

11.2. Estado de Guerra. Previsto en la Constitución en los arts. 75 incisos 25 al 29 y 99 incisos 12 a 15; declarado en nuestro país en 1865, en 1944 y producido sin declararlo en 1982, en Malvinas; no suspende la garantía del hábeas corpus, pudiendo aplicarse analógicamente lo dispuesto por el artículo 4º incisos 1, 2 y 3 de la ley 23.098.

11.3. Ley Marcial. Fue decidida en distintas oportunidades en nuestro país, sin que la Constitución expresamente la reconociera, sometiendo a los civiles a los tribunales militares. Dichos tribunales militares, de naturaleza administrativa, son inconstitucionales, ya que no integraban el Poder Judicial federal ni provincial, previstos por nuestra Ley Fundamental y contrarían lo dispuesto por el artículo 109 de nuestra Ley Fundamental que veda al presidente de la República, y a quienes de él dependan, de la función judicial. Cuando fui diputado proyecté la judicialización de los tribunales militares.⁴ La ley marcial fue admitida a través de leyes y por la jurisprudencia de los tribunales tanto en Estados Unidos de América, en el célebre caso "Milligan", como en nuestro país, sin embargo el juzgamiento de los civiles por tribunales militares no encuentra fundamento en nuestra Carta Constitucional, por lo que la denuncia de hábeas corpus sería el remedio adecuado contra las limitaciones o privaciones a la libertad que se hicieran si alguna vez, esperemos que nunca, se intentara declarar y aplicar la ley marcial nuevamente, debiendo plantearse, en todos los casos, la inconstitucionalidad de las leyes que lo establezcan y la competencia de los tribunales militares que no pertenezcan al Poder Judicial.

En esta apretada síntesis hemos trazado un panorama acerca del importante papel que jugaría en el siglo XXI el hábeas corpus en situaciones normales y de excepción a favor de la eterna causa de la libertad de la persona humana.

⁴ GENTILE, Jorge Horacio, Obra citada, página 125.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿REALIDAD O UTOPIA...?

CARLOS HUGO VALDEZ¹

Sumario: 1. Derechos humanos. 2. Una ruptura con los antecedentes. 3. Los grandes trazos históricos de los Derechos Humanos. 4. La dicotomía "protección o utopía. 5. El otro rostro de la cuestión. 6. Apreciación final

1. Derechos humanos

El tema de los derechos humanos -con sus variedades semánticas: fundamentales, políticos, sociales, etc.- es uno de los contenidos sustantivos de nuestra concepción del hombre y de la sociedad. Se refleja en el sistema institucional y confiere al Estado su perfil desde el ángulo de la Ética y de la Filosofía Política. Tal es lo que confiere autenticidad al Estado de Derecho.

Al positivismo correspondió el mérito de la superación del mero esencialismo como condición decisiva de lo jurídico. Bajo la valiosa tradición del jusnaturalismo el *contenido* de la norma definía su juridicidad, de ahí que fue en pleno siglo XIX que se libró la batalla principal a fin de que alcanzara eficacia la "seguridad jurídica" o sea una de las conquistas principales de la cultura política y económica de la Modernidad. El reclamo de "precisión y previsibilidad" del Derecho requería que adoptara determinadas formalidades, entre ellas, la presentación escrita de lo que

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad Católica de Córdoba.

debía ser como conducta permitida o prohibición, y junto a ello, la inserción de la norma en un orden sistemático, ambos requisitos sostenidos por la codificación.

Al iniciarse el siglo XX dicha tendencia maduró con cierto extremismo, incluso desagregando los contenidos del Derecho si, llegado el caso, entraban en competencia con las formalidades. Esta orientación fue sostenida por la corriente que lideró Hans Kelsen, un jusfilósofo al que nadie podría calificar de antidemocrático. Se puede mencionar, igualmente, a Gustav Radbruch quien a comienzos de los años 30 defendió la posición del juez que solamente se debe a los términos de la ley y, consecuentemente, excluir si fuere necesario lo relativo a sus creencias. Pero he aquí que, por paradoja, fue en tal tipo de formalismo legal, los pilares del positivismo, al que se aferraron las corrientes de poder que agredieron cualquier obstáculo para sus determinaciones que se fundara en el carácter sacro de los derechos humanos.

“Lo que debe rescatarse del positivismo jurídico es que destaca la confiabilidad del derecho, ajustándose a la necesidad de confiabilidad y claridad. Pero en cuanto a nitidez conceptual, sigue ofreciendo un enfoque práctico sólo parcializado. Sobre todo desconoce condiciones sociales esenciales de la convivencia y de la función del derecho. El derecho tiene por función conceder a la existencia comunitaria sustento y permanencia. Esto no es posible si se abstrae de todos los contenidos, si se ignoran necesidades básicas del hombre y experiencias históricas. Si cualquier contenido pudiera volverse derecho, bastando tan sólo con que alguien tenga poder suficiente para imponer lo obviamente inmoral, se perdería la necesaria relación que el derecho debe preservar. Finalmente el derecho desembocaría en la mera lucha por el poder y se agotaría en el poder mismo” (G. Robbers, p. 42).

Digamos en homenaje a la verdad que, posteriormente, sobre todo en la segunda pos-guerra mundial, tanto Kelsen como Radbruch hicieron las suficientes aclaraciones para restablecer la sensatez en sus concepciones. Kelsen dejó de ver en la estructura normativa un simple problema de formalidad y aceptó en consecuencia la significación de su vigencia en relación a la validez; y Radbruch reconoció que la sentencia justa debía rendir culto a la conciencia moral del juez.

En Europa, y en otras partes del mundo, en la pos-guerra hubo primero una amplia adhesión a la vigencia del derecho en función de la conciencia ética, y pronto una rectificación de la aceptación lisa y llana de

llos judiciales que, fundados en dicho renacimiento del Jusnaturalismo, pudieran llevar a la caída de la seguridad jurídica e introducir perturbaciones en la racionalidad de las relaciones jurídicas, en particular las de orden económico.

Aunque explicable dicha rectificación relativa de los contenidos esenciales del Derecho, no pudo eliminar la significación del criterio sustantivo ante la persistencia, e incluso, extensión en el planeta de regímenes políticos que, en plena pos-guerra, y más adelante, han violentado los Derechos Humanos. Una situación planteada en la órbita de los Estados comunistas y, de modo manifiesto, en el ex sistema colonial europeo y en otras áreas de la tierra sacudidas por crisis y procesos de cambio. Allí se dio una verdadera dialéctica de fuerzas de liberación, en un caso, y políticas y prácticas de represión ejercidas por las que representaban el “statu quo”, en el otro. Cada experiencia con sus motivos y justificaciones.

La respuesta del Derecho Positivo fue aleatoria y cuestionable ya que la incorporación de normas destinadas a garantizar la estabilidad política, fue inmediatamente impugnada por ajenas a las previsiones de las Constituciones vigentes. En el magma de semejante combinación los Derechos Humanos fueron quedando sin una sustentación objetiva.

Cobró cuerpo en esos días la distinción entre categorías de derechos en función de las etapas históricas en que habían surgido y afirmado su vigencia. Los de “primera generación” se adjudicaron al ciclo en que los derechos humanos implicaron la afirmación de las posiciones individuales (vida, libertad y propiedad privada) habilitadas para ser opuestas legítimamente al poder del Estado cuando éste avanzara sobre aquéllas.

Los de “segunda generación” referidos a la irrupción de la “cuestión social” y los reclamos de una justicia calificada por esa temática, y que en lugar del concepto negativo de libertad supuso la existencia de deberes del Estado tanto para proteger los derechos cuanto para cumplir cometidos positivos al respecto, realizando lo necesario para asegurar un adecuado nivel de “procura existencial” para individuos y grupos. Y, más cerca del presente, los de “tercera generación” que responden a necesidades de orden colectivo cuya resolución hace a la calidad de vida de los diversos sectores de la comunidad: defensa del medio ambiente, protección de usuarios y consumidores, etc.

En el plano de la teoría y la práctica constitucional, como se dijo, durante la pos-guerra, se produjo la recepción de los principios e institutos

configuradores del *Estado Social de Derecho*. Al respecto, no hay dudas que en la doctrina hubo un severo cuestionamiento del "individualismo de posesión", criterio extremo con que la denominada Sociedad Civil había instaurado la filosofía política y económica del Liberalismo a partir de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII. Cabe citar, entre otras, la exposición que realizó el doctor Arturo J. Sampay en la convención reformadora de la Constitución argentina de 1949.

2. Una ruptura con los antecedentes

A las razones, ciertamente valederas, para esa toma de partido en contra del individualismo tradicional, se agregaron las exageraciones que llegaron a sostener esas críticas como si nada hubiese cambiado en la aplicación de los derechos de primera generación y, sobre todo, como si la legislación y la jurisprudencia se mantuvieran instaladas doctrinariamente en el pasado. Pero, además, determinadas corrientes ideológicas interpretaron algunas cláusulas de las constituciones "sociales" como una habilitación para desmantelar en todo al sistema socioeconómico y sustituirlo por otro de tipo socialista o colectivista.

Ocurrió, por ejemplo, con las corrientes que en Alemania Federal reclamaron una interpretación literal de la cláusula constitucional que preveía un "ordenamiento social" diferente al capitalista. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal respecto al sentido del art. 14 de la Carta de Bonn estableciendo una "garantía supralegal para la propiedad" y desautorizando procedimientos de expropiación por vía de legislación ordinaria, recibió duros cuestionamientos de la tendencia proto revolucionaria del "Estado Social". De ello fueron expresión los análisis fuertemente polémicos sobre la función del Estado cumplidos por los teóricos del Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Marburgo con el apoyo intelectual de miembros calificados de la Universidad de Frankfurt, entre ellos Jürgen Habermas, (cf. Abendroth-Lenk).

Para lo que aquí interesa tuvo una destacada importancia la afirmación propia de esas tesis de que el Estado Social de Derecho, tal cual estaba instalado en la segunda pos-guerra en Europa y otros países del mundo, carecía de legitimidad en cuanto formación de carácter "democrático". De modo especial, esta impugnación se acompañó de una exal-

tada reivindicación del Poder Legislativo y de su producto fundamental, el derecho positivo, como el único órgano estatal con capacidad para introducir los cambios hacia el nuevo "ordenamiento social" que sustituyera a la democracia tradicional.

Tal lo que surge de los trabajos de los teóricos de Marburgo citados, y de manera relevante de "El Estado Social" de que fue autor el profesor Jörg Kammler (ob. cit. p. 91) en una argumentación que estimamos excelente, pese a que no coincidimos con sus elementos de juicio. Acaso, porque en la misma oportunidad ese autor relata las condiciones que desmerecen la función político-funcional del parlamento y de los partidos políticos que son sus protagonistas principales. De todos modos semejante línea doctrinaria estuvo presente en numerosos países de Europa, América y Asia.

Con semejante descalificación del Estado Social de Derecho, en las condiciones de su vigencia, importaba reclamar *un punto de fractura* entre los contenidos de los Derechos Humanos que se consideraban auténticos para las exigencias de la época, por un lado, y la rica tradición de esos valores en la larga historia de "la lucha por el derecho", por el otro. Puesto que se ignoraba o negaba cuánto había avanzado la relación entre el Derecho y la Sociedad desde que en el mundo se habilitó una conciencia militante de la libertad, primero respecto al individuo y seguidamente en función de los reclamos de las clases más desprotegidas.

Las pretensiones de crear un vacío en la evolución de los Derechos Humanos si explicables con fines propios de la práctica política, carecen empero de entidad científica cuando se atiende a los datos objetivos. El tránsito desde el Estado liberal burgués no fue ciertamente pacífico ni súbito, aunque no podría desconocerse cada uno de los grandes pasos con que se operó la transformación, ante todo en los procesos de la cultura y, consecuentemente, en la mente de los dirigentes de la sociedad.

En el medio estuvieron los conflictos internacionales, las luchas sindicales, los pleitos internos de la propia clase dominante, las crisis de la economía que llevaron a la emergencia del capitalismo de masas, el ascenso al poder de nuevas fórmulas políticas, junto al rol inestimable de la "intelligentia". Y dentro de todo ello la presión ideológica ejercida por el desarrollo del socialismo y de la doctrina social de la Iglesia, todo lo cual tuvo su expresión normativa en la legislación y en el constitucionalismo como resultado del "puente" tendido entre lo tradicional y lo nuevo.

Esa conexión generacional, al menos desde el ángulo de la doctrina, permite apreciar en su justa medida el tránsito de los ciclos en materia de Derechos Humanos. Lo ha destacado el eminente jurista venezolano, Ricardo Combellas, al comentar la idea del Estado de Derecho en la obra del español Manuel García Pelayo (1909-1991). Luego de firmada la paz en 1945 y superadas las experiencias del totalitarismo fue necesario recuperar las libertades. Se impuso "un viraje", afirma dicho autor, hacia una nueva era del constitucionalismo: "el puente entre lo viejo y lo nuevo -agrega- lo retrató así García Pelayo:

"Se trata de una crisis actualmente superada por el desarrollo del Derecho Constitucional posterior a la segunda guerra mundial y, concretamente, por la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y el funcionamiento de las jurisdicciones constitucionales que lo hacen posible, al garantizar jurídicamente el sometimiento de los actos del Estado a la normatividad constitucional". (Derecho Constitucional Comparado, 1950).

El profesor Ricardo Combellas reproduce, asimismo, la idea fundamental del Estado Social "forma política sucesora del Estado liberal, aunque no en contradicción insoluble con él". y aporta la definición de García Pelayo:

"En términos generales, el Estado Social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y pos-industrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos. No hemos de ver las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino más bien como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos del XX para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad, regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización" (Las transformaciones del Estado contemporáneo, 1977).

Nos hemos detenido en los aspectos precedentes con el objeto de desalentar las confusiones a que el pensamiento jurídico se ha visto compelido por las situaciones polémicas. Estas se han planteado tanto por la complejidad de la experiencia socio-política de la segunda mitad del siglo XX cuanto por la ofensiva de las ideologías en la búsqueda de espacio para sus propuestas y, a veces, sus fabulaciones.

En verdad, a sus militantes de la cultura superior les resultó imprescindible provocar una ruptura en el itinerario de los Derechos Humanos merced a convertir a su "habitat" institucional, el Estado Social de Derecho, tal cual existe y funciona como sucesor del Estado liberal, en una rémora a la cual es preciso eliminar o sustituir. De nuestra parte, como enseguida se verá, creemos en la riqueza de los precedentes y, consecuentemente, en la continuidad de sus elementos esenciales. Lo que no impide superarlos en lo que es racional y necesario, algo connatural a la obra espiritual del hombre y de la sociedad desde tiempos remotos.

3. Los grandes trazos históricos de los Derechos Humanos

Sin desconocer los aportes de la civilización helénica y romana en los grandes temas de la libertad y la igualdad, o sea la vigencia diferencial pero significativa de la posición del individuo en Grecia y Roma, no nos corresponde aquí sino la mención pertinente. Los nombres de Sócrates, los Estoicos, Polibio y Cicerón resultan de referencia inexcusable para un estudio de mayor extensión.

Sólo nos parece imprescindible destacar la afirmación socrática sobre la aptitud de "todo hombre" para identificar e interpretar los valores y evaluarlos. A Sócrates correspondieron las reflexiones que, al extraer los contenidos racionales y comunes de elementos semejantes, objeto de reflexión humana, dejó para fundar la lógica a su idea del concepto como matriz de un conocimiento que fuera más que la mera intuición. Con esa contribución queda fundada la posibilidad de la individualidad y el rechazo al elitismo de Platón.

Hay, estimamos, tres etapas sustantivas en el surgimiento y afirmación de los Derechos Humanos en el largo tiempo:

a) Uno, acaso fundacional, está en la concepción que, en el Derecho Natural cristiano, a la conciencia individual se la liga con una instancia trascendente, Dios, que desde la ley divina provee una ley natural accesible al hombre. Bajo el influjo de los estoicos -dejó dicho Hermann Heller- la Iglesia logró superar el "individualismo religioso extremado" y resolver el problema que planteaba la vital necesidad de un acuerdo con lo terrenal

mediante la doctrina del Derecho Natural cristiano (sic). "La idea de la libertad igual que todo lo que tiene rostro humano es una idea de origen específicamente cristiano" (p. 134).

A propósito de la exigencia de una formación social que aspira a ser "conciencia de clase" y con ello dar contenido a una forma política con los ideales de "libertad e igualdad" -Heller habló aquí de la experiencia burguesa de los siglos XVII y XVIII- "lo que en realidad sucede es que se vienen a aplicar criterios elaborados por la conexión total de la historia del espíritu a una nueva situación social, con lo que aparece --aún sin quererlo- como continuadora de la historia del espíritu, que tiene una legalidad relativamente propia". Todo lo cual, agrega, "sólo puede comprenderse de modo cabal sobre el fondo de la evolución total del espíritu cristiano-occidental" (p. 132/3).

Semejante función de conferir contenido a las nuevas construcciones políticas, y aunque la Iglesia haya rechazado siempre los enfoques partidarios, se tornó patente luego de la unificación de Italia, y de la dura experiencia que enfrentó Pío IX. Dicha institución se vió liberada de sus compromisos con el poder como había ocurrido con el Ancien Régime. La encíclica *Rerum Novarum* (León XIII: 1891) fue un exponente de esa libertad de acción respecto a los intereses seculares. En sucesivos documentos esa postura fundamental se vio ratificada una y otra vez, hasta convertir a los Derechos Humanos en uno de sus capítulos sustantivos y sin perjuicio de la autonomía de sus determinaciones respecto a otras tesis sobre el mismo asunto.

Con una orientación acorde a la del socialdemócrata H. Heller, más actualizadamente se expidió Gerhard Robbers, católico, profesor de derecho público en la Universidad de Treveris, para quien:

"Las raíces de las tradiciones cristianas se manifiestan en aquellos derechos fundamentales, esencialmente en la garantía de la dignidad humana. La semejanza del hombre con Dios fundamenta su dignidad, constituyéndose de este modo en un límite infranqueable para el poder. No podemos imaginar la idea de la personalidad del hombre sin el trasfondo cristiano. No sólo estos contenidos materiales que hacen al Estado de derecho, sino también aquellos otros formales, se encuentran indicados en la tradición medieval. El proceso canónico, por ejemplo, que consagra la formalidad y el principio del fallo por vía de la justicia, formula propuestas básicas acerca del buen orden público" (p. 34).

b) Con el Renacimiento se abrió una nueva etapa para la afirmación del individuo en cuanto sujeto humano que se reivindica a sí mismo sin, empero, renegar de la fe tradicional aunque con un replanteo de su relación del Yo con lo trascendental. En el proceso correspondiente, los valores propios de los Derechos Humanos dan un paso al frente y ejercen su influjo en la configuración de la sociedad de ese tiempo. Es notable como semejante tránsito hacia la "individualidad" moderna se cumple en los siglos donde toman cuerpo los regímenes propios del Absolutismo que, en la práctica, hacen escarnio de los Derechos Políticos en cuanto derivaciones calificadas de los Derechos Humanos.

En el siglo XIV se puso en marcha un proceso de renovación espiritual que, por paradoja, trae a esos tiempos los valores estéticos y literarios de Grecia y Roma, o sea de la Antigüedad. El cambio suscita el entusiasmo de los altos niveles del poder corporizados en los reyes y el emperador, junto al Papado; también la burguesía comercial y financiera se esmera en aumentar su jerarquía social y política y se hace mecenas de artistas y aspirantes a nobles.

El contexto lo darán en ese y los próximos siglos (en una era en que las grandes cosas no se miden por día, ni por año), con la ampliación del mapa-mundi merced a los descubrimientos geográficos, la crisis de la concepción antropocéntrica del universo y su sustitución por la heliocéntrica, la reforma religiosa y luego el avance hacia el método científico donde ponen su marca hombres como Copérnico, Francis Bacon, Galileo Galilei, Jorge Newton y luego Descartes y Leibniz. Las guerras religiosas dieron el ritmo del choque entre dos instancias históricas que, además, alumbró cambios en el pensamiento político y en las concepciones jurídicas.

A todo esto los soportes socioeconómico y políticos del Estado medieval sufren las consecuencias del cambio; el sistema estamental no va a morir súbitamente, pero inicia su decadencia. En su resistencia frente al Absolutismo de las monarquías (España, Inglaterra, Francia) va perdiendo progresivamente la batalla a medida que el poder estatal se concentra en la cúspide y se torna mezquino respecto a compartir sus competencias.

La Reforma religiosa jaquea el poder del Papado, ciertamente, pero del Concilio de Trento (1546 en adelante) sale la Contrarreforma que vitaliza a la iglesia, y de esa instancia surge la Compañía de Jesús que avanzará sobre Europa.

Al finalizar el siglo XVI el jesuita Francisco Suárez (1548-1617) produce su doctrina jurídica y, como harán otros de su misma cofradía, reivindica para el pueblo la soberanía básica. Una tesis que llegará a los siglos siguientes y cuajará en las revoluciones de la independencia americana; lo que tornó estéril la quema de los libros de Suárez ordenada por Felipe II de España y luego por Enrique IV de Francia. Poco antes, otro jurista de mente superior, Jean Bodin (1530-1596), exalta el poder del gobernante pero predica la tolerancia y fija pautas que no puede transgredir el Estado respecto a los individuos. Anticipándose a Locke el pensamiento de Bodin pone distancia entre el derecho de propiedad y las facultades del gobernante, pese a los poderes absolutos que le reconoce.

En este contexto toma forma un hombre nuevo que asume su entidad autónoma, al menos a nivel de la conciencia, y avanza audazmente en busca de derechos individuales. A Jacob Burckhardt pertenece una de las más brillantes pinturas del nuevo status psico-espiritual:

“Durante los tiempos medievales, las dos caras de la conciencia -la interna y la que se enfrenta al mundo- permanecían, como cubiertas por un velo, soñando o en estado de duermevela. Este velo estaba tejido de fe, timidez infantil e ilusión; el mundo y la historia aparecían a través de él maravillosamente coloreados y el hombre se reconocía a sí mismo sólo como raza, pueblo, partido, corporación, familia u otra forma cualquiera de lo colectivo. Es en Italia donde por vez primera el viento levanta ese velo. Se despierta, así, una consideración objetiva del Estado, y con ella un manejo objetivo de las cosas del Estado y de todas las cosas del mundo en general. Y al lado de esto, se yergue, con pleno poder, lo *subjetivo*: el hombre se convierte en *individuo* espiritual y como tal se reconoce”.

La individualidad es la novedad revolucionaria del Renacimiento y la conciencia que de ello tienen los hombres, pronto llevará en sí la especial energía psico-espiritual que lo impulsa a las aventuras, las hazañas, las empresas y el ánimo de lucro. El hombre avanza por encima de los dogmas tradicionales y se lanza a la aventura del conocimiento siguiendo procedimientos ajenos al silogismo escolástico y que ahora requiere premisas fundadas en la intuición, el cálculo y el experimento. El siglo XVII será el puente entre un mundo viejo que ya no tiene poder para frenar los cambios, y un mundo que se pretende nuevo por que inicia el camino anti-absolutista, otorga máximas competencias al parlamento representativo, reconoce y valora la independencia de los jueces y hace de la propiedad el núcleo de las libertades.

En 1688 cae Jacobo II de Inglaterra, un siglo más tarde los harán Luis XVI (Francia) y al mismo tiempo Carlos IV y Fernando VII (España). El principal ideólogo de la nueva etapa es John Locke (Dos estudios sobre el gobierno) un empirista inglés (1632-1704) que diseña el Estado de la monarquía parlamentaria como garante de “la propiedad” el más fundamental de los derechos y en torno al cual figuran “la vida y la libertad”. Una línea doctrinaria que le vale el cargo de ser el promotor del individualismo de posesión, la fórmula que hará de los “derechos humanos” un privilegio de la burguesía aliada con los remanentes de la nobleza.

Martín Kriele, profesor de Filosofía Política y Derecho Público en la Universidad de Colonia sostiene en 1975 que Locke resume bajo el concepto de propiedad lo atinente a “vida, libertad y propiedad”, pero sólo en el aspecto teórico.

“Como resultado sólo se asegura realmente la propiedad; vida y libertad quedan a cargo del common law, en cuya eficacia Locke podía confiar. La protección de la propiedad no se opera por medio de los derechos fundamentales, sino del derecho al voto; y éste se limita a los propietarios. De esta manera los propietarios pueden asegurar legislativamente la posibilidad de aumentar ilimitadamente su propiedad y protegerse contra todo riesgo de que los desposeídos se la quiten en forma legal” (p. 285).

Las reflexiones del profesor Kriele, con ajustarse a la verdad no dejan de tener un color de nostalgia por lo que pudo ser y no fue; porque hace abstracción de que la burguesía, aliada con parte de la nobleza, era por entonces la “clase dominante”, lo que no justifica pero explica todo. Por lo demás, los Derechos Humanos no quedan al margen de la evolución sociocultural; en 1787 toman su forma con la Declaración de la Independencia de Estados Unidos (1776) y enseguida con la Declaración de Derechos del Hombre (Francia, 1789). El asunto ingresa entonces en el marco del Estado constitucional que asume los valores heredados del Derecho Natural. El mismo Kriele así lo reconoce: “Fue con la unión del Estado constitucional y la idea de igualdad que se creó la base para la libertad jurídicamente institucionalizada para todo el mundo”.

Llegamos a un punto decisivo del análisis teórico-histórico de los Derechos Humanos; en la “primera generación” del constitucionalismo ellos hacen del individuo su núcleo humano y político. Los procesos de cambio y avance hasta el presente han dejado de lado al individualismo de posesión e incluso doctrinaria y legalmente los vino a superar el Estado

Social democrático; pero las cláusulas justicieras del constitucionalismo social han sostenido al individuo, bien que acordando principios y prácticas de solidaridad, como el destinatario inconfundible de aquéllas.

Ningún sistema que reniega del "individuo" le ha conferido libertad y condiciones de dignidad; el fascismo y el comunismo, y otros regímenes semejantes del pasado y del presente, al destruir la posición del individuo -al menos en el marco de la cultura occidental- automáticamente hicieron una ficción de los derechos humanos, de primera y de segunda generación. Cuando, igualmente, se han puesto en las normas constitucionales a los llamados "derechos difusos", su efectivización llega a los individuos que integran grupos y sectores sociales para comprobarlo.

Estimamos, concluyendo este aspecto del tema, que la ruptura de la continuidad cultural y jurídica respecto a los Derechos Humanos tanto niega las raíces históricas y éticas de los mismos, cuanto incursiona en una peligrosa emboscada para los mismos. A esta altura del siglo XXI nadie -salvo ideólogos trasnochados- podría ser tomado en serio si pretendiera interpretar esos derechos con la óptica del "individualismo de posesión". Una filosofía política que la sociedad dejó muy atrás y que, en todo caso, cumplió su cometido como parte de un proceso originario en la batalla con el Absolutismo y las estructuras del feudalismo.

4. La dicotomía "protección o utopía"

La cuestión de si la protección de los derechos humanos, o sea de su vigencia, y con ello la efectividad, puede ser calificada con expresiones dicotómicas como "realidad" y "utopía" no es de ninguna manera arbitraria. En todas las naciones la realidad presenta un diverso nivel histórico en cuanto a los derechos, a su calidad ante todo, de que gozan los seres humanos. Hay áreas del planeta donde las garantías son muy completas y otras donde todavía están en proceso de actualización, es decir, que la vigencia de los derechos humanos presenta una variedad diferencial de niveles de desarrollo. Entre el pasado y el presente se advierte una gradualidad evidente.

Pero, acaso más importante, mirando el mapa-mundi contemporáneo, la protección y práctica de los derechos humanos, generosamente

insertos en las leyes y cartas constitucionales, brillan por ausencia en varios lugares. Existen pueblos -y algunos de África no son la excepción- en que los organismos del Estado, los recursos de las minorías poderosas y de las facciones inescrupulosas, hacen un hábito del atropello a los ciudadanos, a sus personas y a su propiedad. Mientras, en otros la mujer sigue sufriendo discriminación y explotaciones inicuas, y a la vez cientos de miles de niños padecen situaciones similares. En otras partes la vejez es una tragedia por falta de recursos para la subsistencia o por la exclusión social y moral de los ancianos.

Ni qué decir de los fenómenos alarmantes de genocidio, algunos a la vista y otros disimulados con la propaganda o justificados por las ideologías. La tremenda experiencia del Kjhemer Rojo de hace pocos años, se observa asimismo en Ruanda y a su modo en Chechenia.

Pero menos se pueden desconocer los efectos ciertamente atroces para las poblaciones civiles, o sea de no combatientes, que viene produciendo el terrorismo, donde los atentados de agentes anónimos compiten con la dureza de las acciones de represión. Es un doble mensaje, en un frente lo expiden los grupos irregulares empeñados en generar escenarios de miedo sin discriminar sobre quién o quiénes lanzan sus operativos, y asimismo, en el otro, las fuerzas estatales que, basados en la superioridad técnico-militar, hacen de la defensa de la civilización un argumento para la matanza y conjuntamente la rapiña de las riquezas naturales ajenas. En ambas partes hay un total menosprecio por los derechos humanos y a eso no puede disimularlo la invocación irracional de consignas fundamentalistas, de un lado, y la hipócrita proclama de los valores de la libertad y la democracia, por el otro.

5. El otro rostro de la cuestión

Me permito, empero, destacar que si esta fenomenología negativa lleva a tener por cierto que la protección de los derechos humanos aparece, en cierta medida, como una fabulación en boca de políticos y juristas, hay otro rostro del problema que nos alienta hacia el optimismo. En buena parte de la realidad mundial se vienen desvaneciendo los climas y las oportunidades de impunidad. Destacamos dos factores al respecto:

a) La independencia de la prensa, allí donde alcanza para que no se guarden en secreto las violaciones de tales derechos, ocurra ello por acción de los poderes oficiales o de poderes privados. La información pública y difundida, se liga a la posición de entidades representativas como las iglesias, los partidos políticos, los sindicatos y numerosas "organizaciones no gubernamentales" (ONG) que se comprometen con las denuncias pertinentes. Sin desconocer, por supuesto, la intervención de instituciones legales (el caso del Defensor del Pueblo) que no se mantienen en actitud de silencio o complicidad al respecto.

Desde la Sociología Política se ha impugnado a la entidad social y política de una "opinión pública"; es una tesis para nada novedosa, ya que es evidente que tal expresión suele carecer de continuidad y de la consistencia suficiente para servir de soporte a las instituciones (cf. Lagroye, p. 393). Pero no hay dudas, asimismo, que ningún sistema de valores jurídico-políticos pudo afirmarse, al menos en el círculo cultural de Occidente, sin alguna forma de correspondencia con las actitudes y creencias de una porción mayoritaria de la población. Ha sido, precisamente, la crisis o ausencia de ese elemento lo que hizo posible el triunfo de los regímenes negadores de los derechos humanos.

"El sentimiento del nosotros de la sociedad homogénea es mantenido, sobre todo, por los medios de comunicación masiva. Con la fuerza y el poder sugestivo de sus palabras e imágenes, constituyen la ayuda más importante de la comunicación. Sin una opinión pública, que provoca la información y la comunicación, es inconcebible un Estado de derecho. Desde luego, debido a la relación de tensión entre homogeneidad y diferenciación, los medios de información tienen que posibilitar y representar la pluralidad de opiniones.

El Estado de derecho tiene que adoptar medidas protectoras en contra de la formación de un poder exclusivo de los medios de información y de estructuras oligopólicas. Lo que se necesita es la transparencia del Estado de derecho, que crea confianza. El poder pluralista de las asociaciones puede, sobre todo, manifestarse en la prensa pero no es un sustituto de la publicidad del Estado de derecho" (Karpen, p. 223).

Con dichas prevenciones nos permitimos estimar que existe, pues, una "opinión pública", de proyección nacional e internacional que se viene constituyendo en una formidable fuerza de control, y que actúa como sustento de los organismos encargados de hacer cumplir los correspondientes tratados que sobre esta materia suscriben los Estados.

b) El orden jurídico -en particular con aquellos contenidos normativos materiales y formales directa o indirectamente vinculados al tema que nos ocupa- se ha desarrollado notablemente en cuanto a la creación de institutos y procedimientos que garantizan la recurrencia a los órganos jurisdiccionales propios de cada Nación cuando un ciudadano o un grupo se encuentra agredido en cuanto a los "derechos humanos".

Existen incluso instancias internacionales que se fundaron mediante tratados para ese cometido, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y cuyos documentos se incorporan a las Constituciones de cada país. Menciono, asimismo, la Corte Internacional de Justicia Penal creada hace pocos años. Tales elementos de "lucha por el derecho" permiten superar la condición abstracta de los derechos de primera generación, ya que se califican por su índole procesal, o sea que confieren operatividad a los valores jurídicos.

Sin perjuicio de ello, el fondo legal y doctrinario lo aportan documentos de gran jerarquía, uno de orden general como fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de la ONU, 1948), y otros de vigencia regional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969). Existen, asimismo, tratados sobre objetos específicos; tal el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, Asamblea General, 1966).

Sobre este segundo aspecto vale tener presente que la extensión de esos recursos procedimentales a buena parte de las poblaciones del mundo, con fuente principal en las naciones altamente desarrolladas del hemisferio Norte, sobre todo Europa, Estados Unidos y Japón, muestran su cotizada presencia en América Latina, tanto en la legislación constitucional como ordinaria.

Me permito citar los institutos incorporados a la Constitución de Argentina por la reforma de 1994 (art. 75). Dos años más tarde, en oportunidad del IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, realizado en Caracas entre el 15 y 17 de noviembre de 1995, un foro de primer nivel con participación de calificados especialistas, se consideraron los aspectos capitales del tema. Allí, entre otros igualmente prestigiosos, se escuchó un informe sobre "Tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo". Fue expuesto por el eminente jurista

Héctor Fix-Zamudio, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

El Dr. Fix-Zamudio describió e interpretó, con las pertinentes referencias conceptuales y normativas, las principales incorporaciones que, en materia de protección directa e indirecta, benefician a los derechos humanos en la trayectoria contemporánea del Derecho Constitucional de América Latina. Nos remitimos a ese meritorio trabajo y nos limitamos, aquí, a las menciones correspondientes:

a) La revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y actos de gobierno a cargo de la Corte Suprema de Justicia de cada país, bajo el influjo de la Constitución de Estados Unidos de 1787; y, con posterioridad, sobre todo en el siglo XX en la segunda post-guerra del "sistema continental europeo". Con ello se introdujo una Corte Constitucional sin abrigar la Corte tradicional, y siendo variadas las competencias asignadas al nuevo organismo.

b) Las acciones de "hábeas corpus" y la de "amparo", que figura en la totalidad de las Constituciones latinoamericanas; y el "mandado de seguridad" como institución paralela y propia del sistema brasileño; se agregan también el recurso de protección (chileno) y la acción de tutela (colombiana).

c) El "hábeas data", inaugurado por la Constitución de Brasil en 1988 y extendido a otros países (Argentina desde 1994), referido a lograr información sobre datos personales que obran en registros y bancos de datos de carácter público o gubernamental, o para obtener la rectificación de esos elementos informáticos.

d) El "mandado de injuncao" (Brasil: 1988) cuando la ausencia de norma reglamentaria impide el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales sobre nacionalidad, soberanía y ciudadanía.

e) La "acción de cumplimiento" (Perú: 1993) procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, en perjuicio del accionante.

El informe del Dr. Fix-Zamudio, que venimos citando, ciertamente completo y de valiosos contenidos, se refiere asimismo a dos instituciones que en las últimas décadas se incorporaron al constitucionalismo latinoamericano con fuerte incidencia en la temática de los derechos humanos.

f) Uno, el *Defensor del Pueblo* (Ombudsman), institución de origen europeo extendida a las naciones de Europa y en particular a las del Este de ese continente; en América Latina ha ocurrido otro tanto. Su función alcanzó jerarquía constitucional en las constituciones de México (1992), Argentina (1994) y otros países, sin perjuicio de que con anterioridad, en algunos casos, había sido creado por decretos del Poder Ejecutivo. El defensor del pueblo viene evolucionando hasta convertirse en un órgano eficaz para el cometido de proteger los derechos humanos contra las transgresiones que provienen de actos de la Administración. El art. 86 de la Constitución argentina (reforma de 1994) le confiere carácter de órgano independiente, con plena autonomía funcional sin recibir instrucciones de ninguna autoridad y "tiene legitimación procesal". Su misión, establece dicha cláusula, "es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

g) Dos, el *Consejo de la Judicatura* o de la Magistratura, destinado a promover y aplicar reglas para la selección y nombramiento de los funcionarios (jueces) encargados de la administración de Justicia, a fin de asegurar su idoneidad e independencia y lo relativo a vigilancia y disciplina de aquéllos. En determinados casos el Consejo tiene injerencia en la administración financiera de la Justicia.

h) La "*creciente influencia del derecho internacional*" (tratados y convenciones) al que se le asigna prioridad sobre las leyes nacionales, llegando en algunas constituciones a otorgarles "jerarquía constitucional". En el caso de Argentina la reforma de 1994 así lo dispuso e incorporó expresamente un listado de tratados vinculados a los derechos humanos y pautas contra la discriminación (art. 75 inc. 22).

Nos parece pertinente agregar, a las especificaciones precedentes, la incorporación de categorías novedosas en materia de derechos y que, aunque de manera indirecta, su observancia incide positivamente en la situación de los derechos humanos. Y ello en tanto se ligan a las condiciones de calidad de vida que hacen a la dignidad de las personas, como es el caso de los llamados "*derechos difusos*", también denominados "de incidencia colectiva", por un lado, y todo lo relativo a la protección del "*medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor*", por el otro (arts. 41, 42 y 43 Constitución argentina: reforma de 1994).

Es pertinente citar, igualmente, la inclusión en la legislación y en las constituciones de cláusulas expresa de protección, dentro del marco de los derechos humanos, “a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. (art. 75, inc. 23 Constitución argentina: reforma de 1994).

Tiene sentido, finalmente, en este aspecto de nuestra contribución, que teniendo los derechos humanos su “habitat” jurídico y político en el Estado de Derecho, todo cuando a éste le ayude a perfeccionarse, ante todo como forma de la democracia, es correspondiente con la sustancia de aquéllos. En particular atendiendo a lo que puede facilitar su despliegue institucional y, asimismo, a la ampliación de los regímenes de participación política de la población. A ello señalar:

i) Las normas legales y constitucionales que definen la índole del sufragio y garantizan su pureza y los principios sobre la igualdad de los ciudadanos en su ejercicio;

ii) Las pautas que prohíben la discriminación entre hombres y mujeres en los cargos públicos (electivos y designados);

iii) La legalidad de los partidos políticos, así como las que garanticen su regularidad y transparencia y la índole democrática de su organización y funcionamiento;

iv) La inclusión en el sistema político de las formas de democracia semidirecta, como es el “derecho de iniciativa” y de “consulta popular” (cfs. Arts. 38, 39 y 40 de la Constitución argentina, reforma de 1949).

Con lo anterior destacamos la estrecha relación que existe entre el sistema político, la efectividad de sus elementos democráticos y la vigencia de los derechos humanos. A los puntos precedentes debe agregarse la significación de la independencia de los jueces y la función de control democrático que corresponde al parlamento. No está demás recordar que, conforme a la doctrina sentada en su momento por Hans Kelsen, la distinción fundamental entre la democracia y la autocracia se vincula al carácter autónomo de las leyes que rigen en la primera y la índole heterónoma en la segunda. Esto en el sentido de que la legislación reviste la condición de autónoma cuando los obligados por ella participan en su sanción, mientras la entidad heterónoma se da cuando son dictadas de arriba hacia abajo por el poder.

Apreciación final

Nuestro optimismo respecto a la situación de los Derechos Humanos no excluye un inexcusable sentido de prudencia. Están dadas las condiciones para que así ocurra, pero teniendo en cuenta que es una materia que demanda un estado permanente de vigilia de parte de las organizaciones e instituciones con responsabilidad en ello, sea en forma directa o indirecta. A lo largo de la historia siempre “algo o alguien” estuvo acechando para negarlos o reprimirlos; las necesidades del Poder, aún con las mejores intenciones, incluyen la tentación autocrática. De ahí la importancia de “no bajar la guardia” en la práctica de la vida cívica. Y esto vale para los legisladores, los jueces, los partidos políticos, la prensa y las actividades de la cultura.

Bibliografía

- ABENDROTH-LENK: Introducción a la Ciencia Política; Barcelona, Anagrama, 1968.
- BURCKHARDT: La cultura del Renacimiento; t. 1, Barcelona, Iberia, 1985.
- GETTELL, Raymond: Historia de Ideas Políticas; México, ed. Nacional, 1959.
- HETTLER, Hermann: Teoría del Estado; México, FCE, 1964.
- KARPEN, Ulrich: Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho; Buenos Aires, CIEDLA, 1997.
- KRIEDEL, Martín: Introducción a la Teoría del Estado; Bs.As., Depalma, 1980.
- LAGROYE, Jacques: Sociología Política; Buenos Aires, FCE, 1991.
- LASKI, Harold: El liberalismo europeo; México, FCE, 1953.
- Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano; Caracas, CIEDLA, 1996.
- RIESCO, José Antonio: Teoría del Estado Contemporáneo; Córdoba, Alveroni, 1995.
- ROBBERS, Gerhard: Estado de derecho y sus bases éticas, Bs.As., CIEDLA, 1997.
- VALDEZ, Carlos H.: El Amparo; Córdoba, Advocatus, 2005.