

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO EN AMERICA LATINA

SONIA PICADO SOTELO

Directora Ejecutiva

Instituto Interamericano Derechos Humanos

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA
FILOSOFIA DEL DERECHO EN AMERICA LATINA

El Dr. Constantino Láscaris califica al Cacique Nicarao como uno de los primeros filósofos de América y cita así a Pedro Martir de Anglería quien cuenta que, cuando Gil González Dávila entró en las tierras que hoy son Nicaragua, se encontró con el Cacique Nicarao, el cual le recibió con simpatía. Entre ambos se estableció entonces un diálogo, en el cual el Cacique fue preguntado y el respondiendo. Señala Don Constantino "No voy a entrar a discutir qué sea el ser filósofo. Solo aludiré a Sócrates, ya que rompe todos los módulos. Si ser filósofo es preguntarse por lo desconocido-presente, no limitarse a mirar sin ver, sino problematizar lo dado, podemos apreciar en el Cacique Nicarao una actitud "filosófica".

Las preguntas que dirigió a Gil González fueron: Si conoce un diluvio pasado, si se repetirá, si vienen del cielo los españoles, si bajaron en línea recta o en arco, si la tierra se volcará, cuál será el fin del linaje humano, el fuego que caerá del cielo, cuándo se apagará el sol, la luna y los astros, los vientos, el calor y el frío, los días y las noches, etc. Y luego dos de otra naturaleza: Puedo sin culpa comer, beber, etc.? Qué debo hacer para agradar a ese Dios?, etc.

Las preguntas responden a tres preocupaciones: información sobre los españoles, información sobre su Dios, y las dos últimas, que tenga información sobre el status de Nicarao cuando dependa del Dios de los españoles. O sea, no es simplemente un Cacique curioso o receloso. Es un Cacique que primero, escucha el requerimiento del conquistador, pero planteando los temas de él mismo; segundo, "una vez" requerido, acepta el requerimiento.

Nicarao, por cuanto era un hombre profundamente reflexivo, era filósofo en el sentido griego de la prolepsis, la prudencia racional. (Historia de las ideas en Centro América, pág.37-38)

Era importante iniciar esta charla señalando la actitud filosófica de uno de los aborígenes de nuestra América. Esto fundamentalmente porque pienso que, en el campo filosófico, los latinoamericanos hemos sido

parcos en el filosofar. Nuestras ideas, nuestras leyes, han venido fundamentalmente de afuera y el pensamiento original latinoamericano realmente no ha sido muy profundo. Estimo que, cada día es más importante hacer un análisis crítico de nuestras actitudes para poder proyectar hacia el futuro una visión más realista sobre nuestras verdaderas fuerzas o debilidades. Esto es especialmente cierto en el campo jurídico ya que la mayoría de nuestras legislaciones han sido formuladas con base a documentos legales altamente valiosos pero extraños a nuestras realidades. El divorcio entre la ley formal y la práctica real de los derechos es hoy en día, uno de los temas fundamentales de los filósofos y estudiosos en esta materia. Por esta razón, al analizar los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en América Latina, es necesario irnos al pensamiento original que nos sirvió de base. La determinación del momento en que surgen los derechos humanos en la preocupación filosófica nos presenta actitudes discrepantes. Para un sector de análisis en esta materia, la historia de los derechos humanos se inicia con las declaraciones receptivas o normativas del Siglo XVIII. Por el contrario, quienes sustentan una actitud integradora más amplia analizan los orígenes de la preocupación por los derechos humanos desde el comienzo mismo de la historia de la búsqueda por la dignidad humana. La posición jusnaturalista tradicional que sustenta la idea de que existen derechos inalienables, que el hombre tiene por su propia naturaleza, impuestos como por obligación para el poder político. El ordenamiento jurídico, así, "no crea" los derechos humanos, sino que simplemente los "reconoce". En tal sentido, los derechos humanos equivaldrían a valores anteriores o superiores a las normas legales. Por el contrario, una posición positivista, señala que no hay razón alguna para tratar de descubrir "derechos humanos" antes de su formulación en leyes vigentes, en tanto no hay Derecho antes de su positivización.

La anterior discusión nos impediría, sin tomar partido en ella, desarrollar un esbozo histórico de los derechos humanos. Sin embargo, aun si se asume la posición positivista, no es posible negar la existencia de "fuentes materiales" de las normas positivas, esto es, los fundamentos filosóficos, ideológicos, sociales y de otra índole que constituyen la base de la decisión de adoptar determinada normativa. De modo que, cualquiera que se la posición que en cuanto a la esencia de los derechos humanos asumamos, resulta necesario hacer un recorrido por el desarrollo del pensamiento sobre los valores fundamentales del ser humano.

En la cultura occidental, la idea de que todos somos iguales por naturaleza encuentra sus raíces en el pensamiento greco-romano hebreo-cristiano. Ya en "Los trabajos y los días" Hesiodo (Siglo VII A.C.) señala la existencia de una ley divina que está por encima de la ley corrupta de los hombres. Antígona desafió a Creonte para obedecer la ley natural proveniente de Zeus, ley natural que le ordenaba enterrar a su hermano a pesar de la prohibición del monarca (Sofocles, Siglo V, A.C.). Posteriormente, y en lo que podemos denominar la culminación del jusnaturalismo pagano, el pensamiento estoico hace énfasis en un "derecho natural absoluto" basado en la igual racionalidad de todos los hombres.

Si se toma en cuenta el contexto histórico dentro del cual se hace esta afirmación, comprenderemos la importancia de la lucha que por uno de los derechos fundamentales del hombre inicia allí.

En el pensamiento hebreo, los diez mandamientos encierran una forma de protección a los derechos actuales de la propiedad y la vida. La doctrina cristiana equiparó la virtud con el amor al prójimo y San Pablo expresamente señaló la universalidad de la ley natural al manifestar: "En efecto, cuando los gentiles que no tienen ley cumplen naturalmente las prescripciones de la ley, sin tener ley, para sí mismos con la ley, como que muestran entender la realidad de esa ley escrita en su corazón atestiguándola a su conciencia". (Romanos II, 12, 16)

En el pensamiento medieval, dominado por la patrística y la escolástica, la figura de Santo Tomás de Aquino refleja la expresión más pura del jusnaturalismo cristiano. En su obra jurídica, Santo Tomás sujeta a la "ley humana" a la "ley eterna" proveniente de Dios pero, ya que esto deja un margen de libertad excesiva al monarca, busca la protección del individuo ante el poder por medio de su elaboración del "bien común" como destino necesario de toda normativa promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad. (Summa Theológica, II a, IV, 3)

Debe señalarse aquí la trascendencia que tuvo para el mundo conocido el descubrimiento de América, pues si bien las implicaciones primarias fueron de tipo científico (una ampliación geográfica del universo, nuevas especies botánicas y zoológicas y muchos otros desafíos de distinta índole), lo cierto es que lo más importante para nuestro tema es el aspecto humano. Los conquistadores entran en contacto con otros hombres, otras culturas y todo ello plantea problemas de tipo social, político, religioso, etc. La conquista de América tiene una influencia predominantemente cristiana, pues se lleva a cabo para propagar la fe. Se plantea todo el cuestionamiento de las relaciones entre la cristiandad y los infieles. El Dr. Silvio Zavala en su interesante análisis sobre "La Defensa de los Derechos del Hombre en América Latina", señala que "No fue la cristiana, la única corriente ideológica que dejó huella perceptible a la meditación de la conquista. Algunos escolásticos y otros de formación renacentista acogieron la teoría clásica acerca de la relación de los hombres prudentes con bárbaros llegando a predicar la servidumbre natural de los indios y el derecho de los españoles a sujetarlos por medio de la fuerza.

Frente a esta ideología surge la de procedencia estoica y cristiana que afirma la libertad de los indígenas e interpreta la misión de los colonizadores conforme a los principios de una tutela civilizadora. Es la que siempre domina en el ambiente ideológico y legislativo de España y de Indias. (Universidad Autónoma de México, UNESCO, México 1982, pág. 13)

Merece citarse aquí el gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas y Juan Gómez de Sepúlveda en Valladolid, años 1550-51 considerado como el hecho más importante de la historia de la Guerra Justa en las Indias.

Para Sepúlveda, escolástico y cronista real, era legal y necesario hacer la guerra contra los naturales por cuatro razones: Primero, por la gravedad de los pecados que los indios habían cometido, en especial sus idolatrías y sus pecados contra la naturaleza. Segundo, a causa de la rudeza de su naturaleza, que los obligaba a servir a personas que tuvieran una naturaleza más refinada, tales como los españoles. Tercero, a fin de difundir la fe, cosa que se haría con más facilidad mediante la previa sumisión de los naturales. Cuarto, para proteger a los débiles entre los mismos indígenas.

De estos razonamientos deducía Sepúlveda que las personas y bienes de los que son conquistados en Justa Guerra pasan a los conquistadores. Sepúlveda basó sus argumentos fundamentalmente en las teorías aristotélicas sobre la naturaleza humana y las causas de la Guerra Justa analizadas por Tomás de Aquino. Sin embargo, me interesa señalar la utilización constante de la Biblia, en particular los versículos del Deuteronomio que dice "Herirás a todo varón suyo a filo de espada" (20:13); "Y comerás del despojo de tus enemigos, los cuales Jehová tu Dios te entregó" (20:14); "Destruireis enteramente todos los lugares donde las gentes que vosotros heredareis sirvieron a su Dios, sobre los montes altos y sobre los collados y bajo todo árbol espeso. Y derribareis sus altares, y quebrareis sus imágenes y sus bosques consumireis con fuego. Y destruireis las esculturas de sus dioses, y estirpareis el nombre de ella de aquel lugar" (12:2, 3); "Así harás a todas las ciudades que estuvieron muy lejos de ti, que no fueren de las ciudades de estas gentes, (entendido gente como fueren de religión diferente)" (20:15).

Las Casas defendió valientemente la causa de los indios basándose tanto en Aristóteles como en Santo Tomás y agregando además su valiosísima experiencia vivida en las Indias. Cito tan solo una de sus proclamas: "El fin que en las Indias y de las Indias, Cristo y el Papa y los Prelados pretenden y deben pretender y también los Reyes de Castilla como cristianos, es la predicación de la fe para que aquellas gentes se salven. Y los medios para efecto de esto no son robar, escandalizar, cautivar, despedazar hombres y despoblar reinos y hacer ceder y dominar la fe y religión cristiana entre los fieles pacíficos, que es propio de fieles tiranos, enemigos de Dios y de su fe, como ya muchas veces contra la porfía y ceguedad del Dr. Sepúlveda habemos probado y tratado y proseguido".

El verdadero resultado y sentido de la disputa de Valladolid es cuestionable. Si bien Sepúlveda se convirtió en un héroe de los conquistadores, su doctrina no solo no triunfó sino que sus libros y sus diversas apologías no pudieron publicarse durante toda su vida. La doctrina de Las Casas, por el contrario, permitió suavizar las leyes aplicadas a los indígenas y tuvo influencia en el proceso de humanización de la conquista. Desde nuestro punto de vista resulta especialmente importante destacar que su mensaje fortaleció la idea de que todos los hombres son iguales independientemente de sus creencias, de su lugar de

nacimiento, raza, origen, etc. (La información sobre la polémica fue tomada de Hanke, Lewis "La Lucha por la Justicia en la Conquista de América", págs. 312 a 354.)

Merece destacarse en esta época la labor de Francisco de Vitoria quien desde su Cátedra de Teología de la Universidad de Salamanca propicia el respeto a los derechos de los americanos. A quienes considera verdaderos señores y dueños de sus tierras. Se considera a Vitoria como uno de los precursores de toda la doctrina del Derecho Internacional contemporáneo sobre la paz y la seguridad y de la teoría de los derechos humanos como teoría de la persona protegida por el derecho de gentes.

En concordancia con los cambios socioeconómicos que ocurren en los Siglos XVII y XVIII, la creencia en el origen divino de los derechos naturales se traslada al hombre mismo, en su naturaleza racional. El cambio de mentalidad implica el desplazamiento de Dios como centro del universo para convertir al hombre mismo, en el eje del pensamiento filosófico.

Obviamente la vuelta hacia el hombre que caracteriza al Renacimiento, prepara el camino para una preocupación más profunda por los valores del ser humano. Hugo Grocio señala que "El derecho natural existe aunque Dios no existiera", marcando así el inicio de la laicización del pensamiento renacentista.

El humanismo como actitud supone la defensa de la libertad y por ello su ética se convierte en un instrumento para el burgués que anhela y necesita intensamente esa libertad. Ligada al humanismo encontramos también la exaltación por lo natural. El método racional matemático aplicado a la naturaleza humana dará así las pautas y normas ideales a las que debe ajustarse el derecho positivo. De estas fuentes se nutre la Escuela Clásica del derecho natural, la que planteara, por medio de sus múltiples autores y destacando Hobbes, Locke y Rousseau, los tres temas que forjaron el pensamiento político de los Siglos XVII y XVIII: estado de naturaleza, contrato social y derechos naturales. La razón como instrumento de conocimiento permitirá, según esta escuela, dominar la naturaleza y sus leyes. El derecho ideal deberá ser el derecho racional que permitirá, con fundamento en el contrato social, regular al poder estatal para que se convierta en el guardián y protector de esos derechos. La racionalidad se exalta hasta convertirla en el fundamento mismo del Estado, tal como señala Locke: "Siendo ...los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político sin que medie su propio consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres, de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica...". (Ensayo sobre el Gobierno Civil)

El pensamiento de la Escuela Clásica influye notablemente en las reivindicaciones de derechos que realizan ya las comunidades a partir del Siglo XVII. Antes merecen señalarse como antecedentes los "fueros

españoles" de los Siglos XI y XII y la Carta Magna inglesa de 1215. Especial interés tiene la Declaración de Derechos o "Bill of Rights" exigida por el Parlamento a William y Mary, Príncipes de Orange, en 1689, para acceder al Trono de Inglaterra y que establece una serie de obligaciones para el soberano al afianzar la autoridad del Parlamento como poder que respalda y protege las libertades. Esta declaración sirve de base al "Bill of Rights" de Virginia del 12 de junio de 1776, en la que se establece que "Todos los hombres por naturaleza son igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos fundamentales que no pueden ser disminuidos ni cortados para la posteridad por ningún pacto, a saber, el goce de la vida y de la libertad, junto con los medios para adquirir y poseer una propiedad y perseguir y obtener bienestar y seguridad".

La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, los artículos de la Confederación del 15 de noviembre de 1777 y la Constitución Federal del 17 de setiembre de 1787 consolidan los principios de la libertad individual y los derechos fundamentales de la persona humana en el nuevo mundo.

La Revolución Francesa en 1789 marca un punto culminante en el desarrollo del pensamiento humanista occidental. Dada la universalidad de la concepción francesa, su influencia fue mayor que la que tuvieron los principios de las cartas inglesa o norteamericana. En especial merece destacarse la importancia que para nuestros países tuvieron las obras del Varón del Montesquieu, fundamentalmente "El hombre ha nacido libre y, no obstante, está encadenado". Es esta la base de toda su justificación de la necesidad de un pacto social y continúa: "La libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre". "La fuerza hizo los primeros esclavos, su cobardía los perpetuó". "El más fuerte nunca lo es bastante para ser siempre el amo si no transforma su fuerza en Derecho y la obediencia en deber". "Renunciar a la libertad es renunciar a la cualidad de hombre, a los derechos de humanidad y aun a los propios deberes". Se propone entonces "hallar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno uniéndose a todos, no obedezca sin embargo más que a sí mismo y quede así tan libre como antes". El pacto social se reduce entonces a los siguientes términos: "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y recibe corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo".

Las teorías contractualistas de Rousseau ya habían sido analizadas por los filósofos ingleses mencionados, sin embargo, su mérito radica en la difusión y universalidad que lograron alcanzar.

Tanto la Declaración Americana como la Francesa, influyen en forma decisiva en el pensamiento latinoamericano que vivía los momentos de su independencia. Respecto a la Declaración Francesa de 1789 señala Alfredo Vázquez Carrizosa "De esta declaración se tomaron las versiones

aparecidas en América Latina, en la clandestinidad impuesta por la rigurosa censura de la Época Colonial, y el programa político de la generación de la Independencia de 1810. Bolívar, San Martín, O'Higgins, Artigas, Morelos e Hidalgo, Santander, Sucre, José Cecilio del Valle, Andrés Bello, se formaron con la lectura de las obras de los clásicos y de la literatura francesa de primera o de segunda mano; queremos decir con los textos originales de los revolucionarios de 1789 a 1795 o con los comentarios españoles de la corriente de los "afrancesados". Asimismo en Europa la influencia de las teorías revolucionarias se extiende desde Madrid hasta San Petersburg, pasando por Italia y los Balcanes. Francisco Miranda, el precursor de la Independencia de América Latina, tomó parte en la Revolución Francesa y llegó a ser general de los ejércitos que entonaban el himno de "La Marsellesa". ("Los Derechos como Normas Universales", "Juris Gentium", "Derechos Humanos en las Américas", "Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunashee de Abranches", "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", pág. 10)

Deseo destacar tres figuras latinoamericanas que contribuyeron a difundir las ideas liberales en nuestro medio. A saber: Antonio Nariño, Mariano Moreno y Pedro Molina.

Los movimientos independentistas que se generalizan en toda nuestra América a partir de 1810, se nutren de las ideas iluministas ya sea de sus fuentes originales o a través de la influencia que también ejercieron en España y en los nuevos intelectuales criollos. En respaldo de lo que aquí digo, me interesa citar al Dr. Allan Brewer-Carías, distinguido constitucionalista venezolano, quien señala: "El movimiento revolucionario iniciado en Caracas en 1810, indudablemente que siguió los mismos moldes de la Revolución Francesa y tuvo además la inspiración de la Revolución Norteamericana. En esta forma, así como la Revolución Francesa fue una revolución de la burguesía, asimismo la revolución de Independencia en Venezuela y en el resto de América Latina, fue una revolución de la nobleza u oligarquía criolla, la cual, al igual que el Tercer Estado en Francia, constituía la única fuerza activa nacional. Inicialmente entonces, la revolución de Independencia de Venezuela, fue el instrumento de la aristocracia colonial, es decir, de los blancos o mantuanos, para reaccionar contra la autoridad española y asumir el gobierno de las tierras que habían sido descubiertas, conquistadas, colonizadas y cultivadas por sus antepasados. No se trató, por tanto, inicialmente, como revolución política, de una revolución popular. (Las Constituciones de Venezuela, pág. 16)

El dominio de la filosofía de la ilustración fue en nuestra América privilegio de unos pocos. En consecuencia, no puede hablarse de movimientos populares que realmente pudieran llevar a cabo un gobierno democrático "del pueblo, por el pueblo y para el pueblo". El mismo Simón Bolívar, cuando redacta para Bolivia la Constitución de 1826, establece una presidencia vitalicia y una vice-presidencia no vitalicia nombrada por el Presidente, en un intento por combinar formas monárquicas y democráticas. Esta actitud responde a la idea de que una minoría

"ilustrada", debe guiar al pueblo en el progreso por la educación. Abelardo Villegas, sociólogo mexicano analiza este fenómeno diciendo: "...Bolívar propone un presidente vitalicio, no propone un dictador. Es decir, un presidente vitalicio constitucional. En Agustura propone un senado vitalicio y propone un cuarto poder moral, es decir, propone un funcionario jefe de estado al margen de las elecciones, o un cuerpo colegiado que esté al margen de las elecciones, porque no confiaba en la "voluntad popular" que siempre estaba al servicio de los demagogos turbulentos. No era la "voluntad popular" la que se expresaba, lo que se expresaba era la voluntad de los caudillos. (Los Derechos Humanos en la Historia de la Cultura de América Latina, Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 1984, pág. 9)

Algo semejante ocurre en la región centroamericana en donde el pueblo tampoco formó parte del movimiento independentista. Es más, el 15 de setiembre de 1821, la junta de notables que, presidida por el Capitán General declaró la independencia del gobierno español, dejaba para un congreso el futuro de Guatemala. Quedaba en la duda si se había independizado respecto a España todo Centroamérica o solo la Ciudad de Guatemala. Puntualiza Láscaris: "Entonces, San Salvador se opuso a Guatemala: independiente de España y Guatemala. San Miguel se opuso a San Salvador y se solidarizó con Guatemala. Tegucigalpa se independizó de Comayagua. León declaró esperar a que pasasen "los nublados del día", es decir lo sucedido en Guatemala. Granada se opuso a León, Cartago se solidarizó con Guatemala. San José se opuso a Cartago. Alajuela se quedó por su lado y así cada ciudad pretendió darse un gobierno independiente". (Op. Cit. pág. 364)

La lucha feroz entre conservadores y liberales se mantiene a través de todo el Siglo XIX fundamentalmente entre una clase ilustrada y dominante sobre una población indiferente y muy poco consciente de las luchas que se libraban en su nombre.

El distinguido jurista peruano Marcial Rubio Correa, escribe: "Este aislamiento de las élites criollas ha sido cuestionado posteriormente, más por la discusión interna de políticos, historiadores y científicos sociales que por su significación intrínseca. Es evidente que la elitización ocurrió, pero lo es también que los grupos de poder nacional de ese entonces, a su medida y con los límites impuestos por la estructura social y política de entonces, cumplieron una tarea fundamental en la configuración del Estado. (El Sistema Jurídico, pág. 31)

El Siglo XIX se caracteriza por la progresiva constitucionalización de los derechos humanos. Inspirados en la Constitución norteamericana, los países de reciente independencia agregan todos un capítulo sobre derechos humanos a sus cartas magnas. Sin embargo, estas cartas recogen fundamentalmente las garantías individuales, o sea, los derechos de cada individuo frente a la autoridad pública. Esto es lo que se conocerá después como la primera generación de derechos humanos. Lo que se

promovió fueron los derechos a la libertad individual, a la libertad de prensa, de movimiento, de conciencia, el respeto a la propiedad privada, es decir, los derechos civiles y políticos. De manera formal, aunque no real, pasan a las constituciones latinoamericanas. Tres características se señalan a estos derechos. En primer lugar imponen un deber de abstención a los Estados. El Estado se limita a respetarlos y a garantizar esos derechos. Los titulares de estos derechos serán, en el caso de los civiles, el ser humano en general, y en los políticos el ciudadano en ejercicio. Segundo, la regulación de estos derechos políticos esta determinada por los derechos nacionales. Como tercer característica se señala que los derechos civiles y políticos son reclamables, salvo en circunstancias de emergencia, en todo momento y lugar y no estan sujetos a variación de factores sociales o políticos.

El Dr. Andrés María Lazcano y Mazón hace la siguiente clasificación de las libertades públicas establecidas uniformemente en los países del continente. primero: igualdad de derechos; segundo: libertad individual que se subdivide en: A) inviolabilidad de la vida, B) habeas corpus, C) acciones privadas, D) cárceles; tercero: libertad de pensamiento; cuarto: libertad de circulación; quinto: libertad de conciencia; sexto: libertad de culto; séptimo: libertad de enseñanza; octavo: libertad de profesión; noveno: seguridad (inviolabilidad de domicilio); décimo: inviolabilidad de correspondencia, cartas, papeles y demás documentos; onceavo: derecho de reunión y de asociación y doceavo: derecho de petición. (Citado por Snatos Cienfuentes, "Los Derechos Personalísimos", Buenos Aires, pág. 66)

Desafortunadamente es de conocimiento de todos que en nuestra América Latina esos derechos quedan como un marco teórico que no ejerce su influencia real en la sociedad.

En Europa, el Romanticismo y la Escuela Histórica se convierten en la primera manifestación filosófica contra el Racionalismo francés, y basan en el "espíritu popular" la esencia misma del Derecho. En lugar de principios inmutables y normas codificadas, ven en la costumbre la fuerza vivificante del Derecho. El famoso jurista alemán Savigny, máximo representante de estas tendencias, llega a comparar el Derecho con el lenguaje, como un subsistema social, persistente y relativamente autosuficiente, que puede y debe amoldarse al cambio social. Así, las instituciones jurídicas no deben hacer de la letra muerta de la ley, sino que son emanaciones mismas de la vida en comunidad. Cada pueblo, junto con sus costumbres, lenguaje y tradiciones, genera determinadas formas jurídicas.

También en reacción a las ideas racionalistas que impregnaron el iluminismo francés y la posterior consolidación del individualismo dominante políticamente, aparece el enfoque desarrollado por Marx y Engels que analiza el Derecho como "instrumento de poder de las clases dominantes". El Derecho, a partir de esta perspectiva, formará parte de la superestructura ideológica de la sociedad, nutrida y determinada por la infraestructura económica en sus aspectos de medios y relaciones de

producción. Cada sociedad, de acuerdo con las condiciones económicas en las cuales se asiente, dará lugar a diferentes concepciones y formulaciones de lo jurídico y moral: los principios inmutables que se supone tiene el hombre por naturaleza, son creación de las propias condiciones del ser humano y su visión mítica solo merece ser considerada factor de retroceso: "...rechazamos toda pretensión de querer imponernos como ley eterna, definitiva y por lo tanto, como ley moral inmutable, cualquier dogmática moral bajo el pretexto de que también el mundo moral tiene sus principios permanentes, que están por encima de la historia y de las diferencias de los pueblos. Por el contrario, afirmamos que hasta hoy toda teoría moral ha sido, en última instancia, producto de una situación económica concreta de la sociedad". (ENGELS, Federico, "Antidühringpag...)

Así, de una u otra forma, a lo largo de la historia, las clases detentadoras del poder económico subliman su dominación concretándola en un supuesto derecho ideal. Esta concepción marxista, tuvo el enorme mérito de hacer notar la primordial importancia que en el desarrollo del Derecho ha jugado el factor económico. Constituye, además, una rebelión contra el individualismo y una denuncia social que hace conciencia sobre la necesidad de brindar al ser humano una protección más allá de las meras libertades formales, enfatizando la trascendencia de los requerimientos básicos.

En 1882, León XXIII, preocupado por el problema social, designó en Roma, para estudiarlo a fondo, un "comité íntimo" encargado de profundizar las cuestiones que interesan a los trabajadores. Surge así la Encíclica "Rerum Novarum" en la que el Papa expresa su angustia ante lo que llama "la miseria inmerecida" de los trabajadores. Es innegable la influencia que en nuestros países ha tenido la Iglesia Católica y, para el tema que hoy me ocupa, las diversas encíclicas que se promulgan a partir de la ya citada. Así, en 1931 aparece la Encíclica Cuadragésimo Año del Papa Pío XII con soluciones teóricas y prácticas al conflicto social. Ya en época reciente, Juan XXIII ha sido llamado el Pontífice de la socialización por sus encíclicas "Mater e Magistra" y "Pacem in Terris". La doctrina social de la Iglesia juega un papel muy importante en la actualidad como doctrina orientadora de la clase trabajadora cristiana.

Surge así al amparo de nuevas ideologías, la idea de los derechos económicos y sociales por medio de los cuales se pretende dar eficacia real a los derechos de salud, trabajo, educación y uso racional de la propiedad. Las constituciones que primero consagran estos derechos son la mexicana de 1917, la de la Unión Soviética de ese mismo año, y la de Weimar alemana de 1918.

Como características de este segundo grupo de derechos podemos indicar que prescriben un deber hacer al Estado, es decir, el Estado se obliga a proveer los medios materiales para la realización de servicios públicos. Podemos señalar además, que estos derechos más que individuales son colectivos, porque la prestación que el Estado brinde beneficia a todos los sujetos no solo a unos de ellos.

Finalmente, es obvio que estos derechos no son reclamables directamente al Estado sino que estan condicionados a las posibilidades reales de cada país. Responden, fundamentalmente a la idea de que el ser humano debe tener igualdad de oportunidades para su total y amplio desarrollo. Esto es lo que algunos han llamado la "herencia protegida", o sea, alimentos adecuados, albergue y ropa, educación que permita un desarrollo saludable, atención médica y toda la ayuda indispensable para capacitar y orientar al ciudadano.

A pesar de lo dicho sería absurdo creer que este nuevo orden de derechos humanos suplanta al viejo. Se trata esencialmente de una contraposición entre aquellos que sostienen que la preservación de los derechos civiles y políticos es fundamental, aun para el establecimiento de los derechos económicos y sociales y lo que creen que a no ser que los derechos económicos sean asegurados primeramente, los derechos civiles y políticos solo serán vanas simulaciones y falsedades.

Así señala el Dr. Héctor Gros Espiell: "...es necesario comprender que sin derechos políticos y civiles no puede haber libertad sindical, que sin la afirmación integral de los derechos que se derivan, para todos los individuos del hecho de ser hombres, no tiene sentido hablar de derechos sociales o de conquistas laborales. En efecto, la libertad formal, en el reconocimiento del Derecho a un nivel de vida noble y digno, muy poco significa prácticamente, pero, a la inversa, la satisfacción de las necesidades materiales, sin el reconocimiento pleno de la libertad, no es una solución capaz de satisfacer los requerimientos complejos y múltiples de todo ser humano". (La OIT y los Derechos Humanos en América Latina, UNAM, México 1978, pág. 245)

A partir de la Constitución mexicana de 1917 ya citada, los distintos países latinoamericanos se apresuran a incorporar en sus cartas magnas los distintos derechos económicos y sociales. Para citar tan solo unos ejemplos, el artículo 16 de la Constitución chilena garantiza la libertad de trabajo y su protección, el artículo 18, el derecho a la seguridad social, el artículo 19, el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La Constitución argentina, artículo 14, párrafo segundo: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguraran al trabajador: condiciones dignas y equitativas de la labor; jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas; retribución justa, salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público, organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. La Constitución de El Salvador dedica la Sección Segunda al trabajo y seguridad social. El artículo 37 señala: "El trabajo es una función social, goza de la protección del Estado y no se considera artículo de comercio". La Constitución colombiana, en el Título Tercero habla de los derechos civiles y garantías sociales. Así el artículo 16 señala, como las autoridades de la República estan instituidas para

proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Y el artículo 17, "El trabajo es una obligación social y gozará de una especial protección del Estado". La Constitución cubana señala en su artículo 9: "La Constitución y las leyes del Estado socialista son expresión jurídica de las relaciones socialistas de producción y de los intereses y la voluntad del pueblo trabajador. Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por el respeto de la misma en toda la vida de la sociedad". El artículo 13 señala: "La República de Cuba concede asilo a los perseguidos en virtud de la lucha por los derechos democráticos de las mayorías, por la liberación nacional; contra el imperialismo, el fascismo, el colonialismo y el neocolonialismo; por la supresión de la discriminación racial; por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, campesinos y estudiantes; por sus actividades políticas, científicas, artísticas y literarias progresistas; por el socialismo y por la paz". Artículo 14: "En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre".

Es importante destacar aquí la importancia que dentro del pensamiento latinoamericano tiene el positivismo jurídico que surge hacia fines del Siglo XIX. Esta posición, elaborada inicialmente por Austin, llega a su máxima expresión en el pensamiento de Hans Kelsen. Considera que el Derecho es promulgado por el Estado y tanto los aspectos sociales como los sociológicos resultan meta-jurídicos y no deben convertirse en preocupación de quien pretenda hacer "ciencia jurídica". Los estudios se centran en el Derecho promulgado y sancionado por el Estado exclusivamente y así considera que serán derechos humanos, únicamente aquellos que la legislación positiva haya acogido en su seno. Esta tendencia llevada a sus implicaciones extremas, conlleva la obediencia irrestricta a la ley. Esta tesis, ya sustentada en Grecia por Sócrates -quien bebió la cicuta para acatar una sentencia injusta pero respaldada por la ley de su ciudad-, puede llevar a aceptar como Derecho aun aquellas normas que promueven acciones injustas. El caso para citar es evidentemente las leyes que se promulgaron durante el gobierno del Nacional-Socialismo en Alemania contra el pueblo judío y la obediencia que alegaron quienes acataron las ordenes. Los juicios de Nuremberg responden a la necesidad que sintió la humanidad de regresar a los preceptos generales y universales del derecho natural, al comprender la tragedia que produjo la creencia en que, lo importante es la forma en que la norma se ha promulgado, y no su contenido ético. El resurgir de las teorías axiológicas en los últimos años y la exaltación de la tesis de los derechos humanos como valores, responde a un pensamiento que pretende evitarle al mundo una tragedia similar a la que vivió.

Surge así una época de progresivo auge en el proceso de positivización de

los derechos humanos: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en el marco de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Humanos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), de 1950, y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, estas dos últimas representativas de un nuevo proceso de internacionalización, pero regionalizada, de los pactos sobre la materia.

El Dr. Gros Espiell, en su interesante análisis sobre los derechos económicos, sociales y culturales, destaca la importancia de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales que fue adoptada en la Conferencia de Bogotá también en 1948 y cuyos 39 artículos constituyen un catálogo increíblemente moderno y progresista de los derechos sociales. Analiza además, la omisión que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación a estos derechos. Esto por cuanto al elaborarse el texto de la Convención se decidió evitar la enumeración de estos derechos con el fin de evitar "conflictos". Señala el Dr. Gros: "...el error consistió en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales del Protocolo de Buenos Aires, aunque enumeraban derechos económicos, sociales y culturales, no tenían como objetivo aclarar ni garantizar derechos humanos, sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural". (Op. Cit. pág. 114)

Debe señalarse que la aplicación de normas generales siempre esta condicionada a un margen de apreciación intelectual y humana que se apege a los casos singulares. En América Latina me interesa destacar que la teoría de los derechos humanos ha estado ampliamente vinculada a la idea de la democracia constitucional. En nuestros países en un hecho que las constituciones y el derecho positivo trataron de garantizar los derechos civiles y políticos. La realidad es sin embargo totalmente otra. Las dictaduras, los golpes de Estado, la persecución, y la carencia de libertad, han sido constantes en nuestra historia. En los últimos años hemos tenido que lamentar doctrinas que justificando la seguridad del Estado, han propiciado el abuso de todas las libertades individuales. El penoso caso de Argentina, tan violentamente proyectado al mundo en los últimos meses con el regreso a la democracia, nos muestra un ejemplo vivo de la necesidad de complementar las garantías enunciadas en las declaraciones simplemente formales. La vida democrática ha sido la excepción y no la regla en nuestros países.

En relación con los derechos económicos y sociales es evidente que nuestra región ha sido afectada por el subdesarrollo, la explotación de sus pueblos por oligarquías criollas, dependencia externa, marginación de pueblos indígenas, etc., lo cual hace ilusoria la posibilidad de una vigencia efectiva y real a corto plazo de estos derechos. Fenómenos como el terrorismo, la guerrilla, que conllevan a la vez la reacción político-militar irracional, agravan el cuadro de nuestra América.

Los pensadores latinoamericanos se han hecho presentes en los distintos momentos de progresivo avance de los derechos humanos. Considero, sin embargo, que no puede hablarse de una filosofía latinoamericana autónoma de los derechos humanos. A pesar de ello es evidente que este tema ocupa, en la actualidad lugar importante entre los que analizan el tema de la filosofía del Derecho, los principales iusfilósofos dedican uno o varios capítulos de sus textos a los derechos humanos y, fundamentalmente, en los últimos años se muestra el interés por la axiología jurídica y los valores que pretende llevar a cabo el Derecho. Así señala por ejemplo Miguel Reale: "...partiendo de la observación básica de que toda norma jurídica mira un valor, se reconoce que la pluralidad de valores es consubstancial a la experiencia política. Utilidad, tranquilidad, salud, confort, intimidad e infinitos otros valores fundamentan las normas jurídicas. Estas normas, a su vez, presuponen otros valores como el de la libertad, sin el cual no habría posibilidad de optar entre los valores ni de efectuar una valoración en concreto", y los de igualdad, de orden y seguridad (sin los que la libertad se convertiría en arbitrariedad).

Miguel Reale desarrolla toda una teoría sobre la estructura tridimensional del Derecho que tiene gran acogida dentro de la filosofía de nuestros países. Define el Derecho como "una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva". "Donde quiere que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (económico y geográfico, demográfico, etc.), un valor que confiere determinada situación a ese hecho y finalmente una regla o norma que representa a la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro. Tales elementos no existen separados unos de otros sino que coexisten en una unidad concreta. Así la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran". (Introducción al Derecho, pág. 69)

Al criticar Reale el formalismo jurídico tan arraigado en América Latina señala: "Para un adepto del formalismo jurídico, la norma jurídica se reduce a una 'proposición lógica', mientras que para nosotros, como para los que se alinean en una comprensión concreta del Derecho, la norma jurídica, no obstante su estructura lógica, señala el 'momento de integración de una clase de hechos según un orden de valores' y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera".

"Desde su origen, esto es desde la aparición de la norma jurídica -que es síntesis integrante de hechos ordenados según valores- hasta el momento final de su aplicación, el Derecho se caracteriza por una estructura tridimensional en la cual hecho y valores se dialectizan, esto es, obedecen a un proceso dinámico que hemos de ir desvelando. Decimos que este proceso del Derecho obedece a una forma especial de dialéctica que llamamos "dialéctica de implicación-polaridad", que no se confunde con la dialéctica hegeliana o marxista de los opuestos. Según la dialéctica de

implicación-polaridad aplicada a la experiencia jurídica, el hecho y el valor de la misma se correlacionan de tal modo que cada uno de ellos se mantiene irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura normativa como momento de realización del Derecho". (pág. 71)

Luis Recasens Siches, distinguido iusfilósofo mexicano, sustenta una posición también con un enfoque tridimensional. Concibe el Derecho como "vida humana objetivada". Nos dice: "Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir por el Estado. Lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultará claro que para comprenderla cabalmente, debemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana. (Tratado General de Filosofía del Derecho, pág. 108)

Hace un extenso análisis de los derechos humanos tanto individuales como económicos y sociales. Aquí señala: "La presentación que voy a ofrecer de los derechos del hombre no constituye, no puede constituir, axiología pura, sino que, por el contrario, representa axiología aplicada, aplicada a la realidad contemporánea de la cultura occidental". (Ibid, pág. 558) Para Recasens la Declaración Universal de los Derechos del Hombre revela un renacimiento muy vigoroso en el mundo de las tesis de que hay principios ideales, por encima del derecho positivo y a los que éste debe plegarse, que son la base de lo que se llama derechos fundamentales del hombre. Es decir, que a la luz de la estimativa jurídica se debe proclamar la exigencia de que tales derechos ideales sean convertidos en derechos subjetivos dentro del orden jurídico positivo. En relación con la libertad señala: "...en general, casi todos los pensadores en materia de filosofía del Derecho y de la política consideran también como un derecho absoluto concedido por los supremos principios de la axiología jurídica". (Ibid, pág. 563)

Al hablar de los derechos sociales, hace ver como "Los liberales del Siglo XIX incurrieron en un tremendo error: en admitir que las libertades individuales, y sobre todo las libertades democráticas de los derechos políticos básicos, podían ser ejercidos en cualquier sentido, en cualquier dirección, al servicio de cualquier fin, sin limitación de ninguna especie, que por lo tanto, el ejercicio de tales derechos y libertades debían de ser permitidos y garantizados incluso a quienes luchaban por la supresión de esos derechos y libertades". Analiza la importancia de los derechos sociales señalando: "En justificación de los llamados derechos sociales, económicos y culturales del hombre, suele decirse hoy en día que todos los seres humanos tienen derecho -se entiende, en términos axiológicos, en términos de iure condendo- a que el orden jurídico de la sociedad le suministre condiciones y servicios de

seguridad, de educación, de igualdad de oportunidades y de protección al trabajo en un nivel humano digno y justo. Al fin y al cabo, aunque la sociedad sea un ingrediente esencial de la vida humana, los entes e instituciones sociales, incluyendo entre ellos la Nación y sobre todo el Estado, deben ser considerados como instrumentos al servicio de los hombres, como medios para que estos puedan cumplir sus propios fines. Es decir, como tantas veces puse ya de manifiesto en el presente libro, las instituciones sociales existen por razón del hombre, para servir al hombre, y no al revés, el hombre por razón de las instituciones". Más adelante expresa: "Hoy en día se entiende más correctamente, que la seguridad social es una obligación de justicia que la sociedad tiene para con los individuos, y no solo de misericordia y se sostiene como por tanto que debe ser normada por el orden jurídico, de modo que otorguen derechos a los individuos y se impongan deberes legales al Estado y sus órganos". Esta idea es el fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales o educativos del hombre. (Ibid, pág. 600 y siguientes)

Máximo Pacheco, iusfilósofo chileno, considera que: "El fundamento de los derechos de la persona humana reside en que el hombre es un ser dotado de razón y libre voluntad, que posee un fin propio. Estos caracteres son los que le dan la dignidad que goza. La persona humana, por ser un todo dueño de sí, de sus actos, no puede ser tratado por el ordenamiento jurídico como un medio, sino como un fin, y por ello, debe reconocérsele la facultad de obrar conforme a las exigencias del último fin y garantizársele, por parte de los demás integrantes del grupo social, el respeto al uso lícito de su actividad. En consecuencia, la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa en la dignidad y en el fin trascendente de ella". Destaca fundamentalmente el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el de inviolabilidad de la vida privada, de la familia, del domicilio, de la correspondencia. (Op. Cit., pág. 153 y siguientes) Recientemente se publicaron dos obras fundamentales para el desarrollo de este tema: "Ética y Derechos Humanos" de C.S. Nino y el "Tratado Básico de Derechos Humanos", Tomos I y II de Enrique Pedro Haba. Dada la amplitud del análisis, amerita que se haga un estudio independiente para su comprensión.

Debo mencionar los llamados "Derechos de la Tercera Generación" o "Derechos de los Pueblos" según se han desarrollado en los últimos tiempos. Estos derechos se caracterizan por tres factores: En primer lugar, son reclamables frente al Estado, pero su titular también puede ser el Estado. En segundo lugar, estos derechos requieren de prestaciones positivas y negativas de toda la comunidad internacional. Finalmente, estos derechos se involucran en el concepto de paz en un sentido amplio, no solamente como ausencia de guerra sino, fundamentalmente, como la posibilidad de una paz integral del ser humano. Entre estos derechos podemos citar el derecho al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, al medio ambiente, a la comunicación y al patrimonio común de la humanidad. En su interesante libro "La Tercera Generación de Derechos Humanos y la Paz, el Dr. Diego

Uribe Vargas señala: "La paz es hoy el tema que en una u otra forma ocupa la atención obsesiva del genero humano. En la esfera de las relaciones internacionales, la aparición de nuevas formas de violencia, la convierten en anhelo del individuo en cualquier lugar donde se encuentre, por encima de las ideologías, es la responsabilidad primordial de gobernantes y plenipotenciarios. ...más allá de las consideraciones particulares y de esquemas teóricos, hay que contribuir a que la paz no sea solo el compromiso de los mandatarios, sino que alcance la categoría subjetiva de un derecho inalienable, que pertenezca simultáneamente a los individuos y a los pueblos. La toma de conciencia a favor de la nueva generación de los derechos de la solidaridad, no solo debe ser punto de referencia, sino la insignia de una generosa cruzada a favor de la dignidad y la libertad del ser humano a la cual nos consagramos sin reservas". (pág. 10)

De nuevo es importante señalar que los distintos tipos de derechos tienen una interacción que implica la dependencia de unos en los otros. No podrán realizarse plenamente los derechos civiles y políticos en un mundo sin desarrollo y sin paz y en igual forma no podremos hablar de desarrollo sin la existencia de las libertades políticas y civiles.

Deseo insistir en que la declaración universal del '48 constituye un aporte excepcional dentro de la teoría del Derecho en el tanto en que positiviza un sistema de valores que ha sido aceptado por consenso en el mundo. Por ello el problema fundamental actual es como proteger los derechos humanos y como hacer viable su ejercicio real. Señala Norberto Bobbio: "El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuales y cuantos son estos derechos, cual es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados". (Presente y Porvenir de los Derechos Humanos, Anuario de Derechos Humanos de 1981, pág. 10)

La utilidad de estas reflexiones es evidente: nuestros países viven en este momento un proceso de transición democrática y de apertura a los derechos humanos que no puede ser desaprovechado.

Por ello es importante citar el mensaje del Comité Permanente del Episcopado de Chile, dice: "...mientras todos los hombres que habitan un mismo país no sientan asegurado su derecho a nacer, a comer y a que se respete su integridad física y moral, mientras no se sientan invitados a participar y a crear, esperar y amar, no habrá verdadera paz". (Comité Permanente del Episcopado de Chile)