrina de la Seguridad Nacional, leninismo-stalinismo);
2. discusión.

I

Sin perjuicio de ese carácter que ella tiene de garantía genérica para los demás derechos, pueden llegar también a darse casos en que la libertad de expresión perjudique ciertos derechos de unas personas. El caso más notorio es el de aspectos que, según se entiende, conciernen exclusivamente al ámbito privado de cada individuo. También hay quienes consideran que dicha libertad podría ir en perjuicio de derechos económicos y sociales, por lo cual debería ser restringida en la medida en que los gobernantes, siempre que estos sean "marxistas-leninistas", lo estimen oportuno (*infra*, § 84). De cualquier manera, también para la expresión del pensamiento se señalan unos límites como "orden público", "salud o moral públicas", etc.[14]. Porque estas restricciones responden a conceptos muy indeterminados, cuya indefinición los dota de una peligrosa virtud expansiva, han de ser manejadas con el máximo cuidado: "con una sensibilidad de yema de dedo" (BARBAGELATA)... Esos conceptos limitativos deberían ser objeto, pues, de una interpretación muy restrictiva y

(14) Cf. los arts. 19.3 y 20, del Pacto; y el 13, sobre todo incs. 2 y 4, de la Convención. Estas disposiciones se transcriben *infra*, § 78.II.

que teleológicamente apunte a la *mayor* protección de los derechos humanos[15].

Con la justificación de ciertas limitaciones tiene que ver también la circunstancia de que, inclusive en esta materia, se concibe la posibilidad de formas en su ejercicio que lleguen a configurar un *abuso del derecho* en cuestión. Figuras penales clásicas, como los delitos de difamación e injurias, tienen en cuenta esa circunstancia, pero estos abarcan solo un espectro más bien pequeño de los problemas que se plantean en la realidad. El derecho de rectificación y respuesta, que a veces aparece establecido en las leyes, puede ser otra manera de corregir "abusos"; sin embargo, suele no resultar fácil de imponer en la práctica, como se sabe. En un plano distinto, podría decirse también que el derecho a ser verazmente informado (*supra*, § 74.I)

---

(15) Cabría aplicar aquí, en lo pertinente, unas normas interpretativas como las siguientes:

"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" (Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.1).

"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebracinó, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, 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" (*ibid.*, art. 53).

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza" (Convención Americana, art. 29).

Cf. también *supra*, cap. II, n. 17 y el texto respectivo.

tiene que ver con la idea de evitar o corregir abusos por parte de los grandes medios de comunicación.

Particular significación alcanza, en civilizaciones como las actuales, la posibilidad de que la libertad de expresión de unos —sobre todo, la de los grandes medios de difusión— choque con el derecho a la privacidad de otros, principalmente el de ciudadanos comunes. GARCIA B. recordó, a ese propósito, la importancia que tiene lo que ha sido llamado el "derecho a la intimidad" (Luis LEGAZ LACAMBRA) o "derecho a la soledad" (Giorgio DEL VECCHIO), etc. El derecho al honor y "a la propia imagen", etc., ciertamente importan desde el ángulo de los derechos humanos. Para poder asegurar el respeto hacia aquellos, cabe entender —punto que subrayó LÖBSACK— que el derecho a ser informado termina allí donde comienza la intimidad de la persona; sin perjuicio de que esto no lo puedan exigir las personas que se mueven en la esfera pública, al menos para lo que tenga que ver en forma directa con su actividad en dicha esfera. Todo ello puede ser puesto en relación asimismo con los peligrosos alcances que tiene la informática moderna, por cuanto coloca a disposición del Estado, o incluso de agencias privadas, ficheros con información detallada sobre cada ciudadano, que no solo lo "desnudan" ante los ojos de unos funcionarios estatales, sino que hasta pueden llegar a alcanzar difusión pública, con perjuicio para la "imagen" de aquel.

(Sobre el derecho a la privacidad, *vid.* el libro de NOVOA, esp. cap. IX. *Vid.* también el *Comentario...* de M. de la VALGOMA sobre la manera en que estas cuestiones se encuentran reguladas en la legislación española.)

Se puede afirmar, como señala ESPONDA, que el derecho de opinión es un derecho público subjetivo del individuo frente al Estado, que coloca a este en la obligación de abstenerse de coartar la exteriorización de las opiniones. En la realidad social, sin embargo, este derecho se encuentra en riesgo constante de ser afectado mediante la ingerencia de la autoridad estatal, con antelación o con posterioridad a su ejercicio, ya sea para impedirlo o para castigarlo. Es el enfrentamiento entre dos criterios. Uno, para el cual la necesidad de prevenir socialmente el desarrollo de ciertas ideas es superior al derecho humano de opinión y, en consecuencia, cree legítimo combatir las ideas

mediante la fuerza. El otro, en cambio, sostiene la superioridad de las libertades intelectuales del individuo y subraya, por ello, que las ideas se combaten con ideas, que sólo frente a la violencia física cabe responder con la fuerza material del Estado. Las *restricciones* al ejercicio del derechos no suponen, a su vez, prohibición previa de emitir opiniones. Ellas miran, más bien, a la calificación de *determinadas* opiniones como inconvenientes, pero supuesto el derecho a opinar. (ESPONDA)

Para que este derecho sea en realidad *tal,* las restricciones tienen que estar sujetas a los requisitos siguientes: a) ellas deben ser la excepción —más aún, excepciones *muy* excepcionales— y su contenido estar señalado del modo más inequívoco posible (no mediante conceptos altamente indeterminados) en disposiciones jurídicas explícitas preestablecidas; b) la intervención estatal para hacer efectiva la restricción debe caber solo a *posteriori,* es decir, no ser admisible ninguna censura previa; c) dicha intervención, además, no ha de proceder sino como consecuencia de un fallo judicial, a cargo de tribunales independientes preconstituidos, y en juicio público sobre el caso concreto.

Las limitaciones quedan "sujetas a dos garantías: las áreas de permitida restricción a la libertad de expresión deben estar clara, explícita y cuidadosamente definidas, para prevenir el abuso de este poder por parte de Estado; el Estado no puede actuar para cortar la palabra y la discusión antes de que haya tenido lugar, sino solo después que la idea haya sido expresada y se haya comprobado *(found)* que es nociva para la seguridad y el bienestar de la sociedad. En el Derecho anglosajón, esto se conoce como el principio del *prior restraint* (restricción previa). La teoría es que la sanción puede ser aplicada solo después que los abusos hayan ocurrido, y su base racional está en la teoría de la probabilidad. Si el Estado tuviera el poder de censurar antes de que una idea sea conocida, más probable resulta que se pudiera abusar de tal poder que la probabilidad existente en el sentido de que una idea, al ser expresada —no importa cuán peligrosa e incendiaria esta sea—, ponga en peligro al Estado. Por tanto, el gobierno democrático debe

confiar en las leyes de responsabilidad para los abusos, y debe exigir que ese abuso sea probado en tribunal abierto, con todas las garantías y protección posibles contra acciones arbitrarias del poder público" (SANDIFER, p. 179).

II

En lo que particular referencia dice a restricciones en nombre de la "seguridad nacional" o del Estado[16], cabe subrayar que, en principio, la libertad de expresión no tiene por qué afectar esa "seguridad", entendida en un sentido jushumanista. Por el contrario, aquella contribuye antes bien a acrecentar esta, entendida en el sentido apuntado; o sea, si en ella se considera comprendida también, y sobre todo, la seguridad de los ciudadanos en general, sus derechos humanos precisamente[17]. Esto no obstaría a que puedan establecerse acaso unas restricciones *puntuales* (BARBAGELATA), en circunstancias excepcionales que lo justifiquen. "Puntuales": es decir, que la restricción quede circunscrita exclusivamente a aquello que sea menester aceptar para atender la finalidad (si es legítima) que se persigue con la aplicación de las medidas de emergencia, y solo en la medida en que ello sea verdaderamente preciso. "Puntuales" en el sentido, también, de que en manera alguna impidan la crítica de las determinaciones adoptadas en esas circunstancias o la denuncia de las afectaciones abusivas de derechos humanos.

En una palabra, las restricciones no deben jamás ser de naturaleza tal que coarten la discusión, tanto pública como privada, de lo que hacen los gobernantes, y en general la de cualquier actuación, sea de quien sea, que

(16) Cf. los arts. 19.3 del Pacto y 13.2.b de la Convención: *infra*, § 78.II.

(17) Véase el concepto de "seguridad del Estado" que presenta MONTEALEGRE: *supra*, § 23.I *in limine*.

perjudique derechos humanos. Desde luego, debe subsistir siempre, incluso en estados de excepción, la libertad de expresión más plena de los órganos representativos, para que estos puedan funcionar a cabalidad. Sería muy aconsejable que los textos constitucionales fuesen inclusive más allá de lo establecido al respecto en los Instrumentos, pues estos permiten dejar simplemente de lado la libertad de expresión del pensamiento en situaciones de excepción: en la Convención Americana, su art. 13 no figura entre aquellos cuya suspensión no autoriza el art. 27.2; y lo propio ocurre en el art. 4.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. A la luz de estos Pactos resultaría aceptable, entonces, que —como observa MONTEALEGRE— en esas ocasiones entre a operar, según suele ocurrir, el sistema del secreto: la policía secreta, los lugares clandestinos de detención, las reservas en las informaciones, etc. No solo las Constituciones latinoamericanas, sino también los Instrumentos deberían ser perfeccionados, introduciendo distinciones respecto a la medida en que será lícito, para no afectar la protección de los derechos humanos, autorizar a suspender el derecho de expresión en esas circunstancias.

Claro que en toda esta materia chocamos de manera constante, como ya dijimos, con el problema de la interpretación de los conceptos indeterminados. Por más "puntuales" que consigan ser las restricciones formuladas, siempre quedará la cuestión de saber, frente a las situaciones concretas, si tales o cuales medidas son *realmente* (¿a juicio de quién?) necesarias para defender, y no más bien para perjudicar, derechos humanos. Hay casos, claro está, que en general no se ponen en duda como susceptibles de dar legítimamente lugar a que se impongan restricciones; por ejemplo, si se trata de la divulgación de informaciones que impliquen una ayuda al enemigo en tiempo de guerra. Pero la mayoría de los casos no son tan claros ni pueden de antemano ser previstos en términos bastante definidos.

342

III

1. Si bien, por las razones que acabamos de apuntar, siempre habrá ámbitos semánticos para la interpretación de los conceptos restrictivos aplicables, ello no quita que los *límites* se puedan fijar, de una manera general, más acá o más allá. Esto depende, por ejemplo, de que la Constitución o las leyes establezcan (o no) ciertas prohibiciones o ciertas autorizaciones expresas; o bien, de que lo haga la jurisprudencia o la doctrina dominante. Es distinto, por ejemplo, si la normativa o la interpretación dominante señalan expresamente que no se puede prohibir *ninguna* ideología, o si el texto constitucional dijera que *únicamente* se puede prohibir ciertas cosas bastante bien delimitadas (por ejemplo, propaganda en favor del odio racial o de la guerra: Pacto art. 20), que si se admite la posibilidad genérica de prohibir la difusión de ideas "antidemocráticas" o "antisocialistas", "subversivas" o "contrarrevolucionarias", etc.

Los regímenes leninistas-stalinistas y los consagrados a la Doctrina de la Seguridad Nacional son aquellos donde esos límites son más estrechos. Pero también con referencia a sistemas pluralistas hay opiniones variadas en cuanto a los bordes de la tolerancia ideológica. Mientras que para unos, los partidarios más consecuentes del liberalismo político y en general de la tradición iluminista, esa tolerancia tiene que ser *total*, si la democracia no ha de negarse a sí misma; otros, en cambio, sostienen que un sistema democrático estaría perfectamente legitimado, no menos que cualquier régimen antidemocrático, para negarle la palabra a quienes quieran criticar a fondo unos principios de aquel, o cuestionar dogmas de la moral dominante, etc. Y entre ambos extremos caben, desde luego, matices; por ejemplo, en cuanto a admitir o no limitaciones inspiradas en el art. 20 del Pacto (cf. PARTSCH, p. 226 ss.). En todos esos casos, de lo que se trata, en definitiva, es de evitar que se conozcan cosas "incómodas", esto es, las que se

juzgan demasiado riesgosas para la "cara" que en público pone el *establishment.*

"Es corriente creer que la enseñanza de la virtud exige inculcar falsedades. En política, ocultamos los vicios de estadistas eminentes de nuestro partido. En teología, ocultamos los pecados de los Papas si somos católicos, y los pecados de Lutero y de Calvino si somos protetantes. En cuestiones sexuales, afectamos creer ante los jóvenes que la virtud es muy corriente. En todos los países hay ciertos hechos que a la policía le parecen indeseables, cuyo conocimiento no se tolera a los adultos, y el censor en Inglaterra no tolera la representación de obras realistas porque cree que el público sólo mediante engaños puede encaminarse a la virtud. Toda esta actitud implica cierta debilidad. Conozcamos la verdad como quiera que ella sea, y actuemos entonces razonablemente. Los dueños del poder quieren ocultar la verdad a sus esclavos para desorientarlos en sus propios intereses; esto es comprensible. Lo que no lo es tanto es que las democracias decreten voluntariamente leyes encaminadas a impedirse a sí mismas el conocimiento de la verdad. Esto es quijotismo colectivo, porque las democracias han resuelto que no se les diga que el yelmo es peor de lo que ellas quieren creer que es" (RUSSELL, *Ensayos sobre educación,* p. 210-211).

"... 'nuestra libertad de criticar los fundamentos de nuestra creencia (esto es, de la democracia parlamentaria) se nos deja porque nadie supone que la libertad de la crítica pueda convertirse en la libertad de un cambio' (LASKI). (...) Unicamente cuando el cambio es exigido masivamente y se hace 'relevante socialmente', esto es, cuando la oposición fundamental se apodera de las masas, únicamente entonces decreta el Estado, en nombre de la Constitución y por mandato de la sociedad, sus sanciones. Estas pueden ir desde la 'privación de los derechos fundamentales, a través del castigo, hasta la exclusión del proceso político' (H. LAUFER), o sea, concretamente: desde la exclusión de la garantía constitucional, escalonadamente, hasta la forma más segura de eliminar la oposición del proceso político: exilio, cárcel, exterminio. Así, pues, el límite lo determina el umbral de la eficacia social, más abajo del cual se concede, sin duda, la libertad política ilimitada de opinión y comunicación. El derecho del uso no práctico y, en el fondo, no político de la libertad fortalece al Estado político por la prueba, que implica, de su constitucionalidad. La realización orgullosa de principios constitucionales liberales destaca el dominio político y, de modo mediato, el dominio social con respecto a

344

la arbitrariedad terrorista y le confiere (a ese dominio) una vida más firme" (AGNOLI, p. 103-105).

Tanto los regímenes afiliados a la Doctrina de la Seguridad Nacional (Brasil, Chile, etc.) como los de tipo leninista-stalinista (Cuba, Nicaragua) ostentan, a diferencia de los Estados pluralistas, una concepción que se puede llamar *funcionalista* respecto a la libertad de expresión. Esta no constituye, para aquellos, un fin en sí misma, ni mucho menos un eventual recurso de defensa de los particulares *frente* a las autoridades,, sino que, como otros derechos, solo es utilizable en tanto en cuanto eso se haga *al servicio* de los fines estatales: los "Objetivos Nacionales", en un caso; la construcción y defensa del "socialismo", en el otro. Y estas dos fórmulas deberán ser entendidas, desde luego, exactamente de la manera en que juzguen oportuno interpretarlas quienes ocupan los más elevados cargos en el aparato estatal —altos mandos militares o jerarcas del Partido—; poner en duda públicamente la palabra de estos, no puede ser el contenido de un derecho, eso es actividad "subversiva" o "contrarrevolucionaria".

En la Carta chilena, por ejemplo, la prohibición de expresar ideas que discrepen de la ideología del régimen está consagrada así:

> "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.
>
> "Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales" (art. 8, incs. 1 y 2).

(Véase también la *Lei de Segurança Nacional* del Brasil: *infra*, § 81.II *in limine*).

La Constitución cubana es todavía más clara, si cabe, en cuanto a subrayar el carácter funcionalista a que ese régimen deja reducido el uso que se autoriza de aquella libertad (y también de las demás):

> "*Ninguna* de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y *fines* del Estado socialista, ni contra la decisión [*sic*] del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible" (art. 61).

Por tanto, solo

> "Se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa *conforme a los fines* de la sociedad socialista. Las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio *exclusivo* del pueblo trabajador y del interés de la sociedad. La ley regula el ejercicio de estas libertades" (art. 52).

Cuáles son esos "fines", cuál es este "interés", cuáles serán los contenidos concretos de aquella "decisión", es cosa que determina un supremo y exclusivo intérprete autorizado, frente a quien nadie tiene derecho a exteriorizar (y mucho menos a ejercer) discrepancias:

> "El Partido Comunista de Cuba, vanguardia organizada marxista-leninista de la clase obrera, 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).

En definitiva, pues, allí son las autoridades del Partido-Estado los dueños de determinar *quiénes, cómo, para*

346

qué y *hasta dónde* tienen permiso para hacer uso de tal "libertad". Esta no se consiente sino como una mera "función social", no es un *derecho* (propiamente dicho). No se trata de una facultad que cada individuo pueda llegar a ejercer siguiendo *su* opinión personal, sino simplemente de otra vía más donde cada quien está para actuar de entera conformidad con los propósitos que tengan los gobernantes. La Carta cubana recoge, así, lo que en la materia es típico del modelo constitucionalista "oriental" (leninista-stalinista).

"Las Constituciones orientales hoy establecen explícitamente, todas ellas, que la libertad de opinión está destinada a promover los intereses del socialismo. La deformación funcional de la libertad, pues, de ninguna manera ha sido callada. Con esto, esos textos se diferencian en forma abolutamente fundamental de la letra de las Constituciones occidentales, de la Convención Europea de Derechos Humanos y también del Pacto. Aquí no se hallan tales cláusulas destructoras de la libertad. Protección adicional brinda la prohibición general de discriminación (Pacto, art. 26), cosa que las Constituciones orientales no conocen. No existe, que yo sepa, ninguna Constitución oriental que establezca prohibición de desfavorecer por motivos de religión o de convicciones políticas. Especialmente estos dos criterios, en cambio, se recogen en el Pacto (art. indicado; cf. también los arts. 18 y 19). La prohibición de discriminación política significa, en el fondo, un punto clave de todo el Pacto, y su amplitud debe de habérsele simplemente pasado por alto a los Estados comunistas en ocasión de incorporarse a él" (TOMUSCHAT, p. 32).

Nota.— Cf. también la *Ley sobre el Mantenimiento del Orden y la Seguridad Pública* de Nicaragua (*supra,* § 23.III). Y en cuanto a la Doctrina de la Seguridad Nacional, *vid. supra,* § 23 (*in toto*).

———oOo———

2. Por nuestra parte, hemos aceptado lo que podría llamarse la tesis *maximalista,* que compendian las palabras de VOLTAIRE y de MARX presentadas en el acápite del presente capítulo. Pasamos a recoger algunos puntos de vista para la discusión al respecto.

ORTIZ:

"... el régimen democrático es una ideología del poder, excluyente de las opuestas. Y ha de entenderse por tales aquellas que prediquen o postulen una forma de gobierno antidemocrático, por contraria a alguno de los principios fundamentales de aquel. No encuentro absolutamente nada de contradictorio en tal concepción, pero sí en la Carta (costarricense), que no la extiende a otros aspectos fundamentales del sistema. No solo eso: el párrafo segundo del art. 98 —que prohibía 'la formación o el funcionamiento de Partidos que por sus programas, medios de acción o vinculaciones internacionales tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica o que atenten contra la soberanía del país'— fue eliminado por decreto constitucional No. 5698 del 15 de junio de 1975. La filosofía de la reforma fue precisamente la contraria a la que inspira el art. 28 con su redacción actual, criticada por el Informe. Me quedo con el art. 28 y su concepción material de la democracia, como un sistema en función de valores definidos, incompatible con las ideologías que prediquen la teocracia, el gobierno por acto de fe personal o religioso, la destrucción de las minorías, la división de los hombres en razas o clases dominantes, o el partido único. Lo que hay no es una limitación injusta, sino justa, de la libertad de acción y de propaganda políticas, que, sin embargo, parece contradecir la filosofía de otras normas de la misma Carta" (ORTIZ, *Glosa...*, p. 28-29). [Este texto es continuación de la primera de las dos citas de ORTIZ transcritas supra, § 11.IV *in fine*. *Cf.* asimismo la segunda de dichas citas, que se refiere a (y apoya) las restricciones a extranjeros; para una concepción menos nacionalista, aplicable también a la libertad de expresión, cf. —además de las observaciones de MOURGEON recogidas en aquel mismo sitio— los textos constitucionales que trae la n. 45, *infra*.]

HABA:

Yo admitiría como límite prácticamente *único*, para la libertad de expresión, el relativo a la afectación de la imagen del prójimo (*supra*, luego de la n. 15). Claro que aquí nos encontramos nuevamente —y no veo forma de evitarlo— con el problema de que este es un concepto relativamente indeterminado. Sin embargo, creo que en esta materia no es un concepto demasiado peligroso, porque en la mayoría de los casos donde se plantean verdaderos problemas con respecto a las restricciones para la libertad de expresión del pensamiento, esas restriccio-

348

nes no se han establecido en relación precisamente con tal asunto.

Hay otro problema, al cual también se refiere ORTIZ, quien defiende determinados límites con los que no estoy de acuerdo. Planteado el punto de una manera general, se puede vincularlo con una frase bastante conocida, de SAINT-JUST, que tal vez podríamos reformular de la manera siguiente: "No debe haber democracia contra la democracia". Esta frase significa, para nuestro problema, que en la democracia se puede decir todo, *menos* aquello que critique de una manera fundamental a la democracia. Yo me he manifestado absolutamente contrario a tal postulado, pero reconozco que en el fondo estamos ante un problema de valoraciones últimas. De manera que no puedo demostrar la corrección de mi propio postulado, el de que en la democracia se debe poder decir precisamente todo, y justamente también aquello que es *contrario* a la democracia; de la misma manera, tampoco las otras posiciones podrán demostrar —por tratarse, también allí, de un postulado— que esto o aquello *no* se debe poder decir.

Señalo, simplemente, que ahí está la divergencia central. Porque todos aquellos que postulan restricciones a la libertad de expresión del pensamiento, sea en los países democráticos pluralistas o en los que se llaman socialistas, siempre lo hacen diciendo que hay un límite, algo que no se puede atacar ideológicamente. Lo que varía, es *cuál* es ese límite. En los países llamados socialistas, son determinadas doctrinas las prohibidas; en el caso de los que defienden la "democracia", postulando (o proponiendo) un lema como aquel, son otras ideologías. En cambio, la posición radical en materia de libertad de expresión del pensamiento, que es la que comparto, sostiene que no hay nada, *absolutamente nada*, que no se pueda criticar en la democracia; esto sin perjuicio de admitir ese concepto indeterminado límite, el de la imagen privada, que en realidad no es el más candente en estos temas.

MONTEALEGRE:

La fórmula de que una democracia debe permitir que se exprese cualquier cosa, salvo aquello que vaya contra la democracia, es una fórmula que yo diría que no tiene ningún sentido. Puesto que no se sabe, en primer lugar, qué se está entendiendo por democracia. ¡Es imposible! Habría que decir una democracia *determinada: qué* es lo que no se permite. En

realidad, es una frase que no conduce a nada, puesto que cada uno entiende por democracia algo distinto. Y, precisamente, una de las cuestiones esenciales de la democracia es la libertad de expresión del pensamiento.

Ahora bien, en cuanto a que el único límite de la libertad de expresión del pensamiento es lo de la imagen privada, sí tendría yo ciertas reservas. Nuevamente, creo que la forma de encuadrar bien el problema es en términos de los derechos humanos. Los Pactos internacionales de derechos humanos prohíben concretamente dos cuestiones —y esto tiene que ver incluso con el derecho de información y expresión—: prohíben la apología de la guerra y prohíben, si no recuerdo mal, cualquier apología de la discriminación racial. Está prohibida, en los Pactos de derechos humanos, cualquier acción tendiente a mermar (o tendiente a que se provoque la violación de) los derechos humanos. Yo diría, pues, que se encuentra allí implícita la idea de que el límite en que está encuadrada la libertad de expresión es la promoción de los derechos humanos fundamentales. Entonces, no es una cuestión tan. tan abierta... Entiendo perfectamente, coincidiendo con HABA, que hay que mantener la mayor libertad posible; pero, eso sí, no se trata de una libertad tan absoluta o que solamente se contenga ante el derecho a la privacidad.

BARBAGELATA:

"La democracia no puede, sin negarse a sí misma, sin incurrir en irredimible contradicción, desconocer la libertad y la posibilidad que esta importa cuando se trata —y porque se trata— de la divulgación de las ideas que le son diametralmente opuestas o del enjuiciamiento crítico de sus propios principios y postulados.

"Y no puede hacerlo, ni siquiera con la excusa de atender a su salvación. A la democracia hay que salvarla, pero hay que salvarla con métodos democráticos, que no irroguen la muerte de la libertad Salvar, o pretender salvar, la democracia a expensas de la libertad, no es salvar la democracia, sino una forma vacía, una caricatura, apenas un nombre; y, en esta materia, lo que interesa, no son las formas, las caricaturas o los nombres, sino las esencias.

"La frase de SAINT-JUST según la cual 'no debe haber libertad para los enemigos de la libertad' no es una frase de

350

inspiración democrática, máxime en lo que a la libertad de ideas se refiere. La democracia tiene el privilegio, aunque también la obligación indeclinable, de ofrecer la libertad aun a los enemigos de la libertad.

"Al proceder de este modo, la democracia no 'se suicida', ni se coloca en trance agónico. Concepción fundada en la razón y apoyada en el hombre, nada tiene que temer de tal propagación y debate. Al revés, la contienda ideológica —la pugna intelectual— de que será centro habrá de beneficiarla, y mucho, desde que esa polémica le permitirá evidenciar —y exaltar racionalmente— sus propias virtudes, como también poner al descubierto los errores, los vicios, las falacias de las concepciones que pretenden suplantarla.

"Naturalmente, que tolerancia y respeto no es impasibilidad. A la difusión de las ideas adversas —que no puede prohibir— y a la disputa crítica sobre sus fundamentos —que no puede impedir—, la democracia debe responder —es preciso que lo haga—, pero en el plano exclusivo de los pensamientos y de las opiniones" (*La Democracia,* p. 32-33).

VIDAL:

Es radicalmente diferente la posición que se plantea en las Constituciones de tipo pluralista y la de las Constituciones de estirpe marxista [más exactamente: leninista-stalinista]. En estas últimas, como todos sabemos, el Estado predica la teoría de que no basta postular una libertad, sino que el Estado debe suministrar los instrumentos necsearios para hacer efectiva esa libertad. Por eso, los textos de declaraciones de libertades y derechos del constitucionalismo marxista [más exactamente:...] tienen casi siempre un segundo parágrafo en el cual, después de proclamarlas, se dice que está a cargo del Estado el hacer efectivas esas libertades. Pero naturalmente que esto puede conducir —y conduce en la mayor parte de los casos— a que el Estado, por medio del control que ejerce sobre los medios que pueden hacer efectiva una libertad, solamente los ponga al servicio de las personas o de los grupos que sostienen la ideología militante del Estado en cuestión.

* * *

Nota.—

Para los efectos de la discusión sobre estos puntos habría que tener también en cuenta, por supuesto, la diferencia entre

democracias "plenas" y "cuasi democracias" (*supra*, § 16.III). Recuérdese que en las segundas, si bien la libertad de expresión es mucho mayor que en las autocracias, sean leninistas o capitalistas, de todos modos esa libertad sufre menguas que no tiene en las primeras.

§ 76. Pluralismo como condición tuitiva irreemplazable

Como no se ve, desde ángulos realistas, la posibilidad de prescindir *por completo* de la censura —sobre todo si se piensa en algunas situaciones especiales—, lo más que puede hacerse en forma anticipada, para tratar de evitar los abusos, es que en la Constitución se establezca una normativa que permita un control sobre el *grado* en que se ejerzan facultades de limitar la libertad de expresión. Desde ese ángulo, las medidas deberían ser "puntuales", en el sentido antes apuntado, y en definitiva sería el órgano de contralor el llamado a juzgar si lo son o no. Quiere decir que, al fin de cuentas, todo dependerá del grado de independencia de ese órgano y de la conciencia jushumanista que tengan sus soportes.

Las previsiones constitucionales no pueden llegar más allá de señalar cuáles son el o los órganos encargados del control y establecer los conceptos indeterminados a que habrán de ajustarse sus juzgamientos en la materia. Pero si los soportes de dichos órganos tienen una adecuada formación jushumanista, y si las condiciones político-sociales del país (las presiones del medio) les permiten mantener suficiente independencia como para hacer valer esa formación, hay buenas probabilidades de que dichos preceptos constitucionales sean interpretados y aplicados en un sentido favorable a la libertad de expresión del pensamiento y, con ello, mantener en pie una mirada vigilante a la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, semejante vigilancia no es viable sino allí donde rige un sistema democrático-pluralista de organización estatal. Unicamente los sistemas de pluralismo *irres-*

tricto[18] permiten que exista libertad sin censura para expresar ideas e informaciones. Esta libertad, solo ella, hace que tengan las mejores probabilidades de ser públicamente conocidos —y, por tanto, eventualmente frenados— los ataques contra derechos humanos por parte de funcionarios estatales. Aunque ningún tipo de régimen político, ni siquiera tal democracia, ofrece garantía suficiente de que todas las violaciones de derechos humanos serán conocidas y castigadas, no menos cierto es que las libertades que solo aquella reconoce, ante todo la de expresión, constituyen el marco jurídico *sine qua non* para lograr una protección pasablemente funcional. La eventual publicidad de *cualquier* denuncia contra quienes desempeñan cometidos en el aparato del Estado, posibilidad que no existe sino en regímenes pluralistas, configura el requisito *mínimo* para que las autoridades dispongan de las menores facilidades posibles de atentar contra tales derechos. La libertad de expresión es una "garantía" relativa, ciertamente, pero no se conoce ninguna otra que la sustituya con ventaja práctica para las eventuales víctimas de intervenciones estatales.

> *"En efecto, una vez que se ha suprimido el derecho de crítica, el Ejecutivo comete todas las locuras naturales de la dictadura. Atribuye a sus actos un carácter semi divino. Priva al pueblo de toda información esencial para un examen adecuado de su política. Desfigura la situación por medio de ese arte de la propaganda que, como ha dicho Mr. CORNFORD acertadamente, le permite engañar a sus amigos sin engañar a sus enemigos"* (LASKI, p. 92).

Las puntualizaciones que recogemos a continuación, pertenecientes a ESPONDA, explayan aspectos jurídicos del asunto. Como él señala, la historia muestra que tras las normas constitucionales que otorgan a los ciudadanos un mayor o menor grado de libertad de opinión yace una concepción política en que

(18) "Relativizar el pluralismo no es otra cosa que destruirlo. Podrá discreparse en el terreno deportivo o respecto de quién-era-la-más-bonita, pero jamás de aspectos esenciales de la vida de la nación sin sobrellevar la etiqueta de 'antipatriótico' o 'mal nacido' " (GÓNGORA, p. 177).

la Constitución se fundamenta. Dicha concepción dice relación, entre otros aspectos, con la igualdad de todos los heres humanos. Defender el derecho de opinión importa reconocer que los derechos humanos le asisten a todos los hombres sin distinción y adherir con verdad al artículo 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

> "Toda persona tiene todos los derechos humanos sin distinción alguna de ... opinión política o de cualquier otra índole".

Es inconcebible el derecho público de opinión de todos los individuos frente al Estado, fuera de la democracia. La condición fundamental continúa siendo la existencia de un sistema político que, en nuestra época, ha llegado a concebirse indisolublemente ligado a la idea del pluralismo político. El Estado pluralista garantiza la divulgación de distintas concepciones, aunque sean radicalmente opuestas a aquellas que sustentan el ordenamiento institucional o el sistema económico-social vigentes, siempre que no se recurra a la violencia (aunque sean doctrinas que preconicen la violencia como método para obtener el poder o acepten la inevitabilidad de la violencia en los procesos de cambio social). Este principio debe concretarse en normas positivas. Por ejemplo, fortaleciendo la posición de los partidos políticos y de las universidades en el estudio del intercambio de opiniones, puesto que se trata de instituciones que tienen una ingerencia directa en la formación de las ideas políticas en una sociedad.

A estas ideas se oponen aquellos Estados que han asumido oficialmente una ideología excluyente de todas las demás opciones ideológicas. Un Estado de este tipo, por ejemplo inspirado en la doctrina de la Seguridad Nacional, no acepta la divulgación de un ideario divergente del sistema político, económico y social, aunque se realice sin violencia. Es el caso del artículo 8.1 de la Constitución chilena:

> "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".

Unas palabras del jurista soviético Andrei I. VISHINSKY, aunque referidas al sistema jurídico de la URSS, son perfectamente aplicables a los Estados que adhieren a la Doctrina de la Seguridad Nacional:

.354.

"En nuestro Estado no hay ni puede haber, naturalmente, ningún lugar para la libertad de expresión, de prensa, etc., por parte de los enemigos del socialismo"(19).

Realmente, a través del artículo 8 de la Constitución chilena, sus autores están diciendo: en nuestro Estado no hay ni puede haber, naturalmente, ningún lugar para la libertad de expresión, de prensa, etc., para los partidarios del socialismo.

Nota.— Téngase presente, también aquí, lo señalado en la Nota ubicada al final del § 75, *supra.*

§ 77. Heurística

Dejemos señalados algunos ítems que pueden servir como indicadores para encarar el estudio de la política que en materia de libertad de expresión predomina en un medio determinado. Ofrecen utilidad para examinar, sobre esa base, el nivel pragmático de las disposiciones constitucionales respectivas. Frente a cualquier ordenamiento constitucional, convendría preguntar:

— ¿Hasta qué punto el incremento en las violaciones a derechos humanos es paralelo al de las restricciones impuestas por las autoridades a la libertad de expresión?

— E, inversamente, supuesto que se dé un buen nivel de respeto a la libertad de expresión, ¿en qué medida ayuda ello a la protección efectiva de los derechos humanos en general?

— En cuanto a los límites jurídicamente establecidos para la libertad de expresión, ¿cuáles son y en qué medida contribuyen a coartar la denuncia de violaciones a derechos humanos?

(19) En el mismo sentido, cf. las disposiciones de la Constitución Cubana transcritas *supra*, § 76.III *in limine*. [Esta nota no pertenece a ESPONDA.]

— ¿Qué restricciones a la libertad de expresión admite la Constitución para estados de excepción, y hasta qué punto se han hecho efectivas? Y esto, ¿con qué consecuencias para el respeto de los derechos humanos?

— ¿Se exigen títulos profesionales o la agremiación obligatoria, para ejercer el periodismo?

— ¿Ha habido clausura de órganos de difusión, sea temporal o permanente? ¿Con qué frecuencia tiene ello lugar?

— ¿Existe censura previa? ¿Y en qué medida esta, o la probabilidad de recibir sanciones posteriores por publicar noticias o comentarios que no son del agrado de los gobernantes, contribuye a que los medios de difusión se autocensuren?

— ¿Qué difusión tienen los órganos de prensa que critican a las autoridades, sobre todo aquellos que lo hacen en forma más radical e intransigente (supuesto que tales órganos puedan existir)?

Nota.— En todo caso, tampoco hay que perder de vista las dificultades que presenta el elaborar legislaciones que sean *realmente* adecuadas para esta materia, que protejan de manera *efectiva* el ejercicio de la libertad de expresión tanto respecto a la amplitud de sus contenidos como a la extensión de sus posibles titulares (esto es, que no quede limitada a una minoría, sean los dueños de grandes medios de difusión o los jefes del Partido en el poder). Acerca de tales dificultades, máxime cuando no se abordan con rigor *científico* (analítico-empírico), cf., p. ej., el fino análisis de OPP (*Soziologie...*, cap. III, # 1.3) sobre aspectos de un proyecto de ley relativo a la libertad de información *(Entwurf eines Gesetzes zum Schutze freier Meinungsbildung)* propuesto en Alemania Federal.

Sección B): NORMATIVA Y REALIDAD

§ 78. Instrumentos internacionales[20]

SUMARIO:

I. Generalidades.
II. Disposiciones de los Instrumentos:
— Declaración
— Pacto
— Convención.
III. Los Instrumentos como modelo (comentario).

I

Denominado, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el "derecho a la libertad de opinión y expresión", su artículo 19 lo configura como derecho subjetivo "de no ser molestado a causa de sus opiniones". Agrega otras facultades que explicitan su dinámica, tales como la "de investigar y recibir informaciones y opiniones", y la "de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Las Declaraciones y Pactos internacionales posteriores reproducen, más o menos ampliamente, los conceptos señalados en la Declaración Universal, otorgando al derecho en examen diversas denominaciones: "derecho a la libertad de investigación, opinión y expresión" (Declaración Am.); "libertad de pensamiento, conciencia y opinión" (Pacto); "libertad de pensamiento y expresión" (Convención).

Todos estos cuerpos normativos relacionan el derecho de opinión con la igualdad ante la ley, en cuanto los

(20) Los apartados I y III (salvo la *Conclusión* de este último) se toman del trabajo de ESPONDA indicado en la n. 1; a él pertenecen también las notas correspondientes.

357

Estados partes se comprometen a respetar los derechos humanos sin efectuar discriminaciones por motivo de opinión política o de cualquier otra índole[21]. Estas normas aluden a los dos aspectos fundamentales de la garantía: la obligación estatal de no interferir en las opiniones de cada cual y el derecho subjetivo del individuo a no ser molestado por causa de ellas. Las Declaraciones y Pactos Internacionales sobre derechos humanos a que nos hemos referido, en las conceptualización del derecho de opinión contemplan el acceso a "cualquier medio de expresión", en el entendido que es innumerable el tipo de canales de que los seres humanos pueden servirse para comunicar su pensamiento[22]. Además, las Convenciones suscritas en la materia reconocen las tres formas como el hombre puede expresar sus opiniones, aunque distinguen entre la forma escrita y la impresa, distinción que obedece a las mismas razones que algunos constituyentes han tenido para tratar independientemente la libertad de imprenta[23].

Todas las Declaraciones y Convenciones internacionales relativas a derechos humanos suscritas desde 1948 consagran el derecho de opinión. Todas ellas reconocen que este derecho comprende la emisión de ideas de toda índole y rechazan la proscripción de una determinada vertiente doctrinal o ideológica. Todos estos instrumentos, aceptando que es un derecho sujeto a limitaciones, también se pronuncian por el sistema represivo de sanción a los abusos; no por el sistema preventivo, cuya modalidad arquetípica es la censura previa. Pero el único de estos documentos en el cual esta opción se explicita es la Convención (art. 13.2). Ella también rechaza, expresamente, las restricciones por vía indirecta a dicho derecho (art. 13.3).

---

(21) Declaración, art. 2; Declaración Am., art. 4; Pacto, art. 26; Convención, art. 1.1.

(22) Declaración, art. 19; se transcribe en el apartado siguiente.

(23) Pacto, art. 19.2; Convención, art. 13; *vid.* ambas disposiciones en el apartado que sigue.

.358

II

Declaración Universal de Derechos Humanos.—

Sus artículos 18 y 19 consignan de la manera más amplia estas libertades, en sus distintas manifestaciones. Sin embargo, luego el art. 29.2 introduce una serie de conceptos indeterminados que permiten establecer limitaciones para todos y cada uno de los derechos antes reconocidos. Así, estos pueden ser restringidos con el fin de atender, entre otras razones, lo que se requiera en homenaje a la "moral", al "orden público"... ¡y hasta para promover el "bienestar general"! Resulta difícil concebir alguna restricción a la libertad de expresión del pensamiento que no pueda semánticamente apoyarse en las "justas exigencias" de alguno de esos conceptos indeterminados, según cómo los interprete el gobierno de turno.

Artículo 18.— "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

Artículo 19.— "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Artículo 29.2.— "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley y con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

* * *

359

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.—

Aunque su texto es más detallado que el de la Declaración Universal, en definitiva sus posibilidades semánticas no son muy diferentes. Los artículos 18 y 19 son los que establecen, y a la vez limitan, estas libertades. En cuanto a las limitaciones, ellas son, en algunos aspectos, todavía más amplias que las previstas en aquella Declaración. Así, respecto a la libertad de manifestar la propia religión se incluyen, además de la referencia al "orden" y a la "moral" públicos, también "las limitaciones que son necesarias para proteger la *seguridad*" (art. 18.3). Asimismo son mayores las restricciones previstas para la libertad de expresión en general, entre las cuales se agrega las destinadas a "Asegurar el respeto a los *derechos* [¿cuáles?] o a la reputación de los demás", como igualmente las "necesarias para... la protección de la *seguridad nacional*" (art. 19.3); no se menciona el "bienestar general". Además, el art. 20 prohíbe la "propaganda en favor de la guerra" y la "apología del odio nacional, racial o religioso", pero estas prohibiciones, que en la realidad son violadas por más de un gobierno, resultan menos peligrosas que las anteriores.

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

365

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

* * *

Convención Americana sobre Derechos Humanos.—

Los artículos 12 y 13 establecen, respectivamente, la libertad de religión y la de expresión. Aun cuando estos textos recogen unos conceptos indeterminados limitativos que son similares a los del Pacto, la Convención tiene el mérito de ser más detallada que aquel en la formulación del contenido de esos derechos, y también señala

. 361

ciertas prohibiciones más precisas para delimitar el alcance de las restricciones. En este último aspecto, constituye un importante elemento para la defensa del derecho de expresión el haberse establecido que "no puede estar sujeto a *previa* censura sino a responsabilidades ulteriores (art. 13.2), como así también las aclaraciones siguientes: "No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios *indirectos,* tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" (art. 13.3). Importa que el texto subraye que tampoco "Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa", salvo "con el *exclusivo* objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia" (art. 13.4); es decir, que *ningún* espectáculo público podría ser prohibido para mayores —disposición que viola la generalidad de los Estados—. La Convención consagra también el derecho de rectificación o respuesta (art. 14).

Artículo 12: Libertad de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

.362

Artículo 13: Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artítica, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14: Derecho de rectificación o respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas a agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Lamentablemente, las Constituciones suelen recoger los conceptos indeterminados limitativos, mas no esas prohibiciones de establecer censuras. Puede decirse que, en líneas generales, casi ninguna de las Constituciones de América Latina se encuentra siquiera a la altura del texto de la Convención. Pero tampoco él está libre de "válvulas de escape", los conceptos indeterminados corrientes[24], que siempre suministran a los Estados la posibilidad de restringir, en mayor o menor medida, la libertad de expresión del pensamiento.

III

La garantía para el derecho consiste no solo en la inexistencia de censura previa, sino también en la ausencia de discriminación legal o administrativa en razón de las opiniones sustentadas por el individuo. Tal idea es recogida en todos los Instrumentos[25]. No obstante, esta garantía de igualdad muere donde comienza alguno de los regímenes de excepción constitucional. Y entonces, según estos cuerpos normativos internacionales, el ejercicio del derecho de opinar podría constituir la causa de discriminaciones que afectan a otros derechos; por ejemplo, la norma que restringe la libertad personal puede allí aplicarse en razón de la opinión que sustente la persona afectada.

El derecho de opinión se cuenta, claramente, entre aquellos expuestos a suspensión en situaciones de emergen-

(24) Cf., por ejemplo, el inc. 2.b del art. 13 de dicho instrumento (*supra*).

(25) Declaración, art. 2; Declaración Am., art. 2; Pacto, art. 2.1; Convención, art. 1.1.

cia[26]. Además, ya se trate de hacer efectivas las responsabilidades por la opinión difundida en situaciones de normalidad, ya se trate del ejercicio de facultades extraordinarias por la autoridad, los Pactos señalados no solamente admiten la sancionabilidad de conductas que atentan contra la reputación de las personas o contra sus demás derechos, sino también la de opiniones que afecten a conceptos jurídicos indeterminados, de significado equívoco, como son "la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Aunque las restricciones posibles en caso de situaciones de emergencia se encuentran expresamente determinadas, es muy difícil impedir que una autoridad califique arbitrariamente la aptitud dañina de una opinión[27].

* * *

CONCLUSION.— Los Instrumentos subordinan el ejercicio de la libertad de expresión a una serie de limitaciones en función de conceptos muy indeterminados; difícilmente habrá una restricción corriente de dicha libertad que no pueda semánticamente subsumirse bajo alguna de estas "válvulas de escape". En ese sentido, las fórmulas de los Instrumentos proporcionan una garantía normativa bastante débil para la consagración jurídica de tales libertades[28]. De entre ellas, es la Convención Americana quien ofrece una guía más fértil, por lo detallada, para prevenir

(26) Pacto, art. 4; Convención, art. 27. (Cf. estos textos *supra*, § 62.II in *limine*.)

(27) Estas ideas se consagran en el art. 19.3 del Pacto, en combinación con el art. 4 de este mismo; también, en el art. 13.2 de la Convención, en combinación con su art. 27. (Cf. dichos preceptos *supra*: II y el sitio indicado en la n. precedente.)

(28) "En consecuencia, estimamos que la protección que esos cuerpos normativos otorgan a este derecho no es del todo eficaz, puesto que permiten su suspensión en determinados casos y acuden a la utilización de conceptos indeterminados que constituyen el más apto campo de cultivo de la arbitrariedad" (ESPONDA). *Vid.*, sin embargo, las aclaraciones formuladas en el estudio de PARTSCH sobre el alcance de las disposiciones respectivas del Pacto.

265

ciertas intervenciones estatales en perjuicio de la libertad de expresión. Sin embargo, también aquella —como los demás Instrumentos— deja en manos del Estado la "válvula abierta" de recurrir a una serie de conceptos indeterminados para restringir, cuando y en el grado que las autoridades estatales juzguen oportuno, el ejercicio de dicha libertad (cf., por ejemplo, el art. 13.2.a-b de la Convención Americana). Esas posibilidades de imponer restricciones resultan peligrosas, incluso en Estados cuya orientación general es pluralista. Suelen ser presentadas como justificativos —en el texto constitucional mismo, en la legislación secundaria o simplemente en la esfera de la regulación administrativa— para desconocer o recortar la libertad de expresión en distintos renglones.

§ 79. Tipos de ordenamiento[29]

SUMARIO:

I. Sistemas y formas de restricciones al derecho de opinión.
II. Líneas heurísticas de demarcación.

I

En Derecho Constitucional, el derecho de opinión es una de las denominadas garantías materiales, cuyo sujeto pasivo, el Estado, asume la obligación de no afectar negativamente su ejercicio. Desde esta perspectiva, la garantía constitucional consiste, básicamente, en dos aspectos: a) la no existencia de impedimento previo a la emisión de la opinión por el individuo, es decir, que no haya censura; b) la no existencia de discriminación en el ejercicio de otros derechos humanos, en razón de opiniones que sus-

(29) El apartado I de este parágrafo se toma del estudio de ESPONDA mencionado en la n. 1.

tente el individuo. Desde el punto de vista de la persona, nos encontramos con un derecho público subjetivo, que le asiste frente al Estado, cuyas autoridades no deben impedir o coartar la exteriorización de las opiniones de aquella.

Dos sistemas de restricciones del derecho de opinión aparecen en los distintos ordenamientos constitucionales: el preventivo y el represivo. El sistema preventivo establece mecanismos de control que operan con antelación al ejercicio del derecho. El sistema represivo, en cambio, sólo opera una vez que el individuo ha ejercido el derecho de opinión, y persigue que se haga efectiva la responsabilidad civil o penal derivada del abuso cometido en dicho ejercicio. Esto último tiene que ver con la idea de que todo derecho otorgado a un individuo conlleva la responsabilidad consiguiente por los delitos y abusos que se cometan al ejercerlo. En el caso del derecho de opinión, esta consecuencia mira, en lo esencial, a que se respeten los derechos de las demás personas, individual o socialmente consideradas. [Pero la determinación del alcance específico de tales "derechos", por las antinomias que surgen entre estos y derechos de otras personas, plantea problemas difíciles.]

Hasta la entronización de la Doctrina de la Seguridad Nacional en algunas Constituciones latinoamericanas, la doctrina imperante en la gran mayoría de nuestros países correspondía a la evolución de los principios liberales:

— El derecho humano de opinión es superior a la necesidad de prevenir la alteración del orden público o la transformación del ordenamiento constitucional.

— La censura previa de las opiniones debe ser erradicada, puesto que constituye una virtual negación del derecho de opinión.

— No obstante, la garantía constitucional conlleva responsabilidades ulteriores a su ejercicio.

(Los bienes protegidos por las normas sancionatorias de los abusos en el ejercicio de este derecho comprenden desde la honra de la persona hasta la mantención de la forma de gobierno.)

367

— En general, las conductas sancionables consisten en la ejecución de delitos contra la reputación o el honor de las personas; o en inducir, mediante la manifestación de una opinión, a la comisión de otros delitos tipificados en el Código Penal. No está contemplado el delito de opinión.

(La responsabilidad intelectual de quien vierte una opinión no puede transformarse en responsabilidad penal.)

— Sin embargo, se han introducido en situaciones de excepción constitucional facultades administrativas para restringir el ejercicio del derecho de opinión cuando, a juicio de la autoridad, atente contra valores subyacentes en conceptos equívocos, tales como el orden público, la moral, las buenas costumbres, la seguridad estatal, etc. En este caso, desde luego, se concede a la autoridad el arbitrio de apreciar la peligrosidad de la opinión.

Dos sistemas de restricciones del derecho de opinión aparecen en los distintos ordenamientos constitucionales: el preventivo y el represivo.

El sistema preventivo establece mecanismos de control que operan con antelación al ejerciico del derecho. En la generalidad de los países existen controles que se refieren más a la fundación y operación de los medios de comunicación social que al contenido de las opiniones. En cuanto se refiere al contenido de las opiniones, dos son las prevenciones más comúnmente aplicadas. Una, la censura previa o revisión, por parte de la autoridad pública, de toda opinión destinada a ser emitida. Esta forma de control previo implica coartar el derecho de opinión. La otra, consiste en la modalidad del depósito previo de dinero o fianza destinado a hacer efectivas las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas de un ejercicio abusivo del derecho. Esta prevención, en realidad, no coarta la libertad de emitir las opiniones, sino más bien garantiza que la amenaza de sanción sea real y surta efecto en el agente de la opinión. Desde luego, dependiendo del monto de la fianza y de la capacidad económica del afectado, puede conducir a la autocensura de las opiniones. Finalmente, no se puede olvidar que, en la práctica, se establecen controles previos de carácter indirecto no contemplados expresamente en el ordenamiento jurídico, tales como el manejo por el Gobierno de la comercialización del papel de periódicos o de otros elementos de los medios de comunicación, y otros mecanismos destinados a impedir la libre comunicación de las opiniones.

El sistema represivo, en cambio, sólo opera una vez que el individuo ha ejercido el derecho de opinión, y persigue que se haga efectiva la responsabilidad civil o penal derivada del abuso cometido en dicho ejercicio. Por tanto, el sistema represivo, en principio, no coarta el derecho de opinión. La consecuencia de todo derecho otorgado a un individuo es la responsabilidad consiguiente por los delitos y abusos que se cometan al ejercerlo. En el caso del derecho de opinión esta consecuencia mira, esencialmente, a que se respeten los derechos de las demás personas, individual y socialmente consideradas.

Todas las legislaciones castigan los delitos comunes que se cometen en el ejercicio de este derecho. Se trata, por cierto, de provocar mediante la opinión un daño sancionado penalmente. Las conductas comúnmente sancionadas por la legislación penal son la injuria y la calumnia. Este punto nos sugiere dos cuestiones a plantear. La primera de ellas dice relación con la participación criminal. Cuando se calumnia o injuria a otro, no cabe duda que la opinión es en sí misma constitutiva de delito. Estamos aquí frente a un caso de autoría directa. Distinto es el caso de la inducción, mediante la emisión de una opinión, a la comisión de un delito por otra persona. Para que la inducción sea tal, la opinión debe tener relación directa con la ejecución del hecho. Una interpretación extensiva que incluye en este concepto la inducción indirecta ha sido causa de muchos abusos en la sanción de determinadas opiniones. La segunda cuestión se relaciona con aquellas figuras delictivas contra los intereses estatales en general y contra la seguridad del Estado en particular. Cuando la opinión afecta a determinadas personas existen figuras penales como la injuria y la calumnia que no ofrecen dificultad en cuanto a la adecuación típica. En cambio, resulta extraordinariamente difícil establecer, en cualquier sociedad, en qué medida la opinión puede constituir algún grado de participación del emisor en, por ejemplo, una sublevación u otra acción subversiva. Aún más difícil es medir el peligro eventualmente causado a la segudidad del Estado por una opinión cuando no llega a consumarse una alteración institucional objetiva. Ello plantea la necesidad de revisar la tipificación de estos delitos.

En muchas legislaciones se recurre, también, a los denominados conceptos jurídicos indeterminados, para justificar sanciones posteriores al ejercicio del derecho de opinión. Son, generalmente: la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Se trata de conceptos no definidos en el Derecho positivo y, por tanto, necesariamente vagos y equívocos. Que una opinión resulte atentadora contra alguno de ellos

dependerá, pues, de la mayor o menor amplitud que, según la autoridad llamada a sancionar la emisión de aquella, posea la idea de seguridad nacional, orden público, moral o buenas costumbres. A ello se agrega la dificultad de distinguir, aun en caso de que se precisare más el contorno de esos conceptos, en qué grado la exteriorización de una idea efectivamente los afecta en su existencia o estabilidad. Esta política consagra la arbitrariedad y conduce, generalmente, a la autocensura de las opiniones, por temor a que la autoridad, estimando que se ha afectado, por ejemplo, la seguridad nacional, sancione al ciudadano.

En los delitos contra el honor de las personas —injurias y calumnias— tradicionalmente incorporados a las legislaciones penales de fundamento liberal, la opinión misma que se exterioriza constituye delito. En todos los demás casos la opinión puede, también, ser constitutiva de delito siempre que exista una relación directa entre su emisión y el resultado. Estamos aquí, en rigor, en presencia de una inducción al delito, de una provocación para que otros realicen la conducta. Si la persona, además de emitir la opinión, comete el hecho por propia mano, le será imputable la autoría directa y no la mera inducción.

En definitiva, en el sistema jurídico-penal occidental, en principio solo en los casos de los delitos contra el honor de las personas es posible que la opinión importe autoría directa de un delito. Por ello, afirmamos que la existencia del denominado delito de opinión es extraña a la tradición jurídica liberal que caracteriza al constitucionalismo y al sistema jurídico-penal occidentales. Estamos frente al delito de opinión, también denominado por algunos "delito de propaganda", cuando aquella opinión que no se refiere a la honra o reputación de las personas, sino a materias de orden social o político, es elevada a la categoría de delito. Se puede definir el delito de opinión como aquella figura típica que consiste en la propagación de una idea mediante acciones que no constituyen otros delitos sancionados en el ordenamiento penal tradicional. Si para la propagación de una idea se usurpa la propiedad de un medio de comunicación, el delito es usurpación, pero no delito de opinión. Los ejemplos son numerosos. Lo que un ordenamiento jurídico sanciona al crear el delito de opinión es, en verdad, la propagación no violenta de una idea determinada. Quien se limita a expresar una determinada idea sin inducir a la comisión de un delito ni injuriar o calumniar a una persona, solo puede ser sancionado si existe el delito de opinión.

370

Los casos típicos de delitos de opinión se refieren, desde luego, a la propagación de ideas contrarias a la estructura política, social y económica de un país. En alguna legislación, por ejemplo, será constitutivo de delito el adherir a una determinada doctrina o ideología y propagar sus contenidos. En otra, el comunicar opiniones favorables a la transformación del ordenamiento institucional.

II

Las Constituciones se distinguen entre sí, en la materia, según como regulen los siguientes renglones, entre otros: *a)* cuáles son los *límites* que prevén para dichas libertades, o sea, a qué conceptos indeterminados recurren para señalar que, en cuanto la expresión pueda "atentar" contra lo que se impute como contenido a estos, ella deja de ser legítima y, por tanto, puede ser coartada; *b)* con qué detalle están formulados los *medios jurídicos* utilizables para hacer valer, ya sea la afirmación de la libertad, ya sea la imposición de restricciones a ella; *c)* en qué medida el manejo de estas últimas queda librado a la *discrecionalidad* de los gobernantes y de sus funcionarios, o sea, hasta qué punto ellos son libres para determinar la interpretación de los conceptos indeterminados aplicables (o, dicho de otra manera: cómo pueden los particulares, sin violar el orden constitucional, resistir a las interpretaciones restrictivas —censura, etc.— que decidan imponer las autoridades).

Nuestra pauta heurística es que: cuanto más escasas y de menor entidad sean las limitaciones constitucionales previstas en relación con la posibilidad de que los particulares expresen *cualesquiera* pensamientos (comunicación de hechos reales o no; exposición de ideas, acertadas o no; etc.); y cuanto mayores, en cambio, sean los impedimentos, limitaciones y controles a que estén sujetos los órganos estatales —sobre todo, el Poder Ejecutivo y los funcionarios que dependen de él— en lo relativo a impedir o di-

ficultar la emisión (pública o privada) de cualquier pensamiento por parte de *cualquier* persona: tanto mayor será no solo la libertad real de expresión que se dé bajo ese orden jurídico, sino asimismo el respeto corriente por los derechos humanos en general. El mejor índice de que se disfruta de un aceptable nivel de libertad de expresión del pensamiento es que no exista *ningún* tipo de censura, excepto para menores de edad o para exhibiciones en la vía pública. En la medida en que cada Constitución se aleje lo menos posible de este ideal, tanto mayor respeto mostrará por la libertad de expresión del pensamiento. En particular, establecer la prohibición constitucional de recurrir a censuras previas constituye un excelente síntoma en ese sentido. También lo es el hecho de utilizar conceptos indeterminados lo menos "peligrosos" posible al señalar las limitaciones que, de cualquiera manera, la Constitución acepta para dicha libertad; sobre todo, evitar que esos conceptos sean de aquellos que más ostensiblemente delatan un específico contenido político-ideológico (por ejemplo: "totalitario", "socialismo", etc.).

De acuerdo con el criterio heurístico adelantado, como principio puede señalarse, para examinar cada Constitución, que: cuanto menos posibilidades de censura —sean por las causales que fuere— deje aquella en manos de las autoridades, tanto más probable es que estas no logren violar impune y corrientemente los derechos humanos de quienes no comparten su ideología política (o las maneras de llevarla adelante), y aun los de muchas otras personas. Cuanto menos limitaciones existen a la posibilidad de expresar cualesquiera pensamientos por parte de todas las personas en un país dado, menos riesgos corre allí el respeto a los derechos humanos en general. (No quiere decir, por supuesto, que se trate de una regla absoluta: cf. *infra,* § 81.I *in fine.*)

372

§ 80. Disposiciones constitucionales

SUMARIO:

I. Apreciación panorámica:
— libertad de difusión
— libertad en materia religiosa
— libertad de enseñanza
— extranjeros.
II. Algunos ejemplos aprovechables
III. Conclusión.

Subrayaremos algunos aspectos de la manera en que las Constituciones latinoamericanas resuelven lo concerniente a los principios por los que el orden jurídico interno ha de regirse en la materia. Sin embargo, así como lo hiciéramos al encarar la defensa judicial de los derechos humanos, también ahora dejaremos de lado lo relativo a las condiciones particulares, habitualmente muy restrictivas, en que dicha libertad queda bajo los estados de excepción (*supra*, cap. VII); pero importa subrayar que, en cuanto tales estados resulten más o menos habituales, las limitaciones que aquí señalaremos se harán mucho más extremas, mientras que los principios de liberalidad en la materia quedarán entonces muy reducidos, o simplemente sin efecto.

I

Libertad de difusión.—

En su mayoría, las Constituciones *no* prohíben que se imponga una censura previa a la prensa, en las distintas modalidades de esta; menos aún, a los espectáculos públicos, especialmente el cine. La censura queda así admitida, en forma expresa o tácita, con base en los referidos conceptos indeterminados. Por otro lado, estos abren igualmente la posibilidad de ejercer otros tipos de censura, algunos de los cuales son más indirectos.

Por ejemplo, se ha llegado a invocar el "orden público' (no en la Constitución misma, pero sí en legislaciones secundarias basadas en ella) para justificar la exigencia de una colegialización obligatoria como requisito indispensable para ejercer el periodismo[30]. Esto constituye una palmaria violación a expresar libremente el pensamiento por *cualquier* medio. Lo es, en efecto, por más de un motivo. Ante todo, porque dicha libertad ya no resulta ser, entonces, un derecho de *todas* las personas, sino que queda restringida a una élite profesional. Luego, porque la integración de esa élite, a su vez, está sometida, directa o indirectamente, a los controles que desee establecer el Estado, por medio del tipo y sede de aquella "formación" que este establezca como indispensable para obtener el título profesional respectivo. Finalmente, porque la permanencia misma dentro del grupo elitario dependerá del constante acatamiento de lo que disponga el colegio respectivo, es decir, la mayoría de sus miembros o simplemente su directiva; o sea, que siempre queda abierto el riesgo de que pierdan la posibilidad de seguir ejerciendo el periodismo las personas o grupos que se aventuren a expresar heterodoxias o, en general, lo que no agrade a ciertos puntos de vista dominantes sobre cuestiones de moral o costumbres[31].

La colegiatura *obligatoria,* en esta materia, constituye una violación generalizada al derecho de expresión de la inmensa ma-

---

(30) Por ejemplo, véase la sentencia que en fecha reciente dictó la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: *supra,* § 31.II (y *vid.* también § 28.VI-VII).

(31) En Costa Rica también se dio el hecho, hace poco (1984), de que el Colegio de Periodistas efectuó públicamente gestiones ante las autoridades (Ministerio de Gobernación) para conseguir que un periódico (*Extra*) fuera *clausurado* por atentar contra la "moral pública". Ese empeño no ha tenido éxito, hasta el momento, pero no deja de ser revelador. Por si no bastara con la violación general que del derecho de expresión implica el restringir su ejercicio en aspectos fundamentales a una élite profesional, por añadidura existe el peligro de que esa élite, o sus ocasionales dirigentes, entiendan que les corresponde asumir deberes de Torquemada.

yoría de la población, esto es, al de todas las personas que no son periodistas profesionales. Al reservarle en *monopolio* a una pequeña élite de 'instruídos' cualquier modalidad de expresión que sea calificada como "periodismo", esta deja de ser un derecho *humano,* queda encogida a la condición de derecho *meramente* profesional, como el de conducir un taxi o ser veterinario. En el fondo de ello hay, bien mirado, una concepción antiigualitaria y antiliberal respecto a la libertad de palabra: esto es, la idea de que solo pueden hablar los que "saben" y, más aún, solo aquellos que hayan acreditado ese saber de acuerdo con pautas impuestas o aceptadas por la maquinaria estatal. Es el Estado, en última instancia, quien decide los que *pueden* —una minoría— y los que *no* pueden —la gran mayoría— dar a conocer tales o cuales cosas públicamente. Con ello, las autoridades estatales dejan de lado el principio básico del sistema democrático:

> "Los hombres libres e iguales tienen el derecho de elegir al más inteligente de su cuerpo (político) para dirigir sus asuntos, pero el más inteligente del cuerpo político no tiene el derecho de desvirtuar *(distort)* el pensamiento del cuerpo político reglamentándole o negándole su libertad de averiguar *(seek)* y discutir" (SANDIFER, p. 179).

Hasta en el mejor de los casos, vale decir, respecto a puntos para los que la libertad de expresión no queda recortada nítidamente por dicha colegialización o si el Estado no aplica esas leyes en forma rigurosa, de todas maneras "hay una cierta espada de Damocles" (GARCIA B.) que está allí, lista para caer, en el momento que sea, sobre quien ose exteriorizar por los medios de difusión cosas confinadas al monopolio de la palabra otorgado al gremio periodístico, si el que lo hace no tiene el privilegio de pertenecer a este grupo.

Por otro lado, tiene razón MONTEALEGRE en llamar la atención sobre la circunstancia de que "el derecho al ejercicio del periodismo tendría que ser calificado también como un derecho a informarse sobre la suerte de los *derechos humanos fundamentales.* Nunca se podría restringir el derecho a informar y a escribir en la prensa si, en primer lugar, se trata de una información vital, que la persona conoce, de lo que está ocurriendo con el derecho a la vida (por ejemplo, en un determinado lugar rural, apartado) o, en general, con los derechos humanos fundamentales. Cualquier persona que tuviera información sobre la suerte que están corriendo estos, debería poder darla a conocer públicamente; ese derecho no podría jamás ser restringido por una cole-

375

giatura". [Sin embargo, tal restricción cuenta ahora con el apoyo de la CIDH: cf. *supra*, § 28.VI.]

Otra fuente, todavía más grave, de limitaciones (por lo menos potenciales) a la libertad de prensa, es que la concesión o el retiro de autorizaciones para ocupar frecuencias de emisión radiales y televisivas dependa de la voluntad de órganos estatales. Por supuesto que estos podrán siempre ampararse en alguno de aquellos conceptos indeterminados, para impedir que salgan al aire las estaciones que les resulten "incómodas" —de hecho, así, la televisión se encuentra más o menos censurada en todos los países del mundo—.

Fuera de la censura que responde a razones de orden propiamente político, también hay impedimentos que las autoridades ponen a la libertad de difusión que obedecen a la presión de ideologías dominantes en materia moral o religiosa. Particularmente cuando el Estado tiene una religión oficial, esto suele traducirse, fuera de otras consecuencias, en recortes a la libertad de difundir expresiones que disgusten a los operadores (personal de las instituciones religiosas) de dicha ideología y a aquellas otras personas sobre quienes estos ejercen influencia fuerte. Entonces no se tolera el derecho a exponer públicamente o conocer —¡ni siquiera en locales cerrados!— expresiones condenadas por tal ideología, no se respeta el derecho a "equivocarse" o tener "mal gusto". Toda la población queda sujeta al nivel de menores de edad, en esas materias; con excepción, claro está, de los miembros de la Oficina de Censura, moderno comité de "sabios", con funciones que PLATÓN les anticipara para su *República*, encargados de resolver lo que *otros* pueden o no pueden ver y escuchar. (Naturalmente, los censores no resuelven en esto por cuenta propia, sino como delegados de aquella ideología: cual los "sabios" de PLATÓN, portavoces de la Idea absoluta del Bien, que en la mente de ellos irradia su luz inconfundible.) He aquí un ejemplo, interesante sobre todo por provenir de un país donde las limitaciones jurídicas a la libertad de expresión son, en general, de índole menor:

> "Las siguientes son las últimas películas calificadas por la Oficina de Censura: (...)
>
> PAPAYA DEL CARIBE: Dramática de contenido pornográfico; mezcla de sexo y violencia; *baja calidad* artística

y técnica. No debe exhibirse por *protección* [¡¡!!] al consumidor. NO AUTORIZADA.

LA VIUDA NEGRA: Contenido sexual, *regular calidad.* Describe la pasión sexual entre un sacerdote de un pueblo y su ama de llaves. Es una combinación de sexo y religión que *atenta* y *ofende las creencias* religiosas costarricenses. NO AUTORIZADA" (diario *La Nación* de Costa Rica, ejemplar del 20 de noviembre de 1984, p. 16 C; cursivas nuestras).

Los ecos platonizantes son manifiestos. Especialmente las expresiones que hemos puesto en cursiva expresan la convicción de que hay allí un saber *absoluto,* tanto en lo estético como en lo ético-religioso, que logra su encarnación en el pensamiento de los censores. Tales premisas platonicistas son desarrolladas hasta sus últimas conecuencias en otros regímenes, al máximo en los de ideología leninista, donde la "sabiduría" de los censores llega a extenderse a prácticamente todas las materias (por ejemplo, ahora la censura en Nicaragua abarca hasta lo que se dice en las misas, casi tanto como la impuesta a los informes de la Comisión Permanente de Derechos Humanos de ese país).

Nota.—Sobre la censura, cf. LASKI, p, 71 ss. ("...la oficina del censor es un camino que conduce a la locura"); *vid.* también, *supra,* la cita de este autor presentada en el acápite de este capítulo.

* * *

Libertad en materia religiosa.—

La mayor parte de las Constituciones introducen restricciones en tal rubro. En algunos casos, estas tienen que ver con la proclamación de una religión oficial, a la cual le son otorgados algunos privilegios que pueden coartar la libertad de quienes creen en otras religiones o en ninguna. Por ejemplo, donde para desempeñar determinadas funciones públicas es necesario cumplir con ciertas fórmulas de la religión oficial, cuando se prohíben los cultos que sean contrarios a la "moral" propia de esta última[32], si hay censura de es-

(32) Es el caso, por ejemplo, de una disposición como la siguiente: "Se garantiza la libertad de todos los cultos que *no sean contrarios* a la moral cristiana ni a las leyes" (Const. Colombia, art. 53.2).

377

pectáculos por "atentar" contra creencias religiosas (*vid.*, p. ej., el caso de censura cinematográfica que acabamos de transcribir), etc.

Que las restricciones inspiradas en motivos religiosos pueden no ser inofensivas lo demuestra el "hecho ... indiscutible (de) que el libre pensamiento en el curso de los siglos se erigió *oponiéndose* al pensamiento religioso" (BAYET, p. 7 —cursiva nuestra); para pruebas de esta afirmación, cf. *in toto* el estudio de BAYET. Las distintas religiones, por el hecho de que cada una de ellas se considera en poder de la verdad *absoluta* y con la misión de inculcarla, no pueden sino tratar de impedir, en la medida en que tengan la fuerza social para hacerlo, que puedan ser conocidas cualesquiera ideas susceptibles de afectar negativamente a sus respectivos dogmas. La Iglesia Católica, por ejemplo, ha sido clara al respecto.

"El 15 de agosto de 1832, Gregorio XVI, en la encíclica *Mirari vos,* denuncia ... 'esta máxima falsa y absurda o más bien este delirio: que se debe procurar y garantizar a cada uno la libertad de conciencia... A esto se suma la libertad de prensa, libertad muy funesta, execrable, frente a la cual nunca tendremos suficiente horror y que algunos hombres osan, con mucho ruido e insistencia, pedir y extender por todas partes'. (...) Pío IX, el 8 de diciembre de 1864, en la encíclica *Quanta cura,* ... [se refiere a eso que] 'nuestro predecesor Gregorio XVI llamaba *delirio:* que la libertad de conciencia y de cultos es un derecho propio de cada hombre, que debe ser proclamada y asegurada en todo Estado bien constituido, y que los ciudadanos tienen derecho a la plena libertad de manifestar públicamente sus opiniones cualesquiera sean, mediante la palabra, la impresión o de otra manera, sin que la autoridad eclesiástica o civil pueda limitarlo..., no tienen en cuenta que sosteniendo estas afirmaciones temerarias predican una libertad de perdición'. El 5 de mayo de 1874 Pío IX denuncia 'una plaga horrible que aflige a la sociedad humana y que se llama *sufragio universal*... y que merecería ser llamada *mentira universal*' " (BAYET, p. 98-99 —para más detalles, cf. el cap. IX *in toto,* del cual hemos extractado esta cita—; *vid.* también TOPITSCH, *Sozialphilosophie...,* p. 77 ss.).

En el mismo sentido se pronuncia, en fecha más reciente (1948), la revista *La Civiltà Cattolica:* "Como la Iglesia Católica Romana está convencida, sobre la base de sus divinas prerrogativas, de que es la única verdadera Iglesia, tiene por fuerza

que exigir el derecho a la libertad para ella sola, pues un tal derecho a la libertad sólo puede competer a la verdad, y jamás al error. Por lo que hace a las demás religiones, la Iglesia no desenvainará, sin duda, nunca por sí misma la espada contra ellas, pero pedirá que mediante procedimientos legítimos se les impida difundir sus falsas doctrinas. Por tanto, en un Estado en que la mayoría de la población sea católica, la Iglesia exigirá que se niegue existencia jurídica al error ... En otros muchos países los católicos se verán en cambio obligados a exigir la plena libertad religiosa para todos, pero será cuando vean que para subsistir ellos mismos no tienen más remedio que admitir una convivencia con los demás, aunque en justicia sólo ellos tienen derecho a ella... La Iglesia no tiene por qué avergonzarse de su falta de tolerancia, predicada como principio y puesta además en práctica" (cit. en BRECHT, p. 350; cit. también, en versión alemana, por TOPITSCH, *Sozialphilosophie...*, p. 80).

Sería injusto, empero, creer que posiciones semejantes son privativas de tal o cual religión en particular; véase también las exigencias de otros cultos oficiales, por ejemplo el caso de Israel, por no hablar del Irán. En realidad, siempre la consagración de una religión oficial constituye, en mayor o menor medida, un motivo de restricciones para libertades, particularmente para las de expresión del pensamiento. Por eso, solo el Estado completamente laico es capaz de respetar en forma *íntegra* la libertad de creencia de todos los ciudadanos. (Cf. también la cita de LASCARIS incluida *supra*. § 4.III *in fine*.)

Por otro lado, algunos textos constitucionales someten las congregaciones religiosas, o al menos sus cultos, y se trate o no de religiones oficiales, a unos "controles" administrativos. Estos se le cometen a la legislación secundaria, que ha de establecerlos con base en los conceptos indeterminados usuales. O bien, se dice que los cultos son libres pero no deben ser "contrarios a las leyes"; de esa manera, las "leyes" podrían imponerles cualquier restricción[33].

Hay también Constituciones que prohíben, en especial, toda "mezcla" entre las ideologías religiosa y política, ya

(33) Véase, por ejemplo, las disposiciones siguientes:
"La *ley* regula las actividades de las instituciones religiosas"

sea de una manera completamente general, o como valla particular para la libertad de palabra que tienen los ministros del culto[34]. Ello constituye no solo una violación fundamental del derecho que también a esos ministros les corresponde, como persona humana, de expresarse libremente, sino también una violación *general* al derecho que los fieles (y también quienes no lo son) tienen de conocer *cualquier* tipo de pensamientos, sea quien sea su autor o emisor.

* * *

Libertad de enseñanza.—

La mayor parte de las Constituciones señalan que habrá "controles" para la enseñanza, sobre todo la de

---

(Const. Cuba, art. 54.2).

"El culto estará sometido a la suprema *inspección* del Ejecutivo Nacional, de conformidad con la ley" (Const. Venezuela, art. 65.2).

Desde luego que un resultado de orden similar puede conseguirse también tomando como base simplemente una disposición limitativa genérica, formulada por medio de los conceptos indeterminados más usuales de la clase *(b)*:

"La Constitución asegura a todas las personas: (...) La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la *moral*, las *buenas costumbres* o el *orden público*" (Const. Chile, art. 19.6°.1).

(34) He aquí un ejemplo:

"Los ministros de las diversas religiones, no podrán ... hacer en *ninguna forma* propaganda política, invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, para tal fin, de las creencias religiosas del pueblo" (Const. Honduras, art. 77.2).

Pero más detallada en el señalamiento de restricciones a la libertad de expresión en esas áreas es la Constitución mexicana, la cual llega hasta a establecer una prohibición como la siguiente:

"Las publicaciones periódicas de carácter confesional, ya sean por su programa, por su título o simplemente por sus *tendencias* ordinarias, no podrán *comentar* asuntos políticos nacionales, ni *informar* sobre actos de las autoridades del país, o de particulares, que se relacionen directamente con el funcionamiento de instituciones públicas" (art. 130.13; *vid.* también los incs. 9 y 14 del mismo artículo).

380

los primeros ciclos. Algunas se preocupan, además, porque esta responda a ciertos principios ideológicos, para lograr determinada "formación" en los educandos[35].

En el caso de que tanto lo uno como lo otro quede circunscrito a la esfera de la enseñanza estatal, y la de centros privados que deseen ser reconocidos para efectos de otorgar diplomas con valor oficial, esas limitaciones —o, si se quiere, "encauzamientos"— son tan naturales como inevitables, pues todo Estado tiende a imponer su propia ideología en aquellas actividades que él mismo realiza o que se encuentran sometidas a una autorización suya (vale decir, cuando dependen de un permiso que él les otorgará *o no*). En cambio, el peligro de un adoctrinamiento *único* pasa a ser sencillamente inevitable, para *todos* los educandos, allí donde el Estado no solo determina el tipo de enseñanza que se dará en sus propios establecimientos y en los privados que *deseen* ser asimilados a

---

(35) He aquí un ejemplo:

"Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la *suprema* inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y *privados*, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la *mejor formación* intelectual, moral y física de los educandos" (Const. Colombia, art. 41.1).

Y más peligroso aún, sin duda, es cuando la fórmula constitucional llega a establecer que la educación tendrá que ajustar su paso a unos borceguíes como los siguientes:

"*inculcará* y fomentará en los educandos profundos *sentimientos hondureñistas* y deberá vincularse *directamente* con el proceso de desarrollo económico y social del país" (Const. Honduras, art. 151). [Respecto al nacionalismo, *vid. supra*, § 64.III.]

Afán "inculcativo" que, llevado hasta sus últimas consecuencias, no puede llamar la atención que lleve a establecer, algo más al norte, también una disposición como esta otra:

"En su política educativa y cultural se atiene (el Estado) a los postulados siguientes:

a) fundamenta su política educacional en la concepción científica [¿¿??] del mundo, establecida y desarrollada por el *marxismo-leninismo;*

b) la enseñanza es función del Estado. En consecuencia los centros docentes son estatales" (Const. Cuba, art. 38 *in limine*)

(Téngase en cuenta también lo que dice el art. 64 de esta Constitución: *supra*, § 64.III.)

381

estos, sino cuando lisa y llanamente está prohibido enseñar de *otras* maneras, o sea, cuando el control oficial se extiende a *todo* centro de enseñanza del nivel en cuestión[36].

Aun en la segunda de las dos hipótesis que acabamos de señalar, sin embargo, el *grado* de adoctrinamiento y el contenido mismo de este varían de Estado a Estado. Según que se trate de un ordenamiento jurídico que en sus líneas generales es pluralista o autoritario, y en consonancia también con el "clima" de mayor o menor tolerancia que exista en el país, la enseñanza oficial será, respectivamente, más "abierta" y menos monocorde o más dogmática y menos heterogénea. Desde el punto de vista del otorgamiento de las menores posibilidades legales para imponer una enseñanza dogmática, sea en instituciones estatales o en centros privados, en el plano de las formulaciones constitucionales lo mejor sería no proponer principios de *ninguna* naturaleza para la "formación" de los educandos; salvo, si se quiere, el principio de que se *prohibe* "inculcar" ideología alguna, o formulado de otra manera, que se ordene poner al alcance del conocimiento la *mayor variedad* de ellas que sea materialmente posible.

Discusión.—

MONTEALEGRE:

Creo que está, tal vez, un poco vagamente expresado el punto [se refiere a las últimas líneas anteriores, a partir de: "Desde el punto de vista..."]. Sí consideraría, yo, que debe ser un principio constitucional, precisamente, el de la enseñanza de los derechos humanos. Esta es una obligación internacional.

---

(36) Claro que tales peligros están siempre latentes, de todas maneras, por cuanto el Estado puede invocar en cualquier momento las consabidos conceptos indeterminados:

"La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la *moral*, las *buenas costumbres*, el *orden público* y la *seguridad nacional*" (Const. Chile, art. 19-11°.2).

382

La cuestión de la enseñanza frente a los derechos humanos tiene un doble aspecto. En primer lugar, está el derecho a la enseñanza; ese es un primer aspecto. Toda persona tiene derecho a la enseanza, en los términos en que lo formula la Declaración Universal, en su artículo 26. Pero este dice no solamente que toda persona tiene derecho a la enseñanza, sino que en su inc. 2 agrega —segundo aspecto— que toda persona tiene derecho a una enseñanza especial, que la declaración de los Pactos define; y esta enseñanza es una enseñanza de derechos humanos. Es decir, que hay una obligación internacional de enseñar los derechos humanos. El contenido mismo de enseñar los derechos humanos, por lo tanto, debiera ser una obligación constitucional. En ese sentido, yo no estaría de acuerdo en que la fórmula ideal es abrir la posibilidad para cualquier tipo de enseñanza, pues podría ser una enseñanza que no incluyese los derechos humanos; sino que debiera haber una obligación constitucional específica de enseñar los derechos humanos, integralmente considerados.

HABA:

Por mi parte, no objetaría que haya una enseñanza obligatoria de derechos humanos, y ni siquiera que ello esté consagrado como obligación constitucional (como se hace, por ejemplo, en el art. 2.23 de la Constitución peruana: *infra,* a la altura de la n. 49). Lo que considero fundamental, eso sí, es que tal enseanza no llegue a traducirse en interdicciones de enseñar, *además,* cualesquiera *otras* ideologías. Estoy de acuerdo con que los derechos humanos sean enseñados, en todos los niveles, siempre y cuando ello se ajuste a las dos condiciones siguientes (por lo menos a partir de la enseñanza media): 1. que esos conocimientos sean impartidos *sin dogmatismos,* vale decir, haciendo conocer también la variedad de interpretaciones que existen al respecto, por lo menos las principales y más divergentes entre sí, e incluso las críticas más severas formuladas *contra* dicha doctrina; 2. que no se prohíba que, en todo caso fuera de los centros de enseñanza oficiales, pueda ser difundida *cualquier* otra ideología, por más contraria que esta sea a las de los derechos humanos. Las líneas a que se refiere MONTEALEGRE no deberían ser interpretadas, jamás, en el sentido de que aconsejen *impedir* la enseñanza de los derechos humanos, y ni siquiera en el de impedir que se establezca una obligación constitucional de llevarla a cabo. Solo pretenden salirle al paso, por las dudas, a la posibilidad de que tal obligación sea llevada a

383

cabo de manera dogmática y, peor aún, llegar a interpretarla como una autorización para que el Estado prohíba que se enseñen también *otras* ideologías, sean cuales fueren. (Sobre esto, *vid.* también *infra,* cap. XI, esp. §§ 104 y 105.II.)

* * *

Extranjeros.—

Algunas Constituciones establecen restricciones especiales a la libertad de palabra para los extranjeros. Les ordenan callar en todo aquello que pueda considerarse asunto de "política", por lo menos en cuanto a la de ese país en que están residiendo. Esta *capitis diminutio* impuesta a la circulación de ideas, tributaria como es de angostamientos nacionalistas que hacen víctima suya a la libertad de expresión, se encuentra entonces elevada a mandato constitucional[37].

En forma análoga a lo que señalamos respecto a las restricciones impuestas en esa materia a los religiosos, también aquí estamos ante una violación doble del derecho humano a expresarse. Por un lado, se niega su universalidad, al coartarlo (aunque sea parcialmente) para unas clases de personas en razón de su origen, o sea, discriminando en la "dignidad' de los pensamientos según provengan de ciudadanos o "metecos". Por el otro lado, también queda coartada, paralelamente, la propia libertad de los ciudadanos, en cuanto hasta a estos se les impide enterarse —¡incluso a quienes quisieran conocer esas opiniones!— de lo que respecto a ciertos problemas nacionales puedan pensar tales o cuales personas. (Cf. *supra,* § 11.IV *in fine,* las razones que señala ORTIZ en favor de dichas restricciones.)

---

(37) El ejemplo más notorio en esta materia, aunque no el único, lo suministra el siguiente precepto de la Constitución mexicana: "Los extranjeros no podrán de *ninguna* manera *inmiscuirse* en los asuntos políticos del país" (art. 33.2).
Pero hay también Constituciones que adoptan una posición distinta: cf. los preceptos que se señalan en la n. 45, *infra.*

Si bien la validez de un derecho humano no se mide por la cifra de quienes podrían querer ejercerlo, cabe anotar que el número de extranjeros es bastante alto en varios países latinoamericanos. Pero más importante que esto son las razones de fondo para sostener que a *nadie,* sea quien fuere y esté donde esté, debería negársele la libertad de expresarse con respecto a *cualquier* asunto: cf. las conocidas puntualizaciones efectuadas por John Stuart MILL en su clásico ensayo *On Liberty.* Acogiendo esta tradición, a diferencia de aquellas Constituciones, ninguno de los Instrumentos hace distinción alguna entre nacionales y extranjeros, en cuanto al derecho a expresarse (cf., por ejemplo, el art. 13.1 de la Convención: "*Toda* persona...").

II

Aun cuando el panorama general de los textos constitucionales examinados no abunda en disposiciones que le impongan al Estado verdaderas "ligaduras" jurídicas para *impedir* que él intervenga en perjuicio de las libertades de expresión, de todos modos cabe señalar algunas disposiciones que son más felices a este respecto. En tal sentido, merecen ser destacados preceptos como los siguientes:

— prohibiciones relativas a interponer unas vías indirectas de coartarle el ejercicio de su libertad de emisión a los medios masivos de difusión (Honduras)[38];

(38) "Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones" (Const. Honduras, art. 72).
"Los talleres de impresión, las estaciones radioeléctricas, de televisión y de cualesquiera otros medios de emisión y difusión del pensamiento, así como todos sus elementos, no podrán ser decomisados ni confiscados, ni clausuradas o interrumpidas sus labores por motivo de delito o falta en la emisión del pensamiento, sin perjuicio de las responsabilidades en que se haya incurrido por estos motivos de conformidad con la ley" (*ibid,* art. 73.1)

785

— determinación amplísima del ámbito de la libertad de expresión y recalcando que ella será sin previa censura (Perú, Uruguay)[39];

— establecer que es "delito" toda acción que entorpece la aparición o circulación de algún órgano de expresión (Perú)[40];

— señalamiento expreso de que se reconoce también el derecho de guardar reserva sobre cualesquiera convicciones (Perú)[41];

— derecho de los padres a escoger libremente la educación para sus hijos (Perú, Uruguay)[42];

— subrayar el principio de la libertad de cátedra en la enseñanza universitaria (Perú, Costa Rica)[43];

"No se puede restringir el derecho de emisión del pensamiento por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares del material usado para la impresión de periódicos; de las frecuencias o de enseres o aparatos usados para difundir la información" (*ibid*, art. 74).

(39) "*Toda* persona tiene derecho: (...)
A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, *sin previa autorización, censura ni impedimento alguno*, bajo las responsabilidades de ley" (Const. Perú, art. 2.4°.1).
Cf. también los preceptos del Uruguay transcritos *infra*, n. 45.

(40) "También es delito *toda* acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación" (Const. Perú, art. 2.4.3.). Cf. también los artículos de la Constitución hondureña transcritos *supra*, n. 38.

(41) "Toda persona tiene derecho: (...)
A guardar reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas o de cualquier otra índole" (Const. Perú, art. 2.17°).

(42) "Todo padre o tutor tiene derecho a *elegir*, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones *que desee*" (Const. Uruguay, art. 68.2).

(43) "La libertad de cátedra es principio fundamental de la enseñanza universitaria" (Const. Costa Rica, art. 87).

— otorgamiento, sin ningún tipo de restricciones, de la libertad religiosa, imponiendo una total abstención de cualesquiera toma de posesión o intervención estatales en tal materia (Uruguay)[44];

— reconocimiento de esos derechos humanos para absolutamente todas las personas, sin establecer distinción alguna entre ellas por razones de origen, ciudadanía, actividades religiosas o cualquier otra condición personal (Uruguay, Perú)[45].

III

CONCLUSION.— Puede decirse que, en general, la libertad de expresión del pensamiento no se halla bien protegida por las Constituciones latinoamericanas. Pero no faltan las gradaciones, tanto por lo que hace a la medida en que el propio texto constitucional impone restricciones (o al menos abre puertas para que el Estado las imponga), como también en función de lo que dispone la legislación secundaria y según cuál sea el clima político del país considerado. En cuanto a las formulaciones que presentan los textos constitucionales mismos, conforman un espectro en uno de cuyos extremos estarían Cuba y Chile, seguidos de cerca por México y Brasil, como ejemplos de países cuyas Cartas contienen restricciones particularmente severas para el ejercicio de tales libertades. Como ejemplo casi solitario de un reconocimiento bastante amplio de estas, en el otro

(44) "*Todos* los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión *alguna*" (Const. Uruguay, art. 5 *in limine*).

(45) Cf. el acápite del art. 2 de la Constitución peruana (*supra*, n. 39). En sentido similar, dice la Constitución uruguaya:
"Los *habitantes* de la República tienen el derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad" (art. 7.1)
"*Todas* las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes" (art. 8).

extremo, estaría la Constitución del Perú, seguida por el texto uruguayo de 1967 (prescindimos de los Actos Institucionales). Entre ambos polos —reconociendo con cierta amplitud algunas manifestaciones de dichas libertades, pero limitando en exceso otras— se ubican las restantes Constituciones examinadas.

§ 81. Impedimentos en regímenes autoritarios

SUMARIO:

I. Violaciones a la libertad de expresión en la realidad latinoamericana.
II. Leyes de Seguridad Nacional.

I

Nuestra hipótesis (*supra*, § 79.II) de que los impedimentos a la libertad de expresión están muy vinculados con la existencia, en el país respectivo, de una situación general caracterizada por violaciones de los derechos humanos más elementales, encuentra corroboración, por ejemplo, en hechos como los siguientes:

"De Argentina, la Comisión tiene informaciones según las cuales durante el período al que se refiere este Informe diversos medios de comunicación social como las revistas "La Semana", "Quorum" y "Línea" fueron suspendidos o clausurados temporalmente. Asimismo, en ocasiones, todos los medios de comunicación fueron objeto de prohibiciones para difundir determinadas noticias relativas a diferentes temas, entre ellos algunos de carácter político y otros que guardan relación con asuntos de orden público. También varios periodistas argentinos fueron objeto de interrogatorios, amenazas y hostigamientos en estos últimos doce meses.

"En Brasil, en aplicación de la Ley de Seguridad Nacional, de la ley de prensa y del Decreto Ley 1077 del 6 de enero de 1977, que tienen normas limitantes de la libertad de prensa, fue-

ron acusados y juzgados algunos periodistas tales como Julio de Mesquita Neto, Omar Bessio Trindade, Carlos Rafael Guimaraes, Elmar Bonnes da Costa, Rosuita Saueressig Laux, Paulo Roberto Ferreira y Juvencio Mazzarollo. La Comisión ha tomado conocimiento de declaraciones públicas de autoridades gubernamentales anunciando la disposición del Gobierno de modificar la Ley de Seguridad Nacional con el espíritu de permitir el pleno ejercicio de este derecho.

"En Chile, en el mes de marzo de 1983, la autoridad militar de la Universidad Católica se negó a conceder un espacio en el Canal de Televisión de esa Universidad al Cardenal Arzobispo de Santiago; en el mes de mayo de 1983, los programas de noticias de la radio "Cooperativa Vitalicia" fueron suspendidos por nueve días. Por otra parte, aunque han continuado diversas restricciones a este derecho, en el mes de junio de este año el Gobierno dispuso cesar la censura previa a las publicaciones de libros, lo que implica un avance con respecto a la anterior situación bajo la cual el Gobierno había impedido el ingreso del extranjero o censurado diversos libros publicados en Chile.

"En países como El Salvador y Guatemala, el clima de violencia e inseguridad que prevalece ha llevado a los responsables de los medios de comunicación a la imposición de autocensura lo cual no permite que la opinión pública se encuentre debidamente informada.

"En Haití, la Ley de Prensa de 1980, que establece la censura previa, sigue en vigor. Los medios de comunicación que fueron clausurados en 1980, continúan aún en esa situación y los hombres y mujeres de la prensa escrita y hablada que fueron encarcelados o expulsados del país continúan en su gran mayoría detenidos o en el exilio.

"En Grenada, Leslie Pierre, editor de "The Voice", continúa detenido sin cargos desde 1981, en razón de su oposición al Gobierno. Asimismo, a raíz del cierre por parte del Gobierno de Grenada del periódico "The Torchlight" y del boletín de la Iglesia "Catholic Focus", la Comisión de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha venido actuando como órgano de solución amistosa, a fin de obtener un arreglo en este caso basado en el respeto de los derechos humanos, teniendo en cuenta que las partes en controversia han aceptado su participación.

"En Nicaragua, durante el período que se cubre en este Informe han continuado las serias dificultades para el ejercicio de este derecho. La censura previa, en especial al diario "La Prensa" ejercida como hasta el momento, de manera parcial e injusta ha ocasionado que en repetidas ocasiones dicho periódico no haya podido circular en razón de los obstáculos impuestos por el Gobierno, o conducido en otras, a su suspensión temporal. Este proceder arbitrario del Gobierno y las restricciones que también impone a las emisoras radiales, en particular sobre noticieros y programas de opinión que expongan un criterio diferente a las políticas del gobierno, exceden los límites a los cuales un Gobierno puede llegar aún en un estado de emergencia.

"En Paraguay, a pesar de que la vigencia del estado de sitio y de la Ley 209, de "Defensa de la Paz Pública y Libertad de las Personas", mantiene una constante amenaza sobre los medios de comunicación, estos habían venido gozando de considerable libertad para publicar noticias y comentarios, haciendo uso de autocensura. Sin embargo, a partir de mayo de 1983, la represión contra los medios de comunicación parece haber recrudecido. La libre distribución del Diario ABC Color, comenzó a ser obstaculizada a principios de ese mes mediante la detención de los camiones que transportaban el diario. Su director, Aldo Zucolillo, fue detenido por presunta violación de la Ley Especial de Fueros. Al señor Zucolillo, quien fue liberado bajo fianza, se le sigue el proceso por la comisión de tal delito. Por otra parte, las autoridades paraguayas determinaron sancionar con un mes de clausura a la emisora local Radio Ñandutí, prohibiendo además el uso del micrófono abierto en las emisoras del país. Con anterioridad, el 30 de diciembre de 1982 había sido clausurado el semanario "La República" por orden del Poder Ejecutivo por haber publicado, según lo informado por el Gobierno, un manifiesto subversivo dirigido a las Fuerzas Armadas. Asímismo, el día 9 de diciembre de 1982, la Policía procedió a incautar un lote de libros titulado "El General Comerciante" de la autoría del Dr. Domingo Laíno, cuyo lanzamiento estaba previsto para el día 10 de ese mismo mes de diciembre. El doctor Laíno, su esposa y el editor dueño de la imprenta donde se imprimió el libro, señor Enrique Velilla, fueron encarcelados en esa ocasión. La señora Laíno y el señor Velilla fueron puestos en libertad y el señor Laíno fue expulsado del país.

"En Suriname no existe el libre ejercicio de este derecho; el Gobierno controla todos los medios de información y censura las noticias. Asimismo, la libertad de opinión está seriamente amenazada por disposiciones adoptadas por el Consejo de Mi-

nistros, que prohíben la posesión, distribución, venta e importación de cualquier trabajo que pueda ser considerado como una amenaza a la seguridad nacional y el orden público.

"En Uruguay, el 2 de agosto de 1983, el Gobierno dictó un decreto en el que junto con prohibir toda actividad política, dispuso también la prohibición de difundir noticias sobre el tema. En aplicación de dicho decreto, en el mes de setiembre de 1983, el Gobierno clausuró indefinidamente los semanarios "Aquí" y "Opinar" por informar sobre las gestiones que estaban efectuando los países de la Comunidad Económica Europea para obtener la libertad del General Liber Seregni, quien se encuentra detenido desde hace diez años" (*Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,* 1982-1983, p. 22-24).

[Nótese que todos los países mencionados son de aquellos en que otros derechos humanos fundamentales sufren también afectaciones de la más extrema gravedad. Y aunque el informe no menciona a Cuba, país donde la maquinaria estatal ha logrado establecer el grado más completo de aherrojamiento sobre la expresión de ideas, esa omisión se debe simplemente a la circunstancia de que ese país no pertenece ya a la O.E.A.]

Sin embargo, corresponde también indicar un ejemplo que armoniza menos con aquella hipótesis: el de un país donde, a pesar de ser violados corrientemente derechos humanos básicos, ello no ha impedido que en líneas generales sea respetada la libertad de expresión, incluso para denunciar tales hechos. Es el caso, ciertamente singular en ese aspecto, de Honduras.

"La libertad de expresión ha sido ampliamente respetada en Honduras. El país posee cuatro diarios, dos redes nacionales de radio y varios otros periódicos y estaciones de radio locales que presentan un espectro bastante amplio de ideas y opiniones. Sin embargo, varios arrestos recientes, y otros actos de acosamiento oficial a periodistas y editores, amenazan con incrementar la autocensura por parte de los medios de difusión" (AMERICAS WATCH *et al.*, p. 8-9). Sobre violaciones de derechos humanos en dicho país, cf. *supra,* § 58.

Claro que, inclusive para un caso como el de Honduras, siempre importaría plantear la pregunta siguiente: suponiendo que allí le fueran impuestas mayores restricciones a la libertad de expresión, ¿disminuirían con ello

las violaciones a la integridad física o antes bien tenderían a incrementarse? No es posible apoyarse en investigaciones empíricas *in situ* para contestar a esta pregunta, sobre experiencias que, por lo demás, de ninguna manera serían deseables (reducción de dicha libertad, etc.). Sin embargo, no se le negará plausibilidad a la idea de que, por decir lo menos, la libertad de expresión no puede constituir un factor coadyuvante para *promover* aquellas violaciones. En la hipótesis menos favorable a nuestro punto de vista, podría decirse (acaso) que tal libertad resulta indiferente —¡pero nunca perjudicial!— para proteger esos derechos.

De cualquier modo, constituye una experiencia prácticamente sin excepciones el que, como decía BARBAGELATA, "la libertad de expresión viene a constituir lo primero que es objeto de ataque cuando un régimen se encamina hacia la autocracia". Así, pudo verse que en el Uruguay y en Nicaragua, por traer como ejemplo dos procesos que difieren tanto en el signo ideológico como por su emplazamiento geopolítico, las respectivas dictaduras militares se fueron asentando de esa manera precisamente, esto es, amputando en grado cada vez mayor la posibilidad de dar expresión pública a informaciones y opiniones que los gobernantes desaprueben. En uno y otro país, igualmente, esos procesos desembocaron en la dictadura, no por vergonzante menos real, de los altos mandos de las Fuerzas Armadas.

En el Uruguay, al poco tiempo de asumir Jorge PACHECO ARECO la Presidencia de la República, el Poder Ejecutivo clausuró varios partidos políticos y un diario vinculado a estos (noviembre de 1977). A partir de allí, las suspensiones y clausuras de periódicos resultaron cada vez más frecuentes ("medidas prontas de seguridad'), en un camino que fue preparando el terreno para el golpe de Estado de 1973 (cf., por todos, el libro de CORTIÑAS-PELÁEZ). En Nicaragua, similarmente, muy poco después de tomar el poder el ejército sandinista comienzan a producirse persecuciones (¡contra antisomocistas!) por delitos

392

de opinión (cf. *infra,* II) y se va haciendo sentir una censura cada vez más amplia sobre los medios de difusión. El proceso desemboca en las "elecciones" del 4 de noviembre de 1984, ceremonia que el partido militar gobernante escenifica para ratificar que está dispuesto a mantenerse en el poder por los medios que sea.

En el Uruguay, los acontecimientos más recientes (elecciones del 25 de noviembre de 1984) hacen que, como en la Argentina, todo parezca indicar que la dictadura militar llega a su fin; y ello coincidió, justamente, con un sensible aflojamiento de las restricciones a la libertad de expresión en los meses previos a las elecciones. En Nicaragua, por el contrario, el período preelectoral se caracterizó por el hecho de casi todos los órganos de difusión seguían en manos de la organización militar (el Partido-Estado) que allí monopoliza el Poder, con la sola excepción importante de un diario opositor, siempre sometido a férrea censura. Luego de estas "elecciones" es más utópico que nunca abrigar esperanzas de que alguna vez ese partido, cada vez mejor armado, admita que sus súbditos tengan la posibilidad de alejarlo del gobierno por la vía electoral, a diferencia de lo que aconteció con sus colegas de Argentina y Uruguay.

II

Muy a menudo, las etiquetas jurídicas utilizadas para amparar las restricciones más importantes a la libertad de expresión giran en torno a la idea de *seguridad nacional.* Esta suele dar lugar a las llamadas Leyes de Seguridad Nacional (o de Seguridad del Estado), destinadas a proporcionar unos instrumentos jurídicos específicos para reprimir a quienes, sea mediante palabras o acciones, resulten incómodos para los gobernantes. Un modelo típico en la materia lo suministra la *Lei de Segurança Nacional* del Brasil (Ley No. 6.620, del 17.12.78), en la cual se establecen "crímenes" contra dicha *Securança,* con base en unas

formulaciones como, por ejemplo, las siguientes (cf. también *supra*, § 23.III):

> A Segurança Nacional envolve medidas destinadas... inclusive a *prevenção* e repressão da guerra *psicológica* adversa... "§ 2° A guerra psicológica adversa é o emprego da *propaganda*, da *contra-propaganda* e de ações nos campos político, econômico, *psicossocial* e militar, com a finalidade de *influenciar* ou provocar *opiniões*, *emoções*, atitudes e comportamentos..." (art. 3)
>
> "Divulgar, por cualquier meio de comunicação social, noticia falsa, *tendenciosa* ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a *indispor* ou *tentar* indispor o povo com as autoridades constituidas" (art. 14).
>
> "Incitar:
> III. — à *animosidade* entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis" (art. 36).
>
> "Fazer *propaganda subversiva:*
> I — utilizando-se de quaisquer meios de comunicação social... como veículos de propaganda de guerra *psicológica* adversa ou de guerra revolucionária ou subversiva" (art. 42).

Y en la *Ley de Seguridad del Estado y del Orden Interno* del Uruguay (Ley No. 14.068, del 14.7.72) se establece, entre otros delitos, el de:

> "*vilipendio* a la *moral* de las Fuerzas Armadas".

La fórmula "seguridad nacional" no es, desde luego, patrimonio exclusivo de regímenes autoritarios de tipo capitalista, sino que puede ser utilizada también, con efectos análogos, como instrumento de represión para beneficio de los gobernantes en regímenes leninistas. Tal el caso de la *Ley sobre el Mantenimiento del Orden y Seguridad Pública* de Nicaragua, que ya en su versión original (Decreto No. 5 del 20.7.79) castigaba

"...los siguientes delitos:

c) *Difundir* verbalmente o por escrito expresiones, proclamas o manifiestos que *pretendan* lesionar los *intereses populares* y abolir las *conquistas* logradas por el pueblo" (art. 4).

Posteriormente (Decreto 488 del 9.8.80) dicho texto fue modificado, no solo para hacer más graves las penas en que incurrieran los indiscretos, sino también para ampliar el número de los conceptos indeterminados que permitan a las autoridades reprimir aquellas expresiones que no resulten de su agrado:

"c) *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'.

Como se ve, son conceptos indeterminados tipo (b) similares a los que usa el Poder en países capitalistas, y que tanto mayor énfasis reciben cuanto más represivo es el gobierno en cuestión. La fecha de estos decretos muestra, por lo demás, que no se deben a la guerra civil que actualmente sufre dicho país, pues vienen de mucho antes. Y que no son inofensivos, también pudo verse muy pronto. En efecto, los ataques del gobierno sandinista contra la libertad de expresión arrancan casi desde el comienzo mismo de su gestión y van pronto *in crescendo*. Por ejemplo, con base en dicha ley precisamente, ya en *enero de 1980* se clausura un periódico y se condena a redactores suyos por algo que es *exclusivamente* un delito de opinión.

"El Periódico 'Diario El Pueblo' fue clausurado por las autoridades competentes de la República, por atentar contra el

395

proceso revolucionario que vive nuestro pueblo, a través de *escritos* incitando a este mismo pueblo a lanzarse al *desorden* y a la *improductividad*. El 31 de enero de 1980 el Procurador Penal Auxiliar... presentó un escrito ante el Juez... denunciando a los Señores:..., como autores de *difundir por escrito* expresiones que *pretenden* lesionar los *intereses del pueblo*, y abolir las conquistas logradas por nuestro pueblo, *delitos* cometidos al propiciar, *redactar, difundir y sostener* las publicaciones del Diario El Pueblo" (palabras del Gobierno nicaragüense, transcritas en CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua*, 1981, p. 116-117; cursivas nuestras).

En la actualidad (1984), sin embargo, no son los países mencionados —Brasil, Uruguay, Nicaragua— quienes en América Latina representan el ápice de restricciones a la expresión del pensamiento, dentro de su respectivo campo ideológico. En el de las autocracias leninistas, esa represión es más integral, prácticamente sin fisuras, en Cuba. Y en el campo capitalista, un ejemplo más cabal de régimen autoritario que el del Brasil lo proporciona, por ejemplo, el de Chile (cf. *infra*, el Apéndice 2), por no hablar de países como Haití, etc. En unos y otros casos, sin embargo, las violaciones a la libertad de expresión tienen su asidero básico en la decisiva importancia que los gobernantes asignan al hecho de que la población de su país conozca lo menos posible de lo que allí pasa: violaciones de derechos humanos, conducta *real* de las autoridades, etc. Sobre todo, de lo que se trata es de impedir, a *cualquier* costo, que amplios sectores de esa población puedan llegar a organizarse para cuestionar el dominio (no consentido) que los gobernantes y ciertos sectores minoritarios: círculos financieros o funcionarios del Partido, etc., ejercen en beneficio propio. El Poder tiene que hacer allí lo posible por eliminar —o, en todo caso, por mutilar suficientemente— la crítica pública, ya que esta no podría sino conducir a acentuar aún más la falta de consenso contra la cual el régimen logra imponerse, aparatos de represión mediante. [Pero la salvedad hecha respecto a Nicaragua ha perdido su justificación, entretanto, máxime desde que el 27 de junio de 1986 los militares en el poder terminaron por clausurar del todo el único medio de difusión independiente que les faltaba aún eliminar, el viejo diario democrático *La Prensa*.]

296

APENDICE 1: SEMANTICA CONSTITUCIONAL(*)

Sumario

(i) *Brasil*

— Principios generales
— Libertad de prensa
— Libertad artística
— Libertad religiosa
— Síntesis

(ii) *Colombia*

— Libertad de prensa
— Libertad de enseñanza
— Libertad religiosa
— Síntesis

(iii) *Costa Rica*

— Principios generales
— Libertad de prensa
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Síntesis

(iv) *Cuba*

— Principios generales
— Libertad de enseñanza
— Libertad de conciencia y de cultos
— Síntesis
— Discusión

(*) El contenido de este Apéndice no se pudo incluir en la presente edición; pero se publica (con sus respectivas notas: de la 48 a la 52) en la *Revista Judicial* de Costa Rica, Nº 37 (junio 1986), p. 65-89. No obstante, extractamos la Discusión que aparece en su apartado (iv), para no dejar aquí ausentes las críticas que en ella se formulan a puntos de vista del Redactor General.

(v) *Chile*

— Principios generales
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Libertad de prensa
— Libertad artística
— Síntesis

(vi) *Honduras*

— Libertad de prensa
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Extranjeros
— Síntesis

(vii) *México*

— Principios generales
— Libertad de publicación
— Libertad de enseñanza
— Libertad religiosa
— Extranjeros
— Síntesis

(viii) *Perú*

— Disposiciones generales
— Libertad de enseñanza
— Síntesis

(ix) *Uruguay*

— Principios generales
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Extranjeros

— Gobierno militar
— Síntesis

(x) *Venezuela*

— Principios generales
— Libertad religiosa
— Libertad de enseñanza
— Síntesis

Discusión.—

ANTILLÓN:

El Redactor dice que no está, prácticamente, garantizada la libertad de expresión en Cuba. Más en Cuba es frecuentísimo, por ejemplo, el uso de los medios de comunicación colectiva por parte de individuos y por parte de grupos u organizaciones colectivas. Es frecuentísimo y es cotidiano. Y el uso de la crítica y la autocrítica —por ejemplo, en los consejos de fábrica, en los establecimientos públicos, en los ministerios— también es una norma que se mantiene, que se aplica y que se perfecciona. Yo pienso que esas son formas, precisamente, de la libertad de opinión y de expresión de los ciudadanos. Y son formas efectivas de ejercer el poder por parte de las bases. Hay una participación, no solo expresando opiniones, sino también incluso tomando las decisiones, en los niveles que les corresponden. Solo que el sistema, la organización de la Constitución cubana es bien diferente a las otras —pienso que la reflexión vale no solo para esto, sino en general—. Y entonces, lo que hay que hacer es meterse dentro de su lógica, y no aplicarle la lógica de las Constituciones tradicionales.

O'DONNELL:

El proceso de crítica y autocrítica es una manera de 'implementar' la libertad de expresión, pero está muy lejos de ser

una 'implementación' completa de lo que se entiende por libertad de expresión. La 'implementación' de la libertad de expresión es un problema que tiene características muy particulares en Cuba, donde hay un monopolio de la economía por el Estado; donde uno tiene que conseguir, por ejemplo, permiso para importar libros; y donde los medios de protección, incluso de publicación, están en manos del Estado, o de entidades estatales como el ejército, etc.

HABA:

En cuanto a esos de que hay que "meterse dentro de la lógica del sistema", es una afirmación que tiene dos caras: una que puedo compartir y otra no. ¿Qué significa "meterse dentro de la lógica del sistema"? Si significa que uno debe entender la Constitución de Cuba dentro del marco global de cómo está funcionando la sociedad cubana, estoy de acuerdo. Pero si "meterse dentro de la lógica del sistema" significa tanto como *aceptar* el sistema, consentirlo en una forma acrítica, ese punto de vista no lo comparto.

PIZA:

Estoy de acuerdo en que cada sistema político exige una determinada lógica acorde, digamos, con los criterios básicos del sistema. Pero lo que ocurre es que, a mi juicio, hay una ideología de los derechos humanos que es única, que es universal, que ha sido aceptada universalmente y, por lo menos para nosotros, es el único término de referencia posible. Y esa ideología implica su propia lógica, exige determinadas condiciones. Esto establece un equilibrio de derechos y una serie de principios que no se pueden abandonar. Uno de ellos es que no es posible privilegiar unos derechos en detrimento de otros. Decía RUBIO que el problema es que los países occidentales privilegian los derechos civiles y políticos, mientras que los países socialistas privilegian los derechos económicos y sociales. Sin embargo, yo noto una diferencia. Cuando examinamos los sistemas occidentales, inclusive quienes nos inscribimos dentro de la lógica de los países occidentales hacemos críticas tremendas a nuestros propios sistemas. En cambio, generalmente, cuando se analizan sistemas socialistas no aparecen los males del sistema; todo está bien, todo resulta maravilloso.

400

A mí me preocupa, en el caso cubano, que, de manera semejante a otros regímenes (también del otro signo), los derechos resultan, en realidad, puramente programáticos. Los derechos se definen, incluso muy hermosamente, y algunas realidades corresponden a esas definiciones. Pero los mecanismos de garantías, objetivos y universales, no existen: universales, esto es, al alcance de todo el mundo y para defender cualquier cosa. El condicionamiento de los derechos, por ejemplo, a la construcción de la sociedad socialista, o al mantenimiento de un determinado tipo ideológico o político, es, para mí, una seria limitación de los derechos. Yo, en mi país, tengo derecho a ser comunista. Tengo derecho a querer cambiar totalmente el sistema; y puedo reclamar, exigir mi derecho, aunque ese derecho vaya en contra del sistema mismo. En cambio, en Cuba —en Nicaragua tampoco, y en ninguno de esos países— no hay esa posibilidad, no hay la posibilidad de reclamar derechos humanos que son inherentes a la persona humana. Aquí, yo le puedo decir al Presidente que es corrupto. Posiblemente, si no tengo pruebas, me puedan condenar por calumnia; pero si demuestro que lo hice en interés del bien público, aunque yo haya dicho una mentira y no la pueda probar, salgo absuelto. Creo que este es el meollo de los derechos humanos, por ejemplo, en el caso cubano: la definición en función de un determinado régimen político; y la falta de mecanismos absolutamente objetivos y confiables, para que todo ser humano, inclusive el peor enemigo del régimen, exija sus derechos.

ANTILLÓN:

En cuanto a la "lógica del sistema" que plantea PIZA, yo estoy de acuerdo con él. Lógica del sistema, no puede significar relativizar los derechos fundamentales; de ninguna manera. Lo que significa, simplemente, es que permite entender una manera diferente de tutelar esos derechos; no la negación del derecho. Y en ese sentido, los países socialistas son muy claros, justamente, en reconocer declaraciones universales de los derechos. Los hombres somos los mismos, en el mundo socialista y en este mundo, y tenemos los mismos derechos. Solo que hay dos modos, dos tipos de mecanismos: los socialistas pensamos que los mecanismos del mundo socialista son mejores, y otras personas piensan de manera diferente.

———oOo———

401

APENDICE 2: UNA INVESTIGACION DE CAMPO(**)

Sumario

1. Hipótesis

2. Resultado general

3. Impedimentos al ejercicio del derecho de opinión

4. Represión con posterioridad al ejercicio del derecho, a manera de castigo o sanción por dicho ejercicio
   4.1 detenciones
   4.2 amedrentamientos
   4.3 otras medidas represivas

5. Impedir o sancionar la utilización de medios de comunicación

6. Conclusión

(**) Tampoco el contenido de este Apéndice, que pertenece a ESPONDA (es el Apéndice del trabajo suyo indicado en la n. 1, *supra*), fue posible incluirlo aquí; pero también él aparece en el ejemplar de la *Revista Judicial* donde se publica el Apéndice 1.

402

Capítulo IX

EL CAMPO DE LOS DERECHOS ECONOMICOS

Il est contradictoire que le peuple soit à la fois misérable et souverain.

TOCQUEVILLE

En la violencia, por todo lo enmascarada que esté bajo formas legales, se apoya, al fin de cuentas, la jerarquía social. El dominio sobre la naturaleza se reproduce en el interior de la humanidad.

HORKHEIMER/ADORNO

No es posible defenderse contra el Estado democrático fundado sobre el mito del pueblo soberano. Las únicas organizaciones sociales efectivas son los sindicatos obreros. El marxismo tiene razón, pero crea a su vez una nueva mitología proletaria que sustituye, también ella, las realidades por ficciones.

BERDIAEFF

Limitar el derecho de huelga es una forma de servidumbre industrial. Significa, en última instancia, que el obrero debe trabajar bajo las condiciones impuestas por el empleador, a fin de que el público no sea molestado. No veo el menor asomo de justicia en tal denegación de libertad.

LASKI

...y en este combate de intereses entre el propietario y el obrero, uno pone en juego su vida y la de su familia, y el otro un simple retraso en el acrecimiento de su lujo.

J. NECKER

Hoy día los derechos humanos han cambiado de contenido, han llegado a ser sustanciales, "sociales" —derecho al Trabajo, a la Salud, al Bienestar, a la Cultura—, pero no por ello resultan menos ilusorios. Son —según decía Paul Claudel— como la mujer: "promesas que no pueden ser cumplidas", o, según manifestaba nuestro economista Jacques Rueff acerca de la moneda estadounidense, "falsos créditos" que es imposible pagar.

M. VILLEY

402

International concern with economic rights is meaningless unless the international community is able to enforce a division of labor that brings humaneness, reason and justice into the economic activities of the nations.

M. MOSKOWITZ

A right is not a right to enjoy a right—it is a right to enjoy something else, like food or liberty... Simply to enjoy the right itself, the status, rather than to enjoy the subject of the right would have to mean something like taking satisfaction that there is such a status and that something has that status. But ordinarily when we say someone is enjoyling a right we mean the person is enjoying the substance of the right.

H. SHUE

La Constitución establece el "derecho a la propiedad" como fundamental; pero, quien no tiene propiedades carece de protección constitucional para la erradicación de su "desposesión".

R. KHAN

" 'Ought' presupposes 'can,' " and since we cannot prevent deprivation of subsistence, it cannot be that we ought to try. If this hypothesis were correct, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights would indeed be more like a child's letter to Santa Claus than the multilateral treaty in force that it is.

H. SHUE

It is just as much in violation of human rights for government to promote or be responsible for the starvation of its people as it is for a government to engage in sistematic torture.

W. BUTLER(*)

* * *

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

— "Es contradictorio que el pueblo sea a la vez miserable y soberano" (Alexis de TOCQUEVILLE, cit en KRESS/SENGHAAS, p. 100).

— HORKHEIMER/ADORNO, p. 135.

— BERDIAEFF, p. 28.

— LASKI, p. 103.

— Jacques NECKER, *Sur la législation et le commerce des grains*, París, 1775, libro I (cit. en JOXE *et al.*, p. 223).

— VILLEY, p. 243.

— "El interés internacional por los derechos económicos no tiene sentido si la comunidad internacional no es capaz de imponer una división del

404.

SUMARIO:

A) Marco conceptual: *82.* Generalidades. *83.* Conceptualización jurídica. *84.* Conflictos entre derechos humanos. *85.* Instrumentos internacionales. *86.* Heurística.

B) La esfera de las Constituciones: *87.* Tipos de normas. *88.* Panorama general de las Constituciones en América Latina. *89.* El derecho de huelga y el de sindicalización. *90.* De la normativa constitucional a la realidad.

Apéndice: Semántica constitucional.

Literatura escogida:

BERDIAEFF, El cristianismo y la lucha de clases (esp. caps. I-IV). BERENSTEIN, Economic and social rights. HENKIN, Economic-social rights as "rights". JOXE *et al.*, La violencia y sus causas (Tercera parte). KARTASHKIN, Les droits économiques, sociaux et culturels. LASKI, La libertad en el Estado moderno (esp. p. 99 ss.). MARTI DE VESES, Normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales. PECES-BARBA, Reflections on economic, social and cultural rights. RADBRUCH, Vom individualistischen zum sozialen Recht. SHUE, Basic Rights (esp. p. 22-29 y Parte II). SOHN, The New International Law (sección III).

* * *

---

trabajo que introduzca humanidad, razón y justicia en las actividades económicas de las naciones" (MOSKOWITZ, p. 63).

— "Un derecho no es un derecho a gozar de un derecho; es un derecho a disfrutar de algo más, como alimentos o libertad. (...) Gozar simplemente del derecho en sí mismo, el estatus, más bien que disfrutar del objeto del derecho, tendría que significar algo así como hallar satisfacción en que exista tal estatus y que algo tenga ese estatus. Pero, corrientemente, cuando decimos que alguien goza de un derecho, queremos decir que la persona está disfrutando de la materia del derecho" (SHUE, p. 15-16).

— Rasheeduddin KAHN, en JOXE *et al.*, p. 216, n. 69.

— " 'Deber" presupone 'poder' "; y desde que no podemos impedir que haya privación de la subsistencia, no puede ser que debamos tratar de hacerlo. Si esta hipótesis fuera correcta, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sería, desde luego, más bien como la carta de un niño a Santa Claus, y no el tratado multilateral vigente que es" (SHUE, p. 93).

— "Tanta violación de derechos humanos por parte de un gobierno hay si él promueve o es responsable de que su pueblo muera de hambre, como la tiene por abocarse a la tortura sistemática" (William BUTTLER, cit. en GINSBERG/LESSER, p. 237).

Sección A): MARCO CONCEPTUAL

§ 82. Generalidades

SUMARIO:

I. Dificultades para una categorización general de estos derechos.
II. Dos definiciones estipulativas; discusión.
III. Viabilidad (límites materiales) y justicia distributiva (voluntad política).

I

Hemos de referirnos ahora a unos derechos que conciernen a extensos sectores de la población de un país para que estos logren satisfacer sus necesidades de subsistencia básicas, o sea, las necesarias para que cada persona pueda alcanzar

> "un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (Declaración, art. 25.1)[1].

Enfocaremos, pues, una parte —la más directamente ligada a la economía del país— de aquello que genéricamente suele llamarse *los derechos económicos, sociales y culturales*. De lo que se trata, en el dominio que abordamos, es que los bienes y servicios disponibles sean organizados de manera tal que de ello puedan obtener suficiente pro-

(1) Esta enumeración corresponde, en general, a lo que SHUE llama "derechos básicos de *subsistencia*": cf. *infra*, § 84.I.

vecho, para lograr (hasta donde sea posible) dicho "nivel de vida adecuado", los sectores mayoritarios de la población —vale decir, no solo quienes integran los estratos privilegiados del país en cuestión—, y hasta los más indigentes de todos ellos.

El asunto puede verse también como un tipo de *violencia* que recae, así, sobre quienes están desprovistos de la posibilidad práctica de disfrutar realmente tales derechos. Se trata, en esta óptica, de la violencia denominada "institucional", "estructural", "latente", etc. "Es la que Egil FOSSUM ha llamado 'violencia por omisión', es decir, la 'violencia silenciosa, producto de la estructura social que se traduce en el hambre, la enfermedad y la humillación, y se refleja en las estadísticas sobre la esperanza de vida, la mortalidad infantil, el consumo de calorías, la frecuencia de las epidemias', etc. Y Robin CLARK añade: 'En último análisis, hay tanta violencia en la forma en que cada nación trata a sus clases desfavorecidas, o, en lo que se refiere al hemisferio sur, a la población subdesarrollada, como en el hecho, por ejemplo, de que una banda de granujas ataque a un vigilante o al patrón de un café' " (MERTENS, p. 260). Cf. también las palabras de BUTLER en el acápite de este capítulo. La *Tercera parte* del volumen de UNESCO coordinado por JOXE, la cual contiene el estudio de MERTENS y otros tres trabajos, lleva como título, precisamente: "Violencia económica y social"; las implicaciones que lo ahí desarrollado tiene para la cuestión de los derechos humanos llamados "económicos, sociales y culturales" son manifiestas.

El indicar un concepto *general* de lo que deba entenderse por derechos "económicos, sociales y culturales" —supuesto que todos ellos configuren una categoría con características propias, que los diferencien específicamente de la categoría, más tradicional, de los derechos "civiles y políticos"— es asunto abierto a mucha controversia, tanto en lo relativo a su base filosófica como respecto a la naturaleza jurídica. Pero podemos obviar aquí esa discusión[2]; no es decisiva para lo que, por nuestra parte, nos

(2) Cf., al respecto, el estudio de MARTÍ y el de PECES-BARBA; *vid.* asimismo el examen que efectúa HENKIN (*Economic-social...*), donde se da cuenta también de las bases filosófico-políticas del asunto.

407

interesa encarar sobre todo: la cuestión de la medida en que los derechos así llamados, o una parte de ellos, reciben una efectiva *protección* constitucional, sea o no que constituyan también una categoría unitaria *sui generis.*

Dicha discusión suele partir del presupuesto —¡mas es la pertinencia de este lo que habría que empezar por demostrar!— de que existe efectivamente una tal *unidad* de categoría. Se supone que habría algo así como una "esencia" (o sub-esencia) para el ámbito jushumanista de lo económico-social-cultural, así como otra "esencia" (o sub-esencia) para el de lo civil-político, etc.; estas constituirían especies (o subclases) dentro del gran género común conformado por la "esencia" general, más amplia, de los derechos humanos como categoría global. Se trataría, entonces, de encontrar la definición *real,* verdadera (esencialista), de aquella clase específica de derechos, la cual, naturalmente, sería tributaria también de cierta definición real que —según se supone— corresponde a la "esencia" de los derechos humanos en general. Toda la discusión gira, así, en torno a la cuestión de hallar la "verdadera" definición de aquella, para darle su lugar dentro del marco de la "verdadera" definición de estos. Y la propia letra del Pacto, al emplear un término tan cargado de connotaciones esencialistas como es la palabra "naturaleza", no deja de invitar, en cierto modo, a que sus intérpretes se lancen a la búsqueda de semejantes definiciones:

> "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la *naturaleza* de esos derechos..." (art. 4).

[Sobre "naturaleza" o "esencia" de los derechos, cf. además *supra,* § 11.II, e *infra,* § 102.II (intervenciones de HABA y CARRIÓN).]

Ahora bien, basta con no plegarse a la lógica de los esencialismos, para que tales problemas queden "disueltos", o poco menos, o en todo caso para confinar el análisis de estos derechos dentro de los siguientes límites prácticos: explicitar, derecho por derecho, cuáles son las características *efectivas* que presenta cada uno de ellos, despreocupándose de tender las redes en pos del siempre huidizo horizonte donde conseguiría hacerse patente una "esencia" común a todos estos. La generalidad de los tratadistas de la dogmática jushumanista, sin embargo, cuando enfocan el

tema se creen obligados a encontrar definiciones "reales". Por permanecer atados a modalidades del pensamiento esencialista, que suelen manifestarse en la conocida postulación de unas "naturalezas jurídicas", se ven llevados a querer encontrar una de estas no solo para los derechos humanos en general, sino que tratan de localizarlas incluso para delimitar *clases* de esos derechos; por ejemplo, los que se agrupan bajo el rubro de lo económico-social-cultural.

Sin embargo, también es posible encontrarse con autores que han sabido enfocar el punto sin caer en la tentación del esencialismo:

> "Por eso, no podemos efectuar ninguna distinción clara entre los derechos económicos y sociales y los civiles y políticos, atendiendo a su naturaleza o a sus efectos jurídicos. Esos derechos difieren entre sí por la naturaleza de lo que protegen; y si bien, hablando en términos generales, la realización de los derechos civiles requiere solo que el Estado no interfiera, mientras que la realización de los derechos económicos y sociales exige que el Estado lleve a cabo una acción positiva, esta distinción entre ambos se va haciendo un tanto indistinta y no puede ser adoptada para marcar una línea divisoria entre ellos" (BERENSTEIN, p. 264).

Cf. también MARTÍ, # 3, y SHUE, p. 7-9; sobre el esencialismo, *vid. supra,* § 11.II.

II

Por nuestra parte, renunciando a la búsqueda de definiciones reales, circunscribiremos el ámbito de referencia del presente capítulo mediante dos definiciones *nominales,* estipulativas. Primera: llamamos "derechos económicos, sociales y culturales", en forma general, a todos aquellos que indica el Pacto universal homónimo[3]; esto sin prejuzgar

(3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A lo largo de este capítulo, dicho instrumento lo llamaremos brevemente: el *Pacto* (con lo cual efectuamos una excepción respecto a la nomenclatura general seguida en los demás capítulos, en los cuales nos atenemos a lo indicado en la n. 3 del cap. I, *supra*).

nada en cuanto a la existencia, o no, de alguna eventual "naturaleza" que sería común a todos ellos (lo que expondremos a lo largo de este capítulo pretende ser compatible tanto con concepciones esencialistas como con una visión nominalista de los derechos en examen). Segunda: dentro de ese grupo, muy amplio, hemos de concentrar con preferencia nuestra atención en lo que llamaremos simplemente derechos "económicos", entendiendo por tales aquellos que menciona el artículo transcrito al comienzo de este parágrafo y que componen, así, el "nivel" allí indicado[4]; pero entre los derechos "económicos" incluiremos también, por razones que luego señalaremos (*infra,* § 89.I), el derecho de huelga y el de sindicalización. En síntesis, como derechos específicamente "económicos" tomamos: los derechos de "nivel" + ciertos derechos instrumentales (huelga, sindicalización).

Discusión.—

Como hemos subrayado, las dos definiciones son de carácter estipulativo. Por tanto, siempre pueden ser discutidas desde el ángulo de su *conveniencia,* según tales o cuales criterios valorativos, como toda definición que no pretenda ser apenas lexicográfica. En lo que particular relación dice con nuestra definición de derechos "económicos", seguramente la más discutible de ambas, cabe adelantar dos tipos principales de objeciones: (i) que asimismo merecerían ser llamados "económicos" otros derechos, como el derecho al trabajo o los derechos de protección para la infancia, por ejemplo; (ii) que la enumeración efectuada deja afuera algunos derechos "económicos, sociales y culturales" no menos básicos que los incluidos en aquella, de modo que no se ve por qué el estudio ha de concentrarse sobre todo en estos últimos (cf. las objeciones de MONTEALEGRE: *infra,* § 89.III).

En cuanto a la objeción (i).— Nuestra delimitación no pretende afirmar que los derechos señalados sean los únicos de

(4) O bien, puede tomarse como punto de referencia, en ese sentido, una caracterización como la que SHUE efectúa ed los derechos que él llama de "subsistencia": cf. *supra,* n. 1.

410

características "económicas", o que puedan ser llamados así. Hemos tomado aquellos a título de *muestra* y porque son "básicos" (*supra*, n. 1). No negamos: a) que pueda haber también otros derechos que merezcan ser llamados "económicos"; b) que entre estos otros puede haber, también, algunos que sean básicos; c) que existan derechos básicos de tipo "social o cultural", además de los "económicos".

En cuanto a la objeción (ii).— Ella concierne a la *importancia* de los derechos seleccionados, ya sea en cuanto a algunos de los que se incluyen como a otros que quedan afuera. Así, puede estimarse que la consideración prioritaria debería serle acordada a los derechos siguientes:

> "El derecho a la alimentación, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación y el derecho a la salud, me parece que definen en forma mucho más clara cuál es la situación de los derechos económicos y sociales de un país que el derecho a la sindicación y el derecho a la huelga" (MONTEALEGRE).

Pero de estos cinco derechos no falta sino el relativo a la educación, en nuestra categoría de los "económicos"; el derecho al trabajo, aunque no está mencionado expresamente, puede entenderse implícito, desde el momento en que hay referencia a "los seguros en caso de desempleo", etc. en la disposición internacional que tomamos como punto de referencia. En cuanto a la educación, por lo menos la de nivel primario, no negaríamos que, en efecto, es un derecho que puede ser muy importante (si no es dogmática, etc.: *infra*, §§ 104 y 105.II), más allá de que sea ubicado o no en la categoría de los "económicos"; sin embargo, creemos que el desarrollo general de este capítulo no se vería mayormente alterado, como se verá, aun cuando enfocásemos más explícitamente ese derecho a lo largo de él. Respecto al derecho de sindicación y el de huelga, *vid. infra*, § 89.

En una palabra, nuestra "selección" de derechos no tiene otro objeto ni otro alcance que el de presentar una cierta utilidad *heurística*. No pretende ser una clasificación por el orden de importancia de los derechos. No afirma que todos los que hemos llamado "económicos" tienen o deberían tener prioridad sobre todos los demás del grupo económico-social-cultural; simplemente, los desgaja de este conglomerado por entender que son lo bastante sintomáticos (y sin afirmar que sean los *únicos* sintomáticos) como para sacar, a partir de ellos, unas conclusiones de orden

41

más o menos general sobre aquel grupo. Si dichas conclusiones son o no defendibles, o sea, si la "muestra" es o no adecuada, habrá que juzgarlo en función de los desarrollos que presentaremos con base en ella. Teniendo por delante las conclusiones de estos, habría que ver: a) si ellas son falsas, total o parcialmente; b) si tales errores (supuesto que los haya) resultan, precisamente, de una defectuosa selección de la muestra. Sólo si se comprueban estos otros extremos, la muestra se revelaría como inadecuada. La posibilidad de ofrecer esa prueba queda en manos del lector.

III

Ahora bien, la existencia de ese "nivel" a que alude la Declaración, en lo fundamental no depende de la organización jurídica, sino ante todo de la producción y de otros factores económicos. El Derecho no puede *disponer* que se otorgue determinado "nivel", sino únicamente contribuir a que este no le sea negado a la población *si* las condiciones económicas están dadas para hacerlo efectivo. La verdadera cuestión, desde el punto de vista jurídico, es solo esta: ¿qué normativa establecer para que, *hasta donde* la economía del país ofrezca recursos para alcanzarlo, ninguna persona esté privada de ciertos bienes y servicios, en la medida más cercana posible a lo que puede considerarse "un nivel adecuado de vida"? Este asunto están muy lejos de poder resolverlo los juristas por sí mismos, como es obvio. Solo suponiendo que existen tanto las condiciones económicas necesarias como también la voluntad política indispensable para imponer las soluciones de organización social que aseguren cierto nivel mínimo para *todos*, solo a partir de estos supuestos *sine qua non* deviene viable fijar una normativa jurídica que sirva con eficacia a dichos propósitos.

Los derechos humanos de tipo económico-social-cultural se encuentran consignados principalmente en el Pacto. Lo peculiar de estos derechos es que ellos, en términos generales, carecen de medios de protección: el Pacto no es-

412

tablece *garantías*. Esto es así porque, como es natural, aquellos no pueden hacerse efectivos sino en la medida en que haya recursos disponibles; cf. arts. 2.1 del Pacto y 26 de la Convención[5]. Por eso se dice que son derechos "progresivos", dependen del grado de enriquecimiento colectivo. Este ha permitido a ciertos Estados, pero nada más que a algunos, mejorar en forma considerable el nivel de vida de sus ciudadanos.

Claro que, a pesar de tal dependencia, siempre queda en pie la pregunta acerca de cómo se *distribuirán* los recursos, pocos o muchos, que posea el país en cuestión. Lo cierto es que los pactos internacionales no establecen la obligación de adoptar medidas *determinadas* para concretar dichos derechos, ni siquiera en forma aproximada; por ejemplo, no establecen para los Estados la obligación de hacer una distribución presupuestaria preferencial para realizar algunos de esos derechos, establecer una legislación fiscal que los facilite, etc.

Es verdad que el Pacto incluye, por ejemplo, una cláusula como la siguiente:

> "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación *alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, *opinión política, origen* nacional o social, *posición económica,* nacimiento o *cualquier* otra *condición social*" (art. 2.2).

Estas disposición parecería contradecir nuestra afirmación de que los Instrumentos no suministran criterios para determinar *cómo* tiene que ser distribuido lo que esté disponible, para que tengan efectividad los derechos económicos-sociales-culturales. Por cierto, ese "cómo" estaría dado si la no discriminación fuese un verdadero *derecho* (exigibilidad). Sería así si el Pacto se interpretara (¡y acatara!) en el sentido de que los bienes, sean de la naturaleza que fueren, que corresponden a la "materia" (SHUE: cf. *supra,* acápite) de tales derechos deben distribuirse *igualitariamente* entre *toda* la población, por lo menos hasta cu-

(5) Cf. estas dos disposiciones *infra,* a la altura de la n. 8.

brir un mínimo indispensable de satisfacción proporcionado por dicha "materia": vale decir, si cualquiera tuviere derecho a exigir que esta se distribuyera *efectivamente* "sin discriminación *alguna* por motivos de... condición social". Si tal fuera la interpretación aceptada para esta cláusula, el "cómo" estaría establecido: todas las personas, en un país dado, tendrían derecho a exigir un *mínimo* de "materia" de *todos* los derechos indicados en el Pacto; salvo que las condiciones de ese país fueran tan magras que *nadie* se hallare en una "condición social" tal que pudiera disfrutar de esa "materia", ni que el Derecho lo protegiese en su goce (excluyente) de ella.

Ahora bien, más allá de que la interpretación propuesta sea o no una paráfrasis "correcta" de aquel inciso, es obvio que en *ningún* país se aplica semejante criterio respecto a la generalidad de los derechos consignados en el Pacto; en el mejor de los casos, podría tener una aplicación para algunos de estos, lo cual además varía de país a país. Respecto a la mayoría de tales "derechos", el Derecho positivo suele antes bien garantizar lo contrario: que su "materia" corresponde (¡legítimamente!) de manera *desigual* a las personas, o que hasta pueda no ser accesible del todo a ciertos sectores de la población, según cual sea la "condición social" de cada uno; diferencias entre ricos y pobres, altos dirigentes estatales y ciudadanos corrientes, profesionales y obreros, ocupados y desocupados, gente de la ciudad y del campo, etc.

Se puede discutir si esa discriminación real es o no es justa, remediable o irremediable, conveniente o inconveniente, etc.; y si la mencionada cláusula del Pacto será entendida de tal o cual manera, invocando unas u otras pautas hermenéuticas. Pero más allá de estas discusiones, legítimas o no (como se quiera), el resultado de ellas no podrá evadir la siguiente alternativa: o se entiende que el Pacto debe interpretarse de aquella manera, en cuyo caso cuministra criterios de distribución, sí, pero es letra muerta; o será interpretado en otras formas, en cuyo caso no los suministra. O bien, si se prefiere formular la segunda posibilidad de otra manera, el ámbito semántico de los "criterios" que él presenta permite que "condición social" consiga significar, allí, lo que cada Estado prefiera considerar relevante o irrelevante, según la contingente ideología política a que este responda. (Claro que los primeros cinco "motivos" indicados en aquella cláusula no ofrecen tanta latitud; pero son también los que, hoy por hoy, resultan menos virulentos.)

Por otra parte, cabría preguntar en qué medida está la *ciencia* en condiciones de prestar su cooperación para hallar las

414

soluciones jurídicas más *racionales* en la materia, esto es, aquellas que permitan hacer *efectivos* los derechos económicos-sociales-culturales en mayor grado (sobre las condiciones y los límites de tal cooperación, cf. HÖFFE, p. 129 ss.). Sea como sea, la fertilidad práctica de lo que la racionalidad científica pueda aportar al respecto va siempre a depender, en última instancia, de que pueda llegar a contarse con la "voluntad política" indispensable para adoptar esas medidas racionales (*supra,* §§ 4, 9, 13.II y 42). De ahí que, al fin de cuentas, las posibilidades de establecer por esas vías unas regulaciones jurídicas más favorables a dichos derechos no sean muchas, en la práctica. Y esto no tanto por insuficiencias —aunque también las hay— en el conocimiento científico mismo, sino antes bien por las estructuras de dominación y las "ideologías" que imperan en los distintos países. Una adecuada planificación para hacer más reales los "derechos de subsistencia" (*supra,* n. 1), por ejemplo, afectaría intereses de sectores sociales privilegiados que en cada país ejercen influencia determinante sobre (y dentro de) el Poder, tanto si se trata de Estados capitalistas como en los "socialistas". Piénsese, sin ir más lejos, en las fabulosas sumas que se destinan a desarrollar el militarismo, financiar viajes espaciales, etc; o en el deterioro de los términos del intercambio comercial, en perjuicio de los habitantes de países pobres y para mayor derroche en países ricos. Por supuesto que nada de esto responde a ningún plan de racionalidad *en favor* de los derechos económicos-sociales-culturales. El sistema del Pacto es, claro está, del todo impotente para enfrentar tales problemas, que son los decisivos. Y los primeros interesados en que los tribunales —sean internos o internacionales— se *abstengan* de juzgar esas cuestiones, la racionalidad *de fondo* en la utilización de los recursos económicos de cada país respecto al aseguramiento de unos derechos *mínimos* de subsistencia para *todos* los individuos (cf. SHUE, Parte II), son las autoridades de los Estados Partes en los Instrumentos, vale decir, los intérpretes autorizados de estos (o quienes los designan).

———oOo———

Por parte de críticos de izquierda se señala que, aun en lo *viable,* los países capitalistas se quedan muy atrás de llegar a proteger esos derechos con los instrumentos jurídicos adecuados. En América Latina, particularmente, se hace ver cómo, incluso en países de régimen político que es democrático-liberal, el derecho de huelga, por ejemplo, es objeto de reglamentaciones que le ponen trabas tales

que, en la práctica, muy raramente se da el caso de huelgas que se declaren "legales". De esta manera, resulta que los derechos laborales consignados en los pactos internacionales (por ejemplo, arts. 7 del Pacto y 23 de la Declaración) quedan desprovistos de sus principales medios de protección (WALLACE). Y siempre hay a mano unos conceptos indeterminados para basar en ellos las restricciones:

> "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
> (...)
> c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad *democrática* en interés de la *seguridad nacional* o del *orden público* o para la protección de los derechos y libertades *ajenos*.
> d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las *leyes* de cada país" (art. 8.1 del Pacto).
>
> "El ejercicio de tal derecho sólo puede 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* o del *orden público*, o para proteger la salud o la *moral* públicas o los derechos y libertades de *los demás*" (art. 16.2 de la Covención).

Quienes son partidarios de que las huelgas puedan ser declaradas ilegales, invocan dos vías principales de argumentación. Desde posiciones de la derecha, se dice que las huelgas son un factor de "perturbación social". Desde posiciones más centristas, aunque no se desecha en principio la legitimidad de recurrir a huelgas (excepto en el sector de los empleados públicos), se dice que deben ser de alguna manera reglamentadas y que, cuando se prohíben por ilegales, esto se justifica porque no cumplen con las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico respectivo. Sea como sea, es patente que allí donde, como en muchos países capitalistas (incluso entre los de-

416

mocráticos) y en todos los "socialistas", la generalidad de las huelgas son declaradas ilegales, ese derecho no está *jurídicamente* bien protegido. Reflexiones análogas caben respecto a cualquier otro "derecho" que el Derecho haga poco viable.

De cualquier manera, y aunque también es cierto que el ordenamiento jurídico de un país puede obstaculizar —o lisa y llanamente negar— el ejercicio de derechos económicos que no son materialmente imposibles (derecho de agremiación, derecho de huelga, etc.), para la mayoría de estos su efectividad no resulta simplemente de un posible hacer o de una abstención por parte de órganos estatales. La realización de esos derechos depende, en definitiva, de factores que solo en medida secundaria son "dominables" jurídicamente, sea en instrumentos internacionales o en las Constituciones. El Derecho no puede canalizar sino aquello que, por lo menos en cierta medida, ya "está ahí". El otorgamiento *real* de tales derechos ni siquiera depende en alta medida de la voluntad política dominante en el país respectivo, sino de un cúmulo de factores socio-económicos, entre los cuales dicha "voluntad" no constituye sino uno —¡aunque importante!— de los elementos que entran en juego.

En la Convención Europea de Derechos Humanos no se hallan contemplados los derechos sociales. "Las razones de esta exclusión se pueden agrupar en torno de estos tres núcleos fundamentales de argumentos: *a*) los derechos de libertad son más fácilmente tutelables, porque requieren no ya una intervención activa, sino solamente una abstención del Estado; *b*) la protección de los derechos sociales no puede ser confiada, como la protección de los derechos individuales, al aparato judicial, sino que depende de medidas legislativas y administrativas de política económica que están estrechamente conectadas al desarrollo económico del país, desarrollo que es extremadamente diverso entre los Estados Miembros, como Francia y Turquía; *c*) mientras que los distintos Estados europeos firmantes de la Convención reconocen en sus Derechos internos los derechos individuales tradicionales, no reconocen en la misma medida y con las mismas características los mismos derechos sociales, lo cual hace im-

417

posible un acuerdo para una política común de 'garantía colectiva' " (BOBBIO, *Il preambolo...*, p. 444).

———oOo———

No hay que perder de vista, por otro lado, que toda la cuestión depende asimismo, básicamente, de los problemas que provoca la distribución mundial de la riqueza y, en particular, de los términos en que se da el intercambio comercial entre las naciones desarrolladas (o superdesarrolladas) —un pequeño grupo de colectividades con privilegiado nivel de vida— y el resto de ellas —los países subdesarrollados (eufemísticamente apodados, en el lenguaje de la diplomacia: países "en desarrollo")—; dichos términos redundan en notorio perjuicio económico de las segundas. Las consecuencias de esa división no son otras que la existencia de circunstancias como las siguientes, por ejemplo:

> *"cuando quinientos millones de hombres en Europa, Africa y Asia tienen hambre y pueden morir de inanición, los norteamericanos continúan comiendo alrededor de un veinte por ciento más, en términos calóricos, de la ración alimenticia recomendada por los especialistas en nutrición"* (revista *Fortune*, mayo de 1946, cit. en JOXE *et al.*, p. 231).

Ahora bien, parece que desde el punto de vista económico no sería imposible, mediante una adecuada distribución mundial de los recursos esenciales, lograr satisfacer, por lo menos, necesidades *mínimas* de las poblaciones: alimento, vivienda, etc. (los "derechos básicos de subsistencia")[6]. Los Instrumentos mismos se refieren a la "cooperación internacional" en la materia, pero también esto en forma meramente programática[7].

---

(6) Argumentos que justifican el carácter *realista* de esta aseveración pueden encontrarse en SHUE, cap. 4.

(7) Cf. arts. 2 del Pacto y 26 de la Convención, ambos *in limine* (*vid. supra*, n. 5).

418

Aun cuando la satisfacción de ese mínimo, que es posible, se hallaría incluso muy por debajo de las aspiraciones contenidas en el Pacto, empero exigiría la presencia de una voluntad política aplicada en ese sentido, por parte de los grupos dominantes de las naciones respectivas. En ningún lado, ni en los países económicamente desarrollados ni en los subdesarrollados, sean del signo político que fueren, ha podido imponerse una voluntad semejante, hasta ahora. Porque dichas soluciones, aunque mínimas, no podrían menos que demandar un *cierto* (pequeño) "sacrificio" económico por parte de tales o cuales sectores de esos países; por ejemplo, reducción de armamentos o de gastos suntuarios, exigencias productivas más serias para el funcionariado público, etc. En tales condiciones, y aun dentro del marco de los recursos disponibles, sea en escala nacional o internacional, lo cierto es que el Derecho no tiene bajo sus pies el terreno indispensable para formular modelos de conducta que puedan tener una verdadera efectividad para solucionar esas cuestiones. Puede proponer, pero no imponer, unos "derechos' como los del Pacto.

§ 83. Conceptualización jurídica

SUMARIO:

I. Carácter programático de tales derechos.
II. Una posibilidad semántico-dogmática.
III. Conclusión.

I

La característica técnico-jurídica más singular que presentan los derechos de "nivel", pero también muchos otros del tipo económico-social-cultural, según se encuentran formulados en los Instrumentos y en las Constituciones, es que no solo consisten en conceptos indeterminados, sino que estos funcionan allí de un modo peculiar: dan lugar

a disposiciones que son básicamente *programáticas*, "progresivas" se dice. Sea o no que ese carácter "progresivo" esté mencionado de modo expreso, él aparece siempre implícito en la mayoría de las disposiciones constitucionales correspondientes. El Pacto, por su parte, no deja de señalarlo así:

> "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete 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" (art. 2.1) (8).

Este carácter de programáticas que tienen las "medidas" en cuestión constituye algo así, podría decirse, como una indeterminación elevada a la segunda potencia. Los conceptos jurídicos indeterminados del tipo corriente le proponen al intérprete: ¡hazlo *como* quieras, pero *hazlo!* Las disposiciones programáticas, en cambio, le proponen: ¡hazlo si "puedes"..., siendo *tú* quien decide *si* puedes o *hasta dónde* puedes! Porque todo depende, al fin de cuentas, de cuáles sean "los medios apropiados"; y para juzgar cuáles son, el juez supremo no es otro que el *propio* Estado que aplicará las "medidas" (9).

---

(8) El art. 26 de la Convención tiene contenido similar: "*Desarrollo Progresivo.* Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

(9) Por cierto que el Pacto prevé unos procedimientos de presentación de *informes* al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, pero en nada afectan al poder de la decisión soberano de cada Estado: cf. art. 16 y sigs.

Los conceptos indeterminados de primera potencia se supone que otorgarán alguna facultad jurídica, a los particulares, para poner en movimiento ciertos órganos estatales, ante tales o cuales circunstancias. Los de segunda potencia, en cambio, pueden *o no* otorgar facultades de esa índole, según cómo el Estado mismo interprete cuáles son sus posibilidades ("medios apropiados"); y sin que por esto, es decir, por el hecho de no brindar facultades u otorgarlas en "medida" muy escasa, quepa entender (semánticamente) que ese Estado viola su "obligación" correlativa a estos derechos. Se trata de una "obligación", pues, que no "obliga" sino a aquello que el propio "obligado", los jerarcas estatales, considere del caso hacer o no hacer. Mientras que los conceptos indeterminados corrientes exigen de las autoridades estatales que estas no dejen de "llenar" su ámbito lógico, aunque ellas puedan decidir si les imputan unos u otros contenidos jurídicos, las disposiciones programáticas dejan al Estado en libertad incluso de *no* "llenarlas" con contenidos jurídicamente exigibles, o toleran que estos sean más bien insignificantes[10].

Si los preceptos programáticos "obligan" a las autoridades, en la práctica esto se entiende así: las autoridades quedan "obligadas" a reconocer que dichos programas, como tales, integran el cuerpo d *discurso* jurídico positivo, reciben el sello oficial de Derecho. No quedan "obligadas", en cambio, a *realizarlos,* salvo en la medida en que ellas mismas lo estimen oportuno ("progresivamente... medios apropiados"). Son, por tanto, "obligaciones" cuyo sentido jurídico puede agotarse en el nivel *semántico.* Cada Estado decide *si,* y en qué medida, a ellas se les imputará además algún sentido de alcance pragmático en el lenguaje de su Derecho positivo. Es en eso, precisamente, que consiste el carácter "programático": en el hecho de que significa

(10) Puede decirse, también, que el carácter programático de esas disposiciones consiste en que consignan unos "derechos" que carecen de *materia* (SHUE: cf. la cita *supra,* en el acápite de este capítulo).

una mera *eventualidad,* sobre la cual decide el Estado, que el contenido lingüístico de dichas disposiciones llegue a contener también una dimensión jurídico-*pragmática.*

Por tratarse, pues, de disposiciones que no "obligan" sino a aceptar la formulación *lingüística* de unas metas —no a emprender pasos determinados, específicos, que en forma *inequívoca* constituyan un avance hacia dichas metas—, cabría replantear aquí el interrogante acerca de su "utilidad"; máxime por tratarse, en estos casos, de una indeterminación a la segunda potencia. Ahora bien, no obstante esta peculiaridad, lo cierto es que estamos, en rigor, ante un juego de conceptos indeterminados que caben perfectamente dentro de la clase *(a).* Por tanto, también a ellos se les aplica lo que habíamos señalado, de una manera general (*supra,* § 25), acerca de la "ventaja" que *puede* seguirse de emplear conceptos indeterminados en el lenguaje de derechos humanos. Beneficio eventual que aquí se encontraría abonado, sobre todo, por ser aquellos de la susodicha clase precisamente (*supra,* § 20).

Quiere decir que las enunciaciones constitucionales de derechos económicos, sociales y culturales, aunque por lo general sean solo programáticas, de todas maneras ayudan, junto a las de los Instrumentos, a que se vaya consolidando una cierta *conciencia* social favorable a su realización. Esa conciencia puede, eventualmente, ejercer alguna influencia en el nivel del aparato jurídico estatal. Tales enunciados, en forma análoga a los Preámbulos, no está descartado que lleguen a intervenir como uno de los factores psicológicos motivantes para impulsar a que se adopten disposiciones jurídicas más específicas en la materia. Estas han de ser, entonces, preceptos que posibiliten y organicen unas prolongaciones del nivel semántico al pragmático, en el plano *mismo* del discurso que conforma un Derecho positivo nacional.

No obstante, y sin desconocer ese eventual papel motivante que puedan llegar a desempeñar las disposicio-

422

nes programáticas, tampoco hay que olvidar que ellas, por sí solas, no hacen que una Constitución sea ni más ni menos *protectora* de los derechos correspondientes que otra donde faltan tales disposiciones o que las contenga en menor abundancia. El grado de protección *constitucional*, en esta materia como en las demás, no depende sino de aquellos preceptos de la Carta que tengan contenido jurídicamente exigible, por parte de los particulares, ante instancias estatales; lo cual obra en combinación, desde luego, con lo que disponga la legislación secundaria y según la conciencia social dominante. En el caso de los preceptos meramente programáticos, puede decirse que la protección constitucional, *en sí misma*, no existe como tal; su función lingüística (¡real!) no es otra que el constituir unas *exhortaciones*[11], cierta especie de "consejos" dirigidos a los Poderes Públicos. Aun así, claro está que una verdadera protección puede encontrarse establecida (o no) en la legislación secundaria; pero no puede decirse, en rigor, que tal protección esté jurídicamente ínsita en el nivel constitucional mismo.

La situación es similar, por lo demás. en cuanto a los llamados "derechos humanos de *la tercera generación*" (*supra*, cap. II, n. 5). Estos "se entiende que son los derechos progresistas, aquellos que sirven para establecer las condiciones marginales de una existencia humana digna: derecho a la paz, derecho a un medio ambiente sano y, finalmente, también un derecho al desarrollo, el cual las N.U. reclaman con insistencia desde hace

(11) También aquí puede aplicarse, *mutatis mutandis*, lo que MOURGEON dice respecto al Derecho Internacional, en cuanto a que este es constitutivo "seulement d'une incitation des Etats à un effort" (*supra*, § 28.II *in fine*). La diferencia reside en que, tratándose de normas programáticas constitucionales, esa *incitación* proviene de un discurso que forma parte (semánticamente) del propio Derecho interno. Desde otro ángulo, el contenido tan indeterminado y de ejecución solo eventual que caracteriza a tales disposiciones podría incluso verse como cosa inevitable, si se acepta que la función propia de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos no puede ser sino de índole negativa: "Es en la protección contra intervenciones legislativas (y no acaso en la programación vinculatoria de decisiones respecto a labores de ejecución) como se expresa la primacía de la Constitución sobre la ley ordinaria" (LUHMANN, p. 209).

algunos años. El contenido de tal derecho al desarrollo no ha sido definitivamente aclarado hasta ahora. Preponderantemente son generosos los planteamientos que al respecto se presentan. Se dice que el derecho debe estar dirigido a alcanzar una situación de buenas condiciones de vida, que por su parte abarcaría todo aquello que los restantes derechos le prometen al hombre. Así las cosas, el debate jurídico tiene forzosamente que plantearse la pregunta acerca de qué se ganaría con semejante derecho" (TOMUSCHAT, p. 11-12).

Pero nada de lo señalado quita que puedan ser estatuidas, si existe la voluntad política para ello, normas constitucionales que no sean solo programáticas en la materia; esto es, que den más seguridad de realización a aquellos derechos que sean viables, hasta donde lo sean, en un país dado. Por ejemplo: una norma constitucional que obligue a destinar a la educación pública, o a la atención de otros rubros relativos a derechos económicos-sociales, determinado porcentaje del presupuesto del Estado, estableciéndose que sin ello ese presupuesto se tendría por nulo; o estatuir una inconstitucionalidad por omisión, aplicable a ciertas leyes si estas no ponen en marcha disposiciones tales que permitan destinar recursos a determinados mejoramientos; o podría consignarse que disposiciones como la del art. 332 de la Constitución uruguaya o el 50 de la venezolana (*supra*, § 26) se aplicarán también, específicamente, a la integración en materia de derechos económico-sociales; etc. (Sobre todo esto, *vid.* también las observaciones de RUBIO que incluimos más abajo: *infra*, § 92).

II

Por otro lado, y ya con respecto al cuadro de los derechos económicos-sociales-culturales en general, su condición de programáticos puede ser considerada también de una manera distinta a la que hemos presentado. Así, se ha dicho que, si son *derechos*, deben conceder un derecho "a algo"...:

424

> *"Siempre que hablamos de los derechos programáticos, decimos: ¡no, esos derechos no son sino saludos a la bandera! Pero yo, personalmente, no creo eso. Creo que el derecho programático, si es derecho, a alguien debe obligar —a algún órgano del Estado—; y obligarlo específicamente a algo, a un* hacer" (TOVAR).

Esta cuestión, la de la exigibilidad, podría entonces encararse, desde el ángulo de la dogmática jurídica, de la manera siguiente, por ejemplo. PIZA ha recurrido a una diferencia como la que en el Derecho Administrativo se hace entre derechos subjetivos e intereses legítimos: aquellos son exigibles por sí mismos, permiten pedir el restablecimiento de la situación individual que ha sido violada; los otros, en cambio, son derechos-reflejo, no son exigibles por sí mismos, pero han de otorgar una acción para oponerse a cualquier cosa que los obstaculice o impida. Así, los teóricos del Derecho Administrativo consideran que no hay un derecho subjetivo a los servicios públicos. Dicen que hay una obligación genérica del Estado de ponerlos en marcha, pero que no puede de antemano exigirse al Estado su funcionamiento; solo en caso de que él llegue a hacerlos funcionar, pueden surgir derechos subjetivos relativos al mal funcionamiento de ellos. Aunque nadie pueda exigirle al Estado el derecho, por ejemplo, a que le den educación, sí debería tener derecho a oponerse a una medida que restrinja o impida impartirla. Se trataría, pues, de derechos exigibles, pero de manera indirecta. (Sin embargo, esta caracterización —paralela a la diferencia clásica entre derechos "negativos" y "positivos"— no está libre de dificultades, dada la íntima relación e interactuación que existe entre aquello que el Derecho "da" a cada uno y lo que simplemente "prohíbe" a otros o a los propios órganos estatales: cf. SHUE, esp. cap. 2.)

Desde otro ángulo, pensamos que el asunto podría también ser conceptualizado —si se quiere permanecer en el nivel de la dogmática jurídica— de la manera siguiente. Los derechos económicos-sociales-culturales, como todo

"derecho", son "obligatorios" *per definitionen,* semánticamente. Pero esa "obligación", como cualquier otra, depende de un presupuesto de hecho *(Tatbestand):* de aquello que se encuentra categorizado en la hipótesis normativa del precepto en cuestión, de la cual depende que la obligación pase de la potencia al acto, esto es, a legitimar jurídicamente que determinados sujetos de derecho efectúen un reclamo *concreto.* Ahora bien, podría entenderse que aquellos derechos incluyen, en su *propia* hipótesis normativa, la circunstancia de que el cumplimiento de las prestaciones correlativas resulte viable efectuarlo para la generalidad (o para un alto número) de los miembros de la colectividad de que se trate —todo esto sometido al juicio de tales o cuales órganos estatales (el Poder Legislativo, por ejemplo)—. Entonces, cuanto tal cumplimiento *no* es viable, simplemente se sigue que estamos ante un "derecho" —y, como tal, "obligatorio"— cuyos presupuestos desencadenantes no se han dado aún en los hechos, ya sea total o parcialmente. Esto permitiría salvar la coherencia interna (semántica) del lenguaje jurídico... ¡si bien, por supuesto, no hace mejor la situación de los que sufren por la falta de efectividad de esas "obligaciones"!

III

En síntesis, cuando las disposiciones constitucionales o internacionales que establecen derechos económicos-sociales-culturales están formuladas de manera que no otorgan a los particulares derecho subjetivo alguno, vale decir, que no habilitan a estos para *reclamar* una realización *efectiva* de tales derechos ante ningún órgano estatal, decimos que ellas son meramente "programáticas". O bien, si se prefiere expresarlo de una manera más afín a cierto lenguaje técnico de la dogmática jurídica, se trataría de una "obligación" cuya hipótesis normativa incluye un condicionante de viabilidad librado a la apreciación de los órganos estatales correspondientes. Sea como sea, y aun cuando esas dispo-

siciones integran —por definición, convencionalmente— el sector de lenguaje al que se le llama Derecho positivo, para el país en cuestión, ellas se diferencian de otros segmentos de dicho sector por el papel que respectivamente tienen en el discurso de los operadores estatales del Derecho. Aquellas desempeñan, en el discurso jurídico, la función lingüística de una *exhortación,* dirigida a tales o cuales esferas del Poder Público. Los demás sectores del lenguaje del Derecho, en cambio, por lo general cumplen determinadas funciones que podrían llamarse de *exigencia* (técnicamente: exigibilidad jurídica); esto es, son formulaciones normativas que van ligadas, de una u otra manera, a sanciones previstas en el propio ordenamiento jurídico para el caso de que los destinatarios de las exigencias contenidas en esas normas no las hagan efectivas.

Por ese carácter suyo de contener "exigencias", el lenguaje del Derecho en su mayor parte presenta no solo un nivel semántico, sino que también obra en el nivel pragmático de la comunicación. Pero las disposiciones programáticas, como tales, pueden no ultrapasar la dimensión *semántica* de lo jurídico[12]. La presencia de una dimensión

---

(12) Estamos diciendo, conviene subrayarlo: "... de lo *jurídico*". Nuestro comentario no prejuzga, en cambio, sobre si esas disposiciones, aun en el caso de carecer de dimensiones pragmático-jurídicas, podrían eventualmente tener unos efectos pragmáticos en *otros* renglones de la comunicación: esto es, tenerlos en aspectos jurídicamente irrelevantes o que, en todo caso, no constituyan formas de *realización* del contenido semántico-programático de tales disposiciones.

Un gobernante pronuncia una alocución donde, para encomiar a su país, destaca lo "avanzada" que la Constitución de este es en materia de derechos económicos, etc. Aunque ese discurso no contribuya a disminuir la inefectividad que los respectivos preceptos constitucionales puedan tener en la realidad, el señalar que tales derechos "existen" puede tener como efecto, por ejemplo, satisfacer el sentimiento nacionalista del auditorio, reafirmar ante este el prestigio del gobernante y el apoyo con que cuenta, etc. O bien, se celebra un Congreso de Derecho comparado donde se presentan y discuten exposiciones sobre textos jurídicos (nacionales e internacionales) de la materia; con entera independencia de la efectividad o no que los preceptos mencionados tengan, el hecho de que posean unos contenidos semánticos hace que, para hablar sobre estos, se realicen viajes, haya conductas de los par-

jurídico-pragmática, relativa a aquel contenido semántico, depende allí por entero de la eventualidad de que otras normas jurídicas, no programáticas, vengan a establecerla; pero esto es materia contingente, aun dentro del propio plano de ese Derecho. Sin embargo, la función exhortativa puede no carecer de efectos jurídicos subsiguientes, siempre que los exhortados, las esferas del aparato estatal a que dichos consejos van dirigidos, consideren del caso tomarlos en efecto como guía para su actuación, sobre todo si las transforman en verdaderas *exigencias* positivas: legislación, jurisprudencia, etc. El grado de exigibilidad jurídica que los derechos económicos-sociales-culturales tienen en un país determinado, si constitucionalmente no se encuentran establecidos en otra forma que mediante disposiciones programáticas, dependerá *por completo* de lo que establezca la legislación secundaria, o simplemente de la buena voluntad de la Administración.

§ 84. Conflictos entre derechos humanos (la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión)

SUMARIO:

I. Planteamiento general de la problemática.
II. Falsas oposiciones y contradicciones reales.
III. El engaño de la tradición antiliberal; conclusión.

---

ticipantes en el Congreso, etc. Del mismo modo, todos los trabajos doctrinarios —¡el presente capítulo también!— que se escriben y publican sobre estos temas constituyen efectos fácticos de tal discurso jurídico, son *una* dimensión pragmática del lenguaje en cuestión. Claro que cuando planteamos el interrogante —como lo hacemos arriba— relativo a la existencia de una dimensión *jurídico*-pragmática de esas normas constitucionales, no nos estamos refiriendo a efectos como los que acabamos de traer a colación, sino que se trata de un nivel pragmático muy distinto: el de la realización del programa normativo *mismo*.

I

Suele escucharse que, en realidad, la libertad de expresión constituye una garantía *solamente,* o sobre todo, para los derechos llamados "civiles y políticos'; no así para los de orden "económico, social y cultural". La posición extrema en ese sentido es la de aquellas ideologías —leninismo-stalinismo, "fascismo" criollo, etc.— para las cuales, todavía más, aquella libertad representaría un obstáculo en el camino hacia la efectividad de estos últimos derechos, con respecto a los cuales serían secundarios o hasta ficticios cualesquiera otros. Habría, pues, una contradicción práctica insoslayable —piensan muchos— entre el otorgamiento *efectivo* de determinados beneficios económicos a la generalidad de la población y el otorgarle a esta ciertas libertades políticas, sobre todo la de criticar a los gobernantes.

Es obvio que si se carece de la posibilidad efectiva de disponer de un mínimo de recursos económicos para vivir, tampoco los demás derechos alcanzarán a ser disfrutados. Hay, en efecto, un mínimo de "derechos básicos" *de subsistencia* (SHUE), sin la realización de los cuales todo otro derecho es ilusorio, incluso la libertad de expresión.

Puede hablarse, en efecto, de un *derecho básico a la subsistencia,* que tendría por objeto lo siguiente. "Como mínimo de seguridad económica, o subsistencia, entiendo: aire incontaminado, agua incontaminada, alimento adecuado, vestimenta adecuada, techo adecuado y un mínimo de atención preventiva en materia de salud pública. Hay una cantidad de complicaciones respecto a cómo especificar exactamente los límites de lo que es necesario para la subsistencia, y sería interesante examinarlas aquí. Pero la idea básica es que se pueda disponer de los bienes de consumo indispensables para que exista la posibilidad seria de tener buena salud y una vida activa de extensión más o menos normal, salvo accidentes trágicos. Esta idea central es lo suficientemente clara como para poder trabajar con ella, aun cuando haya disputas sobre dónde corresponde trazar sus límites externos" (SHUE, p. 23). Sobre la noción general de "derechos básicos", *vid. supra,* § 11.VI.

Ahora bien, no *todos* los derechos contenidos en el Pacto, por ejemplo, tienen ese carácter de *básicos*, ni tampoco los básicos son todos ellos puramente económicos; la seguridad personal, por ejemplo, no lo es. Con respecto a los derechos económicos-sociales-culturales se plantean, pues, tres problemas distintos: (a) ¿cuáles de ellos y en qué medida son "básicos"?, (b) ¿en qué medida los básicos y los no-básicos son, cada uno de ellos, económicamente viables en un país dado?; (c) ¿en qué medida existe imposibilidad de alcanzar unos derechos básicos si son realizados unos no-básicos, o en qué medida llega incluso a oponerse la posible realización de ciertos derechos básicos a la de otros que también son básicos?

El problema (a) es de orden filosófico, en el fondo, pero corresponde asimismo a la teoría general de los derechos humanos. La posición que se tome al respecto afecta a los presupuestos mismos de la dogmática jushumanista; presupuestos que conducen, sea o no de manera tematizada, a las soluciones que postula dicha dogmática. Los problemas (b) y (c), en cambio, son de orden científico. Corresponde contestarlos recurriendo a investigaciones que se hayan hecho o hagan en disciplinas como la sociología, la economía política, la politología, etc.

La *técnica* jurídica no está en condiciones de resolver por sí misma ninguno de esos problemas. Ella es capaz únicamente de establecer fórmulas lingüísticas que, tomando como base las soluciones a las que se haya llegado —en forma científica o no— con respecto a dichos puntos, traten de coadyuvar, desde el plano normativo, a la realización práctica de tales soluciones.

II

Volvamos a la cuestión señalada al principio: ¿hay incompatibilidades entre el derecho a la mayor libertad

en la expresión del pensamiento, si le es reconocido a *todas* las personas, y la realización de ciertos derechos económicos, para que estos consigan ser accesibles a toda la población o a parte de ella? Más de un autor ha encarado este asunto vinculándolo con la clásica distinción entre "libertad" e "igualdad", metas que, desde las clásicas *Reflexiones* de TOCQUEVILLE, no es infrecuente presentar como más o menos antagónicas. Se afirma, así, que los regímenes políticos actuales se distinguen unos de otros según, fundamentalmente, a cuál de esos dos valores dan la preeminencia. Se ha señalado, por ejemplo, que no faltan quienes "están dispuestos a renunciar a la libertad, con tal de agarrar al menos pedazos de igualdad" (VIDAL).

Más allá de los amplios márgenes de indeterminación que ofrecen ambos conceptos (¿libertad "de" *qué* o "para" *qué?* —¿igualdad en *qué?*)[13], e incluso haciendo abstracción del uso propagandístico que de ellos se hace en el marco de unas y otras ideologías políticas, lo cierto es que la división entre partidarios de las libertades individuales y partidarios de los derechos sociales es un tanto simplista, sobre todo si se la pretende hacer coincidir con la división entre grandes bloques de las ideologías políticas contemporáneas. Retrocesos en ambos tipos de derechos se dan, aunque no bajo las mismas modalidades sociales ni siempre perjudicando en el mismo grado a los mismos sectores, en países de uno y otro bloque, en medidas variadas.

Más aún: existe cierta unidad, e influencias recíprocas, entre el respeto por unos derechos políticos y unos derechos económicos. Tanto si faltan estos como si faltan

---

(13) Sobre la idea de "libertad", cf. los sitios indicados *supra*, n. 4 *in fine* del cap. VIII; *vid.* también el cap. IV de BERDIAEFF y el libro de LASKI *in toto* (sobre relaciones entre libertad e igualdad, cf. p. 20 ss. y 147 ss. de este último —*vid. supra*, 73.III *in fine*—). La eventual antinomia entre libertad e igualdad aparece traducida asimismo en una antinomia como la siguiente: "¿Más democracia o más libertad?" (SCHELSKY, *Systemüberwindung...*, p. 47 ss.).

aquellos se ven seriamente afectadas las condiciones de existencia personal que corresponden a lo que suele llamarse "dignidad de la persona humana". En este sentido, podría decirse, parafraseando a KANT y a HEGEL, que así como los derechos políticos y civiles son "vacíos" sin los económicos, los segundos son "ciegos" sin aquellos. Tanto en uno como en el otro caso, las personas se ven afectadas en el nivel de su "humanidad". Y en el marco de las disciplinas científicas que se ocupan de las cuestiones sociales, nadie ha podido comprobar que exista una contradicción *real* de tipo global entre la realización de ambos tipos de derechos; por ejemplo, que para segurar los derechos básicos de subsistencia sea indispensable monopolizar los medios de difusión.

Lo dicho no significa, por cierto, negar que se den contradicciones entre distintos derechos humanos y aun entre aquellos que son de carácter "básico". Por el contrario, lo común es que tales o cuales derechos de unas personas puedan perjudicar tales o cuales derechos de otras. Esto hace que *cualquier* política en materia de derechos humanos consista, precisamente, en el hecho de dar preferencia a algunos de ellos sobre otros, a intereses de unos sectores de población sobre los de otros. Toda la diferencia está en: a *cuáles* se da preferencia sobre cuáles, y en qué *medida*. Opciones de esa naturaleza son inevitables; lo que no es inevitable, es decidirse por la opción A y no por la B, C. D..., o viceversa. Pero en la ideología general de los derechos humanos, como igualmente en su dogmática jurídica, dichas contradicciones no suelen ser tematizadas. (Algunos autores no han dejado de advertirlas: cf. *supra*, § 11.V.)

Pero aunque las antimonias entre derechos son cosa normal, ello no quiere decir, por supuesto, que tengan lugar entre cada derecho humano y *todos* los demás de este género. Así, en cuanto a la relación entre derechos económicos y derechos de expresión, especialmente respecto a la libertad de palabra en cuestiones políticas, nadie ha podido probar que existe una antimonia entre esta y aquellos primeros. Antes bien, los datos de correlación *empírica* muestran que la "materia" de los primeros se encuentra tanto más extendida cuanto *menos* limitaciones sufren los segundos por parte de las autoridades estatales. Cf. SHUE, cap. I.3, esp. p. 70-78 y 82-87 (sobre las "dictaduras paternalistas").

432

"¿En efecto la solución está en la supresión de las libertades políticas... o en la negación de toda dignidad humana? ¿No hay que buscar más bien las causas de la escandalosa explotación del Tercer Mundo Estas no se encuentran en la libertad de opinión, de religión, de reunión, ni en el respeto del prójimo. Considerar al prójimo como una fuente de trabajo y de plusvalía, o como productor de materia prima, permite tales exacciones. Pero los derechos humanos, al subrayar la dignidad fundamental del ser, se oponen a tal visión del prójimo. Bien lejos de agravar la ignominia del pillaje de los pobres, los derechos humanos la subrayan" (AURENCHE *et al.*, p. 99).

"La libertad y el desarrollo están estrechamente ligados, como lo están las gallinas y los huevos. Sin gallinas, no tenéis huevos; y sin huevos, pronto no tendréis más gallinas. Igualmente, sin libertad no tenéis desarrollo, y sin desarrollo perderéis muy pronto vuestra libertad" (Julius NYERERE, cit. en *ibid.*, p. 109).

Nota.— Cf. también GEIGER, p. 84-86, donde se discute la tesis de que, al fin de cuentas, la libertad de pensamiento no tendría importancia sino para satisfacer al reducido grupo de los intelectuales.

———oOo———

Si nos atenemos a los lenguajes políticos oficiales, parecería que falta un idioma común en el que pudieran dialogar el constitucionalismo de tipo leninista-stalinista con el del pluralismo capitalista. Aquellos pretenden defender mejor los derechos económicos; estos, la libertad personal. En uno y otro bando tampoco faltan, como es natural, quienes afirman que en el de enfrente ni siquiera están bien defendidos los derechos oficialmente proclamados, aquellos en que pone énfasis la propia ideología de este último De todos modos, no es la *ciencia* quien permite afirmar —vale decir, sobre la base de comprobaciones hechas mediante métodos intersujebtivos— que a más libertad de pensamiento hay disminución del bienestar económico de las poblaciones, o que para acrecentar este sea necesario disminuir aquella. Por lo demás, constituye un planteamiento que nada tiene de científico, desde ya, el enfocar estos problemas partiendo de un concepto tan indiscrimi-

nante como el de colectividad o Nación o "el pueblo"[14]. Como si no fuera un hecho que en el seno de una misma colectividad, sea cual sea su régimen político y su estructura económico-social, hay sectores más y sectores menos favorecidos (o perjudicados), en escalas múltiples de gradación, para el reparto de lo que ese país ofrece en materia de libertades y de beneficios económicos, sociales o culturales. Si se quiere someter esta problemática al análisis científico —por ejemplo, para contestar las preguntas (b) y (c) (*supra*, I)— habría que empezar por hilar mucho más fino en la determinación de los conceptos fundamentales. Pero para eso no sirven, en general, los conceptos indeterminados del lenguaje de la política, ni buena parte de los de la doctrina más común en materia de derechos humanos.

Discusión.—

GARCÍA B.:

Quiero referirme al conflicto aparente que existe entre los derechos económicos y sociales, que acá están en el tablero, y los derechos civiles y políticos. Se ha dicho hasta el cansancio, y creo que es una tesis acertada, que los derechos económicos y sociales están en un nivel de igualdad con los derechos civiles y políticos; también es cierto que unos se basan en otros, y viceversa, de modo que tampoco esto constituye una diferencia entre ellos. Yo pienso que desde el punto de vista *axiológico*, o sea, como una afirmación de orden valorativo, tenemos que reconocer que ambos tipos son equivalentes; si creemos que se pueden sacrificar unos por otros, en realidad estamos cayendo en la postulación de una minusvalía de los primeros con respecto a los segundos, sea de los económicos y sociales o de los civiles y políticos. Pero aunque pienso que ambos tipos de derechos están en un mismo nivel axiológico, creo, sin embargo, que los derechos civiles y políticos tienen una prioridad *procesal*, procedimental. ¿Por qué? Por una razón histórica. Dando por supuesto que los países comunistas, o socialistas, o las democra-

(14) Sobre tales conceptos, cf. *supra*, §§ 23.II y 64.III.

434

cias populares, han realizado realmente los derechos económicos y sociales; admitiendo también que los países democráticos occidentales han canalizado adecuadamente los derechos civiles y políticos; aun admitiendo todo eso (cosa que no voy a discutir), creo que la primacía procesal se explica por lo siguiente. Los países que han logrado la realización de los derechos civiles y políticos pueden llegar a los derechos económicos y sociales; adquiridos los derechos políticos y civiles, podemos llegar, dentro del mismo sistema y sin negar aquellos, a los derechos económicos y sociales. En cambio, la experiencia histórica nos demuestra que, por el contrario, los países que llegaron a —y defendieron y se asentaron en— los derechos económicos y sociales, no han ido hacia la conquista de los derechos políticos; por lo menos, hasta ahora. En síntesis: creo que existe una primacía *procesal* de unos derechos sobre otros, sin perjuicio de admiitr que entre todos ellos hay, naturalmente, una igualdad valorativa y jurídica.

HABA:

Voy a efectuar una reflexión —la planteo casi a título de paradoja— retomando la idea expresada por GARCIA B. El decía, en cuanto a las relaciones entre libertad de expresión del pensamiento (o, si se quiere, derechos políticos y civiles en general) y los derechos económicos y sociales, que allí no había preeminencia axiológica, que están todos en el mismo nivel, pero que sí había una preeminencia procesal. Yo voy a sostener exactamente lo contrario: que hay, sí, una preeminencia axiológica eventual, pero que no hay preeminencia procedimental.

Me refiero primero a la cuestión de la preeminencia axiológica. Por lo pronto, esta expresión es ambigua. Pues 'preeminencia" puede entenderse de distintas maneras: puede entenderse ya sea en el sentido de *más* valor, o bien, en cambio, en el sentido de *fundación* (esto es, en cuanto unos valores pueden estar, *de hecho,* apoyados —"fundados"— sobre otros: vale decir, que los primeros no se puedan realizar, en la práctica, si no son realizados desde ya los segundos). Yo diría que desde este segundo ángulo, el de la fundación, hay indudable preeminencia de determinados derechos económico-sociales; evidentemente, no se puede ni siquiera pensar bien, y mucho menos manejar una libertad de expresión del pensamiento, si no se tiene asegurado un mínimo vital.

435

Desde el punto de vista de la *fundación*, pues, hay preeminencia de ciertos derechos económico-sociales sobre los civiles y políticos: si no hay lo primero, tampoco hay lo segundo. En cambio, creo que no existe la preeminencia *procedimental* (dejo de lado, porque creo que no hay forma intersubjetiva de discutirla, la cuestión del "más" valor). No conozco estudios de ciencias empíricas que hayan demostrado que en general —en algún caso puede ser, pero no en general— sea necesario darle preeminencia fáctica a unos u otros tipos de derechos: sea a los derechos económico-sociales, para luego llegar a conquistar la libertad de expresión del pensamiento; o al revés, primero libertad de expresión del pensamiento, los derechos económicos y sociales después. Creo que, en realidad, ambos tipos se interaccionan; y obtienen un mayor acento unos o un mayor acento otros, en función de las circunstancias de los medios sociales en que una u otra cosa se dé (esto es: condiciones económicas, difusión de ideologías, clases dominantes, etc.). Lo que decide la preeminencia *de hecho*, no es un principio de orden general, sino dichas circunstancias, tanto las objetivas como las de orden ideológico-político imperantes en los Estados.

La conclusión que quisiera sacar de todo esto, es la siguiente. Creo que, como principio, el único principio que tiene sentido, desde el ángulo general de la doctrina de los derechos humanos, es que se debería atacar *todas* estas cosas —derechos económicos y sociales, libertad de expresión del pensamiento, etc.— por todos los lados, hasta donde se pueda, al mismo tiempo; y cuando más a fondo, mejor. "Atacarlas", digo, en el sentido de realizar *todos* esos derechos en la mayor medida posible. Privilegiar unos sobre otros, tratándose de derechos fundamentales, en definitiva lleva, de una manera u otra, a que resulten desfavorecidos, mal que bien, tanto los unos como los otros (aun cuando, claro está, algunos derechos lo serán más que otros, y unos sectores de la población padecerán por ello más que ciertos otros).

III

En su menosprecio hacia la libertad de expresión como garantía genérica de *todos* los derechos humanos, las ideologías antiliberales de este siglo son continuadoras de pensamientos que a través de los siglos, desde PLATÓN a HOBBES, desde HEGEL a STALIN y Carl SCHMITT,

436

han puesto su fe en la existencia de unos dirigentes bastante singulares. Estirpe de "sabios", a veces compuesta de un único ejemplar viviente, cuya sapiencia y honestidad —inexpugnable esta, inimpugnable aquella— tan por encima están de lo que ofrece el resto de la colectividad, que solo aquellos pueden guiarla hacia el mayor bienestar posible; y para ello, no tienen otro camino que hacerse obedecer incondicionalmente. La población poseerá la "libertad" de enterarse justo de aquello que los sabios en el gobierno juzguen oportuno y la de hacer lo que ellos indiquen. Nada más, pero tampoco nada menos.

Aunque la experiencia ha mostrado, una y otra vez, la ingenuidad de tales credos políticos, lejos están de haber perdido vigencia, siguen a la orden del día. Pero si alguna lección se puede sacar de la Historia, es que el mayor grado de libertad en la expresión del pensamiento resulta más bien un factor asociado al desarrollo económico y a un más equitativo reparto de las riquezas. Es en los países económicamente *más* desarrollados donde más se respeta dicha libertad y también donde, en líneas generales, la población disfruta de más altos niveles de vida. La pretendida antinomia no es otra cosa que el resultado de una fe, tal vez una filosofía, que cierra los ojos frente a la experiencia.

* * *

En conclusión.— Aunque las posibilidades reales de atender a unos u otros derechos económicos-sociales-culturales dependen de condiciones fácticas, y también de resoluciones de tipo político, el Derecho puede contribuir a que, si existe la voluntad para ello en los sectores dominantes, esos derechos se realicen en la mayor medida posible, en función de: i) los márgenes de opción que la ciencia económica ponga de manifiesto; ii) las normativas que se establezcan en apoyo de aquellas soluciones que, dentro de dichos márgenes (que no dependen de la técnica jurídica misma), permitan maximizar la realización de los

derechos humanos básicos y aun la de otros derechos económicos, sociales y culturales. Dentro de esos márgenes, el ideal de los derechos humanos puede ser ciertamente fértil, como criterio inspirador de reglamentaciones jurídicas y de cómo interpretarlas —a pesar del alto grado de indeterminación de los conceptos que se manejan en los Instrumentos—, pero teniendo siempre en cuenta las condiciones extrajurídicas que mediatizan sus posibilidades de realización. De cualquier manera, hay todas las razones para suponer que, de acuerdo con las lecciones de la Historia, la libertad de expresión del pensamiento es una condición fundamental para que tales derechos puedan ser debidamente garantizados y, más aún, para que en un país puedan darse las mejores condiciones para el desarrollo económico. En todo caso, nunca han podido ofrecerse *pruebas* de que aquella constituya un obstáculo para este. La supuesta antinomia entre libertad de expresión del pensamiento y bienestar material colectivo no es una realidad. Es una "ideología", y de las que más endeble apoyo empírico son capaces de invocar en su favor.

§ 85. Instrumentos internacionales

SUMARIO:

I. Declaración universal; Pacto de derechos económicos; Convención americana.

II. Comentario.

En este campo, los Instrumentos son todavía mucho más indeterminados, si cabe, que en los sectores vistos en capítulos anteriores. Casi todos esos derechos son enunciados de manera programática, quedando por entero librados a lo que cada Estado entienda que puede "progresivamente" hacer para darles (o no) alguna medida de realidad. Suele tratarse de una simple enunciación de metas; pero no

está descartado que haya países donde ella pueda tener ciertos beneficiosos efectos motivantes.

I[15]

Declaración Universal de Derechos Humanos.—

La Declaración se refiere a nuestra materia en los arts. 22 a 25. En general, son disposiciones programáticas; y es con ese mismo carácter que suelen recogerlas el Pacto y la Convención, del mismo modo que la mayor parte de las Constituciones. Llama la atención, de todos modos, que en dicho articulado no esté siquiera mencionado el derecho de huelga. Tampoco hay que olvidar que todos esos derechos quedan sometidos a las limitaciones establecidas en el art. 29.2, es decir, a las que el Estado determine mediante la interpretación que sus órganos otorguen a algunos conceptos muy indeterminados (*supra,* § 24).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.—

Aunque este documento establece de manera más detallada esos derechos que la Declaración, hemos tenido ocasión de advertir, en distintos renglones, que también él está compuesto en su mayor parte por conceptos indeterminados (*vid,* por ejemplo, el art. 2.1: *supra,* § 83 *in limine*). Incluso para derechos viables como el de sindicalización y el de huelga, que su art. 8 reconoce en principio (aunque sin hacerlos objeto de una formulación detallada), el mismo precepto no deja de establecer, asi-

(15) Para un examen más detallado de la normativa internacional en la materia, *vid.* el estudio de KARTASHKIN, que también contiene referencias a instrumentos de alcance más específico que la Declaración y el Pacto; pero se trata, conviene advertirlo, de un examen básicamente normativista.

mismo, que ambos estarán sujetos a una serie de limitaciones en virtud de conceptos indeterminados. La aplicación de estos puede cómodamente autorizar a que el Estado haga, en la práctica, nugatorios tales derechos.

Así, al derecho de sindicalización pueden imponérsele (art. 8) las "restricciones... que prescriba la ley y que sean *necesarias* en una sociedad democrática en interés de la *seguridad nacional* o del *orden público,* o para la protección de los *derechos y libertades* ajenos" (inc. 1, apartados a y c). Más ilimitadas aún, si cabe, son las restricciones de que es susceptible el derecho de huelga, ya que se dice simplemente que debe ser "ejercido de conformidad con las *leyes* de cada país" (inc. 1.d); ahí, pues, ni siquiera se señalan unos conceptos indeterminados a que debería hallarse sometido el contenido de dichas leyes. Por si todo ello no bastara, además se recalca que nada de lo anterior "impedirá someter a *restricciones legales* el ejercicio de tales derechos por los miembros de ... la *administración del Estado*" (inc. 2); vale decir, que con solo extender la órbita estatal bastaría para que los asalariados queden indefensos frente a este patrono.

Ya de una manera completamente general, el Pacto establece el siguiente comodín para introducirle restricciones a todos y cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales: siempre caben "limitaciones... en la medida compatible con la *naturaleza* de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el *bienestar general* en una sociedad *democrática*" (art. 4). Ahora bien, como ningún gobierno existe que no se considere "democrático", y menos aún alguno que no entienda estar actuando para "promover el *bienestar general*", esto significa que, al menos desde el punto de vista del Derecho interno, todas las restricciones que el Estado imponga se podrán imputar, con alguna plausibilidad, a la indeterminada área de estos conceptos. Máxime es ello así por ser tan cuestionable —no solo en la discusión entre ideologías, sino también desde el punto de vista científico (si es que la ciencia puede pronunciarse al respecto)— qué haya de entenderse

en concreto por "bienestar general"[16] y, más aún, cuáles serían los medios realmente adecuados para promoverlo.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.—

No contiene sino una breve disposición sobre el asunto, la cual por lo demás es de orden genérico y puramente programático: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias... para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas..., en la medida de los recursos disponibles" (art. 26). A su vez, las normas respectivas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, a que este artículo se remite, están todas formuladas sobre la base de conceptos indeterminados (cf. arts. 29 y sigs. de dicha Carta).

II

Importa señalar que el nivel general de indeterminación de los derechos señalados en los Instrumentos no tiene su razón de ser simplemente en la "naturaleza" misma de esos derechos, en su carácter *intrínsecamente* "progresivo", etc. Es cierto que allí pueden presentarse dificultades de alcanzar un buen grado de precisión, y más en cuanto a ciertos derechos que para otros del grupo; pero así y todo, la vaguedad (o, por lo menos, el *grado* de ella) que exhiben muchas normas de los Instrumentos no se debe a meras dificultades técnicas. Su endeble nivel de operacionalidad se explica antes bien, en todo caso para buena parte del articulado, por el hecho de que los Estados partes *no deseaban* que ese contenido fuera menos indeterminado, no estaban dispuestos a tomar compromisos *inequívocos* al respecto. Aunque ese deseo

(16) Cf. los sitios indicados *supra*, n. 14.

de conservar las "manos libres" variaba de Estado a Estado, y también según los preceptos de que se tratara, puede decirse que, en líneas generales, la abrumadora mayoría prefirió que estos fuesen lo bastante programáticos como para que las autoridades nacionales pudieran manejarlos cómodamente, que fuesen *ellas mismas* quienes en cada caso tuvieran la mayor libertad para interpretar cuáles son las "medidas apropiadas" (Pacto, art. 2.1):

> *"Aunque los derechos protegidos por el Pacto están formulados con mayor precisión que los incluidos en la Declaración Universal, el primero tiene un alcance lo bastante amplio como para superar diferencias entre variados sistemas políticos, económicos y sociales, así como entre culturas y estadios de desarrollo ampliamente diferentes. (...) A la Asamblea General le fue necesario, por tanto, balancear dos consideraciones: por un lado, la aceptación del más bajo común denominador posible aseguraría una rápida ratificación, pero los documentos no tendrían efecto real; por el otro, la adhesión estricta a altos ideales podría conducir a que los Estados se rehusaran a ratificar los documentos, y entonces los instrumentos serían de escaso valor. Los autores del proyecto tenían que encontrar la delgada línea entre estos dos enfoques. El creciente número de ratificaciones, luego de una reticencia al principio, prueba que alcanzaron esa meta"* (SOHN, p. 21 y 39).

Y desde luego es eso, el haber alcanzado *tal* "meta", lo que explica también —agregamos nosotros— que dichas formulaciones tengan todo el ámbito lógico que tienen (cf. también *supra*, § 11.I, la parte final del texto de FREUND allí transcrito).

§ 86. Heurística

De lo expuesto en el presente capítulo se desprende que, para estudiar la situación de esos derechos en un

-442

país dado, puede servir como guía el referirse a unos puntos de examen como los siguientes:

— En cuanto a las disposiciones constitucionales que establecen derechos económicos-sociales-culturales, ¿son ellas solo programáticas o contienen también derechos jurídicamente exigibles? ¿Cuáles son estos y por qué medios se pueden hacer valer?

— En particular, ¿cuáles son los medios procesales de protección otorgados para tales derechos?

— ¿Qué límites normativos se le imponen, en general, al derecho de huelga y al de sindicalización? En particular, ¿cabe la declaración de "ilicitud" para huelgas y sindicatos, y qué grado de libertad tienen las autoridades estatales para decidir lo uno y lo otro?

— En su caso, ¿qué porcentaje de las huelgas son declaradas "ilícitas" y qué sindicatos han sido disueltos?

— ¿Cómo y en qué cantidad, qué sectores de la población tienen real acceso a los tribunales de justicia, para resolver sus problemas en esta materia?

— ¿Cómo resuelven los tribunales dichos casos y qué efectividad tienen sus sentencias al respecto?

— ¿En qué medida resulta que un mínimo de concesiones reales, en estas materias, para los sectores de la población más necesitados, está realmente limitado (o imposibilitado) por la escasez económica del país en cuestión?

— ¿De qué manera ha podido comprobarse —supuesto que así sea— que un efectivo otorgamiento de esos derechos no puede lograrse sino mediante severas limitaciones a otros derechos humanos (por ejemplo, a la libertad de expresión, libertades de participación en la decisión política, etc.)? ¿Qué pruebas de correlación estadística, u otras técnicas científicas, se han aplicado para demostrar la existencia de semejante contradicción entre ambas clases de derechos?

Sección B): LA ESFERA DE LAS CONSTITUCIONES

§ 87. Tipos de normas

El "reto" que la estructuración de los derechos económicos representa para la técnica jurídica, esta no puede afrontarlo sino dentro del marco al cual la confinan en forma infranqueable los dos presupuestos básicos señalados más atrás: condiciones económicas + voluntad política (*supra*, § 82.III). Las Constituciones enfrentan este reto mediante tres clases de disposiciones: *(i)* las programáticas o delegativas, cuyo contenido resulta impreciso; *(ii)* las interdicciones de contenido preciso; *(iii)* las normas habilitantes de contenido preciso.

Los preceptos de la clase (i) se centran en conceptos indeterminados del tipo (*a*) (*supra*, § 20). Proponen tareas genéricas al Estado, sin indicar *cómo* llevarlas a cabo, o las delegan en lo que determine la *ley*. El ejemplo más patente de esta modalidad normativa lo constituye el principio general que sirve de base al Pacto, su art. 2.1 (*supra*, § 83 *in limine*). Indeterminaciones análogas afectan a casi todas las disposiciones de dicho Pacto (cf., por ejemplo, los arts. 6, 7, 8.1.c-d, 9 y sigs.), así como a todos los preceptos constitucionales que se les parecen.

Las clases (ii) y (iii), en cambio, ofrecen un contenido mucho más determinado, pero son menos comunes y suelen abarcar aspectos más restringidos. Por ejemplo, es el caso de artículos que en las Constituciones establecen límites de horas para la jornada de trabajo —tipo *(ii)*— o un derecho a indemnización por despido —tipo (*iii*)—. No obstante, incluso estas dos clases de preceptos pueden estar afectados por un vacío lateral que, sin perjuicio de la precisión ofrecida por el contenido sustantivo de dichas normas, al fin y al cabo las deja en condiciones de inoperancia jurídica no menores que para los de clase *(i)*. En efecto, si no se establecen además unos *medios* jurídicos

igualmente determinados (¡y ágiles!) para *hacer valer* aquellos derechos, también estos quedan confinados a un nivel meramente declarativo.

En materia de derechos económicos, más común es que los textos constitucionales presenten disposiciones programáticas que las de contenido determinado. Y puesto que aun estas últimas distan de abarcar la totalidad o la mayor parte de las medidas necesarias para asegurarle a todos el "nivel de vida adecuado", según las posibilidades del país en cuestión, lo que al respecto se haga va a depender principalmente de la legislación y, más aún, de medidas administrativas. Pero aquellas y estas, sobre todo las segundas, a su vez dependen de las ideologías políticas concurrentes y, en general, del paralelogramo de las fuerzas sociales producido por lo que piensan y hacen distintos sectores de la población; o sea, del respectivo poder de estos para ejercer "presiones" en el seno de la sociedad global, tanto sobre los órganos estatales (incluso desde su interior mismo) como sobre tales o cuales estratos de la sociedad civil. A eso aludíamos cuando mencionamos, como uno de los presupuestos básicos de las posibilidades jurídicas en la materia, la existencia de una "voluntad política" capaz de adoptar en el nivel jurídico, pero también de *imponer* en la práctica, las medidas del caso.

§ 88. Panorama general de las Constituciones en América Latina

En función de ese carácter fundamentalmente programático —disposiciones de clase (i) (*supra*, § 87)— que presentan la generalidad de los preceptos pertinentes contenidos en los Instrumentos, podría decirse que ninguna de las Constituciones latinoamericanas se halla de manera muy sensible por detrás de aquellos. Unas contienen más y otras contienen menor cantidad de esas disposicio-

445

nes programáticas que los Instrumentos[17]. Algunos textos constitucionales llegan incluso a presentar un catálogo que en ciertos aspectos es más amplio o detallado que el de aquellos; hasta llegan ocasionalmente a contener unos preceptos menos indeterminados que los del nivel internacional, consiguen ir *más allá* de lo que dicen estos en cuanto al otorgamiento o protección de ciertos derechos económicos.

En razón de lo que acabamos de exponer, será bastante raro encontrar en el articulado constitucional preceptos que nieguen en forma expresa lo establecido en los Instrumentos. Aun aquellas Constituciones que son más represivas o incompletas en ese dominio, difícilmente se las encontrará en verdadera contradicción, desde el punto de vista semántico, con los Instrumentos; antes bien, ellas se limitan a recoger algunos de los conceptos indeterminados restrictivos que estos mismos ponen a disposición, o a no decir nada sobre ciertos puntos.

Es común que las Constituciones presenten las características siguientes, en esta área: a) reconocimiento en principio del derecho en cuestión; b) remisión (expresa o tácita) de su efectividad a lo que establezca la legislación secundaria; c) exclusión del derecho de huelga para los funcionarios públicos y reglamentación de su ejercicio en el sector privado; d) reconocimiento de la libertad de sindicalización, pero también ella sometida a reglamentación legal. Todo esto se halla, por supuesto, en completo acuerdo con lo que señala el art. 8 del Pacto (para no mencionar sino el Instrumento más detallado).

Por lo general, la mayor parte de lo establecido en los preceptos que las Constituciones dedican a estos derechos descansa en conceptos indeterminados. Se trata de disposiciones programáticas o delegativas: derechos "pro-

(17) Cf., por ejemplo, el estudio de GARCIA LAGUARDIA sobre la *Evolución del Constitucionalismo social en Centroamérica y Panamá.*

gresivos". Las posibilidades de realización de esos derechos no se encuentran *impuestas* ni siquiera en el plano jurídico; su exigibilidad dependerá de circunstancias económicas y también de la orientación política dominante en los órganos estatales. Esto no quita que, como es el caso en general para los conceptos indeterminados de tipo (*a*), su inclusión en los textos constitucionales pueda significar un *eventual* fermento para apuntar hacia una realización —en mayor o menor grado, más temprano o más tarde— de esos derechos humanos. Desde tal perspectiva, la inclusión puede no carecer de importancia. Hasta podría ser útil formular allí una cláusula genérica expansiva con referencia específica a esta clase de derechos, cosa que desde ya hace (aunque en forma muy imperfecta) el art. 74 de la Constitución costarricense cuando alude a la "justicia social"[18].

Algunos de tales derechos, a pesar de todo, suelen beneficiarse de una formulación constitucional menos indeterminada. Es el caso, sobre todo, de ciertos artículos sobre límites en la jornada de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, etc. Al respecto merecen ser señaladas, por ejemplo, unas disposiciones como las que presentan la Constitución mexicana (art. 123: apartado A, incs. IV y XI; apartado B, incs. I a III) y la hondureña (art. 128, incs. 1 y 2, 8 a 11)[19]. Pero, incluso en estos rubros, habría que ver aún si están disponibles instrumentos procesales o administrativos lo bastante accesibles y ágiles como para imponer realmente el cumplimiento de dichas condiciones.

---

(18) "Los derechos y beneficios a que este capítulo (Título V: Derechos y Garantías Sociales) se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley..." (Const. Costa Rica, art. 74). Pero *vid.* también *infra*, n. 31.

(19) "Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos" (Const. México, art. 123.A. IV).
"Cuando por circunstancias extraordinarias, deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo exce-

Un expediente que también puede contribuir a la protección es el subrayar, como se hace en la Constitución peruana, que "Los derechos reconocidos a los trabajadores son *irrenunciables*" y que "Todo pacto en contrario es *nulo*"

---

dente un 100% más de lo fijado para las horas normales. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas. Los menores de dieciséis años no serán admitidos en esta clase de trabajos" (*ibid.*, XI).
"La jornada diaria máxima de trabajo diurna y nocturna será de ocho y siete horas, respectivamente. Las que excedan serán extraordinarias y se pagarán con un ciento por ciento más de la remuneración fijada para el servicio ordinario. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas" (*ibid.*, B.I).
"Por cada seis días de trabajo disfrutará el trabajador de un día de descanso, cuando menos, con goce de salario íntegro" (*ibid.*, II).
"Los trabajadores gozarán de vacaciones, que nunca serán menores de veinte días al año" (*ibid.*, III).

"1. La jornada diurna ordinaria de trabajo no excederá de ocho horas diarias ni de cuarenta y cuatro a la semana. La jornada nocturna ordinaria de trabajo no excederá de seis horas diarias, ni de treinta y seis a la semana.
La jornada mixta ordinaria de trabajo no excederá de siete horas diarias ni de cuarenta y dos a la semana.
Todas estas jornadas se remunerarán con un salario igual al de cuarenta y ocho horas de trabajo. La remuneración del trabajo realizado en horas extraordinarias se hará conforme a lo que dispone la ley.
Estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción, muy calificados, que la Ley señale.
8. El trabajador tendrá derecho a disfrutar cada año de un período de vacaciones remuneradas, cuya extensión y oportunidad serán reguladas por la Ley.
En todo caso, el trabajador tendrá derecho al pago en efectivo de las vacaciones causadas y de las proporcionales correspondientes al período trabajado.
Las vacaciones no podrán compensarse por dinero, ni acumularse y el patrono está obligado a otorgarlas al trabajador y éste a disfrutarlas.
La ley regulará estas obligaciones y señalará los casos de excepción permitidos para acumular y compensar vacaciones.
9. Los trabajadores tendrán derecho a descanso remunerado en los días feriados que señale la Ley. Esta determinará la clase de labores en que no regirá esta disposición pero en estos casos los trabajadores tendrán derecho a remuneración extraordinaria.
10. Se reconoce el derecho de los trabajadores al pago del séptimo día; los trabajadores permanentes recibirán, además, el pago del decimotercer mes en concepto de aguinaldo. La ley regulará las modalidades y forma de aplicación de estas disposiciones.

(art. 57.1). Pero convendría, además de establecer tal nulidad, añadir todavía unas sanciones económicas particularmente fuertes para la parte a quien favorecen (si a pesar de todo son cumplidos) pactos semejantes, y asimismo prever medios muy expeditos para hacer efectivas dichas sanciones. También es bueno consignar, según lo hace el art. 57.2 peruano[20], como criterio interpretativo básico para la normativa constitucional respectiva, un principio de *in dubbio pro trabajador*, ya que suele ser este la parte más débil en la relación laboral y, por tanto, el más fácilmente sometido a disminución en sus derechos; sin perjuicio de que, naturalmente, habría que dejar asimismo la puerta siempre abierta para la posibilidad de suministrar prueba en contrario.

* * *

Conclusión.— El panorama de la protección otorgada a los derechos económicos en las distintas Constituciones es, en general, bastante débil. Ante todo, porque la mayor parte de las disposiciones que aquellas les consagran son más bien de orden programático: su contenido se formula por medio de conceptos indeterminados y no se otorgan prácticos recursos jurídicos para reclamar su efectividad. Además, en lo que particular relación dice con el derecho de sindicalización y el de huelga, en general aparecen sometidos a la posibilidad de introducirles peligrosas restricciones por medio de reglamentaciones estatales.

---

11. La mujer tiene derecho a descanso antes y después del parto, sin pérdida de su trabajo ni de su salario. En el período de lactancia tendrá derecho a un descanso por día para amamantar a sus hijos. El patrono no podrá dar por terminado el contrato de trabajo de la mujer grávida ni después del parto, sin comprobar previamente una causa justa ante juez competente, en los casos y condiciones que señale la Ley" (Const. Honduras, art. 128).

(20) "En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que sea más favorable al trabajador" (Const. Perú, art. 57.2).

§ 89. El derecho de huelga y el de sindicalización (como índices)

SUMARIO:

I. Carácter "sintomático" de estos derechos.
II. Papel restrictivo de la intervención estatal; conclusiones.
III. Discusión.
IV. Posición de las Constituciones.

I

Si la correspondiente "voluntad política" es real, por lo menos en alguna medida, puede traducirse en formulaciones jurídicas —de todos los niveles— y reflejarse en la conciencia de los operadores del Derecho. Pero, aun así, la efectiva posibilidad de lograr que una parte "adecuada" del producto social quede en manos de los sectores menos favorecidos tendrá que ver también, siempre, con aquellas posibilidades de *presión* que el Derecho les otorgue, o que al menos no les prohíba ejercer. En tal sentido, existen dos medios típicos para que los sectores no privilegiados de cualquier sociedad puedan participar, en situación de menos desventaja, en el "regateo" que entre los distintos estratos sociales tiene lugar para obtener su respectiva cuota del producto nacional: el derecho de sindicalización y el de huelga.

Importa subrayar, desde ya, que el hecho de dedicarle una atención más detenida a esos dos derechos no significa, en modo alguno, sostener que sean los más importantes del grupo en examen. Es obvio que ni el de sindicalización ni el de huelga son, en sí mismos, derechos de "subsistencia" (*supra*, § 84 *in limine*), y hasta es dudoso que corresponda incluirlos entre los de carácter "básico" (*supra*, § 11.VI). Las razones por las que nos detenemos más en ellos son de orden metodológico, *no de naturaleza axiológica*. Esto es: 1. porque dichos derechos pueden servir como un *indicador* ("síntoma") del grado en que los otros derechos económico-sociales tienen una "materia" reivindicable por parte de los sectores no privilegiados de la colectividad que se

450

examine; 2. y porque, además, aquellos tienen la peculiaridad de no ser unos derechos de orden programático, sino que son perfectamente "asibles" cuando existen, pues basta con que el Estado *no interfiera* en su ejercicio, vale decir, que no lo impida o le ponga serios obstáculos en su camino. Ambos puntos de referencia pueden proporcionar un "test" sobre el grado en que las autoridades estatales tienen la voluntad de (o, por lo menos, no están decididas a impedir) que unos derechos económico-sociales sean conquistados o defendidos por parte de quienes estén en condiciones de obtenerlos. (Pero cf. también las dos precisiones que efectuamos al final de este apartado.)

Cuanto menos restringidos se hallen estos dos derechos, más probable es que quienes deseen ejercerlos obtengan una parte lo más "adecuada" posible (para *su* nivel de vida) del producto social global. La experiencia demuestra, en efecto, que es en sociedades cuya población disfruta en general de un más alto nivel de vida donde, a su vez, los sindicatos de empleados y de obreros soportan menores restricciones estatales para poder funcionar; y es también allí donde las huelgas son menos frecuentemente objeto de gran represión.

Con base en esa experiencia, se puede aventurar el siguiente postulado, tomándolo como un indicador de orden tendencial: cuanto más libres de reglamentación estatal se hallen los sindicatos y cuanto menos posibilidades tenga el Estado de obstaculizar las huelgas, más probable es que la mayor parte de la población logre realmente alcanzar "un nivel de vida adecuado" a las *posibilidades* económicas de ese país. Por el contrario, cuando la sindicalización libre y las huelgas se prohíben, o se reglamentan de modo tal que resultan muy difíciles de llevar a la práctica, entonces hay buenos motivos para sospechar que de ello sacarán especial provecho sectores minoritarios de la población, que pueden o no formar parte del aparato estatal mismo (en el caso afirmativo, suelen ser quienes ocupan los puestos más elevados dentro de dicho aparato).

Desde el ángulo de lo que al respecto disponen las Constituciones, puede decirse que, así como la extensión

admitida para la libertad de expresión del pensamiento constituye el mejor "síntoma" general del alcance que en un medio tienen los derechos civiles y políticos, en materia de derechos económicos constituyen un "síntoma", por su parte, las disposiciones constitucionales sobre sindicalización y huelga.

Dos precisiones.—

1. En realidad, ese "postulado" no contempla sino *una* de las dos grandes caras del problema económico: la del reparto de aquello que se encuentre disponible *ya*, en un momento dado. La otra, es la producción misma de los bienes, cuyo contenido y cantidad pueden, a su vez, verse afectados favorable o desfavorablemente en su *desarrollo* por las formas de distribuir esa riqueza. Ahora bien, cabe la posibilidad de contradicciones entre ambos niveles, que unas medidas óptimas para uno de ellos no lo sean para el otro; por ejemplo, que un reparto más "equitativo" ocasione caídas en la producción o que reglamentaciones favorables a la producción provoquen mayor miseria en partes de la población. Supuesto que se presenten tales contradicciones, se plantea una problemática —también para la doctrina de los derechos humanos— que aquí *no* estamos abordando.

2. De todos modos alguien podría pensar que nuestro postulado responde a un liberalismo "pasado de moda", o algo por el estilo; que semejante grado de libertad no es viable en organizaciones estatales tan complejas como las de hoy en día. Respondemos: no son otros que algunos de los Estados económicamente *más* desarrollados aquellos que, brindándole a los derechos laborales formas "íntegras" de reconocimiento (*supra*, § 11.IV), corroboran no solo la justicia, sino también la *viabilidad* de tales soluciones.

II

Según cuál sea la actuación o abstención de órganos estatales al respecto, quedará determinada la medida en que los interesados puedan ejercer la *defensa* de sus derechos económicos. El derecho de sindicalización y el de

452

huelga son dos armas fundamentales (WALLACE) que, para eso, los sectores laborales necesitan en toda colectividad. Dichas "armas" —mejor dicho, la efectiva *posibilidad* de recurrir a ellas, cuando los propios interesados lo estimen oportuno— constituyen una garantía que no tiene sustituto posible. No obstante, y si bien no existe impedimento *material* para que estos dos derechos sean reconocidos con la máxima amplitud, todos los Estados los restringen, en mayor o menor medida. Donde las posibilidades de libre agremiación y de realizar huelgas enfrentan menores obstáculos por parte del aparato estatal es en países de modelo político democrático-pluralista; pero también entre estos los hay más y los hay menos represivos al respecto.

Desde el punto de vista de la mayor protección posible otorgable a los derechos humanos, tanto a los económicos como a cualesquiera otros, no se ve ningún obstáculo, en principio, para que sea reconocido en forma irrestricta el derecho de sindicalización. En efecto, no debería admitirse absolutamente *ninguna* causal para impedir el funcionamiento de gremios, sean cuales fueren sus finalidades y su integración; partiendo de la base, claro está, de que nadie estará obligado a integrarlos, y que el no hacerlo no le acarreará ningún impedimento laboral jurídicamente sancionado. Por supuesto que los miembros de esos gremios no quedarían libres de responsabilidad por delitos *comunes* que cometieren contra la integridad física de personas o contra los bienes de terceros. Mas para hacer efectiva tal responsabilidad no se precisa, por cierto, ponerle trabas jurídicas al funcionamiento de sindicatos. Lo mejor sería no contemplar intervención *alguna* del Estado en materia sindical. Sería preferible que ni siquiera exista una reglamentación jurídica especial al respecto. La formación, funcionamiento y disolución de esas asociaciones, como tales, debería quedar por completo dentro de la esfera de las conductas *jurídicamente* irrelevantes; tal es, en definitiva, la forma más eficaz de *proteger* ese derecho.

453

En una palabra, la realidad muestra que no hay mejor manera de garantizar este derecho que librarlo de *toda* "protección" o "encauzamiento" por parte del Estado. Desde el punto de vista del Derecho, las actuaciones de unas u otras personas en cumplimiento de objetivos sindicales deberían quedar situadas en el mismo plano jurídico que cualesquiera otras conductas privadas de esos individuos. Todo esto porque, de acuerdo con la experiencia, y esto tanto en países capitalistas como "socialistas", mientras menor es la intervención estatal —control, autorizaciones, etc.— en los sindicatos, tanto mayor posibilidad hay de que estos logren realizar una labor *independiente* en defensa de los derechos económicos de sus miembros, lo cual exige cierta "combatividad" que ningún gobernante ve con buenos ojos.

Claro que en cuanto al derecho de huelga se presentan dificultades de naturaleza especial. A diferencia del derecho de sindicalización, que *por sí mismo* no está en condiciones de afectar a ningún derecho humano (salvo cuando esa sindicalización no resulta enteramente voluntaria: por ejemplo, colegialización obligatoria), es indudable que la paralización de ciertas actividades en una colectividad puede perjudicar gravemente los derechos de otras personas, incluso el derecho a la vida. No sería realista suponer que la población prescindirá, sin grave daño, del funcionamiento de ciertos servicios estatales que son del todo básicos. Tal el caso, al menos, respecto a conglomerados urbanos que disponen de dichos servicios normalmente: agua, electricidad, asistencia hospitalaria, policía, etc. Resulta comprensible que se prohíba la interrupción de estos servicios, sobre todo en casos extremos; de lo contrario, podrían resultar lesionados, y hasta en forma irremediable, derechos humanos más elementales ("básicos") [21].

---

(21) Pero conviene insistir, de todos modos, en que también estas situaciones deberían ser resueltas partiendo del criterio de que las limitaciones a la actividad gremial no han de ser el principio sino la *excepción* y que ellas serán siempre objeto de interpreta-

Por el contrario, no se justifica que baste el mero hecho de que un servicio cualquiera esté en manos del Estado, para hacer ilícita la huelga de quienes lo realizan, según lo establecen varias Constituciones. Por ejemplo, aquellas graves razones no existen respecto a huelgas en las instituciones de enseñanza, o en determinados sectores de la producción (siempre que se pueda sustituir un producto alimenticio por otro). Mucho menos aún, por supuesto, resulta aceptable la intervención del Estado en perjuicio de huelguistas del sector privado, como es admitido por muchas Constituciones; en general, lo hacen remitiéndose a que la *ley* "reglamentará" esa materia. Claro que si en una huelga se cometen atentados contra bienes o personas, quienes los cometan (¡y solo ellos!) no tienen por qué escapar a las responsabilidades penales comunes... pero esto sin perjuicio de que el Estado se siga absteniendo de obstaculizar esa huelga *en sí misma.* El principio de abstención estatal sólo ha de referirse a la actividad *huelguística,* no a delitos que contingentemente logren estar ligados a ella —como pueden estarlo, por lo demás, a cualquier otra actividad privada—. Pero si hay un derecho que las autoridades miran con poca simpatía, ese es el de huelga. Resulta casi inimaginable que algún Estado intervenga para defender a los huelguistas; cuando lo hace, siempre es en apoyo de la parte patronal, sea esta del sector privado o instituciones de la propia esfera estatal. Por eso, como dijimos, la mejor defensa de este derecho consiste en salvarlo de toda reglamentación estatal, o en circunscribirla dentro de los más estrechos límites posibles.

La mejor solución sería, por tanto, consignar en la Constitución que el Estado puede intervenir *únicamente* en huelgas que tengan lugar en algunos (¡pocos!) servicios públicos, y aun allí únicamente respecto a funcio-

---

ción *restrictiva.* Si bien tampoco tal guía heurística está libre de vaguedad, no dejará de tener su importancia si se cuenta con intérpretes autorizados que tengan mentalidad jushumanista. Sobre la cuestión de dichas limitaciones, cf. LASKI, p. 99 ss.

narios cuya labor sea del todo indispensable para que el servicio no se paralice. Pues para la mayor parte del aparato estatal es válido un análisis como este:

> "*nos encontraremos con un cuerpo muy pequeño de hombres y mujeres a quienes incumbe la elaboración de la política oficial; debajo de ellos se encuentra otro organismo, quizá dos o tres veces más vasto, encargado de reunir el material que sirve para elaborar dicha política y de aplicarlo en los casos menores; por último, debajo de este organismo, aparece un enorme ejército de empleados que realiza tareas rutinarias de tipo más o menos mecánico. A mi juicio, con respecto a esta última categoría de funcionarios* [mejor dicho: por lo menos con respecto a estos]*no puede decirse que el gobierno sea un empleador de naturaleza diferente del que ellos encontrarían en el mercado de trabajo corriente*" [salvo, agregamos nosotros, en cuanto a que aquel suele plantearles exigencias de rendimiento mucho menores] (LASKI, p. 107)

En definitiva: si no se excluye a los derechos laborales de la categoría de los derechos humanos, y si (en consecuencia) también para aquellos han de regir interpretaciones *pro homine,* entonces no sería admisible que el Estado prohibiese huelgas y ni siquiera que las obstaculizara; salvo respecto a aquellos servicios que su aparato brinda en renglones cuya interrupción es capaz de afectar seriamente la salud, por no decir la supervivencia, de sectores de la población de ese país. Y tales servicios públicos, que son los menos, deberían estar *taxativamente* enumerados en el propio texto constitucional, esto es, señalados allí con toda precisión (¡no mediante unos conceptos indeterminados!). En cualquier otra actividad, lo cual debería comprender la *inmensa* mayoría de las labores que se realizan en los distintos sectores del trabajo nacional, no cabría entonces ningún tipo de calificación judicial para huelgas, no debería existir posibilidad de declararlas ni "lícitas" ni "ilícitas". No quedarían sometidas a alguna reglamentación

456

jurídica *específica;* la actividad o inactividad de cada individuo en esas situaciones entraría por completo en el ámbito de su libertad personal. (Estas son, desde luego, unas soluciones de principio que tienen aire "maximalista"... Pero sirven, así y todo, como punto de referencia para distinguir, también en esta materia, entre reglamentaciones jurídicas que reconocen los derechos en forma más "íntegra" y aquellas otras que los "recortan" en mucho mayor medida: cf. *supra,* § 11.IV.)

* * *

CONCLUSION.— Al analizar las Constituciones, puede ser revelador examinarlas en función del postulado que adelantáramos: partir de la base de que, para asegurar en general los derechos económicos básicos, es fundamental establecer el más amplio reconocimiento de la posibilidad de sindicalizarse y llevar a cabo huelgas, sin que el Estado levante obstáculos ni para lo uno ni para lo otro. Por lo demás, a diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de los restantes derechos económicos-sociales-culturales, en el caso de aquellos dos puede decirse que depende *enteramente* de la voluntad de las autoridades estatales el brindarles un *amplio* reconocimiento *o no.* (Donde no lo hacen así, no es aventurado sospechar —y la experiencia suele confirmarlo— que esas autoridades están defendiendo con ello sus propios privilegios o los de ciertos otros sectores sociales.) Menos decisivas suelen resultar las disposiciones meramente programáticas, por más abundantes que sean. En cambio, pueden tener su importancia ciertos preceptos constitucionales, cuando los hay, que introducen precisiones capaces de *obligar* jurídicamente a que algunos derechos económicos sean llevados a la práctica.

45

III

Discusión.—

El énfasis que para examinar la temática del presente capítulo ponemos en la manera como las Constituciones encaran el derecho de huelga y el de sindicación, dio lugar a objeciones por parte de varios de los juristas que participaron en la Reunión II. Las principales discrepancias salen a luz en el intercambio de ideas que recogemos, en sus líneas fundamentales, a continuación (pero las palabras de WALLACE, y la acotación al respecto formulada por HABA, fueron tomadas de la Reunión I).

* * *

MONTEALEGRE:

Hay derechos mucho más fundamentales, entre los económicos y sociales, para medir la situación verdadera que estos derechos tengan en un texto constitucional. Sobre todo, porque yo diría que el derecho de sindicación y el de huelga, en alguna medida son derechos bastante tangencialmente políticos. Precisamente la cuestión de la libertad está muy en juego en los derechos de sindicación y de huelga. Otros derechos, como los derechos a la alimentación, a la vivienda, a la educación, a la salud, me parece que son mucho más prototípicamente derechos económicos y sociales. Creo que habría, en ese sentido, que darles prioridad. También me parece que es imprescindible incluir en este rubro —lo que me parece esencial en América Latina— los derechos culturales. En un continente que tiene tal cantidad de población indígena, dejamos un vacío muy grande si no incluimos esta cuestión.

HABA:

He partido de la base de que no es posible otorgar los mismos derechos económicos y sociales en toda sociedad habida y por haber, sino que eso depende de condiciones limitativas económicas, que varían de país a país. Entonces, cuando he seleccionado la huelga y la sindicación, no los he seleccionado como los derechos más importantes de un país, sino como aquellos que nos pueden dar el *síntoma* del máximo desarrollo posible, en ese

458

país, de los otros derechos económicos. He partido de esta hipótesis —que, claro está, es perfectamente discutible—: en un país dado, el máximo nivel posible de otorgamiento de los derechos económicos se logra en la medida en que en ese mismo país se reconozca con suficiente amplitud la huelga y la sindicalización, porque son estas las defensas que tienen las clases más modestas para imponer o rescatar aquellos derechos. Se me reprochó que, en realidad, yo haya tomado, para mi análisis, un sector muy reducido del panorama inmenso que son los derechos económicos y sociales. ¡Absolutamente cierto! Pero ya señalé que la gran mayoría (no todo) de los derechos económicos y sociales, tal como están planteados, lo está con conceptos de orden programático. Honestamente, no me parecía de mucho interés analizar tales conceptos.

MONTEALEGRE:

Me parece que por esa línea no vamos a tener un panorama claro de cuál es la situación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, en América Latina. Me parece que hay cinco derechos económicos y sociales, por sobre esos dos, más sintomáticos de cuál es la situación constitucional en esa materia (*supra* § 82.II). Sobre todo en un Proyecto que pretende adelantar ideas, mejorar la situación, y proponer formas de proteger mejor estos derechos, si estamos hablando y vamos a abarcar el área de los derechos económicos y sociales, no se podría eludir el considerar prioritariamente estos otros cinco derechos.

HABA:

Que son más importantes estos otros derechos, ¡completamente de acuerdo! Pero no estoy convencido de que un análisis de lo que dicen las Constituciones sobre ello sería muy fructífero. Casi todo lo que las Constituciones dicen sobre eso es programático, de manera que no dan ningún índice *real* de lo que pasa en el país respectivo. Para saber lo que pasa, tendríamos que ver otras cosas: legislación y realidad.

MONTEALEGRE:

Me parece que tal razón vale para todos los derechos: nada de lo que dice la letra puede darnos un discernimiento de lo

que realmente pasa; para eso, se requiere otro tipo de análisis. E insisto en que no se trata solamente de hacer un diagnóstico, sino de proponer. Pero si no tenemos claro cuál es el área de nuevos derechos que queremos hacer exigibles ante la justicia... ¡No es fundamentalmente lo de la sindicación y huelga!

HABA:

En cuanto al interés que pueda tener proponer soluciones en esa materia, estamos completamente de acuerdo; solo que, esas soluciones *no* están en las Constituciones. La discrepancia entre la letra y la realidad, por supuesto que se da con respecto a cualquier letra. Pero no es exactamente el mismo caso en materia de derechos económicos y sociales que con respecto a otras letras, porque, precisamente, hay letras que son más y hay letras que son *menos* precisas. En materia de derechos económicos y sociales, prácticamente no se brindan *recursos* en ninguna Constitución. Con respecto a otros derechos, sí, tenemos recursos jurídicos; aunque siempre es posible que estos no se cumplan en la realidad, pero por lo menos aparecen en el nivel normativo. En cambio, al analizar las Constituciones desde este punto de vista, con respecto a los derechos económicos lo único que se podría decir es que ellas son insuficientes, nada más.

MONTEALEGRE:

Pero los instrumentos internacionales ciertamente hacen exigibles y declaran derechos económicos, sociales y culturales, categóricamente. Ahora bien, la primera tarea es ver en qué medida esto lo recogen las Constituciones. Y eso es lo primero que hay que dejar en claro: si las Constituciones recogen, al menos, lo que dicen los instrumentos internacionales. Pero si queremos hacer eso, por supuestos que lo primero es determinar cuál es el área clara de derechos económicos y sociales, para definir la comparación entre el área constitucional y el área internacional. Lo fundamental es recoger el grueso de los derechos económicos y sociales; y mostrar en qué medida hay vacíos fundamentales en esto, en las Constituciones. No me parece atinado, en cambio, creer que estamos evaluando la situación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales porque estemos examinando en profundidad el derecho de sindicalización y el de huelga. Si consideramos que los instrumentos internacionales son imperfectos en materia de derechos económicos y sociales, podemos ir todavía más allá de ellos; pero creo que en este caso los hemos prácticamente olvidado por completo.

460

PAZ:

Sobre los derechos económicos y sociales, HABA destacó que la Constitución de Honduras contiene nada menos que siete capítulos sobre esta materia (cf. *infra,* Ap.: vi *in limine*). Yo también soy un sorprendido de que, en el país más pobre de la región más pobre de América Latina, se fomente y promueva lo que BRZEZINSKI llama "la revolución de las expectativas"...

MONTEALEGRE:

La Constitución hondureña, en los aspectos magníficos que contiene, al menos en la letra, refleja un aspecto muy importante de la sociedad hondureña, que no hay que descalificar sino tratar de apuntalar, de ayudar. Por ejemplo, ¿preferiría Ud. que no exista ninguna norma que reconozca y proteja los derechos económicos ¿En algún momento, la sociedad hondureña no se va a encontrar frente a este ideal, exigiéndose a sí mismo, y la letra no le va a imponer un ideal que debe alcanzar? Recuerdo las palabras de Paulo VI relativas a la Declaración Universal de Derechos Humanos. También estamos viviendo en un mundo con guerras, con miseria, con una cantidad enorme de violaciones a los derechos humanos; y sin embargo, vivimos con una Declaración Universal de Derechos Humanos que, como muy bien lo decía Paulo VI, interpela y le pone el ideal y la meta que tiene que alcanzar a la humanidad, y también refleja su conciencia. Creo yo que la Constitución hondureña es un reflejo de esa conciencia. Allí hay una definición importante de una meta, de un objetivo de una sociedad, que es algo que hay que reconocer y no simplemente descalificar.

PAZ:

Yo quiero que no se me malinterprete. Soy un ferviente partidario del constitucionalismo en Honduras. Y el hecho de que estemos comprometidos con ese ideal, es eso lo que nos obliga justamente a denunciar las fallas.

HABA:

Para no provocar una respuesta de MONTEALEGRE, voy a agregar simplemente esto: pido que se dé por incorporado a

461

lo que dije antes, lo que acaba de señalar PAZ sobre la enumeración, magnífica, de derechos económico-sociales hecha en la Constitución de Honduras.

[*Nota.— vid.* también la intervención de MONTEALEGRE recogida *infra*, § 102.II, y la observación al respecto efectuada al final de la intervención de HABA, en el mismo sitio.]

———oOo———

WALLACE:

A estas alturas, casi todas las Constituciones de América Latina contienen básicamente los derechos programáticos que trae el Pacto. Todas tienen esos enunciados teóricos: el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho al bienestar social, etc. Pero la práctica social es otra. Nos encontramos en una América Latina que, a pesar de haber transcurrido muchos años de esos Pactos y de esas dispoiciones constitucionales, está en un período de retroceso en cuanto a derechos económicos y sociales. Nos encontramos una América Latina en estado de pauperización. Son derechos progresivos, declara el Pacto de San José. Pero, a la par que se enuncian teóricamente todos los derechos económicos y sociales, los Pactos no recogen en su enunciado, aunque fuera teórico, algunos otros derechos que puedan hacer factible la concreción de esos derechos económicos y sociales. Por ejemplo, no establecen obligaciones de los Estados de hacer una distribución presupuestaria preferencial para el cumplimiento de los derechos económicos y sociales, o no establecen una justicia fiscal que lo facilite. El único mecanismo que existe para posibilitar derechos como los previstos en el art. 23 de la Declaración y el art. 7 del Pacto —disposiciones relativas al goce de un salario igual en condiciones determinadas de trabajo, bienestar social, etc.— es uno previsto en el mismo Pacto: la posibilidad de organizarse en sindicatos para defender sus propios intereses y el derecho a la huelga (art. 8). Pero este soporta fuertes limitaciones en los diversos países de América Latina.

Por otro lado, y eso es lo más importante, la manera en que los Pactos y las Constituciones encaran la problemática de los derechos económicos y sociales tiene —y así fue diseñado exprofesamente— carácter individualista, el carácter de protección a un individuo determinado. Eso está bien, pero lo que hace falta son unos derechos económicos y sociales de los pueblos, de las naciones. Porque, ¿qué es lo que pasa en la práctica? Mientras no se configure un Derecho Internacional de los países a poder gozar

1162

de sus propios recursos naturales, a poder gozar del mecanismo mínimo del pago justo por los productos que exportamos, lo demás es irrisorio. De nada sirven las declaraciones, de nada servirán los Pactos de carácter individualista; los países no los podrán cumplir. De nada sirven los enunciados teóricos si no logramos una independencia económica real de los imperialismos, de las diferentes superpotencias económicas que nos imponen precios. Y lo propio ocurre en cuanto al interior del país: de nada sirven enunciados de superestructura, como en estos casos vienen a ser las declaraciones o las disposiciones constitucionales, si las relaciones sociales internas de producción no son cambiadas. Necesitamos hacer una revolución en toda la estructura económica, que es la base de todo, para poder tener realmente las posibilidades de poseer derechos humanos en lo económico, en lo social. Y por ende, teniendo derechos humanos en lo económico y en lo social, tener derechos de libertad, de igualdad; que sin aquellos derechos mencionados, los últimos son conceptos vacíos, conceptos innecesarios.

HABA:

WALLACE terminó diciendo lo siguiente, más o menos: que los derechos políticos y civiles son "vacíos" sin los derechos económicos. Comparto tal idea, pero me parece que habría que completarla agregándole una segunda parte. En ese sentido, y retomando una frase análoga, yo diría que, del mismo modo, los derechos económicos son "ciegos" sin los derechos políticos (*supra,* § 84). Y diría aún más: tengo mucha duda de que existan unos derechos económicos y sociales en medida suficiente si faltan los derechos políticos.

WALLACE:

Estoy totalmente de acuerdo con eso. Un derecho económico y un derecho social que presupongan la terminación de la libertad, no son para un trabajo digno, en una libertad real; ahí no hay derecho económico, no hay derecho social. Será esclavitud con garantías materiales, y todo lo que usted quiera, pero no libertad; comparto totalmente su opinión. Mas se necesita una respuesta que no sea la que históricamente se ha ofrecido. Se trata de construir una sociedad donde el hombre, además de gozar de los derechos económicos, sociales y culturales, goce, por sobre todos, los derechos de libertad, igualdad y fraternidad, recogiendo aquellos principios de la Revolución Francesa, que es guía de todos los derechos civiles y políticos.

IV

La normativa que en América Latina las Constituciones presentan respecto a los derechos económicos suele ofrecer una protección bastante tenue para la efectividad de tales derechos. Lo propio sucede en cuanto al derecho de huelga. Basta con que la ley, como ocurre en más de un país (incluso entre los de régimen pluralista), establezca unas exigencias severas como condición de que la huelga revista carácter "legal", para que la generalidad de las huelgas —¡sobre todo las importantes!— resulten habitualmente "ilegales". Esas exigencias suelen referirse a los objetivos —que sean "apolíticos", por ejemplo— permitidos a los huelguistas, o se exigen ciertos embarazantes requisitos de tipo formal previos a la realización de huelgas. Mediante la declaración de "ilegalidad", el camino queda expedito para que el aparato estatal intervenga en el conflicto, desde luego que contra los huelguistas y en apoyo de la parte patronal (la hipótesis inversa es de laboratorio).

A título comparativo, es interesante advertir —como lo hizo notar KOJANEC— que la Carta Social Europea (1961) es el primer instrumento internacional donde, al hablar del derecho de huelga, precisamente *no* se dice que deberá ser ejercido "según la ley". En efecto, lo que allí se establece es que

> "las Partes Contratantes... reconocen:
>
> 4. el derecho de los trabajadores y de los empleadores a acciones colectivas en caso de conflictos de intereses, comprendido el derecho de huelga, bajo reserva de las obligaciones que resulten de las convenciones colectivas vigentes" (art. 6).

Mediante leyes donde se establece que las autoridades estatales pueden impedir que lo pongan en práctica quienes deseen ejercerlo, el *derecho* de huelga deja de ser tal, en aras de una reglamentación que no por indirecta —los requisitos de legalidad— es menos interdictiva. Aunque la prohibición no se halle estampada propiamente en el texto

constitucional, este le deja abierta esa posibilidad a la legislación, al remitirse al uso que esta quiera hacer de ciertos característicos conceptos indeterminados. El precepto constitucional mismo no otorga *protección* jurídica alguna al derecho que aparentemente enuncia. La juridicidad de este queda subordinada a la voluntad, azarosa, del legislador o de los gobernantes. Algo similar puede ocurrir también con la libertad sindical, por restricciones especiales que al derecho general de asociación se le imponen cuando se trata de la creación jurídica y el funcionamiento de gremios.

Frente a disposiciones constitucionales de ese tipo, su amplísimo margen de indeterminación hace que la *efectiva* posibilidad de ejercicio de dichos derechos dependa, pues, de aquello que determine la ley reglamentaria. Pero también dependerá de circunstancias que esta no va a preestablecer: la política del gobierno —el cual puede estar más o menos dispuesto a intervenir contra medidas de reclamo llevadas adelante por trabajadores o funcionarios—; la ideología y celeridad de los aparatos judiciales —quienes pueden estar más o menos dispuestos a declarar presurosamente que una huelga o un sindicato es "ilegal"—; presiones sociales —por ejemplo, las de sectores económicos poderosos o de la gran prensa, etc., pidiendo que se termine cuanto antes con el "desorden", la "anarquía" o la "subversión", que a sus ojos significan las huelgas—; etc.

En una palabra: si no es la Constitución quien en su propio texto restringe claramente las facultades de intervención estatal en materia de huelgas, lo más probable es que sus límites presenten toda la elasticidad necesaria para que el derecho de huelga resulte común u ocasionalmente irrespetado por parte del Gobierno, sea cual fuere la organización económico-social a cuyo servicio se halla el Estado en cuestión. Y cuanto más "fuerte" sea el Estado, es decir, el poder de los gobernantes, tanto más probable es que así ocurra en efecto. A falta de aquellos límites, el determinar si las violaciones al derecho de sindicalización libre y al de huelga serán más o menos

frecuentes y graves, es cosa respecto a la cual, en definitiva, el texto constitucional será neutro. La indefinición en que deja cuáles serán los límites admisibles hará de él un factor inocuo en la materia; todo quedará librado a la legislación secundaria y al contexto socio-político en el cual esta sea (o no) aplicada.

———oOo———

De entre las Constituciones en examen, aquellas que se muestran más favorables al reconocimiento del derecho de sindicalización, es decir, que favorecen menores posibilidades de intervención estatal para obstaculizar el funcionamiento de sindicatos, son las de Perú (art. 51, incs. 1 y 3) y Venezuela (art. 91)[22]. Aunque menos detallado, también cabe señalar el art. 123.A.XVI de la Constitución mexicana[23], sobre todo porque no introduce absolutamente *ningún* requisito para el reconocimiento de tal derecho. Todas las otras Constituciones abren vías de res-

(22) "El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. Nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo. Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales.
"Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Superior.
"Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponde" (Const. Perú, art. 51).

"Los sindicatos de trabajadores y los de patronos no estarán sometidos a otros requisitos, para su existencia y funcionamiento, que los que establezca la ley con el objeto de asegurar la mejor realización de sus funciones propias y garantizar los derechos de sus miembros. La ley protegerá en su empleo, de manera específica, a los promotores y miembros directivos de sindicatos de trabajadores durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical" (Const. Venezuela, art. 91).

(23) "Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc." (Const. México, art. 123. A.XVI).

tricción muy peligrosas para el ejercicio de ese medio de defensa laboral.

En cuanto al derecho de huelga, podría decirse algo parecido. Según varias Constituciones es ilícita para la totalidad de los funcionarios del Estado[24]. Hasta suele admitirse que se lleguen a prohibir huelgas en el sector privado; pero esto, en general las Constituciones lo consienten en forma indirecta, al remitirse a que la *ley* "reglamentará" dicha actividad[25]. En definitiva, ninguna de las Constituciones analizadas reconoce este derecho humano con verdadera amplitud. Las que semánticamente se acercan más a ello, de todos modos, son: el texto del Uruguay,

---

(24) Son típicas, por ejemplo, unas disposiciones consttiucionales como las siguientes:
"Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei" (Const. Brasil, art. 162).
"Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio" (Const. Colombia, art. 18).
"No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades" (Const. Chile, art. 19.16°, pár. final *in limine*).

(25) Son típicas, por ejemplo, unas disposiciones constitucionales como las siguientes:

"Se reconoce el derecho de huelga y de paro. La ley reglamentará su ejercicio...
"Las huelgas es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley" (Const. Perú, art. 55). "Los trabajadores tienen el derecho de huelga dentro de las condiciones que determine la ley" (Const. Venezuela, art. 92 *in limine*).

Mucho más grave es, desde luego, cuando la medida de intervención del Estado se consigna de la manera tan amplia, por no decir ilimitada, en que lo efectúa el precepto siguiente:

"Tampoco podrán hacerlo (declararse en huelga) las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso" (Const. Chile, art. 19.16°, inc. final).

46-1

para el sector privado (art. 57.3)[26]; los de México (art. 123.B.X)[27] y Venezuela (art. 92 *in fine*)[28], respecto al sector público (ya que, por lo menos, estos admiten la *posibilidad* de que también allí se dé el caso de unas huelgas lícitas).

§ 90. De la normativa constitucional a la realidad

SUMARIO:

I. Pistas para la investigación empírica.
II. Derecho de huelga y de sindicalización (cuatro situaciones).

I

Según vimos, los derechos económicos que las Constituciones consignan se hallan por lo general formulados en normas de carácter *programático*. De ahí que, incluso si se supone (lo que no es poco) que el Estado cumpla al pie de la letra la totalidad de la normativa jurídica del país, ni aun así el texto constitucional permite formarse una idea, aunque fuere aproximada, sobre el grado en que los derechos económicos allí señalados poseen "ma-

(26) "Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad" (Const. Uruguay, art. 57.3).

(27) "Los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes. Podrán, asimismo, hacer uso del derecho de huelga, previo el cumplimiento de los requisitos que determine la ley, respecto de una o varias dependencias de los Poderes Públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este artículo les consagra" (Const. México, art. 123.B.X).

(28) "Los trabajadores tienen el derecho de huelga, dentro de las condiciones que fije la ley. En los servicios públicos este derecho se ejercerá en los casos que aquélla determine" (Const. Venezuela, art. 92).

teria" (retomamos la terminología de SHUE: *supra*, acápite). Hasta dando por descontado que las autoridades estatales estén resueltas a cumplir esas normas constitucionales, estas revelan poco o nada acerca de la medida en que tales derechos serán jurídicamente *exigibles:* todo dependerá siempre de la legislación secundaria... ¡y de si "se puede"!

Por tanto, mucho más todavía en ese sector que en otros, sólo el examen de la *realidad* social permite ver en qué medida, y quiénes, disfrutan (o no) de una materia correspondiente a la enunciación de derechos. Ahora bien, atento a la diversidad de estos, el estudio tendría que tomar en cuenta, dentro de cada país, una gama bastante compleja de variables. Por lo pronto, debería contemplar las diferencias que existen entre esos derechos mismos; pero además, dentro de la propia esfera de cada uno de ellos habría que distinguir entre *maneras* que puede asumir el goce de su materia (cuáles están autorizadas y cuáles no) e incluso establecer comparaciones entre *sectores* de la población (no hay por qué asumir en forma apriorística que esa materia se encuentra distribuida en forma igualitaria, etc.). Solo sobre la base de investigaciones semejantes podría intentarse, luego, hallar correlaciones entre la semántica de las normas programáticas y su pragmática, o entre aquella y la legislación secundaria, etc.

Una tarea de tal índole escapa, con mucho, al marco que ofrecen los materiales manejados en nuestra Investigación. Parece que todo, o casi todo, está todavía por ser hecho en cuanto a estudios de tal naturaleza. Sin embargo, hay pistas que permiten adelantar cómo estos podrían ser encarados, con vistas a determinar hasta qué punto ciertas normas constitucionales han dejado (o no) de ser simplemente programáticas. Por ejemplo, para cada país importaría tener, como resultado de investigaciones de campo, unos cuadros como estos:

TABLE 3

The Performance of the Cuban Political System: Summary

	CUBA			
	Growth	*Equality*	*Liberty*	*Security*
Enlightenment	+ +	+ +	— —	+
Skill	+ +	+ +	—	+
Well-being	+	+	NR	+
Respect	+	+	—	+
Affection	—	NR	—	—
Rectitude	+	—	—	+
Wealth	—	+ +	—	+
Power	+ +	— —	— —	+ +

TABLE 4

The Performance of the Mexican Political System: Summary

	MEXICO			
	Growth	*Equality*	*Liberty*	*Security*
Enlightenment	+ +	+ —	+	+
Skill	+ +	+ —	+	+
Well-being	+ +	+ —	NR	+
Respect	+ —	+ —	—	+
Affection	+ —	NR	—	+ —
Rectitude	+ —	+ —	+ —	+ —
Wealth	+ +	—	—	+ —
Power	+ +	—	—	+ +

4-10

[En cuanto a las *maneras* de disfrutar el derecho: *security* (seguridad) es la expectativa de que el actual nivel de goce de los derechos humanos no llegue, por lo menos, a deteriorarse; *growth* (crecimiento) llama la atención sobre la necesidad de acrecentar las posibilidades individuales y colectivas de reforzar los derechos humanos; *equality* (igualdad), tanto de oportunidades como de resultados, nos ayuda a conocer la medida en que los derechos humanos están al alcance de, y son disfrutados por, todo el pueblo; *liberty* (libertad) mide el grado relativo de libertad que las personas tengan para desarrollarse y actuar de acuerdo con sus propias personalidades. Estas cuatro modalidades del goce aparecen combinadas con ocho derechos humanos básicos tomados como valores: *enlightenment* (ilustración) comprende conocimiento, comprensión y acceso a la información; se halla estrechamente relacionada con *skill* (destreza), pero esta última significa pericia en cualquier actividad —un arte, oficio, negocio o profesión—; *well-being* (bienestar) incluye salud y seguridad personal; *affection* (afecto) abarca amor, amistad y lealtad; *respect* (respeto) se refiere a la dignidad, honor, reconocimiento, prestigio o reputación, tanto de individuos como de grupos; *rectitude* (rectitud) comprende los valores morales de virtud, bondad y corrección, que a menudo se concretan mediante la adhesión a variadas concepciones del mundo, ideologías y creencias religiosas —se trata de la libertad de creencias, etc.—; *wealth* (riqueza) consiste en ingresos y propiedad, incluyendo bienes y servicios; *power* (poder) es la participación en decisiones que afectan la vida de uno mismo y, de modo más general, comprende la capacidad de un individuo o una institución de influir sobre decisiones o resultados, en cuanto se trate de resistir a unos cambios sustanciales en las creencias, estructuras y comportamiento propios. Hay una escala de cinco puntos, de + + a — —; NR *(not relevant)* significa irrelevante. (DOMINGUEZ, *Assessing...*, p. 34-38 y 65; los cuadros están en las págs. 66 y 82.)]

En una investigación que se abocara a obtener los datos necesarios para estructurar tablas análogas con referencia especial a los derechos económicos, los que de entre estos se tomen en consideración conformarían la lista para el margen izquierdo del cuadro. Entonces se prescindiría de renglones como *affection, respect* y *rectitude,* por ejemplo; podrían ser sustituidos por "descanso", "sindicalización", etc. También se podría subdividir algunos de los rubros: para *wealth,* por ejemplo, distinguir entre salario y propiedad, o entre tipos de salarios en relación con tipos de

ocupaciones, etc. A su vez, los resultados de tal investigación habría que cotejarlos, sobre todo en exámenes de Derecho comparado, con las disposiciones constitucionales y la legislación secundaria de los países, para ver en qué medida las formulaciones jurídicas de los derechos económicos constituyen realmente un factor capaz de otorgarles materia o de incrementarla.

Una primera impresión, obtenida sobre la base de nuestro estudio de Constituciones y los conocimientos más corrientes acerca de los países respectivos, lleva más bien a pensar que la presencia o la parcial ausencia de esas normas programáticas en textos constitucionales resulta prácticamente inofensiva. En líneas generales, no hemos podido apreciar que a una más amplia recolección de tales normas sobre derechos económicos corresponda el hecho de que, para el país respectivo, haya efectividad mayor de dichos derechos, en comparación con aquellos países cuya Constitución los enuncia en forma menos profusa. Por ejemplo, compárese dos países vecinos, Honduras (más de 70 artículos constitucionales sobre la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales: caps. III a IX, en el Título IV, y también algunos preceptos del Título II) y Costa Rica (Título V, arts. 50 a 74); es en el segundo de estos países, no en el primero[29], donde la *materia* de esos derechos se halla mucho más ampliamente consolidada. O bien, véase una Constitución como la del Uruguay (1967), que contiene apenas una docena de artículos al respecto, pero corresponde a un país donde la materia de esos derechos tuvo (por lo menos hasta 1973) un grado de expansión que era tal vez el más alto de América Latina.

En fin, parecería que en este sector no estamos simplemente ante la cuestión general, propia de toda norma jurídica, de que esta puede no ser acatada, sino que, a diferencia de otros sectores, en aquel ni siquiera puede

(29) *Vid. supra,* hacia el final del § 89.III, la observación que PAZ hizo al respecto.

saberse a ciencia cierta qué es *cumplir* y qué es *no* cumplir con los preceptos constitucionales respectivos. Todo depende de la "materia", vale decir, de aquello justamente que la norma programática *no* está en condiciones de expresar. Para saber lo que la norma programática significa, en cada país, hay que empezar por averiguar qué es lo que allí se *puede;* además, aun dentro de estos límites (siempre variables y discutibles), habrá que averiguar todavía qué es lo que las autoridades estatales se hallarían dispuestas a *aceptar* que sí "se puede"... El alcance semántico de la norma programática no brinda casi ningún elemento de juicio sobre lo que por ella se entienda en el nivel pragmático, si es que este llega a entrar en juego. Parece imponerse como conclusión, que la *realidad* de los derechos económicos en América Latina corre por vías (variadas) respecto a las cuales las fórmulas que traen las Constituciones muestran escaso valor sintomático.

II

Algo menos no-sintomático, en cambio, *puede* ser lo que las Constituciones dicen sobre el derecho de huelga y el de sindicalización. Nos referiremos sobre todo al primero, pues en cuanto al segundo los Estados suelen seguir una política consecuente con la que adopten respecto a aquel.

Una cosa resalta a primera vista: que ningún Estado se priva de someter dicho derecho a severas restricciones, ningún texto constitucional omite subordinar su ejercicio a conceptos indeterminados de tipo *(b)* o *(c)*. Sin embargo, tanto en la formulación que esas restricciones reciben en las Constituciones o en la legislación secundaria, como en la práctica misma, se aprecian diferencias importantes. Unos Estados actúan en formas más y otros de maneras menos impeditivas para el ejercicio de tal derecho. Cabe distinguir cuatro grandes tipos de situaciones.

(a) *Impedimento total.*— Es el caso de las autocracias leninistas, como la de Cuba o Nicaragua. En Cuba, que es el caso más neto[30], el derecho de huelga no se encuentra ni siquiera mencionado en la Constitución; y en la práctica, allí el férreo dominio que el aparato represivo estatal ejerce sobre todas las áreas de la colectividad hace imposible cualquier intento en la materia.

(b) *Impedimentos muy amplios.*— Es el caso de los regímenes capitalistas de dictadura militar, como en Chile o Guatemala. Si bien, por el hecho de que el aparato estatal no está tan omnipresente como en los regímenes leninistas, las posibilidades de hacer huelgas no desaparecen por completo, estas son ilícitas siempre que no sean de importancia muy menor; si a pesar de todo llegan a producirse, suelen ser reprimidas, lo que bien puede ocurrir con los medios más drásticos. La Constitución de Chile formula esa política sin ambages, en el inciso final de su art. 19.16º (*supra*, ns. 24 y 25, ambas *in fine*), que otorga las facultades más amplias para prohibir huelgas, incluso en la actividad privada.

c) *Impedimentos eventualmente amplios.*— Se trata de regímenes capitalistas de democracia pluralista, o de cuasi democracia, donde se encuentra prohibida toda huelga en sectores del aparato estatal e incluso se propicia la

(30) A decir verdad, el caso de Nicaragua es un poco menos neto (aunque no mucho). En este último país, hay todavía algunos detalles que no encajan del todo en un esquema stalinista como el del modelo cubano en que se inspira su nueva clase dominante, el grupo de quienes usufructúan los puestos de privilegio en la maquinaria estatal nicaragüense. En efecto, en Nicaragua subsisten todavía islotes de la madeja social que, aunque severamente limitados, cuando no reprimidos, de todos modos no se hallan todavía sometidos por entero a los intereses de los jerarcas del Estado. Pero en cuanto a las libertades sindicales, puede decirse que estas carecen de toda posibilidad de ser ejercidas, esto es, hacerlo en una forma que no esté al servicio de la maquinaria Partido-Estado; en la práctica, es el Partido Sandinista (FSLN) quien determina quiénes pueden ser dirigentes sindicales y, por supuesto, las actividades del sindicato (la colaboración que está llamado a prestar para llevar adelante lo que dicten los dirigentes de aquella maquinaria); y donde no se ha logrado enteramente esto, de todos modos las huelgas se prohíben.

174

itnervención estatal contra huelgas en el sector privado. Se distingue entre huelgas "lícitas" e "ilícitas", pero de modo tal que, en la práctica, es casi imposible que haya huelgas "lícitas". Desde el punto de vista *jurídico,* pues, la situación es muy similar a la del tipo anterior. Sin embargo, por tratarse de regímenes en donde el Poder estatal se halla mucho más condicionado y limitado, ocurre que, aunque allí una represión estatal contra huelguistas es siempre conforme a Derecho, en la mayoría de los casos no llega a ser ejercida o no es llevada hasta sus últimos extremos. El carácter "abierto" de la sociedad hace que esa represión sea, en la práctica, mucho menor de lo que las leyes permiten. Un buen ejemplo de ello es lo que pasa en Costa Rica, donde la disposición constitucional pertinente dice:

> "Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia" (art. 61).

Todo depende, pues, de la "determinación" que el legislador quiera hacer. Ahora bien, esa "determinación" ha sido efectuada de manera tal que, en los hechos, siempre las huelgas son declaradas "ilegales" por los jueces costarricenses si se llevan ante ellos, tanto las del sector público como en la empresa privada. El ordenamiento jurídico costarricense no es, en esta materia, menos intolerante que el chileno. Sin embargo, en la práctica las diferencias son sensibles. De hecho, en Costa Rica las huelgas se continúan produciendo, llegado el caso, y solo excepcionalmente la represión es grave. En síntesis: aunque la Constitución y la legislación secundaria abran las puertas a la negación del derecho de huelga, como ocurre en Costa Rica, en la práctica el Poder se ve constreñido a hacer un uso moderado de los instrumentos jurídicos de

475

represión si la sociedad está organizada de acuerdo con un modelo político pluralista.

Vale la pena presentar aquí, por lo ilustrativo que es respecto al funcionamiento de una legislación denegatoria del derecho de huelga en el marco de un régimen pluralista, el ejemplo costarricense. Sus aspectos jurídicos han sido analizados por VAN DER LAAT, en una detallada monografía sobre *La huelga y el paro en Costa Rica*. Señala, allí, que "en los últimos años ha aumentado considerablemente el número de conflictos colectivos laborales en el país, y a la hora de recurrirse al derecho sindical para darles un cauce a los conflictos, este ha resultado inadecuado para tal fin, pues no se ha adaptado a las características que en la sociedad contemporánea tienen las relaciones industriales. Tal inadecuación hace que reiteradamente se recurra a las vías de hecho, ya que los instrumentos legales no permiten dar una solución legítima al problema, y, no obstante las constantes declaratorias de ilegalidad de esos procederes, sus promotores obtienen éxito en sus propósitos, con la consecuente pérdida de prestigio de los tribunales y del sistema jurídico (... el continuo sucederse de huelgas en los servicios públicos, que... son ilegales, pero que en la práctica, no obstante ello, obtenían éxito y llevaban funcionarios a negociar y firmar acuerdos con quienes estaban en una situación ilegal...)" (VAN DER LAAT, p. 9).

Aunque el derecho de huelga, así como el de paro patronal, "nominalmente existen como derechos con rango constitucional, las limitaciones para su ejercicio, y la deficiente regulación e interpretación, hacen que en la práctica resulten ilusorios y que se deba hablar con mayor propiedad de libertad de huelga y paro, en vez de derechos.

"La existencia de enormes limitaciones para el ejercicio del derecho de huelga se puede apreciar en diferentes aspectos. El primero y más importante es el concepto mismo de huelga y especialmente la exclusión de los servicios públicos. El ser concebidos estos en forma muy amplia, siguiéndose en su determinación tanto criterios taxativos como enunciativos, objetivos como subjetivos, y además el considerar como tales las labores del campo, hacen que la noción comprenda un amplio sector de las actividades normales del país, por lo que con ello se limita a un pequeño sector de la población la posibilidad de ejercer legítimamente el derecho.

"La limitación de las finalidades de la huelga a aspectos económico-sociales comunes a una colectividad de trabajadores cuyo marco de referencia es una empresa, negocio, establecimiento o centro de trabajo, desconoce un aspecto muy importante de la realidad social, cual es la existencia de categorías de trabajadores con características afines diferentes de las de los otros grupos de empleados de la misma empresa y que por las exigencias numéricas pueden verse impedidos de recurrir a la utilización del medio de presión que constituye la huelga. Además, esta concepción de las finalidades que puede perseguir el movimiento impide que pueda recurrirse para presionar, ante los organismos públicos, a las llamadas huelgas económico-políticas que, dada la incidencia que el actual [régimen] de los entes públicos tiene en todos los órdenes de la vida de los trabajadores, pareciera debería permitirse.

"Aparte de los factores indicados que limitan en forma tan considerable el derecho de huelga, contribuye también a ello la poca claridad de las disposiciones que regulan la figura, así como las lagunas y contradicciones que se aprecian en las normas aplicables. (...)

"También se puso en evidencia que la interpretación que los tribunales costarricenses han realizado en relación con diversas disposiciones relativas a la huelga ha venido a restringir o a restar efectividad a normas que podían jugar un papel favorable...

"Por lo tanto, el derecho de huelga es prácticamente inexistente en Costa Rica, dada la convergencia de diversos factores como son un concepto muy estrecho en cuanto a los sujetos, modalidades y finalidades que puede tener, la falta de claridad o lagunas en la regulación, la incorrecta aplicación de las disposiciones que la rigen, errores de técnica legislativa, porque no se han utilizado a plenitud las pocas posibilidade que ofrecen las normas y porque cuando ya ha sido declarada legal una huelga cabe aún la posibilidad de que el juez la prohíba. Por eso puede afirmarse que fundamentalmente lo que existe en este país es libertad de huelga...

"No existe un procedimiento establecido por ley para determinar el apoyo con que cuenta el movimiento, y tiene, al respecto, amplia discrecionalidad el juez de trabajo. Usualmente se utiliza el referéndum, pero dado que el porcentaje de sesenta por ciento se computa sobre la totalidad de los trabajadores y no sobre los votos emitidos, se está dando origen a prácticas inconvenientes que pueden provocar represalias para los trabajadores que participan...

"Dadas las características que debe reunir una huelga para que el ordenamiento jurídico la reconozca como legal, no es posible realizar en Costa Rica huelgas de protesta, simbólicas, jurisdiccionales, económico-políticas, política, ni recurrirse a las llamadas formas irregulares, como las huelgas articuladas o la no colaboración, así como también resultan ilegales la ocupación de empresas, el boicot y, en varios casos, los piquetes. (...)

"Cuando la huelga es declarada ilegal, la ley indica que terminan los contratos de trabajo de los huelguistas; sin embargo, tal terminación no se produce en forma automática, sino que constituye una ocasión para que el patrono ejerza su poder disciplinario, por lo que tal hecho viene a constituir una justa causa de rompimiento de contrato de las tipificadas en el inciso 1) del artículo 81 del Código de Trabajo; es presumible que los tribunales consideren que el patrono puede actuar en forma discrecional en la aplicación de esa potestad" (*ibid.*, p. 183-189).

d) *Impedimentos circunscritos al sector público.*— Se trata, igualmente, de países capitalistas con régimen pluralista, pero aquí, a diferencia del grupo anterior, los impedimentos al derecho de huelga no existen sino en el sector público; en el sector privado, en cambio, el Estado es respetuosos de los derechos de los trabajadores, no hay huelgas "ilícitas" o algo similar (p. ej., tal fue el caso del Uruguay mientras allí se respetó el Estado de Derecho). En el nivel constitucional, ninguna de las Cartas que hemos examinado establece eso con toda claridad, ya que por lo general confieren plena libertad a la ley para reglamentar el ejercicio de tal derecho; pero esa misma falta de determinación hace también que, si la legislación *no* dice otra cosa, hasta puede haber sectores del aparato estatal donde la huelga no tendría por qué ser considerada ilícita. Todo dependerá, pues, de la legislación secundaria o, eventualmente, de la interpretación que el Poder Ejecutivo dé a ciertos conceptos indeterminados de la Constitución misma o de dicha legislación.

———oOo———

También para el derecho de sindicalización puele servir como punto de referencia una tipología similar a la

presentada respecto al derecho de huelga (como ejemplo se puede tomar los mismos países): *(a)* Ninguna posibilidad de sindicalización independiente; los sindicatos son unos instrumentos más dentro de la maquinaria estatal, cumplen meras labores de organización al servicio de las directrices que determine la cúpula del Partido. *(b)* Los sindicatos son independientes, pero deben ser "apolíticos" y no promover huelgas "ilegales"; esto es, ser lo bastante inofensivos como para no interferir con los intereses de los grandes capitalistas y de la cúpula militar, so pena de disolución del sindicato y de castigos (que pueden ser graves) para sus dirigentes. *(c)* Desde el punto de vista jurídico, la situación es igual o muy similar a la del tipo anterior; en la práctica, sin embargo, el Poder suele ser tolerante (a veces no), pero dejando siempre pender sobre la cabeza de los sindicalistas la espada de Damocles de la disolución y hasta de represiones penales[31]. *(d)* Situación igual a la de (c) en cuanto al sector público, o en una parte de él; pero hay libertad sindical en el sector privado, y eventualmente hasta en algunas partes del sector público.

---

(31) Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a instancia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dictó orden de disolución contra un sindicato del sector *privado,* acusándolo de "haber hecho éste, uso de violencia para impedir a los trabajadores ... realizar labores de manera normal". La Corte reconoció que "todos estos hechos, ciertamente, no fueron autorizados expresamente por la Junta Directiva o por la asamblea general del Sindicato, y es posible que muchos de esos miembros no intervinieran en forma directa en esos actos de violencia; pero esto no significa que la responsabilidad en la comisión de esos hechos, no debe pesar sobre esta organización sindical, pues los que intervinieron como dirigentes e instigadores en aquel frustrado movimiento, en su mayoría los más connotados de sus miembros, lo hicieron ostentando su condición de afiliados a ese Sindicato". Y en cuanto a la *prueba* de los hechos imputados, la Corte entendió que "tampoco podría admitirse —por no ser un argumento jurídico— para evitar la disolución, el hecho que determinados dirigentes de este Sindicato fueran sobreseídos en las causas penales que se les siguió con motivo de estos mismos hechos de violencia, porque la sanción que establecen las disposiciones del Código de Trabajo, no está sujeta a lo que decidan las autoridades penales" (*La Gaceta* de Costa Rica, ejemplar del jueves 20 de enero de 1983, p. 5-6).

APENDICE: SEMANTICA CONSTITUCIONAL(*)

Sumario

(i) *Brasil*

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

(ii) *Colombia*

— Derecho de huelga
— Derecho sindical
— Síntesis

(iii) *Costa Rica*

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

(iv) *Cuba*

— Generalidades
— Derecho sindical y de huelga
— Síntesis

(v) *Chile*

— Generalidades
— Derecho de huelga
— Derecho sindical
— Síntesis

(*) El contenido de este Apéndice no fue posible incluirlo en la presente edición, pero se publica en la *Revista Judicial* de Costa Rica, Nº 38 (setiembre 1986); allí están, también, las notas correspondientes (de la 32 a la 42).

480

(vi) *Honduras*

— Generalidades
— Derecho de huelga
— Derecho sindical
— Síntesis

(vii) *México*

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

(viii) *Perú*

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

(ix) *Uruguay*

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Actos Institucionales
— Síntesis

(x) *Venezuela*

— Generalidades
— Derecho sindical
— Derecho de huelga
— Síntesis

2181

INDICE ANALITICO

del TOMO II

Pág.

Capítulo V

PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 483

Sección A): MARCO BASICO 487

§ 37. Generalidades 487

— medios judiciales de protección y sus "condiciones ambientales" [I] 487

— el derecho a un proceso regular [II] 490

— presupuestos institucionales: principio de legalidad, pluralismo [III] 492

§ 38. Instrumentos procesales de protección 494

— cuatro tipos de instrumentos [I] 494

— la jurisdicción constitucional de la libertad; sus formas [II] 498

— comentario general [III] 500

§ 39. Condiciones esenciales para la funcionalidad del Poder Judicial 503

— generalidades [I] 503

— independencia, etc.; controles; posibles soluciones [II] 507

— excursos [III] 515

- 1. el examen crítico de la jurisprudencia 515
- 2. la personalidad de los jueces 519

482

Pág.

§ 40. El compromiso político del juez 521

§ 41. Heurística 529

§ 42. Excurso: ¿Puede realmente el aparato judicial servir de límite al Poder? (discusión) 532

— motivos de escepticismo [I] 532

— réplica: interrelaciones entre Poder, sociedad y Derecho [II] 535

— conclusión: Estado de Derecho como "momento" del Poder [III] 541

Sección B): NORMATIVA CONSTITUCIONAL 544

§ 43. Introducción 544

§ 44. La normativa-modelo de los Instrumentos 545

— el derecho subjetivo al recurso y su carácter de "efectivo" [I] 545

— cuadros sinópticos; disposiciones fundamentales [II] 549

— hipótesis de trabajo [III] 555

§ 45. Disposiciones constitucionales (apreciación panorámica) 556

— (a) control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad 556

— (b) instrumentos especiales de protección 557

— (c) garantías judiciales 558

— (d) independencia del Poder Judicial 559

§ 46. Algunos ejemplos aprovechables 560

Pág.

Sección C): REALIDAD CONSTITUCIONAL 563

§ 47. La situación en América Latina (apreciación panorámica) 563

— condiciones generales predominantes [I] 563

— intervención de tribunales militares, etc. [II] 566

§ 48. ¿Quiénes, y cómo, logran acceso a la protección judicial? 572

§ 49. Jurisprudencia de derechos humanos 576

— cuatro tipos de cuestiones [I] 576

— resultados de una muestra [II] 579

§ 50. Factores específicos de (in)eficacia en la protección judicial 582

— puntos relativos a la independencia de la judicatura [I] 582

— puntos relativos a la eficacia de la intervención judicial [II] 584

— puntos relativos al conocimiento de los jueces [III] 587

— conclusiones [IV] 588

§ 51. Observaciones complementarias 589

— formas del control de constitucionalidad: acción popular, etc. [I] 590

— deficiencias en el sistema para la designación de jueces [II] 591

— jurisprudencia de derechos humanos: insuficiente conocimiento dogmático de los jueces, como fundamento de sentencias que desprotegen derechos humanos; etc. [III] 593

— acotaciones sobre la "sabiduría" de los jueces [IV] 598

§ 52. Conclusión general 601

Apéndice: SEMANTICA CONSTITUCIONAL (Sumario) 602

1/84

Pág.

Capítulo VI

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS ESTATALES, POR VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS 605

§ 53. Generalidades 606

§ 54. Clases de responsabilidad 613

— responsabilidad personal penal 613
— sanciones disciplinarias 613
— responsabilidad del Estado 613
— responsabilidad política del gobierno 614
— responsabilidad internacional 614
— los órganos de control 615

§ 55. Sugerencias para la normativa 616

§ 56. Heurística 617

§ 57. Constituciones latinoamericanas 619

— generalidades [I] 619
— algunos ejemplos aprovechables [II] 620
— apreciación crítica global [III] 622

§ 58. Legislación, jurisprudencia, realidad 624

§ 59. Conclusión 631

Apéndice: SEMANTICA CONSTITUCIONAL 633

— Brasil (i) 633
— Colombia (ii) 634
— Costa Rica (iii) 635
— Cuba (iv) 636
— Chile (v) 638

VAS

Pág.

— Honduras (vi) 639
— México (vii) 640
— Perú (viii) 641
— Uruguay (ix) 643
— Venezuela (x) 644

Capítulo VII

ESTADOS DE EXCEPCION 647

Sección A): BASES CONCEPTUALES 651

§ 60. Generalidades 651
— tipos de causales [I] 651
— tipos de regímenes especiales [II] 654
— heterogeneidad de los estados; una definición [III] 656

§ 61. Sentido y alcance de la suspensión de derechos 658
— ubicación en (o fuera de) el Estado de Derecho [I] 658
— dictadura comisaria y dictadura soberana ("dictadura constitucional" y gobiernos *de facto*), leyes de excepción y estados de excepción, etc. [II] 661
— ¿Razón de Estado o dogmática jushumanista? [III] 668
— paso al nivel pragmático [IV] 671
— conclusión: el problema de los límites como dificultad permanente [V] 674

§ 62. El Derecho Internacional como marco: (a) disposiciones de los Instrumentos 678
— generalidades [I] 678
— el Pacto y la Convención: elementos de Derecho sustantivo [II] 680

486

Pág.

— aplicación del Derecho Humanitario; control internacional [III] 683

§ 63. El Derecho Internacional como marco: (b) comentarios 685

— el principio de proporcionalidad y el de no discriminación; derechos no suspendibles [I] 685

— derechos suspendibles (desmesurada amplitud de su gama: Hábeas Corpus, etc.) [II] 691

— la fórmula de los Instrumentos como "garantía" (discusión) [III] 695

§ 64. El Derecho Internacional como marco: (c) cuestiones de interpretación 696

— la hipótesis básica de suspensiones [I] 697

— cómo interpretar la Convención: la (¿o las?) hipótesis contemplada; observaciones metodológicas [II] 698

— excurso sobre el *topos* "vida de la nación" (universos simbólicos holistas —nación, pueblo, patria— y su función legitimadora en el discurso del Poder) [III] 702

— conclusión: legitimidad, ante el Derecho Internacional, de las suspensiones decretadas de acuerdo con el Derecho interno [IV] 714

§ 65. Dificultades subsistentes. Discusión general 716

— antinomias y "sacrificios", interpretación de conceptos indeterminados, controles [I] 716

— discusión: conveniencia o necesidad de los estados de excepción (¿posibilidad de suprimirlos?), precisión de sus causales, posibles controles, etc. [II] 718

Sección B): ORDEN CONSTITUCIONAL (NORMATIVA Y REALIDAD) 729

§ 66. Sugerencias para la normativa 729

987

Pág.

§ 67. Heurística 739

§ 68. Panorama de las Constituciones latinoamericanas 741
— una hipótesis de trabajo [I] 741
— rasgos generales de las regulaciones constitucionales vigentes [II] 742
— conclusión [III] 748

§ 69. Algunos ejemplos aprovechables 750

§ 70. Consecuencias de hecho 754

§ 71. Conclusión general 758

Apéndice: SEMANTICA CONSTITUCIONAL 762
— sumario 762
— discusión ..... 76[illegible]

Capítulo VIII

LIBERTAD DE EXPRESION, COMO GARANTIA GENERICA 769

Sección A): NOCIONES BASICAS 773

§ 72. Concepto y formas de la libertad de expresión ... 773
— concepto general [I] 773
— modalidades [II] 778
— cuestiones de la realización práctica; observaciones complementarias [III] 781

§ 73. Libertad de prensa (generalidades) 788

§ 74. Derecho a la información 794

Pág.

— noción general [I] 794
— precisiones; observaciones complementarias [II] 798
— peligros de la intervención estatal; excurso sobre la colegiatura obligatoria de periodistas [III] 806

§ 75. Límites para la libertad de expresión 814
— generalidades [I] 814
— seguridad nacional, estados de excepción [II] 818
— "fronteras" de la tolerancia [III] 820
- 1. variantes (pluralismo, Doctrina de la Seguridad Nacional, leninismo-stalinismo) 820
- 2. discusión 824

§ 76. Pluralismo como condición tuitiva irreemplazable 829

§ 77. Heurística 832

Sección B): NORMATIVA Y REALIDAD 834

§ 78. Instrumentos internacionales 834
— generalidades [I] 834
— disposiciones de los Instrumentos [II] 836
- Declaración 836
- Pacto 837
- Convención 838
— los Instrumentos como modelo (comentario) [III] 841

§ 79. Tipos de ordenamiento 843
— sistemas y formas de restricciones al derecho de opinión [I] 843
— líneas heurísticas de demarcación [II] 848

§ 80. Disposiciones constitucionales 850
— apreciación panorámica [I] 850
- libertad de difusión 850
- libertad en materia religiosa 854
- libertad de enseñanza 857
- extranjeros 861

Pág.

— algunos ejemplos aprovechables [II] 862
— conclusión [III] 864

§ 81. Impedimentos en regímenes autoritarios 865
— violaciones a la libertad de expresión en la realidad latinoamericana [I] 865
— Leyes de Seguridad Nacional [II] 870

Apéndice 1: SEMANTICA CONSTITUCIONAL 874
— sumario 874
— discusión 876

Apéndice 2: UNA INVESTIGACION DE CAMPO (Sumario) 879

Capítulo IX

EL CAMPO DE LOS DERECHOS ECONOMICOS 881

Sección A): MARCO CONCEPTUAL 884

§ 82. Generalidades 884
— dificultades para una categorización general de estos derechos [I] 884
— dos definiciones estipulativas; discusión [II] 887
— viabilidad (límites materiales) y justicia distributiva (voluntad política) [III] 890

§ 83. Conceptualización jurídica 897
— carácter programático de tales derechos [I] 897
— una posibilidad semántico-dogmática [II] 902
— conclusión [III] 904

§ 84. Conflictos entre derechos humanos (la supuesta antinomia entre derechos económicos y libertad de expresión) 906

- 1190

Pág.

— planteamiento general de la problemática [I] 907
— falsas oposiciones y contradicciones reales [II] 908
— el engaño de la tradición antiliberal; conclusión [III] 914

§ 85. Instrumentos internacionales 916
— normativa [I] 917
- Declaración 917
- Pacto 917
- Convención 919
— comentario [II] 919

§ 86. Heurística 920

Sección B): LA ESFERA DE LAS CONSTITUCIONES 922

§ 87. Tipos de normas 922

§ 88. Panorama general de las Constituciones en América Latina 923

§ 89. El derecho de huelga y el de sindicalización (como índices) 928
— carácter "sintomático" de estos derechos [I] 928
— papel restrictivo de la intervención estatal; conclusión [II] 930
— discusión [III] 936
— posición de las Constituciones [IV] 942

§ 90. De la normativa constitucional a la realidad 946
— pistas para la investigación empírica [I] 946
— derecho de huelga y de sindicalización (cuatro situaciones) [II] 951

Apéndice: SEMANTICA CONSTITUCIONAL (Sumario) 958

491