

SECCIÓN IV

LOS GRANDES TEMAS EN EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La filosofía de los derechos humanos	59
2. La ideología de los derechos humanos	61
Derechos humanos, libertad y democracia	62
3. Los derechos humanos como principios generales del derecho	63
4. La ciencia de los derechos humanos	65
5. El problema del lenguaje	68
6. La recepción de los derechos humanos en el derecho positivo .	69
El control de los derechos humanos: jurisdicción y judicia-	
bilidad	71
7. La función de los derechos humanos	72

SECCIÓN IV

LOS GRANDES TEMAS EN EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se habla de los derechos humanos como filosofía, y se está en lo cierto. Hasta las posturas que los devalúan, o los niegan, o los execran, o los abordan peyorativamente, o les restan importancia, implican en su base la adopción de una filosofía que no por ser desfavorable deja de ser tal.

Cuando en concreto nos refiramos al aspecto filosófico de los derechos humanos nos explayaremos sobre lo que ahora es únicamente una proposición. Ahora baste resaltar que esta filosofía de los derechos humanos es una filosofía político-jurídica, y una filosofía que alberga una estimativa axiológica, o una deontología, o una *dikelogía*, que viene a anudarse en nuestros días con la filosofía de los valores, hasta el punto de que lo que se titula como derechos humanos se dice que es un conjunto integral de valores: los derechos humanos como valores.

Una filosofía que eliminara el tema de la justicia y de los restantes valores jurídico-políticos no sería apta para brindar asidero suficiente y sólido a los derechos del hombre. Y otra que, sin atender a los ligámenes entre derecho y ética, relegara a la última o la desalojara, extraviaría lo que Elías Díaz —al identificar los derechos humanos con los valores— entiende ser exigencias éticas de la libertad, la igualdad, y la paz.⁶⁵

No se trata de rebajar o reducir los derechos humanos a derechos "morales" (puramente alojados en el campo de la ética), ni de soslayar la juridicidad que, aun antes de su positivización, nosotros les reconocemos por el vínculo direccional que guardan con el valor jurídico por excelencia, que es la justicia. Se trata de incardinarlos jurídicamente en un reenvío final a la ética, porque es un reenvío a la consideración

⁶⁵ *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, 1982, p. 394.

ética de la persona humana, cuyo valor personal es asimismo ético, y a cuya consecución se dirigen tanto los valores jurídico-políticos (incluso el más eminente y cuspide, que es la justicia) cuanto todo derecho positivo que no se considere liberado de prestar atención al hombre como persona.

El humanismo personalista, o el personalismo,⁶⁶ liban en el hontanar de la ética,⁶⁷ para de allí traspolar al orbe del derecho y de la política una filosofía político-jurídica de los derechos humanos.⁶⁸ En la continua contienda en torno de las denominaciones que desde el comienzo hemos aludido, y sobre todo entre la de derechos humanos y derechos fundamentales, la primera mantiene mayor matiz filosófico que la segunda, si es que al menos convencionalmente se tolera que los derechos humanos, aun en su sentido descriptivo de los que ya están formulados en normas jurídicas, guardan una connotación prescriptiva y deontológica, especialmente cuando, "debiendo ser" "no son" todavía objeto de recepción en el derecho positivo, mientras la expresión "derechos fundamentales" apuntaría más bien al cúmulo de derechos y libertades reconocidos y garantizados por el derecho positivo de cada Estado.⁶⁹

Estas acotaciones nos guían ahora a una distinción: si toda toma de posición alrededor de los derechos humanos reconoce una raíz

⁶⁶ Sobre "las concepciones personalistas" ver el capítulo VII —con ese título— de la *Introducción al derecho constitucional* de César Enrique Romero, Buenos Aires, 1973. Según Mounier, es personalista toda doctrina y toda civilización que afirma la primacía de la persona humana sobre las necesidades materiales y sobre los aparatos colectivos que sostienen su desarrollo (*Obras completas*, París, t. I, p. 483). Hay que tomar la idea con cierta precaución para no incurrir en individualismo, porque hay necesidades materiales (comer, vestirse, atender la salud, disponer de vivienda, trabajo y salario, etcétera) que están ligadas primariamente a la dignidad de la persona y no pueden independizarse de ésta, por lo que atenderlas es propio del personalismo, aun cuando el individualismo a veces diga que los derechos de "la persona" (de una o algunas) no pueden limitarse para acrecer la capacidad de otras personas (iguales en dignidad) que no alcanzan a satisfacer derechos suyos relacionados con aquellas necesidades.

⁶⁷ Para la moralidad del derecho, y las relaciones entre derecho, justicia y moral, ver: Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1973, capítulo IV.

⁶⁸ Enrique P. Haba dice con agudeza que en las denominaciones de derechos humanos o de derechos naturales, lo humano y lo natural toman un sentido de *ultima ratio* en el discurso ético-político ("¿Derechos humanos o derecho natural?". *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, p. 223). Ver: Sagüés, Néstor Pedro, *El presupuesto ético de la democracia*, Rosario, 1981.

⁶⁹ Ver: Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1984, pp. 46 y 47. Para una crítica a la expresión "derechos fundamentales", ver: Atienza, Manuel, en la obra colectiva, *Política y derechos humanos*, Valencia, 1976.

filosófica, lo que aquí estamos insinuando como "filosofía de los derechos humanos" es una perspectiva filosófica que les resulta favorable, que los auspicia, que les depara basamento axiológico propicio. No entra, pues, en esta acepción de filosofía de los derechos humanos, la que le sea hostil, detractora, o negadora; esta última es también una perspectiva filosófica de los derechos humanos pero, en cuanto no resulta conducente a su reconocimiento, a su defensa, a su exaltación, difiere de la otra que le es adicta y que cumple la función de inspiradora de una idea de derecho de tipo personalista.

Y dada la desembocadura en esa idea de derecho, hemos de ver a la filosofía de los derechos humanos —de aquí en más, en la acepción de filosofía favorable a los mismos— como "idea" o ideología jurídico-política.⁷⁰

Todo régimen político tiene una filosofía, o responde a una filosofía, en cuanto conjunto de principios, ideas, valoraciones y pautas que le sirven de orientación, que encauzan su actividad, que proponen sus fines.⁷¹ En esa directriz, la tal filosofía asume para nosotros el papel de una ideología. Y a ella vamos.

2. LA IDEOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

No le tememos a la palabra "ideología" cuando la purificamos de todas las acepciones peyorativas o disvaliosas, y con una neutralidad "desideologizada" la situamos en el vocabulario político-jurídico con su más simple sentido, cual es el de las ideas que los hombres nos forjamos acerca de lo que es, de cómo es, y de cómo ambicionamos que sea el régimen político.⁷²

Cuando la filosofía de los derechos humanos desciende a proposiciones prácticas, tendientes a darles encarnadura y positivización en el régimen político y en el orden jurídico-constitucional, bien podemos

⁷⁰ Ver: Prélot, Marcel, *La ciencia política*, 5a. ed., Buenos Aires, 1971, segunda parte, ver: "Las ideas políticas".

⁷¹ Nos hemos ocupado del tema en nuestro libro *El régimen político...*, cit., pp. 217 y ss. (acápito 29: "Un factor cultural discutido: el de las ideologías y los valores"), donde vienen citas de Burdeau (entre otras varias, pp. 225 y ss.), Lucas Verdú hablaría de una fórmula política (ver nuestra op. cit., pp. 228 y ss., y las notas 43 y 44 especialmente, en p. 229). Ver también nuestro libro *El poder*, Buenos Aires, 1985, pp. 146 a 158.

⁷² Ver nuestro libro *La recreación del liberalismo. Política y derecho constitucional*, Buenos Aires, 1982, pp. 72 y ss.

sostener que aquella filosofía adquiere el cariz de una ideología o se transforma en una ideología: la ideología de los derechos humanos.

Aun cuando latamente sea válido hablar de filosofía política y de ideología política de un régimen como equivalentes (y nosotros mismos lo hemos hecho normalmente), esta disección que hacemos al adentrarnos con más profundidad en el orbe de los derechos humanos no nos parece inútil ni superflua: la ideología de los derechos humanos es la "idea de derecho" que inspira al régimen político de tipo personalista que, con forma democrática, se organiza confiriendo efectividad —o vigencia sociológica— a aquellos derechos. Tal ideología se aúna con la filosofía de los derechos humanos en cuanto ésta trasvasa sus principios al mundo jurídico-político.

Con este enfoque tentativo, la ideología confiere inserción en el régimen al humanismo o personalismo que es el quicio de la filosofía de los derechos humanos.

Derechos humanos, libertad y democracia

Ya fue destacada la entrañable ligazón entre derechos humanos y libertad. "La libertad será el concepto clave, dentro de la filosofía de los derechos humanos, para explicar la necesidad de un ámbito de autonomía del hombre en la sociedad, y de un límite a los poderes externos a él, especialmente el poder del Estado", dice Peces-Barba.⁷³ Y añade: la libertad se convertirá en derecho subjetivo de la personalidad jurídica.

La filosofía de los derechos humanos, en cuanto prohija la libertad y los derechos, esboza una forma de organización política —o forma de Estado— que es la democracia.⁷⁴ En su acepción más lineal y simple, la esencia de la forma democrática de Estado, o democracia, consiste en una organización jurídico-política (que desde ya conviene anticipar que es "constitucional", porque "constituye" al Estado con una "Constitución" en sentido material o real) basada en el reconocimiento y respeto a la dignidad del hombre, a su libertad, y a sus derechos.⁷⁵

⁷³ *Derechos fundamentales, cit. supra* nota 62, p. 50.

⁷⁴ Por eso, el uso más habitual del término libertad no es descriptivo sino valorativo (Ruiz, Miguel A., "Sobre los conceptos de la libertad", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 2, 1983, p. 541).

⁷⁵ Ya lo decíamos en nuestro libro *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, 1961. Dice Loewenstein, refiriéndose a las libertades fundamentales (o derechos del hombre) que aunque están sometidas a una interpretación variable debido a la diferencia del ambiente donde estén en vigor estas garantías fundamentales, son

Oriunda de la filosofía, la democracia vuelve a ser, como la ideología de los derechos humanos, una idea de derecho —o ideología— que infunde al régimen político las pautas vertebrales de su organización y de su funcionamiento, y que se realiza en él mediante las conductas humanas que dan vigencia sociológica a los derechos personales (en concordancia —como lo diremos después— con un poder limitado, distribuido y controlado).

Parafraseando a Peces-Barba, añadiríamos que “para una vigencia efectiva de los derechos del hombre en una sociedad concreta hay que partir de esa concepción y trasladar sus postulados al derecho positivo vigente”: ⁷⁶ al régimen político o a la Constitución material, agregamos nosotros.

Al recorrer otra vez la filosofía y la ideología de los derechos humanos, podemos proponer etapas: la filosofía dará, en un primer paso, origen a la ideología de los derechos humanos en el régimen político; y la última, sin perder su conexión con la primera, transitará a la institucionalización de la democracia en el estadio de positivización —o vigencia sociológica— de lo que damos como trinidad equivalente: libertad, derechos humanos, democracia como forma de Estado. Y así ya queda en el horizonte el problema crucial, que es el de la recepción de los derechos humanos en el derecho positivo, que consiste en la vigencia sociológica de los mismos (porque para nosotros, derecho positivo es igual a derecho vigente, actual y presente, pero entendido que vigente quiere decir efectivo, eficaz, observado, y no meramente formulado en normas escritas).

3. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La convocatoria que nos hace el debatido tema de los principios generales del derecho es solamente colateral. Demasiado arduo es de por sí para que en un estudio dedicado a un tema parcial, cual es este de los derechos humanos, intentemos penetrar en el otro con plenitud. Por eso, muy dogmáticamente vamos a aceptar que hay principios genera-

el núcleo inviolable del sistema político de la democracia constitucional, rigiendo como principios superiores al orden jurídico positivo, aun cuando no estén formulados en normas constitucionales expresas. “En su totalidad, estas libertades fundamentales encarnan la dignidad del hombre” (*Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, p. 390).

⁷⁶ *Derechos fundamentales*, cit., p. 53.

les del derecho, de carácter axiológico. Dejamos de lado las discusiones acerca de si provienen o no del derecho natural o valor justicia; si son propios de cada orden jurídico o comunes a varios o a todos; si revisten naturaleza normativa o son únicamente orientaciones o pautas directrices; de los fines que cumplen, etcétera. Con un origen o con otro, con una naturaleza o con otra, nos alcanza con decir que están dentro del orden jurídico, que forman parte de él, que son suyos.

Y nos basta porque si hemos reconocido una filosofía de los derechos humanos y una ideología tributaria de ella, que encarrilan hacia el Estado democrático, se nos ocurre fácil admitir que los derechos humanos figuran entre los principios generales del derecho. Por tangencia, recordamos que forman una concepción común, ingresada ya en el derecho internacional.

Peces-Barba enseña que los principios generales del derecho son fuente de los derechos fundamentales, y que lo son casi siempre como supletorios de las carencias de fuentes en este campo, como son la Constitución y las leyes ordinarias.⁷⁷ Su afirmación tiene el sentido de indicar que los principios que acoge el derecho positivo (y trae como ejemplo los valores del respeto a la dignidad humana, o el principio de libertad) sirven para dar recepción a los derechos humanos cuando faltan normas expresas, y para acicatear su inclusión en ellas. Pero, a la inversa, nosotros nos atrevemos a decir, sin por eso eliminar la anterior perspectiva, que la filosofía y la ideología de los derechos humanos son una fuente de los principios generales, si por fuente entendemos que aquéllas hacen ingresar a los principios generales el de que hay que respetar, promover y dar efectividad a los derechos humanos.

Por supuesto, no se trata de erigir a cada uno de los derechos humanos en un principio general, porque éste engloba y abarca algo prioritario, cual es lo ya señalado: que es un privilegio general del derecho, en todo Estado democrático, la existencia de los derechos humanos y que en consecuencia deben ser reconocidos, tutelados, promovidos y eficaces.

Tal vez no resultara aventurado —al menos para ciertos ordenamientos jurídicos, cuyo ejemplo podría ser el argentino— pensar en un desglose que llevara a hablar de principios “generales” del derecho, y “meros principios” del derecho, que en algunos casos serían algo así como subprincipios dentro de los principios generales. ¿Podría

⁷⁷ *Idem*, p. 154.

entonces imaginarse que el principio general de dignidad de la persona deriva a los meros principios de *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, etcétera, o al de que hay una escala axiológica en los derechos que obliga a preferir los de rango superior frente a los de nivel inferior (la vida, por ejemplo, a la propiedad; o la dignidad y el honor, o la intimidad personal, a la libertad de prensa, de crónica y de información)? Lo dejamos a la sagacidad de otros, sin pretender dar una respuesta totalmente asertiva.

Pero que la defensa del plexo de derechos humanos (así como por el *ius cogens* obliga internacionalmente a su reconocimiento, respeto y tutela) hace parte de los principios generales del derecho, parece configurar un enunciado válido y de necesaria aceptación.

4. LA CIENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Puede asustar la adudacia de pretender convertir al tema de los derechos humanos en una ciencia. Pero el temor se disipa si hablamos de un estudio científico de los derechos humanos. Tal estudio no sólo es viable, sino necesario a la altura de nuestro tiempo.

Ahora bien, es posible que a ese estudio científico converjan varias disciplinas o ciencias, y que aglutinarlas en una sola —la ciencia de los derechos humanos— dé curso a la crítica contra su autonomía. Como se advierte, son numerosos los problemas que se interponen, no obstante lo cual, sin aspirar a resolverlos, creemos que existe un nivel científico de estudio y conocimiento de los derechos humanos. Peces-Barba lo tiene incorporado a su obra.⁷⁸

Si se coincide en que la filosofía de los derechos humanos ya entra en el radio de la ciencia de los derechos humanos, con el auxilio de la historia, la sociología, la ética, la antropología,⁷⁹ desde que el núcleo axiológico en la filosofía de los derechos humanos demanda conocer su curso histórico, las diferentes concepciones y sus fundamentos, el sustrato social de la estimativa favorable, los sistemas de valores socialmente aceptados, etcétera.

De inmediato habrá que examinar científicamente cuáles derechos son efectivamente aceptados y vigentes en una sociedad, qué dificultades obstan a su eficacia y qué condicionamientos les son propicios,

⁷⁸ *Idem*, por ejemplo, en pp. 83 y 86.

⁷⁹ Ver, por ejemplo, Marías, Julián, *Antropología metafísica*, Madrid, 1970; Robles, O., *Esquema de antropología filosófica*, México, 1942.

cuáles son las relaciones entre las transformaciones sociales y la prosperidad o los óbices de los derechos, cuál es el subsuelo social de cada sistema de derechos humanos, a qué valores apunta el plexo de derechos y cada uno de éstos, qué influencia juegan los valores en una sociedad en orden a los derechos humanos, más todo el repertorio de factores políticos, culturales, económicos, demográficos, tecnológicos que promueven o frenan a los derechos del hombre. Y quedaría como importantísimo el estudio científico desde el plano constitucional —normas escritas, derecho no escrito, fuentes, garantías, clasificación y jerarquía de los derechos, relación de éstos con la estructura de poder, limitaciones, etcétera—, para luego, en nexo inevitable, penetrar en el derecho constitucional comparado de los derechos humanos, y en el derecho internacional de los mismos.

Abastecido este espectro tan nutrido, es compartible la creencia en una ciencia —o estudio y conocimiento científicos— de los derechos del hombre.

René Cassin ha intentado definir a la ciencia de los derechos humanos como "una rama particular de las ciencias sociales, que tiene como objeto estudiar las relaciones entre los hombres en función de la dignidad humana, determinando los derechos y las facultades necesarios en conjunto para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano".⁸⁰

Esta ciencia de los derechos ha recibido otro sugestivo nombre, cual es el de "derecho" de los derechos humanos, al modo como se señalan otras áreas del derecho denominado objetivo (derecho constitucional, derecho civil, derecho penal) o, como podría traducirse al inglés: *law of human rights* (con la curiosa ventaja que en inglés el derecho objetivo se llama *law*, y el derecho subjetivo *right*).⁸¹

Carlos García Bauer, después de preguntarse si "¿puede elaborarse ya una disciplina de los derechos humanos?",⁸² habla del aludido "Derecho" de los derechos humanos para referirse a la ciencia que se dedica a ese sector del derecho,⁸³ lo que nos permite pensar que si el derecho es una ciencia —la ciencia del derecho, o ciencia jurídica—, la ciencia jurídica que estudia los derechos humanos admite dos

⁸⁰ La definición es traducción de Peces-Barba en su libro *Derechos fundamentales*, cit., p. 80.

⁸¹ Véase *idem*, pp. 77-78 y 86 y ss.

⁸² En la obra colectiva *Veinticinco años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 463 y ss.

⁸³ *Teoría de los derechos humanos*, Guatemala, 1971, p. 5.

denominaciones: ciencia de los derechos humanos (o de los derechos fundamentales, como prefiere Peces-Barba) y "Derecho" (como ciencia del "derecho objetivo") de los derechos humanos. Según lo desliza Eusebio Fernández, el derecho de los derechos fundamentales equivaldría a la parte del derecho general que tiene como objeto de análisis y estudio el tema de los derechos humanos.⁸⁴

Un muy buen trabajo de Benito Castro Cid, titulado "Dimensión científica de los derechos del hombre", desliza interesantes reflexiones sobre la ciencia de los mismos.⁸⁵ Recuerda, en primer lugar, que el tema cuenta actualmente con numerosa y valiosa literatura especializada; y en segundo lugar plantea dos posibilidades: o que el estudio especializado se haga dentro de las diversas ciencias existentes, o que se sistematicen unos conocimientos unitarios constituyentes de una ciencia específica o de una peculiar rama de otra ciencia. Luego examina el objeto, el método, las razones de la necesidad de la ciencia de los derechos humanos, y sus posibles caracterizaciones. Y aquí se detiene en lo que llama ciencia objetivamente interdisciplinar, o interdisciplinariedad objetiva, y ciencia metódicamente interdisciplinar; la primera propugna que los derechos humanos sean estudiados simultánea y complementariamente por varias ciencias existentes, cuyos objetos ofrezcan un campo en alguna forma coincidente con la realidad de los derechos humanos, y añade que, entonces, habría que hablar más de "pluri-disciplinariedad" que de interdisciplinariedad;⁸⁶ la segunda postura o de interdisciplinariedad metódica implica que la ciencia de los derechos humanos tiene que desarrollarse en colaboración con las demás ciencias (historia, sociología, ciencias morales y económicas, etcétera), ayudándose con sus métodos y técnicas de investigación. Por fin, existe la perspectiva de configurar la ciencia de los derechos humanos como ciencia específica y autónoma, y opta por ella, pero a su vez propone dos variantes: independizar a la ciencia de los derechos humanos dentro del ámbito del conocimiento jurídico, o bien independizarla en un plano que trasciende a las ciencias jurídicas y que abraza la totalidad de aspectos que presentan realmente los derechos del hombre (con lo que la ciencia de los mismos sería "integral").

⁸⁴ *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, 1984, p. 113.

⁸⁵ Ver la obra colectiva *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, núm. 38, 1979, pp. 47-151.

⁸⁶ Para la afirmación de la interdisciplinariedad de la ciencia de los derechos humanos, ver: Pelloux, René Cassin. *Amicorum discipulorumque liber*, R., "Méthodologie des droits de l'homme", vol. IV, Paris, 1972, pp. 10 y ss.

De ahí en más, aporta una propuesta sobre el contenido y los temas de la ciencia de los derechos humanos, alrededor de los cuales discutir en profundidad con puntos de vista personales sumamente valiosos.

Si tenemos que tomar partido, nos inclinamos por la ciencia de los derechos humanos en cuanto autónoma e integral.⁸⁷

5. EL PROBLEMA DEL LENGUAJE

Ya vimos sucintamente al comienzo la multiplicidad de locuciones con que la doctrina y los autores abordan el tema de los derechos humanos. Pese a las diferencias, hay un denominador común y un mismo objeto, aunque los acentos varíen: la persona y sus derechos en la sociedad y en el Estado.

Por supuesto que hay encubrimientos ideológicos detrás de las palabras, pero ese es otro tema, tal vez el de la perversión y el mimetismo del lenguaje. Pero el uso de las expresiones que, con unos vocablos o con otros, aluden a los derechos humanos, pone en evidencia que allí donde los derechos no se reconocen, no se respetan, o se violan, pero las denominaciones se proclaman, hay de alguna manera conciencia pública de que los desvíos y entuertos transgreden la concepción común y general de los derechos humanos, y de que es menester ocultar el apartamiento para estar a tono con la divulgada creencia en dichos derechos.

La historia ha ido dando razón de la variación del léxico, y tal vez sea la filosofía la que, más allá de la historia, explique las preferencias de cada corriente de pensamiento y de cada autor por una expresión u otra —derechos individuales, derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos subjetivos, libertades individuales, libertades públicas, libertades personales, etcétera—. Épocas y fundamentos doctrinales hacen de respaldo a cada una de esas expresiones.

Mientras se mantenga una mínima coincidencia en el objeto al cual mientan ellas, no nos parece fundamental cuestionar su empleo indistinto, en respeto al gusto de cada quien. Y por sobre todo, mientras la recepción eficaz en la vigencia sociológica confiera funcionalidad a

⁸⁷ Se dice que el carácter abierto del campo de estudio de los derechos humanos viene a reforzar el postulado de la especificidad del objeto de la ciencia de los derechos humanos (ver: Marie J. B., "Une méthodologie pour une science des droits de l'homme", en *Revue des Droits de l'Homme*, VI-1, 1973).

los derechos humanos, el problema de cómo se los llame se nos vuelve accesorio.⁸⁸

Otra cosa será después el lenguaje normativo, o sea, las fórmulas con que se plasmen en el orden de las normas las declaraciones y el reconocimiento de los derechos. Es un punto trascendente, al que oportunamente le prestaremos la debida atención. Incluso, el silencio normativo —es decir, la ausencia de formulaciones gramaticales— tendrá capital importancia en el caso de los derechos humanos no enumerados o implícitos, por lo que con cierto atrevimiento decimos que, en el marco de determinadas constituciones, el silencio puede tener un hondo significado en el ámbito del lenguaje utilizado por el orden normativo.

6. LA RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO POSITIVO

En orden a su practicidad, éste se nos presenta como el tema fundamental. No disminuimos el valor de la filosofía de los derechos humanos, ni el de la ciencia de los mismos, ni los tan apasionantes y polémicos de su fundamentación, pero, en la hora actual, los hombres que en cualquier nivel —científico, empírico, común— se preocupan por los derechos humanos, pretenden que éstos adquieran y mantengan efectividad en la sociedad, en el régimen político, en el mundo jurídico-político. El lenguaje científico diría: que tengan positividad.

Abordar este tema lleva a discrepancias, de las que aquí no podemos ocuparnos, aunque sí debamos —nuevamente con dogmatismo— prevenir cuáles serán nuestro vocabulario y nuestros conceptos. Adheridos al legalismo de Werner Goldschmidt, no compartimos la idea de que el derecho sea un conjunto o sistema de normas (o reglas), bien que si digamos que el derecho (o mundo jurídico) tiene estructura normativa, porque en él hay normas (formuladas o no) que componen, precisamente, el orden normativo o normológico. Pero a éste hay que añadirle —en trinidad— un orden de conductas (dimensión sociológica) y un orden del valor (dimensión *dikélogica*). Si el derecho reviste estructura normativa, pero no es solamente un sistema de normas, no podemos sostener que la positividad del derecho consista en “poner” normas en el mundo jurídico, si luego esas normas no alcanzan eficacia, no ad-

⁸⁸ Ver: Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pp. 29 y ss.

quieren observancia, no son obedecidas, no funcionan en la dimensión sociológica de las conductas humanas.

Poner una norma en el orden normativo del mundo jurídico es darle vigencia "normológica", y eso no es todavía positividad. La positividad aparecerá con la vigencia "sociológica", es decir, con el funcionamiento eficaz en la dimensión (o el orden) de las conductas.⁸⁹

Con esta exigua explicación preliminar, el problema de la recepción de los derechos humanos en el derecho positivo no culmina sino en la vigencia sociológica. Es importante la etapa preliminar de ingreso al orden normativo (constitucional y/o infraconstitucional) mediante la "inscripción" de los derechos en un *bill*, pero de inmediato hay que subrayar que: a) de poco vale la normación de los derechos si en la dimensión sociológica no logran, o pierden, vigencia ("sociológica"), porque la subsistencia de las normas sólo conservará, en el mejor de los casos, un carácter simbólico, que no impedirá hablar, a falta de vigencia sociológica, de *desuetudo* (inacción o bloqueo de las normas), o hasta —para algunos— de derogación (omitimos esclarecer este punto por innecesaria a los fines del análisis que emprendemos); b) puede ser que, sin normas expresas sobre derechos personales (caso de la Constitución de Estados Unidos hasta sus diez primeras enmiendas), tales derechos tengan recepción en el derecho positivo (por fuente de derecho no escrito, o por fuente de derecho judicial o jurisprudencia) mediante su vigencia sociológica.

Quiere decir que la recepción positiva sólo se logra cuando, a través de las conductas, la dimensión sociológica del mundo jurídico confiere vigencia sociológica a los derechos humanos, con o sin normatividad expresamente formulada (en general por escrito, en textos constitucionales o legales). Tal es el cenit de la recepción. Cuando se lo alcanza, estamos ante un derecho positivo —o vigente, o actual, o presente— en el que esos derechos funcionan. Su mero ingreso al orden normativo formulado expresamente no constituye positividad porque no equivale a vigencia sociológica. Y el trance dramático y primordial de los derechos es el de esa vigencia, no el de su enunciado normativo.

No obstante, como indicio profético de esa posible —y necesaria— positivización en la dimensión sociológica, las declaraciones de derechos en el orden de normas escritas deben ser ensalzadas, y tienen el valor de una trayectoria inicial hacia la recepción sociológica.

⁸⁹ Para ambas clases de vigencia, ver nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 45.

La filosofía de los derechos humanos, y su consecuente ideología, trazan el marco objetivo —u objetivado— a la positivización, porque no cualquier recepción de aquéllos encuadra en los requerimientos de la democracia que descansa en las citadas filosofía e ideología de los derechos. Las normas sobre derechos “no serán normas de derechos fundamentales si no recogen esa filosofía surgida históricamente en el mundo moderno” —dice Peces-Barba—,⁹⁰ ni habrá derechos humanos en el derecho positivo si su vigencia sociológica no responde al canon objetivado de la misma filosofía —decimos nosotros en añadidura—.

Más adelante, este crucial problema —que ahora es perfilado linealmente— nos demandará otra extensión de tratamiento.

El control de los derechos humanos: jurisdicción y judiciabilidad

En el ámbito de la positividad, tal como nosotros la hemos esbozado y la entendemos, el mecanismo de control y de judiciabilidad de la materia referida a los derechos se nos hace capital. Es bueno recapitular lo que ya dijimos sobre la exigibilidad y las vías tutelares en orden a la eficacia de los derechos. Si hay normas formuladas en torno de los mismos, el control y la judiciabilidad ayudan a imprimirles funcionamiento cuando el titular del derecho lo demanda (para asegurar el derecho, para reparar su violación, para mantenerlo o restablecerlo, etcétera); y si no hay normas, podrá surgir en sede jurisdiccional la norma individual con similar alcance (sin perjuicio de que, según como sea el sistema de control, esa norma individual “del caso” y “para el caso” juzgado, se proyecte con generalidad —precedente o *leading case*— a los futuros semejantes, movilizándolo lo que llamamos la fuente judicial o jurisprudencia).

Las cuestiones referentes a los derechos del hombre necesitan, por ende, con un sistema o con otro, ser judiciables —o justiciables—, es decir, poder ingresar a conocimiento y decisión de la jurisdicción (constitucional, dada la materia) para que ésta resuelva la pretensión que el justiciable ha dado acceso a ella mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción que, no obstante su carácter instrumental, es uno de los derechos primordiales de la persona humana.

⁹⁰ *Derechos fundamentales, cit.*, p. 26.

7. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El panorama que hasta aquí hemos pergeñado nos obliga a inquirir cuál es la función de los derechos humanos, tanto si los estudiamos desde el ángulo de su filosofía y de su ideología, cuanto si lo hacemos en el terreno del derecho positivo.

Ante todo, conviene imaginar una etapa previa a la positivización de los derechos, en la que la filosofía de los mismos hace de inspiradora y orientadora —con sus pautas de valor, porque ya recordamos que, según Goldschmidt, un despliegue del valor se dirige a orientar (el valor orienta)— en la creación del derecho positivo, tanto en la eventual de su formulación normativa, cuanto en la esencial de su vigencia sociológica.

No es un secreto que las "ideas-fuerza" disponen de vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente, para acelerar el cambio y la transformación. Y el curso histórico que ha seguido la filosofía de los derechos humanos nos va mostrando hitos importantes en un itinerario progresivo, en el que ya vimos que se ha alcanzado la instancia de la internacionalización, difícilmente soñada en el humilde comienzo de las primeras declaraciones de derechos. La consolidación y difusión de la filosofía de los derechos humanos han empujado notablemente la curva ascendente de su positivización. Sin esa filosofía, el derecho de los derechos humanos no sería hoy el que es, en los Estados donde cuenta con vigencia suficiente como para reconocerles carácter de democracias. Cuando pasamos ya al derecho positivo, o sea, al derecho vigente (sociológicamente) en el que reconocemos la plasmación de la filosofía de los derechos en una ideología afín y en un funcionamiento eficaz, los derechos humanos diversifican su función valiosa. Pero antes de referirnos a ella, planteamos la pregunta de si la función de los derechos es igual a su finalidad: ¿función y finalidad pueden darse por equivalentes?

Peces-Barba nos habla de una finalidad genérica, cual es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición.⁹¹ Y a continuación enumera la serie de fines de los derechos subjetivos fundamentales. Pero en título separado del que alude a la "finalidad", presta atención a la "función" de los derechos; y allí la examina en orden a la creación del derecho.

⁹¹ *Idem*, p. 109.

Sin descender a sutilezas, tal vez pueda consentirse que finalidad y función son equivalentes, o decirse que los derechos cumplen una función conducente a su finalidad última. Abarcando las dos palabras —función y finalidad— hemos de proponer el desglose que sugiere el rubro en análisis.

La primera función es la de instalar⁹² al hombre en la comunidad política con un *status* satisfactorio para su dignidad de persona. A esta función se dirigen los derechos personales en esa parte o en ese sector del derecho constitucional que, precisamente por dar cima a aquella finalidad, llamamos el derecho constitucional de la libertad.⁹³

Casi simultáneamente, resuelto ese modo situacional, estamos en un doble plano: por un lado, la limitación del Estado y del poder, que encuentran una valla en los derechos del hombre, a los cuales deben prestarle reconocimiento y garantía;⁹⁴ por otro lado, una especial forma de legitimación, propia de la democracia, que pone al Estado al servicio de la persona humana para abastecerle sus necesidades, la primera de las cuales es la necesidad de vivir en libertad y en condiciones que le faciliten el desarrollo de su personalidad.

Órbita personal de la libertad, de la autonomía, y de los derechos; órbita de poder limitado; fórmula de legitimidad política, se completan en una función subsiguiente, que queda insinuada en la teoría de la integración estatal de Rudolf Smend: los derechos humanos traducen, expresan, y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el *status* material de la persona humana. Y a ello añadiríamos que tal sistema cultural, una vez plasmado constitucionalmente, se expande a todo el orden jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación.⁹⁵

⁹² Puede usarse, analógicamente, el concepto que de "instalación" proporciona Julián Marias en su *Antropología metafísica*, Madrid, 1970, pp. 97 y ss.

⁹³ Así titulamos el t. I de nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit. Con igual denominación, ver la segunda parte de nuestro libro *Marxismo y derecho constitucional*, Buenos Aires, 1979.

⁹⁴ Ver, en general, Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1966. Para "los derechos fundamentales como limitación al poder estatal", ver: Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1964, pp. 391 y ss., dentro de la tercera parte del libro dedicada a los controles verticales del poder político. También Duverger aborda la teoría de las libertades públicas dentro del rubro de "la limitación de los gobernantes" (*Instituciones políticas y derecho constitucional*, Caracas-Barcelona, 1962, p. 205).

⁹⁵ Dice Pérez Luño que en el "haber" de la teoría de los valores debe consignarse su esfuerzo por situar en el sistema de los derechos fundamentales el principio legitimador y el postulado-guía hermenéutico de todo el orden jurídico-político (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 299).

Cuando analicemos los aspectos constitucionales de los derechos humanos diremos algo que conviene anticipar desde ya: el sector constitucional de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto integral de la Constitución ni de la parte que confiere estructura al poder; todo lo contrario, hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde éste, por todo el resto del ordenamiento jurídico infraconstitucional. El canon objetivado de los derechos es, entonces, un techo valorativo, ideológico y normativo, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas del orden jurídico.

Fácil es inferir de lo expuesto otra función derivada: los derechos humanos integrados al orden público jurídico del Estado, hacen de principio de unidad de dicho orden en cuanto éste se engarza en el sistema de valores que aquéllos presuponen y se informa en sus pautas, lo cual vale no sólo para orientar la ya referida interpretación, sino además para promover el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de valores.⁹⁶

El anterior enunciado se puede verificar en relación con un tema que ya ha sido esbozado, y es el de la oponibilidad *erga omnes* (también frente a particulares) de los derechos humanos. Si ello es así, la situación jurídica de los hombres en su convivencia sociopolítica se impregna de subordinación a los derechos, tanto en la relación de alteridad de "hombre-Estado" cuanto en la de "hombre-hombre" (o grupos sociales), de forma que también las relaciones entre personas privadas se integran a la unidad coordinada y coherente del orden jurídico total que preside, constitucionalmente, el plexo de los derechos.⁹⁷

⁹⁶ El sistema de valores propio de la filosofía y del derecho de los derechos humanos traza y propone un horizonte de emancipación y liberación para todos los hombres, en el que los derechos no son vistos como —únicamente— situaciones y libertades personales en las que ya se está, sino también como: a) en las que si no se está se debe estar, o hay derecho a estar; b) disponibles no sólo para cada hombre en desvinculación de los demás, sino para todos en un ambiente social de libertad compartida y accesible en igualdad de oportunidades, compatibilizando la optimización general del sistema integral de los derechos.

⁹⁷ Pérez Luño arrima dos argumentos básicos para apoyar la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados. "El primero que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de partir de la coherencia interna del ordenamiento jurídico... Se ha indicado, con razón, que el no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada supondría reconocer una doble ética en el seno de la sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran. El segundo obedece a un acuciante imperativo poli-

Y como la eficacia es esencial a la positividad, hay otra función motriz que hemos de adjudicar a los derechos, cual es la de fundar su tutela jurisdiccional mediante un sistema de órganos y vías idóneos, con base en el derecho a la jurisdicción, y en el llamado *status activus processualis* que permite acceder al ejercicio del mencionado derecho.

Pero la función de los derechos no se extingue en el orbe de lo normativo y de sus secuelas. Se proyecta más allá. Cuando leemos en Peces-Barba que "para defender la libertad es necesario crear las condiciones sociales, económicas y culturales que la hagan posible",⁹⁸ pensamos en algo que tenemos ya muy repetido en nuestros libros: hay que proyectar los derechos humanos hacia la promoción y realización efectiva de políticas de bienestar en el área económica, social, cultural, para crear, consolidar, y difundir condiciones de bienestar común y de accesibilidad al goce real de los derechos por parte de todos los hombres, en especial de los menos favorecidos. Y por aquí asoma otra vez la recaída en una reflexión que enfatizamos: los propios derechos, como una función más, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio en otros que la tienen disminuida o impedida por causas ajenas a su voluntad, e imposibles de superar con el esfuerzo o los recursos personales. Si con una imagen circular tuviéramos que rodear la serie de funciones que sumariamente hemos descrito, seguramente diríamos que los derechos humanos son la *conditio sine qua non* para que los hombres participen en libertad razonablemente igualitaria de los provechos del bien común público.

Pero para que así sea, hay que acudir a la regla de optimización o maximización de los derechos, de modo que su efectividad y eficacia generales tengan fuerza difusora y expansiva en toda la sociedad, y para todos sus integrantes y todos sus sectores.

tico del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales" (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, cit.*, p. 314).

⁹⁸ *Derechos fundamentales, cit.*, p. 123.