REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



19

IIDH

Enero - Junio 1994

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista
341.481
Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. —N°1 (Enero/junio 1985)-.-
—San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074
1. Derechos del hombre - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1994, IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Producida por el Servicio Editorial del IIDH,
coordinado por Rafael Nieto Loaiza.

Levantado de texto, diagramación y montaje electrónico de artes finales:
MARS Editores, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias sociales, que hagan énfasis en la temática de los Derechos Humanos. Las colaboraciones para su posible publicación deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.

Se solicita atenerse a las recomendaciones siguientes:

1. En todos los trabajos se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es posible acompañar el envío con discos de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen acompañará a todo trabajo sometido, de no más de una página tamaño carta.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil ubicación. Además incluirá un brevísimo resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Los editores aceptan para su consideración todos los originales inéditos que les sean remitidos, pero no se comprometen a su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US$30.00 y de US$20.00 para estudiantes. El precio del número suelto es de US$15.00. Suscriptores de Centroamérica y Panamá deben incluir US$3.00 por envío; Sur y Norteamérica US$4.00 y Europa, US$6.00.
Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giro postal, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales. Se requiere el pago previo para el envío.
Dirigir todas las órdenes de suscripción al Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.
Interesados en canje, escribir a la Revista IIDH, Biblioteca del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A.P. 6906 (1000), San José, Costa Rica, Centroamérica.

Indice

PRESENTACIÓN 7

DOCTRINA

LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS 11
Germán BIDART CAMPOS

MEDIDAS PROVISIONALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UNA COMPARACIÓN CON LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS 47
Jo M. PASQUALUCCI

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS 113
Jorge Rhenán SEGURA

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SIDA. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS 141
Carlos VILLÁN DURÁN

MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA TESTIGOS EN CASOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 157
José Miguel VIVANCO, Juan E. MÉNDEZ

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO - JUNIO 1994 173

CASO REGGIARDO TOLOSA 185

CASO CABALLERO DELGADO Y SANTANA 189

CASO GANGARAM PANDAY 211

VOTO DISIDENTE DE LOS JUECES PICADO SOTELA, AGUIAR-ARANGUREN Y CANÇADO TRINDADE 235

CASO COLOTENANGO 237

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

RESOLUCIONES 249

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES Y COMUNICADOS DE PRENSA 309

INFORME ANUAL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1993 (Capítulos I y II) 331

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA IBEROAMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1993-II) 353

JURISPRUDENCIA

TUTELA Y DERECHOS ÉTNICOS EN LOS BOSQUES TROPICALES 513
Germán RÍOS

DISCURSOS

LA FUNCIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL 539
Rafael NIETO NAVIA

DOCUMENTOS

EL BRASIL CONTRA LA PENA DE MUERTE 547
Antonio A. CANÇADO TRINDADE

ACUERDO SOBRE DERECHOS HUMANOS ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y LA UNIDAD REVOLUCIONARIA NACIONAL GUATEMALTECA -URNG-; Y CALENDARIZACIÓN DEL ACUERDO DE PAZ FIRME Y DURADERA 557

PRESENTACIÓN

La presente edición de la Revista IIDH contiene, en el capítulo de Doctrina, un ensayo de Germán Bidart Campos que se titula "La interpretación del sistema de derechos humanos". En él, el autor propone el estudio de una multiplicidad de cuestiones y aspectos para una interpretación del sistema no inscrita, exclusivamente, en el marco del derecho interno —es decir, en el contexto de la constitución— sino que aquélla se complete, se fortalezca y se auxilie con el derecho internacional de los derechos humanos, una vez que éste hace parte del derecho interno.

El artículo de Jo. M. Pasqualucci examina la jurisprudencia en desarrollo de medidas provisionales adoptadas en el sistema interamericano de derechos humanos. En primer lugar, la autora presenta un panorama del sistema interamericano y, posteriormente, describe los antecedentes históricos de la jurisprudencia en la Corte Internacional de Justicia y en el sistema europeo de derechos humanos.

La libertad religiosa, en el sistema de Naciones Unidas, es el eje del artículo que inscribimos de Jorge Rhenán Segura. Se trata de un tema que toca aspectos generales del fenómeno religioso en la actualidad; elabora sobre la labor de las Naciones Unidas en el fomento y respeto de la tolerancia religiosa o de convicciones; comenta sobre los diferentes trabajos realizados en materia de eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Ello le da pie para concluir que existen una serie de aspectos de índole constitucional, legal, penal, educativo y de acción, que deben emprender los diferentes estados para desterrar de sus respectivas sociedades el flagelo de la discriminación religiosa y de convicciones.

Asimismo incluimos, por tratarse de un tema que cada vez requiere y toma mayor espacio de reflexión, un artículo de Carlos Villán Durán, en el cual analiza los derechos de las personas afectadas con sida.

Entre otros artículos no menos sesudos, José Miguel Vivanco y Juan E. Méndez presentan una reflexión sobre las medidas de protección para testigos en casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reflexionan en sus apartes sobre temas como las medidas precautorias; la disponibilidad de la prueba ante la Corte; de los medios de prueba, su producción y valoración jurídica; la necesidad de armonizar valores jurídicos contrapuestos y, plantean propuestas para prevenir represalias contra testigos.

Como es habitual, continuamos con las secciones respectivas preparadas por las secretarías de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La sección de la Organización de Estados Americanos y la de Naciones Unidas, preparada por Carmen Rosa Rueda, Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez.

Incluimos el discurso pronunciado por el juez Rafael Nieto Navia, con ocasión del homenaje rendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Presidente de Costa Rica, Rafael Angel Calderón Fournier, por la donación que hiciera el Gobierno de Costa Rica de la sede de la CIDH.

La sección de Jurisprudencia incluye una sentencia sobre tutela y derechos étnicos en los bosques tropicales de Colombia.

En la sección de Documentos incluimos el Dictamen, con carácter de *Amicus Curiae*, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Gobierno de Brasil, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Además, el Acuerdo sobre Derechos Humanos suscrito entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), que contiene la calendarización del Acuerdo de Paz Firme y Duradera.

Esperamos satisfacer a nuestros lectores con este nuevo volumen de la Revista.

Los editores

DOCTRINA

LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

Germán J. Bidart Campos
Profesor de Derechos Humanos y Garantías
en la Universidad de Buenos Aires

-I-

1- Referirse a la interpretación de los derechos humanos o, mejor, del "sistema de derechos humanos", presupone derivar a una multiplicidad de cuestiones y aspectos.

En la filosofía jurídica habitual se parte de un presupuesto: cuando se habla de *interpretación*, se entiende que lo que se interpreta es una *norma*. O sea que para que haya interpretación tiene que haber una norma. (En la ecología de Carlos Cossio media una diferencia importante: para Cossio, lo que el juez interpreta es la conducta cuyo juzgamiento le incumbe, y a la que aplica la norma correspondiente).

Cuando en un caso no existe norma que lo enfoque, es clásico también decir que hay una *laguna* del orden normológico; es decir, una carencia o un vacío. Resolver el caso que no tiene previsión en una norma ya no configura, en rigor, interpretación, precisamente porque está ausente la norma, y la interpretación requiere norma. Entonces, Werner Goldschmidt entiende que para resolver un caso carente de norma, el operativo se llama *integración* del orden normativo lagunoso: hay que colmar o cubrir la carencia de norma, elaborando para el caso una norma individual que le preste solución.[1]

---

1 Para interpretación e integración, ver nuestro libro "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", nueva edición ampliada y actualizada del Tomo I, 1993, E. Ediar, Bs.As., cap.III.
Para el tema en Goldschmidt, ver su "Introducción filosófica al derecho" 4ª ed.,Ed. Depalma, Bs.As., 1973, cap.IV, Tercer subcapítulo.

2- Este panorama dual —interpretación e integración— se torna muy interesante en materia de derechos humanos, al menos en cuanto cabe preguntarse: ¿Los derechos son únicamente los que constan en una norma?, ¿o hay otros que carecen de norma?

Según sea la respuesta, habrá exclusivamente interpretación (sin cabida para la integración) cuando se diga que fuera de las normas sobre derechos no hay otros derechos; y, al contrario, habrá además integración cuando advirtamos que fuera de las normas sobre derechos hay otros derechos que carecen de norma.

Hasta aquí, quedaría la impresión de que, siendo la interpretación y la integración dos mecanismos que suponen diferencia de circunstancias (existencia de norma, y carencia de norma), nunca convergen ni se entrelazan.

No obstante, es posible —al menos provisionalmente— proponer que cuando faltan normas sobre determinados derechos, y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree y valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester "interpretar" (o sea, encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas, y otros carecen de ellas. (*Ver el N° 35*).

De ser así, en el llamado sistema completo de derechos que debe ser objeto de interpretación para viabilizar la integración de los que no tienen norma propia y específica, hay que incluir un arsenal complejo de elementos que dé cobertura y cierre a la totalidad del sistema, tanto en el sector que dispone de normas cuanto en el que está desprovisto de ellas.

3- Para no descartar, marginar, desconocer, o negar derechos que no tienen norma específica, partimos de un concepto básico y previo, que formulamos así: un sistema de derechos en un Estado democrático goza de una completitud abarcadora, porque el espacio en el que existen normas dispone, como sustrato o estructura subyacente, de *principios, valores, fines* y *razones históricas* que son inherentes al orden normológico y que, por ende, son capaces de colmar e inundar sus lagunas en aquella zona donde hay derechos que carecen de normas, tanto como de guiar la interpretación de las normas que consignan derechos.

Este denso enunciado exige comentarios explicativos.

Se nos dirá, seguramente, que arrancamos de un preconcepto o de un prejuicio (en el sentido de concepto o de juicio anteriores a la reflexión

posterior). Y es cierto: partimos de una convicción iusfilosófica muy importante: la de que *hay derechos aunque no haya normas acerca de ellos*.

El trasfondo de esta convicción deriva de varias cosas: una, que el derecho (o el mundo jurídico) no es únicamente un conjunto de normas, sino una realidad sociológica, política y jurídica, propia de la convivencia de personas humanas en sociedad, de la cual realidad solamente un sector o una zona está compuesto por normas. Hay, también y además, una dimensión de *conductas* o comportamientos en interferencia intersubjetiva (que es la *dimensión sociológica*), y una dimensión del *valor* —o de los valores, para quienes creemos que en el mundo jurídico existe una pluralidad o un plexo de valores— (que es la *dimensión dikelógica*, así denominada por Goldschmidt, porque "díke" significa en griego justicia, y "logos" significa conocimiento de esa justicia, que es el valor máximo del plexo valorativo). Comúnmente, la dikelogía) (o ciencia de la justicia) viene apodada axiología.[2]

4- La otra convicción nos dice que si el derecho no se agota en las normas, los derechos humanos —sea que consten en normas, sea que carezcan de ellas— surgen de una instancia que no se sitúa en las normas, y que los fundamenta, tanto cuando hay normas como cuando no las hay; muchos apelan a instancias de suprapositividad, o extrapositividad, y las radican en diferentes ámbitos: un orden natural objetivo y trascendente; o la naturaleza humana común a todos los seres humanos; o la razón humana; o un sistema de valores también objetivos y trascendentes; o los derechos morales; o la ética; o las meras valoraciones colectivas de una sociedad en un momento histórico determinado; o el consenso social acerca de que hay y debe haber derechos; o la dignidad de la persona humana; o la tradición histórica de cada comunidad, etc.[3]

Este enunciado solo tiene —aquí— el sentido de demostrarnos que desde distintos supuestos filosóficos es dable la convergencia o confluencia hacia un denominador común, capaz de funcionar y operar como una *ideología práctica* —es decir, como una solución empírica para organizar política y jurídicamente la convivencia societaria—. Tal ideología práctica

---

2 A la tridimensionalidad aludida en el texto le da desarrollo la teoría trialista de Goldschmidt. (Remitimos a su obra cit. en la nota 1, y a la versión con que la hemos trasladado al derecho constitucional; para ello, ver nuestra ob.cit. en la nota 1, cap.I; también nuestra "Filosofía del derecho constitucional", Ed.Ediar,Bs.As., 1969).

3 Todas las instancias ejemplificadas, en cuanto están fuera del llamado derecho positivo, y en cuanto no dependen de la pura subjetividad relativa de las personas o de su conciencia valorativa, admiten incluirse en la postura denominada "objetivismo". Para su explicación y las citas pertinentes remitimos a nuestro libro "Teoría general de los derechos humanos", Ed.Astrea,Bs.As., 1991,p.125. Las distintas posiciones que tienen cabida en el objetivismo pueden ser o no ser iusnaturalistas.

se expresaría en el reconocimiento debido a un conjunto de derechos cuya existencia no depende de que "alguien" ponga (o emita) normas en el mundo jurídico, sino deriva de que la persona humana necesita y exige que los haya para convivir con la dignidad propia de ella.[4]

En lenguaje constitucional, el reflejo de este pre-concepto o pre-juicio (con el alcance ya explicado de concepto o juicio previos) ha llevado a aseverar que los derechos no se "constituyen" en la normatividad positiva, sino que en ella solamente se "reconocen". Y se reconocen pero no se constituyen porque son anteriores y preexistentes, en sentido filosófico, a la existencia de normas.[5]

5- Aquí viene un descarte trascendental, que es el que Peces-Barba hace con el positivismo voluntarista.[6] Positivismo voluntarista viene a ser la postura para la cual los derechos son —únicamente— "lo que" el Estado dice que son, y son —también únicamente— "los que" el Estado dice que son (o define y enumera como tales en las normas que el mismo Estado establece).

Si se asume el positivismo voluntarista, o cualquier otra doctrina afín con él, naufraga y se frustra todo el intento que queremos hacer para interpretar la completitud del sistema de derechos, y para efectuar exitosamente el entrecruzamiento de interpretación e integración, con el fin de lograr armónicamente la conjunción de derechos que cuentan con normas y de derechos que carecen de normas.

6- Para lograr una coordinación semejante, conviene acudir a otros reforzamientos. Hay uno de tipo histórico, en los albores del constitucionalismo moderno de fines del siglo XVIII, y otro de derecho positivo en el constitucionalismo escrito que tuvo inicio también en ese tiempo, y que se prolonga en nuestros días.

El antecedente histórico lo proporciona la constitución de Filadelfia de 1817. Es sabido que la constitución de Estados Unidos careció, hasta sus diez primeras enmiendas, de una declaración de derechos. Ello se debió a que, según la tradición anglosajona, los padres fundadores tenían tan clara la existencia de derechos inherentes a la persona humana, que creyeron innecesario insertar su enunciado en el texto normativo de la constitución.

---

4 Para la ideología práctica (y la ideología especulativa) ver nuestro libro "La recreación del Liberalismo", Ed.Ediar,Bs.As.,1982, p. 72.

5 Bidart Campos, "Teoría general de los derechos humanos", cit., p.102. (Ver las notas 38 y 40).

6 Peces -Barba Gregorio, "Derechos fundamentales" 3ª ed., Madrid, p.21.

Las normas no hacían falta, con lo que dejaron testimonio de que los derechos no precisan indispensablemente de normas de constatación o de reconocimiento, porque no están en el orden normológico, sino en otra parte, y porque ese orden normológico no es su fuente última, sino acaso —únicamente— su formulación escrita.

El otro indicio es suministrado por el propio orden de normas de las constituciones escritas. Es bastante frecuente, y la constitución argentina da ejemplo, que en común con el catálogo de derechos enumerados o explícitos aparezca una cláusula denominada de *derechos implícitos*. En ella se nos dice que los derechos expresamente declarados no implican negación de otros. Y para saber cuáles son los que carecen de norma, se alude a continuación al origen que da nacimiento a estos últimos, con remisiones diferentes en su vocabulario, pero de similar sustrato filosófico: la forma republicana, la soberanía popular, la naturaleza humana, la dignidad del hombre, etc.

7- Estas cláusulas de derechos implícitos son de enorme valor para ilustrar sobre la completitud del sistema de derechos. En efecto, cuando una constitución las incorpora a su texto está llamándonos la atención para hacernos comprender que no es imprescindible que cada derecho disponga de una norma expresa que le sea favorable porque, aunque no la haya, hay —sí— un espacio abierto con suficiente amplitud donde se puede y se debe brindar hospitalidad a derechos que no están enumerados en el conjunto normativo de la constitución. Y hay que saber buscarlos o, si lo enunciamos con lenguaje filosófico, hay que integrar ese vacío acerca del cual la constitución misma nos advierte que es menester colmarlo, porque tiene un contenido.

Por eso, con referencia a la cláusula de derechos implícitos hemos hablado en escritos anteriores de los *silencios* de la constitución, y de la trascendencia que a veces ellos invisten, hasta el punto de que podamos afirmar que, en muchos casos, lo que la constitución calla en sus silencios es tanto o más importante que lo que dice en sus normas. Todo consiste, entonces, en que el oído esté atento a los silencios constitucionales, y en que la interpretación integradora del sistema de derechos sepa desentrañar el contenido de las carencias normativas.

Para eso, el itinerario ya quedó insinuado antes: hay que acudir a los principios, a los valores, a los fines, y a la razón histórica de la constitución y de su sistema de derechos, porque solo de esa manera lograremos conferirle la completitud.

8— La incardinación de una constitución en el marco organizativo del *Estado democrático* abre un buen panorama. Un Estado democrático es un

Estado que asume la organización social y política de la *libertad*, colocando en su centro a la *persona humana* con su dignidad y sus derechos. Para ello, ordena el poder —con sus órganos y funciones— con un contorno de limitación, de separación o no concentración, y de control. El poder es imprescindible y es inexorable, pero debe su justificación y su razón de ser en la finalidad servicial que tiene para la sociedad y para quienes la componen. Nunca en sí mismo ni para sí mismo.

El Estado democrático pervive en una atmósfera de libertad, en un clima de libertad, con una filosofía de la libertad. Y trasplanta ésta a un ordenamiento constitucional de libertad. De nuevo, el fundamento de los derechos que despliegan a la libertad no se halla en el Estado, ni en su constitución, ni en sus normas. Hay una matriz de más alta alcurnia, a la que el Estado democrático otorga recepción en su constitución. Esta recepción no es completa si acaso, se supone que el plexo de derechos requiere o logra espacio solo en un listado taxativo de derechos con formulación normativa explícita, y que fuera de él queda un vacío absoluto y total, insusceptible de colmarse recurriendo a la implicitud.

9- En posición diametralmente contraria, estamos ciertos de que dentro de la constitución como conjunto normativo sistemático —y hasta casi añadiríamos: cerrado— deambulan los ya mencionados principios, valores y fines, más la razón histórica que proviene de la propia génesis de esa constitución. De ser así, como convencidos estamos de que lo es, la constitución, sin dejar de ser jurídicamente normativa, y dotada de toda la fuerza que tal naturaleza le imprime, no consiste únicamente en la sumatoria de sus artículos ni en la letra de sus normas, porque a la *letra* de la constitución se le agrega su *filosofía política* —que acumula principios, valores y fines— y, además, aquella *razón histórica* también ya apuntada anteriormente.[7] Todo ello está dentro de la constitución, sea que sus normas definan expresamente los principios, los valores y los fines, y que lo hagan asignándoles tales denominaciones, sea que no lo haga, porque también en este último caso los recoge y alberga implícitamente. Lo que entonces ocurre es que hay que disponer de destreza interpretativa para inferirlos. O si lo queremos anunciar de otra manera: hay que saber escuchar el silencio de la constitución, prevenidos de que no todo viene escrito ni dicho explícitamente en sus normas.

Una muy buena herramienta para respaldar este modo de comprensión interpretativa e integradora hemos encontrado en una sentencia del año

7 Puede verse cómo utilizamos la trinidad de "letra-espíritu-raíz histórica" para la comprensión de la constitución argentina de 1853-1860, en nuestro libro "Para vivir la Constitución", Ed.Ediar,Bs.As.,ps. 11 y sigs.

1981, del Tribunal Constitucional de España, cuando afirma que la constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico.

García de Enterría lo expresa bien cuando enseña que la constitución asegura una unidad del ordenamiento, esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas.[8]

Franco Pierandrei, por su parte, nos dice que en la constitución hay un complejo de principios generalísimos que representan el núcleo central de ella, y que se trata de los principios que más directamente expresan los valores políticos en los que la constitución encuentra su fundamento y por los cuales un determinado Estado se caracteriza de un modo peculiar.[9]

10- Reiteramos que los principios y los valores que, juntamente con las normas, componen la constitución, hacen parte de su complejo normativo, pero no indispensablemente necesitan hallarse descriptos en una norma porque, muchas veces, circulan en aquel conjunto normativo de manera implícita y, por otro lado, no pierden su esencia de principios y de valores cuando una norma explícita los define y los menciona.

Se entiende bien que un Estado democrático adapta a su organización un plexo de principios y valores que, salvados los estilos y las idiosincrasias culturales de cada sociedad, responde a una matriz esencial que es constitutiva de toda forma democrática, y que ya antes diseñamos: inserción del hombre en la comunidad política de conformidad con su dignidad de persona y con sus derechos, y organización de un poder limitado, distribuido y controlado.

Podrá parecer muy abstracto el trazado fisonómico precedente, pero se vuelve bien inteligible no bien se recuerda que Francisco Romero, en su obra *"Teoría del hombre"*, enseñaba que los valores no son históricos, pero que sí es histórico su ingreso en una comunidad.[10] Ello significa que el plexo de

8 García de Enterría Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, 1985, p.97.

9 "L'interpretazione della costituzione", Milán, 1952, p. 496.

10 Ed. Losada, Bs.As., 1952, p. 325. Dice el mismo autor: "Los valores, en cuanto afirmados y realizados históricamente por el hombre, dan lugar a los complejos valiosos que llamamos bienes, y componen el mundo específicamente humano de la cultura" ("Filosofía de la persona", Bs.As.,1951,p.33).

principios y valores de un sistema democrático comparte aquella fisonomía, pero asigna dinámicamente a los principios y los valores que son comunes a toda democracia un contenido y unos perfiles propios, que a más de ser tributarios del conjunto cultural vernáculo y de su génesis o su tradición históricas, no se congelan ni devienen estáticos, sino que participan de la *historicidad* dinámica de la misma sociedad y del estado respectivo, que es igual a decir: de la vida humana.[11]

11- Todo lo hasta aquí expuesto sumariamente abastece aquella convicción inicial que testimoniábamos en las presentes reflexiones. Un sistema de derechos humanos es completo cuando y porque se compone no solo de derechos que disponen de normas descriptivas, sino de los que no tienen esa constancia escrituraria, pero cuentan con recepción en el plexo de principios y de valores que insuflan espíritu a la constitución y que acompañan a lo que su letra normativa consigna.

Por ende, ningún derecho queda sin respuesta cuando se interpreta y se integra al conjunto normativo de la constitución utilizando una dinámica y un activismo enriquecedores que buscan —y logran— la sistematización coherente y armonizante.

Es claro, hay que superar estrecheces, egoísmos, avaricias, en los que tantas veces incurren quienes, en labor hermenéutica, se estancan en un orden normativo desconectado de los principios, los valores y los fines.

12. Hemos insistido en los principios y los valores. ¿Y por qué no extendernos a los fines? Cuando lo hacemos, nos colocamos en condición hábil para comprender que un sistema de derechos en un Estado democrático plasma en la constitución con la finalidad de optimizar la convivencia social. Y optimizarla es equivalente a maximizar el plexo de los derechos con que quedan investidos los hombres que conviven situacionalmente en esa comunidad.

La afición finalista de la democracia requiere circular por el plexo de derechos con generosidad y predisposición favorables a su acrecimiento, de modo que la filosofía de la libertad lo impregne de eso que Norberto Bobbio ha llamado la función promocional del derecho,[12] con el doble sentido que él le asigna: *promover* condiciones y *remover* obstáculos para hacer efectivas

11 Nos ocupamos ampliamente del tema en nuestro libro "La historicidad del hombre, del derecho y del estado", Ed. Idearium, Mendoza,Argentina, 1980.

12 Ver la cita en Ordóñez Jaime, "Derechos fundamentales y constitución", Revista "Contribuciones", publicación de la asociación Konrad Adenauer-Stiftung, año X, N° 3, 1993, p. 98.

la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud de ejercicio de los derechos y a facilitar la participación de las personas en la vida política, económica y cultural de un país.[13]

El diseño de *constitucionalismo social* que orienta al estado social y democrático de derecho —según fórmula acogida por varias constituciones contemporáneas— sirve de modelo para aquella doble función de promover y remover.[14] Hoy vemos como escasa y avara a la función estatal que se limita solo a reconocer derechos para que no sean vulnerados, porque si esa fue la "télesis" del primer constitucionalismo moderno, el desarrollo ulterior de éste —sobre todo desde 1917 y, especialmente, después de la segunda postguerra— ha venido desplegando los derechos de la segunda generación —genéricamente denominados derechos sociales— y hoy, los incipientes de la tercera generación: al desarrollo, a la paz, a la preservación del ambiente, a la cultura, a la comunicación.

Si el primer ciclo del constitucionalismo moderno dio respuesta suficiente a las pretensiones colectivas de su época con la organización del Estado liberal clásico, y si entonces fue un logro bien cumplido limitar al poder gravándolo con obligaciones de omisión para salvar las violaciones a los derechos de la primera generación, el Estado abstencionista del "laissez faire" no puede ya ser el modelo en los albores del siglo XXI, cuando las sociedades contemporáneas urgen en sus demandas que, lejos de retrocesos al siglo XIX y de conformismos con las obligaciones estatales de no hacer daño a los derechos, se las instale en situaciones superadoras de la marginalidad, de la miseria, de la desculturalización, y de toda clase de hiposuficiencias.

El giro, pues, hacia la maximización de los derechos incita al derecho constitucional para que, desde el sistema político democrático, se emitan hacia aquellas sociedades productos bonificadores de la convivencia. El elevado costo social de las políticas neoliberales en curso hoy día, implica un desafío que no puede ni debe ser esquivado por el Estado democrático.

13- Se habla de la *indivisibilidad* de los derechos. Sin perjuicio de la fenomenización histórica y cultural que es propia de una adaptación adecuada de los mismos a cada sociedad, aquella indivisibilidad significa que un estado democrático ha de asumir y dar efectividad al bloque total de los derechos: *civiles, políticos*, y *sociales*. Cualquier amputación en alguna o varias de esas zonas, rompe la unidad trinitaria del plexo total de los derechos humanos, y deslegitima al Estado democrático.

13-14 El derecho constitucional comparado, y algunas constituciones de provincias argentinas, traen cláusulas que aluden al deber estatal de remover obstáculos con miras a resultados similares a los propuestos por Bobbio.

Se habla, asimismo, del fin de la historia y del fin de las ideologías, bajo la sugestión y la impresión que ha provocado el eclipse del comunismo soviético y la desaparición del satelismo moscovita. Pero no hay que profetizar en vano. Ni la historia ha terminado, ni las ideologías han dejado de existir. Historia e ideologías habrá siempre, mientras haya seres humanos y haya convivencia social. Por otra parte, algo y mucho de verdad sigue anidando en la teoría de los "corsi e ricorsi" de Vico, y desconocer los movimientos pendulares es ignorar que los hombres tenemos tendencia a girar desde un extremo al otro, no siempre buscando ni logrando el equilibrio. Hasta el Sumo Pontífice ha rescatado algunas semillas de verdad en el comunismo eclipsado. Tal vez haga falta insistir —como lo hicimos hace ya muchos años— en una "recreación" del liberalismo,[15] para "aggiornarlo" con la *solidaridad*, que es un valor jurídico indispensable para proporcionar un equilibrio al valor libertad.[16]

La balanza, pues, no puede inc inar el platillo hacia el liberalismo abstencionista del siglo XIX, como no puede hacerlo hacia los totalitarismos colectivistas defenestrados en la antigua Unión Soviética y sus Estados periféricos. Para que no ocurra ni una cosa ni la otra, porque ambas son injustas, el sistema indivisible de derechos humanos exige la interpretación integradora a la que estamos dedicándole estos comentarios.

14- El esfuerzo que para ello se requiere es, por cierto, grande. Hay que despojarse de la creencia de que todo está en las normas, y que las situaciones o los casos reales se resuelven mediante una aplicación automática de ellas, a través de un silogismo racionalista. Cossio refutaba esa manera de ver las cosas haciendo referencia al juez que supone que decidir un caso concreto equivalía a pegar una etiqueta en una botella: la norma sobre el caso. ¡Y cuán lejos de la verdad, y de un resultado eficaz, se halla esa creencia ingenua y equivocada![17]

Por aquí, pues, entronca el activismo de una interpretación creativa y creadora. Pero que se entienda bien lo que postulamos: de ninguna manera que el juez se libere del conjunto normativo de la constitución o de la legalidad; no somos adictos a la creación judicial del derecho libre. Pero sí a la creación judicial condicionada, a eso que Francisco Fernández Segado

15 Tal el título de nuestro libro citado en la nota 4.

16 Ver nuestro libro "Los equilibrios de la libertad", Ed. Ediar, Bs.As., 1988; especialmente —en relación con la solidaridad— p. 108.

17 Como resumen de la vasta obra de Cossio, citamos "Radiografía de la teoría egológica del derecho", con una Introducción de Daniel E. Herrendorf, Bs.As., 1987.

rotula como la judicialización del derecho constitucional.[18] Si difícil nos resulta definir con exactitud el significado, un concepto de aproximación nos diría que en la interpretación integradora de la constitución el juez que la lleva a cabo tiene que prestar atención a las normas que en ella describen los derechos explícitos o enumerados; indagar su sentido; comprender y valorar que el sistema completo de derechos contiene también silencios normativos, carencias, implicitudes; y que dentro de todo su arsenal hay principios, valores, fines y razón histórica, imposibles de agotarse en lo que el ojo biológico del intérprete puede leer en la letra de las normas, ni de quedar relegadas al margen de la completitud del mismo sistema constitucional de derechos.[19]

15- Muchos son los autores que en materia de intepretación jurídica instan a quien la efectúa a hallar y justificar la mejor elección posible, o la alternativa capaz de brindar el mejor resultado. Es una opción que, sin distorsionar el bloque constitucional y sus parámetros, emprende la búsqueda de un resultado correcto. Por correcto entendemos justo, y por justo entendemos el mejor efecto para el derecho o los derechos que están comprometidos en el caso concreto que el juez constitucional debe resolver. No es un invento "ex-nihilo". Es una extracción prudente de la solución desde la constitución misma, comprendida, valorada, interpretada e integrada con la totalidad completa de sus componentes: las normas, los silencios, las implicitudes, los principios, los valores, los fines, la raíz histórica.[20]

18 Ver, con ese título, su artículo en "Revista del Foro", Colegio de Abogados de Lima, año LXXXI, N° 1, p.109.

19 Valga recordar la importanica normativa y valorativa de los preámbulos de las constituciones. Para su función de interpretación, y su nexo con la fórmula política, puede verse Lucas Verdú Pablo, "La interpretación constitucional". Separata del Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, s/f., p. 166.

20 Hemos prestado atención al marco indisponible que la constitución le traza al intérprete en nuestro libro citado en la nota 5, incluso con referencia al contexto lingüístico de la constitución (ver Capítulo IV, apartado G), y p. 403.
Las citas que de modo análogo revelan, aunque con variantes, un criterio de sujeción al perímetro constitucional, pueden ser varias. Así —por ejemplo— Cossio: "... la teoría egológica comparó la interpretación judicial con la interpretación musical donde el ejecutante, guiado también por una percepción axiológica, elige una u otra de las posibilidades que consiente su partitura, sin afectar la creación del compositor en su conjunto. Se puede interpretar de muchas maneras la Barcarola de Chopin, pero esto no quiere decir que con ella se nos pueda hacer escuchar la Marsellesa. El buen juez, claro está, elegirá siempre la posibilidad axiológicamente mejor entre las varias que el propio caso ofrezca" (Ob. cit. en la nota 17, p. 213). Lucas Verdú, por su parte, afirma que "no es posible interpretar una norma constitucional con independencia del sistema normativo a que pertenece" (Ob. cit. en la nota 19, p. 157). Para la tesis de que quien interprete las normas constitucionales deberá someterse a ellas, ver la cita que de Carmelo Carbone hace Lucas Verdú en ob. cit., p.167.

Nunca nos satisfizo la teoría que a los principios generales del derecho les otorga una función secundaria, subsidiaria o accesoria, porque solo acude a ellos cuando una norma hace el reenvío, o cuando hay carencia normativa. Es verdad que en la integración del orden normativo lagunoso el primer recurso para colmar el vacío remite a la analogía o a los principios generales. Pero que esa vía se utilice para dar solución a un caso que carece de previsión normativa, no es igual a predicar que en ninguna otra situación hay que echar mano de los principios generales, o acaso, de los valores que se encapsulan en los cánones de la constitución.

16- Para acertar, pensamos lo contrario. Si los principios son los que son, y si participan dentro de la constitución que, expresa o implícitamente los acoge, del techo ideológico supremo, algún uso, alguna efectividad, alguna aplicación y algún sentido han de tener siempre, también cuando se trata de interpretar las normas de esa constitución, y no solo cuando la norma falta.

Al fin y al cabo, ¿están o no est n los principios y los valores en el conjunto normativo de la constitución?; ¿están o no están en su contexto? Bobbio hasta llega a afirmar que los principios generales son normas.[21] Quizá para condescender diríamos que están en el conjunto normativo. No pierden su naturaleza de principios y de valores, pero vienen expresados o formulados en las normas, explícita o implícitamente. De ahí que también para interpretar las normas haya que inspirarse en los principios y valores que alimentan el conjunto complejo y completo de la normatividad constitucional. De aceptarse esto, el papel de los principios y valores no juega solamente cuando hay que integrar el orden normativo lagunoso, sino a la vez, y siempre, cuando se quiere comprender el sentido de las normas y exprimir de ellas aquella mejor solución o mejor efecto de que antes hablábamos. No se arriba a tal resultado cuando, en las alternativas que se ofrecen a la opción del operador constitucional, se prescinde de los principios y de los valores, suponiendo que no es menester escrutarlos si una norma expresa aparenta —por sí misma— suministrar subsunción aplicativa a un caso determinado.

17- La labor interpretativa —como bien lo puntualiza Rodolfo Luis Vigo[22] —no se circunscribe a normas jurídicas escritas. En la construcción judicial de las soluciones —que se alcanza en cada sentencia o pronunciamiento, cualquiera sea el sistema jurisdiccional, sus formas y su alcance— aquella labor debe hacer una re-construcción de todo el bagaje que alberga el complejo normativo de la constitución. De nuevo nos dice Vigo que la

21 Bobbio Norberto, "Teoría general del derecho", Bogotá, 1987, p. 239.

22 "Interpretación constitucional", Bs. As., 1993, p. 17.

lectura de un "texto" se hace desde un "contexto".[23] Y es en este donde principios, valores, fines, razón histórica, y también silencios e implicitudes, obligan a hurgar en la cosmovisión integral que, en una constitución, compone su techo ideológico y axiológico.[24] Esa unidad normativa de la constitución le confiere al juez un espacio de movilidad interpretativa e integradora en el que el juez no puede paralizarse en una aplicación mecánica, porque no es un oráculo que repite soluciones ya supuestamente dadas, sino un creador que debe fabricarlas para cada caso, con activismo innovador y protagonismo de *mediación* entre la constitución y las situaciones concretas.[25]

No nos cabe duda que una constitución, sin declinar su supremacía y, en el caso habitual de ser rígida, tampoco su rigidez, tiene que poseer aptitud de elasticidad para que, precisamente a través de su interpretación e integración, vaya absorbiendo las necesidades y las transformaciones movedizas de la sociedad al ritmo del tiempo histórico, conservando la persistencia propia de un orden jurídico de base. Por eso los operadores de la constitución, y especialmente los jueces, no deben congelarla en un inmovilismo estático, sino interpretarla dinámicamente con resultados que, sin alterarla, se retroalimenten en la realidad circundante y le aporten soluciones para los problemas concretos.

18- Este asignarle a la constitución un significado jurídico actualizado para cada caso por resolver, con la totalidad de los elementos que componen a aquélla en cuanto contexto normativo, viene a convertirse en tarea ineludible para enriquecer al sistema de derechos. Cuando se enuncia que la constitución es una totalidad normativa dotada de sentido[26] es menester presuponer que ese sentido proviene de los principios, los valores, los fines, y la razón histórica que dan linaje a la letra del articulado normativo y que, dispersándose por y entre cada una de sus cláusulas, y de sus silencios, condensa su núcleo en el plexo de los derechos humanos. Con esto quere-

23 Ob. cit., p. 224.

24 Cf. Lucas Verdú, ob. cit. en la nota 19, p. 163.

25 "El intérprete es, pues, una especie de 'mediador" que comunica a los demás (generalmente en lenguaje común) el significado que atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos. Esto es, el intérprete pone en conocimiento de los demás (aunque no necesariamente) el sentido que (según él, o de acuerdo con cierto método) corresponde a determinados objetos" (Tamayo y Salmorán Rolando, "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica", en la obra colectiva "La interpretación constitucional", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1975, p. 125/6).

26 Combellas Ricardo, "La justicia constitucional", en la revista citada en la nota 12, p. 109.

mos decir que con este plexo, y desde él, la interpretación e integración de la constitución necesita recorrer cada una de sus normas y de sus silencios para que se impregnen con la antes aludida unidad de sentido.

19- En la doctrina española es frecuente bifurcar la interpretación en una interpretación "de" la constitución, y una interpretación "desde" la constitución.[27] Con la primera se procura conocer el sentido de la constitución misma para conducir su correcta aplicación a la realidad; y una vez obtenido el resultado en el plano "de" la constitución, se busca la interpretación "desde" ese mismo plano hacia abajo, o sea, hacia los niveles infraconstitucionales o subconstitucionales, con el propósito de coordinarlos con la constitución y, en caso de resultar imposible por la patencia de una contradicción, para descalificar como inconstitucionales a las normas y los actos de aquel plano infraconstitucional.

Tanto en un operativo como en el otro, es la totalidad unitaria e integral de la constitución la que suministra los parámetros con los que el intérprete re-crea, re-construye y aplica todo lo que sus normas dicen y callan, cumpliendo un magisterio, una docencia, y una pedagogía constitucionales.

Antes de proseguir, se nos hace indispensable advertir que, en ejercicio de función tan elevada, los operadores judiciales no deben condescender con el amiguismo, con los intereses partidistas, con los gobernantes de turno, porque tales contaminaciones generan jurisprudencias de seguimiento o de homologación del gobierno o de un partido, y refractan en la sociedad una imagen de falta de independencia e imparcialidad en los tribunales judiciales, o en la jurisdicción constitucional.

-II-

20- Hasta aquí hemos hecho el esfuerzo de elaborar una teoría de la interpretación que, con la constitución y desde la constitución, pueda resultar lo más fecunda posible para el sistema de derechos humanos. Pero amputaríamos nuestro pensamiento y nuestra visión si no diéramos un paso más, esta vez *hacia afuera*. Lo de "afuera" apunta al *derecho internacional de los derechos humanos*. Utilizamos la palabra "afuera" porque nos referimos a una *fuente* —el derecho internacional— que se externa o heterónoma del derecho interno, pero no porque el derecho internacional que reviste ese origen permanezca fuera del Estado. Todo lo contrario: penetra en el derecho interno y se incorpora a él. Viene de afuera, pero ingresa dentro del

27 Bidart Campos, ob. cit. en la nota 5, p. 386.

Estado. Y ese ingreso es el que, ya dentro del derecho interno, conecta a éste con el derecho internacional de los derechos humanos. Tomamos partido por la doctrina internacional que ubica a la protección de los derechos humanos entre los *principios generales del derecho internacional* y, todavía más, dentro del llamado "ius cogens", es decir, aquel sector de normas imperativas, indisponibles e inderogables.

21- Cabría sostener que así como en el orden interno la pirámide jurídica queda presidida en su cúspide por la constitución, en el orden internacional la pirámide tiene en su vértice a los derechos y libertades fundamentales aludidos genéricamente en la Carta de las Naciones Unidas, y después enunciados en la Declaración Universal de 1948 y en la serie de tratados —universales y regionales— de derechos humanos.

Esta última ubicación de los derechos en la cima de la pirámide internacional deviene de interpretar el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que hace prevalecer las obligaciones que ella impone por sobre todo otro pacto u otra convención que puedan concertar los Estados miembros de la organización internacional.

Advertimos en seguida el paralelismo: si en lo interno la constitución de un Estado democrático inviste de supremacía prioritaria el sistema de derechos que es su núcleo, en lo internacional una primacía equivalente viene a sintonizar el derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta afinidad es utilísima para que la interpretación del sistema de derechos no se incluya ni se agote en el derecho interno —es decir, en el contexto de la constitución— sino que se complete, se fortalezca y se auxilie con el reenvío al derecho internacional de los derechos humanos, una vez que éste se hace parte del derecho interno.

22- Ya expuesta esta idea introductoria para hacer de puente entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, nos queda expedita la añadidura esencial en materia de interpretación del sistema de derechos.

En efecto, cuando el Estado incorpora a su derecho interno el derecho internacional de los derechos humanos, el sistema constitucional de derechos se abre a un nuevo aspecto. Ya no queda total y definitivamente cerrado en la completitud de la constitución, sino coordinado y compatibilizado con el derecho internacional. Retomando las imágenes piramidales antes diseñadas, bien podemos decir que la interna y la internacional se superponen y coinciden, porque en ambas el vértice que las

preside y encabeza asume a los derechos humanos. Esto obliga, sin duda, por elementales razones de coherencia y de congruencia, a unificar el visor con que el intérprete ausculta el sistema de derechos, algo así como acontece con la visión de nuestros ojos que, siendo dos, componen una sola mirada.

¿Cómo lograr esta mirada interpretativa convergente?

23- Un primer camino queda trazado por las constituciones que a los tratados internacionales de derechos humanos les reconocen prelación sobre todo el derecho interno. O sea, también sobre la constitución. La constitución de Colombia de 1991 brinda este ejemplo.

Un segundo camino siguen las constituciones que a dichos tratados los colocan al mismo nivel de la constitución, como lo hizo la del Perú del año 1979 (la actual de 1993 ha abandonado, lamentablemente, esta pauta).

Más modesta y tímidamente, hay constituciones que solamente sitúan a los tratados por encima de las leyes, pero por debajo de la constitución. Tal sería el caso de la constitución argentina de 1852-1860, una vez que la jurisprudencia de la Corte Suprema en los años 1992 y 1993 sostuvo que los tratados prevalecen sobre las leyes (con lo que abandonó un anterior criterio distinto, que no reconocía tal primacía).

Tanto cuando los tratados sobre derechos humanos resultan supraconstitucionales, como cuando se colocan al mismo nivel de la constitución, el sistema de derechos adquiere suficiente vigor para ser interpretado de la manera más propicia a su optimización.

Cuando no se asume ninguno de esos dos caminos, es posible superar lo que aparentaría un cierto empobrecimiento del sistema de derechos. En verdad, que una constitución no dé prioridad ni parangone los tratados sobre derechos humanos, no equivale a suponer que el sistema de derechos se nutre y se repliega solamente con la constitución y hacia adentro de ella. No lo comprendemos así, y al remover todo reduccionismo que lo postule enderezamos nuestro esfuerzo vehemente. ¿Cómo lo orientamos?

24- En primer lugar, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados sienta en su art. 27 un principio internacional genérico: ningún Estado que se hace parte en un tratado puede incumplirlo invocando su derecho interno. Quiere decir que, de cara al derecho internacional, el derecho interno divergente u opuesto, no excusa. O lo que es lo mismo, que de cara al derecho internacional, los tratados prevalecen sobre todo el derecho interno, incluida la constitución.

Se pretenderá buscar el eximente diciendo que en lo internacional el Estado tiene y asume responsabilidad cuando, en lo interno, otorga preferencia a su derecho interno frente a un tratado que discrepa con él. Pero este alegato no es fértil en materia de tratados sobre derechos humanos, porque precisamente lo que caracteriza y distingue a tales tratados de los tratados clásicos o comunes, es que tienen como objetivo cumplirse y hacerse efectivos en la jurisdicción interna del Estado, dentro de la cual los derechos que ellos reconocen deben ser titularizados y ejercidos por cuantas personas integran la población del Estado, de forma que si dentro de esa jurisdicción interna no se cumplen —o se violan— en perjuicio de las personas sujetas a ella, poco sirve escudar la omisión o la transgresión tras el compromiso de la responsabilidad internacional.

En todo caso, cuando así se actúa, se ofende otro principio elemental del derecho internacional, que es el que prescribe la *buena fe* en la concertación y el cumplimiento de los tratados, y su interpretación conforme a la *finalidad* que tienen.[28] Los de derechos humanos se ratifican y se incorporan al derecho interno del Estado que en ellos se hace parte, para que esos derechos se hagan efectivos *dentro de la jurisdicción interna*, no para dejar de cumplirlos ni para violarlos con la excusa de que se responderá internacionalmente.

¿Para qué se hace parte un estado en un tratado de derechos humanos si luego, en contradicción con la Convención de Viena y con el principio de buena fe y de finalidad hará caso omiso de él, refugiándose en un supuesto derecho interno que le es contrario?

No se contesta satisfactoriamente cuando se vuelve a argüir que deja a salvo su responsabilidad internacional, porque un tratado de derechos humanos acumula una *doble obligación* para el Estado: la *internacional*, si no lo cumple o si lo viola, y la *interna*, que consiste en hacer efectivos los derechos contenidos en el tratado, y en adecuar su derecho interno al tratado si es que todavía resulta necesario compatibilizar uno con el otro.

25- Hemos señalado tres caminos. En todos ellos, el sistema de derechos se fortifica cuando para coordinar al derecho interno con el internacional se emplea una regla de oro, que la constitución española de 1978 consagró expresamente. La imitaron después la colombiana de 1991, y las dos peruanas de 1979 y 1993. Esa regla anuncia que los derechos contenidos en la constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos en los que el Estado se hace parte.

---

28 Cf. Moyano Bonilla César, "La interpretación de los tratados internacionales", Montevideo, 1985, Capítulo IV.

Constituciones que no contienen tal principio explícito merecen comprenderse, cuando responden a la tipología democrática, como si lo contuvieran implícitamente. ¿Por qué? Por varios motivos. En primer lugar, porque una constitución democrática que se apoya en un plexo de derechos participa de una filosofía similar a la que inspira el derecho internacional de los derechos humanos; esa filosofía es el *personalismo humanista* o el humanismo personalista. En segundo lugar, una vez que se ha disipado toda posibilidad de antagonismo o de discrepancia, es bueno acudir a la cosmovisión que circula actualmente en la comunidad internacional: los Estados miembros de las Naciones Unidas que ingresan en un sistema universal o regional de derechos humanos componen unitariamente en su derecho interno un único sistema de derechos provenientes de dos fuentes afines: la constitución, y el derecho internacional contractual —los tratados—. Hay que sincronizar ambas fuentes, porque la Convención de Viena así lo exige.

¿Cuál sería, a primera vista, la también primera actitud del intérprete? La que concilia las dos fuentes de un único sistema de derechos, para lo cual no debe presumir inconstitucionalidades internas ni efectuar confrontaciones que, en vez de integrar y armonizar congruentemente el aporte de cada fuente, los pone en oposición. Por otra parte, ello es solamente una aplicación agudizada de una pauta que muchos tribunales constitucionales o supremos (así, la Corte argentina) tienen reafirmada, y según la cual antes de arribar a una declaración de inconstitucionalidad hay que hacer el esfuerzo para evitarlo mediante una tarea hermenéutica de compatibilización, porque la declaración de inconstitucionalidad es la última "ratio" —o el recurso último— del derecho vigente.

26- Llegar a sintonizar la fuente constitucional y la internacional para interpretar e integrar coherentemente un sistema de derechos humanos demanda itinerarios valorativos y aplicativos, tanto de la constitución como de los tratados, del tenor que hemos venido insistiendo: leer las normas en un contexto en el que los silencios —o lagunas— tienen un significado de implicitud que no pierde su sentido por el hecho de que exista un catálogo de derechos normativamente enunciados, porque en éste no se cierra el sistema; recurrir a principios, valores, fines y razones históricas. Por este conducto, se adivina fácilmente que lo mismo que quiso obtener el constitucionalismo moderno y el constitucionalismo social dentro de cada Estado, lo aspira a alcanzar el novísimo derecho internacional de los derechos humanos: instalar y bonificar a la persona humana y a la convivencia social dentro del Estado de un modo adecuado a su dignidad, a su libertad, y a sus derechos, con tendencia a maximizar su plexo, y a superar los óbices a su efectividad.

La fuente interna y la internacional se *retroalimentan*. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y su plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser —ni debe ser— de estrechez o angostamiento, sino de optimización, en un marco histórico y situacional de cada sociedad, de cada cultura, de cada tiempo, de las necesidades y pretensiones circulantes en ese entorno, y del ideal de justicia también históricamente valorado y exigible.

27- Ya dijimos que las sociedades finiseculares no son conformistas; están saturadas de exigencias y demandas, y transidas de necesidades, a veces primarias, y muchas otras insatisfechas. El mejor nivel y la mejor calidad de vida que los conjuntos culturales contemporáneos ambicionan y se proponen, insufla al y en el sistema de derechos que impelen, una energía para acrecer sus contenidos y sus realizaciones. Seguramente, la egología de Cossio nos diría que hay allí un "deber ser existencial", cuando lo que se espera y se quiere vivir en el futuro se proyecta ya desde el presente como una posibilidad que habrá de convertirse en realidad mañana.[29]

El operador constitucional, mucho más si es un juez, tiene que pulsar esas vivencias cuando interpreta e integra el sistema de derechos, para adelantar, en y con un juicio prudente de *previsibilidad*, los *efectos* que será capaz de producir su decisión o su sentencia. Ese prever lo que podrá ocurrir como consecuencia de la resolución, se multiplica de la siguiente manera: inmediata o mediatamente, auscultar cuál es la solución objetivamente justa del caso concreto; en seguida, coordinar la justicia del caso con el bienestar general, que también viene exigido por el valor justicia; y, con esa doble combinación, estirar la mirada hacia adelante, hacia el futuro, para descubrir las repercusiones probables que proyectará colectivamente la decisión a adoptar. (Ver, para el principio de *eficiencia*, el N° 43).[30]

Esta perspectiva futuriza proviene de ser el intérprete —o deber ser— un inductor de conductas y, en el caso del juez, sus sentencias han de investirse de suficiente capacidad para actuar como modelo justo que engendre seguimiento, no solo en posteriores sentencias judiciales (a tenor del *stare decisis*) sino también, ya fuera del área de la jurisdicción judicial o

29 Bidart Campos y Herrendorf Daniel E., "Principios de derechos humanos y garantías", Ed. Ediar, Bs.As., 1991, p. 44.

30 Cf. Bidart Campos, "El juicio de previsibilidad sobre los efectos del control constitucional", en nuestro libro "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", Ed. Ediar, Bs.As., 1988, p. 135; Sagüés Néstor Pedro, "Control judicial de constitucionalidad: legalidad 'versus' previsibilidad", El Derecho, 21 de abril de 1986.

constitucional, en la vasta trama del tejido social por parte de gobernantes y gobernados.[31]

28- Cuando se da por cierto que la constitución no es solamente el conjunto integral de normas, principios, valores, etc., que la componen, sino ese mismo conjunto una vez que ha pasado por la interpretación judicial, obtenemos una sumatoria: *la constitución "más" la interpretación judicial*. Y cuando esta interpretación dimana del tribunal supremo de cada jurisdicción, o del tribunal constitucional, siempre hemos tenido la audacia de afirmar que esa misma interpretación se coloca al mismo nivel supremo que ostenta la constitución interpretada.

Si dilatamos de esta manera el alcance, la fisonomía y las derivaciones de la interpretación judicial de la constitución, dejamos bien incardinada su función en un ámbito que requiere no sustraerla a las circunstancias concretas del caso y del momento en que aquella interpretación se lleva a cabo y, prever las consecuencias de toda clase que, en ese caso, y más allá de él, es susceptible de surtir la sentencia.

Por eso, cuando del sistema de derechos se trata, es imposible —por incorrecto— no evaluar dentro del contexto constitucional el derecho internacional de los derechos humanos.

29- Habíamos hecho mención de una *retroalimentación*. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos, aun admitido su carácter mínimo y subsidiario, se infiltra en el derecho interno para coadyuvar a la optimización del sistema. En aquella retroalimentación siempre hay que buscar los "plus", o sea, todo lo que en vez de aminorar el sistema lo hace más amplio, más pleno, más fecundo.

No en vano tratados como el Pacto de San José de Costa Rica contienen en las reglas para su interpretación una que está concebida así en el art. 29 b): ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de: ..."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".

31 En el texto hablamos de sentencias con capacidad de actuar como modelo "justo". Esto requiere una explicación, porque una sentencia aunque no sea justa puede convertirse en sentencia-modelo y originar seguimiento o imitación, en la medida en que adquiera naturaleza de "leading-case" o de precedente para inducir ulteriores decisiones análogas. El haber añadido el calificativo "justo" responde a nuestra personal valoración y deseo de que las sentencias que se erigen como modelo sean sentencias justas.

Cuando Rodolfo E. Piza R. y Gerardo Trejos se refieren a lo que denominan "la incorporación del derecho interno en el derecho internacional"[32] nos brindan nociones sumamente ilustrativas para nuestro tema. Así: a) en el derecho internacional de los derechos humanos el principio que empieza a regir establece que los tratados en la materia se deben interpretar restrictivamente en cuanto limitan los derechos del ser humano;[33] ello porque: b) para el derecho internacional de los derechos humanos el derecho interno es válido respecto de un Estado cuando otorga mayores derechos o los reconoce en forma más amplia que los que otorga el propio derecho internacional,[34] lo que conduce a aseverar: c) que el derecho interno es aplicable como derecho internacional referido al Estado al que ese derecho interno pertenece, cuando éste reconoce mayores o más amplios derechos al ser humano;[35] por ende: d) los actos que en ese supuesto violan derechos emergentes del derecho interno son actos también ilícitos internacionalmente.[36] Los autores citados invocan el ya mentado art. 29 b) del Pacto de San José, y el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo apartado 2 enuncia que "no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

30- No es un desvarío afirmar ante este panorama que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporando al derecho interno como fuente, cuando éste contiene algunos "plus" respecto de aquél, lo que patentiza un fenómeno importante y muy útil: hasta ahora la ciencia jurídica se hacía cargo del problema consistente en analizar cuándo y de qué manera el derecho internacional era fuente del derecho interno y penetraba en él; ahora, además, aparece la retroalimentación en el caso inverso: al derecho interno se incorpora como fuente del derecho internacional de los derechos humanos en la medida y en el caso de ser más favorable al sistema de derechos.

Ya con esto vamos avanzando hacia la comprensión de la integralidad maximizadora del sistema. Pero queda algo todavía, y para abarcar el arco total de la interpretación integradora resulta bueno resaltarlo.

32 "Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana", San José, Costa Rica, 1989, p. 107.

33 Ob. cit., p. 110.

34 Ob. cit., p. 110.

35 Ob. cit., p. 125.

36 Ob. cit., p. 125.

31- Si en lo que el derecho interno tiene de más y de mejor respecto del derecho internacional, éste reenvía a aquél, hay que computar que, asimismo, cada tratado sobre derechos humanos deja espacio a favor de otros tratados que resulten más beneficiosos en el acrecimiento de los derechos personales.

Ya cuando transcribimos el art. 29 b) del Pacto de San José de Costa Rica pudimos tomar nota de que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse para limitar el goce y ejercicio de un derecho o una libertad que puedan estar reconocidos en otras convenciones en que el Estado sea parte.

Por un lado, entonces, el derecho internacional remite al derecho interno, y por el otro reenvía al mismo derecho internacional contractual cada vez que el derecho interno o un tratado resulten más generoso o benévolos en relación con el Pacto de San José.

32- Y todavía no concluye acá la tendencia aperturista que nos pone en evidencia. Hemos de prestar atención a otros incisos de su mismo art. 29.

En el inc. c) consigna que tampoco se ha de interpretar ninguna de sus disposiciones para "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno"; o, conforme al inc. d), para 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".

Vemos que la cobertura abarca un espectro totalizador. Todos los señalamientos que hace el Pacto de San José para su interpretación apuntan a no trabar un mejor derecho que, respecto de los que él reconoce, surja de una pluralidad de fuentes. Entre ellas: el derecho interno (la constitución y las leyes, tanto como la costumbre); otros tratados, actos internacionales de naturaleza similar a la Declaración Americana; por fin, la misma naturaleza humana, y la forma democrática. Diríamos que nada queda fuera.

En la serie, quedan investidas de vinculatoriedad (disipando cualquier duda o discusión anteriores acerca de ella) declaraciones internacionales de derechos, como la Americana de 1948 —expresamente mencionada— y la Universal de Naciones Unidas pocos meses posterior —implícitamente—.

La referencia a derechos inherentes al ser humano bien admite valorarse como equivalente a las cláusulas sobre derechos implícitos que contienen muchas constituciones.

Por fin, la alusión a derechos que derivan de la forma democrática se convierte en otro estándar global que merece destacarse.

No sería errado ni difícil reiterar que el arco para la interpretación se tiende, más allá de las normas —internas e internacionales—, a principios y valores, tanto como a espacios silenciosos de implicitud, y a la misma costumbre, con lo que descubrimos un marcado paralelismo con las pautas que traemos propuestas en orden con el sistema constitucional de derechos.

33- Si en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los parámetros son análogos, queda bien definido que una interpretación integradora del sistema de derechos no tolera replegarse en el derecho interno, ni siquiera en la constitución suprema y democrática. El plexo de derechos que ésta anida se prolonga e integra con el derecho internacional de los derechos humanos, y la búsqueda de la solución más favorable a la totalidad del sistema y a cada derecho en él incluido obliga a considerar, hasta encontrarla, cada una de las zonas y de las fuentes que conforman la completitud del sistema mismo.

En una de sus Opiniones Consultivas (la OC. 5/85), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó el principio de que si a una misma situación jurídica le son aplicables el Pacto de San José y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.

Pues bien, esta pauta admite reconvertirse —en visión abarcativa de la totalidad del sistema y de sus fuentes— para lograr el siguiente enunciado: cuando una situación jurídica compromete derechos humanos y es susceptible de encontrar solución mediante el recurso a cualquier fuente del derecho interno y del derecho internacional (haya o no haya norma escrita), es deber del intérprete optar por la que mejor favorece a la persona humana.[37]

Como se aprecia, no queda margen para ninguna avaricia interpretativa, para ningún egoísmo, para apegos indebidos a incomunicaciones o fronteras entre derecho interno y derecho internacional. Mucho menos para argüir que un determinado derecho carece de norma previsora y explícita, porque siempre, en algún rincón de la completitud del sistema total de derechos, es viable alcanzar la ya referida solución mejor para la persona humana, que es tanto como decir: para sus derechos, sus libertades y sus garantías.

37 Por ende, un sistema democrático contemporáneo debe interpretar y aplicar su ordenamiento jurídico —cualquiera sea la fuente— a tenor del principio del "mayor valor" del plexo de derechos.

34- Hemos ido ascendiendo los escalones de un itinerario con distintos niveles. Hemos hallado en él a la constitución, a las normas, al derecho internacional, a los tratados sobre derechos humanos, a los principios, los valores y los fines; al *"ius cogens"*; a los silencios y las implicitudes; a la costumbre; a la democracia. ¿Qué más le hará falta a un intérprete dotado de protagonismo activo que focaliza su tarea en un centro y en una matriz ocupados por la persona humana? Seguramente, nada.

A las normas que tiene a su disposición las interpretará dentro de ese contexto global. Cuando le falte la norma previsora, integrará la carencia acudiendo al mismo arsenal. Los ritualismos formalistas habrán de superarse para hallar la esencia y la sustancia de la cuestión que se le somete a intepretación integradora. La adjudicación de cada derecho a quien con su pretensión exhibe su titularidad siempre habrá de provenir de la fuente que le sea más favorable, más benévola, más beneficiosa. He aquí lo que de innovador y de creativo ostenta la abor del intérprete que debe resolver cuestiones referentes a derechos humanos.

Nadie duda de que el desarrollo, el acrecimiento, y la optimización de un sistema de derechos demandan en los operadores convocados a interpretarlo y a aplicarlo una apertura nacional, intuitiva, comprensiva y valorativa que sepa razonar con el sentimiento de justicia y sentir con la racionalidad de los valores. El sistema de derechos abarcado en su completitud es apto para deparar, en y desde cualesquiera de sus componentes y.de sus intersticios, la solución correcta dentro de un Estado democrático, a condición de que el operador que interpreta, que integra, y que aplica el sistema, esté dotado de capacidad creadora, y no se inhiba en su función mediatizadora entre lo que interpreta, integra o aplica, y los seres humanos que son destinatarios del sistema de derechos.

-III-

35- Al comienzo habíamos dicho dos cosas importantes: a) para quienes suponen que si no hay una norma referida a un derecho, el derecho carente de norma no existe, el sistema se agota en los derechos que cuentan con normas; por ende, si fuera de ellas no hay derechos, todo se reduce a interpretar las normas que hay, quedando la integración sín sentido ni objeto, precisamente porque la integración supone que el orden normológico presenta vacíos y que esos vacíos tienen que ser colmados a través de la integración; en consecuencia, la ausencia de una o más normas en el sistema de derechos no convoca a integrar las carencias normativas, razón por la cual el operador del sistema no puede atender a derechos desprovistos de norma; el argumento precedente merece nuestro rechazo porque implica, nada más y nada menos, que encerrar al sistema de derechos en un

raquitismo reñido con cualquier concepción personalista, y todavía peor, enclaustrarlo en un conjunto taxativo de normas fuera de las cuales no hay nada; b) para no operar como carceleros del sistema, agregábamos que el mecanismo de la interpretación (cuando hay norma) y el de la integración (cuando no la hay) se interconectaban y convergían, lo cual ahora nos lleva a explicar cuándo y cómo dos operativos que tienen presupuestos distintos (existencia e inexistencia de norma) pueden reclamarse en concurrencia.

Creemos fácil presentar el caso. Piénsese, dentro de la completitud de un sistema de derechos (en el que hay silencios, carencias e implicitudes) en una situación que carece de norma previsora, pero en la que queda comprometido un derecho personal. El operador tiene que integrar ese orden normativo lagunoso, y construir una norma para resolver la situación no prevista. En esa instancia, su deber de elaborar la norma faltante, en congruencia, compatibilidad y armonía con la totalidad del sistema, le exige interpretar las normas que en él existen, a fin de que la que él va a construir para colmar una carencia guarde afinidad con el conjunto de derechos —enumerados en normas, y carentes de normas—. Por allí lo orientará el plexo de principios, valores y fines; la raíz histórica del sistema; el contexto democrático. Volvemos a reiterar que habrá de hacer una lectura del "texto" lagunoso que va a integrar, y que deberá hacerla desde el "contexto" integral. O sea, en síntesis, que para integrar un sistema que presenta carencias normativas —y que no se agota en las normas que contiene— necesita interpretar armónicamente el conjunto normativo en el que llenará un vacío mediante la integración.

De no obrar de esta manera, el operador corre el riesgo de que la norma que construya para colmar una carencia normativa desafine o desentone con un sistema completo en el que todos sus elementos deben sincronizar debidamente (las normas, los principios, los valores, los fines, los silencios, las implicitudes, la razón histórica, etc.)

36- Sentimos el deber de formular otra aclaratoria.

Cuando en un primer tramo de nuestro recorrido total, que ahora va llegando a su término, nos ocupábamos de la constitución, de su sistema de derechos, y de su interpretación integradora, calificábamos a la constitución y a su sistema de derechos como completo, y hasta casi cerrado. Ello procuraba contagiar al lector la impresión de que una correcta comprensión global de la constitución, y una construcción interpretativa e integradora de su complejo normativo, permitían abastecer holgadamente al plexo de derechos de un Estado democrático.

Después adivino una añadidura: la del derecho internacional de los derechos humanos. En su explicación creemos haber sintonizado y sintetizado la fuente interna con la fuente internacional en unidad de cosmovisión y de su posible resultado aplicativo.

Entonces ¿es o no es la constitución y su sistema de derechos una totalidad completa y cerrada? No dudaríamos en contestar afirmativamente cuando una constitución reconoce por sobre ella y sobre los niveles infraconstitucionales la primacía del derecho internacional de los derechos humanos, o cuando le asigna el mismo rango de su propia supremacía.

Nos queda, no obstante, el otro caso de las constituciones que definen a los tratados como infraconstitucionales, aun cuando los "prioricen" sobre las leyes. ¿Qué acontece entonces? ¿Cabe aseverar también que la constitución y su sistema de derechos reviste completitud cerrada?

Tal vez todavía podamos responder, asimismo, afirmativamente, a condición de que el derecho internacional de los derechos humanos incorporado al derecho interno sirva de parámetro para conciliar sus principios, sus valores, sus fines y su razón histórica, con los principios, los valores, los fines y la razón histórica de la constitución. Dicho de otra manera, cuando al sistema de derechos de la constitución se lo interpreta de conformidad —y no en oposición— al derecho internacional de los derechos humanos que hace parte del derecho interno.

Recuérdese que este principio, asumido en algunas constituciones, merecía por nuestra parte la recomendación de ser tenido como implícito en aquellas constituciones que no lo contienen expresamente.

Un Estado democrático con suficiente inserción en la comunidad internacional contemporánea nos permite suponer, aunque su constitución prevalezca sobre los tratados, que su sistema de derechos logra completitud totalizadora, y que recién queda cerrado, una vez que la interpretación y la integración del conjunto normativo de la constitución se llevan a cabo con el suficiente reenvío necesario —en cada caso— al derecho internacional de los derechos humanos que ha recibido recepción en el derecho interno. Es, de nuevo, la idea de la retroalimentación.

37- Si tuviéramos que atrapar en un sumario el eje medular de nuestro pensamiento en la materia, habríamos de enumerar unas pocas afirmaciones de manera dogmática, sobre la base de los desarrollos hasta aquí encarados:

a) La constitución y el sistema de derechos no deben ser vistos como un simple conjunto taxativo de normas, por fuera de cuya sumatoria no hay ni queda nada;

b) A la inversa, la completitud de una y de otro en cuanto conjunto normativo, con toda la fuerza que éste les confiere, se compone de normas, silencios e implicitudes (o carencias normativas); principios, valores, fines, razón histórica, en unidad y retroalimentación de fuentes internas e internacionales;

c) La interpretación y la integración del conjunto normativo así considerado exige que para cada derecho, para cada libertad y para cada garantía en cada caso, haya o no haya norma previsora expresa, la comprensión y la construcción de lo que se decida y resuelva venga presidida por el principio de mayor favor y de optimización del plexo de derechos;

d) El Estado democrático de fines del siglo XX debe maximizar dicho plexo en un contexto internacional donde los sistemas universales y regionales de derechos humanos responden, por su génesis histórica y por su finalidad, a aquella misma tendencia, y se organizan a tenor del mismo principio;

e) La génesis histórica del sistema de derechos en sus tres generaciones, desde fines del siglo XVIII hasta la actualidad, y la télesis que lo impulsa progresivamente, dan razón de la referida tendencia a acrecer en beneficio de todos los seres humanos el plexo de derechos que merece su dignidad de personas.

-IV-

38- Vamos ahora a coordinar dos afirmaciones que, tomadas literalmente, parecen contradecirse. Una dice —en fórmula acuñada personalmente por nosotros— que los derechos humanos "no están" en las normas; otra afirma que el contexto en el cual se movilizan la interpretación y la integración está dado por el orden de normas que declara los derechos (la interpretación para esclarecer el significado de las que hay, y la integración para cubrir las carencias donde no las hay).

¿Dónde radica la aparente contradicción? En que si los derechos no están en las normas, y si lo que se interpreta y se integra es un orden de normas ¿qué quiere decir asignar, desentrañar, o determinar el sentido de los derechos (acaso: interpretarlos), cuya entidad ontológica no está en aquel orden normativo? ¿O acaso lo que habría que interpretar (los dere-

chos) no sería, en rigor, objeto de interpretación por carecer de entidad normativa?

No se crea, pese a este exordio, que nos hallamos en un círculo vicioso; en verdad, tanto la interpretación como la integración presuponen la existencia de un orden de normas; y tan verdad como ésta es la otra de que los derechos humanos no están en ese orden de normas. Pero en medio de una verdad y otra, hay una tercera, que nos dice que el orden de normas da *constancia* de los derechos que en él se hallan formulados, y obliga a integrar las lagunas para atender los derechos que dentro de ese mismo orden carecen de normas expresas.[38]

Una cosa es, entonces, que las normas son entes lógicos, y otra cosa que los derechos —en sí mismos, o sea, ontológicamente— no son entes lógicos.[39] El orden de normas exige i terpretación e integración para que los derechos —que "no están" en él, porque son algo distinto a las normas— queden abastecidos en otro sector (el de la dimensión sociológica) que, juntamente con el de las normas y con el de los valores, integra la estructura tridimensional del mundo jurídico.

En otras palabras, *mediante* la interpretación y la integración del orden normológico es posible que el operador constitucional —especialmente si es un juez— propenda a la vigencia sociológica de los derechos (que "no están" en las normas). Precisamente, para que "estén" efectivamente en su ámbito de arraigo y de vigencia, que es el orden de conductas (o la dimensión sociológica del mundo jurídico).

---

38 Toda buena teoría constitucional ha distinguido siempre lo que son los derechos de la persona en sí mismos, y lo que es la declaración de derechos. La declaración de derechos que se inscribe en la constitución tiene forma y naturaleza normativa, por lo que cabe sostener que los derechos "declarados" están —en cuanto declarados— en las normas. Pero los derechos declarados no son más que una fotografía de los derechos en sí mismos, o sea, en su entidad de derechos. Y así como se entiende que la fotografía de una persona o de un paisaje no es la persona ni el paisaje, de idéntico modo las normas que declaran derechos no son los derechos. Solamente por una concesión lexical harto elastizada sería admisible afirmar que la persona o el paisaje fotografiados "están" en la fotografía, o que los derechos "están" en las normas que los declaran. La declaración normativa, en rigor, es solo un "reconocimiento" o una constancia de naturaleza normativa; pero, como queda explicado en el texto, los derechos no están en esa declaración normativa ni por su ascendencia (origen o fundamento) ni por su vigencia sociológica (sea que la tenga o que no la tenga). Ambos aspectos están fuera de las normas.
En síntesis, lo que "está" en las normas es la "declaración" de los derechos, como o que esta en la fotografía es la imagen de la persona o del paisaje. Eso, y solo eso. Se trata, a la postre, de no identificar a los derechos con las normas donce se los reconoce o describe.

39 Remitimos la nota 38.

39- Podemos disipar aún más la aparente antinomia cuando explicamos qué quiere decir que los derechos no están en las normas.[40]

En primer lugar, toda filosofía de los derechos humanos (que para ser tal requiere hacer valoración favorable a ellos) les reconoce una *génesis* que se sitúa fuera de las normas (éstas son, únicamente, constancias de reconocimiento). En segundo lugar, si lo que se busca es que realmente "haya" derechos y que los seres humanos "los tengan" (en posibilidad y condiciones de acceso, de disfrute, y de ejercicio), la mera existencia de un orden normológico no alcanza a darnos el dato existencial y fenoménico de que efectiva y realmente "hay" (en la vigencia de la dimensión sociológica del mundo jurídico) los derechos que el orden normológico reconoce o contiene.

Por su lado genético —entonces— (o de su origen o fundamento), los derechos humanos hunden su raíz en "algo" extranormativo, que tendrá una naturaleza u otra según la filiación iusfilosófica de la escuela o del autor que se tome en cuenta o que se refiera. Pero, de una postura u otra, la filosofía de los derechos humanos —que, según ya lo anticipamos, descarta al positivismo voluntarista— sostiene que desde fuera o desde arriba de la positividad deriva una exigencia o un deber: el de que en el mundo jurídico haya derechos humanos, porque de alguna clase de "deber-ser" deviene la necesaria imperiosidad de que los haya.

Precisamente por eso, las normas solo reconocen derechos que son anteriores o previos a ellas, y que no están en ellas.

Si ahora vamos al lado de la vigencia, o eficacia, o efectividad, es en y con la dimensión sociológica de las conductas humanas como los derechos logran (o no) vigencia "sociológica". (La vigencia "normológica" la obtienen por el mero dato de que hay normas que dan constancia y reconocimiento a los derechos; pero si esas normas no se cumplen, no se aplican, no son eficaces, etc., las conductas no fenomenizan a la vigencia de los derechos, y no los hay aunque haya normas donde estén formulados).

---

40 A riesgo de superabundancia, citamos nuestra nota "Los derechos humanos" inserta en nuestro libro "Valor justicia y derecho natural", Ed. Ediar., Bs. As., 1983, p. 179. Si se pregunta ¿dónde están los derechos? Se acude a una formulación interrogatoria equivalente a la que se puede comprender de la manera siguiente: ¿dónde "hay" (o no hay) derechos? Interpelado el sentido común, nadie contestará que "hay" derechos en las normas de reconocimiento, porque el haberlos (o no haberlos) se sitúa, dentro del mundo jurídico, en la dimensión sociológica. El "haber" derechos se equipara al dónde "están". Y en buena teoría constitucional no nos resignamos a decir que el "dónde están" o el "dónde los hay" se radica en las normas.

Entonces, doblemente, si por su raíz o fundamento los derechos no están en las normas, y si por su eficacia o ineficacia tampoco están en ellas, ni al origen o fundamento ni a la vigencia sociológica de los derechos hay que buscarlos en el orden de normas. Esto, y solo esto, significa que los derechos no están en las normas. En su origen y en su vigencia sociológica están fuera de ellas.

40- Pero, es claro, irnos aquí a un afuera de las normas parece que tornara inútil, o bastante poco útil, discurrir sobre la interpretación y la integración, que tienen como presupuesto a un orden de normas (donde la interpretación da el sentido de las que hay, y la integración colma el vacío donde no las hay).

Tampoco hemos de ser pesimistas en este rubro, ni suponer que todo lo trabajado en materia de interpretación e integración resulta estéril. Lo que ocurre es que si por fuera o por encima del orden de normas hay una instancia (de naturaleza jurídica, o no jurídica, según la teoría que explica esa preexistencia), cuando se interpreta o se integra aquel orden de normas hay que auxiliarse con una herramienta que eche mano a lo que, precisamente, por estar fuera o por encima de dicho orden, sirve de fundamento o de raíz a los derechos humanos.

Y desde ese techo suprapositivo y supranormológico es menester, todavía, que la interpretación y la integración del orden de normas apunte a la dimensión sociológica del mundo jurídico, que es donde hay o no hay derechos, según tengan allí, o no la consigan, vigencia sociológica, que es equivalente a eficacia o efectividad, cumplimiento o aplicación reales.

Si la interpretación de normas es un proceso *intelectual* que establece su sentido,[41] la incursión que concurrentemente debe hacer el intérprete en aquel ámbito extranormativo y fundante de los derechos también es un proceso semejante. Para entenderlo, recurrimos personalmente al orbe de los *valores*, pero no a los valores que con signo positivo o con signo negativo (disvalor) detectamos en las conductas que son sustrato del valor (conductas valiosas positivamente, o disvaliosas), sino a los valores como entes valentes (que valen) y exigentes (que exigen desde su deber ser ideal). Como el valor despliega una triple dimensión, según el trialismo de Goldschmidt, porque el valor "vale", el valor "valora" y el valor "orienta", el acceso del intérprete al orbe del valor no descarta una vía de conocimiento *racional* del mismo valor.[42]

41 Corresponde a una afirmación de Kelsen citada por Tamayo y Salmorán, ob. cit. en la nota 25, p. 131.

42 Con amplitud discurrimos sobre el tema de los valores en nuestro libro "Valor justicia y derecho natural" cit. en la nota 40.

Estamos tan ciertos de que no es exacta la aseveración de que por vía racional es imposible conocer los valores jurídico-políticos, como de que el acceso racional al conocimiento de los mismos no se opera sin ninguna intermediación, a la pura luz de una razón ideal o abstracta desconectada de todo empirismo.[43]

En el orden ontológico, enseña Goldschmidt,[44] los criterios de valor son anteriores a su conocimiento por el hombre (y, diríamos, a su descubrimiento o de-velación). Pero en el orden gnoseológico (o del conocimiento) los hombres primero valoramos las conductas (o sea, la realidad que se da en la dimensión sociológica) y las enjuiciamos críticamente (por ejemplo, como justas o como injustas); y de la congerie de valoraciones inferimos el criterio de valor, por lo que éste deriva de las valoraciones.

41- He aquí la intersección entre el valor puro, o el deber ser ideal del valor, y la realidad de las conductas que valoramos. Progresivamente, en materia de derechos humanos, los hombres han ido —lentamente, por cierto— valorando situaciones concretas que consideraron injustas, o inadecuadas para la vida del hombre, o urgidas de mejoras y de progreso. Y también, poco a poco, el hilo de valoraciones sucesivas forjaron los criterios de valor que, históricamente, condujeron a la formulación de los derechos y al requerimiento social de su efectividad.

De nuevo aparece la noción de Romero: los valores no son históricos, pero es histórico su ingreso en una comunidad. Añadiríamos que histórico es el conocimiento (racional) del valor, como históricas son su realización y su fenomenización (porque el sustrato del valor, tanto con signo positivo como negativo —disvalor— son las conductas humanas).

Las valoraciones que, en el orden cognitivo, preceden a los criterios de valor (ontológicamente anteriores) producen un *sentimiento racional de justicia*, porque es un sentimiento que responde a razones,[45] por lo que la valoración —en su trayecto hacia el conocimiento del valor no es irracional.

Muy lejos, pues, de las perspectivas que, filiadas al kelsenianismo, predican que la justicia es un ideal irracional, los hombres sabemos —hasta casi diríamos por experiencia— que cuando valoramos (si bien podemos equivocarnos en nuestra valoración) razonamos el porqué del juicio de

43 Una relación entre valoración y experiencia puede verse en el ensayo de Julio Cueto Rúa, "La valoración y la experiencia jurídica", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª época, año XXXIV, nº 27, Bs.As., 1990.

44 Ob. cit. en la nota 1, p. 398.

45 Goldschmidt, ob. cit. en la nota 1, p. 396.

valor que emitimos. Véase, por ejemplo, cómo Domingo García Belaúnde se percata de que solo un análisis racional nos permite controlar los enunciados de valor a fin de que tengan un alcance suasorio universal, es decir, que sea aceptado en principio por todos los hombres.[46]

42- El intérprete que se interna en el reino de los valores en materia de derechos humanos ha de tener conciencia, por eso, de su deber de *fundamentar* bien la solución que extrae de la interpretación y de la integración, para dotarla de fuerza de convicción, que es tanto como mostrar argumentalmente las *razones* en que sustenta su resultado; y este "dar razón" es lo que le confiere el papel de una especie de mediador que da a conocer (racionalmente) y comunica a los demás el significado que atribuye a todo aquello cuyo sentido establece, o sea, a aquello de lo que él explica (racionalmente) lo que ese "algo" quiere decir.

Seguramente, en buena filosofía, no resulte ortodoxo hablar genéricamente de "interpretación" de los valores, ni de intepretación de los derechos humanos en todo cuanto éstos no tienen de normativo (es decir, de los mismos derechos en cuanto no están en las normas).

Pero si acaso se emplea bastante ambiguamente la expresión "interpretación" de los derechos humanos, es bueno aclarar que con ella se quiere señalar que a la interpretación e integración del orden de normas en materia de derechos se liga indisolublemente el acceso racional al conocimiento del valor, y la misma racionalidad del sentimiento de justicia que se produce cuando se hace valoración.

Cuando tanto insistíamos en que la completitud del sistema de derechos requería, entre otras cosas, computar los principios, los valores, los fines, y la razón histórica, dábamos por cierto que el complejo normativo donde se alojan —expresa o implícitamente— los propone como orientación para la interpretación integradora.

Pero los valores, al igual que los derechos, tampoco están en las normas, por lo que quien interpreta e integra el orden normativo tiene que acudir a los criterios de valor a través de un itinerario —no irracional— que someramente hemos delineado con citas de Goldschmidt.

43- Todo esto en cuanto se refiere a escudriñar el origen o fundamento de los derechos humanos que, valga repetirlo, es extra y supranormativo. Hemos de desplazarnos ahora al otro aspecto que, en común con el del

46 "Conocimiento y derecho", Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1982, Lima, 1982, ps. 67/8.

origen y fundamento, rastrea la vigencia sociológica de los derechos, ajena asimismo al orden normológico.

Si la vigencia sociológica se logra —o no— en y con las conductas humanas, quien interpreta e integra el orden de normas debe proyectar su mirada al resultado que va a obtener en la dimensión sociológica, y escrutar si la solución que adopta ayudará o no a la vigencia sociológica de los derechos. Esto no quiere decir que siempre haya de favorecer al derecho o a los derechos que están en juego, porque puede ocurrir que la pretensión jurídica que en torno de ellos se propone no sea la que en caso corresponde. De ser así, el rechazo de la pretensión no ha de valorarse como negativa o disfuncional para el sistema de derechos sino, seguramente, a la inversa, como señalamiento de lo que no son los derechos. Y esto también es coadyuvante a la vigencia sociológica del sistema, en la medida en que establece qué son y cuáles son los derechos, y cuáles las zonas en las que no los hay o no los debe haber.

Como culminación de este aspecto referido a la vigencia sociológica que ha de merecer la atención de la interpretación, nos parece muy aconsejable acudir también al principio de *eficiencia*,[47] conforme al cual —además de cuidar la eficacia del sistema de derechos— hay que ponderar en la solución y en el resultado la cuota o dosis de eficiencia que, previsiblemente, rendirá la misma interpretación integradora.

¿Cómo debe ser el resultado eficiente? Para satisfacer la eficiencia necesita no comprometer de modo negativo o innecesario —diríase: socialmente costoso— al sistema de derechos y a los principios y valores que son su matriz. En el examen previsor de la eficiencia aparece, sin duda, la alternativa para que el intérprete opte por la solución que mejor neutralice los resultados negativos, innecesarios, o costosos.

Una vez que dejamos en claro estos trayectos que remontan al origen y fundamento de los derechos, y a su vigencia en la dimensión sociológica del mundo jurídico, tenemos trazados dos vectores hacia afuera del orden normológico: el uno nos remite (ascendiendo) al origen o fundamento de los dere-chos humanos —diríamos como a su principio extra o supranormativo—; el otro (descendiendo), a su culminación apetecible, que es la vigencia sociológica —diríamos, entonces, a su punto final—. La valoración previsora en ambos extremos se empalma con la interpretación de las

47 Conocemos y citamos un interesante trabajo inédito de Mijail Mendoza Escalante titulado "Bosquejo sobre el principio constitucional de eficiencia" (Arequipa, abril de 1993) que dio lugar a su ponencia en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional realizado en Ica, Perú, en noviembre de 1993.

normas existentes en el sistema de derechos, y con la integración de sus carencias.

44- La completitud del sistema de derechos que se alcanza con la coordinación unitaria de las fuentes internas y de la fuente internacional nos avala para afirmar que, en perspectiva de realismo jurídico, el derecho constitucional es el primer campo de aterrizaje de los derechos, porque es él el convocado a depararles reconocimiento, promoción, tutela y efectividad, lo que en una sola palabra significa: *recepción*.[48] Y ello con normas y sin normas.

En el sistema de derechos no hay espacios carentes de juridicidad, aunque el orden normativo tenga lagunas, vacíos, silencios, omisiones e implicitudes.

Y decimos que la convocatoria a la plenitud del sistema de derechos se dirige al derecho constitucional porque el propio derecho internacional de los derechos tiene como meta imprimirles efectividad en cada Estado, a favor de cuantas personas componen su población y se hallan sujetas a su jurisdicción. No en vano el derecho internacional de los derechos se hace parte del derecho interno e ingresa en él desde su fuente externa o heterónoma, para otorgarle la cobertura fortificadora gravando al mismo Estado con la obligación y la responsabilidad internacionales en añadidura a la que internamente asume una vez que ese Estado incorpora al derecho internacional de los derechos humanos.

Las tantas veces aludida retroalimentación entre éste y el derecho interno, nos deja un saldo: a la misma locución "derechos humanos" hay que descubrirle el significado contemporáneo. Son dos palabras —un sustantivo y un adjetivo— que equivalen unitariamente a un signo cultural.[49] Todavía más: el nombre que, también mediante palabras, se asigna a cada derecho humano en particular ostenta un significado dentro del global de los derechos humanos. Indagar su sentido reclama apertura en la interpretación, en la integración, en la valoración jurídica. Sobre esto hemos

48 Suele detectarse esa recepción en las normas constitucionales, y equipararse a la "positivización" de los derechos. Con rigor iusfilósofico, siempre hemos sostenido que la positivización o positividad solo se alcanza con la eficacia que es propia de la vigencia sociológica. O sea que la recepción como equivalente de positivización tampoco está en el orden normológico, sino en el sociológico.

49 Si se comparte la afirmación de Cueto Rúa de que "interpretar es determinar el significado de un signo cultural" (ob. cit. en la nota 43, p. 192), podemos conceder que la locución "derechos humanos" es un signo cultural expresivo, y susceptible de interpretación, aunque acaso o aparezca necesariamente en un orden de normas.

insistido tal vez con redundancia, pero como la realización de los derechos humanos y de los valores jurídico-políticos es una obra de cultura, creemos que todo lo que hagamos por inculturarlos en nuestras sociedades actuales es poco, y demanda todo ahínco a quienes estamos empeñados en la bien llamada catequesis constitucional de los derechos humanos.

-V-

45- Al concluir la lectura de estas reflexiones, quienes les hayan prestado seguimiento se tentarán, tal vez, de infravalorar o menospreciar las normas, y hasta la misma constitución escrita. Si los humanos no están en las normas, ¿qué importancia revisten las normas?

Si esa fuera la impresión del lector, incurriría en equivocación. Que la alcurnia de los derechos no resida en las normas, y que tampoco éstas les impriman vigencia sociológica, no es igual a decir que son inútiles. Mucho menos en sistemas que, como los nuestros, tienen apego y tradición escriturarlos. Una constitución escrita fue la que colocamos en el vértice piramidal del orden jurídico interno. Y declaraciones y tratados fueron, a la par, los que nos guiaron en el derecho internacional.

Entonces, que los derechos no están en el derecho escrito no irroga, para éste, una pérdida o un debilitamiento de su importancia. Tan dañino es creer que los derechos humanos no tienen más entidad que la propia de las normas (que, como conceptos que son, son entes lógicos), como despreciar a las normas por suponerlas irrelevantes para el sistema de derechos.

46- El derecho formulado normativamente por escrito (constitución, leyes, tratados, sentencias) compone una dimensión del mundo jurídico (la normológica). En ella no se ha de aprisionar ni paralizar los derechos como en un casillero, pero en ella se debe describir su plexo con la mayor amplitud y precisión posibles, en un lenguaje suficientemente omnicomprensivo. Cuando se le adscribe como elemento expresivo de sentido un plexo de principios, valores y fines, y se lo comprende como tributario de una raíz histórica, se asume que también los silencios normativos, las omisiones, y las implicitudes se nutren de la misma matriz que las normas expresamente formuladas. Y entonces, el orden de normas que presta recepción a principios, a valores, a fines, a una razón histórica, y a un plexo de derechos, debe ser reputado como constancia de reconocimiento a todo lo que, aunque "no está" en él (porque no proviene de él ni se realiza en él), conviene que esté "transcripto" en él (en la acepción de reproducido o copiado).[50] Cuando a la normatividad escrita se le asigna ese carácter testimonial, y su interpreta-

50 Reiteramos lo expresado en las notas 38 y 40.

ción e integración reconstruyen ágil y dinámicamente su completitud, hasta cumplir con lo que Holmes llama la creación intersticial del derecho, podemos dar tranquilidad a quienes acaso, pensaron que relégabamos al orden normológico a un límite vecino de lo estéril, y desprovisto de toda fecundidad.

47- Lo que, en cambio, desvigoriza, a nuestro criterio, el sistema de derechos, es suponer que el derecho se identifica con las normas (o con el sistema de normas) y se agota en las normas, por manera que así los derechos humanos están en las normas que explícitamente los mencionan y definen, sin otra entidad, ni otra ascendencia, ni otro destino radicados fuera del orden normológico.

El perímetro que, de ser así, recluiría herméticamente a los derechos en un conjunto normativo, además de transmitirnos una imagen que creemos iusfilosóficamente errónea, se prestaría para dejarlos en orfandad de valoración, y de realización proficua dentro de la dimensión sociológica del mundo jurídico.

Nuestro punto final sea una cita de Agustín Squella: "... las energías de quienes consideran a los derechos humanos como algo importante e imprescindible para la vida y el desarrollo pleno de la persona humana deberían volcarse, antes que a disputar sobre una eventual 'verdadera' justificación y 'correcta' definición de los mismos, a la tarea de conseguir —allí donde no los hay— y de mejorar —donde los hay— los mecanismos de que se valen los pueblos y el derecho positivo para el reconocimiento, consagración, respecto y promoción de los derechos del hombre".[51] Compartir esta idea obliga a buscar y a proponer una interpretación integradora del sistema de derechos en lo que repetidamente hemos calificado como su completitud.

51 "Positivismo jurídico y democracia", Instituto de Chile, Academia Chilena de Ciencias Sociales, Santiago de Chile, 1989, p. 78.