



178
28j
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**NATURALEZA Y PROTECCION DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

RODRIGO CERVERA AGUILAR Y LOPEZ



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

INTRODUCCION.

CAPITULO I.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1.- Concepto _____	1
2.- Denominación _____	19
3.- Antecedentes históricos _____	28
4.- Contenido _____	65
5.- Validez: Iusnaturalismo e Iuspositivismo _____	74
6.- Normación: Estado de Derecho y Constitución _____	89
7.- Caracterización Formal _____	111
8.- Clasificación de los Derechos Humanos _____	125
9.- Derechos Humanos en particular _____	138

CAPITULO II.- PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1.- Estado actual de los Derechos del Hombre _____	152
2.- Definición _____	167
3.- Fundamentación Filosófico-Jurídica _____	175
4.- Realización efectiva de los derechos del hombre _____ (positividad)	187

CAPITULO III.- PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1.- Medios Internacionales de Protección _____	196
--	-----

<u>CONCLUSIONES</u> _____	237
---------------------------	-----

CITAS BIBLIOGRAFICAS.

BIBLIOGRAFIA.

I N T R O D U C C I O N

Diffícilmente olvide la humanidad alguna vez las escenas y testimonios dantescos de los campos de concentración y los vejámenes a la libertad sistemáticamente cometidos por los regímenes totalitaristas; sin embargo, el recuerdo de ésas atrocidades no parece ser suficiente para arraigar en el hombre la firme convicción del respeto a su propia dignidad; la verdad es que, en las postrimerías del siglo XX, la violación de los derechos humanos es una práctica reiterativa, y las más de las veces impune; ésto por cuanto a la vigencia real respecta, en la teoría el problema también subsistió; aún cuando los países hayan acordado comúnmente declaraciones de derechos, divergen sustancialmente, tanto en la fundamentación como en los alcances e instituciones tutelares; por supuesto que no se trata de uniformar los sistemas protectores de cada Estado, o la extensión de cada derecho, lo importante es garantizar el respeto a los derechos humanos; pero no pueden esperarse avances substanciales mientras el objeto mismo de la salvaguarda sea desconocido. Es menester abordar desde un punto de vista jurídico el análisis o estudio de los derechos del hombre, y evitar, en la medida de lo posible, que la demagogia y la política distorsionen la imagen y concepción de las libertades fundamentales; la incomprensión entre las culturas y las ideologías, también distancia a los pueblos de ése ideal común.

El trabajo que ahora expongo es el modesto fruto de un

esfuerzo pleno de motivación; de antemano me excuso por la audacia o a veces vaguedad y limitación de mis planteamientos, al menos los asiste una intransigente sinceridad. El estudio realizado comprende dos partes inseparables: La naturaleza de los derechos del hombre y los medios jurídicos instituidos para su defensa principalmente a nivel internacional, haciendo énfasis en algunas de las instituciones atractivas que revelan las convenciones suscritas. En relación a su naturaleza ha sido preciso determinar el carácter o la índole de los derechos elementales con particular importancia a su fundamentación y relaciones con el Derecho Positivo. La historia política de las sociedades es un relato de la pugna, a veces sangrienta, por constreñir y racionalizar el poder, - con la subsecuente consagración de un ámbito inviolable para la persona humana; y en ése contexto es de evidente interés deducir los vínculos que median entre los derechos fundamentales y algunas instituciones jurídico-políticas contemporáneas, tales como - el Estado de Derecho o el control constitucional; pero no es de menor interés perfilar ciertas características formales comunes a todo derecho humano, así como encontrar su esencia profunda y relaciones con el hombre, protagonista de ésta aventura dramática, pletórica de esperanzas y frustraciones, de conquistas y penurias; porque domina en el presente una consideración irrefutable, jamás tantos derechos, algunos de muy sutil naturaleza, habian sido descubiertos y proclamados; sin embargo, persisten las situaciones - de desconocimiento y transgresión de los derechos humanos en casi

todos los confines de la tierra; hecho infinitamente lamentable, si se toma en consideración que del ejercicio de tales derechos - depende tanto, como la felicidad de los hombres y la cristaliza-- ción del destino que están llamados a cumplir.

Estructuralmente éste trabajo contiene, primero algunas reflexiones en torno a los derechos humanos en sí mismos, esto es, su concepto, historia, denominación y caracteres formales; par-- tiendo de ésta conceptualización inicial para desembocar en una - proyección o inserción de los referidos derechos, en el contexto en el que se hayan, a saber, el Estado y el Derecho; en tal por-- ción del capítulo ensayamos la descripción de la posición de los derechos esenciales en la organización política y jurídica de la sociedad humana. Por otra parte, no pudimos ser indiferentes a la tripartición de los derechos del hombre, e hicimos alusión a los "derechos civiles y políticos" frente a los "económicos, sociales y culturales" y, como tercer género, a "los derechos de solidaridad o colectivos. Hasta aquí se recurrió con preponderancia a una metodología formal y abstracta, pero el segundo capítulo tendió más al análisis empírico de la realidad actual; pasamos de apreciar a los derechos humanos como títulos morales y derechos positivos, a examinarlos como hechos sociales contemporáneos junto con sus persistentes violaciones; sin embargo no se omitió en la conclusión de éste segundo capítulo, la extensión del tratamiento a la problemática, ya no sólo de la realización de los derechos, sino también a su fundamentación, que para nosotros es incuestio-

nablemente filosófica; de una correcta fundamentación pueden derivarse una proclamación completa y una protección social y jurídica eficaces. Y ésta última es precisamente la materia del tercer y último capítulo, el examen de las garantías e instituciones jurídicas para la tutela efectiva de los derechos ya abstractamente declarados; un examen así se descompone en dos partes; los medios de protección establecidos dentro del Estado o domésticos; y los instaurados entre o sobre las naciones, denominados internacionales o supranacionales. La protección jurídica al exterior del Estado, si bien incipiente, hace suponer un proceso de internacionalización de la tutela de los derechos humanos, que refleja todavía sumas deficiencias técnicas, como la inexistencia, ya no de coacción, sino de cualesquiera otras vías ejecutivas que compelan a los órganos de los Estados a reparar las violaciones consumadas. En realidad el problema es crítico por cuanto que los gobiernos de los Estados se obstinan en rechazar todo procedimiento o institución de control internacional de sus actos, y cuando por fin los Estados aceptan constituir un sistema constitucional regional o universal de tutela, lo hacen con tales reservas que desnaturalizan los mecanismos instituídos privándolos de eficacia.

No sirven a mucho las proclamaciones y demás reconocimientos declarativos, por entusiastas que sean, si no se hacen acompañar de los debidos medios de garantía; la misma objeción ameritan las investigaciones por profundas que sean; por eso con -- Goethe decimos que: "No basta saber, se debe también aplicar, no

es suficiente querer, se debe también hacer". En lugar de lamentar estérilmente el grave estado actual de los derechos humanos, hay que renovar los bríos, sin olvidar las dolorosas lecciones - que la historia dió a los positivistas: por eso repetimos que hay que forjar una virtud ahí donde ha habido un sufrimiento, como dijo Churchill al diezmado pueblo inglés: "La gloria de la luz no puede existir sin tinieblas; la vida es un todo, y el bien y el mal deben ser aceptados juntos, atesoremos nuestras alegrías pero no deploremos nuestros pesares".

Finalmente, en la vindicación de los derechos del hombre que estemos por emprender, hay que dar cobijo en nuestro ánimo al optimismo y a la determinación, haciendo nuestras las palabras que un General colombiano de nombre José María Córdoba dijo a sus tropas antes de la batalla de Ayacucho:

" ¡ADELANTE Y A PASO DE VENCEDORES! "

NATURALEZA Y PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPITULO I .-

Naturaleza de los Derechos Humanos.

1.- CONCEPTO.

" ¡No!. El poder de los tiranos tiene un límite. Cuando el oprimido en ninguna parte puede hallar justicia, cuando la carga se hace insoportable... eleva su mirada al cielo con ánimo confiado, y de él, desprende sus derechos que eternos e indestructibles penden de lo alto cual estrellas ". ¿ De qué "cielo" penden los derechos del hombre ?, ¿ son tales derechos, supuesta su exis-tencia, "eternos e indestructibles" ?, ¿ qué fuerzas sombrías oprimen a la justicia condenando a la humanidad a su frustración?. Esas y otras cuestiones dramáticas evocan las palabras de Schiller en labios de Stauffer, personaje de su obra "Guillermo Tell",- apoloía de idealismo y libertad muy a propósito para reflexionar sobre los derechos humanos que en el curso de la historia lo mismo han resentido agresiones brutales que inspirado sublimes - heroísmos; y en ese vaivén histórico la teoría y la prexis han - venido madurando hasta fecundar en la actualidad la vigorosa esperanza de un porvenir no muy distante en el que el hombre conquiste la felicidad que después de tantas vicisitudes la creación parece reservarle.

Llevando la problemática a una terminología más precisa, con la frialdad de la técnica procede la reflexión siguiente:

El poder estatal, los actos jurídicamente regulados a través de los cuales dicho poder se ejercita, y por último, el orden positivo y vigente en su totalidad, ¿qué tipo de relación guardan, ya estrecha, ya distante, con el peculiar complejo de derechos subjetivos conocido como derechos del hombre?; finalmente, de modo espontáneo aflora la cuestión substancial: ¿qué son los derechos — del hombre?, ¿existe el límite efectivo que se impone al poder de los tiranos?.

La profusión de preguntas con que este capítulo principia es al menos ilustrativa de la polémica, a veces insoluble y siempre latente, en la noción de esos derechos que la comunidad mundial reconoce casi unánimemente; ello en lo que respecta al mero plano formal, no así en el reacio ámbito positivo, en el que transgresiones persistentes y generalizadas acontecen en un singümero de naciones, y terminan por esterilizar, tanto las finas especulaciones de los teóricos para conceptualizar los derechos fundamentales, como las cruentas luchas que los pueblos libran por conquistarlos.

Tan importante como la formulación de los derechos individuales, o quizá más, es la aplicación misma, el cumplimiento efectivo del orden descrito por una declaración de derechos. A fin de plantear el problema más sistemáticamente, procede referirlo y vincularlo a las teorías que fundamentan la validez del derecho. Así contemplada la cuestión, las libertades fundamentales pueden revestir validez formal (vigencia según García Maynez), validez

material, y por último, un carácter positivo. Sucintamente, por no constituir el objeto esencial de este análisis, solamente perfilaremos los conceptos básicos que servirán de instrumento para determinar la validez a la cual aspiran los derechos humanos. Es — preciso aunque elemental, hacer énfasis en que la acepción invocada hasta ahora del término "derechos" es la subjetiva, vale decir, la que alude a una facultad de un sujeto de obrar lícitamente conforme a una norma jurídica que a su vez, representa la instancia que otorga la facultad; la norma es la proposición imperativa que autoriza; el derecho subjetivo, la autorización misma a realizar un comportamiento, de la cual es titular un sujeto determinado.— La validez suele referirse a la norma que ordena, permite o prohíbe, pero indudablemente que la suerte del derecho subjetivo se — halla ligada a ésta de manera indisoluble, puesto que la facultad emana de la regla imperativo-atributiva; la validez del derecho — subjetivo se subsume en la de la norma que lo imputa. Hecha la anterior prevención resulta conveniente exponer la validez del derecho objetivo, esto es, del conjunto de normas regulatorias de la conducta.

El derecho, específicamente la norma, gravita en tres — planos o dimensiones diversos, que eventualmente pueden interceptarse o superponerse en un mismo precepto, o como lamentablemente sucede, pueden distar una de la otra. Expresado de otra manera diremos que el derecho reviste o asume obligatoriedad en virtud de tres fuentes distintas, a saber :

formal
validez /
material

Validez formal.- El imperativo jurídico deriva su validez de la satisfacción u observancia de un conjunto de requisitos extrínsecos, que comprenden tanto el procedimiento de elaboración del precepto como la competencia de la autoridad que lo emite. El cumplimiento de las exigencias extrínsecas, y sólo él, condiciona la validez y eficacia de las normas, a despecho de cualquier contenido que éstas pudieran entrañar, siendo motivo suficiente para llegar a ser vigentes.

Validez material.- Una prescripción jurídica cualquiera obliga, no por la autoridad de la que dimana, ni por el proceso conforme al cual la dictaron, sino por la justicia del acto prescrito, por el valor que la conducta ordenada postula y realiza; consecuencia, una norma injusta carece de fundamentación a la luz de este criterio, por cumplidas que hayan sido las formalidades en su proceso de creación. El derecho es intrínsecamente obligatorio y no extrínsecamente válido como en el primer caso.

Positividad.- Los dos casos precedentes de normatividad formal y material incumben a la existencia de un imperativo y a la obligatoriedad de una acción, mientras que la positividad es un hecho real, el hecho del cumplimiento u observancia efectivos de la norma; la obediencia de un mandato y no su validez, ya sea formal o material, es lo que le confiere facticidad, o sea lo que equivaldría a la generalización de un comportamiento normativamente

te prescrito.

Miguel Reale en su teoría de la tridimensionalidad del derecho hace concurrir los tres caracteres de validez formal, material y positividad en un derecho perfecto, que Recaséns Siches resume atinadamente en la mención de los siguientes elementos:

Hecho- positividad

Norma- normatividad formal

Valor- normatividad material.

El orden de los derechos humanos involucra todas las di mensiones señaladas. Sin embargo, su particular dramatismo desca sa en que siendo un orden de indubitable validez intrínseca, to da vía debe salvar infinidad de dificultades antes de ostentar en to dos los sistemas jurídicos del mundo carácter vigente y positivo. En lo que respecta al reconocimiento formal de los derechos huma nos la edad contemporánea felizmente ha presenciado la constitu- cionalización de las libertades fundamentales, así como su inter- nacionalización a partir de la post-guerra; a pesar de ello la ob servancia de dichas libertades fundamentales está comprometida en múltiples naciones actuales.

Los derechos del hombre arraigan su significado más pro fundo en la fundamentación material y trascendente del derecho; - justo es decir sin embargo que han proliferado pensadores de la o pinión contraria que no sólo niegan validez intrínseca a los dere chos humanos en favor de su positividad o validez formal, sino - que niegan categóricamente su propia existencia, caso de Jeremías

Bentham al expresar que: "los derechos naturales son un simple - absurdo, absurdo retórico; falacias anárquicas que inspiran insurrección y resistencia a la ley". Pero en todo caso este enconado debate es finalmente la afirmación de una inquietud muy profunda en la conciencia del hombre; es manifiesta la dinámica de los hechos históricos, el problema estriba en ubicar en ese devenir - incesante una condición esencial, intransigente al cambio, universal e inherente al hombre, es decir, una condición que en virtud de su conocimiento permita establecer todo un orden de convivencia, incluso un fin para la existencia del ser humano y las comunidades en donde se desenvuelve (política, religiosa, mundial, -- etc). Es preciso para aventurar semejante juicio partir antes de un conjunto de reflexiones y un examen integral de la cuestión.

Sostener la existencia de unos derechos humanos y la necesidad de su respeto, contrapuesta a un orden de facto adverso (basta pensar en el apartheid sudafricano) implica que ese derecho subjetivo no hace consistir su esencia en el hecho de su positividad, por el contrario, los hechos frecuentemente desconocen - la dignidad humana que el derecho intenta vindicar, luego, si la realidad discrepa de los postulados de los derechos del hombre y éstos conservan su validez no obstante las violaciones perpetradas, la consecuencia es obvia, un derecho fundamental no depende de la circunstancia contingente de que lo obedezcan o lo violen. En Sudáfrica el racismo es una práctica general y reiterada, pero nadie discute la existencia o necesidad de un derecho de igualdad

para la mayoría negra, tan es así, que se invoca al aludirse a la situación "un Estado violatorio de los derechos humanos", en el particular que nos ocupa, violación de la igualdad racial. Aunque la autoridad política no la reconozca, y tampoco la comunidad civil la lleve a efecto como una costumbre social, los derechos humanos poseen una validez intrínseca independiente tanto de la positividad o facticidad, como de la validez formal o vigencia. El ejemplo citado es ilustrativo de las anteriores afirmaciones; ni el Estado reconoce la igualdad racial, ni la sociedad la profesa en los hechos, y a pesar de ello, en los foros internacionales se reclama la violación de un derecho humano que ha motivado una reacción mundial de indignación y desprecio manifiesta en una política generalizada de aislamiento al país sudafricano. Tal vez algún positivista, obstinado en negar el carácter naturalista de las libertades fundamentales, argumente en el ejemplo que la autoridad estatal que rechaza la igualdad racial es en todo caso una instancia ilegítima puesto que no la respalda la mayoría (mayoría negra) y la manifestación de voluntad del Estado es válida cuando la emite un órgano democráticamente instaurado; la discriminación racial, por tanto, es indefendible no porque la igualdad racial sea un valor en sí mismo, sino porque la discriminación la ha dispuesto una minoría que no representa la voluntad colectiva del pueblo. Tampoco es admisible esta objeción, y bastan dos consideraciones para revatirla; en primer término es oportuno referir la valiosa opinión de Aristóteles sobre este respecto : "Los

derechos fundamentales y de libertad del individuo no se establecen por una decisión de la mayoría, sino que existen ya con la naturaleza del hombre; un acuerdo estatal puede a lo sumo profesarlos, proclamarlos o interpretarlos"; (1) se advierte para tal conclusión que las mayorías, al igual que cualquier hombre aislado son falibles, la única diferencia con éste es cuantitativa, no hay -- ninguna cualitativa, el error en la democracia es simplemente un error de muchos; la historia es prolífica en casos, es suficiente representarse la condena a muerte de Sócrates que hubo de beber la cicuta después del juicio en el que una "mayoría democrática" de jueces (281 votos a favor y 275 en contra) determinó la ejecución; a decir de un positivista, incluso defensor de la democracia, el fallo sería plenamente válido, en realidad la ignorancia y la estrechez de la conciencia estimativa descubierta por Hartmann, una vez influyendo en las decisiones de las mayorías, son pruebas incontrovertibles de la falibilidad de las masas por mayoritarias que sean. Eso no es todo, falta la segunda consideración; en una agrupación cualquiera, confrontadas a la mayoría, hay múltiples minorías cuyos bienes o valores aún los más substanciales, quedan completamente a expensas de una voluntad mayoritaria que puede rayar hasta en la criminalidad; tal es el caso del régimen nacional-socialista nazi y de la minoría racial judía en la que se concretaron tantos genocidios.

La noción que de los derechos del hombre se propaga, -- precisa "de una fundamentación trascendente"--dice Guzmán Valdivia³

- y axiológica agregamos nosotros. Se ha evidenciado la insuficiencia tanto del criterio de la positividad como el de la vigencia o validez formal; sólo subsiste la posibilidad de la validez material e intrínseca de los derechos elementales.

En virtud de las anteriores conclusiones, termina por ser imperativo volver la vista al titular de los derechos, cualesquiera que estos sean, fundamentales o no; en una palabra, reflexionar en el nombre mismo, en la condición y calidades que sirven de soporte a todos los sistemas normativos y no sólo al jurídico; y todo ello a fin de localizar en ese complejo de ideas a los derechos naturales y la función que respecto del ser humano ejercitan. Es de la opinión de considerar a los derechos humanos como "naturales" el jurista anglosajón William Cranston, al sugerir una clasificación elemental de los derechos subjetivos en dos especies, a saber; los derechos morales y los positivos; los primeros suponen la idea de mérito y conllevan un criterio axiológico en su atribución, asumen el carácter de exigencias sustentadas en la moralidad y más específicamente en la justicia, derivan así mismo de la "ley natural", la que les confiere su intrínseca justificación, equivalente a decir que son facultades de obrar "válidas en la conciencia"; en tanto que los segundos, los positivos son compulsivamente obligatorios, son el efecto de un acto de creación o reconocimiento de una autoridad gubernamental determinada, tienen un sentido legal y empírico, remiten su validez a la "ley positiva" revistiendo la autoridad de la fuerza a diferencia de los mo-

rales que descansan en la conciencia o moralidad. El derecho humano "es un derecho moral universal, algo que todos los hombres, en todas partes de cualquier época deberían tener, algo de lo cual nadie debería ser privado sin agravio a la injusticia, algo que pertenece a cada ser humano, simplemente por el hecho de ser hombre".⁴ En consecuencia los derechos del hombre son esencialmente "morales, y accidental o contingentemente pueden participar de la naturaleza de los positivos, dado el caso que la autoridad política se apreste a reconocerlos; de esa manera concurrirían las dos calidades en una misma facultad; sin embargo, el bien en que se haga consistir el derecho positivo será valioso per se, y a lo más su positivación tiende, no a crearlo, sino a establecer una situación formal de obligatoriedad, vale decir, una atribución de compulsividad, para proveer a su respeto efectivo. Se trata entonces de la clásica antítesis de los derechos que "son" contra los que "deberían ser" (lex lata, lex ferenda).

La característica de universalidad que el autor otorga a los valores humanos procedentes de la ley natural, induce a reparar en que los derechos del hombre son, o parecen ser, inespaciales e intemporales, comunes además a todo sujeto, a desprecio de la comunidad a que pertenezca; se sigue de esto que son inmanentes a la condición de persona. En obsequio a la claridad se delimita el significado en que se conceptualiza inmanente, es, según Abbagnano: "lo que formando parte de la substancia de una cosa, no subsiste fuera de la cosa misma". Presupuesta la acepción,

se entienden bienes como la libertad y la igualdad, por sólo decir algunos, como propios del ser humano y sólo de él, fundamental y exclusivamente suyos, no debe haber nombre sin libertad, ni puede haber libertad distinta de la humana. Resalta de inmediato que se yuxtaponen dos planos diferentes "debe haber" y "puede haber"; esto es en virtud de que la primera hipótesis es la de una exigencia dimanante de valores, en todo caso violables, mientras que el segundo supuesto es un hecho natural, la libertad es una propiedad privativa del nombre, y hasta ahora no es conocido otro ente digno o capaz de la libertad (libertad como autodeterminación). Así cobra mayor sentido el examen de ese ser enigmático y portentoso, creador de la cultura, y que constituye además el titular necesario de todo valor normativo, o sea el nombre. Una exposición de este tema excede a las naturales limitaciones del presente trabajo, pertenece incluso al ámbito de la Antropología filosófica, que se concentra en el cuestionamiento del ser que el hombre representa; sin embargo a título de mención se precisan algunas premisas relacionadas a los derechos humanos.

El nombre es un tipo particular de ser, algunas propiedades únicas precisa revestir para asumir el carácter de sujeto de normas, cualesquiera que sean. El derecho, concretamente por su condición imperativo-atributiva, se resuelve en la imposición de deberes y en la atribución de facultades; más tal orden y tal permiso recaen sobre una conducta muy peculiar, la humana; ¿qué cualidades posee la conducta humana para ser susceptible de manda

tos y autorizaciones, y ser capaz de obedecer los primeros y ejercer las segundas?. Desde luego hay todo un cúmulo de elementos implicados, como la libertad en el sentido de autodeterminación, la responsabilidad consecuente al ser que ejerce la libertad; sobre el basamento de la libertad se edifican todos los complejos de normas y valores. Frente a una norma que obliga o permita, exteriormente subsisten dos posibilidades opuestas, nacer o no nacer lo que la norma indica, por lo tanto hay supuesta una voluntad en la necesidad de decidir; la decisión que eventualmente se adopte es el efecto final de todo un proceso donde han concurrido la voluntad, los deseos, las emociones, probablemente la memoria, etc; en la deliberación que define el sentido de la resolución, está supuesta una característica que sólo el nombre posee, a decir de Max Scheler, la independencia existencial; se trata de consistir en la aptitud exclusiva de resistir a la tendencia de los propios impulsos, necesidades e instintos. En el fondo de la problemática emerge un principio determinante, el nombre está trágicamente escindido, es un protagonista de dos planos contrapuestos, es el punto de intersección y de contacto de dos dimensiones, los hechos y los valores, el antagonismo suscitado se escenifica en la conciencia del nombre que, como lo estima Jean Paul Sartre, al estar condenado a la libertad no puede eludir el acto de la elección.

Todo el contexto referido sugiere que el nombre guarda respecto de los demás objetos o seres una diferencia de substan-

cia. Un objeto o una cosa pueden existir materialmente, crystalizando su existencia en esa tangibilidad; el hombre también consiste en materia pero no solamente; una animal al igual que el nombre posee materia, que en este caso ya es animada, provista de vida; el ser humano añade al hecho natural de la vida (ya que la vida según Oparin no es sino un estado especial de la materia, una circunstancia decisiva, él existe y aparte está provisto de un sentido tal que lo advierte, lo entera de su existencia; en este momento el universo parece resquebrajarse, ya coexisten independientemente dos entidades, el universo y el yo, separadas por una frontera en principio biológica, un conjunto de células integradas en un organismo asistido de fenómenos psicológicos, esto es manifestaciones iniciales de una conciencia. En ciertos términos, la humanidad (calidad de lo humano) descansaría en el hecho de una conciencia individual, más ¿en qué hacerla consistir?. en la capacidad o posibilidad del ser de existir en sí mismo y para sí mismo, el ser humano tiene fines immanentes y no trascendentes, los fines están dentro y no fuera de él, el hombre es un fin en sí mismo, y no un mero objeto inerte en el universo, sin movimiento y sentido propios. Así es que la división primaria y radical en "yo" y el mundo es una prueba axiomática de que el hombre es dueño de sí y no parte inánime o impersonal del universo. En otras palabras expresado, ha operado una conversión o tránsito ontológico en el hombre de primer orden, pasando de haber sido un objeto a ser un sujeto, por la mediación de un hálito vital e in

definible que lo nace participar de la misma naturaleza divina,-- una fuerza inasible y etérea, manifiesta en la sola pronunciación de un monosílabo, "yo", revelando con él una unidad indivisible e irreductible, dotada de variados relieves entre los que destacan dos capacidades prodigiosas: el conocimiento y el afecto. El ser humano no es inmóvil; antes al contrario, deviene en tiempo, espacio y circunstancia, aún cuando llegue a conservar su esencia. El conocimiento, como adquisición del nombre, tiende a vincularlo con el mundo, en tanto que el amor lo une con el otro "yo". Para apoyar las anteriores reflexiones conviene referir algunas ideas de Jacques Maritain, humanista contemporáneo; el hombre no puede ser limitado meramente a la carne y los huesos que lo componen - corporalmente, lejos de ser así, la existencia física queda plenamente trascendida; "el hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y elevada, sobreexiste espiritualmente en conocimiento y amor. Es así en --- cierta forma, un todo y no solamente una parte, es un universo en sí mismo, un microcosmos, en el cuál el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros él mismo".⁶

El fragmento reproducido plantea una cualidad privativa del ser humano. que algunos filósofos han denominado autoproyección; esencialmente el homósapiens es un valor en sí mismo; significa alma o espíritu. Presuponiendo los anteriores conceptos, -

la vida humana conlleva un sentido profundo y espiritual, el nombre no se agota en su corporalidad o animalidad, hay algún elemento a él inherente, una dignidad esencial que lo proyecta a una dimensión superior, al reino de los valores, que convienen a su necesidad de subsistencia armónica, y que objetivamente (según algunos filósofos-Scheler) llegan a ostentar validez. Los derechos más esenciales del nombre son su propia condición de existencia, privado de ellos lo sublime se transmuta en abyecto, y quedamos desnaturalizados, porque los valores fundamentales son la identidad del ser al cual tiende el hombre, más ¿qué nombre?, ¿acaso el criminal, o el mezquino?; imponer la calidad de criminal o de inescrupuloso, ya de principio es incurrir en un equívoco, una de las grandes contribuciones del existencialismo es la afirmación de la esperanza y de la libertad moral absoluta de todos y cada uno, donde el más inicuo sujeto puede aspirar a la virtud y el más beato caer en la bajeza, por ello el aforismo de Jean Paul Sartre "El hombre no es lo que es y es lo que no es"; en consecuencia, sobrevive un principio, la potencial virtuosidad humana, a pesar de cuantas amarguras antecedentes hayan inspirado odio. Cualquiera de nosotros tiende espontáneamente al universo subsistente de los valores; Scheler, mediante su ética material, ha hecho manifiesto que la emoción reconoce como objeto intencional a los valores, y éstos, junto con sus preferencias o relaciones jerárquicas, son captados mediante la intuición; es finalmente, un reino objetivo, etéreo, inmutable e independiente del sujeto que lo perciba; el valor es al sentimiento lo que la realidad es al -

conocimiento. Hartmann también ha puesto de relieve que tal dimensión o reino es aprehensible mediante una experiencia sentimental o intuición axiológica, y que dichos valores son exteriores a la realidad y a la conciencia, arribando, a la conclusión de la necesidad absoluta de los valores; si a ésto se agrega la sensibilidad de las intuiciones sentimentales para percibir el plano axiológico, y por otro lado, la impotencia de la razón para discernir lo bueno de lo malo, lo bello de lo feo, lo justo de lo injusto, tenemos por obvio que un hombre, aún el más instintivo e inmundic, no es definitivamente ajeno al bien. Podemos recordar las palabras que Dios ha dirigido a Adán en la obra de Pico della Mirandola "De nominis dignitate"; "Te puse en medio del mundo, para que tu escogieras todo lo que de mejor se encuentra en el mundo. No te he hecho ni celestial, ni terreno, ni mortal ni inmortal para que por tí mismo casi libre y artificia soberano, te plasmaras y te esculpieras en la forma que eligieras. Podrás degenerar en las cosas inferiores, podrás, conforme con tu querer regenerarte en las cosas superiores que son divinas".⁸ Adán; el hombre equidista al obrar de las dos polaridades, del bien y del mal; y es precisamente ésa facultad sagrada y sublime de volver la vista al bien, de inspirar en él desde el pensamiento más recóndito hasta el acto más resuelto, en otras palabras, es la sensibilidad y la capacidad de realizar el bien, incluso en el momento más sombrío de su existencia, lo que confiere al hombre una dignidad esencial e insenescente, que lo acompaña así en el primer sollozo como en

el último aliento. Ese hombre sensible es el que justifica el conocimiento de los derechos humanos y el establecimiento del más eficaz sistema de protección nacional e internacional.

El hombre, el ser que protegen los derechos humanos, es ante todo una posibilidad, una promesa, una esperanza; y tiende a la degradación de su condición, o a la elevación al plano más sublime de la santidad y el idealismo. El hombre fluctúa, oscila, - pero siempre conserva tanto en la virtud como en los errores una propiedad fundamental; decía Schiller "el dolor es vida", la cualidad fundamental es ésta precisamente, la suprema dignidad de sentir, bien el dolor o el gozo, de cualquier manera es una sensibilidad única donde el sentimiento se entrelaza con los valores y - los antivalores en una conjunción indivisible; el bien, el mal, - la justicia, la infelicidad, etc, todos ellos son el componente - íntimo de cada sentimiento.

Los valores fundamentales son el único terreno fecundo donde puede germinar la felicidad humana; el bien es el valor que posibilita la felicidad e imprime un sentido pleno a la existencia; y los derechos naturales vienen a ser, dado este orden de ideas, las condiciones en las que fructifica la vocación innata de realizar el bien. ¡Cómo no habría de tutelarlos y garantizarlos - el derecho positivo!. El sistema jurídico que deja de presentar - les protección, atenta contra la naturaleza humana y cae finalmente en la ilegitimidad. Sin embargo, tampoco puede esperarse un orden perfecto que agote todos los valores esenciales que preceden

al bien y a la felicidad, no hay que olvidar que la norma positiva es una creación humana, y que como tal está impregnada de la perfectibilidad que caracteriza al hombre; de cualquier manera la salvaguarda de los derechos elementales es la medida de legitimidad del Estado y el Derecho, es el elemento material y substantivo del Estado de Derecho.

Resulta de todo lo expuesto que el concepto de derechos humanos es de una connotación axiológica referente principalmente, a un orden espiritual y material, a una condición insita en cada uno de nosotros; resta añadir que el conjunto de los bienes materiales y espirituales objeto de tutela están expuestos a infinidad de asechanzas, las principales son el prójimo y la autoridad; señalabamos con anterioridad la duplicidad humana, la fluctuación entre los extremos de virtud e iniquidad que coexisten en el espíritu, la misma naturaleza de la que emanan los bienes gesta su principal amenaza, nos referimos a la naturaleza humana; el hombre es a la vez titular y transgresor de valores, lo que hace imperativa la protección jurídica provista de todas sus características formales (Heteronomía, bilateralidad, exterioridad y coercitividad); lo que el sujeto no hace espontáneamente y por convicción, termina siéndolo por la persuasión de una sanción jurídica, a fin de imponer el respeto a ciertos valores. El Estado se haya primordialmente obligado al reconocimiento, tutela y respeto de las libertades fundamentales, convirtiéndose en el sujeto pasivo de una relación jurídica en la que el derecho-habiente es el hom-

bre, que no hace otra cosa para poseer derechos que ser hombre; - es el supuesto sobre el que se erige toda la pirámide de la organización social. Se infiere que las condiciones que posibilitan y favorecen el desarrollo y perfeccionamiento plenos del hombre, - así como, la radicación de su dignidad y la subsistencia de su na turalza, son precisamente los derechos humanos.

Creemos haber encontrado por fin el límite sagrado e in violable al poder de los tiranos. Finalmente, 'para responder a la pregunta ¿qué son los derechos humanos?, en términos de concepto metafórico y no ya de definición formal, diremos que los derechos humanos son una necesidad vital hasta ahora funestamente insatisfecha, pero, cobijada con el manto de la más dulce y apasionada - de las esperanzas.

2.- DENOMINACION.

Excepcionales objetos son designados con tantas expresiones como los derechos del hombre; los términos diversos que de notan el concepto responden a una tradición histórica particular y no están desprovistos de una connotación filosófica, política o económica. La actualidad atestigua la primacía del nombre "derechos humanos", pero apreciando la evolución de la idea a manera - retrospectiva, destacan en el pasado "los derechos del hombre". - Con el sólo propósito de ilustrar sobre la riqueza de términos - más o menos sinónimos hacemos mención de algunos que han reclamado para sí su inclusión explícita en diversos instrumentos in--

ternacionales, declaratorias académicas o bien ordenamientos jurídicos internos, los cuales en ocasiones figuran acompañados de la noción correlativa de deberes, son a saber:

- a) Declaración americana de los derechos y deberes del hombre - (1948).
- b) Declaración universal de derechos humanos (1948)
- c) Declaración de los derechos humanos esenciales (American Law - institute- 1945)
- d) Declaración de los derechos fundamentales del hombre (Instituto de Derecho Internacional Lausana-1947)
- e) Garantías individuales (Constitución Política de los Estados - Unidos Mexicanos-1917).

Sin olvidar por supuesto la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), y por último; la Carta de la ONU que alude a los derechos humanos.

Desde luego se justifica llamar la atención sobre la parte dogmática de "garantías individuales" contenidas en la Constitución de 1917; la expresión en un sentido estricto ni corresponde a los derechos humanos, ni es tampoco un término correcto o preciso, técnicamente hablando, para referirse a los derechos subjetivos públicos; lo primero, porque si bien comprenden los atributos esenciales del hombre, se trata, no ya de derechos morales o naturales, sino de derechos positivos en que el Estado figura como sujeto pasivo de una relación jurídica; las llamadas garantías individuales son por lo tanto, derechos humanos positivados,

cuyo cumplimiento está asegurado por la coercitividad de la norma vigente; estamos ante el caso de una normatividad formal y no plenamente material; el reconocimiento de esos derechos es un hecho histórico, y su obligatoriedad se apoya en la validez formal, independientemente de que las garantías individuales traduzcan con mayor o menor imperfección exigencias estimativas puras; luego, - las garantías individuales involucran un concepto jurídico formal, los derechos humanos son en cambio una noción primordialmente a--xiológica y consecuentemente de imperatividad intrínseca; otra diferencia significativa de los conceptos en referencia es la extensión, que no es coincidente, hay derechos humanos a veces ignorados por el Estado y que por ello no obran en ninguna garantía como el derecho a la información; en México hasta antes de 1977, - las garantías son objeto de una bipartición, de la que resultan - garantías individuales y garantías sociales; similarmente, los derechos humanos se clasifican en civiles y políticos por una parte, y en sociales, económicos y culturales por otra; pero como toda - similaridad supone alguna diferencia mínima, las garantías y los derechos humanos no son lo mismo; a la inversa, hay garantías que no pueden ser consideradas universalmente como derechos humanos, caso de la rectoría económica del Estado que más bien tiende a -- ser una modalidad económico-política del Estado contemporáneo; la diferencia de extensión no es, sino un efecto de una divergencia de origen y de esencia; las garantías son una promulgación solemne de los derechos que la autoridad estatal reconoce, en tanto -

que los derechos humanos son el objeto del reconocimiento y son superiores y anteriores al Estado mismo, revistiendo una validez material e immanente de carácter metahistórico; las garantías son positivas, históricas y estatales, los derechos humanos son naturales, intemporales y supraestatales.

Desde otro punto de vista, las mal nombradas garantías son en realidad derechos públicos subjetivos; mientras que por garantía se entiende, en su acepción jurídico-técnica, un medio destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación, convirtiendo en efectivo lo que sin la tutela sería tan sólo virtual o declarativo; reproducimos para efecto de reforzar esta consideración las palabras de Isidro Montiel y Duarte "todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía". El derecho cuyo goce se asegura es el derecho humano. Es claramente distinto el objeto de la protección al medio, lo protegido a la protección. El sistema de tutela constitucional es la garantía misma y abarca en general todos los procedimientos y estructuras que procuran efectividad al Derecho objetivo, como el juicio de Amparo o la garantía de audiencia; o bien, el hecho mismo de establecer o incorporar en la Constitución un derecho, es de por sí una garantía, puesto que se está confiriendo el carácter de supremo a un precepto, haciéndolo incontrovertible frente a las normas secundarias; pero es la constitucionalización del derecho material la garantía y no el derecho mismo que es garantizado. Siguiendo a Messineo diríamos que el valor humano es el conte

nido o substrato de la garantía, que al ser colocado *subspecie iuris* (esto es, bajo el aspecto técnico del derecho) en un precepto, deviene derecho subjetivo público, adquiriendo juridicidad. Concluimos al afirmar que el derecho público subjetivo constitucional, el punto a debate, es una relación jurídica primaria y material y la garantía es el medio formal para hacerla efectiva.

En cuanto a otras expresiones al respecto podemos hacer diversas críticas, por ejemplo; "derechos esenciales" peca de extrema vaguedad al omitir cualquier precisión referente al contenido de la facultad, y tan sólo se limita a reconocer una de las calidades, no la principal, de los derechos mencionados: "Derechos fundamentales" incurre a su vez en la misma deficiencia que la anterior, fundamento sí, pero de qué. Otra voz de uso reiterativo y desafortunado es la de "derechos individuales", por una razón de cisiva, la limitación del contenido, dado que es consabida la existencia de derechos de carácter social y colectivo; si se intenta aludir en cambio a la característica de la titularidad del derecho a cargo de una sola persona, el error es mas supino, ya que ésa titularidad ni es exclusiva del derecho a tratar, ni tampoco es inherente a él, lo que equivale a decir que existen sinnú meros derechos, casi todos por cierto, que tienen por titular a un sólo sujeto, y que además algunos derechos humanos son de titu laridad colectiva. Similar crítica amerita la mención "libertades" acompañada de cualesquiera calificativos, fundamentales, civiles, humanos, etc; es notoria la pobreza de contenido; la libertad o -

las libertades son apenas una porción, si bien muy importante, de los derechos del hombre; concurren otros valores como la seguridad o la igualdad para confeccionar la integridad de dichos derechos; el uso de libertades tuvo auge en los siglos XVII y XVIII - durante el movimiento de racionalismo e ilustración de Inglaterra y Francia primordialmente, y obedecía al propósito dominante de - los gobernados de restringir de modo efectivo el imperio de la autoridad monárquica, imponiendo toda suerte de limitaciones al poder instaurado; en consecuencia, el vocablo es insuficiente en la actualidad, a la luz de múltiples cambios históricos que han enriquecido y amplificado la noción de derechos humanos (caso de - los derechos no a una abstención del Estado, sino a una acción positiva).

Faltan únicamente por analizar las dos expresiones de - mayor aceptación presente y más sólida fundamentación; "derechos del hombre" y "derechos humanos". Es de advertirse una tendencia dominante a cambiar el término "derechos del hombre" por el de -- "derechos humanos"; este último es el empleado por la Carta de la ONU, y responde a la "intención de ajustarse mejor a las disposi-ciones de la Carta y convenir al espíritu y sentido de la declara-ción universal, inspirada en el concepto de responsabilidad colec-tiva, y de igualdad de derechos de hombres, mujeres, ancianos y - niños"; "derechos humanos" es de uso reciente, data del siglo XX y de modo particular durante y después de la Segunda Guerra Mun--dial; consta de dos partículas: "derechos" en un sentido estricto

subjetivo o entendida como facultad que tutela un valor o bien -- fundamental del hombre, y apoyada finalmente en la coercitividad para asegurar el goce de su objeto; por cuanto hace al adjetivo - de "humanos" Santa Pinter advierte cierta limitación y hasta cierto pleonazgo; la Sociología y la Filosofía del Derecho no admiten otro derecho que el humano, todos los derechos son humanos, luego, el calificativo es enteramente redundante; aparte exhibe una cierta asimetría o incongruencia en relación al concepto análogo "derechos divinos"; en éste caso, "divino" indica el origen de "derechos" mientras que el derecho-habiente no lo ha dejado de ser el hombre, consecuentemente el adjetivo no denota al titular del derecho sino a la fuente de donde emana; el titular sería otro si se aseverara "derechos de Dios", ahí naturalmente representaría "Dios" el titular; queda demostrado que el calificativo "humanos" es frívolo ya sea para designar al sujeto activo de la relación jurídica, o para contemplar el origen del derecho; en éste sentido serían derechos que derivan del hombre; la insuficiencia para denotar la comprensión del concepto es manifiesta. En contraposición "derechos humanos" posee una gran cualidad, su parentesco o afinidad con la voz "humanismo" que tiene una de las más nobles tradiciones filosóficas y artísticas; humanismo es "cualquier dirección filosófica que tenga en cuenta las posibilidades y límites del hombre y que sobre ésta base proceda a una nueva dimensión de los problemas filosóficos"; el anterior sería tal vez el argumento más consistente para persistir en el uso del vocablo "de

rechos humanos"; sin embargo es de mayor contundencia la objeción mencionada; y es que cualquier término al designar a un concepto, ha de contener, si no todas las cualidades esenciales del objeto puesto que no se trata de una definición, debe contar al menos -- con alguna de las características relevantes del concepto, que -- permita su discriminación frente a conceptos afines; explicado -- conforme a la lógica, toda palabra que aluda a un concepto tiene que poseer una mínima comprensión distintiva del objeto, recordan do que comprensión de un concepto es "el conjunto de notas pensadas estructuralmente y constituyen la unidad que llamamos concepto, es decir las notas que un objeto debe tener para poder corresponder a él"; el término en conclusión no satisface plenamente la exigencia lógica.

La expresión "derechos del hombre" posee múltiples cualidades; primeramente a nivel gramatical se indica una relación de posesión, esto es se echa mano de uno de los casos de declinación, el genitivo, que para la Real Academia de la Lengua Española "denota una relación de propiedad, posesión o pertenencia", -- propiedad que a su vez en una de sus acepciones constituye: "la determinación o característica propia (que pertenece a toda una clase de objetos, y solamente a esta clase) de un objeto" #4 por lo tanto, siempre con la expresión se refiere una relación de inherencia de los derechos con el nombre; los derechos son propiedad del nombre; una ventaja digna de destacar, es la congruencia simétrica que guarda "derechos del hombre" con "derechos de Dios", en

ambos casos se cita una relación de posesión donde "hombre" y -- "Dios" son respectivamente los titulares de ciertos atributos que les son propios; en tanto que "derechos divinos" son derechos del hombre que proceden de Dios, "derechos humanos" son los del hombre que proceden del hombre; estos dos últimos términos faltan a la armonía de los dos primeros; en añadidura, el término tratado tiene el gran acierto de recurrir al vocablo "hombre" que representa una idea generalizadora de la persona humana" 5 involucrando a la vez una idea metafísica y a la entidad abstracta de la especie, habiendo sido usada hasta ahora en toda una pléyade de casos históricos, a guisa de ejemplo Jesucristo es denominado como "hijo del hombre", otro tanto hacen el Budismo, La Biblia o Platón. El último argumento en favor del término es su indiscutible y merecido prestigio histórico que le ha valido sobrevivir hasta nuestros días en diversas lenguas, fue un legado cultural de la Declaración Francesa de 1789 y aparte sus formas en otros idiomas --- (droits de l'homme-francés, diritti de l'uomo-italiano, rights of man usado en el texto inglés de la Carta de Bogotá, "menschenrechte"-alemán) ostentan un justificado renombre. La única objeción técnica que podría formularse, muy débil por cierto, es que la relación de propiedad indicada no implica una cualidad esencial, si no propia, pero la relación de posesión que también admite el término, no excluye la posibilidad de que lo poseído sea esencial.

Expuesto lo anterior concluimos que si bien concurren actualmente las dos voces "derechos humanos" y "derechos del hom-

bre", con predominio incluso del primero en la literatura internacional sobre todo, nos inclinamos, por considerarlo más correcto, por el segundo, es decir "derechos del hombre"; lo que no obsta para que en el desarrollo del presente trabajo recurramos de modo indistinto a todos los términos antes criticados, a fin de no ser reiterativos, y en la inteligencia de que se está designando de manera diversa a un mismo concepto.

3.- ANTECEDENTES HISTORICOS

Es relativamente reciente la irrupción histórica de la noción de los derechos del hombre tal y como se definen en la actualidad; remontándose el origen hasta la ilustración de los siglos XVII y XVIII; no obstante ello, la tradición política y el proceso de integración de un estatus jurídico, a favor del individuo arraiga hasta la Edad Media, siendo imposible el señalamiento de un momento preciso como la iniciación de los derechos elementales; al contrario, el análisis sugiere una evolución gradual, una acreción sucesiva, en la que derechos antiguos conviven con los nuevos.

Para servir a fines sistemáticos conviene hacer una distinción básica entre la doctrina y el orden jurídico-positivo; la maduración teórica de valores universales del hombre y consecuente necesidad de tutela socialmente organizada, se remiten en el mundo occidental hasta las corrientes filosóficas grecolatinas, en tanto que el movimiento de positivación, reconocimiento y apli

cación estatales tiene sus primeros frutos significativos en la -
Baja Edad Media. El problema que aquí nos ocupa es la determina--
ción de los hechos históricos (políticos y doctrinales) principa-
les que atestiguan la transición de las solas exigencias estimati-
vas en la conciencia, al establecimiento de las normas vigentes;
por otra parte es menester puntualizar que una relación detallada
y exhaustiva excede a la intención predominantemente panorámica -
del trabajo que ahora se elabora, por lo que me limitaré en la ex-
posición a la indicación de los hechos políticos considerados uná-
nimemente como relevantes; sin omitir una división fundamental de
las tendencias en el decurso evolutivo de los derechos humanos en
lo que respecta a su vigencia; son tres etapas que bien pueden su-
cederse o coexistir:

- a) Preconstitucional o empírica;
- b) Vigencia constitucional o constitucionalización y;
- c) Vigencia internacional o internacionalización.

De hecho no son condiciones excluyentes y lo óptimo sería que un
derecho connatural poseyese las tres vigencias; se ha selecciona-
do el criterio del tipo de obligatoriedad, por estimarse que la -
historia del orden jurídico de los derechos fundamentales tiene -
principio al momento que dejan de existir meramente como expre---
sión de valores necesarios e inalienables, para convertirse en de-
beres coactivamente exigibles, vale decir, efectivos. Así es que
habida cuenta de la secuencia descrita, procedemos a desarrollar
la temática.

Antes de explicar la etapa de vigencia empírica, creemos oportuno citar una opinión de Lauterpacht en relación a la evolución que se analiza, y que aparte servirá como principio general para comprender el paso de un privilegio de casta o de clase a un atributo universal estatalmente garantizado: "La reivindicación de las libertades humanas no comienza con su afirmación completa y vigorosa desde un principio, sino con su reconocimiento - en algunos asuntos, hasta cierto punto, para algunas personas, -- contra algunos organismos del Estado" ¹⁶ Partimos por consiguiente de la premisa de la progresión gradual de los derechos humanos haciendo énfasis en otro fenómeno significativo; el de las llamadas libertades individuales ¹⁷ en el que las libertades entran en conflicto y la proclamación de una nueva importa la negación del estado anterior; problema encarnado en la contraposición de los modernos derechos socioeconómicos y los tradicionales derechos individuales. Otro criterio defendible para exponer el desarrollo histórico es el atinente al contenido de los derechos, desde los civiles y políticos hasta los llamados de "segunda" y "tercera generación" como los económicos, sociales y culturales, tal criterio lo utilizaremos complementariamente. Es menester observar también que media una vinculación estrecha entre los hechos y las ideas; cualquier distanciamiento entre ambos es frívola y artificiosa, y seguimos el decir del famoso krausista español del siglo pasado al sostener que las ideas también son hechos, sólo que hechos dentro de la conciencia humana. Intentaremos coordinar todas

las anteriores consideraciones a fin de elaborar una síntesis.

Etapa Preconstitucional. Es difícil y sería arbitrario fijar cronológicamente un comienzo específico de ésta etapa, pero se escenifica antes del siglo XIII y comienza en la Antigüedad, abarcando el transcurso de la Alta Edad Media. En realidad esta etapa admite a su vez una subdivisión; la Antigüedad y la Alta Edad Media, que ya se distingue por constituir una transición hacia la formulación o reconocimiento formales de parte de una autoridad gubernamental. Con respecto a la Antigüedad caben juicios muy generales, el estado de las organizaciones socio-políticas plantea diferencias de fondo; los métodos de análisis reflejan las discrepancias; los instrumentos conceptuales no pueden ser los mismos; por ejemplo "la democracia" ateniense marginaba del status de ciudadanos a no menos de las 9/10 partes de la población total de la ciudad-Estado (los grupos eliminados de la ciudadanía estaban compuestos por los metecos, los ilotas y los esclavos) y 39 mil ciudadanos de 240 mil habitantes poseían los derechos políticos; los conceptos adquieren un matiz relativo y en la inteligencia de esas limitaciones, delinearemos un perfil muy panorámico:

LA ANTIGÜEDAD.-

En general, la Era se caracterizó por la profesión sumamente restringida de algunos valores; es imposible referir la existencia de derechos universales, antes al contrario, prevalecía una estratificación social y por tanto de status jurídico muy pro

nunciada; prácticamente ninguna comunidad cultural importante se sustrajo a esa determinación. Aparte de eso, hubo potestades con- substanciales a la persona humana objeto de desprecio por parte - del monarca, tal es el caso de la libertad religiosa en organiza- ciones con carácter teocrático, como la hebrea. En particular la situación en cada sociedad nos merece los siguientes juicios:

En la India, se forjó una cultura a partir de dos razas, los Drá- vidas autóctonos y los Arios invasores y conquistadores; el pro- ducto natural es un sistema de castas en detrimento de la más e- sencial igualdad; sin embargo el gobernante se somete a un orden moral espontáneamente, orden que se erige como la medida de su le- gitimidad; la sanción a un déspota es ultraterrenal: El infierno (leyes de Manú). El plano ético prescribe la necesidad tanto de - libertades fundamentales como de virtudes para ejercerlas con sa- pientia; la libertad sin virtud es un veneno que consume el alma; este es un concepto muy no noble y profundo e involucra a la co- rrelatividad del derecho y el deber. Las libertades y virtudes se- ñaladas por Buda y Manú, conservan un pleno sentido en el hombre presente, son las siguientes:

(liberación)	de la miseria
	de la explotación
LIBERTADES	de la violencia
	de la violación o deshonra
	de la muerte y enfermedades tempranas
	Ausencia de intolerancia
	Compasión por el prójimo
VIRTUDES	Sabiduría
	Libertad de : pensamiento
	conciencia

VIRTUDES- Liberación del medio
de la desesperación
de la insatisfacción 19

Adviértase que las libertades de pensamiento y conciencia figuran entre las virtudes, por representar en estas corrientes filosóficas un estado interior del espíritu humano, y no la ausencia de una coerción exterior.

En China no era relevante la noción de derechos, sino la de deberes; cada ser humano pensaba en términos de deber y no de facultad, reparaba en los dictados de la ética en relación a sus vínculos primordiales que eran cinco, a saber: entre súbditos y soberano; entre padres e hijos; entre marido y mujer; entre hermano mayor y menor; entre amigo y amigo. El cumplimiento de deberes lleva implícito el respeto por los derechos, son dos magnitudes complementarias. por lo que respecta al Estado destacan dos poderes de primer orden e indivisibles; la resistencia a la opresión y la rebelión contra una autoridad impía; el derecho moral a oponerse a un gobierno tiránico fue ejercido varias ocasiones para derrocar dinastías que habían devenido corruptas, era de hecho el puente entre dinastías sucesivas.

Moralistas como Confucio enfatizan en la función de servicio que el monarca debe al pueblo, la vigilancia de sus intereses; decía Mencio (filósofo confuciano): "El pueblo es de primera importancia. El Estado es de menos importancia. El soberano es el de menor importancia".

Lamentablemente los dos sistemas éticos; hindú y chino, si bien revelan una concepción muy profunda y fundamentada de los

derechos del hombre están desprovistos de otra garantía que no sea la convicción, a veces comulgada, a veces desdeñada; no hay en síntesis, un medio efectivo para proveer al respeto de los derechos humanos, una vez que han sido violados.

En Grecia, cuna y cumbre de la cultura occidental, el estado de los bienes esenciales de la persona, ofrecía un drástico contraste, particularmente en Atenas, donde se sucedieron la monarquía, la oligarquía y la democracia; era notable la práctica de las libertades políticas en el siglo de Pericles y aún mucho después, pero ésa madurez para el ejercicio del gobierno mucho de merita con el tratamiento discriminatorio dado a los extranjeros, y peor aún, a los esclavos. Una comunidad que lleva la institución de la esclavitud hasta el grado en que lo llevó la griega, naturalmente que no ha comprendido el sentido más universal de la libertad humana. En relación a Esparta, prototipo de la ciudad-Estado totalitaria. sería inacabable la lista de libertades conculcadas. El aspecto más favorable es, sin duda, las incipientes formulaciones de la igualdad natural que han servido de antecedente a las actuales teorías; la concepción de un orden natural preexistente, suprallegal y fuente de toda validez, fue deducida de las más variadas argumentaciones, desde el mero fenómeno de la fuerza (Trasímaco) hasta un orden divino e inmutable ("leyes no escritas" de Sófocles). Por otra parte, hace falta decir que los postulados de una igualdad originaria de la especie humana no se reflejaron en los hechos políticos. El gobernante no ignoraba su obligación

de servicio al pueblo, tan bien expresada por Isócrates.

En Roma las cosas no mejoraron del todo, subsistió la esclavitud sistematizada, no obstante sangrientas rebeliones como la de Espartaco (72 a.C.). La cultura latina, que nos heredó como principal bien cultural la vasta tradición del Derecho romano, no fue precisamente artífice de los derechos humanos, y sus instituciones jurídicas tan perfectas y efectivas pertenecen al Derecho privado y no al Derecho público al que pertenece la tradición presente de los derechos del hombre: en lo que a la doctrina hace. -- los estoicos entre los que destaca Séneca. Cicerón y Marco Aurelio el emperador Antonio, sostuvieron con más firmeza y claridad. la existencia de una igualdad esencial entre los hombres; son palabras de Ulpiano: "Por lo que atañe al Derecho Natural todos son iguales". Durante el reinado de Octavio Augusto nace Jesucristo y en los años posteriores a su muerte sus ideas de piedad y dignidad connatural a todos los hombres fueron propagadas desde el -- Asia Menor hasta Roma gracias a los apóstoles y sus sucesores, para que terminara por difundirse alrededor del Mare Nostrum y se convirtiera finalmente en el medio de unidad cultural de toda Europa. Ejemplo contemporáneo de una libertad conquistada es la religiosa proclamada por el edicto de Milán del año 313 d.C. que -- dispone la tolerancia de credos. En resumen, en toda la Antigüedad nunca hubo ni Constitución, ni Declaración de derechos, ni Estado de Derecho, ni nada que se le asemejara.

Convencionalmente se señala el término de la Edad Anti-

gua y el principio del Medioevo en la caída de Roma en el siglo V d.C. a manos de las invasiones germánicas. Sobreviene en Occidente una Era de caos y zozobra que se prolongó hasta el siglo VIII en el que el Feudalismo naciente, junto con la Iglesia, se consolida. En ese contexto se gestan cambios muy significativos en diversos reinos.

Europa apenas se asienta asumiendo políticamente la estructura feudal, caracterizada por la descentralización del poder, la fragmentación del territorio en demarcaciones que económicamente son autosuficientes (estado de autoproducción y autoconsumo) y que se denominan feudos; políticamente poseen cierta autonomía; - el monarca es considerado como un "primus inter pares". El contrapeso de éstos factores disociativos lo constituye la unidad cultural substancial que penetra a las murallas de los feudos, tal unidad es presidida por toda una tradición heredada; el latín se convierte en el depósito de la cultura occidental; el Cristianismo - con su doctrina humanitaria y la autoridad papal consolidada, impone al espíritu a la introspección para conciliar la fe con la razón.

Las principales naciones de Europa se gestaban apenas - bajo sus propios procesos históricos. Inglaterra con el establecimiento de los anglos, los sajones y los jutas (pueblos germánicos en el siglo V), y contando ya con la influencia de los romanos - que arribaron mucho antes a la isla, adquiría lentamente su unidad; todavía en el siglo XI los Normandos invaden Inglaterra y la

conquistar al mando de Guillermo el Conquistador; en ese convulso ámbito político, agravado aún más con la instauración de los Plantagenet, comienza a madurar un orden tradicional de libertades de los súbditos frente a su soberano. Francia a su vez, iniciaba una unificación territorial, en la que la dinastía de los reyes Capetos asumiría la autoridad central. Antes del advenimiento de los Capetos, el reino heredado de Carlo Magno estaba desmembrado y, apenas adquirió cohesión la monarquía, se crearon los primeros órganos políticos entre los que destaca de modo preeminente los Estados Generales, asambleas o reuniones de los tres grupos constitutivos de la nación; el clero, la nobleza y el llamado tercer Estado que aglutinaba a los siervos y burgueses. Surge y evoluciona, tanto en Francia como en Inglaterra, el Derecho Cartulario, conjunto de disposiciones que regulan el status de distintas clases así como la relación que éstas guardan con el soberano; representan una limitación de la autoridad del rey frente a sus súbditos, con el consecuente reconocimiento de algunas libertades fundamentales. Integran al Derecho Cartulario, actos y documentos como las franquicias, inmunidades, y privilegios, cartas pueblas, mercedes y salvoconductos, que tienen como denominador común ser concesiones del poder real a individuos en su calidad de miembros de un determinado estamento, eran por lo tanto privilegios corporativos más que derechos subjetivos generales; siguiendo a García Ramírez observamos las diferencias básicas entre las franquicias medioevales y las libertades actuales; en re-

lación al contenido hay una diversidad notable entre nuestros derechos y los del Medioevo, las situaciones previstas en el presente son abstractas y generales, las franquicias en cambio definen situaciones concretas y particularizadas; la apreciación o consideración del sujeto es antitética, en el presente el hombre, por el hecho de serlo posee derechos universales, en la Edad Media un individuo es titular de alguna potestad por su inserción en un grupo social determinado; las formas de manifestación del orden normativo son diferentes también, ahora presenciamos la hegemonía del Derecho legislado, en aquél entonces el Derecho Consuetudinario era el que tenía primacía. En realidad son más las discrepancias que las similitudes, que guardan las libertades actuales y las medievales; el rey en aquellos momentos celebraba convenios con algunas partes de la población para reconocer prerrogativas muy específicas y además se afianzaba ese estado de hecho en la tradición, para después devenir costumbre jurídica; frente a estas discrepancias respecto del Derecho actual, surge la principal semejanza, la idea de restricción del poder gubernamental, mediante el otorgamiento de libertades aunque sea a grupos privilegiados; es el germen del Estado de Derecho envolviendo de modo incipiente la sujeción del poder estatal.

Pero el Derecho Cartulario marca precisamente el fin de la etapa preconstitucional, para ingresar en una lenta transición a la constitucional. Antes de dar término a la etapa expuesta, -- conviene hacer la caracterización definitiva de la situación en --

el siglo XIII. Los derechos humanos existen muy primitivamente, son privilegio exclusivo de algunos sujetos en el siglo XII, miembros de estamentos. La tradición y las prácticas consuetudinarias consagran algunas libertades fundamentales que ascienden a la calidad de facultad jurídica, con la consecuente obligatoriedad asistida de la fuerza. El poder del soberano se restringe al observar respeto a la tradición de libertades. No hay sin embargo ninguna declaración o catálogo de derechos, y mucho menos una Constitución en el sentido formal de la palabra. Lo más importante es el hecho de la vigencia de los derechos del hombre, una vigencia espiritual inspirada en el Cristianismo, y una vigencia empírica, manifiesta en la profusión de costumbres y tradiciones que regulan la organización de la comunidad y las relaciones del soberano y sus súbditos. La vigencia de los derechos, espiritual y empírica, está compensada por su atribución discriminatoria o corporativa y por su falta de efectividad; el contenido, por último, está circunscrito exclusivamente a los derechos políticos y civiles.

Etapa Constitucional. - Es arbitraria la determinación de un momento preciso de inicio de esta etapa, pero los antecedentes más distantes tienen lugar en Inglaterra durante el siglo -- XIII, con la promulgación de documentos que establecen una forma de gobierno y delimitan las atribuciones del poder público respecto de los ciudadanos. El proceso histórico de los derechos humanos ha pasado, de la poca significación del hombre frente a los Estados dominadores de la Edad Antigua, a la existencia de un or-

den jurídico consuetudinario en la Edad Media que regula algunas libertades privilegiadas; ahora la transición consiste en convertirse la tradición y las costumbres en normas escritas y legisladas que el rey acepta como un cauce para el ejercicio de su autoridad. Se pueden referir infinidad de cuerpos legales en los que lo normal se ha convertido en normativo como ha dicho Jellinek, y para sólo ilustrar parte de esa proliferación procedemos a la ~~enumeración~~ en orden cronológico de algunos ordenamientos:

- a) Leyes leonesas de 1188, España, Alfonso IX;
- b) La Carta Magna (1215, Inglaterra);
- c) El Magnus Lagaboter Landslor de Noruega en 1275;
- d) La Justicia mayor de Aragón de 1287;
- e) El Juramento de Rutli o Acta de Independencia Suiza de 1291;
- f) Las siete partidas de Alfonso X de 1275, que en el segundo de sus siete capítulos demarca las atribuciones del rey y los funcionarios, etc.

Es interminable el enlistado de ordenamientos, sólo los fueros y las cartas pueblas provenientes de España, "su número excede sin duda de 1000"; ~~explicamos~~ explicamos su abundancia en razón de su propia naturaleza, dado que son los documentos que regulan "la vida colectiva de los habitantes de una determinada localidad". Es, visto lo anterior, innecesario proseguir con la ejemplificación. Sin embargo todas las leyes y demás fuentes formales tienen características esenciales comunes; constituyen en primer término más que actos de creación u otorgamiento, compromisos o pactos entre

el poder monárquico y grupos de una población profundamente estratificada; cada cuerpo de preceptos no hace sino recoger un conjunto de libertades preexistentes, consagradas por la tradición y - que después, con motivo de su formal reconocimiento, adquirirán - mucha mayor efectividad. En cuanto al contenido respecta, la tendencia es clara, los derechos fundamentales se amplían y universalizan por la humanización que la doctrina cristiana ha ejercitado, subsisten no obstante, los privilegios estamentales; el efecto de las declaraciones de derechos contenidas en las leyes no es la - creación, sino la transmisión de las libertades; la expresión correcta es la de compromiso al respecto de derechos preexistentes (sin creación ni otorgamiento).

A título de ejemplificación conviene describir muy brevemente la aparición del documento más importante y representativo de todos, nos referimos naturalmente a la Carta Magna promulgada en 1215 por Juan SinTierra; no es en el sentido técnico de - la palabra una Constitución, pero es la base de la organización - política inglesa y de los derechos esenciales o de los ciudadanos. El orden político de Inglaterra, se ha dicho que participa de la monarquía, de la aristocracia y de la democracia, cada modelo encuentra su expresión en un órgano particular; así el rey representa la monarquía, los lores encarnan la aristocracia y los comunes finalmente asumen la representación popular; en medio de estas - instituciones evolucionó el pueblo anglosajón desde la caída de la conocida como heptarquía anglosajona que claudicó con la unifi

cación de los Estados independientes bajo la superioridad del reino de Wessex. Hasta el siglo XI se verifica el antecedente más importante de la Carta Magna; después del arribo y conquista de los Normandos en 1066, Enrique I nuevo rey, el día de su coronación - en 1100 expide la "Carta de libertades" de 14 artículos que definen algunos aspectos primordiales de las funciones del monarca y su relación con la Iglesia, así como un supuesto otorgamiento de libertades, que, repetimos, tuvo más bien el carácter de confirmación. Sobreviene después un intervalo de más de un siglo en el que proliferaron diversas franquicias de menor relevancia, hasta el reinado de Juan Sin Tierra que con su gobierno despótico precipitó las circunstancias para la creación de un orden de libertades. Juan Sin Tierra se coronó en 1304, al poco tiempo intervienen con los monjes de Canterbury para designar al sucesor primado de la Iglesia que recién había fallecido; los religiosos se oponen a la imposición del rey, y trasciende el conflicto hasta el papa Inocencio III que se pronuncia por el respeto a la libertad de la Iglesia; la rebeldía de Juan Sin Tierra le valió la excomunión y aparte la exoneración a sus súbditos de la obligación de obedecerlo; contemporáneamente a ese conflicto el rey emprendió una campaña militar contra Francia para recuperar antiguos territorios que ahora Francia poseía; Juan Sin Tierra se sirve para la conquista, de la imposición arbitraria a la comunidad de fuertes impuestos que aumentaron contra él un odio que ya inspiraba previamente. Juan Sin Tierra en su campaña continental consiguió el

perdón del Papa, regresa a Francia y en Bouvines pierde la guerra ante Felipe el Hermoso, rey de Francia. A su retorno a Inglaterra decepcionado, y vengativo contra la nobleza y el clero afronta un levantamiento de varones, clero y pueblo en general; se ve en la necesidad de firmar, en una memorable isla del río Támesis "Runnymede", la Carta magna el 15 de Junio de 1215, que consta de 60 artículos y redtablece en ellos una regulación efectiva del poder real, así como garantiza también el cumplimiento de las libertades fundamentales. La trascendencia del hecho es el cambio histórico imprimido a los derechos humanos hasta ahora sólo políticos y civiles, derechos caracterizados por su preestablecimiento y -- creciente generalización.

En las condiciones descritas concluye la Edad Media y -- arriba el Renacimiento en que se afianza la soberanía del Estado, se centraliza el poder, y principia la decadencia del Feudalismo; las monarquías alcanzan su más floreciente expresión, en las personas de Carlos V, Felipe II, y posteriormente Luis XIV el rey -- sol, Isabel I, etc. Un producto político de la tendencia de la -- monarquía a consolidar su autoridad es el despotismo ilustrado y el absolutismo, resumidos en el aforismo "para el pueblo, pero -- sin el pueblo". En el ámbito económico Europa transita por el mercantilismo en todas sus variadas formas; declina la organización medieval del trabajo y la producción, esto es los gremios y las -- guildas que habían degenerado enormemente, pues, si en la Edad Me -- dia fueron un medio eficaz para coordinar la producción y evitar

la competencia ruinosa, y principalmente para defender la libertad económica de la industria y la propiedad privada, ahora sólo monopolizaban dinásticamente los talleres. Todas las expediciones del Viejo Mundo (Magallanes, Colón, Las Cruzadas, Marco Polo) determinaron la apertura de nuevas rutas comerciales, la extensión del mercado subsecuente, y todo redundó en última instancia, en el ejercicio de una fuerte presión de la demanda sobre la oferta; eran por lo tanto imperativos los cambios en la estructura social y económica; el que más nos interesa es el ámbito político, la relación del gobernante con el gobernado. En las formas estatales de los siglos XVI y XVII la autoridad se expandió hacia el interior absorbiendo las libertades del individuo, el poder creció en detrimento de la autonomía del ciudadano; al exterior, la víctima fue la iglesia, se debilita la autoridad Papal y cesa la unidad eclesiástica, el movimiento de reforma con Calvino y Lutero y el rompimiento de Enrique VIII con el Vaticano, son hechos decisivos que escinden religiosamente a Europa, antes unificada por el Cristianismo que ahora se fragmentaba. Los hechos dignos de comentar en estos momentos de metamorfosis histórica acontecen en Inglaterra durante el siglo XVII. El poder real pugnaba con el Parlamento, órgano de representación popular; cada atrocidad del poder público era sucedida de un esfuerzo por reivindicar la libertad transgredida; el proceso dialéctico soberano Parlamento finalmente halló expresiones normativas. El primer incidente importante tuvo verificación durante el reinado de Carlos I; la autoridad

real consumó persistentes violaciones a los derechos reconocidos - en la Carta Magna, la población civil no tardó en reaccionar, Sir Edward Coke prestigiado juez inglés elaboró un documento de nombre Petition of Rights, que contenía una enérgica reclamación al rey por la conculcación del orden establecido en el Common Law y a la vez demanda el reestablecimiento del orden infringido; el Petition of Rights es asumido por el Parlamento que en tono de exhortación y protesta lo dirige al rey; y con la intervención parlamentaria el acto adquiere una forma obligatoria, el rey responde favorablemente al requerimiento del Parlamento, y en el año de 1628 queda perfeccionado el Petition of Rights. Su contenido es - muy sencillo, se resuelve en una solicitud de confirmación y respeto de los derechos políticos y civiles afectados por actos del poder real. El siguiente precedente importante es la expedición del Acta de Hábeas Corpus en 1679 por el Parlamento con motivo de la detención y la negación de libertad a un ciudadano inglés, de nombre Hampden, junto con otros compatriotas por resistirse al pago de un gravamen que el Parlamento nunca reconoció; el Hábeas Corpus era un procedimiento substanciado ante un juez para que éste calificase la legalidad de las causas de una aprehensión; el acta tiene importancia por constituir la elevación al plano constitucional de un sistema de garantía de derechos substantivos, y que con anterioridad, poseía sólo un carácter consuetudinario. El último documento es el Bill of Rights que el Parlamento de nueva cuenta y el Príncipe de Orange recién ascendido al trono, pactan

en 1689 para delimitar las atribuciones del poder real, ahora significativamente reducidas con el reconocimiento y declaración de libertades adicionales al Common Law que antes no estaban incorporadas; en otras palabras, fue una ampliación de las libertades fundamentales con la correlativa restricción de la competencia de la autoridad real. Hasta aquí los hechos importantes en el siglo XVII, que atestiguó no sólo la expansión de los derechos humanos, sino también la creación de medios de garantía para convertir la declaración en realidad, pero todo como consecuencia de la aparición y gradual desenvolvimiento del constitucionalismo basado en una instancia representativa (el Parlamento).

Los pasos históricos relevantes que prosiguieron a la segunda mitad del siglo XVIII, son la expresión más acabada de la constitucionalización de los derechos del hombre; son dos sucesos políticos contemporáneos. Y nos referimos naturalmente a la declaración francesa de 1789 y al movimiento de Independencia de los Estados Unidos declarada en 1776. Las fuentes del pensamiento que presidió a cada revolución parecen ser afines, las corrientes filosóficas del siglo XVIII, así como condiciones económicas particulares, favorecieron la consumación de los dos movimientos; cronológicamente corresponde tratar primeramente la Independencia de las 13 Colonias, por lo que siguiendo ese criterio nos avocaremos primero a su examen.

La Independencia de las colonias se hizo preceder de todo un influjo de pensamiento y doctrina política; existe una fuer

te polémica en relación al auténtico origen ideológico. En la pasada centuria y en la presente, la perspectiva de los acontecimientos sufrió múltiples variaciones, el debate más enconado lo protagonizaron Jellinek y Boutny, ambos inspirados por cierto nacionalismo. Jellinek sostiene que el origen de las declaraciones americanas nada tiene que ver con el Contrato social de Rousseau; la fuente determinante es el protestantismo de la población inmigrante, influida secundariamente por Locke, por lo que el impulso fue siempre religioso y no político, además la declaración francesa se inspira en la independencia de los E.U. Merecen una mención especial todas las contribuciones hechas por Tomas Paine autor de la inmortal obra "Los derechos del Hombre", en la que observa que "un gobierno representativo es libertad", y que la democracia por sí misma no garantiza los derechos humanos, el Parlamento también puede ser despótico. Por otra parte los derechos a que aspira el hombre, según los colonos en vista de la declaración de independencia, son "derechos seculares, racionales, universales, individuales, democráticos y radicales". El contractualismo hace suponer a su vez que el ser humano en su estado natural presocial posee un complejo de derechos, después él y otros congéneres convienen asociarse estableciendo una comunidad a la que van a llevar sus derechos innatos, de tal suerte que esa autonomía individual preestatal se subdivide; el sujeto para subsistir comunitariamente tiene que renunciar a parte de su autonomía frente al gobierno, pero retiene otro tanto de derechos y libertades; por lo que los dere--

chos se clasifican en relación con el individuo en: retenidos, in transmisibles y en renunciados transmisibles. Quedan esbozadas su superficialmente algunas de las ideas dominantes en el preludeo de la independencia.

Recordamos que las 13 colonias independientes de la corona británica fueron fundadas en el siglo XVII, y su detentación de una amplia autonomía respecto de Inglaterra se amnifestaba en su orden normativo; existían las Cartas constitucionales, cada colonia tenía la propia, eran otorgadas por el rey sobre la base - previa de un contrato de colonización entre los emigrantes; el objecto de la Carta constitucional era la institución de un régimen político y una organización administrativa determinados; como ejemplo citamos el caso de la Carta de colonización otorgada a - Rhode Island en 1663 y que fue su Constitución hasta 1842 una vez consumada la independencia. La imposición de medidas gravosas y opresivas de parte de Inglaterra dió lugar a la determinación de - Independencia en el año de 1776, propósito que se expresó en el acta de independencia del mismo año. Después de la declaración, - los Estados libres y soberanos, antes colonias, se unieron en una confederación, pero conservando su autodeterminación; el Acta de Independencia careció de cualquier declaración de derechos, sólo cumplía con dos objetivos fundamentales: Uno, el establecimiento de un plan de gobierno, creando una débil superestructura por encima delos poderes estatales; y la segunda finalidad era la justificación y aviso de la independencia. Es hasta el año de 1787 en

el que los Estados, apenas reunidos en una confederación, crean - al fin un nuevo Estado de carácter federal mediante la Constitución de Filadelfia; tampoco tenía declaración de derechos, sólo figuraba el plan of government; más en cambio en el plano estatal desde la promulgación de la independencia existían las declaraciones de derechos; la Constitución de Virginia de 1776 fue la primera en contar con parte dogmática; el fenómeno era natural, vista la autonomía de los Estados, el respeto y la vigencia de los derechos del hombre concernían al poder estatal que era el único que mantenía el contacto con el individuo. Ahora bien, a nivel federal es hasta el año 1791 cuando se añade el Bill of Rights, o - sea la declaración de derechos, mediante 10 enmiendas que garantizan diversos valores fundamentales. La primordial importancia de esta declaración de derechos estriba en haber culminado al fin el proceso constitucionalista con n orden constitucional formal, supremo y tutelar de los derechos del hombre.

El evento político complementario en el desarrollo del constitucionalismo lo es la Revolución Francesa con su declara-ción de 1789; el constitucionalismo entraña profundamente todo un ideario político con principios fundamentales de indiscutible vigencia; primeramente implica la idea de institución de un poder - político por la voluntad colectiva del pueblo; toda sociedad civil tiene el inalienable derecho a la autodeterminación; la soberanía que envuelve ésa autodeterminación colectiva radica originariamente en el pueblo, su único titular; la autoridad estatal es

una instancia creada por decisión de la comunidad, sin embargo, dada la imposibilidad de un directo autogobierno por la hipertrofia de las naciones actuales, se impone la necesidad de la técnica denominada representación política, por virtud de la cual el pueblo ejercita indirectamente su soberanía a través de un cuerpo investido con poder constituyente para crear un orden normativo superior conocido como constitucional; que tiene como contenido: la creación y organización de los poderes públicos por una parte, y por otra, la reserva y garantía de todo un espectro de libertades inviolables del particular frente a los órganos del Estado. Toda la teoría constitucional que hilvana las abstracciones antes reproducidas, y lo que es quizá más importante aún, la pulcra ejecución de las ideas, son un legado sublime e inmarcesible a la historia de la humanidad de la Revolución francesa y su declaración de Derechos del Hombre; no podemos ignorar que el mérito de esta invención política comparable con la creación de la misma imprenta es al menos compartida por el constitucionalismo norteamericano; pero en realidad, y así lo asientan grandes tratadistas, la declaración francesa tuvo mayor repercusión, mayor resonancia en la comunidad internacional contemporánea. Determinar los antecedentes históricos y filosóficos de la Revolución francesa opone sin duda más de una dificultad, las controversias en torno a los componentes del ideario político francés y las causas de la revolución revelan la complejidad del problema; ya comentamos la política de Jellinek-Boutny respecto a las fuentes de la declaración,

mientras el primero se inclina por la doctrina de Locke y el protestantismo cristiano, el segundo da prioridad al enciclopedismo francés y especialmente a la teoría contractualista de Juan Jacobo Rousseau, así como también a las ideas de Montesquieu sobre la división de los poderes; seguramente ambos tenían parte de razón, la teoría dominante en la actualidad es la de la multiplicidad de las fuentes; todavía se pueden añadir otras tantas corrientes de pensamiento de influencia no menos importante, aunque no tan inmediata, por ejemplo el humanismo renacentista con su concepción antropocéntrica del universo y su revaloración de la cultura clásica (a la que pertenece la democracia ateniense). Ahora bien, como causas de la revolución no resulta menos arbitrario menospreciar todo un cúmulo de causas próximas y mediatas, a saber, el mismo humanismo del renacimiento, la reforma, el enciclopedismo francés, el empirismo inglés, el liberalismo económico, la independencia de las 13 colonias, sin desconsiderar por supuesto ya no las fuentes de pensamiento, sino las condiciones históricas concretas que precipitaron y estimularon la cristalización de las ideas, es el caso del estado irritante provocado por los abusos del absolutismo, la grotesca desigualdad en la distribución de la riqueza, el régimen de privilegio de la nobleza y el clero, el impulso creciente del tercer Estado o burguesía que busca más libertad económica, etc.

El desarrollo de los hechos que desembocaron en la declaración tuvo principio en el clima general de descontento contra Luis XVI; hacía más de un siglo que él no convocaba a los Es-

tados Generales, órgano que, en contraste con el parlamento inglés, perdió paulatinamente sus atribuciones frente a un expansivo poder monárquico; el rey fue presionado a convocar a los Estados Generales, finalmente lo hizo para el 1º de mayo de 1789: los Estados Generales aglutinaban diputados del clero, la nobleza y la burguesía; la apertura de sesiones de la asamblea tuvo lugar el 15 de mayo de 1789 en Versalles, la integraban 1145 diputados, 291 del clero, 270 de la nobleza y 584 del tercer Estado; la intención originaria de la asamblea bien pronto quedó superada, erigiéndose el 17 de junio en Asamblea Nacional Constituyente; el propósito era claro, sentar las bases de un nuevo orden social, económico y político. Durante los trabajos de la asamblea, en medio de una subversión generalizada; el 14 de julio estalla la revolución con la toma de La Bastilla (se presentaron innumerables proyectos de declaración de derechos ante el seno de la asamblea), la asamblea, que ya había comenzado sus trabajos, se proponía ante todo la limitación del poder público, consagrando un conjunto de derechos fundamentales ya abstractos en favor de los ciudadanos. Sólo por mencionar algunos proyectos enlistamos los siguientes señalando el autor y la fecha de presentación del proyecto: - el de Lafayette del 11 de julio, el de Creniére del 1º de agosto, los de Sieyès de 20 y 21 de julio, de Mounier de 27 de julio, de Thouret del 1º de agosto, el del comité de los cinco de 13 de agosto; sin embargo fue el proyecto de la VI comisión el que se constituyó en objeto del debate por sufragio del 19 de agosto; final-

mente el 29 de agosto de 1789 la asamblea constituyente promulga la "Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre"; consta formalmente de éstos elementos: un preámbulo y 17 artículos, que heredan toda una larga tradición de lucha del ser humano por su libertad; la sabiduría filosófica cristaliza en definiciones racionales de derechos fundamentales, que servirían como un dique al poder del Estado; la declaración contiene, decíamos, definiciones racionales, solemnes y abstractas de las libertades individuales. Porque la declaración tiene carácter individualista, en lo filosófico el hombre individual es la realidad fundamental, en lo económico se protege una propiedad privada absoluta, en lo político la sociedad está al servicio de los individuos; en cuanto al contenido concreto la declaración sustenta una tesis vigorosa, reseñada en aquella leyenda de la revolución francesa: "igualdad, libertad y fraternidad"; se proclaman derechos esenciales al hombre, de valor absoluto cuya adquisición y pérdida sólo se producen por el nacimiento y la muerte respectivamente; el sujeto individual deviene eje del mundo, al margen de su pertenencia a cualquier grupo social; todos los seres humanos son iguales ante la ley, y su libertad es un bien sagrado. Los derechos asumen un carácter inalienable, imprescriptible, innato, universal, son inherentes al ser humano, y en términos de Schmitt son "anteriores y superiores al Estado" que sólo se limitan a reconocer lo que ya existe. La Asamblea Constituyente en la declaración afirma su inspiración divina, al decir que fue hecha "en la presencia y bajo los auspi-

cios del ser supremo".

Cabe hacer una observación, la Asamblea no elaboró la primera Constitución sino hasta dos años después de la Declaración, el 3 de septiembre de 1791, en un acto constituyente distinto, en el que de modo explícito la Constitución confirma y garantiza los principios de la Declaración; sucesivas constituciones francesas modifican, amplían y reproducen el catálogo de 1789 como: la de 1793, la de 1814, la de 1830, la de 1852 que "reconoce, confirma y garantiza" los principios proclamados en 1789, o bien, la vigente de 1958 que se adhiere expresamente a la Declaración. Se suscitó una gran polémica con la Constitución de 1875 que careciendo de declaración, tampoco invocó la de 1789, autores como Diguit alegaron la supracostitucionalidad de la declaración prevista de un carácter inabrogable, razón por la cual estuvo vigente durante la omisa Constitución de 1875; el argumento sería la intemporalidad de los derechos fundamentales reunidos en el enligado, y además se considera el hecho de que la declaración precedió a la Constitución de 1791 emitida en un acto constituyente diverso e independiente del que promulgó la citada Constitución, en consecuencia, la abrogación de la ley fundamental de 1791 no afectaría la vigencia de la declaración de 1789. La posición opuesta es defendida por tratadistas de la talla de Carré de Malberg y Laferrière que aducen que la declaración, si formaba parte de la Constitución de 1791, seguía su misma suerte y habría sido abrogada; si no formaba parte, simplemente nunca surtió efectos obli-

gatorios y tenía una naturaleza meramente declarativa, aparte es inaceptable la existencia de un poder supraconstituyente en la Asamblea de 1789 por sólo haber redactado el catálogo. En fin, al margen de la discusión, es obvia la trascendencia de la Declaración al dar lugar a una corriente libertaria que terminó por plagarse en casi todas las constituciones del siglo XIX, estableciéndose de entonces en adelante un estado de Derecho en una acepción de la palabra todavía vigente hasta nuestros días el objeto de toda asociación política sería la conservación y tutela de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.

A lo largo del siglo XIX la tendencia dominante fue insertar una declaración de derechos en los textos constitucionales (como la belga de 1831), con lo que se confería expresamente a los derechos humanos un carácter positivo y estatal. Por otro lado, era notable, desde la Revolución Francesa y la Independencia Norteamericana, la extensión del contenido que se rompió con la estructura feudal de los estamentos, y los derechos se universalizaron; nominalmente se había alcanzado una plena igualdad y se profesaba un culto a la libertad en todas sus manifestaciones; he mos arribado a la concepción del Estado gendarme circunferido en sus funciones a la vigencia del orden o garantía de la libertad económica, a la seguridad exterior de la nación y acaso a la educación; pero su principal cometido era la abstención: el ideal del liberalismo económico había encarnado en la realidad, y el re medio a los males del absolutismo no demoró en convertirse él mis

mo en otro mal; hacemos nuestras las palabras de Walter Montenegro al afirmar que "las posiciones políticas tienden a estabilizarse y estratificarse a medida que avanzan en el tiempo... el revolucionario de hoy es el conservador de mañana. No a fórmulas de eficacia permanente. Las que más pueden aproximarse a una especie de permanencia son las que empiezan por admitir que no hay nada permanente, y que por ende están dispuestas, a sacrificar la rigidez dogmática de sus principios y posiciones para adaptarse a las nuevas circunstancias" 23 El aforismo transcrito no podría ser más aplicable al caso que nos ocupa. Las condiciones sociales, económicas y políticas se habían transformado radicalmente con la Revolución Industrial que sucedió a la Revolución Francesa y con el libre juego de "las leyes económicas naturales" de Adam Smith que bien pronto procrearon la desigualdad y la miseria; la libre iniciativa, la competencia, la oferta y la demanda y la pasividad del Estado, fueron factores suficientes para encumbrar a una burguesía de creciente poderío, dueña de las nuevas unidades industriales y de comercio, no sin hundir a gran parte de la restante población en la penumbra de la pobreza y la injusticia social. Aquella igualdad ante la ley preconizada por los constituyentes de 1789, exhibía con crudeza todas sus debilidades ante un régimen económico como el capitalismo que se servía de la libertad para implantar impunemente la explotación; en efecto, el hombre asalariado en la nueva factoría, el obrero, era libre, libre de morir de hambre, como libre era el dueño del capital, libre de explotar

implacablemente al trabajador. La igualdad ante la ley era una igualdad apenas formal, declarativa; "la mano invisible" de Adam - Smith, que debía organizar la sociedad, se había posado en la yugular del hombre desposeído estrangulándolo en medio de la opresión y la pobreza. No se hicieron esperar las protestas; el siglo XIX es un siglo convulsivo, presencia cruentas revoluciones sociales, la lucha denodada de las masas asalariadas por conquistar una igualdad ya no formal, sino real, efectiva; el capitalismo abg tencionista, da paso al reglamentista; el Estado se ve en la necesidad de intervenir para menguar el poderío de todas las concentraciones monopolistas de capital en manos de unos cuantos; bajo el acicate de la injusticia social aflora la noción de derechos económicos y sociales o libertades positivas como se ha dado en llamarles. Las libertades negativas contenían una abstención del Estado, la obligación de los órganos gubernamentales de no interferir en el espacio reservado exclusivamente a la persona individual; pero se trataba de imputar al Estado la potestad y la obligación de intervenir en favor de los grupos económicamente impotentes frente a los prepotentes (usando la terminología de Radbruch); el contenido del conjunto de las libertades positivas es la provisión de medios y condiciones al hombre para el desarrollo de su personalidad; nada vale la libertad sin un bienestar mínimo que la respalde. A partir de ahora la atención se va a centralizar en la instauración de una igualdad de oportunidades y de distribución de la riqueza, substantiva y no nada más formal, es

decir, una extensión y profundización de la igualdad ante la ley. Los derechos sufren aparente restricción, se ha perdido alguna libertad, pero adquieren un enriquecimiento inapreciable, hasta ahora se elaboran las imprescindibles condiciones materiales que posibilitan el ejercicio de los derechos civiles y políticos.

Es justo reconocer el enorme mérito del socialismo en todas sus vertientes, la utopista con Owen, Blanc y Fourier; el socialismo de Estado personificado en Lasalle, Rodbertus y Adolfo Wagner; y sobre todo la dirección científica, el marxismo, que dividió políticamente al mundo acarreado importantes consecuencias para los derechos humanos. La nueva concepción de los derechos del hombre, mucho más virtuosa que la precedente, se manifestó en diversos órdenes constitucionales en mayor o menor tiempo; en la Constitución Francesa de 1848 se hace alguna alusión a los derechos económicos y sociales; se promulga en el mismo año en Alemania la tabla de derechos que no se desentiende del todo de las libertades positivas; pero es propiamente hasta el siglo XX y concretamente en 1917, en Querétaro, cuando por primera vez en la historia un Congreso Constituyente consagra todo un catálogo sistemático, incluyendo en la Constitución promulgada derechos civiles y políticos por una parte, y además derechos económicos y sociales; la totalidad de esas libertades se concilia en una unidad armónica, en la que el hombre es considerado en su dimensión real y concreta, y no abstraído de sus circunstancias. Con posterioridad proliferan los documentos constitucionales con derechos sócia

les, verbigracia la Constitución de Weimar en 1919, la Constitución de España de 1931, la de Italia de 1947 (antes existía la Carta di lavoro en 1927 que organizaba los sindicatos corporativos fascistas, la de URSS de 1936, etc). Alcanza madurez en este momento la etapa constitucional. En los años recientes los cambios han sido mínimos, destacan como principales:

- a) La regulación del derecho de asilo;
- b) La constitucionalización de los Partidos Políticos;
- c) El reconocimiento del derecho de huelga;
- d) Regulación de casos particularísimos;
- e) Rechazo de Partidos e ideologías adversas, etc.

La etapa subsecuente es la :

Internacionalización de los derechos fundamentales.- Antes de cualquier otro comentario es oportuno hacer hincapié en el hecho de que las etapas de la clasificación (la preconstitucional, la constitucional y la internacional), si bien tienden a constituir respecto de la anterior un desarrollo evolutivo, no se excluyen mutuamente; y al contrario, siempre coexisten en una superposición o yuxtaposición; en un momento histórico determinado, existiendo ya los tres matices, corresponde hablar del predominio de uno de los Estados; hay entre las etapas relaciones precedencia o preponderancia, pero no de exclusión. En el presente caso, cuando los derechos humanos comenzaron a protegerse internacionalmente, no desapareció la tutela constitucional, de hecho la primera es un complemento de la segunda. Es menos complejo comprender el fa-

nómeno de la garantía mundial de los derechos fundamentales: desde el siglo XIX existía una protección rudimentaria conocida como intervención humanitaria, consistente en que un Estado, unilateral y oficiosamente, interfería en los asuntos internos de otro por la pretendida violación de hechos esenciales. En pleno siglo XV, apenas concluía la primera guerra mundial, se promovió la defensa de las minorías étnicas que están inmersas en alguna nación, concertándose convenciones en el seno de la OIT, provistas de estipulaciones esencialmente exhortativas de diferentes países pero el factor real del movimiento mundial, fue el repudio airado y unánime de las atrocidades que perpetraron los regímenes totalitarios - como el nacional-socialista y el fascista; causó verdadera conmoción en la humanidad entera volver la mirada a los campos de concentración, verbigracia el de Auschwitz, que evidenció la necesidad de un cambio profundo en la conciencia de la comunidad mundial. Sería muy dilatado analizar las causas históricas de los Estados totalitarios, hacemos una particular referencia al positivismo jurídico, que adquirió gran adhesión a fines del siglo pasado, - como consecuencia de trasponer la metodología de las ciencias naturales a la ciencia del Derecho, no se debe de demeritar los importantes logros técnicos del positivismo jurídico, pero menos se debe omitir la severa crítica de cualquier corriente jurídica merece por pretender desterrar o subestimar a los valores el ámbito normativo de las relaciones interhumanas; Brunner, jurista suizo llegó a sostener "el totalitarismo es la práctica política del positivismo jurídico" y que si "la injusticia como violación del orden es mala, como inversión permanente y aprobada del orden justo es insoportable". Una forma original pero extremada del positivismo es el formalismo de Kelsen, que llega a considerar a la norma jurídica como

La manifestación de la voluntad del Estado. Las anteriores concepciones coadyuvaban al engrandecimiento del Estado en detrimento de la persona humana. La Segunda Guerra Mundial sacudió la conciencia del Occidente; fue un grave error olvidar los valores humanos, el precio había sido doloroso; resurgen vigorosamente diversas vertientes naturalistas y termina por entenderse que la protección nacional o doméstica de los derechos fundamentales es insuficiente; viene a ser necesario añadir la ley internacional a la ley constitucional. Terminada la conflagración mundial con la victoria de los aliados, se reorganiza la comunidad internacional bajo los auspicios de la ONU, pero el proyecto de una declaración universal de derechos elementales se gesta en plena guerra; de este modo el 6 de Enero de 1941 Franklin Delano Roosevelt proclama las 4 libertades esenciales del hombre: la libertad de conciencia o credo, la libertad de expresión, la liberación del temor y la liberación de la necesidad; la autoridad moral de que gozan sus palabras predispone la opinión pública a favor de una internacionalización de los hechos en cuestión; el 14 de Agosto de 1941 Churchill y Roosevelt suscriben la Carta del Atlántico donde consignan la autodeterminación de los pueblos y subrayan los atributos esenciales de la libertad individual, 44 naciones se adhieren a la posición asumida; el 10 de mayo de 1944 se emite la declaración de Filadelfia que asienta el derecho de todos al bienestar material y desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad y seguridad económica; uno de los pasos más trascendentales es la suscripción a la Carta de la ONU en cuyo artículo primero punto tres del capítulo de propósitos y principios de la organización se establece la promoción del "desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"; la Carta hace -

muchas otras mociones en relación a los derechos del hombre, pero no los define y mucho menos los garantiza; el Consejo Económico y Social tiene la función de elaborar un proyecto de enlistado o catálogo de derechos, la delega a un organismo subsidiario dependiente de él, la comisión especializada de los derechos humanos, que, en medio de polémica y entusiasmo, entrega el proyecto para su final aprobación por la asamblea, el 10 de diciembre de 1948 - en Chailot, París, por una votación de 48 a favor, cero en contra y 8 abstenciones. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de universalizar los derechos, lamentablemente carece de medidas para ser efectiva, y hasta de obligatoriedad; la Declaración más bien es un manifiesto; los instrumentos compulsivos son las convenciones o Pactos entrados en vigor hasta 1976 al reunirse el mínimo de ratificaciones requeridas; en 1978 el Pacto de Derechos Civiles y Políticos llevaba en total 46 adhesiones; el Pacto de Derechos Sociales y Económicos aglutinaba a 48 adhesiones; los pactos mencionados son el testimonio del esfuerzo internacional por proveer de una tutela compulsiva a los derechos declarados.

El esfuerzo de la comunidad mundial no es monolítico; al contrario, está fragmentado tanto por el ámbito material de la Declaración como por el ámbito de validez geográfica. Hablamos de los fenómenos del regionalismo en el sistema de garantía de los derechos y de las declaraciones especializadas. La convención regional complementa, substituye y enmienda a la convención univer-

sal; parte del hecho de una mayor afinidad de los Estados signatarios de la convención regional, y obedece a propósitos locales o de integración política. En ése sentido sobresale particularmente la Convención de Roma de 1950 que declara derechos, crea órganos - de competencia vinculativa, instituye procedimientos para substanciar causas y provee medidas de ejecución a las resoluciones de sus órganos (comisión y tribunal); ocupa un lugar secundario la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; en México en 1945 en la Conferencia de Chapultepec se resolvió su elaboración, y en Bogotá el 2 de mayo de 1948, incluso un poco antes de la declaración de la ONU, se aprueba la Declaración Americana compuesta de 38 artículos; más en cambio el establecimiento de un sistema interamericano de protección efectiva se elabora hasta 1969 y entra en vigor en julio de 1978; resta decir que la eficacia del sistema interamericano es por el momento inferior al más perfecto conocido que es el sistema europeo.

En materia de convenciones especializadas se han concebido innúmeras, y destacan la Convención de Genocidio, que hasta 1968 ya tenía 82 signatarios, la Convención sobre Discriminación que contaba con 97 adhesiones y la Convención sobre Refugiados - con 69 adhesiones; tal vez se explique esta superioridad del número de Estados firmantes, por la concreción de la materia de la convención

En un sentido general todo este movimiento internacional favorable a los derechos del hombre ha venido a socavar el -

dogma de excluir al individuo como sujeto del Derecho INTERNACIONAL PÚBLICO, dado que aparece en esta materia como titular de todo un sistema universal de protección de derechos supranacionales de primer orden. En otro respecto es interesante observar que la jurisdicción internacional guarda con los sistemas constitucionales domésticos, relaciones multifuncionales que denominaremos de complementación, reafirmación, reforzamiento, substitución y enmienda.

Consideramos agotado el tema de los antecedentes históricos puntualizando que hay evidente necesidad de intensificar una tutela de los derechos humanos que por demás hoy día, aún refleja múltiples deficiencias tanto al interior como al exterior del Estado; estimamos oportuno recordar las palabras de Tocqueville, "no hay nada más fecundo en maravillas que el arte de ser libre, pero tampoco nada más duro que el aprendizaje de la libertad"; en efecto, ¿cuán difícil ha resultado la conquista de la libertad!, que por otra parte el hombre merece poseer, pero no sin antes haber saldado una cuota de dolor. Tomás Jefferson, a propósito reflexionaba: "El árbol de la libertad debe regarse de cuando en cuando con sangre de patriotas y tiranos, es su abono natural"; la historia parece certificar ése criterio, y al presente - contemplamos todavía toda suerte de calamidades contra los bienes más caros de la persona humana; particularmente se da realce al abismo que separa a la dramática realidad de los sueños de la norma positiva. De cualquier manera, estamos más cerca de la aurora

que de las tinieblas. Por último, sirve de epílogo al decurso de los derechos del hombre tan brevemente expuesto el pensamiento de Fausto, personaje de la inmortal obra de Goethe: "Sólo merece la libertad lo mismo que la vida, quien se ve obligado a ganarlas - todos los días".

4.- CONTENIDO.

Anteriormente consideramos una apreciación dualista de los derechos del hombre, de la que resultaban por una parte, "derechos morales" o naturales, y en contraposición derechos legales o positivados; es importante llevar a cabo alguna especificación a este respecto para deducir el contenido esencial de todo derecho fundamental. Desde un punto de vista técnico-jurídico, el objeto o contenido de un derecho subjetivo es una conducta posible jurídicamente regulada; se trata siempre de actos humanos que el titular de una facultad puede o no realizar; pero si inquirimos - más allá y se cuestiona sobre el objeto o contenido de los actos humanos en sí, y ya no en relación a los derechos subjetivos, el descubrimiento es notable; el substrato de cualquier acción humana normativamente regulada ya sea por la religión, la moral o el derecho, es siempre un valor, un bien. El objeto o contenido formal de un derecho positivo es sencillamente una prestación; un comportamiento humano prescrito cuya inobediencia por el sujeto - pasivo de la relación jurídica puede dar lugar a la coacción, esto es, al cumplimiento coercitivo del deber naturalmente contra -

la voluntad del obligado; en contraste, un derecho moral o natural no entraña el "iuris vinculum" de la facultad formalmente reconocida que se caracteriza por su coercibilidad; el derecho humano es en principio y esencialmente un derecho moral; decimos en principio, en virtud que el derecho humano puede llegar a ser positivo si el Estado lo sanciona, en cuyo caso contará con el beneficio de la compulsividad para hacerse respetar; el deber que dimana de un derecho natural se fundamenta en una exigencia estimativa o axiológica, la estructura de necesidad que hace a un acto legítimo y a otro debido en una relación de correlatividad, es una proyección del reino de los valores y una justificación intrínseca de los actos. Podemos suponer que el contenido subyacente y profundo de todo derecho es un valor que inspira la conducta humana y a la vez es protegido por la coercibilidad característica del sistema jurídico. Por tanto, la materia de análisis del presente inciso será los valores, pero no cualesquiera, sino valores vitales y fundamentales.

Un reparo superficial en la vida de la persona humana - revela la omnipresencia de los valores en su existir; el ser humano hace de su vida una elección; es una gente consciente de actos, es más, si por alguna razón existe el sustantivo actos es precisamente por el ser del hombre. Podemos partir de la diferenciación entre hechos y actos; hecho es un fenómeno producto de un proceso causal, en tanto que acto es un hecho dispuesto por una voluntad - consciente; el acto se exterioriza causalmente, pero hay un ante-

cedente mucho más poderoso y relevante que la simple causa física, y son: el motivo, el fin, el valor que engendra el acto; un hecho natural sólo responde a una causa eficiente; el acto o acción, si bien echan mano de una cadena causal, se conciben en base a una finalidad consciente cuya realización se propone el sujeto; el propósito se sustenta en un valor; el hombre, al adoptar una decisión libre, elige una de las posibilidades que le confrontan; para elegir hay que preferir, aquello que se elige, y para preferir hay que estimar o valorar, luego entonces, "la vida humana es una sucesión de valoraciones", como acertadamente ha dicho Recaséns Siches. El proceso de la conducta humana es finalista, teleológico; las finalidades que apoyan, que motivan cada acto, se inspiran en una apreciación valorativa del sujeto; volvemos a desembocar en la noción de valor.

En relación a los valores es menester enunciar algunas precisiones: los valores en referencia, es decir, los que justifican los derechos humanos, poseen en general los atributos de todos los valores, pero no son todos sino sólo determinados valores; la pregunta sería ¿cuáles valores han sido considerados fundamentales?. Esa respuesta es histórica; si se parte del presupuesto que el Derecho positivo es una obra, una creación humana, concluimos que el hombre ha tenido una interpretación progresiva de sus valores fundamentales; sin embargo no hay que confundir la existencia de los valores fundamentales con el conocimiento que de ellos tenga la humanidad; por ejemplo, el valor de la igualdad no

fue reconocido en el Medievo, pero ése hecho no compromete su existencia estimativa. Cada derecho fundamental ha sido fruto de un proceso, una conquista gradual que depende de infinidad de factores; es primero necesario afrontar condiciones adversas que infundan un sentimiento de injusticia, en ése momento, con un desvaler frente de sí, el hombre se representa la existencia de un derecho, intuye un valor; una vez que un determinado valor ha permeado o penetrado la conciencia de una comunidad, sólo es cuestión de que el tiempo transcurra para que ese valor se incorpore en un sistema normativo que podría ser el jurídico.

En la actualidad estudios tan valiosos como los de Scheller y los de Hartman han hecho indudable la objetividad de los valores, fue una vigorosa reacción contra doctrinas subjetivistas e historicistas que negaban la existencia de un criterio cierto para determinar la plenitud de un valor, ahora, es consabido que los valores constituyen una entidad ontológica particular, dotada de independencia frente a las estimaciones de los humanos, los valores existen "en sí y por sí" más allá de todo elemento empírico, son apriorísticos, absolutos, inmutables, inespaciales; intemporales y materiales; la diversidad de expresiones históricas de los valores, no muestra una pretendida relatividad, sino los errores en su concepción. El ser humano de pronto se encuentra ante el reino de los valores, él no los ha creado, los capta con más o menos acierto, pero estos son supraexistentes y aparte se relacionan entre sí en una específica jerarquía (que no obstante es re-

chazada por algunos autores como Risieri Frondizi). La razón es - del todo impotente para probar la existencia o la necesidad de la justicia, la bondad, la belleza, etc; ese es un cometido sobrehumano; a lo que podemos aspirar es al sentido o sentimiento de lo valioso; o una sensibilidad para captar lo suprasensible. Ahora bien se ha reconocido la presencia de dos elementos implicados - por el valor, la materia y el carácter; la materia es el soporte o portador de algún valor, el hecho que lo actualiza, respecto de la materia el ser humano puede ser autor, mientras que el carácter es la condición intrínseca del valor, su ser, su esencialidad, su justificación inmanente que va mucho más allá de la conciencia humana que intuya e ignora tal valor. También es indispensable - discernir entre valor y bien, el valor es aquella esencia por la cual lo que participa de él es como es, él determina una cualidad en los objetos sobre los que recae; el bien es una cosa u objeto - concretos donde recae un valor, por ello no debe extrañar la voz "bienes del hombre"; simplemente alude a la fusión del valor con la entidad "hombre".

En las corrientes jurídicas más de una ocasión han sido considerados los derechos fundamentales de la persona como mutables y relativos al espacio, aduciéndose el argumento de los cambios históricos en los contenidos de las normas; para refutar esas ideas retomamos la reflexión ya antes expuesta; los valores - esenciales siempre han sido los mismos, lo que ha cambiado es la concepción que la sociedad tiene de ellos; la forma externa del -

derecho y su extensión se adaptan a las circunstancias de tiempo, espacio, y comunidad; pero ello, reiteramos, no compromete de fondo las necesidades vitales y metafísicas que el hombre experimenta. Cuando calificamos al contenido de los derechos humanos como universal, absoluto e inmutable no nos referimos a los derechos - que contingentemente han sido reconocidos o positivados, sino a - los derechos naturales, en sí, independientemente de que un sistema jurídico los desconsidere o desconozca; el contenido es universal porque la esencia del hombre en cuanto hombre no experimenta mutación por el traslado de latitudes; es absoluto no porque los derechos tengan una extensión o alcance ilimitados, sino porque - para el individuo revisten una obligatoriedad incondicional; y - por último inmutables que es la aplicación de la primera característica pero al tiempo, el valor siempre es idéntico a sí mismo.

Históricamente hablando es innegable la transformación de la sociedad, la aparición de nuevas necesidades y condiciones da lugar a una agitación en la conciencia interior, y finalmente, a un movimiento de adaptación; la Revolución Industrial y el liberalismo económico crearon una desigualdad social sin precedente, bien pronto irrumpieron doctrinas socialistas para promover la supresión de tanta injusticia social; más recientemente, a guisa de ejemplo el desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación y la formación de centros monopolísticos de intereses y poder, no demoraron en hacer de la información un instrumento dócil a sus - proyectos egoístas; la reacción, fue la proclama del actual dere-

cho a la información, que como se ha dicho, es una derivación del tradicional derecho a la educación. Los derechos cada vez asumen formas más atrevidas, más audaces, pero los valores que motivan esos derechos concretos y positivos son siempre invariables. En consecuencia es posible hablar, de dos contenidos en planos diversos; un contenido inmediato que es el hacer o no hacer concretos a que la norma faculta; y de mucho mayor rango que el inicial, un contenido mediato y trascendente al derecho, y que se hace consistir en el valor subyacente que de modo intencional ese acto postula. Nos orienta la estructura del obrar humano para la mejor inteligencia de este hecho; se dice que la conducta humana invierte la causalidad natural; en su consciencia primero se conciben unos fines y luego en la mente se seleccionan unos medios para conseguir dicho fin. El fin que aparece primero es la causa final, más en el reino de la realidad será el efecto de una causa; en cambio el medio seguirá al fin en el orden del pensamiento y en la realidad será la causa eficiente del fin; esta inversión mental del proceso de causalidad se desencadena porque un sujeto siente una necesidad y la conciencia de ella lo determina a satisfacerla mediante un objeto (el fin). En el fondo, es la conciencia del valor el manatial de todo derecho.

Los bienes humanos fundamentales conciernen a la realización y desarrollo plenos de la personalidad humana para alcanzar la entelequia aristotélica; citamos por creerlo oportuno, el concepto de Jacques Maritain del individuo: "La persona es un to-

do independiente y abierto" (es un universo en sí mismo tendiente a comunicar inteligencia y amor, y la persona existe con su alma). Esos bienes pueden gravitar en distintas dimensiones; hay valores políticos, económicos, sociales, vitales y culturales, de los que se desprende toda una cauda de derechos subjetivos; la existencia y conocimiento de un valor no sólo hace legítimo titular al individuo que participa de él, sino que como el hombre lleva una vida de relación, se impone la necesidad de respeto de todos los demás sujetos.

Un cuestionamiento importante que cabe aquí exponer es el de la jerarquía de los valores; los hay, conforme a Radbruch, personales y transpersonales; los primeros serían individuales; - los segundos, comunitarios. El hecho de hacerlos competir implica presuponer su contraposición o colisión naturales; lamentablemente parece ser así; la noción de bien común es muy lata sin embargo, y una correcta interpretación podría conciliar dos magnitudes que pueden llegar a ser incompatibles; hablamos del individuo y - el Estado . Es la tensión dinámica referida por Maritain entre la persona y la sociedad. Recurrimos a este último autor para dilucidar el problema; el fin que anima a la organización social es el bien común, pero el bien común no es la simple yuxtaposición y - reunión de los bienes privados, tampoco es el bien de un todo abstracto distinto de sus partes, es la "buena vida humana de la multitud, la comunión de personas en el bien vivir", conquistando la libertad de expansión (desarrollo de virtudes intelectuales y mo-

rales); en conclusión, un bien que sea común al todo y a las partes; por tanto, el reconocimiento de los derechos fundamentales es una implicación y una exigencia del bien común.

No es posible en aras de un bien comunitario, soslayar valores perentorios de la persona humana, el Estado sirve al hombre y no viceversa, como lo manifestaron corrientes totalitarias; basta recordar la consigna nazi "todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado"; tampoco resulta del todo aceptable la postura de sacrificar generaciones presentes en pos de hipotéticas generaciones futuras; tampoco es concebible la necesidad de violar un valor trascendental y actual para asegurar el goce de un futuro valor hipotético. Los valores humanos no son objeto de transacción, no son comerciables; aparte no siempre se escoge el medio idóneo; ¡a cuántos hambrientos se alimenta!, ¡cuántas industrias se construyeron por medio de la matanza, tortura, detención, juicios parciales y otras injusticias!. Ese es uno de los enormes riesgos a vencer, la politización y retórica de los derechos humanos a que tanto recurren gobiernos espúreos en su afán de perpetuarse.

Para dar término al punto tratado quisiera referirme a la relación de complementación que media entre todos los derechos del hombre, integrándose una protección unitaria a todos los niveles; y que la importancia relativa de un valor respecto de otro, mucho depende de las circunstancias concretas que constituyen el caso; la libertad, la igualdad, por supuesto la vida, etc., son -

todos ellos bienes que se interpenetran posibilitando las condiciones de una existencia auténticamente humana. El contenido último, e invariable de los derechos fundamentales son siempre valores; tales valores tienen manifestaciones históricas en su interpretación, lo que da lugar a derechos también diversos, dependiendo del desarrollo de la conciencia cultural de la humanidad. Hay algo inmutable que reposa en el cambio y lo inspira.

5.- VALIDEZ: IUSPOSITIVISMO E IUSNATURALISMO.

El objeto de esta disertación, más que una exposición detallada de las teorías que intentan fundamentar la validez del Derecho, se encamina a aplicar una perspectiva general de las dos principales corrientes al problema de los derechos humanos. La postura que en relación a ellas se asume, será determinante tanto para concebir la naturaleza de éstos a nivel teórico, como para deducir toda una gama de consecuencias prácticas referidas a la vigencia y protección de dichas libertades esenciales. Primeramente procederemos a exponer los rasgos que interesan de la teoría en cuestión, para después relacionarla con los derechos del hombre.

Esencialmente el problema radica en la inevitable unilateralidad de cada una de las teorías, tanto del Iuspositivismo como del Iusnaturalismo. Para el positivismo es inaceptable cualquier otro criterio de validez que no sea la voluntad estatal expresada conforme a un procedimiento preestablecido; y para el na-

turalismo, sin justicia u otro valor esencial como el bien común, ninguna norma puede preciarse de ser jurídica. Las dos posturas - son de fondo irreconciliables. El intento de armonizarlas llevado a cabo por Kauffman, aunque es digno de admiración por el dominio de tantas dificultades, no hace sino disimular las divergencias - más que suprimirlas. Las implicaciones prácticas son todavía más antitéticas que los mismos principios teóricos. Y lo que intentaremos hacer a renglón seguido es exponer las consecuencias para - los derechos del hombre.

El positivismo, como es sabido, surge en el siglo XIX, - siendo una reacción doctrinal al dogmatismo del naturalismo racionista del siglo XVIII; lamentablemente, en poco tiempo la crítica se convirtió en dogma también, y a principios del siglo XX el positivismo todavía acrecentaba sus adeptos con postulados cada vez más radicales. El extremo de la doctrina, si bien con perfiles propios, lo constituye el formalismo de Kelsen, que redujo la esencia del Derecho a mera forma con exclusión de cualquier contenido. En términos generales, el positivismo, que por cierto adoptó su nombre del método de conocimiento propuesto por Augusto Comte padre de la sociología, se distingue por características metodológicas unas y axiomáticas otras. En el plano del examen del fenómeno jurídico, la primera exigencia es aplicar una investigación empírica; el método inductivo, propio de las ciencias naturales, es el medio necesario para arribar a una teoría fundamental del Derecho, o sea, para explicar la esencia de lo jurídico -

mediante un proceso de generalización. En lo concerniente a los - axiomas para fundamentar la validez del Derecho Objetivo, el positivismo desprecia todo valor elevado a rango de necesidad para la norma jurídica; precepto valioso es aquél promulgado por una autoridad competente de conformidad con un procedimiento preestablecido; por tanto, la obligatoriedad de una norma cualquiera está - condicionada por el cumplimiento de una serie de formalidades extrínsecas en el proceso de su expedición a cargo del órgano estatal correspondiente; derecho es lo que el Estado diga que es; según expresión de Kelsen sería "la manifestación de voluntad del Estado", donde el Estado es la fuente unívoca del Derecho. Se pueden hacer múltiples deducciones conceptuales del planteamiento de la validez formal de la norma y del monopolio estatal en la producción del Derecho. Una derivación, sin duda de gran importancia, es la relativa a la noción de existencia de la norma y a su estructura ontológica; un juicio imperativo-atributivo existe cuando está incorporado a un sistema jurídico, gracias al reconocimiento estatal, y ya el sólo hecho de la declaración formal del Estado, le confiere existencia jurídica; y ¿qué características carrea para el precepto el hecho de su existencia jurídica?; la más destacada desde luego, es la coercibilidad o compulsividad, - vale decir, la posibilidad de imponer por medio de la fuerza y en contra de la voluntad del infractor, la obediencia del deber jurídico; el elemento entonces a desear para que una norma exista, es la eficacia, que a su vez constituye el complemento de su vigen-

cia; la vigencia sería el atributo conferido a la norma por el poder público una vez que la expide; y el mismo poder público que le otorgó vigencia es el responsable de proveer a su cumplimiento, sirviéndose de la coacción estatal. Cualquier mandato, por justo que pretenda ser, si el Estado no lo sanciona, y por ende, carece de la virtud de la coercibilidad, será acaso un noble dictado de la Etica más no Derecho.

Es inconcebible una doctrina más aberrante y letal para la noción de los derechos humanos; ya Brunner hizo énfasis en los efectos políticos de una concepción así, considerando al totalitarismo como la manifestación política del positivismo. Por otra parte, resulta muy lógico que sea así para los valores esenciales del hombre; ellos representan un límite inviolable para los alcances de la autoridad pública, y dada la tendencia del poder a consolidarse y a acrecentarse en detrimento del individuo, es bien natural que cuando el Estado detente una libertad absoluta en la definición del orden normativo, conspire contra las libertades fundamentales del hombre, y finalmente las profane. Sin embargo, tampoco debe depreciarse hasta tal punto el positivismo, su legado de técnica y rigor científico son inapreciables para la ciencia del Derecho; concretamente para los derechos del hombre ha puesto de manifiesto una necesidad improrrogable, la de convertir cada uno de ellos en un derecho reconocido dotado de la más categórica de todas las vigencias, aunque no sea la más noble, por supuesto hablamos de la eficacia; el apoyo efectivo de las autoridades del

Estado, hecha inclusión de la instancia que promulga el precepto y la que lo aplica invocada su violación.

En la tesis positivista los derechos fundamentales, para ser obligatorios, precisan del muy circunstancial reconocimiento del Estado; hé ahí el caso del régimen del Partido Nacionalista en Sudáfrica o del totalitarismo con todas sus concreciones históricas; pero incluso no se agotan los ejemplos en esos casos extremos; cualquier sociedad civil está expuesta a que el poder político cometa una atrocidad en detrimento de los derechos elementales; los más sofisticados sistemas de control no excluyen del todo este riesgo, sobre todo, si reflexionamos en que las instancias de revisión de la constitucionalidad de los actos de autoridad, no son finalmente sino seres humanos, proclives al error o a la componenda, es en absoluto necesario recurrir a un principio suprapositivo; la forma sin contenido, es un vacío que cualquier déspota puede colmar con las más mezquinas pretensiones. Hay, además de todo lo dicho, un argumento de sentido común para demostrar la insuficiencia del positivismo como doctrina para tutelar a los derechos humanos, y es el atinente a las condiciones reales que subyacen en la estructura del Estado; el Derecho no puede prescindir de la consideración de los factores reales que actúan en el desenvolvimiento de la sociedad humana, so pena de degenerar en abstracciones caprichosas distintas de la realidad; y aplicando el anterior criterio nos cuestionamos ¿qué hay atrás de la tan repetida "voluntad del Estado"?, ¿qué factores determinan las

decisiones del órgano político?; con esta terminología tan abstracta y técnica olvidamos momentáneamente que la realidad que subyace en todas las prescripciones de la ley son hombres de carne y hueso, que por otra parte, hay todo un complejo de determinantes sociales de no menor importancia; en una organización política cualquiera son los factores reales de poder los autores del destino de un pueblo, y el Derecho, como límite a los gobernantes es un factor más, ni el único, ni el principal; según el positivismo, el criterio de validez de la norma es en última instancia, y hechas las anteriores observaciones, la voluntad del legislador, del gobernante y del juez en turno, de los hombres concretos que desempeñan los cargos; al fin de cuentas la base fáctica de una "decisión estatal" es la voluntad de un hombre o acaso otras fuerzas sociales que no son ni inmorales, ni morales, sino simplemente amorales. Como fundamento para respaldar la obligatoriedad de un precepto, el sentido de una voluntad humana o fuerzas sociales ciega a los valores, resultan ser notoriamente insuficientes. La enseñanza que el positivismo aportó fue su concepción de técnica social de coacción de la que debe servirse todo derecho fundamental; infinidad de Estados han materializado éste propósito y en la actualidad casi no hay sistema jurídico sin una declaración de derechos tutelar; la mayoría de ellas, son incluso incorporadas al cuerpo de la Constitución respectiva como un medio de garantía; basta recordar la jerarquización de las normas jurídicas, de la que se desprende que la norma constitucional

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

investida de supremacía es el fundamento de validez de todas las normas de rango inferior; y los derechos humanos, al constitucionalizarse, adquieren primacía en el orden jurídico de que se trate.

En lo tocante al Iusnaturalismo el tratamiento del problema es no menos espinoso; la primera dificultad es la diversidad de orientaciones naturalistas que hacen muy complejo un tratamiento unitario; hay tantas teorías como concepciones de la naturaleza humana existan; no obstante esa heterogeneidad, hay su puestos comunes a todo naturalismo jurídico; el principal es atribuir la validez, y por tanto la obligatoriedad del Derecho, al contenido intrínseco de justicia; antes que a cualquier otro factor, la justificación de un deber se lleva a efecto a la luz de los valores. El Iusnaturalismo puede ser monista, si ve en el orden natural el único título de validez; y dualista, si reconoce la coexistencia del orden positivo con el orden natural; de todos modos termina por contraponerse al orden positivo, al relegarlo a una posición secundaria. El Iusnaturalismo es mucho más consecuente con los derechos humanos que el positivismo; vale observar que antes de acuñarse las expresiones "derechos humanos" y "derechos del hombre" la voz utilizada era "derechos naturales", incluso todavía en autores contemporáneos como Marquiset con su obra "Los derechos naturales"; de hecho, puede afirmarse que las libertades fundamentales son una contribución del Iusnaturalismo; y lo anterior deviene obvio si se repara en que el derecho fundamental ema

na del propio ser del hombre, y que no encontramos mejor fundamento de la necesidad, y por tanto justificación de un derecho, que la calidad de esencial del bien que el derecho tutela; esencial, cl roestá, al ser humano para la subsistencia, el desarrollo y el perfeccionamiento de su dignidad y su ser. Decíamos inicialmente que las corrientes filosóficas que postulan la validez material de las normas son por demás diversificadas, pero encuentran una cierta unidad también en el aspecto de sus deficiencias, la principal salta a la vista, la carencia de efectividad del orden ideal; un derecho perfecto pero ineficaz e inaccesible no satisface por sí mismo las más perentorias necesidades humanas; si a éso agregamos que la normatividad material es inalcanzable no sólo para los hechos, sino incluso para el conocimiento, estamos autorizados a considerar al Derecho Natural más una aspiración, un hermoso anhelo que una norma propiamente jurídica. Kelsen alguna vez observó que la afirmación de un orden suprapositivo y perfecto pero trascendente y por lo mismo ininteligible es en realidad un contrasentido, es "una frase eufemística para expresar la lamentable circunstancia de que la justicia es un ideal inaccesible al conocimiento humano"; la objeción parece invencible, pero Hartman y Scheller han hecho entender que los valores, fuente de validez material del Derecho no son precisamente un objeto asequible a la razón, sino al sentimiento, a la intuición emocional del hombre; Schiller sostuvo que "el corazón tiene razones que la razón no comprende, y la luz de la emoción se apaga cuando se inten

ta llevarla al intelecto" sería el caso de los valores, materia de experiencias sentimentales; en otras palabras, la razón es indiferente a los valores e impotente para descubrir su estructura óntica; la intuición y el sentimiento tienen la respuesta; fracasa inevitablemente cualquier tentativa de fundamentación racional, incluyendo la de Kant, sin restar mérito claro está a sus invaluable contribuciones. La filosofía de los valores, como dotados de validez objetiva, revolucionó la concepción de deber moral y revitalizó al decaído iusnaturalismo de la segunda mitad del siglo XIX.

En lo que respecta a la determinación del orden natural que se sobrepone al Derecho vigente, la corriente objetivista de los valores ha adquirido una significativa preponderancia; subsana muchas de las deficiencias del racionalismo del siglo XVIII y supera a los postulados de la Antigüedad por su consideración del plano axiológico nutrida con las aportaciones de la entonces nascente antropología filosófica. Para haber llegado hasta las corrientes más recientes, el iusnaturalismo hubo de recorrer una larga tradición evolutiva. Escuchamos en la actualidad arcaicas las explicaciones de Trasímaco y Calicles de la justicia natural como un intento para justificar un deber ser; hacer descansar el Derecho en el fenómeno de la fuerza y el poder, podrá tener una gran dosis de verdad en el aspecto sociológico, no así para el plano del deber ser; en la misma Antigüedad aparece ya un planteamiento conmovedor del conflicto entre el Derecho escrito (el positivo) y el no escrito (el orden inmutable de la justicia eterna).

en la tragedia "Antígona" de Sófocles. No tendría sentido proseguir con una relación histórica, que sería copista y mediocre, el objetivo es vincular los supuestos más representativos del iusnaturalismo con el problema de los derechos humanos.

Los derechos fundamentales han resentido los cambios en la concepción del derecho natural; en el Medioevo, gracias a la humanización que el cristianismo comunicó a la legislación, se reparó en una igualdad y dignidad esenciales e innatas del hombre; las concreciones teóricas encuentran una brillante representación en las doctrinas de San Agustín y Santo Tomás; estamos en la etapa teocéntrica del derecho natural, el ser humano posee derechos derivados divinamente y ningún soberano puede contrariar los dictados de la voluntad racional de Dios, orden supremo del universo; de hecho es reconocido al hombre un derecho a la resistencia y hasta un deber contra gobernantes infieles a sus obligaciones naturales. El concepto de una cualidad inherente a los mortales a, los servicios de un fin superior, da paso a una afirmación de los derechos fundamentales. Por otra parte se adscriben ciertas características a tales atributos, son eternos, racionales, derivados de Dios, inderogables, universales e innatos; se delinea ya el problema en torno a la mutabilidad de las normas derivadas de los atributos; en plena Edad Moderna, en el siglo XVI, Francisco Suárez aborda explícitamente la cuestión y sugiere la bipartición de la ley natural en dos géneros de preceptos; el Derecho Natural Dominativo, fundado en la libre decisión de los hombres, y el Dere-

cho Natural Preceptivo, formado por normas necesarias e inmutables; ésta subdivisión es significativa para la interpretación de la naturaleza humana; hay una síntesis, de inmutabilidad por una parte, con una historicidad por otra, en la definición de un sistema jurídico. Es hasta en los siglos XVII y XVIII cuando la naturaleza humana se comienza a distanciar del Creador; ahora los derechos naturales son un producto del ser profundo del hombre y - tienen una racionalidad necesaria; la ilustración y el enciclopedismo arremeten contra las formas caducas del absolutismo, y el dogma de la radicación popular de la soberanía, socava el principio de autoridad; es de fuerza oponer al gobernante, un límite inextinguible fundado en el contrato social que establece el poder político, pero si los derechos esenciales son objeto de reconocimiento por la convención social, existen antes del Estado, son - consustanciales al hombre y por ello "imprescriptibles", universales, absolutos e inalienables; con la irrupción de la idea de - Estado de Derecho, de la cual las libertades fundamentales son el elemento substantivo, el poder se circunfiere a un radio de acción llamado competencia, que es, tanto el límite del poder de un órgano, como el poder mismo. La concepción individualista antes descrita encarna en las declaraciones de 1776 del Estado de Virginia y en la francesa de 1789; pero bajo los estragos del Capitalismo incipiente la situación económico-social alcanzó índices de miseria y desigualdad nunca antes vistos, se expande de modo notable el contenido de los derechos fundamentales; contemporáneamente a los ri

gores de la explotación capitalista, inicia el positivismo la revisión crítica de un supuesto orden inespacial, intemporal y perfectamente justo que condicionaba la validez de los preceptos de Derecho; así para Marx, el Derecho es una superestructura que expresa un estado determinado de las relaciones de producción, su contenido no sólo es mutable, sino que también es un instrumento de explotación de las clases dominantes, y al igual que el Estado está condenado a desaparecer cuando se suprime el sistema de división de clases y naturalmente la propiedad privada que sacralizará la Declaración de 1789. El positivismo endereza su crítica contra el orden natural argumentando a su vez que un plano metafísico trasciende al Derecho, que además, ha manifestado históricamente una notable relatividad de contenido. El Derecho es una fórmula social para la resolución de problemas concretos; la sociedad se transforma incesantemente, y es deber de los sistemas normativos adaptarse a esa dinámica; las mutaciones obedecen a condiciones de tiempo, espacio y circunstancia; la huelga era delito y se convirtió en derecho social fundamental, la esclavitud era una institución generalizada en la Antigüedad y la Declaración Francesa proclamó la libertad originaria de todos los individuos; los derechos del hombre primero se vieron en la necesidad de ampliar su contenido, de extender y profundizar la noción de igualdad, y en relación a los postulados historicistas de Dilthey, los derechos esenciales de pronto fueron afectados de relatividad espacial y temporal. Con este lastre de relativismo e historicismo -

cargó la ley natural, incluso hasta con las nuevas corrientes naturalistas del siglo XX que aceptaron la mutabilidad del Derecho Natural; la situación sin embargo, no se prolongó por mucho al sobresalir vigorosa, una tendencia objetivista de los valores alentada por las calamidades de los regímenes totalitarios; varios iusfilósofos reelaboraron una doctrina de derechos del hombre eternos, universales y sagrados, razón y objeto de toda comunidad política; se llegó a contemplar el hecho tristemente irónico que autores como Radbruch, después de haber defendido la tesis relativista, al vivir las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial cambió radicalmente su opinión para profesar la postura de una esencia connatural al hombre e inviolable, lo mismo que para el Estado que para el espacio o el tiempo. Con ánimo de ilustrar la situación reproducimos dos fragmentos de la obra de Radbruch antes y después de la situación: " ... si consideramos la hipótesis de que es inadmisibles un derecho natural científicamente comprobado, tendremos que admitir que la función hipotéticamente atribuida a ese pretendido derecho natural debe cumplirse por la voluntad y el poder. Si nadie puede establecer, qué sea lo justo en sí, debe alguien fijar qué sea lo jurídico", "la seguridad jurídica prima sobre la justicia". El mismo Radbruch después de la Segunda Guerra Mundial: "Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de ser justo, cuando desconocen arbitrariamente los derechos de los hombres, en tales hipótesis falta a la ley toda justificación...., en esos casos los juristas deben tener el valor de ne-

garles el carácter de normas jurídicas", "Ahí donde no se aspira a la justicia, ahí donde la igualdad que constituye el corazón de lo justo es desconocida conscientemente en la creación del derecho positivo, la ley así impuesta no solamente es un derecho injusto sino que más bien carece de la esencia de lo jurídico". El contraste radical de las ideas descritas revela la intensidad del sufrimiento experimentado y el brutal impacto en la conciencia, - como para que un hombre ampute sus pensamientos y después los regenere en reconciliación con la verdad y la vida.

En la misma dirección que Radbruch podemos mencionar a Helmut Coing, para el que la idea del Derecho orbita alrededor de valores éticos fundamentales, a saber: La dignidad humana, la justicia, la confianza, etc. La conciencia de los valores indica una progresión histórica, pero los valores fundamentales por sí mismos no sufren vulneración alguna; hay otros valores de orden secundario expuestos al cambio, más el núcleo del derecho natural - lo representan los derechos del hombre enlazados con principios - fundamentales de validez universal y eterna.

Verdross comparte también las ideas de inmutabilidad de un cierto contenido del Derecho Natural; concretamente los derechos del hombre no se substraen a la dinámica de la historia; por lo que se manifiestan en relaciones y condiciones diversas; pero esto no obsta a la subsistencia de una esencia profunda e invariable que sería el derecho natural primario, exigencias dimanantes de valores absolutos, normatividad material pura, en fin abundan

las formas de nombrar ésa idea de derechos universales, inherentes a la persona humana, que son siempre idénticos a sí mismos; - al lado de los principios inmutables coexiste un derecho natural secundario, de tiempo, lugar y cultura determinados, concretado - en relaciones sociales particulares y en evolución constante.

En definitiva, nuestros actuales derechos humanos son concebidos en éste contexto de ideas, y no es posible fundamentamente, negar la necesidad y la existencia de un orden de valores objetivos en donde se apoya un sistema de derechos ideales que pugnan por su reconocimiento, respeto y garantía. No se olvida la experiencia amarga en la que crímenes fueron enmascarados con el rostro de derechos, y que el vacío del escepticismo puede ser colmado con pasividad e injusticias. Pero también es cierto que en la actualidad, las libertades fundamentales no pueden ser abandonadas al reino de los ideales; hay que aprehender los valores esenciales del ser humano y llevarlos a la realidad, que fecunden en el espacio social, respaldados por la garantía de la jurisdicción; o sea que se impone la necesidad de insertar los derechos humanos en el orden positivo; colocarlos como dijera Messineo "sub especie juris" bajo el aspecto técnico del derecho, asegurando su cumplimiento con un medio coactivo. De todas maneras, no comulgamos el criterio de reducir el Derecho Natural y con él los derechos humanos, a la mera condición de una aspiración en todo caso ideal; la positivación, en efecto, es una solución idónea; pero - cuando un valor fundamental no sea reconocido, ha de sobrevivir -

como una instancia o criterio para calificar a la norma vigente; el derecho natural es una institución, sólo que radicada en la conciencia del hombre, su función es primordial; diríamos parodiando a la técnica jurídica que es el medio de control, no de legalidad, sino de la legitimidad de los actos de autoridad; cumple asimismo con el cometido de tutelar un bien supremo, sublime, la dignidad humana; los derechos fundamentales se erigen pues, en un tribunal de conciencia que emite fallos de justicia e injusticia; son la magnitud para estimar el progreso de una organización humana; las resoluciones de éste tribunal son las más inapelables, y la segunda instancia es ante Dios, el juez Supremo.

Damos término a éste apartado, apropiándonos de la siguiente reflexión de Thoreau: "Si la ley es de tal naturaleza que exige que te conviertas en el agente de la injusticia al prójimo, entonces te digo, viola la ley".

6.- NORMACION: ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCION.

Comentamos con anterioridad que los derechos del hombre entrañan una dimensión múltiple; existen, a saber: como exigencias dimanantes de valores objetivos, como atributos esenciales de todo ser humano, como una magnitud histórica, como derechos subjetivos en el sentido formal del término, etc; de cualquier manera pueden venir al caso una infinita variedad de acepciones del término, algunas normativas, otras fácticas. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, y en añadidura formal, los derechos

fundamentales irrumpen en el espacio del Derecho, hasta que obran objetivamente en un orden jurídico-positivo; tal hecho tiene lugar una vez que la autoridad política reconoce o crea normas regulatorias de los valores elementales del hombre. Visto con mayor claridad y sencillez, puede afirmarse que para el derecho como elaboración o producto humano, los derechos individuales existen - cuando el Estado los incorpora al sistema positivo; ésto es, la positivación es la inserción de los multicitados valores en el - mundo imperativo del derecho; ésta colocación sub specie iuris de los valores constituye un medio social de garantizarles el respeto de la comunidad civil, respeto cuya falta se penaliza objetivamente con métodos coercitivos, y mediante la resolución que emitan órganos especializados al efecto.

Es imposible la inteligencia de un derecho subjetivo, y de cualquier otro concepto o fenómeno jurídico, sin la previa consideración de todo un contexto social e incluso una organización política que interactúan con el derecho en tanto producto cultural humano, Un derecho subjetivo es un término de una relación intersubjetiva, vale decir, de una relación humana mínima; en dicha vinculación uno de los sujetos o parte, es titular de una prestación, lo que equivale a decir que puede reclamar de la contraparte una conducta determinada; la sociedad considera valiosa esa - pretensión y la respalda con un aparato coercitivo de protección. Ahora bien, acontece en la sociedad que el orden normativo le proporciona una estructura formal, al organizarla; además en el seno

de la comunidad presionan necesidades de orden, paz y seguridad, las condiciones de instauración de un poder político; cuando se instituye una instancia de poder aflora la organización política; la evolución histórica de la estructuración de la sociedad, y del poder que la preside, desemboca finalmente en la forma actual de organización, conocida como Estado Moderno. No se debe ignorar que al presente, las organizaciones políticas experimentan una profunda metamorfosis, sin embargo el proceso de transformación no compromete la vigencia de los postulados básicos de la noción de Estado Moderno.

Esta digresión inicial obedece a una razón poderosa, los derechos humanos positivos guardan una relación orgánica con el orden Estatal y no pueden sustraerse a determinantes tales como el complejo de elementos teóricos y prácticos del Estado; toda norma jurídica y para ser más preciso, un sistema jurídico vigente, supone la preexistencia de un agregado social más o menos complejo; la deducción lógica es a fortiori; si el orden vigente deriva su validez del reconocimiento o sanción formales que la autoridad política preste en un momento dado, entonces es precisa la existencia de una autoridad central, titular exclusiva de la función productora de normas. La forma política que comprende a un órgano de poder público especializado y exclusivo es el Estado. El Estado crea y aplica el Derecho; y si las libertades fundamentales aspiran a una vigencia real, es a través de la sanción gubernamental que adquirirán eficacia. El Estado y el Derecho tie-

nen una relación profunda, hasta el punto de indisolubles; consideramos que el orden político no siempre ha sido estatal, desde - un punto de vista sociológico y técnico-jurídico su aparición tiene lugar en la transición de la Edad Media a la Edad Moderna; con la formación de las principales naciones de Europa y la consolidación de una autoridad central y monárquica, el concepto de soberanía determina el nacimiento de la organización del Estado. Es precisamente en ése sistema político donde arraiga la noción de derechos esenciales en tanto objeto de tutela y garantía jurídicas. La implicación recíproca entre un orden normativo y el Estado, supone una serie de elementos conexos, por sólo mencionar algunos: el Estado es definido como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación ejercido en determinado territorio, - el tipo de estructura que el Estado contiene es una creación de - las normas imperativo-atributivas; los elementos constitutivos - del Estado tienen todos una significación jurídico-formal, relativa a normas; así el poder soberano es la instancia de donde emana el orden normativo; el territorio junto con la población son los elementos materiales que hacen las veces de ámbito espacial de validez el primero, y ámbito personal de validez el segundo; el elemento formal en cambio es el Derecho; en relación al poder estatal, cabe puntualizar que es un poder soberano, lo cual interpretamos como, supremo al interior e independiente al exterior; pero ése poder no es ilimitado, antes al contrario es un poder intrínsecamente constreñido; la limitación consiste en que la autoridad -

es una autoridad de Derecho; jurídicamente el ejercicio de la potestad pública se manifiesta como actos regilados normativamente; luego entonces, la facultad del poder estatal es definir el contenido del sistema jurídico acaso, pero nunca prescindir de él, -- siempre se ejercitará la voluntad gubernamental conforme a un orden preestablecido, el Estado crea el Derecho, para, de inmediato, someterse a él; se trata por tanto de una autolimitación del poder a través del Derecho. La anterior circunstancia de someter a los órganos públicos a un orden normativo es conocida como Estado de Derecho; su sólo nombre pone de manifiesto la interpenetración Derecho-Estado, que se resumiría en una aclaración; la organización en que el Estado se hace consistir es una ordenación normativa; así contempladas las cosas diríamos que el Estado, su estructuración y funcionamiento, los órganos del poder público que lo constituyen, así como también un ámbito de derechos fundamentales frente a los cuales se abstienen de intervenir dichos poderes, todo absolutamente, es creación del Derecho.

Hasta aquí la dependencia ha sido unilateral del Estado al Derecho, conocida como la juridicidad del Estado; pero si todos los componentes orgánicos del Estado presuponen un precepto que los crea y delimita, haciendo pensar que el Derecho condiciona y posibilita la existencia del Estado; no es menos cierto que sin Estado tampoco hay Derecho; el fenómeno de la vigencia o validez formal implica la extencia de una organización sociológica, base real de la validez formal del sistema jurídico; en efecto, el fun

damento último de la eficacia de la norma jurídica es el Estado, formalmente muchos autores han estimado que su manifestación de - voluntad es la única fuente formal del Derecho; además las dos - funciones principales en la dinámica del Derecho, o sea la pro- ducción y la aplicación de normas, son cometido exclusivo de órga- nos estatales; en otro respecto la coercitividad del Derecho es e- jercitada privativamente por la autoridad pública, que detenta el monopolio de la fuerza social compulsoria. El principio que ahora inferimos es el de la estatalidad del Derecho en el que el Estado anima a la norma, transformando el imperativo formal en realidad tangible, gracias a la actuación de sus órganos.

Es importante haber hecho las anteriores precisiones, - dado que los derechos fundamentales vienen a implantarse en el - contexto histórico del Estado de Derecho. No es el caso de expo- ner una serie interminable de teorías para explicar las relacio- nes que median entre el orden estatal y el jurídico; la intención es determinar la ubicación exacta del concepto de los derechos - del hombre; hecha ésta prevención procede llevar adelante las de- ducciones teóricas de la relación Estado-Derecho. Sobre ella con- viene decir que no acogemos las posturas que pretenden reducir la realidad estatal a un mero fenómeno social, de fuerza, la prima- ria división de gobernantes y gobernados que refiriera León Du- gut; asimismo desechamos las concepciones románticas, según tér- mino de Recaséns, que hacen una hipótesis, un ser animado de la - entidad estatal; rechazamos la primera por encontrar en el Estado

mucho más que la sola fuerza, sino todo un complejo de elementos, entre los que destacan fines inherentes al orden político, que justifican la institución del poder como son precisamente los valores esenciales del individuo, para los que el Estado hace las veces de medio de realización. En conclusión, el Estado coexiste en el plano de la realidad y en el de la Etica, lo que le determina una condición teleológica encarnada en la dignidad humana conciliada con el bien común. Las teorías que personifican al Estado carecen de una sustentación empírica o fáctica, y tienden a menospreciar cualquier elemento que contraríe la pretensa omnipotencia del poder político. La teoría Kelseniana de la identidad Estado-Derecho desconsidera también un reducto de la realidad estatal determinante, el mundo de los hechos y el reino de los valores, visto que son metajurídicos, serían por ello ajenos al Estado. El nexo que nosotros imaginamos entre el sistema jurídico y el estatal es genético, la relación es de estrecha interdependencia, podría decirse de consubstancialidad y concomitancia sin identificación; se trata de fenómenos interpenetrados.

Partiendo de la base teórica antes expuesta hay que recurrir aún a la Teoría del Estado a fin de dilucidar el lugar correspondiente a los derechos fundamentales, que presentan por -- cierto una curiosa característica a propósito de las comunidades políticas; hemos aspirado a reconocer un conjunto de valores innatos al ser humano en cuanto tal, y que dimanen de su más originaria condición; pero esas cualidades, en virtud del ser particu

lar del hombre, si bien son propias e intrínsecas en cada uno en su irreductible individualidad, sólo tienen sentido en el seno de la sociedad, en relaciones transsubjetivas; el hombre ha de ser libre, pero frente a otros o de otros, libre en el sentido jurídico naturalmente: qué decir de la igualdad, los términos de la comparación son seres humanos, dos al menos. En fin, por muy inherente que sea una libertad fundamental, tendrá siempre asiento y manifestación en la sociedad; la sociedad a su vez no existe natural y espontáneamente, ha asumido la forma histórico-política del Estado que es el método de su ordenación y estructuración. El presupuesto de todo Estado es una comunidad, el hombre vive y evoluciona agrupado, su natural sociabilidad, genialmente descubierta por Aristóteles, dota al homo sapiens de la capacidad y la necesidad de subsistir en un agregado, pero no un agregado acéfalo sino organizado; en este punto de las consideraciones hacen aparición los dogmas históricos del Estado Moderno; autores innúmeros aportaron ideas esenciales para la erección del modelo teórico del Estado Moderno que es a la vez democrático, al menos parcialmente, y también de derecho.

Supuesto que el hombre convive en una sociedad, y que la supervivencia de ésta precisa de un orden más que espontáneo, resulta obvia la necesidad de instituir un centro de poder; pero, ¿Cómo se organiza políticamente una sociedad, en manera que sirva a fines básicos de seguridad, paz, justicia y respeto a la dignidad del hombre?, la respuesta emitida, y que hasta ahora es la

de mayor solidez, es de un modo aproximado la siguiente (no sin - antes advertir que conforme a un criterio personal hemos eliminado muchas alternativas teóricas, pero con la dispensa de intentar en cada elección la fundamentación respectiva):

Es elemental principio que así como el hombre posee el derecho inalienable de su libertad, de manera idéntica, las comunidades humanas aspiran a una suerte de libertad acorde con su naturaleza, conocida con el nombre de soberanía; no nos interesa aquí discernir la cuestión de los vínculos particulares de cohesión que permiten considerar o denominar a un conjunto de hombres, como comunidad política o sociedad civil digna del atributo de la soberanía, ello excede a la intención del presente trabajo. En este orden de ideas prosigue la determinación conceptual de la soberanía; Tena Ramírez la ha definido como la "Autodeterminación de la voluntad colectiva de un pueblo" ²⁹ en realidad la característica de autogobierno no recae difusamente en todo el agregado social, al contrario va a concretarse en una instancia de poder; - Rousseau remite la noción de poder y de voluntad general al llamado pacto social, su teoría contractualista consiste básicamente - en estimar el estado social del hombre como un producto de una alianza entre todos, que hasta antes del pacto poseían una libertad irrestricta, y mediante el contrato social abandonan su condición de libertad sin cauces y unen sus fuerzas para defenderse de la naturaleza; la primera resultante del contrato social es una - voluntad general titular del poder y distinta de la mera suma de las voluntades individuales, además posee la capacidad y título -

suficiente para imponer coactivamente sus determinaciones, que - por otra parte se orientarían al interés común; el contractualismo refuta la concepción del origen divino del hombre monárquico, y da paso a la conceptualización de la soberanía como ejercicio - de la voluntad colectiva, radicándola en el pueblo.

La conclusión es categórica, la soberanía reside "esencial y originariamente en el pueblo", sin embargo una cosa es la titularidad de la soberanía y otra muy distinta es su ejercicio; convenimos en que ella es un atributo esencial del poder supremo e independiente del Estado y que, como la doctrina francesa y -- Hobbes han tenido a bien precisar, la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible, pero su ejercicio tiene muy distinto carácter y puede asumir dos formas básicas, una directa y otra indirecta; por ejemplo, en las ciudades-estado griegas predominaba la vía directa, al congregarse la Asamblea de ciudadanos en el ágora para la discusión de los asuntos públicos; cabe hacer mención que los ciudadanos representaban menos de la veinteaava - parte de la población total, el ejercicio directo era factible; - en la actualidad la situación es opuesta, el crecimiento demográfico explosivo ha determinado la necesidad de recurrir a la forma indirecta, la atrofia de las comunidades humanas ha sido un proceso gradual y ya encontramos órganos de representación incluso en Roma (los tribunos); el concepto madura en la Edad Media con los Estados Generales Franceses y sobre todo con el Parlamento inglés con su afán denodado de controlar la autoridad monárquica; arriba

mos finalmente al Estado MODERNO donde adquiere su perfil actual el ejercicio indirecto de la soberanía. Las condiciones son esquemáticas, la situación demográfica contemporánea impone la absoluta necesidad de la vía indirecta y con ella se da lugar a la práctica de la representación política; el pueblo no ejercitará directamente su potestad soberana, y para tal efecto, designará electivamente, por medio de un sufragio universal y secreto, los representantes llamados a cumplir con el ejercicio de la función soberana.

Ahora bien, dado que la soberanía es la capacidad de - autodeterminación de la colectividad, están en ella comprendidas posibilidades múltiples, entre otras, la autolegislación, esto es, la expedición de las normas fundamentales propias de una sociedad civil determinada. El gobierno efectivo de una comunidad es la - culminación de un proceso donde se han dispuesto muchos elementos formales y materiales; estamos situados apenas en los inicios del proceso jurídico-político. El poder del órgano que hemos descrito recibe el nombre de constituyente y su ejercicio de la soberanía no debe ser confundido con la función gubernamental de los órganos del poder público; el poder del Estado siendo soberano como - como comentamos ya no es ilimitado, antes al contrario, es un poder de Derecho Exteriorizado en actos jurídicos insertos en un orden de regulación objetiva, el poder no puede prescindir del Derecho, lo crea con relativa libertad para después someterse a él; - en otros términos, el poder se autolimita porque es intrínsecamen

te jurídico; el orden normativo podrá acaso ser modificable, reformable o adicionable pero nunca violable ni para el Estado, que debe en cambio no sólo observarlo sino hacerlo observar. La soberanía se expresa en la determinación del orden normativo que reglará al gobierno de la comunidad política; hemos dicho que una de las potestades soberanas, seguramente la principal, es la facultad constituyente, y se hace consistir en el establecimiento de un conjunto de normas fundamentales que tienen por objeto organizar al Estado sometiendo sus autoridades al orden creado. Merced a la técnica de representación política se ha constituido un órgano soberano constituyente denominado ordinariamente Congreso Constituyente; el ejercicio de la soberanía se va a concretar, no en el gobierno directo de la comunidad, sino en la elaboración del sistema normativo fundamental conforme al cual dicho gobierno será ejercido. Una vez que se cumpla el cometido, el Congreso Constituyente puede correr dos suertes distintas, ser disuelto o continuar en el desempeño de sus funciones; es el momento oportuno para hacer una distinción básica motivo de históricas polémicas; nos referimos a la clasificación de Sieyès en órganos constituidos y en órgano constituyente; el único órgano soberano es el -- constituyente y no gobierna, faculta para gobernar, a través de un instrumento denominado Constitución en el que se establecen los poderes constituidos, así como el ámbito de facultades a que cada uno ha de sujetarse; los poderes constituidos a su vez, ejercen las atribuciones que expresa y limitativamente les ha conferido

do el Congreso Constituyente, sus facultades son determinadas y heterónomas, en consecuencia no son soberanas, están investidos de otra calidad llamada imperio que deriva de la Constitución.

La atención se concentró primeramente en la soberanía, de ella pasamos a una de sus derivaciones, la principal, o sea el poder constituyente, el siguiente elemento a examinar es el acto constituyente y soberano por excelencia, la Constitución, que es la ley que rige leyes y la autorización de autoridades. El Congreso que la crea tiene la función especializada de delegar las funciones gubernamentales a órganos por él mismo instaurados para ése fin; el Congreso confiere atribuciones y los poderes públicos las ejercitan, el medio para llevar a término la función constituyente es la ley fundamental, cuyo contenido es libremente establecido por el Congreso, mientras que los poderes constituidos se ciñen a una competencia delegada. Finalmente es en el seno de la Constitución en donde localizamos a los derechos del hombre, son una de las partes vertebrales de cualquier ley fundamental; empero ellas son sólo una porción de la regulación constitucional; el contenido de una Carta Magna es amplísimo, y en esa virtud haremos una breve mención de sus principales materias:

- a) Primeramente se procede a la determinación de la estructura—ción y funcionamiento del Estado, para lo cual la Constitución crea y organiza a los distintos poderes públicos;
- b) Al crear la Constitución los poderes constituidos, delimita el ámbito de actuación de cada uno, otorgándoles un conjunto de atribuciones específicas que reciben el nombre de competencia;

- c) Los dos incisos previos han versado sobre la organización gubernamental, éste en cambio atañe a la relación del poder público con los particulares y es aquí precisamente, en el capítulo de los derechos del gobernado donde figuran los derechos del hombre;
- d) Las decisiones políticas fundamentales también son incluídas, junto con la elección de las formas de Estado y Gobierno.

En realidad los aspectos mencionados son reductibles a dos; por una parte, el establecimiento de los órganos del poder público con la demarcación interna de su competencia, o determinación de sus relaciones entre sí; la segunda parte es la delimitación externa de la orbita competencial de tales órganos, pero éstas limitaciones son deducidas a contrario sensu, la porción de la que habalamos es la declaración de derechos, que tiene señalamiento explícito de las constituciones. El ámbito reservado a los individuos es un complejo de libertades frente a las cuales debe abstenerse el poder público de intervenir; el catálogo de derechos fundamentales se erige como el núcleo alrededor del cual orbita toda la organización estatal; el axioma elemental, para la autoridad es "lo que no está expresamente permitido está prohibido", en tanto que para el individuo es a la inversa "lo que no está expresamente prohibido está permitido". Sobre esos dos principios se erige toda la construcción del orden estatal; se ha visto en ellos la posibilidad de restringir efectivamente la actuación del Estado. La Constitución, como delineación básica de la organización de una comunidad, puede revestir dos formas diversas, la -

rígida y la flexible; el poder constituyente al momento de ejercerse la soberanía, puede ser depositado bien en una asamblea legislativa ordinaria de carácter permanente; o bien recaer dicho poder, en una asamblea transitoria y especial que desaparecerá una vez promulgada la Constitución; en el primer caso el poder legislativo ordinario ejercita la soberanía autodeterminando su ámbito de competencia, y la posibilidad de modificar, reformar o adicionar la Constitución se lleva a cabo por los medios ordinarios con los que se elabora cualquier norma; en el caso de la rigidez no hay dualidad de competencias en el órgano legislativo, - el constituyente otorga competencia, el constituido la ejercita, - y aparte, el documento constitucional tiene un rango supremo respecto a todas las demás leyes que tienen en él su fuente común de validez formal. El concepto de Constitución es susceptible también de entenderse en dos sentidos diversos; la Constitución real que representa la estructura fundamental del Estado, y la Constitución formal, que es el documento que un Congreso Constituyente representativo expide en ejercicio de su soberana potestad para determinar la estructura del Estado. La Constitución como un cuerpo sistemático de preceptos reunidos unitariamente en un documento -es decir, la Constitución formal- no tiene una presencia constante en todos los regímenes históricos, a diferencia de la real que es una necesidad indefectible; por último, en relación a la Constitución hay que precisar que tiene dos partes esenciales: la dogmática y la orgánica; en ambos términos está la respectiva sig

nificación, la porción dogmática es la declaración de derechos, - el conjunto integrado de libertades fundamentales que el poder público se compromete a respetar y hacer respetar, pero tanto el ámbito resultante del reconocimiento a cada ser humano de valores - fundamentales e inviolables, se traduce para la autoridad en el - límite exterior de su competencia; la parte restante se denomina orgánica y contiene la designación de los órganos del poder público con su consiguiente distribución de atribuciones, proclamándose el principio de separación de poderes, como un recurso para dividir materialmente las funciones, y sobre todo como una garantía interna para delimitar el comportamiento de cada instancia de poder gubernamental.

El papel que los derechos del hombre desempeñan trasciende con mucho el que superficialmente sugieren las consideraciones precedentes. De principio advertimos que la autodeterminación soberana que pretende ejercitar el Congreso o Asamblea Constituyente, es libre formalmente hablando, pero de facto, cuando - dicho cuerpo se integra, sobrevienen muchas restricciones que sirven de cauce y orientación a las determinaciones adoptadas; hay - factores reales y no se diga la impuesta necesidad de reconocer una dignidad humana anterior y superior al Estado, que termina por expresarse en un catálogo de derechos fundamentales. En otro respecto, el Estado de Derecho que muchos autores definen pobremente como la sola sujeción del ejercicio y alcances del poder a un orden jurídico objetivo, no es meramente tal sujeción; el principio

antecedente de condicionar la validez de un acto de autoridad a la observancia de un ordenamiento superior, especialmente si dicho acto redundaba en la afectación de intereses individuales, es nombrado por la doctrina como principio de legalidad, y siendo vital para el Estado de Derecho, no es el único elemento, y al menos comparte importancia con otro que por sí mismo justifica la integración de cualquier agregado social, naturalmente nos referimos a los derechos humanos. Diríamos que el Estado de Derecho contiene un elemento formal y otro material o sustantivo, el formal es el necesario sometimiento del ejercicio del poder a una legalidad suprema o constitucional; y a renglón seguido aparece el elemento material consistente en toda una primacía axiológica inviolable que comprende entre sus valores a la dignidad de la persona humana; podría afirmarse que el sistema de control y división del poder no es más que mero instrumento para la consecución, de un orden de fines superiores; prevalecen dentro del orden de fines, los valores personales armonizados con la noción de bien común. El poder se divide y se controla para tutelar a los derechos humanos. La diferencia entre el Estado de Derecho formal y el material es la misma que existe entre la legalidad y la legitimidad; la primera es una conformidad externa, formal, en tanto la segunda es una justificación estimativa de la institución del poder.

El Estado de Derecho comprende todo un espectro de instituciones, características del Estado MODERNO como forma histórica, y aparte dedicadas a garantizar en la medida de lo posible un

sistema político respetuoso de la dignidad humana. Una enumeración de las principales revelaría la interrelación tan profunda - que media entre ellas, de hecho puede sostenerse que una implica a la otra; por ejemplo, la integración de un Congreso Constituyente supone la representación política de los miembros del Congreso; la división de poderes conlleva el establecimiento de un límite a la actuación de los órganos del poder público; la delimitación de la competencia de los órganos, a su vez redunda en la reserva de un ámbito de libertad a los particulares. Los derechos humanos es el fin donde todas las instituciones del Estado Moderno desembocan directa o indirectamente; en el enlistado que prosigue omito ex profeso el Estado de Derecho por considerarlo más que una institución, la suma de todas ellas que concurren a afirmar a los derechos humanos como el cauce del poder político:

- a) La radicación popular de la soberanía, por medio de la cual el pueblo ejerce su autodeterminación y afirma su conciencia histórica de los valores;
- b) La representación política a dos niveles: integración de un Congreso Constituyente, para la elaboración de una ley fundamental que someta el poder, a un orden normativo; el segundo nivel es la designación de los titulares de los poderes constituidos para el ejercicio de la función gubernamental conferida por el Constituyente;
- c) La elaboración de una Constitución por el Congreso Constituyente, conteniendo dicho acto la regulación de la estructura y fun-

cionamiento del Estado en general; y en lo particular procede a la creación de los órganos del poder público y delimitación de sus órbitas competenciales respectivas; asimismo suele consagrar la Constitución una declaración de derechos que representa propiamente la constitucionalización de los derechos humanos, contra los cuales la autoridad pública debe abstenerse de intervenir; - hay por otro lado, una garantía jurídica que beneficia al orden constitucional y que es conocida por parte importante de la doctrina como la supremacía constitucional, que significa inoponibilidad ante la Constitución de cualquier precepto, y por lo tanto, subordinación de todas las normas a la ley fundamental, so consecuencia de incurrir en inconstitucionalidad, que significaría invalidez o nulidad del precepto; recuérdese que la Constitución es la fuente de validez formal de todas las normas del sistema, y - que además una pluralidad de normas se convierte en un sistema unitario, precisamente por la posibilidad de referirlas a un título común de validez;

d) La división de poderes es lo que algunos tratadistas han señalado como una garantía interna, en contraposición a la declaración de derechos que sería una garantía externa, y sirve a varios propósitos a la vez; importa para los derechos humanos el que la separación de poderes, primero lleve a efecto una distribución material de las funciones, que se basa en la sola división del trabajo, y es por ello que en cada caso predominan actos de una naturaleza determinada; pero el propósito más relevante de la divi--

sión orgánica es el visualizado por Montesquieu, es decir, el establecimiento de límites a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, a fin de que ningún poder avasalle a los restantes, gracias a un sistema de pesos y contrapesos tendiente a garantizar el equilibrio de los poderes, y consecuentemente, a procurar una mayor seguridad a las libertades fundamentales;

c) El control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de autoridad; éste es el auténtico medio de garantía orientado a convertir las declaraciones abstractas de derechos en realidades efectivas; esencialmente se ejercita el control, mediante la revisión de los actos del poder público, previa impugnación de los afectados por la determinación injusta. Hemos utilizado el vo cable "jurisdiccional" para designar al control constitucional, en virtud de que implica un criterio material referido a la naturaleza de los actos que emite el órgano revisor, un criterio constante, a diferencia del errático término "judicial" que se circunscribe a designar al órgano, sin ocuparse de los actos que expida, luego entonces es más preciso y comprensivo el primer calificativo porque la voz "jurisdiccional" abarca a todos los tribunales que no perteneciendo formalmente al poder judicial, sin embargo e ejercitan la función de dirimir controversias concretas;

f) Poder judicial o judicatura independiente; ésta institución es complementaria de la anterior y mira a consolidar la autoridad efectiva del órgano que se encargará de proteger los derechos del hombre; sobre todo para asegurar objetividad, imparcialidad y pre

paración en el pronunciamiento de sus resoluciones; visto que el poder legislativo, y más aún el ejecutivo, en un momento dado pueden sobresalir respecto de los otros, y claro, el crecimiento desequilibrado de la autoridad atenta contra el principio antitético de la libertad individual; pero justamente para ése se instituye el control jurisdiccional de la constitucionalidad, para restablecer el orden constitucional violado; cabe puntualizar aquí mismo que el control del que hablamos puede ser total, si tutela todas las instituciones constitucionales, o bien parcial, si sirve sólo a un grupo de ellas; nos interesan, de los sistemas parciales, aquellos que tienen por objeto de protección especialmente a los derechos humanos;

g) Sistemas de control constitucional; sería un absurdo establecer un tribunal sin procesos o juicios mediante los cuales impartiera sus resoluciones; son conceptos fundamentales de la Teoría General del Proceso tanto la autoridad jurisdiccional como el proceso por el que ésta actúa; en el presente caso concurren un órgano jurisdiccional con competencia revisora y un juicio o proceso para preparar y emitir las resoluciones que bien pueden invalidar o confirmar el acto de autoridad reclamado;

h) Personalidad jurídica del Estado; mediante ella el Estado es abstraído como un sujeto de derecho colectivo y unitario, centro de imputación de las conductas de los funcionarios.

Los derechos humanos dependen íntegramente de las instituciones del Estado Moderno para alcanzar una vigencia real; por

cierto, en ocasiones muy frecuentes, ni siquiera todos éstos instrumentos satisfacen el propósito de garantizar el respeto a la dignidad esencial del hombre. Casi todas las Constituciones del mundo salvaguardan las libertades fundamentales, si bien lo hacen en distinta forma técnica y para ejemplificarlo ensayamos la siguiente clasificación del lugar que ocupan las declaraciones de derechos en relación a la Constitución:

	material y	Preámbulo-(Constitución francesa de 1946); capítulo propio (parte dogmática-Constitución mexicana de 1917).
Incorporadas en una Constitución formal	formalmente	declaración anticipada a la Constitución: (declaración francesa de 1789- anticipada a la Constitución de 1791).
Marginales a una Constitución formal		Declaración en leyes ordinarias - complementarias (tabla alemana de derechos de 1848). Declaración en leyes constitucionales autónomas- (Bill of Rights de 1689).

Pero no obstante el movimiento constitucionalista, las violaciones se suceden en una cadena interminable en la mayoría de las naciones; muchos esfuerzos parecen en balde, lo que no desalienta para proseguir; y nos inspira en las palabras de Guillermo de Orange cuando se revelaba al imperio español en el siglo XVII: "No necesitamos esperanza a fin de obrar, ni necesitamos triunfar a fin de preservar".

Para agotar el tema de la posición desempeñada por los derechos del hombre en el contexto del Estado de Derecho y Consti

tucional, sólo destacamos que el sistema político más conveniente a las libertades humanas es necesariamente la democracia; la representación política es tan sólo un corolario de la necesidad de autodeterminación de una cierta comunidad en la que la participación en las decisiones estatales es indirecta, por la imposibilidad material de participar de otra manera. El ideal de la democracia como autogobierno popular garantiza un mínimo de libertades - indispensables para el desenvolvimiento humano. En el esquema que antes describimos la democracia está implícita en varios momentos, y el principio de sufragio universal, puntal de cualquier democracia, es en sí mismo un derecho humano de carácter político. En síntesis, la democracia interactúa con los derechos fundamentales en dos planos: a un nivel de condición de organización política - en la que las libertades democráticas coadyuvan al respeto de los derechos mínimos; y el segundo plano es la ponderación de valores políticos que constituyen por sí mismos todo un complejo de derechos humanos en su manifestación política. Sin embargo concluimos observando que las mayorías por unánimes que sean, carecen de sus intento alguno si pretenden desentenderse de los valores fundamentales del hombre.

7.- CARACTERIZACION FORMAL.

Caracterizar formalmente a un derecho subjetivo, como son los derechos del hombre, tiene cierta complejidad, las razones son varias, verbigracia: el proceso histórico de un derecho - fundamental positivo esencialmente dinámico; la duplicidad del ca

rácter de los derechos fundamentales como derechos naturales y como positivos a la vez; las formas múltiples que los derechos humanos asumen en los distintos sistemas jurídicos, etc.; éstas son algunas de las diferencias que hacen escurrir la concreción de caracteres formales, pero toda la diversidad hemos intentado ahondar en el ser esencial de los derechos fundamentales. Hacemos desde ahora una prevención, hay muchas modalidades en la forma de las libertades; cuando lo consideremos pertinente haremos énfasis en las excepciones a la genérica manifestación formal de los derechos humanos.

El tratamiento de las características de los derechos fundamentales merece antes una observación insoslayable; los derechos del hombre no son por sí mismos derechos subjetivos dotados de existencia jurídico-formal, ésa existencia jurídico-técnica es un ropaje, una envoltura con la que los valores esenciales del hombre se exteriorizan en el ámbito social normativo. Pero en todo caso, es una grave confusión pensar que los bienes vitales del hombre, invariablemente asumirán la forma de derechos subjetivos públicos donde el Estado figura como sujeto pasivo; es una absurdo, insistimos, el equiparar a los derechos del hombre con el régimen público de las declaraciones de derechos; es una noción demasiado pobre y estrecha, además de incorrecta e imprecisa. Los derechos fundamentales positivos son derechos investidos de eficacia, estatalmente reconocidos y beneficiados con la garantía de la coercibilidad; los derechos humanos, en cambio, son exigencias

ideales, valores autónomos, y su obligatoriedad dimana de su intrínseca justificación; prescinden para poseer su validez estimativa de cualquier reconocimiento político; son anteriores y superiores a la sociedad y al Estado; mientras que los derechos positivos son el derecho existente, los naturales son el derecho esencial o contenido jurídico ideal. Los mundialmente difundidos catálogos constitucionales de derechos individuales no son más que una proyección de los derechos humanos elementales en el ámbito de las relaciones jurídico-políticas entre los individuos y la autoridad pública; las "garantías individuales" son el reflejo de los derechos humanos en la estructura de la organización estatal; -- existe un proceso de interiorización de los valores esenciales - del hombre en el orden jurídico- positivo de una comunidad, por - virtud del cual, el reino axiológico permea, penetra el derecho, e irriga varias de sus materias: estamos de hecho frente a una fuerza real del orden positivo que determina el contenido de ésta de modo substancial; las libertades esenciales se diseminan por todas las instituciones jurídicas, informando el contenido de distintas materias, de las que la constitucional es sólo una de -- ellas, si bien la más importante. La conclusión es categórica, - los derechos humanos impregnan todo un sistema jurídico, y la declaración constitucional que los programa es uno de los aspectos de su incorporación, incluso, hay valores fundamentales no formulados explícitamente, que no obstante ello, son tutelados por disposiciones diversas, en las que no siempre el Estado es el sujeto

del deber. Los derechos del hombre no siempre se manifiestan formalmente como derechos subjetivos públicos, el caso concreto del derecho a la vida ilustra muy diáfananamente la situación; todas - las conductas que atentan sin justificación contra ése bien son - objetos de la reacción social organizada más enérgica de todas, la sanción penal; por ello se han tipificado delitos como el homicidio, el aborto, el parricidio, etc. En un orden positivo determinado subyace todo un conjunto jerarquizado de valores, una interpretación vital del universo que expresa las inquietudes, los temores, los ideales y las aversiones de un grupo humano; ésta comprensión vital de las cosas adopta el recubrimiento, la máscara - de la imperatividad jurídica, y no es concebible ni sensato que - en el contexto de la convivencia social, los bienes del hombre - sean protegidos solamente por la autoridad; como si la autoridad fuera la única entidad capaz de vulnerar ésos bienes; la autoridad estatal es el sujeto de muchos deberes de manera exclusiva, pero otros tantos los comparte con cada uno de los súbditos del Estado; considerar que sólo el Estado es el sujeto pasivo de los derechos humanos equivale a decir que sólo él los puede violar, y que sólo él por consiguiente, está obligado a su respeto. El problema de todas maneras no se agota ahí, hemos dicho que un mismo bien puede ser tutelado por un complejo orgánico de normas, extendidas a varias materias, así la vida es protegida por normas penales y constitucionales principalmente; pero las distintas protecciones establecidas van constituyendo relaciones jurídicas parti-

culares muy frecuentemente se verifica la tutela bajo la forma de garantía individual en la que el Estado y el particular son los términos de una relación jurídica concreta; en lenguaje técnico se diría que se trata de un derecho subjetivo público con un sujeto pasivo individualmente determinado que es el Estado; en otras ocasiones el mismo valor es salvaguardado, pero ante los particulares a través de un derecho absoluto tácitamente estatuido, como el precedente ejemplo del derecho a la existencia, que es correlativo no ya de un deber de una sola persona, sino de una obligación universal de respeto. También puede acontecer que el derecho particular del que se hable, por su propia naturaleza, implique forzosamente al Estado como el destinatario del deber; tal ocurre con el derecho social fundamental conocido como seguro de desempleo, en el que la administración pública debe una prestación positiva, concretamente la provisión de una suma periódica a los individuos afectados por el fenómeno de la desocupación; un derecho de semejante naturaleza no puede ser exigido sino al Estado en su función de gestor social.

A las anteriores dificultades se agrega una más para indicar las características de los derechos humanos, y ella es la precisión de la función específica que con respecto a ellos desempeña el Estado. El Estado guarda con el derecho positivo en general, y con los derechos fundamentales en particular, una relación desdoblada en dos momentos: el Estado en su calidad de sujeto privado o persona desprovista de autoridad, está obligado a cumplir

con las obligaciones genéricas del orden jurídico, concretamente en lo que se refiere a los derechos fundamentales, está obligado a respetarlos; pero siguiendo la teoría de la doble personalidad del Estado, se descubre que el deber se extiende de observar el orden a hacerlo observar, de respetar los derechos fundamentales a hacerlos respetar también; El Estado tiene una responsabilidad dual, ambivalente, naturalmente a consecuencia de los dos géneros de deberes que se le imputan; primariamente, un deber simple en relaciones de coordinación con los particulares, o incluso de supraordinación en el ejercicio de la potestad administrativa, pero siempre figurando como parte en una relación jurídica independiente y autónoma; y posteriormente el Estado ya actúa como instancia jurisdiccional solucionando conflictos y restableciendo el orden conculcado; pero en éste segundo tipo de relaciones el Estado hace obedecer el Derecho; porque la autoridad política es la depositaria privativa de la función de proveer al cumplimiento del derecho objetivo; simplificándose el contraste encontramos que en la primera instancia el poder público es el destinatario directo de un deber en una relación jurídica independiente; y en la segunda faceta de la actuación estatal se ha superpuesto al deber una obligación de carácter distinto en donde el Estado tiene el poder y el deber de imponer el cumplimiento del orden normativo; - por lo tanto el poder público cumple las obligaciones propias y - provee al cumplimiento de las ajenas, de ahí que su responsabilidad se magnifique; y si una violación a una norma queda impune, -

el Estado participa de la responsabilidad en su propio ámbito: cualquier tipo de impunidad o falta de aplicación de un precepto es una responsabilidad estatal; luego entonces, se manifiesta la razón por la que cualquier atentado contra los valores fundamentales aparece ulteriormente como una responsabilidad del poder público, y aunque el Estado no sea el agente directo de las transgresiones a los derechos humanos, siempre existirá una responsabilidad subyacente por parte de los órganos del poder público, o sea que el Estado responde por la retribución de los actos ajenos; éste es en lo que respecta al cometido centralizado del Estado de aplicar el derecho objetivo.

La función que el Estado centraliza de aplicar el derecho es la causa histórica por la que al poder político se le imputan las violaciones reiteradas de los derechos del hombre, ésto como una deducción del deber estatal de procurar efectividad a la norma; no importa que no haya sido el Estado el autor de las violaciones, basta la impunidad para constituirlo en cómplice. Sin embargo a pesar de todo lo expresado, el gobierno sigue siendo el principal agente de vulneraciones a los valores elementales del hombre, y no es casualidad que el contenido de ellos vaya a plasmarse perfectamente en las declaraciones de derechos con la función garante del Estado, que no sólo se abstiene de violarlos, si no que también reprime las violaciones de otros; es decir, el Estado garantiza los derechos.

Después del conjunto de observaciones ya expuestas, po-

demos comprender la politización de los derechos humanos que entrañan, de modo constante, una connotación ideológica y política; el poder siempre está tras de ellos, y por tal motivo suele designarse erróneamente al Estado como único violador de las libertades esenciales.

Ahora estamos en condiciones de perfilar formalmente a los derechos del hombre; haremos una mención sucinta de sus caracteres principales:

Tal vez la característica más generalizada y que no admite excepción, es la inalienabilidad o intransmisibilidad de los derechos del hombre, poco importa que sean derechos subjetivos públicos o privados, son invariablemente inherentes a la persona y por lo tanto no son separables de su titular; y categóricamente ordenado por los sistemas positivos cualquier acto jurídico privado o público que tenga por objeto la pretendida transferencia o enajenación de un derecho fundamental, estará afectado de una nulidad absoluta, y en ciertos casos hasta de inexistencia, o dicho más genéricamente, estará afectado de invalidez.

Una cualidad complementaria de la antecedente es la irrenunciabilidad de los derechos humanos; de hecho la implicación es la misma, el titular no puede perder su derecho voluntariamente, la diferencia estriba en los efectos concretos de la renuncia y la enajenación de un derecho; técnicamente apreciamos que la primera es una forma de extinción de la facultad jurídica, en tanto que la segunda es una transmisión de la facultad, ésta subsis---

te pero con otro titular. En la perspectiva de los bienes esenciales del hombre es lo mismo, el derecho es consubstancial e inseparable de su titular; es obvio que la renuncia de lo irrenunciable es inválida.

En el mismo plano de conceptos destaca la imprescriptibilidad, los derechos no se extinguen con el paso del tiempo aunado a la falta de ejercicio; visto que el derecho es inherente a su titular, la persona lo conserva tanto de sus actos voluntarios como del transcurso del tiempo. Una deducción de las características mencionadas es que los derechos humanos protegidos son la consecuencia del supuesto de ser humano se adquieren por el nacimiento, y algunos hasta por la fecundación, y se pierden por la muerte.

Son taxativos; proceden siempre del conjunto de normas llamadas ius cogens o de orden público, caracterizadas por tener una obligatoriedad incondicional e independiente de la manifestación de voluntad de las partes en la relación.

Sin duda que la característica que a continuación mencionamos es común a la totalidad de los derechos humanos; nos referimos a la limitación de extensión de las facultades; no es lo mismo absoluto que ilimitado, al menos respecto de valores vitales; son absolutos por el hecho de no admitir condiciones de espacio y tiempo su titularidad; ilimitados significa que atribuyen facultades libres de toda restricción; los derechos fundamentales son todos limitados. La sola circunstancia de coexistir los derechos de varios, implica la limitación de los derechos de cada uno;

aparte de la posibilidad de compatibilizar las libertades de todos según un criterio justo de distribución, resulta indispensable precisar las condiciones concretas en las que el valor se tutela, de las que proceden por lo demás consecuencias diversas; el más sagrado de los derechos, pongamos por caso el derecho a la vida, se compromete en un conjunto de situaciones particulares; en los supuestos de la legítima defensa y el estado de necesidad el derecho autoriza a matar. Los derechos del hombre son valores abstractos y su inserción en la realidad acarrea muchas consecuencias, recién vimos una excepción al derecho a vivir. Desde el punto de vista natural, y a veces hasta ético, es inexplicable; se trata de un conflicto de derechos y deberes incompatibles, en el que es preciso ponderar los valores postulados en cada alteranativa y estarse a la posibilidad más noble. Se puede simplificar el problema de la limitación de los derechos, remontándose a uno de sus rasgos esenciales, la universalidad; o sea que todos los seres humanos son titulares de una idéntica calidad, y todos poseen substancialmente los mismos derechos; luego, si todos tienen los mismos derechos, para que puedan coexistir hay que delimitarlos; dos entes análogos e infinitos no pueden subsistir simultáneamente en el mismo espacio. Las facultades de un sujeto concluyen donde principian las de los demás. El hombre respeta en los derechos ajenos a los propios; la subsistencia de un derecho propio está condicionada por el respeto ajeno, como viceversa, la supervivencia del derecho ajeno depende del respeto propio. Hay una mani-

fiesta interdependencia en el orden de los derechos fundamentales. La extensión de las facultades reconocidas resiente una delimitación, facultades omnímodas se destruirían recíprocamente; hay que añadir que las facultades que el derecho concede, sobre todo en materia de libertad e igualdad, no pueden dejar de ser limitadas, paradójicamente, la libertad que otorga el derecho es en sí misma una libertad coartada; el poder hacer de la libertad natural se filtra por el deber ser normativo, no se puede hacer lo que no debe hacerse de la comunidad. El albedrío adquiere fronteras y es amputado; las libertades, por antonomasia, son un poder con límites, mesurado, y la libertad jurídica se sustenta en la limitación que le da forma. En general todos los derechos humanos tienen una extensión circunscrita, pero la constricción del valor fundamental no podrá arribar jamás hasta el punto que implique la negación del bien que se intenta garantizar; suele suceder que los derechos reconocidos por el Estado son una transacción entre las partes que propugnan y las que resisten la proclamación de dichos derechos; y el reconocimiento es un pacto, una fórmula conciliatoria de intereses; en medio de la complejidad de nuestra sociedad presente, es admirable la infinidad de factores reales que concurren en la determinación del contenido de un derecho; por eso los alcances así como las fronteras de una facultad determinada son la resultante final de la interacción de muchos elementos; y a causa de ello, todo bien normativamente reconocido es tutelado en cierta medida; en otras palabras, el reconocimiento es sus-

ceptible de graduación, más aún, no hay proclamaciones absolutas. En realidad se trata de un imperativo práctico, la profusión infinita de situaciones interpersonales, de relaciones humanas, supone un encuentro o confrontación de valores, ya sean de diferentes personas, o bien del Estado contra la persona humana; los mencionados valores contienden, y el conflicto precisa resolución; el expediente necesario ante esa controversia es el pronunciamiento que el Estado se sirva emitir para dar término a la confrontación; a veces los problemas son dramáticos, debido a la exigencia o decisión de satisfacer un interés en detrimento de otro. La conclusión es natural, los derechos humanos también responden a necesidades de la colectividad; la noción de abuso del derecho exhibe que el poder del individuo se extienda hasta no dañe a un tercero sin mediar utilidad o beneficio para sí; el egoísmo liberalista de facultades omnímodas, ha sido remplazado por la idea de los derechos subjetivos en beneficio de la comunidad, derechos con función social, inspirados en las teorías solidaristas, entre las que destaca la de Leon Duguit.

Hasta aquí hemos examinado características formales comunes a todos los derechos fundamentales una vez que han sido positivados; intransmisibilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad y limitación; pero existen muchos rasgos, aunque ya no indefectibles en todos los derechos, sí al menos en distintas especies típicas. Citaremos los principales caracteres.

Los derechos humanos al exteriorizarse adoptan una de -

dos formas posibles, son derechos subjetivos privados o públicos; el ejemplo típico de la primera especie serían algunos derechos de la personalidad, en Alemania Federal verbigracia; existe "un derecho general de la personalidad" para exigir coerciblemente ante los tribunales el respeto a la personalidad humana; un ejemplo similar lo constituye la responsabilidad por daño moral reglamentada en el Código Civil del D.F., en el artículo 1916. En estos dos supuestos el valor esencial del hombre se tutela mediante un derecho subjetivo privado; sus características pueden hacerse extensivas a cualquier derecho subjetivo privado protector de la esencial integridad humana; primeramente sobresale el carácter absoluto de la facultad reconocida, el sujeto pasivo de la relación jurídica es universal, el derecho es correlativo de una obligación universal negativa, la prestación o contenido de la obligación es negativa también; la totalidad de los seres humanos, hecha la exclusión del titular de la facultad, debe una abstención; el respeto en que se hace consistir la obligación se manifiesta como la ausencia de perturbación o interferencia en el libre ejercicio del derecho elemental a cargo de su titular; por tanto el atributo formal del derecho privado que tutela un valor humano esencial, es el de ser siempre correlativo de una obligación universal de respeto; finalmente podemos decir de la facultad que es erga omnes por el carácter del sujeto pasivo.

El contraste se lleva a efecto cuando se comparan los casos anteriores con los de los derechos subjetivos públicos, que

ciertamente revisten una mucha mayor importancia y son auténticamente los derechos fundamentales; las declaraciones constitucionales de derechos postulan y proclaman un complejo unitario de valores, según cierta jerarquía material, y los dogmas promulgados — que se desprenden son el eje de todo un sistema jurídico particular; una de las razones que favorece la superioridad de un derecho constitucionalizado es como sabemos la supremacía constitucional. Ahora bien, no todos los derechos públicos están constitucionalizados, pero genéricamente los que lo están son los más vitales de una sociedad en un momento histórico determinado. En el particular de México los derechos adquieren la forma y nombre de garantías individuales, denominación que ya antes criticamos; y — el carácter de derechos subjetivos públicos, como el de todos los del género, es el de relatividad; mientras que el derecho privado (excepcional por cierto) es absoluto, el público naturalmente es relativo; la relación jurídica constituida tiene los dos términos siguientes; el sujeto activo es el ser humano en su intrínseca calidad, pero el sujeto pasivo en esta ocasión está singular e individualmente determinado, el obligado es el Estado, y particularmente algunas de las autoridades públicas dependiendo del derecho en cuestión. El objeto del derecho al igual que el sujeto, ha experimentado cambios importantes; la prestación no necesariamente es negativa con una abstención o inactividad por contenido; los llamados derechos sociales implican una obligación positiva — del Estado, que se erige en gestor del bienestar social procuran-

do medios y condiciones a los particulares: lo mismo acontece con los derechos que Jellinek clasifica como derechos de clasificar - la intervención del Estado para dilucidar intereses particulares, ejemplo del derecho de acción encaminado a la función jurisdiccional. La conclusión es que los derechos del hombre cuando se arropan de derechos subjetivos públicos, son ipso facto derechos relativos, con el Estado como obligado y con contenidos diversificados, prestaciones positivas y negativas.

Siguiendo la línea de ideas nos vemos forzados a considerar la clasificación de los derechos humanos después de haber intentado descubrir algunos de sus matices formales al emerger a la superficie del derecho positivo, ya fuere en calidad de derechos subjetivos privados o públicos.

8.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Atinadamente han observado diversos estudiosos que siempre una clasificación debe responder a un propósito práctico, en el caso concreto que nos ocupa esperamos deducir una utilidad pedagógica y sistemática clarificando la naturaleza y la evolución de la concepción y de la puesta en práctica de los derechos del hombre. Se expondrán únicamente algunas clasificaciones, seleccionadas en base a su lucidez y agudeza.

La clasificación más difundida los subdivide en derechos políticos, civiles, sociales, económicos y culturales: como se advertirá, la ramificación obedece al carácter material de los

intereses tutelados. En realidad son reductibles a dos grupos básicos, primero los civiles y los políticos, y finalmente los sociales, económicos y culturales; el criterio para la diferenciación parece ser el contenido material de las facultades proclamadas, pero indiscutiblemente que es a la vez el orden histórico de aparición; el surgimiento de una nueva especie no excluye a las precedentes aunque sí influye en su sentido; los derechos de libertad por ejemplo, no son lo mismo en el apogeo del liberalismo que ahora, momento en el que el concepto de función social presiona fuertemente en las estructuras normativas. El conjunto orgánico de los derechos plantea la permanente posibilidad de un conflicto, así como también la necesidad de una armonización en un sistema integral. El fenómeno histórico es el de la acreción o acumulación de las libertades; la idea ha precedido al hecho, y una nueva libertad enriquece el patrimonio de las generaciones presentes y futuras. Históricamente los primeros derechos en aparecer fueron los civiles y los políticos. Los derechos civiles tutelam los valores más intrínsecos del hombre en su abstracta condición, todos los bienes propios de la radical individualidad de cada uno; los derechos políticos garantizan democráticamente la participación del ciudadano en la vida pública del Estado, como otros autores han precisado, para concurrir a la formación de las decisiones o voluntad estatales. Los derechos civiles tienen de común — con los políticos que suponen el mismo tipo de obligación de parte del Estado, una prestación negativa de abstención o tolerancia

ante los individuos. En otro respecto, los derechos económicos y sociales tienen una interdependencia que los hace inseparables: - el cambio de concepción del hombre que en ellos se pone de manifiesto, es producto histórico de la reacción del siglo pasado y - el presente contra el liberalismo económico, abstracto e ideal - desligado de su circunstancia concreta a igualdad formal ante la ley sumada a una libertad irrestricta de los sujetos, no tardaron en generar la insultante desigualdad social del capitalismo liberal; terminó por comprenderse que la libertad formal era una libertad para morir de hambre y para explotar sin reparos a las clases débiles; Radbruch considera que la nueva concepción retoma al hombre, pero en ésta ocasión se trata de un "individuo socializado y concreto", inserto en su realidad social; el grave error en que incurrió el liberalismo fue haber olvidado que en la libertad hay un presupuesto e ingrediente material, y son las condiciones reales que posibilitan el ejercicio de un derecho; el Estado asume la obligación y el consiguiente poder, de intervenir en la redistribución del ingreso y la institución de la asistencia social; era preciso coartar cuanto antes, la libertad de los grupos económicos poderosos y prepotentes; en el nuevo orden económico, los bienes, repartidos más equitativamente, extenderían la auténtica libertad humana. Nos apropiamos de las palabras tan contundentes de García Mirón, para fundamentar los derechos sociales y económicos: "Nadie tiene derecho a lo superfluo, cuando alguien carece - de lo indispensable"; de nada sirve ser titular del más ambicioso

enlistado de derechos fundamentales, si materialmente no se los - puede ejercer; ésa es exactamente la función del nuevo Estado social, repartir o redistribuir la riqueza y con ella la libertad, - por tal razón, autores como Zippelius plantean el problema de la "distribución social de la libertad"³⁰. La consecuencia jurídico-técnica de todo éste contexto es que los derechos sociales y económicos imponen al Estado una prestación positiva, la procuración de los bienes o condiciones materiales que posibiliten el desenvolvimiento o desarrollo de la libertad personal; se ha pasado de la igualdad ante la ley a la igualdad de oportunidades cuyo aseguramiento compete a la autoridad gubernamental. En relación a la - estructura de las llamadas libertades positivas cabe hacer una observación ; tienen a nivel formal características distintivas; el contenido de la prestación estatal es positivo, la titularidad - del derecho social y económico es individual; pero el derecho subjetivo es atribuido al sujeto que es su titular, en razón de su - pertenencia a un grupo social determinado, por lo tanto, el derecho es social, no porque una colectividad sea la titular, el derechohabiente lo sigue siendo el individuo, y el carácter colectivo de la facultad deriva del criterio que inspira su otorgamiento o atribución. Finalmente, para esclarecer el contraste ideológico e histórico entre los derechos civiles y políticos, y los sociales y económicos por otro lado; creemos muy ilustrativas las explicaciones de Sergius Hessen: las libertades pueden subdividirse en dos especies antitéticas; las negativas, representadas por los de

beres de abstención del Estado, la igualdad formal ante la ley como una garantía contra el trato arbitrario del Estado, y también las instituciones políticas que establecen una comunicación democrática entre el gobierno y los gobernados; pero confrontadas a tales libertades negativas, emergen libertades positivas consistentes en la acción gubernamental que asegura oportunidades y provee condiciones materiales a través de servicios públicos y nivelación de desigualdades; la diferencia entre uno y otro género de libertades estriba en que las negativas son, en conceptos Aristotélicos, la potencialidad, y las positivas son el acto, las negativas son estáticas, y las positivas más que un estado de cosas, son un proceso dinámico en el que la potencia se convierte en acto. En los derechos civiles y políticos los valores dominantes son igualdad y libertad; pero para los derechos sociales y económicos es más propio hablar de igualación de lo que es de por sí desigual, y liberación de lo que está sujeto.

Complementa la clasificación un tercer género de derechos que presupone a los anteriores y que es nombrado por la opinión pública mundial como el complejo de derechos de "la tercera generación", o bien, culturales, y que comprenden derechos colectivos de las comunidades a la preservación de su identidad, o incluso derechos eminentemente individuales que tutelan atributos espirituales del ser humano, verbigracia, el artículo 15 del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales - que a la letra dice "los Estados partes en el presente pacto reco

nocen el derecho de toda persona a :

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". La citada disposición revela derechos protectores de las más elevadas necesidades humanas, y se garantiza a la vez el individuo el acceso al patrimonio universal de la cultura.

Las diversas especies de derechos humanos expuestas es la clasificación mayoritariamente aceptada, y además los instrumentos interacionales que estructuran la protección universal de los derechos del hombre acogen íntegramente esa sistematización: en primer término obra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a renglón seguido el complementario Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. La agrupación de derechos en cada convención obedece a un interés más práctico que doctrinal, a saber: la institución de un orden protector común a los derechos de naturaleza afín.

Sin embargo, abundantes analistas han propuesto las clasificaciones más variadas, y para el efecto de enriquecer la sistemática hemos seleccionado las que nos parecen más originales y prácticas. Los criterios, desde luego ofrecen muchas posibilidades, pero dominan: la posición que desempeña el Estado, y la natu

raleza propia del particular derecho humano. Por último, quisieramos hacer una diferenciación sucinta entre los derechos del hombre y los derechos de la personalidad.

Una de las más divulgadas clasificaciones es la llevada a cabo por Jellinek que propone la división tripartita de los derechos fundamentales; los parámetros considerados son : la función del Estado, la intención que anima a la tutela estatal y la estructura del propio derechos subjetivo. Las especies son: el status negativo, el activo, y el positivo; ahora bien, en general se entiende por status del individuo, el complejo de derechos subjetivos que el ser humano tiene frente a la autoridad de la comunidad a que pertenece, de consiguiente se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, donde el Estado es el sujeto pasivo. El primero de los status es el negativo o libertatis, en el que el Estado garantiza al individuo un radio de acción libre de toda coerción exterior, para lo cual a los órganos del poder público se les imputan deberes de abstención ante una esfera privada privativa de la persona humana; la práctica del *laissez faire* en el sistema jurídico provee a los hombres de una libertad mínima para cumplir su destino personal; junto al status pasivo, se yergue el status activo, por medio del cual el ciudadano participa en la integración de la voluntad política, el status *activae civitatis* confiere al individuo el poder de desempeñar — funciones orgánicas y los actos por él realizados en ejercicio de sus funciones son imputados a la persona jurídica del Estado; fi-

nalmente se complementan las obligaciones de la autoridad pública con el status positivo, en él, la administración estatal asume el deber de proveer servicios y condiciones para posibilitar el ejercicio de la libertad.

Otra clasificación de interés es la realizada por --- Schmitt que concibe tres modalidades básicas de derechos fundamentales, una de ellas a su vez objeto de subdivisión; los tres tipos o clases de derechos son: primeramente las garantías individualistas y liberales que contienen atributos humanos anteriores y superiores al Estado, el cual por su parte reconoce inevitablemente una realidad que ya existe; las garantías individuales, o, derechos individuales más correctamente dicho, se ramifican a su vez en dos especies, los derechos de libertad del individuo aislado, y los derechos de libertad del individuo en relación con otros; tienen de común los dos géneros que comprenden ámbitos de libertad inviolables tanto para el Estado como para el individuo. El segundo grupo de derechos abarca derechos "del individuo en el Estado como ciudadano", con facultades todas ellas de carácter democrático. El género final está constituido por los derechos — del individuo a prestaciones positivas del Estado actuando como gestor del bienestar social. Con fines sistemáticos reproducimos a continuación un enlistado o catálogo, ensayado por Schmitt, de las distintas esferas de libertad:

Derechos de libertad individualistas:

Libertad del individuo <u>aislado-</u>	. Libertad en relación con otros <u>individuos-</u>
libertad de conciencia	. libre manifestación de las opi- niones
libertad personal	libertad de discurso
propiedad privada	libertad de prensa
inviolabilidad del domicilio	libertad de cultos
secreto de la correspondencia	libertad de reunión
	<u>libertad de asociación</u>
Derechos político-democráticos del individuo en el Estado como <u>ciudadano.-</u>	. Derechos del individuo a presta- ciones sociales del Estado.-
Igualdad ante la ley	derecho al trabajo
derecho de petición	derecho a la asistencia y socorro
sufragio universal	derecho a la educación, formación
acceso igual a los cargos pú- <u>blicos.</u>	e instrucción.

Vale la pena, hacer una aclaración del anterior catálogo; dista mucho de ser una enumeración acabada de los derechos humanos posibles, pero aspira a enunciar los valores fundamentales de los - que se desprende cualquier derecho concreto.

Para dar conclusión a éste inciso sólo resta intentar - una distinción esencial entre los derechos humanos y los derechos de la personalidad que el Derecho Civil pretende reclamar para sí; únicamente por ahora y a fin de clarificar la confusión existente ----

en relación a los derechos de la personalidad, optaremos por el empleo de la expresión derechos humanos, en virtud de que la voz derechos del hombre ha tendido a revestir una connotación política, y ése es el origen de la distorsión de conceptos. Los civilistas pretenden haber encontrado un ámbito exclusivo de la persona humana, los derechos de la personalidad cuya regulación quedaría a cargo del Derecho privado, y cuya forma o estructura es la de un derecho absoluto o erga omnes; tales derechos de la personalidad son inherentes al individuo, originarios e innatos, y protegen necesidades, atributos e intereses estrictamente individuales, los llamados por la doctrina bienes constitutivos de la personalidad; se trata por lo tanto de derechos subjetivos privados irrenunciables e intransferibles que tutelan bienes personales, determinados y concretos. Hasta aquí se observan notables similitudes con los derechos humanos, incluso las definiciones que enseguida transcribimos avicinan aún más los conceptos en referencia: (Gangi) son los que tienen por objeto "el goce de bienes fundamentales de la persona", o bien (Ferrara) "los que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo al señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales", o tal vez los derechos encaminados a (Díez, Díaz) "regular las diversas proyecciones físicas o psíquicas de la persona misma", y - por último (Degni) "derechos subjetivos particulares que encuentran su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espí-

ritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y su actividad", la confusión se consuma al reparar en algunos de los bienes que protegen los derechos de la personalidad, como serían ¡el derecho a la vida!, el derecho a la libertad en muchas de sus manifestaciones, etc. Los derechos de la personalidad parecen ser derechos humanos privatizados y tutelados preferentemente por el derecho civil; pero la realidad es muy distinta. Cada orden de derechos subjetivos, tanto los humanos como los de la personalidad, integran sistemas alrededor de un concepto o ideal fundamental que les sirve de núcleo, es ahí precisamente donde radica la diferencia substancial entre uno y otro grupo de derechos; recordamos la sugerencia de Kadbruch al plantear que para conocer a la imagen de hombre concebida en una sociedad cualquiera, basta advertir las facultades y bienes que el legislador ha decidido garantizar a las personas; pues bien, el hombre concebido por el legislador al establecer los derechos de la personalidad es un hombre individualista, dueño absoluto y exclusivo de sí mismo, no sin algunos matices de egotismo que el derecho objetivo llega a tutelar; el fin a que directamente aspiran desembocar los derechos de la personalidad es a la individualidad en su más egocéntrica expresión, por más que los civilistas la denominen "personalidad", hasta el vocablo "personalidad" contiene ésa significación, la personalidad humana a la que aluden es única, individual, irrepetible, personalista, y lo evidencia los términos utilizados: "Señorío de su persona"; -

"goce de nosotros mismos", "diversas proyecciones físicas o psíquicas de la persona misma", etc. La situación descrita se agudiza con el repertorio o cauda de consecuencias jurídicas imputadas a la violación de los derechos de la personalidad, todas ellas - traducidas en moneda; en efecto, del Derecho Civil se deducen antes que cualquier otro tipo de acción, acciones patrimoniales a título de reparación indemnización así se intente reparar a la misma vida; lo anterior no implica que la indemnización o reparación pecuniaria no deba proceder o establecerse por el legislador, significa sólo que las pretensiones de los derechos de la personalidad son completamente distintas de las aspiraciones de los derechos humanos. Los derechos humanos los posee el hombre por el hecho mismo de serlo, y representan un conjunto de valores sagrados para la persona humana, no se inspiran en el concepto individualista de la personalidad, sino en el noble destino que está llamado a cumplir el hombre; vienen al caso las palabras de Kant en relación a la dignidad que es el eje de los derechos humanos: "Lo que se halla por encima de todo precio y por tanto no admite nada equivalente, éso, tiene una dignidad". Indiscutiblemente que es de mucho mayor amplitud, bondad y trascendencia el orden de los derechos humanos que el de los de la personalidad; es pertinente calificar su relación como de subordinación; media entre los dos una prelación axiológica donde reinan los valores humanos fundamentales sobre los valores de la personalidad, se trata en suma de una jerarquía de valores. Sin embargo no se desconsidera el ho

cho de que un mismo bien puede ser contenido de ambos tipos de de rechos; se verificaría una identidad de objetos indirectos en ambos derechos. Recordamos que una obligación o derecho cualesquiera tiene dos objetos: el directo que siempre consiste en un acto humano, ya sea acción o abstención; y el objeto indirecto que es el bien sobre el cual versa el acto humano; así el derecho a la vida es derecho de la personalidad y concomitantemente derecho humano; el bien tutelado es el mismo, la vida, pero si bien hay identidad de objeto indirecto, es muy diverso el propósito que alienta a cada derecho; en el derecho de la personalidad, la vida está al ser vicio humano y en el derecho humano la vida humana es un valor au tónomo y supremo. A la persona le ocurre un hecho muy distinto en cada caso, consideramos que los derechos subjetivos se constituyen en un proceso o en una transición, en la que somos algo antes de ejercer las facultades, y devinimos algo distinto después de haberlas ejercido; en los derechos de la personalidad el hombre se convierte en un individuo y en los derechos humanos el individuo se convierte en un hombre, en un ser humano, el valor universal somete al individual.

La consecuencia práctica que desprendemos de ésta discriminación es que los derechos de la personalidad deben servir a los derechos humanos, por lo que el derecho privado debe reforzar suplementariamente a la tutela constitucional, penal, administrativa y del ramo social en general, encaminada a los derechos huma nos; sin perjuicio de que el derecho civil se reserve derechos e-

sencialmente privatistas y los regule con relativa libertad, relativa decimos, porque aunque pueda consagrar los valores individualistas, no puede evidentemente faltar a los principios de jerarquización formal de las normas jurídicas.

9.- DERECHOS HUMANOS EN PARTICULAR.

Todos los caracteres antes enunciados vienen a plasmarse en derechos específicos que universalmente son reconocidos; y aunque no lo sean por algún gobierno espíreo, no pierden por ello su plena validez intrínseca. No se trata el presente inciso de hacer una enumeración acabada y exhaustiva de los derechos humanos posibles, tal tarea es irrealizable, hay infinidad de valores fundamentales que justifican la existencia de un derecho del hombre concreto, por ello la sociedad humana de manera incesante, descubre a cada instante un nuevo bien elemental digno de protección; el principal factor en la emersión de un valor a la superficie — del derecho, es la presión ejercida por las violaciones persistentes a dicho valor. Visto lo anterior, hemos optado por exponer algunas consideraciones en torno a derechos humanos a veces genéricos, porque es frecuente el caso en el que la libertad en cuestión es en realidad, todo un género de libertades específicas; es más — correcto nombrarlas ámbitos de libertades, donde varias manifestaciones se agrupan en un mismo rubro de genérica libertad. Hechas estas observaciones procedemos a exponer derechos humanos determinados:

Derecho a la vida.- El derecho humano a la vida es lógicamente el primero de todos; constituye la vida el valor primigenio, el soporte o presupuesto de cualquier otro bien a cuyo goce pudiera aspirar el hombre; la más enérgica de las tutelas penales, la justifican los delitos que atentan contra la vida junto con los delitos que amenazan la organización estatal; la primacía que detenta la vida como existencia misma del ser humano, en la actualidad ha sido reconocida; pero hemos de recordar que en el pasado, el derecho a vivir se subordinaba a múltiples derechos de inferior jerarquía, es el caso de Roma, caracterizada por su régimen jurídico de despotismo patriarcal, el pater familias tenía el poder de disponer la muerte de los sujetos a su autoridad (esposa, hijos, esclavos, etc) denominado ius vitae necisque. En el presente, ningún sistema jurídico que se precie de serlo puede carecer de protección a la existencia misma de una persona humana; Kant consideraba que la vida del hombre no sólo tenía un inmenso valor sino un valor infinito, entre otras razones, por ser la condición de posibilidad en todos los demás bienes; mientras un hombre posee vida, con él subsistirán sus esperanzas y una dignidad inestimable que claudicará cuando se haya exhalado el último aliento; por lo anterior, la vida es condición, posibilidad y esperanza; su preservación es el objetivo primario de toda organización estatal. El derecho a la vida es consagrado tácitamente en la mayoría de las legislaciones; más bien la técnica jurídica de tutelar la vida ha sido reprimir cualquier conducta que la vulnere o la amenace.

ce. El derecho humano en cuestión ha inspirado un cúmulo de disposiciones que proveen un repertorio de circunstancias distintas, - materialmente es posible encontrar preceptos en todas las materias, particularmente la penal que es la más drástica. El derecho civil regula el derecho en referencia como de la personalidad, atribuyendo consecuencias patrimoniales a su violación. Analizando la - naturaleza del derecho se advierten paradojas verdaderamente dramáticas, es tan intensa y tan esencial la necesidad de la existencia, que el derecho a vivir puede contener el derecho a matar; - por eso se exime de responsabilidad al hombre que mata para no morir en los supuestos de legítima defensa o estado de necesidad. - Mención aparte merece la facultad que se reservan y ejercen algunos Estados de imponer la pena capital, pero siempre en respuesta a un crimen de la mayor gravedad. Por otra parte, el derecho a la vida implica no sólo la obligación universal de respeto, sino en ciertas circunstancias, una acción positiva de asistencia o rescate cuando un hombre se halle en peligro de morir, y la consecuencia de omitir auxilio es incluso una sanción penal, pero, si bien la vida es el derecho humano más elemental y sólo a partir de ella pueden concebirse los otros, la vida, al menos la humana, no se agota en el hecho de la existencia biológica, alguna vez preguntaron a Alejandro Magno a quién debía más, si a su padre Filipo II o a Aristóteles su maestro, a lo que respondió "a mi padre debo que viva, pero a Aristóteles debo que viva como humano", la vida en síntesis es movimiento, mas un movimiento pleno de sentido y -

dignidad, aparte de fecundo en ideales, valores y también vilezas; La vida es objeto de la protección más atenta, pero no desprovista de limitaciones; el derecho a la propia vida supone el respeto de las ajenas.

Derecho a la salud y derecho a la integridad corporal.- Los anteriores derechos tienen una comunidad de origen, se inspiran en un mismo valor, la mejor vida biológicamente posible; no basta con que el hombre viva, hay vidas precarias y sombrías que son un avance de la muerte misma; el ser humano se halla dotado de un complejo de funciones orgánicas y psíquicas, tributarias unas y otras de la propia vida, pero no cualquier vida sino el estado más optimo. Ante ése imperativo se adoptan normas de la más distinta especie, desde la norma penal que define y sanciona a las lesiones, - hasta la prescripción constitucional que impone al Estado el deber positivo de prestar el servicio público de salud, y también - puede obligarse eventualmente a un particular en una situación - de urgencia, caso de una institución hospitalaria privada a la que acude un enfermo de gravedad, aún no teniendo medios económicos - para sufragar los gastos. Hacemos énfasis en el hecho de que se - trata de derechos distintos que formalmente poseen manifestaciones diversas. El derecho a la integridad corporal se suele deducir a contrario sensu en las legislaciones penales que determinan como delictivas las conductas que dañan ése bien, en normas secundarias y prohibitivas; existe asimismo una acción civil para exigir judicialmente la reparación del daño, además de la acción por da-

no moral. EL derecho a la salud a diferencia del anterior, principalmente se reclama al Estado, deudor de una prestación positiva; naturalmente un derecho de ésta índole está condicionado en su existencia real por el desarrollo económico y social de una nación determinada; se debe agregar asimismo, que tal derecho no está - constitucionalizado más que en algunos países económicamente desarrollados. Finalmente señalamos la principal afinidad que comunica a los dos derechos tratados, que es precisamente conjurar - cualquier disminución más o menos grave, del ser posible que hay en un hombre.

Derechos de libertad.- Todos estos derechos tienen como característica común, ser correlativos de obligaciones negativas cuyo - contenido se resuelve en una abstención, ya sea del Estado o de los particulares; el espectro de libertades incluye ciertas actividades del hombre esencialmente políticas, verbigracia la libertad de reunión, otras en cambio tienden al ámbito privado de la - vida humana, como la libertad de trabajo. Es oportuno decir que - existe una libertad por antonomasia, de carácter genérico y contrapuesta a la esclavitud, en el sentido de considerar a todos - los hombres iguales entre sí, de consiguiente, la igualdad y la libertad guardan una estrecha vinculación. En la ennumeración que prosigue, reconocemos libertades físicas y psíquicas, sin embargo, resulta obvio que la libertad psíquica es relevante jurídicamente en la medida en que se exterioriza, y el ámbito interior del hombre deviene de ésa manera relevante para el derecho; pasamos a la

enunciación de las libertades, ante todo considerando que en realidad toda libertad es a la vez interior y exterior.

Libertad de pensamiento.- Probablemente el elemento más distintivo del hombre en cuanto especie, sea su capacidad de excogitar; - vienen al caso las palabras de Descartes: "dubito ergo cogito, cogito ergo sum", el ser humano ejerce su individualidad, antes que nada pensando, el pensamiento es una de las proyecciones más contundentes del ser, y por otra parte es el antecedente necesario de toda creación o manifestación humana deliberada; es exactamente en el interior de la conciencia donde existe la libertad - originaria, ya lo ha dicho Rabrindanath Tagore: "La libertad en el sentido de mera independencia es insignificante. La libertad perfecta radica en la armonía de las relaciones que proceden, no del conocer, sino del ser", o tal vez según dijo Tiruvalluvar "Aquellos a quienes la razón habla de lo que está bien y está mal - son hombres". La libertad de pensamiento es salvaguardada perfectamente por derechos subjetivos públicos.

Libertad de creencias y de culto.- En realidad se trata de dos momentos de un mismo proceso espiritual, la creencia es la convicción interior, de conciencia, en un ser o en una entidad superior a los hombres y fin de su devenir; el culto comprende más bien un conjunto de prácticas exteriores en las que se ejercen las creencias. Indiscutiblemente que el presente derecho es una de las condiciones vitales de cualquier cultura, y su conquista ha costado más sangre tal vez que ninguna otra libertad, los testimonios his

tóricos son patéticos; un ejemplo fiel de la extinción de toda una cultura es el etnocidio perpetrado por los españoles durante la conquista, faltando a un derecho esencial de libertad mística extendido en Mesoamérica y sostén de todos los valores éticos y metafísicos; la historia testifica las consecuencias fatídicas de tal atrocidad; diríamos para revelar la naturaleza de éstas libertades que, más que violadas son profanadas. Por último, reproducimos las palabras plenas de misticismo de Santa Teresa de Jesús: "Vivo sin vivir en mí, y tan alta vida espero, que muero porque no muero". La religión aparece como una caricia de la eternidad; el Estado asume la obligación negativa de tolerar, de permitir.

Libertad de expresión y de prensa.- Este derecho es el basamento de cualquier régimen que aspire a ser democrático; la expresión, ya sea oral o escrita, es el momento externo y final del proceso mental de raciocinio; al referir el término "expresión" se contempla el sentido más lato al incluirse toda exteriorización de una idea. Mediante la expresión, la idea trasciende hasta el exterior en una intercomunicación entre los seres humanos. La libertad de manifestación de las ideas remite su enorme importancia al hecho de la sociabilidad del hombre. Una concepción pasa de la existencia psicológica a la social, cuando se la expresa. Por otra parte, esta libertad es el instrumento ideal que la opinión pública explota como mecanismo correctivo del autogobierno. Autores como Louis Henkin han encontrado en una prensa libre e independiente, una de las más seguras garantías para imponer efectivamente el -

respeto de los derechos humanos. En una organización política la libre prensa es la posibilidad de comunicación entre el pueblo y el gobierno, a más de dar lugar a un foro de discusión donde se perfeccionen las ideas. Conviene agregar aquí que sin libertad de prensa no hay ni democracia, ni observancia de los derechos del hombre.

Libertad de reunión y libertad de asociación.- El hombre dentro de la sociedad tiende a cumplir sus propósitos de consumo con otros sujetos, o bien, a manifestar colectiva o públicamente una posición compartida. Estructuralmente la diferencia entre la asociación y la reunión, ha sido ya puesta al descubierto por los tratadistas: la asociación tiene un carácter orgánico, estable y permanente, en tanto organización; la reunión es la congregación transitoria de un grupo de personas para hacer pública una manifestación, la asociación da lugar a una persona jurídica nueva reconocida por el Estado, cualidad de la que carece la reunión. Pero el substrato de ambos derechos es similar, se inspiran en la necesidad e interés de los individuos de coordinar sus esfuerzos para la consecución de un fin común social y éticamente aceptable, esto es lícito y legítimo. El Estado formalmente asume la obligación de reconocer la asociación formada y consentir la reunión o mítin llevados a cabo. Las limitaciones de las libertades pueden recaer, bien en la finalidad de la asociación o en la forma de constituirla; las manifestaciones a su vez admiten restricciones diversas, principalmente la exigencia de paz y respeto en su eje-

cución.

Libertad de circulación.- El ser humano tiene una parte física de existencia, y por tanto espacial; un lugar físico es el hábitat del hombre, donde se sitúan los elementos y circunstancias de su contexto personal, y mediante los cuales el ser humano buscará la consumación de su ser; en consecuencia el espacio vital es una condición determinante en el hallazgo de la felicidad de cada uno. El Estado frente a esa realidad, no tiene más que permitir el desplazamiento de los individuos, desde el traslado para las actividades ordinarias hasta el cambio de residencia sin mayor documentación; las limitaciones a éste derecho obedecen naturalmente al interés público, y muy particularmente a los fenómenos en la dinámica de población.

Derechos de seguridad jurídica.- Guardan respecto de las libertades precedentes una diferencia esencial; en las primeras el Estado se abstiene de interferir o intervenir en el ámbito reservado al particular; en los derechos de seguridad jurídica, las autoridades públicas deben prestaciones de carácter positivo, destacando las garantías de naturaleza procesal. En realidad la función jurisdiccional es la principal fuente de los derechos subjetivos públicos, y constituye un servicio público estatal. Los derechos procesales son los más representativos de éste género y mediante ellos se organiza la actividad de impartición de justicia. En otro sentido, se involucran garantías fundamentales que son el puntal del Estado de Derecho, se trata de la garantía de legalidad,

fórmula de toda actuación por parte de una autoridad estatal; se somete un acto de autoridad y particularmente nos interesan los - afectatorios de intereses individuales- a un conjunto de exigencias normativamente establecidas. Consideramos innecesaria una explicación de cada uno de los derechos tutelares del individuo - frente a la autoridad; procederemos solamente a enumerar algunos de los más importantes, llamando la atención sobre el hecho de que ellos en su mayoría son derechos adjetivos e instrumentales, destinados a garantizar o asegurar el ejercicio de derechos sustantivos, tales como los derechos de libertad, y se resuelven en un código de conducta para el Estado, conteniendo procedimientos, - condiciones de validez de los actos, competencias, etc.

Los derechos son entre otros:

- a) Garantía de legalidad
- b) Libertad contra arresto y detención arbitrarios
- c) El derecho de petición pacífica
- d) Irretroactividad de la ley en perjuicio de terceros
- e) Derecho a juicio imparcial
- f) Prohibición de los tribunales ex post facto
- g) Generalidad de la ley
- h) Control de la legalidad constitucional
- i) El principio "non bis in idem"
- j) Exacta aplicación de la ley en materia penal, etc.

Derechos políticos.- Discurrir sobre la naturaleza de un derecho político, plantea primero la dificultad de definir su función de

tro de una organización ideológica particular; Sandifer y Scheman hacen hincapié en la necesidad insoslayable de no sólo proteger a los derechos políticos, sino también de instaurar una democracia - representativa, que se erige en la forma de gobierno más favorable al cumplimiento efectivo de los derechos humanos. El contenido de los derechos políticos se traduce en la participación de los individuos en la vida pública, en la concurrencia de los ciudadanos a la formación de la voluntad estatal. La función desempeñada por estos derechos es la de garantizar un autogobierno, y por ello son esencialmente democráticos, preservando en alguna medida el ejercicio directo de la soberanía popular, verbigracia la institución del referéndum; el derecho político es un medio eficaz para controlar la acción gubernamental, y de alguna manera tutela a todos los demás derechos humanos. Un derecho de indiscutible y objetiva validez sería el sufragio con los caracteres de universal, libre y secreto, a través del cual se manifiestan las voluntades individuales en el proceso político; sin él no es defendible ningún régimen gubernamental.

Derechos de igualdad.- La igualdad que consagra la ley - es de naturaleza formal y resulta una cualidad concomitante de su generalidad. La Ley, por definición, es general y abstracta; general - por aplicarse a todos los sujetos ubicados en las circunstancias del supuesto de la norma, y abstracta por regular sin distinción todos - los casos concretos que realizan su hipótesis; en la generalidad -- tiene lugar una indeterminación subjetiva, y merced a la abstracción

abstracción la norma posee una indeterminación objetiva. Sin embargo, la justificación va mucho más allá de la forma normativa; todos los seres humanos se hallan investidos de una dignidad esencial, y están llamados a cumplir un destino común.

Derechos económicos y sociales.- La igualdad que plantea la ley es eminentemente formal y ajena a las circunstancias concretas que envuelven al ser humano. Históricamente, la conciencia de su necesidad es una respuesta a la grotesca desigualdad e injusticia social del sistema económico capitalista durante el siglo XIX. En los derechos económicos y sociales el objetivo es una igualdad real y no formal; de hecho su presupuesto es la existencia de desigualdades, y su fin, suprimirlas; la justificación es convincente, un orden legal que castiga lo mismo a un rico que a un pobre por haber robado, desentendiéndose de la opulencia de uno y la miseria del otro, es una verdadera traición a la más elemental justicia. Para los derechos económicos y sociales el hombre está inserto en una condición de clase, y la debilidad de su pobreza finalmente se intenta compensar por diversos medios; el establecimiento de condiciones mínimas en la prestación del trabajo, el salario mínimo, la posibilidad de sindicación, el contrato-ley, la huelga, el fraccionamiento de latifundios, el crédito agrícola, la propiedad ojiñal, la asistencia social, el derecho a la educación, etc; son sólo algunos de los derechos que reflejan el cambio substancial en la concepción filosófica y económica del hombre, evitando, o dificultando al menos, la explotación del hombre

por el hombre. Lamentablemente algunos derechos económicos y sociales pueden contender contra libertades individuales, y si su propósito fundamental de redistribuir la riqueza, conculca derechos esenciales, se estará sacrificando absurdamente a las generaciones presentes, en aras de hipotéticas generaciones venideras. Es redundante detallar la naturaleza de éstos derechos, pero en todo caso repetimos que son correlativos de prestaciones positivas en su mayoría estatales.

La clase de derechos humanos reconocidos de más reciente aparición son los culturales que se hallan todavía en formación y están dirigidos a la espiritualidad más elevada y sutil del ser humano; tomado tanto individualmente como en una colectividad, la gama de derechos posibles es diversificada y comprende desde los derechos morales y patrimoniales del autor, hasta formas tan inéditas como la libertad de creación e investigación, o bien, el derecho a participar en la vida cultural. Existe un proceso incesante de revelación de derechos que el hombre deduce de su conciencia de necesidades y valores, y que no han sido aún objeto de una clasificación sistemática, tales como el derecho a la paz y el derecho a un medio ambiente sano. El contenido de éstos derechos lo expondremos en el inciso de la actualidad de los derechos humanos que procedemos a abordar, no sin antes haber reproducido el pensamiento de Sekou Toure, para expresar la mística de todo derecho humano sin importar la clase a la que pertenezca: "El valor del hombre no se determina ni por su color, ni por la -

religión, ni por la estatura, ni por la nacionalidad; el hombre -
vale por su grado de conciencia, su voluntad, y al mismo tiempo -
por su capacidad de creación puestas al servicio de la vida".

CAPITULO II.-

Problemática de los derechos del hombre.

1.- ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

"La promoción universal de los derechos humanos no solamente es una exigencia capital de nuestro tiempo sino que constituye además su característica propia y su título de honor con respecto a las épocas que le han precedido"³¹ Indiscutiblemente que la evolución de los derechos humanos dista mucho aún de haber alcanzado una etapa de madurez, sobre todo si se vuelve la vista a las brutales contradicciones del orden humano, pletórico de injusticias, desigualdad, miseria, armamentismo, etc. Las paradojas de la civilización actual, lamentablemente, se traducen con frecuencia en el detrimento o menoscabo de valores fundamentales de la persona, no obstante el desarrollo portentoso de la tecnología y con ella de la capacidad productiva de la sociedad. Existe todo un proceso histórico en la gestación de un derecho fundamental, - comenzando por su proclamación rebelde hasta arribar a su realización plena y efectiva. Sin embargo, es necesario hacer alguna precisión, al referir a los derechos del hombre en términos de fenómenos históricos, y más propiamente hablamos del hecho del reconocimiento o positivación de los derechos, visto que la existencia de un valor esencial trasciende el tiempo y el espacio. El derecho existe, no obstante no se le reconozca; naturalmente se trata de la confrontación clásica entre Derecho Natural y Positivo. En

la actualidad los bienes esenciales de la persona humana, han llegado a la etapa del reconocimiento formal- hecha alguna excepción-, pero su respeto efectivo aparece todavía quimérico. Mientras subsistan condiciones de facto que favorezcan la violación o desconocimiento de los derechos del hombre, de poco servirán todas las declaraciones que se consagren en los órdenes jurídicos; en consecuencia, la proclamación de un derecho es apenas una pretensión, que si bien puede dar paso a la instauración de un sistema de garantías, por sí misma no denota la realización del derecho proclamado. En las postrimerías de éste siglo XX los dilemas más dramáticos se centran en el agudizado desequilibrio socioeconómico tanto entre las naciones como al interior de ellas, al igual que el avance y expansión acelerados del poder estatal y organizaciones privadas en perjuicio de la auténtica libertad del hombre; no se puede desconsiderar tampoco la amenaza perenne a la paz mundial - que va minando la seguridad de todos y cada uno; en fin, sería incompleta cualquier enumeración de factores adversos a la estructuración de un orden justo, pero destaca la necesidad de la afirmación universal y absoluta de los valores inherentes a los hombres.

El proceso de positivación de un derecho humano describe varias etapas sucesivas; primero hay que considerar que todo derecho subjetivo entraña un valor objeto de la tutela jurídica; la facultad normativa resulta ser un medio cuyo fin es proteger, por vía compulsiva incluso, un bien del hombre; pero la necesidad

de protección es efecto de un estado previo de vulneración o violación, todo derecho humano hace manifiesta su existencia e indispensable su reconocimiento formal, una vez que se perpetran con frecuencia o regularidad amenazas o daños para tal bien fundamental; es el fenómeno psicológico de la representación mental del derecho subjetivo, y su antecedente inmediato es el sentimiento de injusticia; en otras palabras, es la exposición de un bien vital del hombre la que hace sentir la necesidad de consagrarlo en un instrumento normativo; en el momento en que ingresa a la conciencia la titularidad de un valor esencial, se imponen como objetivamente convenientes su salvaguarda y proclamación, independientemente de que la positivación del derecho acarree o no su respeto o realización efectivas. La humanidad contemporánea ha llevado a efecto toda una enumeración o catálogo de distintas exigencias fundamentales del hombre; la actividad de descubrimiento de derechos elementales ha reportado logros inestimables, pero éso no es todo, numerosos sistemas jurídicos, la gran mayoría, han incorporado un complejo unitario de derechos fundamentales contenidos en declaraciones constitucionales; sin embargo, media un verdadero abismo entre la inclusión formal de un derecho y su respeto efectivo. Ahora, los valores vitales de los hombres han sido reconocidos, proclamados constitucionalmente, más en muchas partes del orbe se perpetra sistemáticamente toda suerte de violaciones. La incapacidad de los gobiernos para garantizar una realización plena de los derechos del hombre, y además, su responsabilidad directa

en la vulneración de muchos de ellos, han imprimido un fuerte impulso a la corriente de internacionalización de la protección; - los argumentos son muy pertinentes, una falta a la dignidad de la persona atenta contra la humanidad entera, la responsabilidad es universal y por ello se han edificado estructuras supranacionales a través de distintos instrumentos normativos, de tal manera que dos convenciones internacionales y de alcance global en sus contenidos, entraron en vigor en los setentas para dar cumplimiento a los propósitos enunciados en la declaración de 1948; nos referimos por supuesto, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, - Sociales y Políticos, en vigor a partir del 23 de marzo de 1976; por otra parte, infinidad de convenciones especializadas han sido suscritas (Convención contra el genocidio 1978, contra la discriminación racial, de refugiados, etc); todo el sistema internacional tutelar de los derechos humanos es un reflejo elocuente de la preocupación generalizada que profesa la opinión pública mundial, ello a su vez es sintomático del estado de constante amenaza que recae sobre la dignidad del hombre; nunca es más evidente y objetiva la existencia de un derecho y la perentoriedad de su protección, que cuando ha sido persistentemente violado: el reconocimiento de un valor fundamental deriva principalmente de la exposición de ése derecho a transgresiones constantes, es en definitiva una reacción social para eliminar o disminuir las asechanzas contra el bien vital en peligro.

La internacionalización de la garantía de los derechos

del hombre se ha desmembrado en dos vertientes, la universal y la regional, sin que las dos coberturas se lleguen a excluir, antes al contrario, guardan una relación de complementación; hasta ahora el sistema más perfecto y eficaz de salvaguarda a los derechos en referencia es indudablemente el europeo, creado en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950, y que tiene la incalificable virtud de otorgar acción individual ante la Comisión y el Tribunal correspondientes, a las presuntas víctimas de afectaciones a sus derechos esenciales. Los sistemas restantes carecen de instituciones tan efectivas, y la soberanía de los Estados, o más precisamente la que los Estados entienden por tal, es el principal obstáculo a una vigilancia o custodia compulsiva y supranacional de los derechos humanos.

Las actividades emprendidas para dar realización a las libertades fundamentales son y deben ser de la más diversa índole; a éstas alturas podemos afirmar que la protección, tanto al interior como al exterior de los Estados, se desdobra o descompone en dos momentos o instancias sucesivas y complementarias; primeramente se trata de prevenir o conjurar las violaciones, esto es, de anticiparse a ellas a fin de evitar su perpetración; mientras que la otra alternativa es reprimir y reparar las violaciones que obviamente ya fueron cometidas; la primera vía es profiláctica y la segunda terapéutica. El derecho como ordenación de conductas tiene a su encomienda el restablecimiento de los valores vulnerados; pero cuando el derecho o la ley acuden a vindicar un derecho

elemental, es porque ya se le violó, la aplicación de una norma jurídica supone e implica el fracaso de la conciencia del hombre que aún no asimila la concepción de una dignidad suprema e intocable. La paradoja consiste en que precisamente la organización o institución cuyo cometido principal es velar por el respeto de los derechos individuales, se ha constituido en su más eminente transgresora. Ya muchos observadores han advertido que los derechos humanos se consolidan o fortifican en el espíritu mismo del hombre y no en mecanismos o garantías exteriores; dicho de otra manera, la garantía más sólida de los valores esenciales es su interiorización en la conciencia humana bajo la forma de una convicción auténtica. En esa virtud son la tradición y la conciencia egotimativa de una comunidad, el más incommovible basamento sobre el que se pudiera erigir un respeto efectivo de la dignidad de la persona. Nos parece natural que sea así, el Derecho Positivo representa la posibilidad de imponer compulsivamente una conducta que espontáneamente no fue realizada, se dispone el respeto forzoso de un valor que originariamente fue desestimado o conculcado; el sujeto que inicialmente desconoció el derecho, después le restaura por mandato de la ley o del tribunal, la voluntad del derecho suple a la voluntad de los hombres. Lo que sucede es que el precario entendimiento de los hombres, y no olvidemos que tras de una autoridad hay siempre uno de ellos, no ha sido capaz de profesar el respeto a la dignidad, se respeta a la propia dignidad en las ajenas, y vista la pobre comprensión de las cosas por parte -

de todos surge el aparato coercitivo para posibilitar nuestra -- existencia. En la defensa de los derechos del hombre el mandato -- de una ley o una convención, el fallo que un tribunal emita, son los últimos recursos y revelan la frustración de la sociedad en -- su propósito de armonizar el comportamiento de los individuos. El Derecho sanciona, castiga y reprime porque la sociedad no inculcó ó infundió respeto a los valores fundamentales, la orden reemplaza a la persuasión malograda. La primera de las alternativas planteadas es al fin de cuentas la más promisoría, prevenir antes que reprimir una conducta; a no dudar también en éste caso el derecho -- desempeña un cometido substancial, dado que no sólo es correctivo, sino a la vez persuasivo, y su poder alcanza al Estado mismo cuyas autoridades se someten a la égida de la norma. Sin embargo el derecho cumple la función de modo concurrente, considerada la enorme importancia que las ciencias sociales han cobrado en la actualidad; el interés así, ya no se va a centrar en comprensión -- del acto atentatorio contra los derechos esenciales; el propio Estado al vulnerarlos responde a ciertos intereses y circunstancias específicas. El primer paso en la labor de investigación, tiene -- lugar en la identificación y caracterización de la violación; con posterioridad se indagan las condiciones y factores sociales que favorecen la comisión de los injustos, que predisponen a coartar tal o cual libertad, tratándose incluso de un órgano del poder público; cuando se han precisado las condiciones que suscitan la -- violación, se procede a suprimirlas para eliminar el estado de he

cho indeseado, o al menos para reducir o desalentar los actos lesivos. Las ciencias sociales conceptualizan la violación como un fenómeno o hecho social con sus propios mecanismos de causalidad, y un estudio a profundidad de la situación de desconocimiento o transgresora, aportaría las medidas tomadas para eliminar las faltas a las libertades fundamentales. En realidad, el análisis adquiere una dimensión interdisciplinaria, y se impone la necesidad de conocer y estimular las condiciones concretas que posibilitan e intensifican el ejercicio de los derechos humanos, su realización y su garantía. Naturalmente que la operación o actuación del aparato coercitivo también puede ser objeto de examen con la metodología de las ciencias sociales, a fin de determinar las circunstancias para su funcionamiento óptimo; quedan de esa manera englobadas las instituciones formales para dar cumplimiento a los derechos en cuestión, los órganos, los procedimientos, etc. En síntesis, se deben adoptar dos posturas respecto de los derechos fundamentales, por una parte se induce su cumplimiento y por otra se impone.

Cabe observar que ahora que se avecina el siglo XXI la humanidad transita tal vez por el momento más crítico de su devenir histórico; vivimos en un mundo de incomprensibles contradicciones, donde la tecnología distrae su actividad en la creación de un arsenal apto para la destrucción del globo terráqueo en infinitud de veces; pero no es suficiente con esa cultura de guerra, coexisten otras calamidades, a saber, la ofensiva e incalificable

dsitribución de la riqueza, dentro de, y entre las naciones; éstas afirmaciones quedan plenamente demostradas al considerar que de los 5,000 millones de seres humanos existentes en julio de 1987 - unos 750 millones padecen grave desnutrición y viven muriendo en condiciones de absoluta miseria; los gastos bélicos son exorbitantes, el presupuesto militar tanto de países industrializados como de subdesarrollados es cuantioso, simplemente Irak lleva gastados en sus conflictos con Irán desde 1980 hasta julio de 1987 alrededor de 200 000 millones de dólares, cuatro o cinco veces su deuda externa que fluctúa entre 40 000 y 50 000 millones de dólares, y casi la quinta parte de la deuda externa mundial calculada en poco más de un billón de dólares; a éso añadimos el presupuesto -- anual proyectado por la Casa Blanca al Congreso en E.U. para 1988 que casi asciende a 280 000 millones de dólares; sólo las dos potencias tienen un arsenal nuclear estimado entre 10 y 12 000 cabezas nucleares; la desigualdad en el reparto de los ingresos es patética, el 80% de la riqueza mundial está concentrado en el 20% - de la población, que además produce el 90% de la contaminación en la tierra; se estima por último que entre 40 y 70 millones de seres humanos literalmente, mueren de hambre cada año. Es apremiante la reestructuración del orden mundial, y no únicamente del regional; por desgracia ese modelo o patrón de colonialismo económico e injusticia en la distribución del ingreso que impera internacionalmente, permea la organización interna de los Estados; las naciones, particularmente las subdesarrolladas, reproducen o in-

troyectan ése orden de desigualdad social, económica y cultural; por no ir más lejos, citamos el caso de México, una verdadera réplica de la desigualdad internacional en el ingreso, donde, según benignas y obsoletas estadísticas del año 1977 del Banco Mundial, un 10% de la población percibía el 41% del ingreso, mientras que a un 60% de la población correspondía apenas el 22% de la riqueza. Sólo para terminar de perfilar la situación caótica que se vive - referimos algunas estadísticas más: un informe de la FAO de 1981 estima que el 50% de la población de la tierra se encuentra en "estado de pobreza"; de los 50 millones de personas que mueran - anualmente, 17 millones son niños; de los 120 millones de niños - que nacen en el tercer mundo, cerca de 15 millones mueren antes - de cumplir 12 meses, a consecuencia de la severa desnutrición: un tercio de los menores entre 6 y 11 años en el mundo, no frecuenta la escuela y deben trabajar para contribuir al sustento de la familia; en 1980 un cuarto de millón de niños, quedaron ciegos a - causa del hambre; 25% de la población africana (aproximadamente - 500 millones de personas) consumen calorías por debajo del mínimo necesario; en fin, éstas siniestras estadísticas son del todo elo - cuentes y no reclaman mucha interpretación. En un contexto mun - dial así es un verdadero escarnio referir la proclamación o cons - titucionalización de los derechos humanos, del derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, etc. Algo de lo más reprochable es que los mismos "documentos de la FAO demuestran - que las deficiencias alimentarias están provocadas, no por el dé -

ficit de la producción agrícola, sino por la falta de distribución equitativa entre las naciones y entre los habitantes de cada país".

Las conclusiones que pueden deducirse de la procesión - de miseria e injusticia antes descrita, es que se hace urgente una reestructuración del orden económico internacional, ya insostenible a la luz de la humanidad; el estado actual de las cosas es el producto histórico de la evolución colonialista de las relaciones internacionales, la industrialización de las potencias capitalistas se sustenta en la explotación económica de los países "subdesarrollados" en gran parte la riqueza de los países industrializados procede del "saqueo directo" de los países del tercer mundo. No sea los pobres, tienen de común su pasada condición de colonias de países extranjeros, y a raíz de esa colonización la modelación de sus sistemas económicos en condiciones de dependencia - produciendo materias primas, y por si no fuese suficiente, se agrega un deprimente factor de dominación cultural, infundiendo un acentuado complejo de inferioridad y auto-subestimación; por tanto, la estructura del orden humano actual es consecuencia de toda una evolución gradual e interrelacionada. Los cambios son evidentemente imperiosos, y sólo a partir de un nuevo estado de las cosas donde sean extirpados éstos contrasentidos y ésta absurdidad, podrá surgir una humanidad mejor. Consideramos que la riqueza y la pobreza entre los hombres no es un problema cuantitativo sino cualitativo, para que ambas proliferen basta la sola existencia - de dos humanos, uno que lo tenga todo y otro que no tenga nada; -

por tanto, el problema recae, cuando se tienen recursos, en la distribución que de ellos se haga; el actual estado de desigualdad económica, las complejas estructuras y relaciones económicas contemporáneas, junto con la alarmante propagación de la indigencia, que confina a tantos a la claudicación de su dignidad y sus esperanzas, no son mas que el fruto secular y progresivo de una miseria más profunda y dolorosa que cualquiera otra, la miseria de la conciencia humana, que es al fin de cuentas donde se gestan todas las injusticias. Y para conmover al alma más pétrea basta la sólo contemplación de uno de los niños que a diario y en número de miles, muere por carecer del más elemental sustento, con su mirar extraviado y angustioso donde el candor y la ilusión desfallecen para empañarse los ojos de lágrimas en espera impotente de la muerte que acecha.

Si se lleva más lejos el análisis, advertimos que el desconocimiento o la negación de los derechos sociales y económicos acaban repercutiendo en el conjunto integral de los derechos humanos; la injusticia social, la miseria extrema de muchos pueblos y hombres, compromete finalmente la seguridad de una nación, la estabilidad de un régimen, desde luego el bienestar mínimo de los individuos, y lo más crítico, compromete la dignidad del hombre. En un Estado donde ha cundido la miseria, cual plaga incontenible se propaga al paralelo la ignorancia, una y otra son coincidentes, y por tanto los derechos culturales, son los primeros en resentir el efecto del incumplimiento de los derechos económicos; la concatenación de fenómenos sociales es tan compleja que la fal

ta a los derechos económicos hace peligrar la realización de los derechos sociales, y con ellos, un régimen democrático concluye - expuesto; el grupo en el poder, incapaz ante el problema económico recurre al fraude, al liberticidio y al despotismo, a fin de perpetuarse; en condiciones semejantes sucumben los derechos políticos y los ciudadanos quedan a merced de la voluntad del poder, peligrando también los derechos civiles que son por excelencia la manifestación de la dignidad humana; las democracias más consistentes se resquebrajan por impotencia frente a los problemas económicos y las libertades empiezan a experimentar todo tipo de contricciones. Está justificado considerar a los derechos como interdependientes e indivisibles, razón por la cual, no puede tolerarse la violación a uno de ellos, aunque los demás sean respetados; son tan complejas, sutiles y estrechas las relaciones entre el ejercicio de los distintos derechos, o bien entre sus violaciones, que la vulneración de uno de ellos puede suscitar la violación o desconocimiento de otros más.

Lamentablemente se ciernen aún otras amenazas sobre los derechos humanos; en la actualidad, la política y la retórica, que pretenden servirse de ellos para encubrir o ensalzar gobiernos egipcios, o bien, para favorecer el proselitismo de ideologías sectarias, a veces facciosas. Los derechos del hombre se subordinan a los intereses de poder de diversos grupos e individuos, y la demagogia por su parte, no desaprovecha oportunidad para instrumentarlos, formulando acusaciones de haberlos violado, contra adversa-

rios políticos; un ejemplo de política que desestima a los derechos humanos, es la llevada a cabo por Inglaterra y E.U.A en apoyo al régimen de Pretoria para garantizar a su socio comercial su africano la estabilidad en el poder y con ella la subsistencia - de la odiosa práctica del apartheid con la mayoría negra.

Sin duda que uno de los derechos que mayor impulso ha merecido es el derecho colectivo de un grupo a su identidad cultural, previniendo cualquier fenómeno de penetración que degrade - los valores propios de una comunidad; obviamente que el contenido último de la facultad reconocida no es únicamente la preservación de una fisonomía externa, sino que se trata de algo mucho máspreciado, es la dignidad y la existencia propia de un agregado humano, siendo que además la identidad cultural es la fuente misma de la creatividad y las obras de un pueblo; el ser mismo reside en - la identidad de la que depende toda una interpretación del mundo y una tensión espiritual entre las creencias y las dudas con una propia concepción del hombre.

Como puede observarse hay en la sociedad infinidad de - violadores y víctimas potenciales de los derechos humanos, y en consecuencia hay también múltiples valores vulnerables dignos de protección, quisimos sólo mencionar algunos de ellos de muy reciente irrupción tanto en la doctrina como en los documentos normativos: destacan, el derecho al desarrollo como la posibilidad - de la persona humana ya no tan sólo de vivir, sino de tender o aspirar a vivir mejor; el derecho a un medio ambiente sano, en el

que por primera vez se regulan las relaciones del hombre con su hábitat, es decir con la porción o la integridad de la biósfera - que habita, desechándose una noción antropocéntrica secular para finalmente reintegrar al ser humano a la naturaleza y al universo de los que es una parte corpuscular; y ya para no extender ociosamente la lista, hacemos mención del derecho a vivir en paz, a fin de eliminar la zozobra del temor y las calamidades que inevitablemente lleva consigo una guerra. 35

En la actualidad, sobresale, desde el punto de vista técnico-formal, la distribución sistemática de los derechos humanos dentro del Derecho positivo diseminándose en diversas ramas especiales, sobre todo la constitucional, y después de ella, la penal, civil, administrativa, procesal, laboral, agraria, etc. Los derechos del hombre se han convertido en la medida y prueba de legitimidad de todo sistema jurídico y régimen político; la dolorosa experiencia de la Segunda Guerra Mundial conmovió la conciencia universal para derrocar drásticamente las concepciones transpersonalistas o totalitaristas que hacían del ser humano el instrumento o vasallo incondicional al servicio de los intereses bastardos del Estado imperialista y opresor. El aprendizaje de tales experiencias ha sido tortuoso y desgarrador, pero no parece haber sido suficiente para restaurar la consideración del hombre en el principal de los ámbitos donde se gesta el respeto sublime de los bienes vitales o la sórdida inclinación a ultrajarlos; es en ése único espacio donde puede fincarse una realización efectiva de -

los derechos fundamentales, por supuesto al santuario de la conciencia humana, en la que se escenifican la confrontación y deliberación entre inquietudes, temores, esperanzas e ideales: sólo - de su seno puede proceder una convicción firme de respeto a la - dignidad, acaso reforzada exteriormente por instituciones tutelares que enmienden los errores de la conciencia o la expansión abusiva del poder del Estado. No obstante las críticas formuladas, - se concluye que son significativos los avances en la concepción - de los valores esenciales de las personas y en los sistemas elaborados para su garantía, pero aquí y ahora, asumen una contundente claridad en relación al estado de los derechos humanos las palabras postreras pronunciadas por Goethe al exhalar en su lecho mortuario el último de sus alientos: "más luz, más luz".

2.- DEFINICION.

Sería una pretensión ilusoria elaborar una definición - de los derechos del hombre satisfactoria a todas las tendencias - doctrinales; la razón es palmaria, un objeto tan debatido como - los derechos humanos plantea múltiples dificultades para su conceptualización: coexisten puntos de vista de su naturaleza tan dis - pares que todas las definiciones que partan de diversas premisas serán finalmente inconciliables. A fin de advertir ésa circunstancia reproducimos, tan sólo algunas definiciones de distintos tratadistas y de distintas posturas explicativas del problema:

(Vázquez Bote) "Aquellos derechos inherentes a la perso

na referidos a la misma por el sólo hecho de serlo" 36 Los elementos en relieve son manifiestos: la naturaleza inherente del derecho que no admite separación o renuncia de su titular; el señalamiento del objeto de los derechos, consistente en bienes intrínsecos de la persona; y por último se hace énfasis en el supuesto de cuya realización depende la titularidad de los derechos humanos, la calidad del hombre, que es la motivación o fundamento del reconocimiento de facultades a todos y cada uno de los individuos. De hecho en la breve definición transcrita el autor adoptó una postura determinada; la omisión del Estado, de cualquier autoridad, - del orden jurídico en su sentido objetivo, o incluso de cualquier carácter formal del derecho humano, pone de manifiesto la filiación naturalista del autor, además al excluir la referencia temporal, desecha dentro del naturalismo a las tendencias relativistas.

(Cruyol y Sierra) "Derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados" 37 Prácticamente cabe hacer las mismas observaciones que en la definición de Vázquez Bote. Los elementos sobresalientes son la cualidad inherente del derecho humano y la humanidad como presupuesto necesario y suficiente para la posesión de derechos; sin embargo se añade una nueva exigencia; la consecuencia de un derecho humano esencial e inherente al hombre,

esto es, inseparable de él, supone un ligamen tan estrecho entre los sujetos y los atributos naturales en los que recae su condición, que la comunidad política donde el hombre se desenvuelve está obligada por un deber superior a su voluntad, a reconocer y tutelar del modo más efectivo posible los derechos del hombre, preexistentes a cualquier organización social.

(Eusebio Fernández): "Toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo, y que éstos deben ser garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Estos derechos son fundamentales, es decir, se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana, y son al mismo tiempo las condiciones de desarrollo de ésta idea de dignidad". La definición básicamente se inspira en los mismos principios que las precedentes; acaso tiene como peculiaridad hacer explícito el amplio espectro del contenido posible de los derechos humanos, que alcanzan en realidad todos los ámbitos del desenvolvimiento humano; aparte precisa la función que tales derechos cumplen para la dignidad humana, función tan significativa como posibilitar su desarrollo. Hasta ahora todas las definiciones han prescindido de elementos formales y temporales para explicar el sentido y naturaleza de los derechos del hombre.

(Antonio Pérez Luño): "Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y

la igualdad humanas las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional". Para la definición transcrita los derechos humanos asumen una forma jurídica y se cristalizan en un orden objetivo de regulación de las conductas humanas, además de que tal orden por ser una creación humana es relativa a un tiempo y a un espacio; por otra parte, las facultades e instituciones tienden a la consagración de valores connaturales al hombre, pero en una dimensión histórica que expresa circunstancias concretas. En el plano de la positivación el autor advierte dos ámbitos de validez espacial, el nacional y el internacional como funciones necesarias en la tutela de los intereses vitales de los hombres. La posición doctrinal adoptada es la de un relativismo histórico.

(Gregorio Peces-Barba) "Facultad de protección que la norma atribuye a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción". En esta ocasión concurren matices naturalistas y un sentido práctico que puntualiza la necesidad de la tutela positiva del estado; se acepta el alto linaje de los valores fundamentales, pero con la vocación insoslayable de ser protegidos coercitivamente.

(Louis Lachance) "Los derechos humanos son gestos, actitudes y cosas que son debidos a otro en virtud de su título y dignidad; lo que se debe para su vida, mantenimiento y desarrollo (derechos individuales) y lo que se debe para formar un hogar, tener vinculaciones con otros y recibir protección" El interés de esta definición descansa en determinar el concepto de derecho a través de su deber correlativo, en el presente caso el autor enumera los diversos objetivos posibles de los derechos humanos, las prestaciones en las que se le hace consistir, aparte de que se señalan orientaciones debidas al derecho humano, o sea que se determina su naturaleza teleológica o funcional; el derecho está al servicio de fines, la noción de "Libertad de..." es remplazada por la de "Libertad para...".

No tiene sentido seguir transcribiendo definiciones; en todo caso advertimos que impera una notoria diversidad ellas, y cada una es vivo reflejo de la corriente filosófica en la que milita el pensador. Sin embargo, somos insistentes en subrayar la naturaleza trascendente y filosófica del concepto de derechos humanos; ellos son una realidad superior e ingénita que se sobrepone al derecho objetivo en tanto técnica social de coacción; de alguna manera el derecho, al participar de la alteza de los valores, ingresa en una dimensión de deber substantiva, y por ello nos parece irreductible la noción de los derechos del hombre al estrecho ámbito de normas coercitivas. La esencia de las libertades fundamentales reside en la naturaleza del hombre y tanto la socie

dad como el Estado y el Derecho tienen el cometido de afectar sus recursos a la consumación de ellas. Nos parece inconveniente toda metodología o enfoque que pretenda indagar la naturaleza de los derechos del hombre, desconsiderando los fines que en sí mismos constituyen, y cualquier metodología fáctica adolece de esa deficiencia. Tampoco satisfacen las definiciones basadas en la intervención del Estado que no es más que una simple forma de garantía; otra tanta reserva ameritan las definiciones que sujetan el ser independiente y autónomo de los derechos humanos a la percepción histórica y circunstancial que de ellas el hombre pueda tener. Se suele plantear el problema de la preexistencia de los derechos humanos en relación al Estado, consideramos que la resolución de dicho problema no tiene un significado temporal e histórico estricto; al presente conviven Estado y derechos fundamentales, no importa del todo la precisión histórica del orden de aparición, más bien se trata de ilustrar mediante esa preexistencia la supremacía estimativa de la condición humana, la prelación entre ella y el Estado que ha de subordinársele. En lo personal preferimos, hacer hincapié en la función tutelar de la organización estatal, que encuentra en los valores humanos esenciales y su protección, su fin originario. Antes de asentar nuestra definición, quisiéramos remarcar que la función lógica de una definición es desarrollar las características esenciales de un objeto, que le hacen ser lo que es, es decir, se desarrolla la comprensión de un concepto, haciendo explícito lo que está implícito; conforme a este

criterio hemos elaborado nuestra definición.

Los derechos del hombre son todos los atributos, cualidades y necesidades inherentes al hombre, que condicionan y favorecen, el nacimiento o realización de éste ser posible y superior, a que puede aspirar su conciencia tendiendo al bien; necesidades, atributos y cualidades a cuya salvaguarda, satisfacción y garantía deben proveer la sociedad, el Estado y el Derecho como sus fines esenciales.

En nuestro concepto el ser humano es esencialmente ético y sensible; su existencia implica forzosamente una coexistencia, en virtud de su natural sociabilidad, el hombre existe pero no sólo, existe con alguien, otros como él, y en cuyo torno su vida adquiere un especial sentido. Los caracteres que los derechos humanos contienen son en alguna perspectiva medios orientados a la actualización de una potencialidad o posibilidad, que no puede ser otra que el florecimiento de un ser virtuoso que anida como germen en cada uno; los derechos fundamentales implican una noción de bien y de virtud, por éso es tan vital la libertad, además una libertad entremezclada con valores, con el deber ser, la libertad por ejemplo no se resuelve en el mero poder material de llevar a cabo un acto o una conducta; yo puedo matar, pero tal no implica que tenga la libertad de hacerlo, al menos desde el punto de vista de los derechos humanos; la libertad es poder, pero también deber, es una síntesis de ellos; y tampoco conserva su sentido de derecho humano una libertad que se ejerce abusivamente sin consideración del prójimo, aunque la libertad se posea en justi-

cia, verbigracia todos los casos de abuso del derecho. El derecho junto con el Estado y la sociedad, seguramente que no garantiza o realiza la felicidad o la virtud de los hombres, pero sí las posibilidades. Por otra parte es relevante indicar que los derechos humanos ingresan formalmente al Derecho como normas jurídicas formales, positivas, de coercitividad que a su vez se asienta en el aparato estatal, poseedor de la fuerza compulsiva. Los derechos humanos son para el Estado la principal condición de su legitimidad, en tanto que para el Derecho son el núcleo de todo el sistema jurídico. Para una sociedad determinada los derechos humanos efectivamente respetados son su grado de desarrollo; a través del examen de dichos derechos es posible conocer la madurez cultural e histórica de una comunidad. Las libertades fundamentales esencialmente presuponen la simiente del bien en la conciencia humana, y con él la posibilidad de la felicidad tanto individual como social. El hombre lejos de substraerse a su medio, se perfecciona y realiza dentro de él, a consecuencia de sus caracteres individuales. En conclusión, en la definición que proponemos, partimos de una noción expansiva de los valores fundamentales del hombre, que procediendo de su más inmanente y radical individualidad, se exteriorizan o proyectan a la vida social, política y jurídica; los derechos humanos son tal vez la vía principal de inserción de la ética en el Derecho, y armonizan plenamente los anhelos de bien y justicia, eliminando cualquier dejo de egoísmo de la conciencia del hombre. El ideal encarna en las palabras conclusivas de Tols-

toi en su obra "Ana Karenina": "Mi vida interior no estará ya a merced de los acontecimientos; cada minuto de mi existencia tendrá un sentido indudable que estará en mi poder imprimir a cada una de mis acciones: ¡el sentido del bien!".

3.- FUNDAMENTACION FILOSOFICA-JURIDICA.

El problema de la fundamentación de los derechos humanos está inserto en un género más amplio de planteamientos que engloba a todo imperativo jurídico cuya validez pueda serle atribuida en virtud de diversos principios o condiciones. Más sencillamente, el planteamiento se resuelve en precisar la fuente de obligatoriedad de una norma; al aplicar la cuestión referida a los derechos humanos, aflora de inmediato una aclaración; por tales, algunos se entienden facultades reconocidas en una norma objetiva, facultades inherentes y primordiales del ser humano que el Derecho positivo debe reconocer, pero que puede no hacerlo; la idea de concebir, a título de ejemplo, derechos que participen concurrentemente de las dos formas de validez antitéticas, esto es que el derecho sea justo a la vez de positivo, ya que cualquier otro imperativo que carezca de una validez de las mencionadas y que sea considerado obligatorio, implica desde luego la adopción de una postura monista; dicho de otra manera ¿qué validez debe revestir un derecho para considerarse exigible su respeto?; en realidad, el dilema comprende dos cuestiones indisolubles y de inapreciable relevancia, tanto la determinación de la obligatoriedad de un pre

cepto como el señalamiento de la fuente de la que dicha obligatoriedad dimana. La indicación de los supuestos que condicionan la obligatoriedad del respeto a los derechos del hombre sirve de criterio para valorar en cada específico si un derecho posee legitimidad o no. Se trata de ubicar el principio de razón suficiente - que explica la legitimidad de un derecho y concretamente de los derechos humanos. Son múltiples los fundamentos posibles de las libertades elementales, los hay tanto empíricos como metafísicos; por otra parte, el positivismo apoya los criterios formales de validez, en tanto que el iusnaturalismo remite la validez al multívoco concepto substantivo de naturaleza ya sea la "naturaleza de las cosas" o la "humana". El caso de los derechos del hombre es particularmente espinoso, no se trata de un derecho cualquiera, - sujeto a contingencias de políticas o modalidades ideológicas, se trata de valores esenciales de la persona humana, y vista su naturaleza e importancia se impone la necesidad de descubrir el más sólido fundamento apto para sobreponerse a fronteras geográficas, etapas históricas y ¿por qué no? también las soberanías estatales en la lamentable medida que consecuenten al interior de su propio sistema ultrajes o violaciones a los derechos fundamentales. Pero la noción unitaria de la fundamentación que se proponga, si bien aspira a la mayor permanencia posible, debe rechazar enérgicamente cualquier viso o dejo de rigidez; la historia humana, si no es estrictamente un progreso constante, es al menos, un fluir sin término; las circunstancias semejan las aguas del río de Herácli-

to, nunca el hombre se sumerge dos veces en las mismas condiciones y circunstancias, el devenir histórico es incesante; muchos filósofos en la actualidad pretenden identificar incluso el ser con el devenir. En efecto, el movimiento es una realidad irrefragable en el contexto de la experiencia histórica del hombre; la consecuencia que se deduce es la dinámica de las concepciones de los derechos fundamentales. Antaño existía y se intentaba justificar la esclavitud, ahora esta abolida en todas las sociedades humanas; la huelga pasó de ser delito, a ser un derecho básico, figurando en la segunda postguerra en la mayoría de las constituciones con contenido social; en la antigüedad, ni siquiera fué concebido el derecho a la intimidad o vida privada, ahora tan necesario frente a la amenaza de los medios masivos de comunicación y la expansión tanto de la actividad gubernamental, como de grupos privados provistos de un inmensurable poderío económico y político. Se sabe que la formulación explícita de un derecho obedece a un estado -- violatorio previo del derecho objetivo de reconocimiento, y una proclamación de un valor fundamental es una reclamación de la opinión pública; en fin, la enumeración de derechos esenciales antes no reconocidos sería interminable y ociosa, consideramos probado que toda libertad elemental tiene su historia propia, desde su negación originaria hasta su ulterior conquista, o por lo menos, proclamación; ilustra la presente circunstancia las palabras de Martín Luther King donde advertimos que los derechos tan tienen su historia, que pasan de su desconocimiento a su consa-

gración: "no hemos hecho una sola ganancia en derechos civiles — sin una determinada presión legal y exenta de violencia....Sabemos por dolorosas experiencias que la libertad nunca se da voluntariamente por el opresor; debe ser exigida por el oprimido" No pocos autores han visto éste panorama como la más convincente evidencia de la historicidad, y por tanto variabilidad de los derechos fundamentales; el delito de hoy, puede ser la libertad esencial del mañana. Otra tendencia digna de consideración encuentra el apoyo de una libertad en el reconocimiento que la autoridad estatal otorgue en un momento dado, a despecho del contenido posible de la libertad en cuestión, que valdrá en cuanto se halle incorporada al orden jurídico-positivo de un Estado, lo cual no sucede, sino hasta que la norma que contiene al derecho es elaborada por el órgano de poder público competente, conforme a un procedimiento cuya observancia condiciona la validez de la norma emitida; en otras palabras, el derecho es la manifestación de la voluntad estatal, y no hay más derechos humanos que los que el Estado admite obedeciendo al proceso de creación normativa constitucionalmente preestablecido. No dejamos de mencionar a quienes aspiran a referir la validez de un derecho del hombre al hecho real de su observancia efectiva; el derecho para existir debe estar realizado regular y generalizadamente. De cualquier manera arribamos a la conclusión de que las posturas son múltiples, y las más de las veces contradictorias, pero preferimos por eso proceder a una descripción de la situación pretendiendo ser imparciales, sin adop-

tar anticipadamente ninguna de las posturas en conflicto: ello no obsta naturalmente a que con posterioridad, después de haber entretejido razonamientos y argumentaciones, nos pronunciamos por una de las posiciones ya existentes, intentando refutar las restantes.

Los derechos humanos en un momento dado pueden revestir tanto obligatoriedad formal, una vez que el Estado los proclama, como obligatoriedad material e intrínseca, es decir que son objetivamente justos y por eso obligan en conciencia, sin intervención del orden positivo; y por último pueden ser eficaces una vez que la sociedad los respete, ya sea espontánea o compulsivamente.

El hombre en el decurso histórico ha seguido un desenvolvimiento progresivo; en materia de derechos humanos es indisputable la tendencia dinámica y evolutiva; no han sido los derechos de un hombre contemporáneo y los de uno de la Antigüedad, - los mismos, y ya no en referencia a los derechos positivados o re conocidos, sino incluso a los derechos considerados justos independientemente de la proclamación oficial; dicho de otra manera, tanto los derechos han cambiado en sentido positivo como la concepción de justicia, y con ella la concepción de los valores que justifican un deber o una facultad jurídicas. La esclavitud ahora condenada, en la Roma Imperial era una institución considerada - justa, naturalmente considerada así por los propietarios de los esclavos, puesto que el parecer de los esclavos con toda seguridad era bien diverso, y la rebelión de Espartaco es harto elocuen

te en éste respecto. Para el relativismo histórico, los derechos humanos podrían valer intrínsecamente por su contenido de justicia al margen de las exigencias formales de validez; pero hecha - la observación que dicho contenido es variable en el tiempo y el espacio, lo que para Mesopotamia era justo podría no haberlo sido para los Incas, y consecuentemente los derechos fundamentales también serían distintos en una y otra culturas; según los historicistas los órdenes éticos son igualmente válidos, no hay criterio que se pueda establecer para formular valores esenciales de la - persona humana en todo tiempo y espacio; a decir de Kelsen, una - postura naturalista de éste carácter es la negación del propio - iusnaturalismo, opinión que compartimos; para la corriente relati vista todos los crímenes de los campos de concentración podrían - ser justificables, diríamos a los historicistas que son un produc to cultural de un tiempo y espacio específicos, son válidos, te nían el apoyo estimativo de la comunidad germana mayoritaria.

Los hay que han pretendido ver -nos referimos a los po sitivistas- que los llamados derechos del hombre son facultades - jurídicas que encuentran su mismo fundamento en el sistema norma tivo que las comprende, son un otorgamiento que hace el Estado, y la voluntad de éste, expresada en una Constitución, el fundamento último de validez; la verdad es que en relación a los derechos hu manos las dos posiciones escritas son notoriamente insatisfacto rias, y su proyección en la práctica constituye una temible ame na para la secularmente violada dignidad humana; ambas teorías -

son el producto de un racionalismo insensible y enfermizo, sintomático además de un proceso de deshumanización en medio del escepticismo y la tecnología que caracterizan a la civilización del presente. Sujetar a la humanidad propia de cada ser individual al momento histórico circunstante, concebir a la dignidad como mudanza y variable, condicionada por tiempo y espacio, equivale a diluir, a evaporar a lo que hay en el hombre de más noble e inviolable.

Vista más críticamente la problemática, se advierte que la supuesta mutabilidad de los valores, es más bien mutabilidad de la interpretación histórica de los valores; el hombre ocupa idéntico lugar en el cosmos desde la Antigüedad hasta el presente; el que antes la esclavitud hubiera sido juzgada como justa, no significa que lo haya sido, como tampoco la Tierra era el centro del Universo, ni el sol giraba en torno suyo, por el hecho de que la teoría geocéntrica era la científicamente vigente en tiempos de Ptolomeo; aparte no se acepta que la esclavitud, por ejemplo con otras tantas atrocidades que la historia testimonia, haya sido reputada como justa, al menos unánimemente; el gran error consiste en ponderar tan sólo el punto de vista o la apreciación del autor de las violaciones a los valores vitales, desconsiderándose la perspectiva de la víctima; muy probablemente los esclavos no reputaban tan equitativa la institución como la consideraban sus amos. Es posible añadir más argumentos, es posible concebir alguna diferencia ontológica entre la criatura recién nacida de su madre -

esclava en la Edad Antigua y algún niño de la civilización actual? el primero está confinado a la ignominia de carecer de la libertad y ser equiparado a una cosa, no así el segundo, y sin embargo podemos reparar en que la naturaleza humana profunda de uno y otro son iguales, y que ontológicamente todos los hombres de todos los lugares y en todas las épocas son iguales, están llamados a cumplir en el universo, en la creación, la misma suerte de destino. Los valores sobre los que se cimentan los derechos del hombre son en realidad objetivos, universales y trascendentes, sobrepuestos a las fronteras que separan una nación de otra y al tiempo inexorable que segrega a una etapa histórica de otra; si antes se desconocieron a algunos valores que después fueron reivindicados, la conclusión correcta no es que no hayan existido, más bien podemos suponer que la historia es un proceso humano de autoreflexión y - autoconciencia, de progresivo descubrimiento de valores; las ciencias especializadas y siglos de reflexión han procurado al hombre un mayor conocimiento de sí y de su entorno, aunque sean sólo las verdades parciales de la ciencia; desde esta óptica, los derechos humanos tienen una dirección de progresión definida, por lo menos en el plano de su reconocimiento o declarativo; y aunque sostener que los valores son entidades necesarias y universales sea objeto de prueba, filosóficamente podemos considerar que la naturaleza humana como objeto de conocimiento y como inmanencia al hombre es siempre idéntica a sí misma; en relación a los valores, haciéndose una abstracción, es posible percatarse de la necesidad lógica

y espiritual de concebirlos en su existencia perfecta y autónoma, un orden ideal de perfección sin mesura. En conclusión, la dignidad más íntima de la persona humana no puede ser una modalidad histórica, sino un componente del ser mismo, y la interpretación que de ella se haga no impide que en un momento dado pueda sustentarse un criterio definitivo, suprapositivo, universal y transtemporal de validez de una norma jurídica: Kelsen objetaba que tal ideal de justicia es inaccesible al conocimiento humano, pero nosotros recordamos las contribuciones de Schiler en ése mismo respecto, al afirmar que los valores no son racionalizados, sino sentidos; efectivamente, son descubiertos por la emoción y no por la razón, son el objeto intencional de la voluntad y los aprehendemos mediante intuiciones emocionales o sentimentales. Viene al caso decir que si los valores son axiomas para el sentimiento, y a nivel ontológico o metafísico el hombre nunca ha dejado de ser el mismo, no concebimos una razón por la que no haya un complejo de derechos fundamentales perennes y universales que convienen a una naturaleza y un destino invariables; no podría afirmarse que los pueblos colonizados por España no tenían el derecho humano a su autonomía cultural por la razón de así haberlo estimado los pueblos colonialistas de Europa, específicamente España.

Por otra parte, los derechos del hombre implican una fundamentación trascendental al Derecho e inmanente al hombre, en cuyo sentido existencial, se encuentra el fundamento más esencial, por ello resultan infundadas cualesquiera tentativas de fundamen-

a efecto, dado que el apoyo sobre el que se ciernen es la naturaleza humana y su destino trascendental, cuestiones que se supraordinan al derecho como caracteres imbitos en un sujeto. Tal como compete a la Filosofía en general y específicamente a la Antropología Filosófica y a la Filosofía del Derecho como derivaciones de la primera; la Antropología Filosófica, propuesta sistemáticamente hasta el siglo XX, aspira a descubrir el origen, destino y esencia del hombre, en tanto que la Filosofía del Derecho relacionaría tales nociones del ser humano con la posesión de atributos dignos de la tutela del derecho; en conclusión rebasa al ámbito de la Ciencia del Derecho la fundamentación de los derechos del hombre.

Una vez que se señaló el conjunto de las disciplinas a que compete en primer grado la cuestión, conviene hacer énfasis en la dependencia que existe de la concepción de derechos fundamentales y la idea de hombre; el concepto que se detenta de hombre condicionará la extensión y contenido de las libertades básicas. Habitualmente se ha tendido a tener unas cuantas concepciones básicas del hombre en la historia. Hay quienes reconocen su esencia en la racionalidad, cualidad sobresaliente, pero sólo una de varias, dada la complejidad de las funciones del hombre; de hecho la sólo racionalidad es un concepto pobre para explicar a la persona. Otros han reivindicado a la emotividad como atributo de no menor importancia, piénsese en un instante en un autista o un retrasado mental, la racionalidad no explica en ellos su condi-

ción humana, no podría explicarla, es necesario apelar a otro crí
terio; tal vez sus sentimientos o emociones, el ser humano no es
una máquina pensante, y los derechos fundamentales así no pueden
presuponerlo; no ha faltado quién como Cassirer, halle en el sím-
bolo el distintivo de la especie humana. En el sentido de determi-
nar la naturaleza humana de los parias para reivindicar su condi-
ción, Tiruvalluvar pronunció las siguientes palabras conmovedoras:
"Aquel que sufre, reza y ama es un hombre", es más posible encon-
trar la humanidad en la capacidad de sentir y en la emoción mati-
zadas por la autoconciencia, que en la sóla y fría racionalidad,
es más, podemos afirmar que el ideal y el anhelo hacen las veces
de principal motivación de la conducta: la sensibilidad y la con-
ciencia (mucho más que la razón) son lo que hay de divino en el -
hombre, ése hálito sublime que lo encumbra en la creación. Los de-
rechos humanos son ésa condición expresada en exigencias estimati-
vas, y finalmente en normas jurídico-positivas o vigentes.

Para terminar, cabe hacerse una observación, los dere-
chos humanos tienen originaria e invariablemente una validez mate
rial y objetiva, incluso inmutable, son esencialmente contenidos
estimativos o axiológicos apriori, y su aplicación es histórica y
positiva; es decir que su permanencia no se traduce en rigidez, -
no son ningún código acabado de preceptos concretos, son mas bien
criterios y valores, y eventualmente algunas normas básicas de li
mitada elasticidad; su interpretación histórica por otro lado no
podrá ser tan divergente que implique un desconocimiento de los -

valores vitales en los que se pretende inspirar o dice inspirarse.

Reparemos en que un hombre desprovisto de sus derechos humanos no es meramente un objeto en la naturaleza que faltó a su finalidad; un mineral, un vegetal o un animal malogrado son un fracaso provisional de la naturaleza, que puede intentar sin descanso; la vida de un hombre, en cambio es única e irrepetible, y la dignidad que lo inviste es su propio ser; un hombre privado de su dignidad, de sus derechos esenciales, es más que una posibilidad fallida, es una penumbra de tristeza en un rostro humano, acaso una lágrima de dolor impotente, en fin, una promesa incumplida, un estertor de la esperanza que agoniza, o tal vez lo peor, una tiniebla de desaliento y escepticismo, la oscuridad del alma al ausentarse la fé, porque también los derechos humanos son una cuestión de credo. No debe alarmar ni desalentar la acusación a la Justicia de ser inasequible a los hombres, la humanidad siempre ha sido tendencia o movimiento, de ideal, de cambio, de aspiración, y la persecución de tal vez una quimera, le imprime un no ble matiz a su existir cuando la quimera se llama justicia; no importa que el hombre nunca halle la justicia perfecta, con tal que nunca deje de buscarla.

4.- REALIZACION EFECTIVA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

La culminación de todo el proceso de un derecho humano tiene lugar con su implantación en la realidad; el respeto efectivo del derecho es el objeto común no sólo del sistema de precep-

tos jurídicos, sino la finalidad esencial del Estado y la sociedad y muy particularmente de la administración pública, cuya intervención es decisiva. Los derechos fundamentales observan en su mayoría una secuencia histórica de desarrollo; el momento inicial es paradójicamente la violación del derecho, a ella prosigue la conciencia del valor que ha sido violado: la sociedad dispone entonces (a veces después de haber deliberado en medio de luchas cruentas) la proclamación del derecho humano; de ésta declaración formal se puede desprender la adopción de medidas y mecanismos para dar cumplimiento a los preceptos abstractos en los que obra el derecho subjetivo; claro que éste esquema, dada su simplicidad, peca de insuficiencia, pero la intención de describirlo es poner de manifiesto que la realización de un derecho supone una compleja evolución precedente; por otra parte, el respeto a que se aspira es no únicamente una ausencia exterior de coerciones o restricciones; más bien, el propósito es infundir, inculcar en la conciencia la convicción del respeto; ésta es, de todas, la garantía más sólida y eficaz para ver los derechos humanos consagrados en la realidad. Por supuesto que el orden social precisa de una gama más o menos amplia de medios y recursos para reparar y desalentar las violaciones a los valores fundamentales. El problema involucra actividades de todas las índoles. Sin duda que el Derecho desempeña una función muy trascendental, pero de nada serviría la declaración de derechos más ambiciosa y acabada, sin el debido sistema procedimental para hacerla efectiva; y en un momento dado,

tampoco el aparato jurisdiccional más competente y eficiente basta al objetivo delineado de erradicar las vulneraciones de los valores elementales; podemos decir que ni las Constituciones, ni los tribunales, por sí solos tienen la capacidad de disipar un estado de violación persistente a los derechos humanos; seguramente que siempre habrá causas mucho muy profundas, sin cuya supresión subsistirán las condiciones de amenaza a los valores fundamentales; el fallo de un tribunal podrá acaso determinar la represión y reparación de una transgresión concreta, pero mientras no se eliminen o aminoren los factores que la favorecen, la problemática persistirá; es necesario calcular desde el instante mismo de la promulgación de un derecho, todos los problemas inherentes a su ejecución. Fuerzas sociales determinantes se sobreponen tanto a la voluntad del legislador, como a la del juez, y es ingenuo pensar que una norma constitucional individualizada en una sentencia judicial hará el milagro de extirpar o desterrar las situaciones violatorias. Nadie discute la inapreciable utilidad de la provisión de medios reparatorios y represivos idóneos, para un caso concreto donde un bien fundamental haya sido conculcado; una acción procesal puede en ocasiones significar el resarcimiento del daño; pero cambiando de perspectiva, a nivel colectivo y macroscópico, la mejor alternativa es la reestructuración de aquel orden sea político, económico, social o cultural, que estimula o inspira acciones contra los bienes de la persona humana. Al margen de cambios en la estructura social, y del establecimiento de instan-

cias jurisdiccionales para reparar una violación, se afianza el imperativo de analizar la naturaleza del derecho humano que se quiera proteger. Hay derechos de irreparable violación, hay otros jurídicamente inexigibles, donde los medios procesales no son idóneos para reclamar el cumplimiento. Es el caso de los derechos sociales y económicos en los que las prestaciones positivas que debe el Estado a los particulares, generalmente servicios públicos, están condicionados por el desarrollo económico de la nación de que se trate; un país subdesarrollado podrá proclamar el derecho a la salud y a la alimentación, pero la realización de éstos desiderata depende de las posibilidades y riqueza de las que carece, sencillamente el Estado no satisfará las demandas sociales. Igualmente, una nación que no respeta los derechos políticos, terminará por faltar a las libertades civiles, con un consecuente deterioro en el ámbito social y económico procreando desigualdades y pobreza. Podemos inferir en virtud de todo lo expuesto que entre los derechos media una interdependencia teórica y práctica, hay un tipo de interrelación orgánica por la que las violaciones se comunican a diversos planos de derechos; sin embargo, hay alguna suerte de derechos que constiruyen la base de toda la pirámide: los autores no concilian sus criterios, en principio todos los derechos revisten la misma importancia, pero funcionalmente, las libertades democráticas son el basamento del edificio; mediante ellas el individuo deviene ciudadano partícipe, con el poder de influir en el ejercicio de la autoridad; es la condición fundamen-

tal de la autodeterminación de un pueblo, la autodeterminación se esparce en los derechos políticos individuales. De cualquier manera, la conclusión más acertada es considerar a los derechos humanos como una unidad orgánico-funcional indivisible, y lo demuestra el hecho de la estructuración que priva en los derechos humanos: se reconoce la existencia de derechos substantivos de vital importancia, pero que, de no ser por derechos humanos instrumentales como la garantía de audiencia o de legalidad, serían a lo más, una pretensión abstracta desprovista en todo caso de positividad.

En el plano internacional la realización efectiva de los derechos humanos afronta obstáculos de diversa naturaleza: la desigualdad económica existe entre las naciones, confina a las pobres a la insuficiencia o incapacidad para disponer instituciones de servicio público y asistencia social que salvaguarden los derechos económicos y sociales, la brecha y la incomunicación se ensanchan día a día entre los países ricos y pobres. Jurídica y políticamente la falta de entendimiento, afinidad y sobre todo el recelo a cualquier tipo de escrutinio, de nación a nación u organismo internacional, han limitado enormemente la puesta en práctica de un sistema universal de protección a los derechos del hombre. Ya hemos llamado la atención sobre la necesidad de garantizar los derechos fundamentales no sólo en el plano jurídico; una organización injusta de la sociedad se traduce en condiciones de perpetua amenaza y vulneración a todos ellos, el Derecho objetivo a lo sumo podrá reparar y reprimir algunas de las violaciones, pe

ro sin embargo un sistema jurídico justo y eficaz, coadyuvado por medios procesales expeditos y efectivos, será decisivo en la eliminación o disminución de las afrentas a los valores vitales del hombre; estamos persuadidos de que una práctica jurídica persistente de reivindicación de las libertades elementales, rendirá - aunque no sea inmediatamente, frutos muy estimables como la habituación al respeto de la dignidad humana, que cuando no es espontáneo, no hay nada mejor que un tribunal para resolver su imposición forzosa en relación a las autoridades políticas; la reiteración de sentencias vindicativas o que restablezcan libertades conculcadas, constituye un cauce efectivo para circunferir a los órganos del poder público a su competencia, además de consolidarse y culminar la democracia como sistema político. El ámbito internacional no se substraе a éstas generalizaciones, y la existencia de un orden jurídico supraestatal dotado de órganos jurisdiccionales con competencia decisoria y ejecutiva, representaría la universalización de una tutela efectiva, con la posibilidad de enmendar los yerros cometidos en el ámbito doméstico por cada Estado; por desgracia, el obstáculo casi irremovible de la soberanía de los Estados se opone a la ambición de erigir un sistema universal de protección de los derechos del hombre. Al presente se ha prosperado de modo significativo en el noble propósito de trascender las fronteras nacionales para acudir en defensa de las libertades fundamentales, pero los logros empuñecen cuando afloran los fracasos. Desde un punto de vista técnico la integración de meca-

nismos tutelares depende de la concurrencia de tres elementos interrelacionados, es un tríptico, en el cual el elemento primigenio es una declaración o manifestación emitida por el conjunto de las naciones, una declaración de derechos que aunque formalmente no surta efectos de obligatoriedad, moralmente se convierte en un complejo de criterios y principios para sancionar toda norma social; las aspiraciones o ideales abstractos contenidos en la proclama formal expresan una concepción de la humanidad común a todas las naciones en su estado histórico de civilización; por otra parte, la naturaleza meramente indicativa de la declaración, ha de ser elevada a rango normativo mediante convenciones internacionales y obligatorias; éste sería el segundo paso o momento en la internacionalización de la protección; además es lógico concebir que el efecto de las convenciones suscritas por las naciones es - no nada más la imposición de obligaciones internacionales a los Estados en el sentido de respetar efectivamente a los derechos humanos, crearía también una sobreestructura jurídica supraordinada a los Estados, estableciéndose órganos varios para aplicar e interpretar el instrumento internacional; cada cuerpo previsto en el pacto estaría investido de una competencia determinada, y básicamente serían indispensables dos instancias; una comisión encargada del escrutinio o examen de las quejas y denuncias, y un tribunal con atribuciones para dirimir las controversias; la pretensa o supuesta violación pasaría por las fases sucesivas de conocimiento y resolución. De esta manera, la comunidad internacional -

organizada concretaría los principios abstractos de una declaración en obligaciones internacionales, favorecidas por la institución de órganos competentes para proveer a su real cumplimiento; los derechos humanos se han transformado de morales en positivos, pero a pesar de que existan declaraciones, convenciones, órganos internacionales competentes y hasta juicios, no es suficiente aún; el tercer elemento falta todavía, y es la consumación de una protección universal que aspire a ser efectiva, se trata de los medios concretos de ejecución de los que se serviría el tribunal - o el órgano que lo releve - para proveer forzosamente al cumplimiento de las determinaciones emitidas; a decir verdad se trata de dos elementos complementarios, la competencia ejecutiva de las autoridades internacionales por un lado, y los medios de ejecución por el otro. Así que declaración, convención, y medios de ejecución son el baluarte de una tutela internacional efectiva; formalmente los tres elementos pueden estar refundidos en un mismo cuerpo normativo en el que los Estados contraerían las obligaciones, o sea una convención, pero puede no ser así. Hasta hace poco sólo un sistema regional satisfacía los tres requisitos, nos referimos al sistema Europeo, establecido en el Convenio de Salvaguarda de los Derechos del Hombre de 1950; universalmente se emitió una declaración aprobada por la Asamblea de la ONU en 1948, - mismo año en que se proclamó una Declaración Americana; los documentos normativos que aplican la Declaración Universal son dos - pactos con sus respectivos órganos y procesos, aprobados en 1966

y conocidos como Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos y Sociales, la Convención Interamericana fue readactada en la misma década, pero ni el sistema universal, ni el Europeo, ni el regional americano tienen alguna instancia de competencia incondicional y ejecutiva, lo que afecta gravemente la eficacia, aparte de que sólo los Estados, generalmente los autores de las violaciones, pueden presentar las peticiones y las quejas.

Nuestra apreciación conclusiva de la realización efectiva de los derechos del hombre es concisa:

- a) El problema de su observancia es multifactorial y complejo, y el derecho es uno de los factores más prominentes para la supresión de las violaciones.
- b) Las violaciones deben ser objeto principalmente de prevención, y en su defecto de reaparación y represión con la consecuente restauración de la libertad transgredida.
- c) Las instituciones sociales, económicas, políticas y no sólo - las jurídicas, deben tender a la promoción y al respeto de los derechos humanos.
- d) La cooperación internacional puede favorecer decisivamente el fomento de las libertades mediante el establecimiento de un sistema tutelar ejecutivo.
- e) La anticipación a las violaciones, a través de la reorganización del orden social es prioritaria.
- f) El efectivo control y limitación de las autoridades gubernamen

tales es una garantía imprescindible para defender los derechos fundamentales del poder político.

g) Sin democracia no pueden subsistir los derechos humanos, y por último;

h) La mejor garantía de los derechos del hombre es su inserción - en la tradición y en la costumbre de una nación; inculcar la fé a ellos en la conciencia de las comunidades es más fructífero que - su promulgación en mil constituciones; y por supuesto que no hay nicho más seguro, santuario más sagrado, ni llama más luminosa - para los derechos humanos que el espíritu de cada hombre y los ideales de una dignidad superior.

CAPITULO III.-

MEDIOS INTERNACIONALES DE PROTECCION.

El curso de la historia concluyó por demostrar de la manera más amarga, la necesidad absoluta de instaurar sobre la jurisdicción interna de cada Estado, un orden superior de tutela de los derechos del hombre; sin embargo la naturaleza técnica y el estado actual de desarrollo del Derecho Internacional Público, han dificultado sobre manera la cristalización de semejante anhelo. Eticamente ya no es objeto de discusión, la incumbencia mundial en la salvaguarda de los derechos elementales; pero la proyección práctica de tan noble pretensión encuentra un sinnúmero de obstáculos, desde el recelo de los Estados por estatuir un orden superior a ellos mismos, hasta la carencia de medios de coacción para dar cumplimiento, incluso forzoso, a las obligaciones internacionales; de hecho, los órdenes jurídicos-internos y la normativa internacional parten de muy discrepantes supuestos: mientras que en el derecho interno existe una instancia de poder centralizado y soberano que crea y aplica la norma positiva; en el ámbito interestatal las voluntades o consentimiento de los Estados son la fuente principal de las normas, por lo que coexisten multiplicidad de órganos productores y aplicadores del precepto internacional; diríase que cada Estado es un órgano en la creación de las normas internacionales, con la consecuente diseminación de la facultad de elaborarlas en toda la comunidad internacional. En lo tocante a la aplicación y ejecución de los preceptos del Derecho

Internacional, la competencia de los órganos jurisdiccionales de la comunidad interestatal frecuentemente se condiciona a la aceptación o reconocimiento que a ella hagan los Estados-partes en un conflicto. La ejecución desde luego que no posee la eficacia de la ejecución en el derecho interno. Estamos autorizados a concluir que, en tanto el orden jurídico al interior del Estado emana de una entidad supra-ordinada a los individuos, que además monopoliza las funciones legislativa y jurisdiccional; el orden positivo internacional (salvo excepcionales normas) es producto de un conjunto de entidades coordinadas jurídicamente iguales, y sobre de los Estados se yergue una estructura supranacional de la comunidad organizada, resultado de la autolimitación de los Estados. Para la presente diferenciación cabe referir las características de los órdenes jurídicos propuestas por Kelsen de Centralización y Descentralización. La comunidad mundial es - en todo caso, una comunidad jurídica preponderantemente descentralizada; en abierto contraste al sistema jurídico estatal singular, donde predomina la centralización; en ambos casos concurren la centralización y la descentralización que nunca se presentan en grado de totalidad; no hay exclusividad, sino preponderancia; tanto la una como la otra pueden manifestarse en un aspecto estático y en otro dinámico; desde el punto de vista estático la descentralización consistiría en la diversidad de ámbitos territoriales de validez de las distintas normas que componen un sistema, condición conocida del Derecho Internacional, en el que proliferan múltiples normas con diferentes ámbitos espaciales de validez ahora bien, desde el punto de vis

ta dinámico la descentralización se concreta, tanto en los métodos de producción normativa (consuetudinario y convencional), como en los órganos de creación y ejecución del sistema positivo: el Derecho Internacional a diferencia del estatal o doméstico tiende a la inexistencia o carencia de órganos únicos, que con exclusividad establezcan o apliquen normas del Derecho de Gentes, por lo que, como métodos para producir Derecho, preponderan decididamente las convenciones, y en menor proporción la costumbre; en cuanto a las resoluciones de órganos internacionales, éstas poseen una naturaleza más disuasiva que coercitiva u obligatoria jurídicamente.⁴²

Pero, no obstante éste notable grado de descentralización parcial de la comunidad jurídica internacional, se ha comenzado desde antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a estructurar distintas instituciones y técnicas de salvaguardia de los derechos del hombre. La idea que preside e inspira a todos los sistemas supranacionales de promoción y garantía de las libertades fundamentales es esencialmente la misma; una violación a un derecho esencial atenta contra la humanidad en su integridad, y no sólo contra el titular de la libertad coartada o a la dignidad escarnecida, se han trascendido las fronteras geográficas y la materia de los derechos naturales del hombre comunica e integra a todos los pueblos y civilizaciones del orbe en una unidad universal consagrada a un fin a todos común, el bienestar y la libertad humana; desde ahora, no es ajena a una nación henchida de opulencia, la miseria y el hambre que a otra aquejen; o bien, la nación más democrática y libertaria no -

puede desentenderse de aquella otra torturada por el poder político que despóticamente se ejerce; está madurando, al menos en la teoría, una nueva condición del Derecho Internacional, que de ser tradicionalmente una disciplina de las relaciones entre los Estados, adquiere ahora un revolucionario matiz que lo transfigura en Derecho General de la Humanidad. Del individuo accede al escenario jurídico internacional como titular de derechos y destinatario de obligaciones, es ya un sujeto del Derecho Internacional Público, debilitándose el dogma pretérito de la mediatización del ser humano individual en la materia interestatal.

Los derechos humanos fundamentales constituyen un objeto de interés dominante y creciente para la comunidad mundial, y por tal razón el trato que un Estado dispense a sus nacionales, no es un asunto solamente interno, sino una preocupación de todos los pueblos. La soberanía del Estado, antes característica del poder ilimitado, de pronto se ciñe a límites formales y substantivos; formalmente, la soberanía y el poder que la asume, se ejercen conforme a un orden normativo; el poder político deviene poder jurídico manifestado a través de los actos jurídicamente normados; la soberanía es la facultad de determinar libremente el contenido del Derecho positivo de una nación, pero jamás contendrá ésa instancia de autoridad la posibilidad de prescindir del Derecho, el Estado crea el Derecho para después someterse a él; con posterioridad la doctrina y la experiencia histórica demuestran que el poder del Estado además de no poseer la posibilidad de ser ejercido al margen del Derecho, tampoco goza de totales

libertad y discreción, para determinar el contenido de la norma a que ha de someterse; pues bien, ése es el límite de legitimidad de la soberanía, ése el límite material valorativo es por supuesto los derechos humanos, que son el contenido necesario de todo orden normativo; en realidad la preceptiva interna de la mayoría de los Estados, ya ha reconocido los principales derechos del hombre; en dichos casos - la norma internacional refuerza a la doméstica; otras veces, algunos Estados reacios, como Sudáfrica, porffan en desconocer los valores humanos primordiales; siendo así, la actividad tutelar mundial persuade, presiona y suple las deficiencias de los sistemas estatales domésticos. Hemos encontrado que los derechos humanos son un límite inherente al poder, por soberano que sea; y precisamente ha sido una soberanía malentendida el obstáculo más doloroso para la iniciativa de perfeccionar mecanismos supraestatales de defensa de las libertades fundamentales; es punto menos que invencible la renuencia de los gobiernos a someterse a un sistema de revisión y reforma de los actos estatales afectatorios de los derechos del hombre; rechazan incluso el derecho de petición individual de sus nacionales ante tribunales supranacionales, así como se oponen también al sólo establecimiento de un sistema de escrutinio internacional. No es difícil deducir que el dogma de la soberanía estatal ilimitada es el origen de todas las flaquezas y deficiencias técnicas de los medios tutelares interestatales de los derechos humanos. Sin embargo, hay que reconocer que se invoca en el presente con menos frecuencia el principio de "domaine réservé" para justificar las violaciones a los valores -

esenciales de la persona; y si bien, la Carta de la O.N.U, máximo - instrumento normativo mundial, consigna en su artículo 2.7 la "incolumidad de la jurisdicción interna de los Estados", ningún Estado puede prevalerse del citado precepto para exonerarse de responsabilidad internacional por haber conculcado una libertad esencial; el problema es que las actuales jurisdicciones tienen un tipo de competencia "ad referendum", condicionada a la previa declaración de aceptación o reconocimiento por parte de los Estados, por dicha virtud en los distintos instrumentos multilaterales se pueden establecer o añadir normas opcionales para otorgar o reconocer competencia a organismos de vigilancia o jurisdicción; o bien, para conceder a los nacionales de los Estados el derecho individual de petición. Desde otro punto de vista se impone el planteamiento de la confrontación entre las normas internacionales y las domésticas. Los dos sistemas, tanto el interno como el supranacional, concurren en la tutela de las libertades fundamentales; pero no siempre comparten el contenido, los alcances y el sentido de la protección; en una palabra, es factible el conflicto entre la ley internacional y la interna; en circunstancias así se debería de estar conforme al ordenamiento más favorable para el individuo, más es obvio que los Estados se oponen a lo que ellos mismos han denominado como "intromisión oficiosa"; se trata en suma de la relación que media entre los sistemas positivos de los Estados y el orden jurídico internacional. En lo concerniente a los derechos humanos los mecanismos, ya sean universales o regionales, desempeñan una función definida en cuanto a los órdenes estatales singulares; con-

sideramos que los instrumentos multilaterales reafirman, complementan, suplen o enmiendan la salvaguarda interna; la reticencia de los Estados a la instauración de un sistema universal de escrutinio y control de sus actos atentatorios contra los derechos del hombre, depauperan significativamente las posibilidades del Derecho de Gentes; y de modo paradójico son los países más respetuosos de las libertades, los únicos que han aceptado las atribuciones de los órganos jurisdiccionales supranacionales; es en consecuencia, del todo difícil cuantificar la eficacia de los métodos interestatales de garantía y las actividades presentes de "promoción" de derechos fundamentales a cargo de los órganos universales y regionales; tal vez apunten para un porvenir un tanto distante hacia la institución de una jurisdicción provista de facultades ejecutivas; sin embargo es menester reconocer que en la actualidad resta mucho por hacerse.

Norberto Bobbio ha estimado que "Los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización -- como derechos positivos universales"; es un movimiento dialéctico -- insiste Bobbio-- de la universalidad abstracta de un derecho natural por todos reconocido, pero desprovisto de efectividad, hacia la particularidad concreta del Derecho positivo que el Estado en su ámbito interior proclama y asegura coercitivamente, para arribar en último término a la universalidad concreta que representan un reconocimiento y aseguración mundiales de los derechos humanos mediante convenciones, órganos y procedimientos, esto es, mediante garantías efectivas

estamos en presencia de derechos positivos universales. Nos parece - todavía prematuro para hablar de derechos positivos universales a - nuestro entender protagonizamos una etapa de transición; en las orga nizaciones internacionales actuales son más numerosos los cuerpos po líticos con intereses que los tribunales imparciales con principios de neutralidad; y es manifiesta la ineficacia de las vías ejecutivas del Derecho de Gentes; por otra parte, a las autoridades estrictamen te judiciales y no políticas sólo los Estados tienen acceso, situa ción que al jurista inglés William Cranston sarcásticamente ha cali ficado como digna de "Lewis Carroll"; en efecto, precisamente los vio ladores absolutamente mayoritarios de las libertades fundamentales, o sea los Estados, son los únicos legitimados para acudir a las Cor tes internacionales; los violadores pasan a ser los acusadores; hay un evidente contrasentido en todo ésto. Dentro de ése contexto se ha llan insertos los esfuerzos y logros de los internacionalistas para forjar primero, y conferir eficacia después, a los sistemas interes tatales de salvaguardia de los valores fundamentales; sistemas que u na vez ingresando el individuo, dejarían de ser internacionales para covertirse en supranacionales.

Los empeños para configurar un orden internacional de tu tela se han bifurcado en dos modalidades: los esfuerzos universales y los regionales: Los instrumentos multilaterales perfeccionados, por cuanto a su contenido, asumen dos formas posibles; las convenciones generales y las especializadas; encontramos entonces que una conven ción que instaure órganos y procedimientos de garantía se clasifica

por su ámbito territorial de validez en: Regional, si se aplica exclusivamente a un conjunto de naciones confinantes o próximas y sobre todo identificadas por raza, cultura, historia y propósitos afines; será universal un pacto que aglutine a toda suerte de Estados sin restricciones geográficas o culturales de ningún género; las convenciones generales por su parte, contienen todo un catálogo multipartita de derechos de distinta clase; aunque hasta ahora, prevalece una división fundamental entre los derechos civiles y políticos por un lado, y por otro los sociales, políticos y económicos, cada grupo provisto de su propio cuerpo legal (los dos pactos de la O.N.U, la Carta social europea y la convención de Roma), división que explica nos por las concepciones y formas de cumplimentación que caracterizan a uno y otro grupos; por último están las convenciones especializadas que constan de un grupo homogéneo y específico de derechos, congregados acaso ya sea en torno a un mismo bien jurídico específicamente tutelado, o en torno al titular de los derechos. Son dignos de destacarse algunos movimientos regionales, que inspirados en la afinidad de los Estados signatarios, así como en los fines locales de integración política, económica y cultural, han instaurado sus propias instituciones internacionales de tutela; la Convención Europea de 1950, primera en determinar obligaciones internacionales positivas en materia de derechos humanos, encarna el ideal regional; paralelamente, la O.E.A aprobó en 1969 su Convención Americana, ya vigente en la actualidad. Consecuencia natural de la coexistencia de sistemas universales y regionales, es la necesidad de preveer en lo

futuro posibles conflictos o interferencias de normas y organismos, razón por la cual deben adoptarse mecanismos que resuelvan las colisiones de sistemas, esto es, hay que integrar y armonizar el universalismo y el regionalismo en una unidad funcional y coherente.

En la exposición por venir describiremos muy brevemente los distintos tratados, órganos y procedimientos internacionales para garantizar el respeto de los derechos del hombre; desde ahora observamos que aún cuando pacto, organismo y procedimiento suelen coincidir en un sistema, por motivos prácticos haremos énfasis en el elemento más relevante. Primero examinaremos los mecanismos derivados de la Carta de la O.N.U., para proseguir con los Pactos Universales y Generales, tanto el de derechos civiles y políticos, como el de derechos sociales, económicos y culturales; posteriormente procedemos al análisis de las principales convenciones regionales (Europea y Americana), para concluir con las convenciones especializadas de mayor importancia.

El proceso que presenciamos es en realidad un doble proceso; en primer lugar se trata de la internacionalización de los derechos humanos; y en segundo término, tiene lugar la positivación de los mismos derechos ya internacionalizados en la conciencia de los pueblos; pero para haber llegado a la fase de celebración de convenios internacionales y creación de organismos, o sea la fase de aseguración de las libertades fundamentales, previamente se transitó la etapa de reconocimiento o proclamación de tales valores fundamentales; nos referimos a la declaración de derechos, antecedente alenta-

dor de los instrumentos normativos posteriormente suscritos. Fue así que en el año de 1946 con fundamento en el artículo 68 de la Carta - de la O.N.U se crea la Comisión de Derechos Humanos con los inmediatos cometidos de elaborar una declaración universal de los derechos del hombre junto con cuerpos normativos que les confirieran vigencia; en las subcomisiones de trabajo se hallaban representantes de todas las latitudes, y la dificultad principal estribaba en formular, sobre la diversidad de pensamiento especulativo, concepción y forma de realizar los valores, formular decíamos, una declaración única, donde hallásen expresión todas las culturas, participando del contenido del manifiesto en medida similar; la Comisión bajo premura comenzó - sus trabajos en 1947; presidida por la Sra. Roosevelt; al fin el texto de la declaración estuvo preparado en 1948 después de tres periodos de sesiones, uno en mayo de 1947, otro en noviembre del mismo - año, y el tercero en mayo y junio de 1948; la preparación empleó 15 meses en total; en el verano del 48 se obtuvo que el Consejo Económico y Social de la O.N.U (en lo sucesivo ECOSOC), al cual está adscrita la Comisión, no objetase el fondo y aprobara el proyecto para su transmisión final a la Asamblea General de la O.N.U, hecho que se verificó en otoño del 48; menciona René Cassini, redactor del texto, - que se realizaron en el seno de la Asamblea y sus Comisiones "un total de 100 sesiones", "el esfuerzo se vio recompensado y el 10 de diciembre de 1948 en el Palacio Chaillot de París se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por 48 votos a favor, un - cero en contra y 8 abstenciones, la Declaración contiene un preámbu-

lo y 30 artículos donde se reconocen lo mismo derechos civiles y políticos que sociales, económicos y culturales. Mucho se ha debatido en relación al carácter obligatorio de la Declaración, algún sector de la doctrina la considera como fuente de obligaciones internacionales positivas, la corriente opuesta opina que se trata de obligaciones morales jurídicamente inexigibles, en todo caso la declaración es una aspiración común a los pueblos del mundo, nosotros nos pronunciamos por esta segunda interpretación. A nivel regional merece mención la Declaración Americana de mayo de 1948 que contiene un catálogo similar de valores fundamentales; fue aprobada por la Novena Conferencia Interamericana en Bogotá, posee un amplio espectro de derechos reconocidos, formalmente consta de un preámbulo y XXXVIII artículos, sin distar importantemente de la Declaración Universal en cuanto a su contenido. En los años subsiguientes tuvieron verificativo distintos pronunciamientos por parte de naciones diversas, ameritan mención la llamada ley Lagos, moción para instaurar una jurisdicción africana de derechos humanos (1961); o bien, la declaración de Bangkok de 1965 para instaurar la misma jurisdicción, pero en países asiáticos; la confederación de París de 1968 para instituir un tribunal de derechos humanos; para no extender indefinidamente el enlistado de manifiestos mencionamos a la confederación de Teherán que reafirma la necesidad de positivar a los derechos humanos en el orden supranacional. Hasta aquí las declaraciones de principios y derechos en el orden internacional; pasamos ahora a analizar los mecanismos, procedimientos y organismos derivados de la Carta de la O.N.U que -

procuran alguna forma de salvaguarda a los derechos del hombre.

La Carta de la O.N.U en su artículo 1 (3) señala como - propósito de la organización: "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, - social, cultural humanitario"; por consiguiente dentro de la propia estructura de la O.N.U gravita el problema de los derechos fundamentales de la persona humana como, una preocupación preferente. En el seno de las Naciones Unidas son múltiples los órganos que, principal o accesoriamente, desempeñan una función de promoción y defensa de - las libertades esenciales; aclaramos de inmediato que los órganos a que aludimos a continuación no pertenecen todos a la O.N.U, más cuando es así, como en el caso de las organizaciones no gubernamentales, observamos que existe de todas maneras una vinculación estructural y funcional hacia la organización. Los órganos promocionales y tutelares de los derechos humanos son básicamente los siguientes:

- a) La Asamblea General de la ONU y los organismos subsidiarios por ella establecidos.
- b) El Consejo Económico y Social junto con las Comisiones funcionales que crea para el efecto la Comisión de Derechos Humanos.
- c) Organismos especializados (OMS, FAO, OIT y la UNESCO), y también
- d) Las organizaciones no gubernamentales. Y
- e) El Consejo de Seguridad.

a) Asamblea General:

Como es sabido este órgano tiene la representación democrática de todos los miembros de la ONU a razón -

de un voto cada Estado miembro; el artículo 13 de la Carta autoriza a la asamblea a: "... b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión...". En sus sesiones la Asamblea puede examinar los temas de de rechos humanos directamente, o remitirlos a la tercera de sus 6 comi siones. La Asamblea en general procede a formular recomendaciones o a hacer otro tipo de pronunciamientos, manifestando el sentir o pare cer de la opinión pública mundial, como las condenas emitidas al régimen de Apartheid sudafricano (1955, 1961, 1962) aprobadas en resoluciones de las fechas citadas.³⁹La Asamblea ha tendido a delegar sus funciones o auxiliarse para el directo ejercicio de ellas; en uno y otro supuesto recurre a la creación de órganos subsidiarios que se avocan a atender y estudiar la materia; la Asamblea conoce de los trabajos elaborados por los órganos subsidiarios; la competencia de éstos es esencialmente: a) La preparación de informes anuales sobre asuntos de su jurisdicción que serán presentados a la Asamblea, o al Consejo de Seguridad o a algún otro órgano de la ONU; y b) La formulación de recomendaciones. En ejercicio de la atribución otorgada por el 22 de la Carta, la ONU ha creado los siguientes órganos:

- 1.- Comité especial de los 24 sobre descolonización,
- 2.- Consejo de la ONU para Namibia,
- 3.- Comité especial contra el Apartheid;
- 4.- Comité sobre el ejercicio de los derechos inalienables del pueblo palestino;
- 5.- Oficina del Alto Comisionado para refugiados.⁵⁰

b) Consejo Económico y Social:

Es específicamente competencia del ECOSOC conforme a los artículos 62, 64 y 68 de la Carta: a) Formulación de recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a su efectividad; b) Establecimiento de comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos; c) Obtención de informes periódicos de los organismos especializados en materia de su competencia; d) Comunicación de sus observaciones - sobre informes a la Asamblea General. EL ECOSOC, compuesto de 54 -- miembros, se ramifica en múltiples comisiones y subcomisiones para - el desempeño de sus funciones; para nuestro tema de estudio interesa una de ellas sobre manera, la Comisión de Derechos Humanos, y menormente la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que por lo mismo describimos primero: a) La Comisión de la Condición de la Mujer data de 1946 y tiene como cometido: 1.-La preparación de recomendaciones e informes al ECOSOC sobre el fomento de los derechos de la mujer en las áreas económica, política, civil, social y educacional y, 2.- La misma manifestación de recomendaciones al ECOSOC, - pero sobre materias urgentes que requieren inmediata atención en relación a los derechos de la mujer. La comisión se compone de 32 Estados miembros elegidos por el ECOSOC para 4 años. La igualdad entre - hombre y mujer es uno de los fines de la comisión junto con otra congerie de derechos primordiales de la mujer. ~~2b)~~ Comisión de Derechos Humanos: es el principal órgano de la ONU en materia de promoción y protección de las libertades fundamentales; fue establecido en 1946

originalmente como Comisión Nuclear con la función de elaborar una Carta Internacional de Derechos Humanos; al fin de al cabo lo que elaboró fueron los pactos universales, el de derechos civiles y políticos, y el de los derechos sociales, económicos y culturales, a más de la Declaración Universal y muchas otras convenciones, sólo de carácter especializado (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y otras). Las atribuciones de la Comisión se han extendido notablemente; mediante la llamada regla de incompetencia de 1947 emitida por el ECOSOC se había inhabilitado a la Comisión para conocer de quejas relativas a derechos humanos, pero en 1966 el ECOSOC y la Asamblea, y en 1967 la propia Comisión, rectifican el criterio, y desde 1970 la Comisión conocería de comunicaciones individuales por violaciones a los derechos humanos. La Comisión junto con la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías tienen su sede en Ginebra; desde 1979 sus miembros, seleccionados por el ECOSOC, ascienden a 43, sin perjuicio de que participen otros órganos de la ONU, instituciones especializadas, organizaciones intergubernamentales, o no gubernamentales con status consultivo, Estados de la ONU no miembros de la Comisión, etc. La Comisión comprende subórganos permanentes y ad hoc (grupos de trabajo); las funciones de la comisión son dos esenciales según Van Boven, conocido internacionalista:

1.- La promocional que abarca a) la elaboración de proyectos de convenciones; b) la realización de investigaciones y estudios; c) la difusión o divulgación de los derechos humanos y d) servicio técnico de expertos; la función restante es:

2.- La protectora o tutelar, que a su vez admite dos posibilidades, la protección comprende el examen de las quejas o comunicaciones que delaten violaciones persistentes a los derechos humanos, para dicho efecto se instituyeron dos procedimientos de los que hablábamos dependiendo de la fuente de la comunicación; si la fuente es gubernamental (si la queja procede de un Estado o un órgano de derechos humanos) hay un procedimiento público para ventilar el caso, la Comisión considera la queja, y de proceder por comprobarse un cuadro sistemático de violaciones confirmadas, graves y persistentes de los derechos humanos, la Comisión podrá, a su elección, hacer declaraciones públicas, disponer el estudio e informe de una situación a través de un relator especial o experto, o un grupo de trabajo, enviar telegramas (supuesta la urgencia), o solicitar al Secretario General la preparación de un informe; b) la segunda posibilidad es cuando la fuente no sea gubernamental, esto es que las comunicaciones provengan de individuos (víctimas de la violación o enterados de ella) u organizaciones no gubernamentales; en éstos casos el procedimiento establecido es el privado; sus fases son las que siguen: a) Un grupo de trabajo examina la comunicación que recibe el Secretario, y si encuentra probable la práctica sistemática de violaciones graves, remite el caso a la Subcomisión; b) La Subcomisión examina la comunicación, y si comparte la opinión del grupo de trabajo. (violaciones graves y persistentes), transmite el caso a la Comisión; c) La Comisión determina al final si procede o no una investigación o estudio a fondo por un comité ad hoc;

d) El procedimiento concluye con el sobreseimiento del caso, con la revelación pública del mismo, o con una recomendación al ECOSOC. Eso es todo en relación a la Comisión, sólo queremos puntualizar que su competencia excluye al conocimiento de violaciones aisladas, y sólo puede considerar. "Los cuadros sistemáticos de violaciones graves, - confirmadas y persistentes de los derechos humanos".

C) Consejo de Seguridad.- La materia de derechos humanos no es competencia directa del Consejo de Seguridad, pero las violaciones a ellos cometidas cuando constituyen una amenaza contra la paz y seguridad internacionales, cuya preservación y restablecimiento incumben al Consejo, entonces sí, el órgano de que hablamos se avoca al tratamiento del caso. El Consejo de Seguridad, dotado de 15 miembros compromete la vigencia del dogma de la igualdad de los Estados, visto que en su seno los 5 miembros permanentes ejercen el derecho de veto privativamente; el comportamiento de éste organismo ha favorecido en alguna manera la escalada armamentista; la bipolaridad entre las dos grandes potencias ha servido de incentivo a la proliferación de arsenales nucleares, con el consecuente detrimento o menoscabo para los derechos del hombre, que quedan en permanente exposición. En general el Consejo está facultado para investigar, reconvenir, conciliar, recomendar y otras actividades. En ocasiones ha condenado ataques a los derechos humanos, una vez que representan una amenaza potencial para la paz mundial, como en los casos de Namibia y Sudáfrica.

D) Instituciones especializadas: Los organismos intergu-

bernamentales son agrupaciones autónomas y permanentes de naciones, creados por un tratado, dedicados a una materia concreta o específica; las instituciones especializadas, aún cuando independientes, se hallan vinculadas mediante un arreglo a la ONU, a través del ECOSOC, órgano que tiene encomendada la función de coordinarlas, estando incluso provistas de un status consultivo. Relacionadas con los derechos fundamentales, en razón de su competencia hallamos a los siguientes organismos:

1.- Organización Internacional del Trabajo constituida en el Tratado de Versalles (1919) y con sede en Ginebra; la OIT fundamentalmente ha desempeñado una labor legislativa, promocional y de escrutinio; ha elaborado múltiples convenciones y Recomendaciones para implantar o mejorar una efectiva justicia social; la OIT tiene una estructura tripartita con representantes de los obreros, patrones y gobiernos; posee diversos comités, como el de Expertos para revisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados miembros; el Consejo de Administración recibe las quejas individuales e interestatales. Añadimos para terminar, que la OIT tiene como objetivo principal: promover la justicia social (derechos sociales y económicos);

2.- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, las Ciencias y la Cultura (UNESCO); — con su sede en París, este organismo pretende "asegurar el respeto universal a los derechos humanos" mediante la educación, la ciencia y la cultura en medio de la colaboración entre las naciones; la UNESCO también ha elaborado múltiples convenciones y Recomendaciones sobre libertades fundamentales; como órganos, destacan su comité para reci

bir y examinar comunicaciones, una Comisión Conciliadora de competencia facultativa, el Consejo Consultivo, y como principal órgano la Conferencia General; la UNESCO asume como propósito primordial idear una óptima pedagogía de los derechos del hombre y añadimos que carece de mecanismos para controlar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, si bien a ella compete el examinar el orden de información mundial, poderoso medio de publicidad; 3) Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; (FAO) nace en 1945, su sede está en Roma; su finalidad básica es eliminar el hambre de todos los confines de la tierra, equilibrando el suministro de alimentos con la población mundial, además de mejorar los niveles nutricionales; sus órganos más importantes son: la Conferencia General que formula los proyectos de convención y las recomendaciones a Estados miembros, el Consejo que suple a la Conferencia inter sesiones, y un Director General; la FAO prepara programas contingentes de asistencia para casos urgentes de insuficiencia alimentaria. En síntesis la FAO promueve y defiende el derecho a la alimentación.⁵³

4) Organización Mundial de la Salud (OMS); con sede en Ginebra, la OMS pugna por asegurar, en el más alto grado posible, el derecho a la salud, para tal efecto la organización, establecida por tratado de 1946, cuenta con la actividad de sus principales órganos a saber:

- a) La Asamblea Mundial; órgano conductor máximo con representación de todos los miembros;
- b) El Consejo Ejecutivo para realizar los acuerdos de la Asamblea y;
- c) La Secretaría, órgano administrativo. La OMS trabaja para fortale

cer los sistemas sanitarios de los distintos países y garantizar así la salud.

D) Organizaciones no gubernamentales (ONG); se trata esencialmente de asociaciones privadas, provistas de composición y estructura internacional, así como de personalidad jurídica, y constituidas para la consecución de determinadas finalidades relacionadas con los derechos humanos, como pueden ser: las de promoción, las de denuncia de violaciones, y socorro a las víctimas de transgresiones a sus derechos fundamentales. El ECOSOC, facultado por el artículo - 71 de la Carta para hacer arreglos con las ONG'S, mediante resolución de mayo de 1968 fija las condiciones para que una organización pueda adquirir status consultivo. La función prioritaria de las ONG'S es - organizar y analizar a los distintos sectores de la opinión pública mundial, enlazar a los órganos oficiales con los seres humanos (René Cassin)⁴⁹ La ONU reconoce tres categorías de organizaciones no gubernamentales: la I, para ONG'S que participan en la mayoría de las actividades del ECOSOC, con un número considerable de miembros y amplia representación en muchos sectores y países; la II, que tienen - competencia particular en una materia, y un ámbito de interés y acción de carácter internacional; y por último la categoría III, de menores dimensiones y carente por los general de status consultivo. - Las ONG'S son, tal vez, los órganos más eficientes de información en materia de derechos humanos, ejemplo hecho de Amnesty internacional (1961).

Hasta ahora todas las instituciones examinadas derivan -

de la Carta de la ONU, o a ella están vinculadas; pero a continua--
ción expondremos sistemas de salvaguarda instaurados mediante otros
instrumentos multilaterales generales y especializados, así como uni
versales y regionales; de los generales universales atenderemos a -
los pactos, de derechos civiles y políticos, y de derechos económi--
cos, sociales y culturales; a nivel regional sólo la Convención Euro
pea junto con la Carta Social, y la Convención Americana, para termini
nar el tema de la protección internacional con el análisis de algu--
nas convenciones especializadas.

El primero de los pactos a examinar es el Pacto de Dere--
chos Civiles y Políticos, que junto con el Pacto de Derechos Sociales,
Económicos y Culturales, y el Protocolo Facultativo del primer Pacto,
fueron aprobados el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General,
mismo año en que se declaró para los tres instrumentos la apertura a
la firma, sin embargo la iniciación de vigencia tuvo lugar mucho después;
el Pacto de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 23
de marzo de 1976, pasados tres meses del depósito de la ratificación
35,58(artículo 49); el Protocolo Facultativo de dicho Pacto entró en
vigor en la misma fecha; hasta 1986, 77 Estados habían ratificado el
Pacto, de los cuales apenas 16 habían reconocido la competencia del
Comité que establece el tratado; en tanto 34 Estados habían ratificado
el Protocolo Facultativo⁵⁶La Convención de los derechos tradicio--
-nales tiene el ámbito espacial de validez de los Estados signata--
rios; el ámbito temporal de validez, comienza en 1976; por lo que -
respecta al ámbito material, la amplitud del contenido depende de -

los derechos reconocidos y protegidos; los derechos clásicos, donde el Estado debe una prestación negativa a los particulares, son precisamente la materia de la Convención, y consideramos innecesaria una enumeración casuística de tales derechos que sería además de reiterativa, engorrosa, sobre todo si se toma en cuenta la esencial similitud en cuanto a contenido entre el Pacto y las Convenciones regionales Americana y Europea que son su equivalencia; divergen sólo en sutilezas. El Pacto establece un órgano de fundamental importancia: el Comité de Derechos Humanos que consta de 18 miembros elegidos por los Estados partes de la Convención por cuatro años, a los cuales Estados limita su competencia, celebrando por lo general tres sesiones al año; en cuanto a su competencia comprende varias atribuciones: a) Recepción y consideración de informes entregados periódicamente o para un caso especial por los Estados partes; b) - Presentación de observaciones o comentarios generales a los Estados partes y al ECOSOC sobre los informes recibidos; c) Conocimiento de las reclamaciones interestatales por supuestas violaciones a los derechos del Pacto, pero ésta facultad la puede ejercitar el Comité sólo en relación a los Estados que previamente hayan reconocido su competencia de forma explícita; y d) Conocimiento de quejas o peticiones individuales por violaciones a los derechos del Pacto, más ésta atribución derivada del protocolo facultativo sólo prospera cuando el Estado, supuesto transgresor, sea parte del protocolo.

El Comité de Derechos Humanos actúa conforme a tres procedimientos: a) El de información, en el que el Comité recibe y -

estudia el informe de los Estados, posteriormente elabora sus propios informes, comentarios generales para transmitirlos a los Estados, y si así lo dispone, remitiéndolos también al ECOSOC; los Estados a su vez pueden responder a los comentarios del Comité mediante observaciones, el procedimiento concluye ahí, pero el Comité está obligado a presentar un informe anual de actividades a la Asamblea de la ONU.

b) Procedimiento entre Estados partes; para que el Comité sea competente en la sustanciación de una queja interestatal es antes necesario el reconocimiento de su atribución por los Estados en conflicto en un acto independiente de la ratificación del Pacto; la primera fase es la de las negociaciones bilaterales de los Estados, si no hay arreglo, sigue el examen del caso por el Comité a petición de partes; el Comité podrá recavar información de los Estados, que a su vez podrán estar representados; el Comité deberá prestar sus buenos oficios para un arreglo, el Comité presentará un informe tan sólo exponiendo los hechos, acto desprovisto de obligatoriedad. c) Procedimiento

de quejas individuales; en él nuestro Comité sólo actúa cuando el individuo peticionario se halla bajo la jurisdicción de un Estado parte del protocolo, al que imputa una violación a sus derechos civiles o políticos, siempre que el individuo hacia el interior del Estado - haya agotado previamente todos los medios de impugnación y el asunto no sea objeto de otro procedimiento internacional; el Comité, después de la queja, notificará al Estado acusado para que en un plazo de 6 meses presente cualesquiera observaciones o explique las medidas adoptadas para subsanar la violación; el Comité al final, des-

pués de examinar la información recibida u obtenida, presentará sus observaciones al Estado y al individuo, incluyendo el caso en su informe anual a la Asamblea. Hasta aquí todo lo relativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos junto con su protocolo, que, como vimos, establece un débil control universal convencional de los actos estatales para con los derechos humanos, sistema carente en todo caso de resoluciones vinculativas.

El otro instrumento de alcances universales y que además se complementa con el pacto recién expuesto, es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea de la ONU en 1966, y vista la distinta naturaleza de los derechos económicos y sociales, se decidió crear un sistema exclusivo para ellos, con sus propios métodos de demandar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. El Convenio que satisface ésa pretensión, entró en vigor el 3 de enero de 1976, una vez depositada la ratificación 35. El Pacto de que habalamos prevee sus propios mecanismos de control de cumplimiento de las obligaciones del convenio. Por resolución del ECOSOC de 1982 se creó el grupo de trabajo de Expertos Gubernamentales, el el grupo se halla compuesto por 15 representantes de los Estados partes, elegidos para un período de 3 años; además, el tratado se sirve de otros órganos pertenecientes a la organización de la Carta, como el Secretario General, el ECOSOC, la Asamblea general y algunas instituciones especializadas. Los 83 Estados ratificantes y los 10 adheridos (hasta 1984) se someten a un procedimiento de informes presentados en tres etapas bienales (resolución del ECOSOC de 1976); los -

Estados deberán presentar informes para después transmitirlos al -- ECOSOC y a los organismos especializados; el ECOSOC con posterioridad remite a la Asamblea los informes adjuntando sus propias observaciones o recomendaciones; ahora, parece ser que la consideración de los informes queda a cargo de Expertos de manera preferente.⁵⁹

Yuxtapuestos a los sistemas universales de salvaguardia de los derechos fundamentales de la persona humana, se encuentran - los sistemas regionales, autónomos y los únicos hasta la fecha dotados de una auténtica jurisdicción internacional, que recae en los - tribunales europeo y americano, competentes para la emisión de resoluciones obligatorias, aunque todavía con severas deficiencias para proveer a su ejecución; describiremos con la mayor brevedad posible al sistema europeo, y al americano en ése preciso orden.

Sistema europeo de protección de los derechos humanos.- La Convención de Roma de 1950 y la Carta Social de 1961 son los puntales sobre los que erige el sistema, sin menospreciar por supuesto los órganos y procedimientos de otros instrumentos de integración regional como la Corte de Justicia, común a la comunidad económica europea (CEE), a la comunidad europea de la energía atómica (EURATOM) y la comunidad europea del carbón y el acero (CECA), organizaciones regionales todas ellas, que amparan en sus respectivos tratados o - convenciones, diversos derechos económicos y sociales. El principal Pacto, la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre fue aprobada en 1950 dentro del marco del llamado Consejo de Europa, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953; hasta la fecha, 21 Es-

tados han ratificado o se han adherido a la Convención de Roma; con posterioridad a la iniciación de vigencia se han elaborado 6 protocolos, de contenido adjetivo unos y sustantivo otros, y de los cuales sólo el sexto hasta 1986 no había entrado en vigor; la Convención protege los derechos civiles y políticos, y aglutina como signatarios a los países de Europa Occidental (democracias liberales). Básicamente la Convención, segunda en instaurar una jurisdicción internacional de derechos humanos, establece dos órganos; la Comisión y el Tribunal, e incorpora funcionalmente a tres órganos del Consejo de Europa: La Asamblea Consultiva, El Comité de Ministros y el Secretariado. El Consejo de Ministros (o comité) tiene a un representante por cada Estado adherido al Consejo de Europa, tiene como atribuciones: a) Elegir a los miembros de la Comisión; b) Fijar dietas de los magistrados de la Corte Europea; c) Vigilar la ejecución de las sentencias de la Corte; d) Conocer del informe que le eleva la Comisión, de un caso particular, haya o no conciliado a las partes; e) Decidir jurisdiccionalmente si hubo o no violaciones al Pacto, cuando la Corte no intervenga y; f) Ser informado de las providencias precautorias determinadas por la Corte en un caso concreto. La Comisión por su parte se compone de tantos miembros como Estados partes tenga la Convención (21 en 1986), la Comisión se divide en subcomisiones de 7 miembros, y grupos de 3; la Comisión junto con la Corte tienen su sede en Estrasburgo, y tienen ambas un presidente y un vicepresidente (lo mismo las subcomisiones y los grupos), los miembros de la Comisión son designados por el Comité sobre unas lis-

tas internas elaboradas por la Asamblea consultiva; las atribuciones de la Comisión son: a) Conocimiento de las denuncias de un Estado contra otro por violaciones a la Convención; b) Conocimiento de de mandas de personas, organizaciones no gubernamentales o grupos de per sonas; c) Cuando un caso se encomiende a la Corte, intervención an te ella como parte, las subcomisiones están facultadas para: a) Fi jar los hechos de las demandas y realizar encuestas para el efecto; y b) Procurar la conciliación de las partes en conflicto, en tanto los grupos de 3 examinan y determinan la admisibilidad de las demandas; la Comisión a su vez está facultada para remitir el asunto a la Corte o al Comité, si fracasa la conciliación; la Corte, que es el órgano eminentemente jurisdiccional, está compuesta del mismo número de miembros que el Consejo de Europa (21 en 1986); la Corte fun ciona en pleno o en Cámaras de 7 miembros, tiene un presidente y un vicepresidente elegidos por el pleno, mientras que los magistrados para ingresar a la Corte son elegidos por la Asamblea consultiva del Consejo de Europa; la competencia de la Corte es eminentemente juris diccional, con algunas facultades consultivas, y ante ella únicamente están legitimados para acudir los individuos y la Comisión, sus a tribuciones son: a) El conocimiento y la resolución de todas las controversias que versen sobre la interpretación y aplicación de la Convención de Derechos Humanos; b) La Kompetenz-Kompetenz o facul tad de decidir si es o no competente para conocer de un caso particu lar; todo ésto en lo que respecta a la estructura de los órganos, - funcionamiento y competencia, restando tan sólo al Secretario de la

Corte, que es designado por la misma para un periodo de 7 años, su función principal es la de efectuar comunicaciones y notificaciones e informar de la actividad de la Corte a los medios de comunicación. En general la duración de los cargos es la siguiente: 9 años los Magistrados de la Corte, y los miembros de la Comisión 6 años. Ahora procederé a describir con toda concisión el procedimiento principal de la Convención; genéricamente son tres los procedimientos que se sustancian ante la Corte; el de demanda de interpretación del fallo, el de revisión y el de controversias por violaciones a la Convención. Los pormenores de los procedimientos aparecen en los reglamentos de la Corte y la Comisión, sólo consideraremos de aquéllos al principal. El procedimiento inicia ante la Comisión con la presentación de una demanda (individuo) o una denuncia (Estado), cuya admisibilidad calificará un grupo de tres (Alcalá-Zamora) o una subcomisión (Rodríguez y Rodríguez), exigiendo entre otros requisitos: el agotamiento de las vías internas impugnativas contra el acto denunciado; presentación de la demanda ante la Comisión dentro de los 6 meses a partir de la última resolución doméstica confirmatoria de la violación; que el caso no sea materia de otro procedimiento internacional; que la demanda no sea manifiestamente infundada o abusiva. Una vez que se admitió la demanda una subcomisión establecerá los hechos de la causa además de procurar avenir a las partes en conflicto; si se logra la conciliación, será elaborado un informe y publicado después; si no prospera el arreglo, el informe realizado será confidencial; aquí finaliza la labor de la Subcomisión; ahora la Comisión, si no

hubo arreglo, decidirá en pleno si remite o no el asunto a la Corte o en su defecto al Comité, para la resolución de la controversia, redactando un informe con su opinión sobre si hubo o no violación al Pacto; si el caso es transmitido a la Corte, continúa al procedimiento, primero con una fase oral y después con una escrita; el individuo deja de ser parte y es procesalmente sustituido por la Comisión, si es que él demandó el caso ante la Comisión, pues si un Estado denunció una violación de otro Estado parte, entonces las partes ante la Comisión prosiguen ahora ante la Corte; en la primera fase ante la Corte o fase escrita, las partes intercambian puntos de vista y conclusiones⁶³, y en la fase subsecuente u oral, las partes o delegados comparecen en audiencia frente al tribunal; para finalizar, la Corte emite sentencia que debe ser motivada y será definitiva e inimpugnabile, quedando su ejecución a cargo del Comité; si en vez de la Corte, el Comité conoció del caso (cosa que acontece cuando 3 meses después del traslado del informe de la Comisión el asunto no fue transferido a la Corte), resolverá el litigio por mayoría calificada de 2/3, decidiendo si hubo o no violación; si condena, fijará al Estado un plazo para cumplir; a la desobediencia del Estado a la determinación no habrá más sanción que publicar el informe.

Los otros dos procedimientos de la Corte son de mucho menor importancia; la demanda de interpretación de la sentencia pide un acto interpretativo y complementario, y debe ser deducida 3 años después de que la Corte emitió el fallo cuya interpretación se solicita; éste medio carece de alcances definidos por silencio de la le-

gislación. El tercer y último procedimiento es el de revisión, que se interpone contra sentencias de la Corte cuando se hayan descubierto o hayan sobrevenido hechos que al momento del fallo eran desconocidos por la Corte y que podrían ser decisivos en el sentido de la resolución; ésta demanda se debe interponer en el plazo preclusivo de 6 meses a partir del conocimiento del hecho autorizante del recurso.⁶⁴

El instrumento normativo complementario de la Convención de Roma es la Carta Social Europea celebrada en Turín en 1961, y que tutela derechos sociales, económicos y culturales; la Carta Social establece un sistema de supervisión del cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas, basado en los informes de los Estados partes a un Comité de Expertos independientes; dichos informes, cuya forma y tiempo de presentación determina el Comité de Ministros, comprende el traslado de copias a organizaciones nacionales obreras y patronales del Estado informante, para que éstas envíen su parecer y sus observaciones al Comité de Expertos; toda la información la examina éste Comité para transmitirla con sus consideraciones al Comité Social Gubernamental establecido por la Carta, el Comité Social hace lo mismo que el de expertos, analiza los informes, y añadiendo sus observaciones, los envía a la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que hará otro tanto, remitiendo los informes acumulados y su opinión al Comité de Ministros que finalmente formulará a los Estados las recomendaciones que estime pertinentes, tomando en consideración todas las observaciones, opiniones y conclusiones precedentes.

Sistema Americano de Protección.- La vigencia internacional de los derechos humanos en América es producto de la confluencia de dos instrumentos multilaterales: la Carta de la OEA y la Convención Americana o Pacto de San José de 1968; y dado que los países americanos carecen de una Carta Social como la Europea, instauraron un mecanismo de mayor sencillez a través del protocolo de Buenos Aires de 1967 que contiene un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales que amplifican significativamente el espectro de la tutela del sistema interamericano. Los antecedentes más remotos del sistema son primeramente la doctrina Monroe que en alguna medida inspira el movimiento americano tutelar o defensor; y como instituciones, la Corte Centroamericana de Justicia constituida en 1907 y abolida en 1918, que fue la primera en la historia en conceder el derecho individual de petición; con posterioridad en 1948 se proclamó la Declaración Americana que alentó la inquietud de establecer un sistema de garantía eficaz para materializar los ideales de la Declaración, creando obligaciones internacionales positivas entre los Estados; en medio de tal inquietud fue hasta 1959 que se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano a la vez de la Convención y de la OEA; en ése 1959 en Santiago de Chile la 5° Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores instituyó la Comisión para promover el respeto efectivo a los derechos fundamentales; en 1965 en la Conferencia de Río de Janeiro se ampliaron sus facultades que pasaron de la presentación y recepción de informes, preparación de estudios y manifestación de recomendaciones, a la recepción y conside-

ración de quejas; en 1967 en la Conferencia de Buenos Aires, la Comisión fue incorporada a la OEA como órgano permanente; y por fin, el 22 de Noviembre de 1969, a los 10 años de existir la Comisión, la Asamblea de la OEA aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entrando en vigor el 18 de Julio de 1968. El conjunto de cuerpos normativos que regulan el sistema Americano son la Carta de la OEA, el Pacto de San José, los dos estatutos, los dos Reglamentos de la Comisión y la Corte Interamericana. Los órganos que realizan la garantía de las libertades fundamentales son: La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. procederé a describir en seguida sus estructuras, funcionamientos y competencias. La Comisión Interamericana se compone de 7 miembros que pueden ser cualesquiera de los Estados de la OEA; ello en razón de que dicha comisión es no sólo órgano del Pacto de San José, sino también de la Carta de la OEA; duran 4 años en su encargo y son elegidos por la Asamblea de la OEA a propuesta de los mismos Estados, siendo que los miembros de los que hablamos deben ser nacionales de los estados partes de la Carta de la OEA; la Comisión además cuenta con un Secretario Ejecutivo titular y otro adjunto; la Comisión junto con la Corte, tiene su sede en San José, Costa Rica; la Comisión realiza un conjunto de atribuciones heterogéneas y es a la vez órgano de la OEA y de la Convención de 1969, está facultada para la promoción y defensa de los derechos fundamentales contenidos en el Pacto a través de las actividades que siguen:

A) Elaboración de las Recomendaciones a los Estados de la OEA cuando lo estime conveniente; B) Preparación de estudios e informes;

c) Requerimiento y examen de informes de los Estados; d) Despacho de consultas solicitadas por los Estados; e) Recepción e investigación de peticiones y comunicaciones individuales o grupos no gubernamentales; f) Recepción e investigación de quejas interestatales, pero ésta atribución está condicionada al reconocimiento explícito de la competencia por los Estados, se trata de una disposición opcional; g) Eventual resolución de un conflicto que no haya sido transmitido a la Corte; h) Transmisión de un caso a la Corte que no halló solución; i) Intento de arreglo o conciliación de las partes.⁶⁵

Queremos llamar la atención sobre una característica diferencial de la Comisión Americana respecto de la Europea, la ratificación del Pacto automáticamente faculta a la Comisión Americana para la sustanciación de las peticiones individuales o grupos no gubernamentales, en tanto que para el procedimiento de demandas interestatales, la demanda sólo se aceptará por y contra el Estado que haya reconocido expresamente la competencia de la Comisión; el primer procedimiento es obligatorio con la sólo ratificación del Pacto, y el segundo opcional; en el caso de la Convención Europea es a la inversa, el procedimiento de peticiones individuales es facultativo, y el de denuncias interestatales es obligatorio.⁶⁶ La Corte, el órgano jurisdiccional por antonomasia, consta, al igual que la Comisión, de 7 miembros elegidos por los Estados-partes de la Convención, o a proporción de ellos mismos, entre juristas nacionales de algún Estado de la OEA., cuyo encargo se prolonga 6 años; la competencia jurisdiccio

nal de la Corte está sujeta a declaración de aceptación, la cual puede ser de tiempo limitado e indefinido, incondicional o bajo condición de reciprocidad y también sólo para casos específicos; la Corte posee un Presidente y un Vicepresidente tomando sus decisiones por la mayoría simple de los miembros presentes (quórum de 5) con voto de calidad al presidente; la competencia de la Corte es jurisdiccional o contenciosa y consultiva; mediante la contenciosa, la Corte conoce y decide las controversias por violaciones a la Convención, esto es, a los derechos humanos en ella contemplados; vale especificar que para acudir a la Corte los individuos no están legitimados, sólo los Estados y la Comisión pueden hacerlo; además, la Corte bien puede decretar medidas cautelares para prevenir la consumación de una violación irreparable; las otras atribuciones de la Corte son de índole consultiva, y en ejercicio de ellas el Tribunal puede responder a todas las cuestiones relativas a la interpretación de la Convención u otros tratados de derechos humanos en los Estados Americanos, planteados por los Estados de la OEA o los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA; la facultad complementaria de la interpretativa recién descrita, es la de emitir opiniones a petición de un Estado de la OEA, con respecto a la compatibilidad de su orden interno con las disposiciones de la Carta, su protocolo o la Convención.⁶⁸ En seguida haremos una sucinta relación de los procedimientos que norman la actuación de la Comisión y la Corte. El procedimiento o enjuiciamiento por violación a las libertades fundamentales de la persona comienza ante la Comisión, dividiéndose en dos -

etapas ante ella, la admisibilidad de la demanda y la tramitación -
contradictoria, ⁶⁰ los pasos son como sigue; primero se presenta a la
Comisión una demanda por un individuo o un Estado, la Comisión deci-
de sobre la admisibilidad del documento, cuyos requisitos para la ad-
misión son los mismos que los de la Convención Europea (agotamiento
de los recursos internos o definitividad estatal, algunos elementos
formales otro temporal como el no transcurso del plazo de 6 meses a
partir de la resolución interna definitiva, etc.); con posterioridad
la Comisión corre traslado al Estado acusado a fin de que plantee -
sus observaciones presentando el informe solicitado dentro de los -
120 días posteriores al envío de la solicitud; la Comisión recaba e-
lementos de convicción para establecer los hechos auxiliado por una
investigación en el lugar de los hechos, así como por la realización
de una audiencia en presencia de las partes; la Comisión durante to-
das éstas instancias podrá y deberá procurar un arreglo conciliato-
rio entre las partes; frustrado éste y agotadas las fases descritas
preparatorias del informe de la Comisión, ésta, por medio de dicho in-
forme, dirigirá observaciones y recomendaciones a las partes, para -
que en un plazo de 3 meses, si el caso no es solucionado ni transfe-
rido a la Corte, la propia Comisión emita su decisión final por mayo-
ría simple o absoluta de sus miembros; la cual contendrá medidas re-
paratorias a adoptar por el Estado responsable de la violación (si -
es que la hubo y la declaró existente la Comisión), dentro de un pla-
zo determinado; supuesto el incumplimiento de la resolución, la Comi-
sión por mayoría absoluta dispondrá la publicación del fallo (último

medio conminatorio de la Comisión). Hay una variante en el curso del procedimiento y es que la Corte, después que la Comisión haya elaborado su informe y lo haya dirigido tanto a las partes como a la Corte, ésta conozca de la controversia para dirimirla en vez de la Comisión, lo que puede suceder si la Comisión lo dispone y las partes han aceptado la jurisdicción de la Corte (o el Estado del nacional demandante); cuando el caso fué transmitido por la Comisión a la Corte, - la Comisión reemplaza al individuo y la Corte realiza una instrucción que comienza cuando notifica a la parte acusada la demanda recibida y abre el proceso a oposición de excepciones preliminares que no suspenden el procedimiento; se inicia después una fase escrita con la presentación de una memoria y una contramemoria por las partes; apenas concluida ésta etapa, se abre el proceso a la fase oral donde se desahogarán las pruebas en una audiencia en presencia de las partes y fijada con anterioridad; se cierra la instrucción después de la audiencia y se cita a las partes a escuchar sentencia en una audiencia pública; se emite un fallo definitivo e inimpugnable por votación de mayoría absoluta; se deja el cumplimiento de la sentencia a la potestad del Estado (no hay vía ejecutiva); si éste la desobedece todo lo que puede hacer la Corte es poner el caso en conocimiento de la Asamblea de la OEA en su informe anual.⁷⁰ Advertimos que en todo momento - la Corte puede detriminar medidas precautorias para evitar una violación de efectos irreparables, a parte de existir un procedimiento particular para casos de emergencia. Respecto del procedimiento Europeo hay una diferencia sobresaliente, la Comisión Americana, si no

hay arreglo ni remisión del caso a la Corte, ella lo resuelve; en el procedimiento Europeo ése conocimiento y resolución en defecto de la Corte corresponde al Comité de Ministros y nunca a la Comisión.⁷¹

El sistema americano de tutela se completa con dos organismos menores mencionados en la Carta que tienden a controlar el - respeto progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, apenas aludidos en su género en el cuerpo de la Carta; nos referimos a los Consejos Interamericanos, el primero es el Consejo Interamericano Económico y Social, y el segundo el Consejo Interamericano para la Educación la Ciencia y la Cultura; ambos Consejos a través de sus Comisiones Ejecutivas revisan los informes que sobre las respectivas materias les rinden los Estados (de tales informes se dirige una copia a la Comisión Americana) para después emitir opiniones y recomendaciones. Aquí damos por concluida la tutela regional de los derechos fundamentales, a continuación se examinan superficialmente algunas Convenciones especializadas.

En el proceso de internacionalización de la protección - de los derechos del hombre, las convenciones especializadas han representado una inmejorable alternativa para el caso de instaurar obligaciones internacionales y medios de hacerlas cumplir, sin necesidad de crear mecanismos de salvaguarda para todo el conjunto de los derechos fundamentales; caracteriza a las convenciones de que hablamos - su compacto ámbito material de validez, que sólo incluye unos cuantos derechos afines, ya sea por la naturaleza del bien protegido o por su común titular (mujer o niños por ejemplo); entre otras venta-

jas, éste tipo de pactos tienen la mayor facilidad de ratificación o adhesión: un Estado opone menos reparos para contraer obligaciones internacionales respecto de algún grupo menor de derechos que respecto de todo un orden integral; también el instrumento especializado brinda un tratamiento más adecuado para promover y defender los derechos que consagra. No obstante las anteriores ventajas, en la actualidad las Convenciones en cuestión son pocas, y menos aún las que están en vigor y que, carecen además de sistemas, órganos y procedimientos aptos y enérgicos para reparar las violaciones a los derechos que supuestamente tutelan. Del escaso conjunto de convenciones hay algunas que han llegado a establecer, aunque deficientes, algunos mecanismos por lo menos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones contraídas, a saber: la institución de Comités para recibir y valorar informes acerca de la situación imperante en el país que los hace, en relación a los derechos humanos incluidos en el Pacto suscrito. Procederé a mencionar algunas de éstas Convenciones:

a) La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1966 que entró en vigor en 1969, - con una notable cantidad de ratificaciones, 122 Estados signatarios hasta 1986, de los cuales 15 habían reconocido la competencia del Comité respectivo;

b) La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979 entró en vigor en 1981, hasta 1986 contabilizaba 53 ratificaciones y adhesiones, cuenta con un Comité de 23 miembros para examinar informes y comunicaciones de los gobier

nos;⁷³ c) Los Convenios de Ginebra; se trata de 4 convenios de 1949 celebrados en Ginebra y que versan sobre Derecho Humanitario (conjunto de normas internacionales que regulan los conflictos armados internacionales y limitan la libre elección de métodos de guerra de las naciones beligerantes, con el propósito de humanizar las guerras previniendo daños y sufrimientos innecesarios⁷⁴); a los Convenios de 1949 se añadieron 2 protocolos de 1977 que enriquecen el régimen convencional del Derecho Humanitario; destaca particularmente en la materia de los pactos, el Comité de la Cruz Roja Internacional (1863), - organización suiza y privada que ha salvado infinidad de vidas.

d) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; es de las más recientes convenciones, en 1985 - se dispuso su apertura a la firma y para 1986, 24 Estados la habían ratificado; establece el Pacto un Comité contra la Tortura, competente para conocer de denuncias de tortura u otra violación a los derechos de la Convención.

e) Merecen mención las Convenciones sobre desarme hasta ahora suscritas, visto que la paz mundial es la condición más propicia para garantizar el respeto a los derechos humanos; el lenguaje de la violencia y la fuerza ofusca el entendimiento, degrada la humana dignidad y extermina la vida; el culto a la guerra y al armamentismo supone - un intransigente desprecio a los valores esenciales del hombre.

f) Para concluir el presente tema de protección internacional de los derechos humanos aludiremos a los derechos del "niño" promovidos por el UNICEF (fondo de la ONU para la infancia), y que en el momento en

que esto se escribe están siendo incluidos en una Convención que --
próximamente se aprobará, recordando que el niño es la promesa más
sublime, pero también la más frágil, que la humanidad puede hacer-
se a sí misma, y que la inocencia e indefensión del niño que todo -
espera, a veces sin recibir nada más que miseria, hambre y abandono:
pueden ser mañana el odio y el resentimiento del hombre que viola -
impasible los valores más caros de su prójimo, o bien, pueden con-
vertirse en la fe y la entereza del hombre idealista que no cesa en
su afán de edificar un mundo más sensible y humano.

- CONCLUSIONES -

I.- Resulta más que necesario un replanteamiento de la noción de derechos humanos; priva un desacuerdo notable tanto en su concepción, como respecto de su fundamentación y sus alcances; se impone la necesidad de revalorar la cuestión y avvicinar puntos de vista más allá de las limitaciones ideológicas. A nuestro parecer, las deficiencias de análisis de la problemática, y particularmente la renuncia a la comprensión y aceptación de los valores fundamentales de la persona humana por parte de algunas comunidades o grupos con intereses políticos, prejuicios raciales o intolerancia religiosa verbalizada, producen una severa regresión en el tratamiento digno de los hombres en todas las latitudes.

II.- En cuanto a la definición de los derechos del hombre, cabe advertir que son algo muy distinto y trascendental al mero reconocimiento que de ellos el Edo. haga, o bien, a la concepción --accidental que una comunidad históricamente determinada profese de los valores esenciales. Los derechos humanos no son, ni pueden ser, una magnitud histórica variable, relativa en el tiempo y en el espacio; se trata de un conjunto de posibilidades necesarias implantadas en la estructura del ser del hombre; la persona es un fin en sí misma, un autofin, y los derechos humanos son las implicaciones de la estructura ontológica y teleológica del hombre; son en realidad posibilidades intrínsecamente válidas por apoyarse o sustentarse en valo

res objetivos, por lo que siempre serán idénticas a sí mismas.

III.- Sin embargo, los derechos fundamentales en cuanto valores necesarios derivados de la humana naturaleza, sólo tienen una existencia virtual y metafísica; acaso manifiéstanse en la conciencia como aprehensiones emocionales, sentimentales o intuitivas del valor; necesitan con apremio materializarse en la realidad, y es cuando asumen, aquí sí, la forma histórica de derechos positivos, y no derivan sino de la interpretación que una comunidad dada, hace del sentido de su existencia; por ello es que consideramos que la historia de la positivación de los derechos humanos es un largo y tortuoso proceso de autoconocimiento, y por último, que los derechos del hombre existen en la dimensión del valor y de la coacción a un mismo tiempo, cuando han sido legalmente reconocidos.

IV.- Supuesta nuestra concepción, es menester aclarar que los valores fundamentales de la persona no son en todo caso objeto de aprehensión y comprensión de la razón; seguimos a Schiller al estimar que los valores son percibidos antes por la emoción y el sentimiento que por el análisis racional, en consecuencia, la justificación intrínseca de los derechos del hombre no es un problema lógico.

V.- Históricamente, la manifestación positiva de los derechos fundamentales es producto de un complejo de factores circunstanciales, y encontramos que el proceso descrito por la evolución de los derechos humanos positivados es el paso de su postulación teórica, a su establecimiento jurídico-normativo; en este sentido las libertades fundamentales son primero proclamadas y garantizadas al in-

terior del Estado, y de ahí, hasta el ámbito internacional; es decir, el primer momento es el de la constitucionalización de los derechos humanos (ya que normalmente es en la Constitución de los Estados don de se les incorpora), para desembocar en la etapa de internacionalización que actualmente se gesta; cabe precisar que las etapas no son excluyentes sino que tienden a yuxtaponerse y coexistir. En la historia de los pueblos la vigencia de las libertades fundamentales se apega a una expresión de Nietzsche relativa a los derechos que revela la necesidad de la lucha por ellos contra el poder: "No permitas que te otorguen un derecho que tú puedes conquistar".

VI.- Los derechos del hombre tienen una clara estirpe - ius-naturalista; desde luego distan mucho de constituir un Código acabado e inmutable de rígidos preceptos; son más bién un orden de valores immanentes a la persona, fundado en su naturaleza ontológica y susceptible de aprehensión mediante la emoción, la intuición, el sentimiento y secundariamente, la razón; ése complejo de bienes o valores es proyectado en una circunstancia histórica concreta, y de su enlace y aplicación a la realidad dimanar necesidades concretas legitimadas por valores, que son el antecedente inmediato de los dere--chos positivos.

VII.- Los derechos fundamentales como exigencias estimativas y existenciales derivadas de la naturaleza humana son condicio nantes de la realización y desarrollo en el hombre de todas sus potencialidades como ente, como ser sensible y autoconsciente. La necesidad de respeto a tales valores informa el contenido de distintos -

Órdenes normativos, el Derecho como sistema coercitivo de regulación de las relaciones intersubjetivas es el más importante en la salvaguardia de los derechos humanos, y se encamina a asegurar con la mayor eficacia posible su goce y plenitud. El orden de los derechos humanos supone tanto a una organización jurídica que los consagre, como a una organización política, para la cual serán el objeto primordial; Derecho y Estado estarán afectados primordialmente a la garantía de las libertades de la persona. El Estado de Derecho, es el nombre del orden jurídico-estatal que reconoce y protege los derechos humanos; concluimos por tanto, que el límite natural del poder político son ellos precisamente, y que la racionalización y delimitación jurídica del poder y su ejercicio, quedan a cargo de los derechos del hombre, que son el elemento substantivo y la medida de legitimidad del Estado de Derecho. El medio formal idóneo para sujetar el ejercicio del poder a un orden normativo, es la Constitución, acto supremo de autodeterminación de una comunidad, que puede incluir una declaración de derechos inviolables para las autoridades estatales.

VIII.- Desde el punto de vista jurídico formal los derechos humanos asumen la forma de derechos subjetivos; no necesariamente individuales, puesto que hay derechos de carácter colectivo; los derechos son correlativos mayoritariamente de obligaciones - ya sea de hacer o de abstenerse- a cargo del Estado, y tienen como características formales: la irrenunciabilidad, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la extensión limitada. Ahora, dentro de un sistema jurídico determinado, los derechos del hombre son públicos o pri-

vados y están diseminados en distintas materias del Derecho Objetivo.

IX.- Los derechos del hombre, incluyen tres especies diversas y progresivamente postuladas de derechos; los de la primera - generación, o civiles y políticos que procedieron del movimiento de ilustración del siglo XVIII junto con el liberalismo; la etapa subsecuente añadió los derechos de la segunda generación o económicos, sociales y culturales, fruto de la reacción contra el liberalismo europeo durante las revoluciones sociales del siglo XIX; finalmente, en la actualidad, se añaden los derechos de la llamada tercera generación o "derechos de solidaridad", que son derechos de los pueblos o colectivos, y aparecen como una iniciativa de nivelar las enormes desigualdades económicas y políticas entre los Estados, particularmente los subdesarrollados y los industrializados; éstos derechos de muy reciente origen (la postguerra) pueden llegar a condicionar la vigencia real de todos los derechos restantes. Cada grupo de derechos responde a una concepción e ideología particulares, lo cual no obsta a su interdependencia e: indivisibilidad, integrándose en una unidad armónica.

X.- La realización efectiva de los derechos humanos, si bien involucra muy especialmente al orden jurídico nunca podrá limitarse a él, de hecho prevenir una violación es muy preferible a reprimirla o a reparar el daño, el derecho participa también en la prevención de las transgresiones a los derechos humanos, pero no puede prescindirse de la contribución de otros medios de notable eficacia, sobre todo tratándose de derechos que por su naturaleza son práctica

mente inexigibles ante un Tribunal como es el caso de los derechos - económicos y sociales; para hipótesis tales, es precisa la aprehensión de medidas tendientes a la eliminación de los factores que favorecen o producen el hecho de la violación.

XI.- Para efecto de garantizar el respeto a los derechos humanos, es necesario y conveniente el establecimiento de medios e - instituciones, de preferencia procesales, que servirían al fin de asegurar a los particulares contra los excesos del poder público. La vigencia efectiva del Estado de Derecho y los derechos fundamentales depende de la existencia de medios de control de la legalidad o constitucionalidad de los actos de las autoridades, para que en un momento dado puedan anularse o repararse a petición de la víctima del injusto, las violaciones cometidas a las libertades fundamentales. Cada Estado conforme a su propia tradición y sistema jurídicos ha de - establecer sus particulares instrumentos de tutela. Es de suma eficacia la instauración de una jurisdicción constitucional de los derechos del hombre depositada en autoridades judiciales, con la consecuente creación de procedimientos para que el tribunal conozca de - las violaciones a los derechos del hombre, otorgándose al individuo una acción para reivindicar su derecho conculcado. En otras palabras, se trata de la institución de un control jurisdiccional, y acaso judicial, de la constitucionalidad de todos los actos de autoridad susceptibles de afectar un derecho esencial de la persona humana.

XII.- En el ámbito supranacional al igual que en el estatal la protección jurídica de los derechos humanos promete logros in

apreciables, siempre y cuando pueda establecerse una jurisdicción internacional mucho más enérgica y eficaz, provista de procedimientos más expeditos, ya que los actuales instrumentos tutelares y procedimientos para sustanciar las reclamaciones, reflejan en exceso la reticencia de los Estados y el mantenimiento obcecado de una soberanía dogmática y malentendida (basta recordar entre otras múltiples deficiencias, que en los sistemas más evolucionados, que son el europeo y el americano, los individuos no están legitimados para acudir ante las Cortes respectivas). Concluimos por tanto, improrrogable fortalecer los débiles medios internacionales de salvaguarda de los derechos del hombre a partir de un auténtico control supranacional jurisdiccional de los actos estatales violatorios de dichos derechos fundamentales.

Para dar conclusión a éste modesto esfuerzo quisiera tan sólo agregar unas palabras ilustrativas del drama que ahora aqueja a los sublimes derechos del hombre, tan esenciales y sacros como escarncidos y detractados impunemente; tal vez nunca antes desde que se les proclamó, se habían perpetrado tan sistemáticamente violaciones sin castigo al infractor: ni reparación a la víctima; en éstos casos la absolución del culpable es la condenación del inocente; injusticia, miseria, armamentismo, ignorancia y opresión entenebrecen el horizonte de los hombres, en espera del amanecer que no llega jamás; - es forzoso reconocer el crítico estado de los derechos humanos, porque como afirmase Concepción Arenal: "Nunca el hombre parece tan grande como cuando confiesa su pequeñez, ni para nada se necesita -

más fuerza que para ser humilde". En la superación de ésta crisis - que agobia más al desposeído, mucho hay que dejar a la sensibilidad humana para forjar una conciencia de cambio; volvemos así a hacer - nuestras las palabras de Concepción Arenal: "Medítese la historia y se verá cuantos siglos necesita a veces la razón para llegar a la - justicia que el corazón comprende en un instante". Hay que recordar que el hombre es como el "amantécatl", el artista de las plumas -- náhuatl, "dueño de un rostro, dueño de un corazón", y que al Derecho como al Estado, y a la sociedad corresponde, para vindicar los derechos del hombre, el mismo noble cometido que "al buen artista de las plumas" una poesía náhuatl encomienda:

"de él es humanizar el querer de la gente".

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Hirsch Berger, Johannes; Breve Historia de la Filosofía;
Editorial Herder; Madrid, España; pag.67.
- 2.- Platón; Apología de Sócrates; Editorial Porrúa; México, D.F; pag.15
- 3.- López Valdivia; Fundamento Filosófico del Derecho Natural;
Editorial Tradición; México, D.F.; pag.46
- 4.- Cranston, William; Los Derechos Humanos Hoy; pag.46
- 5.- Fronzizi, Risieri; Introducción a los Problemas Fundamentales del
Hombre; Fondo de Cultura Económica; Madrid, España; pag.356.
- 6.- Maritain, Jacques; La Ley Natural y los Derechos Humanos;
Editorial Pléyade; pag. 12
- 7.- Op. Cit., pags.12 y siguientes.
- 8.- Abbagnano, Nicolás; Diccionario de Filosofía;
Fondo de Cultura Económica; México, D.F.; pag.624
- 9.- Schmitt, Carl; Teoría de la Constitución;
Editorial Nacional; México, D.F.
- 10.- Montiel y Duarte, Isidro; Estudio sobre Garantías Individuales;
Editorial Porrúa; pag.26.
- 11.- Ciro, Félix, y Trigo Félix; Derechos Humanos; pags.37-53;
Editorial Driskill; Buenos Aires, Argentina.
- 12.- Abbagnano, Nicolás; Diccionario de Filosofía; pag.630;
Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- 13.- Chapa, María Elena; Introducción a la Lógica; pag.16.
Editorial Herrero, México, D.F.
- 14.- Abbagnano, Nicolás; Diccionario de Filosofía; pag.958;

Fondo de Cultura Económica, México, D.F.

- 15.- Félix Ciro, op.cit.
- 16.- Henkin Louis; Los Derechos Humanos en la actualidad;
Editores Mexicanos Unidos; pags.172-173; México, D.F.
- 17.- McCloskey, Robert; Derechos Individuales; Enciclopedia -
Internacional de las Ciencias Sociales; Tomo III.
- 18.- Alvear Acevedo, Carlos; Historia de la Cultura; pag.213.
- 19.- Puntambekar; Los derechos del hombre; UNESCO;
- 20.- García Ramírez, Sergio; Los derechos humanos y el Derecho Penal;
Secretaría de Educación Pública; Sep 70s; México, D.F. pags.30-31.
- 21.- De Cervantes, Javier; La tradición jurídica de Occidente;
Editorial UNAM; México, D.F.; pag.137.
- 22.- García Ramírez, Sergio; Los derechos humanos y el Derecho Penal.
- 23.- Montenegro, Walter; Introducción a las doctrinas político--
económicas; Editorial FCE; México, D.F.; pag.27-28.
- 24.- Recaséns Siches, Luis; Prólogo al "Fundamento Filosófico del
Derecho Natural"; op.cit.
- 25.- Cita de Rafael de Pina; Elementos de Derecho Civil;
Editorial Porrúa; Tomo I.
- 26.- Fronidizi, Risieri; Introducción a los Problemas Fundamentales
del Hombre; Editorial FCE; Madrid, España.
- 27.- Verdross, Alfred; Filosofía del Derecho del mundo Occidental;
Editorial UNAM; México, D.F.; pag.325.
- 28.- Op.Cit. pag.326.
- 29.- Tena Ramírez, Felipe; Derecho Constitucional; pag.3.
Editorial Porrúa, México, D.F.

- 30.- Zippelius; Teoría del Estado; Editorial Porrúa; México, D.F.; pag.3
- 31.- UNESCO; Ideas para la acción.
- 32.- Guía del Tercer Mundo; Cuadernos para el Tercer Mundo; 1985;
pag. 585.
- 33.- Idem.; pag. 586.
- 34.- Idem; pags. 6 y siguientes.
- 35.- Lopatka, Adam; "El derecho a vivir en paz"; La Protección Inter-
nacional de los derechos del hombre; Editorial UNAM; pag.135.
- 36.- Vázquez Bote, Eduardo; Los derechos de la personalidad;
Boletín de Derecho Comparado; Número 18, año VI; pag.409.
- 37.- Sagastume, Marco A.; La cuestión de los derechos del hombre;
Excelsior 18-XII-86.
- 38.- Sagastume, Marco A.; Op.Cit.
- 39.- Novoa Monreal, Eduardo; Derecho a la vida privada y libertad
de información; siglo XXI; México, D.F.; pag.24.
- 40.- Friedrich, C.J.; La Filosofía del Derecho; Fondo de Cultura -
Económica; México, D.F.; pag.399.
- 41.- Arreola, Juan José; Lecturas en voz alta.
- 42.- Kelsen, Hans; Derecho y Paz en las relaciones internacionales;
Editorial Nacional; pags.134 a 151.
- 43.- Cita por Pardo Pérez, Benito a definición de Jenks; La protec-
ción internacional del individuo; Madrid, España; pag.40.
- 44.- Pardo Pérez, Benito; Op.Cit.; pag.42
- 45.- Cita por Sagastume, Marco A.; La cuestión de los derechos hu-
manos; Excelsior 28-XII-86.

- 46.- Cranston, William; Los derechos humanos hoy; México, D.F.; pag.87
- 47.- Cassin, René; "Realización de los derechos humanos"; 20 años -
de evolución de los derechos humanos; UNAM; pags.387 a 398.
- 48.- Cassin, René; Op.cit.; pag.397
- 49.- Sorensen, Max; Derecho Internacional Público; Fondo de Cultura
Económica; México, D.F. pag.478
- 50.- Sagastume, Marco A.; Op.cit.; Excelsior, 30-XII-86
- 51.- Sagastume, Marco A.; Op.cit.
- 52.- Van Boven, Theo; "La Comisión de Derechos Humanos"; Protección
internacional de los derechos humanos; UNAM; México, D.F. --
pags. 405 a 423.
- 53.- Sagastume, Marco A.; Op.cit.; Excelsior 2-I-87.
- 54.- Idem; Excelsior 27-XII-86.
- 55.- Heller, Claude; Declaración Universal y Pactos Internacionales
de protección de los derechos humanos; Protección Internacional
de los derechos humanos; UNAM; pag. 124.
- 56.- Székely, Alberto; El sistema de la ONU; ídem; pag.156.
- 57.- Robertson, A.H.; Pactos y Protocolo opcional; balance de la -
protección internacional de los derechos del hombre; UNAM; pag.180
- 58.- Heller, Claude; Op.cit.; pag.127
- 59.- Idem.
- 60.- Alcalá-Zamora; Protección Procesal de los derechos humanos;
20 años de evolución de los derechos humanos; UNAM; pag.311
- 61.- Alcalá-Zamora; Op.cit.; pags. 303 a 307
- 62.- Rodríguez y Rodríguez; Sistema Europeo de Protección; Protección
Internacional de los derechos humanos; pags. 134-135

- 63.- Rodríguez y Rodríguez; Op.cit.; pag.138
- 64.- Alcalá Zamora; Op.cit.; pags.344-45
- 65.- Fix-Zamudio, Héctor; "Sistema Americano de protección de los derechos humanos"; Protección internacional de los derechos humanos; UNAM; pag.54
- 66.- Robertson A.H.; Op.cit.; pags. 177-178
- 67.- Buergenthal, Thomas; "Corte Interamericana de los derechos humanos"; Balance de la protección internacional de los derechos del hombre; UNAM; pag.30
- 68.- Fix-Zamudio; Op.cit.pag.56
- 69.- Fix-Zamudio; Op.cit. pags.52 y siguientes.
- 70.- Robertson; Op.cit.; pag.179
- 71.- Szekely; Op.cit; pag.155
- 72.- Idem; pag.156
- 73.- Sagastume, Marco A.; Op.cit.; 6-I-87
- 74.- Idem.

B I B L I O G R A F I A

- Abbagnano, Nicolás; Diccionario de Filosofía; Fondo de Cultura - Económica; México, D.F.
- Alvear Acevedo, Carlos; Historia de la Cultura; Editorial Jus.
- Arreola, Juan José; Lecturas en voz alta; Editorial Porrúa.
- Balance y Perspectivas, protección Internacional de los derechos del hombre; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM; México, D.F.
- Battifol, Henry; Filosofía del Derecho; Editorial Universitaria de Buenos Aires; Argentina.
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado; Número 18, Año VI, 1973.
- Buber, Martín; ¿Qué es el Hombre?; Fondo de Cultura Económica.
- Burgoa, Ignacio; Derecho Constitucional; Editorial Porrúa; México, D.F.
- Burgoa, Ignacio; Garantías Individuales; Editorial Porrúa; México, D.F.
- Cervantes, Javier; Trayectoria Mundial del Derecho; UNAM; México, D.F.
- Cranston, William; Los Derechos Humanos Hoy.
- Chapa, María Elena; Introducción a la Lógica; Editorial Limusa; México.
- Derechos del Hombre, Los; UNESCO; Fondo de Cultura Económica; México.
- Droits de l'homme; UNESCO; París, France
- Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales; Tomo III.
- Enciclopedia Jurídica OMFBA; Tomo XIII; Buenos Aires, Argentina.
- Friedrich, C.J.; Filosofía del Derecho; Fondo de Cultura Económica; México, D.F.
- Fronzini, Rosieri; Introducción a los Problemas Fundamentales del hombre; Fondo de Cultura Económica; Madrid, España;
- García Maynez, Eduardo; Ensayo Filosófico Jurídico; Universidad Veracruzana; Jalapa, Veracruz.

- García Maynez, Eduardo; Ius Naturalismo, Ius Positivismo y Realismo; UNAM; México, D.F.
- García Maynez, Eduardo; Introducción al Estudio del Derecho; Editorial Porrúa; México, D.F.
- García Ramírez, Sergio; Los Derechos Humanos y el Derecho Penal; SEP; Sep. 70s; México, D.F.
- Guía del Tercer Mundo 84-85; Periodistas del Tercer Mundo A.C.; México.
- Hirschberger, Johannes; Breve Historia de la Filosofía; Editorial - Herder; Madrid, España.
- Henkin, Louis; Los Derechos Humanos en la Actualidad; Editores Mexicanos Unidos; México, D.F.
- Ideas para la Acción; UNESCO.
- Jellinek, Jorge; La declaration des droits; Francia.
- Kelsen, Jorge; Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales.
- Kelsen, Jorge; Teoría del Estado; Editorial Nacional; México, D.F.
- Loewenstein, Carl; Teoría de la Constitución; España.
- López Portillo, José; Teoría General del Estado; IEPES; México, D.F.
- López Valdivia; El Fundamento Filosófico del Derecho Natural; Editorial Tradición; México, D.F.
- Maritain, Jacques; La Ley Natural y los Derechos Humanos; Editorial Pléyade; Argentina.
- Marquiset, Jean; Los Derechos Naturales; Editorial Oikos; España.
- Montenegro, Walter; Introducción a las Doctrinas Político-Económicas; Fondo de Cultura Económica; México, D.F.
- Montiel y Duarte, Isidro; Estudio sobre Garantías Individuales; Editorial Porrúa; México, D.F.
- Novoa Monreal, Eduardo; El Derecho a la Vida Privada y Libertad de - Información; Siglo XXI; México, D.F.
- Prado Pérez, Benito; Protección Internacional del Individuo; España.
- Platón; Apología de Sócrates, Diálogos, Editorial Porrúa; México, D.F.

- Protección Internacional de los Derechos Humanos; Cuaderno del Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM; México.
- Protection Internationale des droit de l'homme; Estrasburgo Université; France.
- Radbruch, Gustav; Filosofía del Derecho; Fondo de Cultura Económica; México, D.F.
- Recaséns Siches; Filosofía del Derecho; Editorial Porrúa; México, D.F.
- Rojina Villegas, Rafael; Teoría del Derecho y del Estado; Editorial Nacional; Volumen II; México, D.F.
- Sagastume Gemell, Marco A.; La cuestión de los derechos humanos; - Excelsior 18, 27, 28 y 30 de diciembre de 1986; 2 y 6 - de Enero de 1987.
- Sandifer y Scheman; Los fundamentos de la libertad; UTEHA; España.
- Schmitt; Teoría de la Constitución; Editorial Nacional; México, D.F.
- Sepúlveda, César; Derecho Internacional Público; Editorial Porrúa; México, D.F.
- Sorensen, Max; Derecho Internacional Público; Fondo de Cultura Económica; México, D.F.
- Strauss, Leo; Natural right and history; Estados Unidos.
- Tena Ramírez, Felipe; Derecho Constitucional; Editorial Porrúa; - México, D.F.
- Vecchio, Giorgio del; Il Concetto della natura e il principio del diritto; Italia
- Veinte años de evolución de los derechos humanos; Instituto de Investigaciones Jurídicas; UNAM; México.
- Verdross, Alfred; Filosofía del Derecho del Mundo Occidental; UNAM; México, D.F.
- Zippelius, Reinhold; Teoría General del Estado; UNAM; México, D.F.