

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Segundo Curso Interdisciplinario  
sobre Derechos Humanos

San José, Costa Rica

3 - 14 Setiembre 1984

Lección Especial sobre

D E R E C H O       Y       D E R E C H O S       H U M A N O S

Rodolfo E. Piza Escalante  
6-IX-84

PRESENTACION:

El tema que se me ha asignado, DERECHO Y DERECHOS HUMANOS, plantea la necesidad de algunas definiciones preliminares, sobre todo tratándose de un Curso Interdisciplinario, que se dirige a la consideración de los derechos humanos desde puntos de vista y con métodos diferentes, correspondientes a disciplinas diversas, aunque concurrentes en un objeto común.

La primera cuestión surge de su propio título: decir Derecho y Derechos Humanos sugiere que se trata de dos cosas diferentes, aunque relacionadas o relacionables: por un lado, el Derecho; por el otro, los Derechos Humanos, como algo que tiene que ver con el primero, pero que de alguna manera se coloca frente a él.

Sin embargo, esa relación adquiere connotaciones completamente diferentes para el Jurista, para quien se trata de una relación esencial, entre el Derecho como totalidad y los Derechos Humanos como una de sus manifestaciones, y para quienes cultivan otras disciplinas, desde cuyos puntos de vista la jurídica es apenas una de las dimensiones posibles de aquellos derechos, los cuales, a su vez, son otras cosas, además de Derecho. La cuestión se complica todavía más si se observa que, aun entre los juristas, no está muy claro lo que entienden por derechos humanos.

Esto es así, no solamente por razones históricas, vinculadas al hecho de que los derechos humanos son todavía una novedad no cabalmente digerida, sino apenas en vías de

digestión, sino también por la naturaleza misma de esos derechos, que en más de un sentido escapan de las categorías tradicionales, tanto del pensamiento jurídico como del que no lo es.

En efecto, una visión comparativa y sin perjuicios de cómo interpretan los derechos humanos unos y otros: juristas, sociólogos, politólogos, filósofos, antropólogos, simples políticos o activistas, sobre todo cuando lo hacen de diversas ideologías o de diversas escuelas de pensamiento, nos deja una desconcertante sensación de variedad y vaguedad, de la que, sin embargo, por lo menos resalta una definición común (que les ruego retener): los derechos humanos son, sencillamente, determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su 'intrínseca dignidad' y necesarias para el desarrollo pleno de su 'personalidad', y que, por lo tanto, se reclaman como 'derechos fundamentales', frente a todos los demás hombres y, de modo especial, frente al Estado y el poder.

Esta definición elemental, que es bastante acertada, implica, no obstante, muchas cosas discímiles y no tan sencillas, cuyo desarrollo está lejos todavía de la precisión que todo objeto científico requiere para serlo de verdad. En realidad, bajo el manto carismático de la expresión 'derechos humanos' cada cual pretende cobijar lo que le gusta o acomoda, convirtiéndolos, unos, en 'derechos promesa', otros en 'derechos programa'; otros, en 'derechos ideales' o 'derechos valores', cuando no en 'derechos bandera'; y muy pocos, en auténticos 'derechos derechos',

valga la redundancia, es decir, en derechos que sólo son tales en función del Derecho, que es la forma más lograda, más civilizada y a la larga más eficaz de ordenar la sociedad.

No tiene nada de ilegítimo estudiar los derechos humanos, así definidos, en su ámbito de realidad social o de idealidad política, más allá del Derecho estrictamente considerado. De hecho, no sólo los derechos humanos, sino toda institución y el Derecho mismo son, no sólo Derecho estrictamente, es decir, formas normativas enmarcadas en lo que llamamos el Derecho como totalidad, sino también realidades sociales que los condicionan, porque el Derecho es una expresión de cultura a través y para la sociedad, y proyectos ideales que los determinan, porque también el Derecho es un instrumento de realización de valores sociales; y son, además, las tres cosas a la vez, de tal modo que ninguna de esas dimensiones bastaría para poder comprender su esencia integral. En ignorar todo esto estriba el error, no sólo de quienes, desde fuera, miran el Derecho como puro normativismo sin vida y sin inspiración, cuando no como mero instrumento de poder político o como simple superestructura de una causalidad económica o social, sino también el de quienes desde dentro, han tratado de depurarlo arbitrariamente de elementos extraños, convirtiéndolo en puro normativismo formal, en puro sociologismo o en puro idealismo.

Aun más, si el Derecho en general es incomprensible sin esa esencial trabazón que lo constituye, entre realidad social, normatividad e idealidad, más lo son todavía los

derechos humanos, cuya relación con el Derecho es también esencial, pero con todo el Derecho en su entidad integral. Sin embargo, mi propósito en esta conferencia es explorar esa relación esencial con el Derecho, eso sí, sin perder de vista su complejidad integral.

Para hacerlo, debo tomar como punto de partida que los derechos humanos son precisamente eso: 'derecho del hombre' y, por ende, conceptos jurídicos que, por serlo, o son Derecho o no son derechos humanos. Ciertamente, son también y también pueden considerarse como realidades sociales, o en función de realidades sociales, pero esto sólo a condición de que reconozcamos que son realidades sociales, revestidas o por revestirse con la vestidura específica del Derecho, que es la forma jurídica; y son también y también pueden considerarse como ideales políticos, o en función de ideales políticos, pero esto sólo a condición de que reconozcamos que son ideales políticos, plasmados o con la vocación esencial del plasmarse en el instrumento específico del Derecho, que es la forma jurídica. La forma jurídica es siempre normativa, en tres sentidos fundamentales: a) el Derecho no define cómo tiene que ser la sociedad, sino que prevé cómo puede ser; b) el Derecho no describe cómo es la sociedad, sino que prescribe cómo debe ser; c) el Derecho no profetiza cómo debería ser la sociedad, sino que dispone cómo debe ser actualmente; todo lo cual significa: a) que no es un orden inexorable, sino un orden de normalidad, que se funda en la falibilidad del hombre; b) que no es un orden de fuerza, sino un orden de libertad, que confía en el hombre mismo su realización; c) que no es un orden ideal, sino un orden positivo, que se funda en una realidad social actual.

Dando un paso adelante, el último que me permite la naturaleza introductoria de estos conceptos, retengamos de ellos la siguiente conclusión: el Derecho es en sí mismo una forma o, si se quiere, una técnica específica de organización social, que consiste en un sistema de normas de conducta, individualmente violables pero colectivamente garantizadas por un orden de normalidad social, que las condiciona y les da eficacia, como medio de realización de un conjunto de valores e ideales comunes, a través de los cuales se aspira a una sociedad más justa y feliz. Se trata pues, de un instrumento social en que la normalidad -lo que es- genera normatividad -lo que debe ser- para que a su vez esta normatividad se transforme en una nueva normalidad y de este modo la sociedad actual -que es- vaya haciendo realidad la sociedad ideal -que en último término, debería ser-, en un proceso ascendente, por cierto que siempre alcanzable pero siempre inalcanzado, en el cual consiste precisamente el movimiento de la civilización y de la historia.

Definir, pues, como Derecho los derechos humanos no significa reducirlos a las formas jurídicas, ni mucho menos sumergirlos en los formalismos y formulismos con que muchos profanos, y aun los que los juristas llamamos 'abogados codigueros', identifican el Derecho, sino tan sólo enfatizar en que los derechos humanos anclados en la realidad social y dependientes de ella, son instrumentos de realización de valores e ideales sociales a los cuales se orientan esencialmente, pero, o consisten en sí, también esencialmente, en realidades e instrumentos jurídicos, es decir, en instituciones dotadas de la existencia, validez

y eficacia del Derecho, o no son tales derechos humanos. De este modo, cuando hablamos de derechos humanos no nos estamos refiriendo a simples derivaciones de la realidad o conexiones de la vida social, ni tampoco a meras aspiraciones, banderas, reclamos, programas o valores políticos, ni a unos puros ideales filosóficos o derechos naturales con base en los cuales valorar o criticar la realidad política, jurídica, económica o social; sino a auténticos 'derechos derechos', por lo tanto existentes y válidos, o como si lo fueran, exigibles en la forma y por los medios que el Derecho pone en manos de sus titulares, los seres humanos.

Dicho lo cual, adelanto sintéticamente las tesis alrededor de las cuales va a girar mi exposición, como sigue:

- a) La de que los derechos humanos son 'derechos subjetivos' en general y, como tales, jurídicamente exigibles, y sólo en tanto que jurídicamente exigibles adquieren su plena significación;
- b) La de que, como 'humanos' y 'fundamentales', son derechos subjetivos de una naturaleza especial: en cuanto que humanos, se atribuyen al ser humano por su sola condición de tal, en condiciones de igualdad y sin discriminación; en cuanto que fundamentales, se derivan de la intrínseca dignidad del ser humano y, por ende, no de la voluntad del Estado o de la autoridad, que se limitan a descubrirlos y reconocerlos. Además, se atribuyen a todos y cada uno de los seres humanos, por lo cual sólo pueden y deben llamarse derechos

humanos los que se les atribuyen y pueden exigirse por cada ser humano: los derechos colectivos, como los de los pueblos u otros cuyo titular específico no es el hombre como tal, por muy dignos y elevados que sean, no deben calificarse de derechos humanos, porque no lo son;

- c) La de que, si bien los derechos humanos son objeto de diversas disciplinas jurídicas, especialmente del Derecho Constitucional y, hoy, del Internacional, tienen toda la capacidad para generar, y de hecho ya están generando, un Derecho especial independiente, un Derecho de los Derechos Humanos, con su propio sistema autónomo de fuentes, principios y mecanismos de aplicación;
- d) La de que ese Derecho de los Derechos Humanos, a horcajadas entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, reclama la superación de la diversidad y la consiguiente eliminación de fronteras entre el orden interno y el internacional, en un solo sistema integral; Derecho de los Derechos Humanos que tiene características de un verdadero 'Derecho Transnacional', en el sentido de que tanto sus aspectos internos como los internacionales se penetran, implican y condicionan recíprocamente, sin posible contradicción.

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO

Los derechos humanos aparecen históricamente en un determinado momento de la evolución del Derecho, que coincide, y no por casualidad, con los movimientos revolucionarios democráticos y constitucionales de fines del siglo XVIII. No es que surjan de esos movimientos, como por generación espontánea, sino que a través de ellos adquieren su específica consagración como auténticos derechos y, además se dispersan espectacularmente por el mundo civilizado, entonces constituido especialmente por los Estados Europeos y los Estados Unidos, a los cuales se suman poco después las nuevas repúblicas de la América Hispana.

Antes de esos acontecimientos, el Derecho había venido evolucionando como sistema normativo de la organización social, pero todavía con carencias fundamentales: a partir de los romanos, por ejemplo, se había convertido en un imponente sistema racional y racionalizador de las relaciones humanas dentro de la sociedad, pero todavía la sociedad misma como un todo y su expresión unificada, el poder, escapaban a sus limitaciones: el Derecho obligaba a los súbditos, pero no al poder mismo, encarnado en un monarca absoluto, por encima de la ley. El cristianismo en general, y particularmente los propulsores de las escuelas del Derecho Natural, habían creado la conciencia de un orden de valores trascendentes, derivados de la voluntad de Dios y de la naturaleza de las cosas, por encima del derecho positivo y del poder, que los hombres están en capacidad de descubrir a través de su recta razón y a los cuales se debe ajustar la conducta de todos, gobernados y

gobernantes; pero ese orden jurídico natural se mantenía en el terreno del ideal, desde el cual irradiaba hacia la realidad social como un deber de carácter moral, es decir, como un imperativo frente al derecho positivo, frente al poder y frente a la sociedad, no como un ingrediente de la propia realidad.

No es sino a partir de las grandes revoluciones del siglo XVIII que se hace posible la incorporación de los derechos humanos al Derecho propiamente dicho, es decir, al Derecho positivo que rige efectivamente la vida social; y esto por la concurrencia lógica, histórica y política de tres grandes conquistas:

- a) El Estado de Derecho: No es sino desde entonces que el Derecho mismo se transforma, de un orden social de conducta, en el orden social; de un conjunto de mandatos del poder a los súbditos, en un sistema complejo de normas de conducta igualmente obligatorias para toda la sociedad, gobernantes y gobernados; de un orden de voluntad, de la voluntad subjetiva del monarca, en un orden de la razón, de la razón objetiva de la ley; de un orden parcial, lleno de inmunidades y privilegios tanto personales como institucionales, en un orden total, frente al cual todos los ciudadanos y todas las instituciones tienen un trato de igualdad bajo la ley y todos gozan de iguales garantías de la legalidad, sin acepción de personas;
- b) El régimen democrático: No es también sino desde entonces que la legitimidad del poder, derivada de ins-

tancias sobrenaturales, tradiciones militares y otros liderazgos detrás de los cuales se disimulaba apenas la dominación de unos hombres por otros, se transfiere a los propios destinatarios del poder: el pueblo como totalidad que, mediante mecanismos representativos depurados como los electorales, ejerce y conserva, no sólo el poder de escoger a sus gobernantes, sino también el de fiscalizarlos, dirigirlos y removerlos, y en que todos los ciudadanos que lo componen gozan de la posibilidad igual de ser electos a los cargos públicos, especialmente a aquellos que concentran la autoridad política, que es la que tiene por objeto interpretar y traducir en obra las grandes metas y programas de acción de la sociedad.

- c) La dignidad del hombre como principio; la libertad como sistema: Finalmente; no es sino desde entonces que el principio cristiano de la dignidad esencial de todo ser humano, por el hecho de serlo, penetra en las entrañas mismas de la sociedad, dando origen a la eliminación de toda forma de esclavitud, servidumbre o enajenación de la personalidad del hombre, de toda diferencia insuperable como las de nacimiento y de toda discriminación irrazonable entre unos y otros hombres, y que la libertad, que el propio cristianismo puso en el centro de toda actividad humana, se convierte en sistema de toda la sociedad, dando lugar, por una parte, al principio fundamental de la libertad, según el cual todo hombre tiene derecho a determinar su propia vida y a buscar libremente su propio destino (al ser humano lo que no le está prohibido, le está permiti-

do); por la otra, al principio contrario pero complementario de legalidad, aplicable a los actos de la autoridad, en cuya virtud ésta no tiene más poderes que los que le estén expresamente conferidos por la ley y no puede ejercerlos sino en función del bien común, también preestablecido por la ley (a la autoridad lo que no le está permitido le está prohibido); y, además, a un conjunto de derechos y libertades concretos, concebidos como indispensables a la dignidad intrínseca del ser humano, derechos y libertades sobre los cuales ninguna autoridad, ni siquiera la legítima autoridad democrática y ni siquiera la mayoría del pueblo mismo, pueden disponer; derechos y libertades de tal entidad que los de un solo ser humano prevalecen incluso sobre toda consideración de interés o bien común.

Esas tres conquistas son inseparables en el pensamiento y en la realidad contemporáneos: sin Estado de Derecho no son posibles ni la democracia ni la dignidad y libertad del hombre; sin democracia no son posibles ni el Estado de Derecho ni la dignidad y libertad del hombre; sin dignidad y libertad del hombre no son posibles ni el Estado de Derecho ni la democracia. La experiencia lo confirma, y la historia de la sociedad contemporánea no es más que la historia de una lucha insoslayable entre el esfuerzo paciente pero intransigente por realizar, perfeccionar y conservar a la vez el Estado de Derecho, la democracia y la dignidad y libertad del hombre, y las relaciones, hijas de la ambición o de la impaciencia, por desquiciar una cualquiera de esos tres pies del trípode de nuestra civi-

lización, sin percatarse o percatándose de que al hacerlo degradan las demás y destruyen la posibilidad misma de una sociedad mejor.

Aquí se impone una importante aclaración: cuando decimos que los derechos humanos surgen a la vida del Derecho como realidad actual, en el momento de las grandes revoluciones del siglo XVIII, en que a la vez irrumpen en la realidad política y jurídica el Estado de Derecho, el Régimen Democrático y el Sistema de la Libertad, no queremos significar ninguna realidad lograda, sino solo un proyecto que nace como producto de un embrión de siglos, apenas capacitado para crecer hacia una madurez acaso todavía lejana, a través de un esfuerzo constante y de una lucha que no puede darse el lujo de bajar la guardia, frente a las embestidas poderosas de las cuales no son las más despreciables nuestra propia impaciencia, nuestra propia cobardía y nuestra propia falta de fe.

Sin embargo, el aspecto positivo es alentador: los derechos humanos, que nacieron como simples ideas de avanzada de unos pocos iluminados, penetraron primero en el derecho constitucional de los pueblos civilizados y han venido ganando desde entonces, paso a paso pero firmemente, reconocimiento universal y consagración definitiva en el derecho internacional con lo que hoy ya no están tan desamparados ni tan al arbitrio de los caprichos del poder estatal. Por otra parte, el pequeño puñado de derechos formalmente incrustados en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en otros documentos contemporáneos como la Declaración de Derechos de Virginia y

las primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, ha venido ensanchándose en oleadas sucesivas, no sólo cuantitativamente, en el número de los derechos descubiertos y reconocidos, sin también cualitativamente, en el grado de su reconocimiento y en la intensidad de su garantía.

Esa evolución puede descomponerse en tres grandes momentos, que el tiempo me obliga a citar sólo tangencialmente: el primero, el de la consagración positiva, en el Derecho Constitucional contemporáneo, de un catálogo de derechos y libertades fundamentales, tradicionalmente denominados 'derechos civiles y políticos' que corresponden básicamente al concepto que he llamado 'derechos de libertad', porque se articulan en general como derechos de exclusión frente al Estado y el poder, si bien muchos de ellos, o todos, implican, no sólo el deber negativo de respetarlos, sino también el deber positivo de protegerlos y hacerlos posibles; el segundo momento de ensanchamiento, con la incorporación de los llamados 'derechos económicos, sociales y culturales', fundamentalmente 'derechos de prestación', que ya implican un deber positivo generalizado de justicia social, y que imponen, al mismo tiempo, la transformación de la democracia formal en democracia material y del Estado de Derecho en Estado Social de Derecho; el tercer momento, el de su irrupción en el Derecho Internacional, al cual conmueven en sus propios cimientos, convirtiendo al ser humano en sujeto del mismo y arrebatando a los Estados su dominio exclusivo en materia de los derechos fundamentales de sus propios súbditos.

Cada etapa plantea mayores retos y dificultades a la teoría de los derechos humanos, retos y dificultades no solamente en el orden político de su cabal realización, sino también en el estrictamente técnico de su definición, ubicación, interpretación y aplicación en el campo del Derecho, como vamos a ver.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO "DERECHOS"

Los derechos humanos son, ante todo, 'derechos'. Sin embargo, esta afirmación, que parece de Pero Grullo, no está exenta de dificultades:

Tradicionalmente, la palabra 'derecho' tiene varias acepciones, de las cuales me interesa tomar tres principales:

- a) La del 'Derecho', en general, como disciplina científica que estudia el mundo de lo jurídico; disciplina que se descompone, a su vez, en diversas ramas o manifestaciones especializadas, como cuando decimos 'Derecho Constitucional', 'Derecho Administrativo', 'Derecho Procesal', 'Derecho Civil', 'Derecho Penal', 'Derecho Internacional', cada una con un sistema más o menos autónomo de principios y normas, que nos obliga a considerarlo separadamente;
- b) La del 'Derecho', con mayúscula, en sentido que llamamos 'objetivo', como totalidad de un ordenamiento jurídico, es decir, como un sistema completo de principios y normas de conducta humana que organiza y regula la vida de una determinada sociedad, ya se trate del Estado, como cuando decimos el Derecho Costarricense o el Derecho Argentino; o ya se trate de comunidades más allá del Estado, como cuando hablamos del Derecho Internacional -universal- o del Derecho Interamericano -internacional regional-; y

- c) La del 'derecho' o los 'derechos', en sentido 'subjetivo', con minúscula, en que hacemos alusión, no al sistema de normas y principios, como un todo, sino a una de sus manifestaciones, consistente en la atribución y garantía de determinadas situaciones favorables a determinadas personas, titulares de tales derechos, en virtud de las cuales éstos gozan de ciertos bienes materiales, morales, intelectuales etc., garantizados por el Derecho objetivo, frente a todos los demás y frente al Estado mismo, para quienes se convierten en 'deberes' concretos de cumplirlos y respetarlos. En consecuencia, la garantía del Derecho para tales derechos es múltiple, según la naturaleza de cada derecho, pero puede resumirse en su 'exigibilidad' por los medios y mediante los mecanismos que el propio Derecho provee.

Digo conscientemente 'exigibilidad' y no 'coercibilidad', porque hace rato que está superada la creencia de que sólo es Derecho el que está garantizado por el poder público, a través de un sistema de coerciones directas o de sanciones sustitutivas que prevengan o repriman su violación. Por eso insisto en que lo que hace positivo al Derecho, es decir, lo que hace que el Derecho sea Derecho, es la garantía general de su normalidad social, es decir, la existencia de un orden social eficaz en general, que no depende necesariamente sino que, por el contrario, sólo depende de la fuerza del poder para casos extremos de anormalidad o para casos aislados de violación (ningún orden jurídico puede mantenerse metiendo en la cárcel a toda la sociedad).

Naturalmente, el Derecho es más Derecho, si cabe la expresión, cuando a la garantía general de la normalidad social se suma el respaldo de la fuerza a su servicio. Por eso se dice que el Derecho estatal centralizado, es el orden jurídico más completo existente, a diferencia del Derecho Internacional, descentralizado, y, por ende, muchas veces ineficaz. Y por eso, salvo algunas excepciones reconocidas como el derecho a repeler la fuerza con la fuerza, la legítima defensa o el derecho de huelga, la exigibilidad de los derechos en el orden interno se convierte, en virtud del principio de que nadie puede hacer justicia por mano propia, en el poder de reclamarlos ante el Estado mismo, que hoy ejerce el monopolio de la fuerza, y, en último término, ante los tribunales de justicia, que son por definición, la garantía más completa, imparcial y eficaz del Derecho.

A esto aspira, por supuesto, también el Derecho Internacional. Sin embargo, el principio de la normalidad general del Derecho sigue siendo el fundamental, tanto en el orden internacional, que por cierto no es tan ineficaz como se piensa, como en el propio orden interno: es lo que hace que las sentencias de los tribunales internos se cumplan, si no es, al igual que los fallos internacionales, la adhesión general que les prestan los detentadores reales del poder?

Los derechos humanos son, pues, como 'derechos', derechos en el último sentido expresado, subjetivo, y cuando hablamos de Derecho y derechos humanos aludimos, precisamente, desde el punto de vista que enmarca esta presentación, a

la relación esencial existente entre tales derechos subjetivos y el Derecho como un todo, entendido a su vez en cualquiera de las dos primeras acepciones: como ciencia de lo jurídico o como ordenamiento jurídico total.

Retomando lo dicho, si los derechos humanos son auténticos 'derechos', y desde luego que lo son, sólo pueden serlo en la medida en que estén reconocidos y garantizados por el Derecho y en que su garantía consistía precisamente en su 'exigibilidad' en la forma y mediante los mecanismos provistos por el Derecho.

Los derechos humanos nacieron, por supuesto, como simples aspiraciones o exigencias ideales en busca de su consagración como auténticos derechos; y aun persisten como tales en muchas regiones del mundo, y siempre las habrá para nuevos derechos todavía no consagrados jurídicamente. Nada tiene de ilegítimo que llamemos a esas aspiraciones o exigencias ideales 'derechos humanos', a condición, eso sí, de que los definamos claramente en función del Derecho a que aspiran y reconozcamos correctamente que todavía no son plenos 'derechos humanos'. No es lo mismo decir que yo tengo un derecho, que decir que quisiera tenerlo.

En el orden interno en que nacieron a la vida del Derecho, el problema de la definición y ubicación de los primeros derechos humanos, lo que he llamado 'derechos de libertad', resulta relativamente sencillo: se trataba de reconocerlos, de darles el rango especial de 'derechos constitucionales', y de garantizarlos mediante un sistema de recursos que, si bien requirió de imaginación innovadora,

podía montarse y se montó sobre instituciones jurídicas tradicionales y, por ende, fácilmente instrumentables en general. Estos derechos humanos 'de primera generación' corresponden a situaciones jurídicas que el hombre, en general, puede ejercer por sí mismo, sin depender del Estado salvo para su reconocimiento, respeto y protección. Frente a su violación, o a la amenaza de su violación, el hombre mismo puede reaccionar, exigiendo su restablecimiento, y, en su caso, su indemnización, y al Estado solamente le corresponde otorgarle ese poder de accionar, principalmente a través del acceso a la justicia y de las potestades de ésta para hacer respetar y cumplir sus sentencias.

Sin embargo, incluso algunos de esos 'derechos de libertad' requieren algo más: por ejemplo, los derechos políticos, de elegir y ser electo, necesitan también de una cierta estructura institucional que implica ya una acción positiva material y no sólo jurídica del Estado -un empadronamiento de los ciudadanos, un sistema depurado de elecciones al alcance de todos ellos, una autoridad electoral imparcial, un conjunto de medios que facilitaran la organización y participación de los partidos políticos-.

Ya esto no es tan sencillo, y la historia demuestra cómo el logro efectivo de los derechos políticos no solamente ha tenido un desarrollo más lento y costoso, sino que aun no se alcanza en muchos países y en la mayoría de los subdesarrollados; pero todavía se trata de derechos más o menos ejercitables por los seres humanos, más o menos garantizables mediante los procedimientos y medios tradicionales y, por ende, todavía de derechos subjetivos en su

sentido más clásico, es decir, plenamente exigibles por sí mismos.

En cambio, la incorporación de los derechos humanos 'de segunda generación', es decir, de los llamados 'derechos económicos, sociales y culturales', la cuestión de su ubicación como derechos se complica enormemente, al extremo de que aun los textos constitucionales, ni los internacionales como veremos, no han podido encontrar fórmulas jurídicamente aceptables para garantizarlos. Ciertamente algunos de esos derechos tienen todas las características de los 'derechos de libertad' y, por ende, pueden ser reconocidos y garantizados plenamente, como derechos subjetivos exigibles por sí mismos. Es el caso, por ejemplo, de los derechos de huelga y de libre sindicalización, cuyo ejercicio depende de sus propios titulares, los seres humanos, y para cuya garantía son suficientes la acción policial del Estado y los recursos jurisdiccionales tradicionales.

Pero hay muchos de estos nuevos derechos que ya no se comportan del modo tradicional, porque requieren, no solamente de una estructura institucional más o menos sofisticada, sino de toda una acción estatal complicada, difícil y cara, que no está al alcance de casi ningún Estado. En medio de todo esto juega un principio jurídico universal: el de que nadie está obligado a lo imposible. El Derecho es un orden social limitado, condicionado a lo posible, y es evidente que no puede exigirse legítimamente al Estado ni a nadie una responsabilidad por lo que no está a su alcance cumplir. Piénsese, por ejemplo, en los derechos indiscutibles de todo ser humano a una educación adecuada,

a una vivienda digna, a un empleo acorde con sus capacidades, a un nivel de salud y de vida decentes, y se verá que no es razonablemente posible dar a esos derechos humanos fundamentales un tratamiento como derechos subjetivos plenos, exigibles por sí mismos, al modo de los de libertad; yo no puedo demandar al Estado para que me coloque una escuela en cualquier lugar, ni para que me otorgue una vivienda, ni para que me garantice un empleo, ni para que me construya un hospital, ni para que me de lo necesario para vivir.

Esto ha hecho que, de una manera por cierto simplista para todos los derechos económicos, sociales y culturales, y sobre todo con una pasmosa falta de imaginación y de técnica jurídica, se haya dicho, y se diga inclusive en los instrumentos más modernos, que estos derechos humanos son 'derechos de realización progresiva', es decir, algo así como simples proyectos políticos o metas a cumplir -'derechos programáticos' los llaman algunos-, con exiguas implicaciones o garantías jurídicamente aplicables. En este sentido, pueden verse, por ejemplo, los artículos 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, o el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

PACTO INTERNACIONAL  
ART.2

Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la ple-

na efectividad, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, de los derechos aquí reconocidos...

## CONVENCION AMERICANA

## ART. 26 - DESARROLLO PROGRESIVO

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Sin que esto implique negar que se trata de auténticos derechos, en un sentido 'material', ni ignorar que en algunas oportunidades tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han elaborado 'informes' y emitido pronunciamientos más o menos concretos en materia de tales derechos, ni desconocer que alguna vez esas medidas hayan podido tener una relativa repercusión, lo cierto es que, con la formulación positiva de los textos actuales, la posibilidad jurídica o práctica de exigir algún modo su cumplimiento, se evapora en una ilusión en el orden internacional (más la tiene por ejemplo, la acción de dejar en la mesa al comensal que come con la boca abierta, y sin embargo nadie pretendería que los desertores tenían 'derecho' a que comiera con la boca cerrada). En el orden interno, la situación es peor, sobre todo porque para realizar estos derechos se requiere por lo común de medidas de carácter legislativo, que resultan jurídicamente inexigi-

bles, en virtud del principio generalizado de la irresponsabilidad del poder legislativo y del Estado por actos del mismo.

En el orden internacional, se ha intentado la explicación de que estos derechos económicos, sociales y culturales se instrumentan más bien como obligaciones de los Estados de procurar su realización y cumplimiento; explicación que, a mí personalmente, me satisface menos todavía: en primer lugar, porque de todos modos una obligación de 'procurar', que es lo que se transpira de los textos citados, es tan vaga e indeterminada que prácticamente se convierte en un simple 'deber moral'; en segundo, porque precisamente lo que define a los derechos humanos como 'derechos' son, al fin de cuentas, su titularidad y su exigibilidad, es decir, sus implicaciones 'activas' para el ser humano a quien se atribuyen, no sus consecuencias 'pasivas' para los demás o para el Estado, consecuencias que son necesarias y correlativas pero no sustitutivas de los derechos mismos. En este sentido, valga señalar que, en Derecho, todo derecho subjetivo se corresponde con el deber de los demás sujetos de respetarlo o cumplirlo, pero no a la inversa; hay, en efecto, deberes jurídicos unilaterales, que no se corresponden con ningún derecho específico, como son una gran cantidad de los deberes de Derecho Público, exigibles por el Estado mismo no en virtud de un derecho sino de una potestad e inclusive de un deber de su parte, o inclusive por personas privadas en virtud de un poder derivado, por ejemplo, de un interés legítimo calificado o aun de un simple interés, que se legitima por su mismo ejercicio. Explicar la juridicidad de los derechos econó-

micos, sociales y culturales a través de calificarlos como deberes jurídicos del Estado, equivale a negarles a aquéllos su carácter de 'derechos' humanos.

Ni tanto, ni tan calvo: es verdad que hay una serie de derechos humanos, tanto de la segunda como aun de la primera generaciones, que no pueden exigirse plenamente por sí mismos, a la manera de derechos subjetivos rigurosa y tradicionalmente considerados. Pero estos derechos, o no son tales derechos humanos, o, si lo son, y yo creo que sí lo son, tienen que estar dotados de la 'exigibilidad' que es consustancial al Derecho, y de una exigibilidad al alcance de los seres humanos que son sus titulares. A mi juicio, esa titularidad y esa consiguiente exigibilidad tienen que existir, y existen, sólo que de una manera especial que todavía está por definir.

Yo he propuesto, por ejemplo, una fórmula, que por cierto no es original, sino que la he tomado del impresionante desarrollo del Derecho Administrativo, y de un ilustre administrativista en particular, el Profesor Eduardo García de Enterría, hoy Juez español en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: mi sugestión es la de aplicar los derechos económicos, sociales y culturales, mejor dicho, en general a los derechos humanos que no sean razonablemente exigibles por sí mismos, criterios y consecuencias semejantes a los que en Derecho Administrativo se otorgan a los llamados 'intereses legítimos', con alguna referencia quizás a los que la doctrina italiana denomina 'derechos debilitados', de manera similar a como García de Enterría los califica de 'derechos reflejos'. Mi formulación, en resumen, es la siguiente:

- a) Los derechos humanos atribuidos directamente al ser humano, que no dependan a su vez de una acción positiva de carácter normativo o material del Estado, se comportan como auténticos 'derechos subjetivos plenos' y, por ende,
  
- b) Los derechos humanos dependientes de una acción positiva de carácter normativo o material del Estado, se comportan como 'derechos reflejos' o 'condicionados', pero son igualmente exigibles, inclusive mediante acciones jurisdiccionales que podrían ser plenarias, de manera similar que los primeros, pero con las siguientes condiciones y limitaciones: en primer lugar la de que el Estado venga obligado a realizarlos progresivamente, dentro de plazos razonables y de la medida de sus recursos; en segundo, la de que esas condiciones de progresividad y de posibilidad no tengan carácter discrecional absoluto -político-, y sean, por tanto, fiscalizables jurisdiccionalmente a fin de calificar la medida y el grado de su razonabilidad; en tercero, la de que los derechos ya realizados no se supriman ni se disminuyan, salvo quizás en circunstancias insuperables y extremas, también fiscalizables jurisdiccionalmente; en cuarto, la de que los derechos se reconozcan y cumplan en condiciones de igualdad y sin discriminación, asimismo fiscalizables jurisdiccionalmente.

Hay, empero, todavía una tercera categoría de llamados derechos humanos que no puede ubicarse ni siquiera como derechos reflejos o condicionados: son los que pueden pro-

piamente denominarse 'programáticos' y que escapan a toda posible exigibilidad. Por ejemplo, el que establece el artículo 50 de la Constitución de Costa Rica, cuando dice que

El Estado procurará el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza;

o como los contenidos en la mayoría de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA (arts. 29 a 50, caps. VII, VIII y IX). Así, por ejemplo, en el Artículo 29, los Estados Miembros se comprometen

A aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social en el Continente y para que sus pueblos alcancen un desarrollo económico dinámico y armónico, como condiciones indispensables para la paz y seguridad del continente;

En el Artículo 35, convienen a su vez

en buscar, colectivamente, solución a los problemas urgentes o graves que pudieren presentarse cuando el desarrollo o la estabilidad económica de cualquier Estado Miembro se vieran seriamente afectados por situaciones que no pudieren ser resueltos por el esfuerzo de dicho Estado.

Y tantas otras que, a primera vista, parecen indigeribles jurídicamente, aunque estén bendecidas por la Carta y, en cierto modo, por la Convención Americana (Artículo 26). A mi juicio, lo que ocurre es que esas normas programáticas son eso, 'programáticas', no 'derechos humanos', ni hace falta que lo sean, ni atribuirles carácter de derechos hu-

manos tiene ninguna utilidad, ni científica, ni práctica, ni siquiera política. No quiero significar que carezcan de relevancia jurídica: por el contrario, considero que nada que se diga en un texto jurídico deja de tenerla, y que las normas programáticas tienen una específica y válida: la de servir de 'criterios de interpretación' del Derecho en general, y de cada una de sus normas en particular, en lo aplicable; es decir, que se trata de verdaderos 'principios jurídicos' legislados, y como tales deben ser tratados, pero no de derechos humanos.

Lo que he dicho hasta aquí sobre unos y otros derechos y sobre aquéllos principios programáticos, me parece que podría por lo menos, provocar alguna reflexión, sobre todo ante la inminencia de tener que elaborar un proyecto de texto completo para un protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incorpore a la misma los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con una reciente resolución de la Asamblea general de la OEA, a propuesta por cierto de mi país y por empeño personal de nuestro Excanciller, Lic. Fernando Volio Jiménez. Porque pienso que esta idea plausible quedaría sin sentido si la inclusión de tales derechos en la Convención se quedara prácticamente en lo mismo en que está ya con el artículo 26, por no saber encontrar para los mismos fórmulas claras y jurídicamente importantes, que de verdad los enmarquen dentro del régimen de protección que la Convención establece, que le es esencial y que, además, es lo que la justifica como tratado multilateral de derechos humanos. De lo contrario, si esas fórmulas claras y jurídicamente relevantes no aparecen, yo personalmente prefe-

riría que no hubiera del todo protocolo adicional, porque al menos el artículo 26 en la ambigüedad de su texto actual, les podría permitir a la Comisión, y sobre todo, a la Corte Interamericana, alguna interpretación y aplicación extensivas, expansivas y valientes, capaces de garantizarles a tales derechos algún grado de la protección acordada por la Convención, interpretación y aplicación que serían tanto más difíciles cuanto mayor sea el detalle y precisión con que los derechos se definan en el protocolo, si no se definen bien.

## LOS DERECHOS HUMANOS, 'DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE'

Recordemos la definición elemental de los derechos humanos que al principio pedí retener, como "determinadas situaciones favorables para el ser humano como tal, que se suponen derivadas de su 'intrínseca dignidad' y necesarias para el desarrollo pleno de su 'personalidad', y que, por lo tanto, se reclaman como 'derechos fundamentales' frente a todos los demás hombres y, de modo especial, frente al Estado y el poder". Así pues, la denominación consagrada, aunque poco feliz, de los derechos humanos, equivale simplificada a 'DERECHOS FUNDAMENTALES DEL HOMBRE'.

En esa definición y denominación se contienen los elementos esenciales y, por ende, constitutivos del concepto de derechos humanos. Estos son, pues, 'derechos', 'humanos' y 'fundamentales'; lo de 'derechos' determina su forma específica, que es la forma del Derecho y que el tema de mi intervención me ha obligado a examinar por separado, hasta aquí; lo de 'humanos' y 'fundamentales' determina su contenido, sobre el cual todavía tengo algo que decir:

En pocas palabras, los derechos humanos son derechos subjetivos de una naturaleza especial, porque son, como 'humanos', atribuidos al hombre como tal y por su sola condición de tal, como propios de su 'personalidad', es decir, de su condición de 'persona', sujeto del Derecho y de toda la vida social, y porque, como 'fundamentales', no derivan su existencia de la voluntad del Estado o de ninguna autoridad, aunque necesitados de su consagración en el Derecho positivo, sino de una 'intrínseca dignidad' del

ser humano, que el Estado y la autoridad se limitan a 'descubrir' y 'reconocer'.

La historia de la humanidad no es otra cosa, con sus altos y sus bajos, que la lucha incesante del hombre por alcanzar niveles de existencia, de convivencia y de conciencia en los que pueda ser cada vez más hombre y menos cosa, esto es, en que pueda irse despojando de las limitaciones que le impone su naturaleza 'terrenal' y actuando sus potencialidades superiores, valga decir, su 'libertad'. Decía Unamuno que el hombre es un ser enfermo, cuya enfermedad fundamental consistió en erguirse sobre sus patas traseras, liberando sus manos, ensanchando su pecho y aliviando su cabeza para albergar un cerebro capaz de crecer y desarrollar una conciencia, la conciencia de su propio ser.

De tejas para abajo, no he encontrado una definición más exacta de la 'dignidad' del hombre; la que se desprende de la tradición judeo-cristiana es mejor, pero ésta ya no es terrenal: el hombre es creado como hijo de Dios, a su imagen y semejanza, y llega a albergar al propio Dios encarnado.

El concepto cristiano de la dignidad del hombre fue el que hizo posible concebir que hay un orden de la naturaleza, en que una parte, la más importante, del ser humano, a diferencia de todo lo demás, se libera de las leyes inexorables de la causalidad, se dirige por su libertad y se hace responsable de su propio destino. En ese orden de la naturaleza, pues, el del hombre es un orden de libertad,

pero un orden al fin, es decir, una libertad ordenada, orientada con un sentido ético y moral. De este modo, para el ser humano su orden natural es un 'orden normativo', de libertad, con lo cual se convierte, en su dimensión social, en 'Derecho Natural'.

La idea misma de los derechos humanos es inseparable de esa concepción de un Derecho Natural, por más que la laicización progresiva de la sociedad le hiciera ir perdiendo su fundamentalidad, primero con el Derecho Natural racionalista, que es lamentablemente el más conocido, después con el positivismo, el materialismo y todos los otros 'ismos' que pretendieron desarraigar al universo de su razón de ser. Menos mal que ya venimos de vuelta!

Los derechos penetraron en la vida del Derecho positivo bajo la impronta de la creencia en un Derecho Natural, y crecieron, siempre bajo la idea de que el hombre, por ser tal, está dotado por su propia naturaleza de una dignidad esencial, que lo define como hombre y de la cual se derivan atributos necesarios que, traducidos al Derecho, se convierten en sus 'derechos fundamentales'. Estos, entonces, se conciben como derivados, no de la voluntad del Estado ni de la misma sociedad, sino como atributos de la personalidad del hombre, anteriores y superiores a toda autoridad social, que, repito, ésta no inventa ni concede, sino que descubre y reconoce, y está obligada a reconocer.

El concepto de derechos humanos es, así, inseparable de la creencia en un orden de la naturaleza o, si se prefiere, para estar más de moda, en un orden ético superior, meta-

jurídico y, en cierto modo, metahistórico y metatemporal, que el ser humano es capaz de intuir y de ordenar en su vida personal y social con su recta razón, aunque lo haga poco a poco y a través de viscosidades históricas y sociales cambiantes, que reforman y ajustan los contenidos concretos de su conducta y, con ellos, los del orden a que esa conducta se orienta por necesidad existencial.

Es por esto que el concepto mismo de derechos humanos es extraño y contradictorio para quienes, inspirados en el positivismo, el materialismo o los colectivismos de todos los signos, rechazan la realidad de todo orden moral y de toda concepción ética más allá del Estado, de la sociedad y del orden positivo más chato, que es el de la ley, no el del Derecho, que es cosa distinta. Porque es obvio que, con estos criterios, no hay manera de distinguir entre los derechos 'fundamentales' y otros que no lo son: unos u otros se nutren de la misma fuente, la voluntad del poder, que equivale a la de quienes lo detentan, aunque lo hagan legítimamente y aunque lo haga la propia sociedad como un todo. No hay tampoco manera de explicar por qué los derechos fundamentales del hombre se imponen al Estado mismo, y no pueden jurídicamente ser violados ni abolidos por él.

Otra derivación importante de la definición de los derechos humanos, es la de su 'titularidad': los derechos humanos se atribuyen al hombre por su sola condición de tal, de manera que se fundan en la idea de que todos los hombres tienen esa misma dignidad esencial que los personifica y distingue; dignidad sin la cual perderían su propia condición de personas.

Por eso, toda la teoría de los derechos humanos está montada alrededor de un principio fundamental, que se expresa en dos formas: una positiva, el principio de igualdad; otra negativa, el principio de no discriminación. La igualdad y la no discriminación son, así, derechos fundamentales en sí mismas, pero también y sobre todo criterios de todos los demás derechos, fundamentales o no.

Me explico: los principios de igualdad y de no discriminación son, en primer lugar, criterios de todos los demás derechos fundamentales, en cuanto que éstos son, por definición, atribuidos a todos los seres humanos, por el hecho de serlo; pero resultan también criterios de todo otro derecho, porque son derechos fundamentales en sí mismos, es decir, porque en su virtud todos los hombres tiene derecho, no sólo a sus derechos fundamentales, sino también a gozar de todos los demás derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación. Es claro que el Estado puede otorgar o no, derogar o no, limitar o no esos derechos no fundamentales o puramente positivos, pero mientras los otorgue no puede discernirlos con desigualdad o discriminación. Estas dos dimensiones de los principios o derechos de igualdad y no discriminación, fueron, puestos de relieve claramente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su resolución más reciente, la Opinión Consultiva No. 4, solicitada por el Gobierno de Costa Rica sobre una proyectada reforma constitucional en materia de naturalización. Opinión en la que destacó, en resumen, que la igualdad y la no discriminación son criterios de todos los derechos fundamentales conforme al texto del Artículo 1.1 de la Convención Americana, y derechos autó-

nomos, aplicables en esa virtud a los derechos puramente positivos, conforme al texto del Artículo 24 de la misma. Esas disposiciones expresan:

ART. 1 - OBLIGACION DE RESPETAR LOS DERECHOS

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...

ART. 24 - IGUALDAD ANTE LA LEY

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Valga aclarar que en opinión de la Corte, igualdad y no discriminación son, efectivamente, como las dos caras de una misma medalla.

Hay una consecuencia más que, a mi juicio, se deriva claramente del concepto de los derechos humanos como derechos de todo hombre por su condición de tal; consecuencia que, sin embargo, debo advertir que no sólo es polémica, sino que inclusive no es compartida por la mayoría de los especialistas, ni por importantes textos internacionales: me refiero a que, para mi, los derechos humanos son 'derechos 'del hombre' y, por ende, se atribuyen a 'cada hombre' como su único titular.

Con esto quiero decir que no hay, a mi juicio, derechos humanos cuyo titular no sea 'cada' ser humano como tal, y que, por esto, no me cabe la idea de que haya derechos humanos 'colectivos', es decir, derechos humanos que se

atribuyan a la colectividad como un todo, como el llamado "derecho de libre determinación de los pueblos", que se expresa con inusitada insistencia en los artículos primeros de los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, o como algunos de los denominados derechos 'de tercera generación' o 'de solidaridad' (por ejemplo, los derechos a la paz, al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad -y no cito el derecho al medio ambiente, porque a éste si le reconozco, dependiendo por supuesto, de su formulación en concreto, el carácter de un derecho humano fundamental-), derechos de solidaridad que con escasa imaginación se tratan de incorporar al elenco de los derechos humanos. Advertido, porque esta afirmación me ha ocasionado erróneas interpretaciones, que no estoy en contra de tales derechos; por el contrario, los considero fundamentales y tan dignos de consagración como los más importantes de los derechos humanos. Simplemente me opongo a considerarlos como derechos 'humanos', porque no se comportan como tales y, sobre todo, porque estoy convencido de que, al confundirlos con ellos, pierden unos y otras más de lo que gana ninguno, porque pierden, sobre todo, precisión y profundidad.

Tampoco estoy ignorando que tales derechos colectivos, derechos 'de los pueblos' o 'de las colectividades', pero no de los hombres, son fundamentales para el goce eficaz y completo de los auténticos derechos humanos. Al contrario, considero que, por ejemplo, sin el pleno disfrute del derecho de los pueblos a su libre determinación, no es posible el de muchos de los más importantes derechos humanos, como tampoco lo es sin el ejercicio de la soberanía

sobre los recursos naturales de cada Nación o sin que existan condiciones de paz y de desarrollo para todos los pueblos. Inclusive estoy de acuerdo en que esos derechos colectivos son capaces de generar verdaderos derechos humanos, en el sentido riguroso en que pienso que se deben concebir y mantener: por ejemplo, el derecho de libre determinación de los pueblos genera para cada uno de los miembros de un pueblo sometido a dominación colonial el derecho de ser libre, y para los de naciones independientes sus derechos político-democráticos; el derecho a la paz puede causar en cada hombre el derecho a oponerse a la guerra o a negarse a participar en la misma, etc.; pero cada cosa en su punto y lugar: me parece, repito, que con introducir en los derechos humanos los derechos de los pueblos y colectividades, lo único que se logra es crear confusión, confusión que, sobre todo en Derecho, resulta fatal. Por ejemplo, todo lo que se ha alcanzado y lo que aun está por alcanzarse en precisión, a la hora de ordenar jurídicamente la titularidad de los derechos humanos y de fundar en esa titularidad una correcta legitimación procesal, retrocede en el momento en que haya que abarcar en esos mismos conceptos la titularidad y legitimación de los derechos colectivos, porque es obvio que esa titularidad y legitimación son, no sólo distintas, sino que mucho más difíciles de instrumentar.

## EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La irrupción de los derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, de la constitución de la Organización de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha venido a constituir lo que me atrevo a catalogar como la más importante revolución del Derecho, después de la Francesa de 1789, y como la más grande conmoción del Derecho Internacional, desde su nacimiento.

En efecto, ese Derecho Internacional, apaciblemente montado sobre rancios principios de paciente elaboración, de repente, por causa de los derechos humanos, se ha venido trastorando al extremo de que apenas la imaginación y la audacia son capaces de alcanzarlo al ritmo de su transformación.

Ciertamente, no toda esa transformación es debida a la internacionalización de los derechos humanos; es incluso posible que más bien esa internacionalización sea otro efecto de una causa más general, como podría ser todo un cambio en la mentalidad de los hombres y de las naciones en el siglo XX. Sin embargo, sigo creyendo que los derechos humanos son la punta de lanza de toda esa conmoción internacional, por lo menos en el campo del derecho.

La verdad es que en unos pocos años, y con la contribución decisiva de los derechos humanos, han quedado superados conceptos, principios y normas del Derecho Internacional que antes parecían incommovibles. Por ejemplo: el con-

cepto de que el Derecho Internacional es sólo un derecho entre estados y para los estados, ya no puede sostenerse ante la existencia de normas que obligan a los estados, no frente a sus iguales sino frente a comunidades y pueblos y seres humanos.

El principio de que únicamente los estados son sujetos del Derecho Internacional, a lo más junto con entidades semejantes asimiladas a ellos, como la Santa Sede o, más recientemente, las propias organizaciones intergubernamentales, principio que hasta hace muy poco obligaba al absurdo de tratar a los seres humanos como cosas, dándoles la calificación de meros 'objetos' jurídicos, ha tenido que ceder ante el hecho de que, no sólo el hombre es sujeto internacional de los derechos humanos en sentido sustancial, como titular o destinatario de los mismos, titularidad que todavía los conservadores explicarían un poco como subjetividad puramente refleja, sino que lo es también en sentido procesal, como titular de un poder de accionarlos, inclusive jurisdiccionalmente, en la cual ya no cabe ninguna justificación indirecta.

El principio, radical y fácilmente separable, del dominio exclusivo del Estado, todavía invocado por motivos políticos y no del todo superado en el Derecho universal, se ha quebrado precisamente al asumir la comunidad internacional la preocupación por los derechos del hombre, inclusive frente a su propio Estado; con lo cual, de paso, se ha acabado de consolidar el concepto monista de las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, con primacía del internacional, porque, como ha dicho el Tribunal Interna-

cional de Justicia, continuando por cierto una doctrina iniciada desde 1924 por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, queda fuera del dominio exclusivo y entra al ámbito del Derecho Internacional todo aquello que éste se atribuya o apodere, aunque antes le estuviera vedado. En este sentido, el artículo 2° inciso 7 de la Carta de las Naciones Unidas, que consagra precisamente el dominio exclusivo de los Estados, pierde mucha de su peligrosidad.

Mucho más es lo que ha cambiado en el Derecho Internacional contemporáneo, y mucho de ello con influencia directa de la internacionalización de los derechos humanos. Pero una observación más afinada nos podría llevar a una diferente conclusión: la de que, en realidad, no son tantos los cambios ocurridos, ni tantos los necesarios, en el ámbito del Derecho Internacional 'entre Estados', el cual puede, en general, continuar su proceso ascendente, pero gradual y sin traumas demasiado violentos; a condición, eso sí, de que, en cambio, se entienda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sí requiere, y ya ha impuesto, o está imponiendo, una verdadera revolución en los mismos cimientos de su derecho matriz. Se trata, pues de escoger, en la alternativa de si es que el Derecho Internacional se ha trastornado, se está trastornando o se tiene que trastornar para albergar en su seno al Derecho de los Derechos Humanos, o si es que más bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha constituido, se está constituyendo o se va a constituir en un cuerpo normativo independiente; y de escoger entre lo uno o otro, acudiendo a criterios científicos válidos. El Derecho, tipo Derecho, es una técnica de ordenación de la sociedad,

valga decir, de una realidad social que se hace y se desarrolla como tal, por sí misma, ordenándose al cumplimiento de sus propios fines, con sus propios valores y medios de acción, de manera que el Derecho, la técnica de ordenación de esa realidad que le es dada, debe acomodarse a lo que mejor convenga a su misión y mejor logre los dos objetivos básicos de toda disciplina científica: seguridad, para los fines del conocimientos; utilidad, para los fines de la vida humana.

Desde este punto de vista, me parece que la opción está clara: los derechos humanos reclaman un tratamiento diferente, con principios y criterios diferentes, del que requiere el Derecho Internacional concebido estrictamente como Derecho entre Estados, y es más útil y fecundo concebirlo y desarrollarlo así.

Los derechos humanos se conciben, por definición, como derechos fundamentales de todos los seres humanos, que se actúan y exigen por éstos, no frente a la comunidad internacional, con la que no tienen contacto directo, sino frente a otros hombres, aquellos con los que cada cual se relaciona, que son obviamente sus 'prójimos': sus parientes, vecinos, colegas, socios, amigos, enemigos, conciudadanos, y, sobre todo, frente a la autoridad del Estado en que viven. Así pues, la asunción del problema de los derechos humanos por la comunidad internacional, no se deriva de ninguna situación de conflicto directo entre esa comunidad y los seres humanos a quienes se atribuyen, sino de la necesidad de añadir la tutela internacional a la que cada Estado está llamado a prestarles dentro de sus fron-

terras, en favor y para con sus propios súbditos, precisamente porque muy a menudo esa tutela estatal no se presta, cuando no es que los derechos se conculcan por el propio aparato estatal.

Es esto mismo lo que funda el principio, incómodo pero explicable, de que la protección internacional de los derechos humanos, es subsidiaria de la que debe prestar el propio Estado, y la más gráfica demostración de por qué no es posible distinguir entre unos derechos humanos internos y otros internacionales: a pesar de que, de hecho, haya formas y grados diversos en el reconocimiento y en la protección de los mismos, entre el orden interno y el internacional. Los derechos humanos, por fundamentales, por humanos y por la misma razón de su protección, son esencialmente los mismos, en el orden interno y en el internacional, en el universal y en el regional. Desde luego, es posible e incluso frecuente que en su reconocimiento positivo se produzcan diferencias y contradicciones, de contenido y de forma, entre unos y otros sistemas, pero esto sucede con todas las normas jurídicas, aún dentro de un mismo sistema. Lo importante es que el Derecho, a través de sus principios y de sus criterios de interpretación e integración, provea siempre los medios para reconstituir su unidad sistemática, superando antinomias y llenando aparentes lagunas. (Las lagunas en Derecho son sólo aparentes).

La cuestión se complica, ciertamente, cuando se trata de sistemas jurídicos independientes entre sí; pero es que en materia de Derechos Humanos esa independencia de sistemas

no existe ni puede existir: si la hubiera, simplemente el que dejaría de existir sería el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque se quedaría sin sentido. Tampoco lo tendría, si la superación de las antinomias y lagunas se hiciera a base del orden interno, porque esto destruiría la razón misma del Internacional como ordenamiento de una comunidad de Estados, y, además, como ordenamiento titular del deber de esos Estados de reconocer, respetar y proteger los derechos humanos dentro de sus jurisdicciones respectivas. La unidad de sistemas de derechos humanos impone, por definición, el monismo, con absoluta primacía del Derecho Internacional.

Cosa muy diferente es el hecho, normal y deseable, de que el grado de reconocimiento de los derechos humanos sea más intenso y extenso en el orden interno que en el internacional, de la misma manera que es y debe ser más intenso en el ámbito regional que en el universal, puesto que los valores y principios compartidos o comunes de donde se extraen todas las instituciones jurídicas, son tantos menos cuanto más ancha y heterogénea sea la comunidad que los aliena. Lo mismo cabe decir con respecto a los diversos regímenes de protección de los derechos humanos.

Por ello, se tiene por establecido que el elenco de derechos reconocidos en la Declaración Universal y el de los Pactos Internacionales de derechos humanos, es apenas un mínimo impuesto jurídicamente a los Estados dentro de la comunidad internacional en general; y, de hecho, los sistemas regionales de derechos humanos, en especial el Europeo y Americano, mientras van más lejos y son más elabora-

dos que el mundial, siguen siendo un mínimo, un poco menos mínimo, en relación con los ordenamientos de los Estados que componen la comunidad regional.

Esto es, por supuesto, lo normal, y lo que ocurre, por ejemplo, en la Europa Occidental, donde la actuación del derecho y los instrumentos regionales se da, casi invariablemente, en relación con derechos marginales y respecto de violaciones muy finas y de detalle, prueba elocuente de que la protección internacional es allí necesaria, pero no indispensable, porque el régimen de protección en el orden interno de cada Estado realmente funciona, por lo menos para lo de más bulto.

En América, en cambio, y en la América Latina sobre todo, los papeles se invierten dramáticamente, y los mecanismos de protección, bien dotados jurídicamente pero todavía incipientes y con grandes limitaciones prácticas, están llamados a una gigantesca labor; porque lo cierto es que en muchos países de nuestro Continente, lo que es mínimo, casi nulo, son los grados de reconocimiento y protección de los ordenamientos internos, superados, a veces ampliamente, por los instrumentos del sistema internacional regional, aunque éstos lógicamente deberían ser los mínimos.

Pero todo lo feo tiene algo hermoso: quizás sea este dramatismo de nuestro Hemisferio el que nos muestre con mayor claridad la necesidad, y nos lleve con mayor imaginación a deducir, algunas verdades ocultas en el fondo de toda la problemática del Derecho de los Derechos Humanos. Por ejemplo:

La necesaria unidad sistemática del Derecho Internacional y del Derecho Nacional de los Derechos Humanos, bajo la primacía del primero, como hemos visto, impone dos conclusiones: la de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al primar necesariamente sobre el Nacional, debe tenerse como incorporado 'per se' a éste último, por lo menos con rango constitucional, o mayor; y la de que los derechos concretos consagrados en los instrumentos internacionales, de carácter universal o regional, tienen individualmente, por principio, es decir, sin necesidad de que lo reconozca formalmente el derecho interno, ese rango constitucional, o mayor, y esto, a su vez, en dos sentidos: uno, el que sus principios y normas prevalecen sobre los que se les opongan; el otro, el de que, en todo caso, son criterios de interpretación y principios de integración vinculantes de todos los derechos y de todo el ordenamiento nacional, inclusive al nivel de la Constitución.

Por el otro lado de la medalla, aquella misma unidad de sistema, junto con el carácter de mínimo y subsidiario del internacional, parece obligar a la conclusión recíproca de que, así como el ordenamiento internacional se convierte automáticamente en interno, de la misma manera, el interno se integra automáticamente al internacional, por supuesto, mientras no lo contradiga y con respecto al Estado en cuestión.

Para ilustrar esta tesis, que puede parecer demasiado novedosa, pero que es absolutamente congruente con todo lo expuesto hasta aquí, me valgo de un ejemplo: el Artículo 7.5 de la Convención Americana establece que:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...

A su vez, el Artículo 37 de la Constitución de Costa Rica establece:

Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratase de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del termino perentorio de veinticuatro horas.

Mi ponencia es la de que, en este caso, la Constitución costarricense le da, al propio derecho fundamental consagrado en la Convención, un contenido y delimitación específicos y más favorables al ser humano, con la consecuencia de que, para el Estado de Costa Rica, la expresión "sin demora" de la Convención, significa "no más de veinticuatro horas". En mi tesis, lo anterior significa que, si las autoridades administrativas costarricense mantuvieron detenida o retenida a una persona por más de veinticuatro horas sin ponerla a la orden de juez competente, incurrirían en violación, tanto del artículo 37 de la Constitución, como del propio artículo 7.5 de la Convención, es decir, tanto del Derecho Interno Costarricense, como del propio Derecho Internacional; violación reclamable ante éste y sancionable por éste, como si lo hubiera sido directamente de la Convención.

Desde luego, en el supuesto contrario, de que la norma de la Convención fuera la más explícita y la más favorable al ser humano titular del derecho, el texto internacional por sí misma se impondría, tanto en el orden internacional como en el nacional.

Esta fluída y permanente relación entre Derecho 'Internacional' y el Derecho 'Nacional' de los Derechos Humanos, me ha llevado a afirmar, no solamente la emergencia de un Derecho de los Derechos Humanos, especializado y autónomo, con criterios y principios propios de una rama independiente del Derecho, montado 'a horcajadas' entre el Internacional y el Nacional. Como dije en alguna ocasión anterior, se da entre ambos una relación esencial, en que ambos se implican, penetran y condicionan recíprocamente, dando lugar a lo que he llamado como una especie de 'Derecho Transnacional de los Derechos Humanos', desde luego si le quitamos la palabra 'transnacional' su connotación empresarial peyorativa.

No debo extenderme más. Me he permitido agregar al presente trabajo el texto traducido de una ponencia presentada por mí a la Quinta Conferencia Anual "Armand Hammer" sobre "Paz y Derechos Humanos, Derechos Humanos y Paz" (Hyde Park, Nueva York, en julio de 1982), que contiene un "proyecto de formulación ejemplar sobre 'Principios Fundamentales del Derecho de los Derechos Humanos'". Allí propuse quince de esos principios, cuya inclusión me parece una buena manera de terminar esta exposición, dejando en manos mejores que las mías la inquietud y el desafío de una obra importante: la de tratar de sistematizar, es de-

cir, de racionalizar e integrar, el Derecho de los Derechos Humanos como tal. Como dije al presentar ese proyecto, dicha obra

Se está volviendo progresivamente necesaria para la propia causa de los derechos humanos, y esto, no tanto por razones de simple desarrollo teórico, sino también por motivos prácticos, entre ellos, el de que las normas sin sus principios subyacentes tiende a perder sentido como normas, al faltar la conciencia de los fundamentos capaces de darles la consistencia y estabilidad de una disciplina jurídica independiente, y al negarle a la lucha por los derechos humanos herramientas irremplazables para su plena eficacia como normas de conducta en la vida real.

R. E. PIZA E.

6-IX-84