

SECCIÓN IV

LAS FUENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El sentido del tema en su dimensión sociológica	365
2. La Constitución	366
3. Los tratados internacionales	367
4. La legislación interna	369
5. El derecho no escrito	370
6. El derecho judicial	371
7. El tema de las fuentes, y la vigencia sociológica de los derechos humanos en el derecho interno	372

SECCIÓN IV

LAS FUENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. EL SENTIDO DEL TEMA EN SU DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

Uno de los temas más arduos, a veces ambiguos, y hasta polémicos, es el de las fuentes del derecho, cuyo esclarecimiento no nos corresponde. Se habla de fuentes formales y fuentes materiales, se habla de fuentes históricas y fuentes normativas.⁶⁰ Se habla, con lenguaje poco usado, de hechos "jurígenos", como para insinuar que se procura conocer dónde, en qué hontanar, se produce u origina el derecho. Pero todo ello se complica cuando —como es sabido— no hay coincidencia en definir qué es el derecho. Si es solamente un sistema de normas —fundamentalmente escritas— sus fuentes se hallarán allí donde esas normas se formulan y adquieren constancia formal. Si es un mundo jurídico tridimensional, habremos de introducir distinciones. Por de pronto, en cuanto a los sistemas constitucionales de derecho escrito, será conveniente detectar las fuentes de ese orden normológico formulado por escrito, pero reivindicar la idea de que la inserción (o "puesta" formal) de normas escritas en ese orden normativo no implica positivización, porque derecho positivo es solamente aquel que funciona con eficacia en la dimensión sociológica del mundo jurídico.

Cuando vemos a los derechos humanos en tal dimensión sociológica, o sea, en la positividad, decimos que fuentes del derecho son aquellas que en el derecho constitucional material dan ingreso y recepción a la vigencia sociológica de los derechos humanos, haya o no haya normas

⁶⁰ Para "Las fuentes 'de las normas' en el derecho constitucional" ver —con ese título— el acápite 19 de nuestro libro *Para vivir la Constitución*, cit. Para el tema de fuentes formales, materiales e históricas: nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, pp. 40 y 57.

El tema de la diversidad de fuentes normativas de los derechos y su jerarquía, se enlaza con el reparto de competencias en la materia, o sea con el saber qué órganos tienen competencia en orden a usar cada una de esas llamadas fuentes para emanar una normación jurídica de los derechos.

escritas que los declaren, formulen, reconozcan, etcétera; pero cuando haya vigencia sociológica de los derechos, habrá siempre normas descriptivas, porque el mundo jurídico tiene una dimensión normológica, sólo que esas normas pueden no estar escritas, pero que las hay, las hay (que el derecho es normativo no admite negación, y el trialismo no incurre en esa negación; lo que acontece es que el trialismo dice que no es "únicamente" un orden de normas, sino mucho más, en cuanto junto a tal orden hay otro de dimensión sociológica, y un tercero de dimensión dikelógica —o del valor—).

¿Es que con este sentido despreciaremos el orden normativo escrito al tratar el tema de las fuentes de los derechos humanos? De ninguna manera, porque: a) ya hemos analizado la importancia de todo tipo que en el constitucionalismo moderno reviste el orden de normas codificadas en la Constitución escrita, aun cuando no alcance plena vigencia sociológica; b) las normas escritas sobre derechos humanos son capaces, como todas las normas jurídicas, de lograr aquella vigencia (aunque no milagrosamente ni por su sola constancia escrita); c) cuando las mismas normas escritas sobre derechos funcionan en dimensión sociológica, decimos que nos hallamos, "materialmente", en el campo del derecho constitucional, aun cuando muchas de esas normas escritas estén formuladas fuera de la Constitución escrita (en una "extraconstitucionalidad" en sentido formal, como leyes, tratados, etcétera); d) cuando las normas escritas sobre derechos humanos no ingresan a la Constitución (o derecho constitucional) material porque no adquieren vigencia sociológica, o porque habiéndola adquirido la pierden, la Constitución escrita (y también los tratados) sirven para vituperar el apartamiento transgresor, para recuperar la vigencia sociológica a través del control constitucional, etcétera.

Tal es, en prieta síntesis, el sentido con que muy brevemente hablaremos de las fuentes de los derechos humanos.

2. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución codificada fue valorada desde el despunte del constitucionalismo moderno como la fuente madre.⁶¹ No hemos de insistir

⁶¹ Tamayo señala que el término Constitución tiene un carácter "eulogístico" y, como tal, su aplicación a un objeto produce reacciones favorables en los individuos, al igual que democracia, libertad, independencia, etcétera (Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., p. 99).

sobre esta idea que, aun sucintamente, tiene desarrollo en otras partes de nuestro estudio. Aquella valoración fue exaltada no sólo por lo que García Pelayo denomina la creencia racional en la fuerza estructuradora de la norma (piénsese en la tipología racional-normativa que explica el citado maestro español), sino por la adición del principio de supremacía y por la rigidez en cuanto al punto de la reforma de la Constitución.

Sabemos que lo normal fue y ha sido plasmar a los derechos en el sector normativo de la Constitución que ostenta el nombre y el carácter de una declaración, una tabla, un catálogo, o un *bill*. Y cuando esa parte ha faltado, se la ha sobreentendido implícita, o sea, no ausente si se recurre a la tradición, a la filosofía o ideología de la Constitución, a su sistema de valores, etcétera, como fue el caso del texto primitivo de la Constitución de Filadelfia, hasta que adicionó las diez primeras enmiendas.

Pero valga la reiteración: en la Constitución material no hay derechos humanos por más declaración normativa que sobre ellos exista en la formal o escrita, si las normas de ésta no entran a la dimensión sociológica del mundo jurídico mediante su vigencia (sociológica, por supuesto).

Aquí utilizamos de nuevo la palabra "constitucionalización" de los derechos en un sentido alternativo: a) por el mero hecho de constar por escrito en la declaración constitucional, aun cuando no alcancen vigencia sociológica (esa mera constancia, es bueno recordarlo, no equivale por sí sola a su positivización); b) por la adquisición de vigencia sociológica en la Constitución material (lo que ya sí es sinónimo de positividad o positivización).

3. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En la hora temprana del constitucionalismo moderno esta fuente no era conocida ni usada, pero actualmente ha cobrado funcionamiento importante, desde que las organizaciones internacionales y el crecimiento de las relaciones de igual naturaleza difundieron el consenso universal por la paz, la libertad, los derechos, el desarrollo, el bien común internacional, la democracia.

No es uniforme el criterio en torno de esta fuente. La posición dualista prosigue aferrada a la tesis de la dualidad comunicada de un

orden jurídico interno (propio de cada Estado) y un orden jurídico internacional, cada uno con su sistema de fuentes propio, por manera que los tratados internacionales no entran a formar parte del derecho interno hasta que una fuente interna les da recepción y, al dárselas, los transforma en derecho interno mediante novación jurídica de su naturaleza internacional. Desechamos acérrimamente esta posición para adherir al monismo. El monismo unifica a los dos órdenes jurídicos y predica una unidad de fuentes, de forma que el derecho internacional contractual penetra e ingresa automáticamente, directamente y por sí mismo y por sí solo al derecho interno a partir de la ratificación del tratado por el Estado que se hace parte en él. No hace falta, después de la ratificación internacional (que difiere en mucho de la "aprobación" que un órgano interno —por ejemplo el congreso o parlamento, o una de sus cámaras— debe dar al tratado conforme al derecho interno para habilitar su posterior ratificación internacional) que una fuente interna (ley) preste su filtro para que a través de él el tratado entre a formar parte del derecho interno.⁶²

Viene después otro problema adicional, que cada Estado resuelve a su modo: a) o el tratado ingresado al derecho interno prevalece sobre todo el conjunto de éste, inclusive sobre la propia Constitución; b) o el tratado se sitúa en un plano inferior al de la Constitución, pero superior al de las leyes internas; c) o el tratado se sitúa en un plano inferior al de la Constitución, y no superior al de las leyes, pero sí igual al de éstas; d) o el tratado goza del mismo rango de la Constitución, y con ella prevalece sobre el resto del derecho interno.

De los tratados sobre derechos humanos cabe decir lo mismo que, en orden o vigencia normológica y a vigencia sociológica, hemos dicho en el párrafo anterior acerca de la Constitución. Pero así como allí hicimos una rápida mención al control constitucional interno, aquí conviene recordar que la internacionalización de los derechos y el activismo de la fuente contractual del derecho internacional vienen dando lugar al fenómeno de las jurisdicciones o instancias internacionales o supraestatales, cuyos tribunales tienen a su cargo interpretar los tratados y/o resolver quejas y denuncias sobre violaciones a los mismos cometidas en jurisdicción interna de los Estados-parte que quedan sometidos (voluntariamente o no) a la jurisdicción internacional, lo que añade una nueva garantía en la esfera internacional en

⁶² Para los temas sugeridos en el texto puede verse: La Pégola, Antonio, *Constitución del Estado y normas internacionales*, México, UNAM, 1985.

favor de la vigencia sociológica de los derechos contenidos en tratados internacionales. En América, es ilustrativo el ejemplo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, con su instancia supraestatal organizada en una Comisión y una Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción no se abre automáticamente para cada Estado cuando éste ratifica el Pacto, sino que requiere acatamiento expreso de ese Estado.

4. LA LEGISLACIÓN INTERNA

Peces-Barba llama sistema mixto al que, en el sistema de fuentes, reparte entre el poder constituyente (Constitución) y poder legislativo (legislación) la normación escrita de los derechos humanos.⁶³ Lo propicia por diversas razones, muy atendibles, que sin hacernos descartar la importancia de la declaración de derechos en la Constitución suprema, ni la conveniencia de esta fuente en sociedades universalmente adictas al método escriturario en el campo constitucional, nos llevan a adherir a la idea de que es bueno que las leyes internas completen —y pormenoricen, o reglamenten— en el sistema de fuentes, a la Constitución en materia de derechos del hombre. Cuando es así, y cualquiera sea el sector del derecho sobre el que recae la legislación (el civil, el mercantil, el penal, el agrario, el laboral, etcétera) esa legislación es considerada por nosotros como "materialmente" constitucional por referirse a aquella "materia" propia del derecho constitucional, cual es el del *status* jurídico-político del hombre en el Estado.

Pero de nuevo afirmamos que la legislación sólo incorporará derechos a la Constitución material cuando sus normas escritas alcancen vigencia sociológica.

En la relación de la legislación con la Constitución y con los tratados internacionales, se hace útil comentar que: a) la ley no puede transgredir a la Constitución suprema so pena de ser inconstitucional, por lo que en materia de derechos humanos debe ampliar, reforzar, detallar, reglamentar, etcétera, a los que la Constitución contiene, pero no alterarlos, frustrarlos o disminuirlos (aquí reaparece la regla o el principio de que la ley debe ser razonable y no arbitraria, porque si es lo último se vuelve inconstitucional); b) adherimos rotundamente

⁶³ *Derechos fundamentales*, cit., p. 138.

a la interpretación que hace prevalecer a los tratados sobre las leyes, desechando tanto la que coloca a las leyes por encima de los tratados como la que equipara a unas y otros en un mismo nivel jerárquico; por ende, aplicamos a la ley contradictoria con un tratado (sea anterior o posterior a él) el mismo criterio que acabamos de exponer en orden a la relación entre ley y Constitución.

5. EL DERECHO NO ESCRITO

Si para tenerlo por tal se exige largo tiempo, puede llamárselo derecho consuetudinario (por ejemplo clásico, el inglés). Si para tenerlo por tal no se requiere largo tiempo, sino un muy breve y rápido proceso genético (muy normal y habitual, por cierto, en el ámbito constitucional) lo llamamos derecho espontáneo (en alusión, precisamente, a la espontaneidad acelerada de la fuente y de su producto). Mas no cabe explayarnos ahora.⁶⁴

Si recordamos que en el derecho no escrito hay normas no escritas, cabe decir que cuando ese derecho no escrito (consuetudinario o espontáneo) que exhibe la vigencia sociológica de los derechos humanos hay —constitucionalmente hablando— normas no formuladas expresamente por escrito en la Constitución material que describen aquella misma vigencia. De tal forma, para lo que comentamos en otra parte, los derechos en cuanto subjetivos no existen sin normas (en este caso de la fuente aludida, normas no escritas).

Esta fuente es fundamental, porque si se la incluye entre las que se dan en considerar fuentes materiales, vuelca materialmente a la Constitución material un contenido que, por referirse a los derechos del hombre, hace parte medular del constitucionalismo clásico y del social. Por razones de brevedad, omitimos el análisis de los supuestos en que, a la inversa del funcionamiento propicio de esta fuente para los derechos, la misma fuente actúa en sentido opuesto a la vigencia sociológica de los mismos, y a la relación y efectos que, de ocurrir eso, tiene el derecho consuetudinario y el espontáneo con el derecho escrito, especialmente con la Constitución formal.⁶⁵ Hay en ese tema aspectos de validez y de vigencia muy atractivos para encadenar la perspectiva constitucional con la iusfilosófica.

⁶⁴ Ver las citas de la nota 51.

⁶⁵ *Idem.*

6. EL DERECHO JUDICIAL ⁶⁶

Sabemos que en el vocabulario de la escuela egológica de Cossío de derecho judicial equivale a lo que tradicionalmente llamamos jurisprudencia. La creación de derecho por los jueces —innegable para nuestro punto de vista— es susceptible de cubrir al derecho constitucional material con contenidos riquísimos en favor de los derechos humanos, a través de la interpretación, la integración y el control constitucionales, con o sin Constitución escrita, con o sin legislación, con o sin tratados internacionales. En muchísimos casos, la vigencia sociológica de los derechos depende —o recibe auxilio poderoso— de esta fuente de derecho judicial, máxime cuando se la encara al nivel de las cortes supremas, o superiores tribunales, o cortes o tribunales constitucionales.

La revisión constitucional que está a cargo de tales órganos, o de otros equivalentes según la pluralidad tan variada de sistemas, nos hace asignar trascendencia a la fuente judicial, y decir que cuando hay una Constitución escrita, ésta es lo que los jueces dicen que es, según la célebre frase de Hughes, como también que las cortes supremas o constitucionales son —parafraseando a Wilson— algo así como convenciones constituyentes en sesión permanente, en cuanto de modo ininterrumpido hacen interpretación, integración, y control constitucionales —“de” y “desde” la Constitución, como lo explicamos por separado—.

Es claro que al igual que las otras fuentes infraconstitucionales, ésta puede en algunos casos —reales o hipotéticos— distorsionar a la Constitución e introducir en la Constitución material mutaciones deformantes o discrepantes respecto de la escrita, lo cual, si a la última la pensamos con una declaración valiosa de derecho, nos hace emitir un juicio negativo de disvaliosidad respecto del derecho judicial que frustra, con aquellos resultados, a los derechos declarados en la Constitución. Pero este no es el momento de divagar sobre tal fenómeno, sino de circunscribirse —más bien— a la imagen ortodoxa y valiosa de un derecho judicial que, como fuente, emite una producción propicia de acrecimiento y maximización de los mismos derechos. En esa línea, el prudente activismo de la fuente judicial tiene aptitud para vigorizar a las otras fuentes —Constitución, tratados, leyes— y apun-

⁶⁶ Ver nuestro *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, p. 43; t. II, cap. XXIX.

talar —cuantitativamente y cualitativamente— la vigencia sociológica de los derechos humanos.

7. EL TEMA DE LAS FUENTES, Y LA VIGENCIA SOCIOLOGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

Tal vez este título no alerte al lector sobre el sentido al que apunta. Ha de observarse que nuestros comentarios sobre las fuentes se han dirigido a descubrir qué contenidos favorables a los derechos entran a través de las mismas fuentes en el derecho constitucional material, o sea, de qué fuentes pueden provenir esos mismos contenidos que encontramos en dimensión sociológica en el derecho interno (que por referirse a derechos, es siempre materialmente constitucional). Y entre esas fuentes posibles, dimos importancia a los tratados internacionales.

Ello quiere decir algo elemental: que cuando los derechos tienen vigencia sociológica, la tienen en el derecho interno o, en otras palabras, que esa vigencia favorece el *status* de hombres que forman parte de un Estado —el "suyo", a cuya población pertenecen y del que son parte—, y no de hombres que directamente estén situados en la comunidad internacional (aun cuando sean sujetos de derecho internacional).

Siempre es el derecho interno (constitucional) el ámbito de instalación de los derechos, porque es el Estado al que ese derecho interno da organización y estructura, el que incorpora a su elemento humano un conjunto de hombres que conviven territorialmente en él. La humanidad, la sociedad internacional, no son territoriales, no tienen población, porque territoriales y poblacionales son los Estados, y todo hombre en el mundo vive y convive —hoy, actualmente— en y dentro de un Estado. Es en ese marco donde importa que sus derechos tengan vigencia sociológica y, por ende, es en ese marco donde las fuentes arrojan su producto, ingresan el contenido que de ellas resulta. También los tratados, porque los que versan sobre derechos humanos —bien que obligan y vinculan a los Estados que son parte en ellos, y les irrogan responsabilidad internacional y, a lo mejor, sometimiento a una jurisdicción supraestatal— invisten a los hombres que forman parte de la población de esos Estados que se hacen parte en los tratados, de la titularidad de tales derechos, para que los ejerzan en sus propios Estados. Es claro, entonces, que los tratados vuelcan derechos al derecho interno, porque es allí donde los hombres tienen que disfrutarlos, territorialmente, inmersos en el orden jurídico que los rige.

De esta reflexión extraeremos luego otra que a lo mejor parecería no tener nada —o muy poco— que ver con ella: la de que si el hombre es parte de un Estado, y es dentro de este Estado (en su derecho u orden jurídico interno) donde se instala con un *status* personal de derechos (ingresados materialmente a ese mismo derecho interno por medio de diversas fuentes, también la internacional) se vuelve disvalioso que el derecho interno de “su” Estado le condicione los derechos al requisito de nacionalidad, porque los derechos son “del hombre en cuanto persona” y no en cuanto nacional de un Estado, bien que debamos enfatizar que son derechos del hombre en cuanto persona (nacional o extranjero) “dentro” de un Estado de cuya sociedad hace parte. La “estatalidad” de los derechos se refiere, entonces, a que es el derecho interno de un Estado donde el hombre los titulariza (a través de fuentes diversas, alguna de las cuales —como los tratados— no son internas sino internacionales, pero internalizan en el Estado su producto o contenido, volcándolo al derecho constitucional, que es estatal); y si los titulariza dentro del Estado y de su derecho interno, como hombre que hace parte de su elemento humano o población, para nada interesa si es nacional o si es extranjero, porque en ambos casos es persona que forma parte del Estado, y los derechos son de la persona humana en cuanto es tal, y no de los nacionales. Tomar como criterio de adjudicación o reconocimiento de los derechos a la nacionalidad —y la extranjería para negarlos, disminuirlos, retacearlos, o condicionarlos negativamente— es tan irracional e injusto (¿y no a la vez inconstitucional?) como discriminar por motivos de sexo, religión, creencias políticas, situación económica, etcétera, y como sectorializar los derechos en transgresión de la elemental igualdad de todos los hombres. Resultaría un anacronismo emplear la discriminación por nacionalidad en una situación histórica que, como la actual, está marcada por la universalidad de los derechos (no porque se titularicen y gocen idénticamente en todos los Estados, sino porque se valora que son derechos del hombre que se deben reconocer universalmente en todos ellos). No lo consiente la internacionalización de los derechos tantas veces aludida.