

El Derecho y la Justicia, resguardos de la libertad

Eduardo Jiménez de Aréchaga

La libertad sólo existe bajo el Derecho, esto es, bajo un régimen jurídico fundado en la idea de Justicia. Sin ese resguardo no habría libertad sino anarquía, desorden, ley de la selva. La finalidad primaria de un sistema de Derecho justo es coordinar las libertades de todos, de modo que la libertad de cada uno termine justamente donde empieza la libertad de los demás.

Pero la cuestión que plantea el tema escogido consiste en ver cómo, de qué manera y por qué mecanismos el Derecho resguarda la libertad.

Un examen del tema en su proyección histórica demuestra que el esfuerzo del Derecho por resguardar la libertad y, de modo más general, por amparar y garantizar los derechos humanos fundamentales se ha manifestado, en el curso de la historia, por ir protegiendo esos derechos por medio de instrumentos jurídicos que, en un orden ascendente, van teniendo cada vez mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico. Se ha pasado así, sucesivamente, del resguardo por medio del contrato, a aquel que proporciona la ley; más tarde, al que resulta de la Constitución del Estado y, por último, al que establece el tratado internacional.

En una primera etapa se utilizó el instrumento contractual, cuyo objeto era establecer el gobierno sobre bases que explicaran las relaciones de obediencia y de mandato que existían entre gobernantes y gobernados: de ahí el rótulo de "pactum subjectionis" que le dieron los teólogos de la Edad Media, o contrato de gobierno que se le atribuyó más tarde.

En este sistema, característico del régimen feudal, la organización política reposa en definitiva sobre un pacto celebrado entre los gobernados, que prometen obediencia, y los gobernantes, que se comprometen a asegurar el orden y la tranquilidad. Dentro de este siste-

ma contractualista el ejemplo histórico de una primera tentativa del Derecho por resguardar la libertad está dado por la Magna Carta, surgida de un pacto entre Juan sin Tierra y los barones ingleses insurrectos contra la tiranía del monarca. En ese documento se encuentra la concesión de “libertad a todos los hombres libres del reino y a sus herederos en perpetuidad”. Como precaución contra la arbitrariedad real los barones, condes y otros vasallos que son los beneficiarios de ese instrumento, anuncian que no prestarán su concurso a la ejecución de una sentencia contra un hombre libre si no ha sido objeto de “un juicio leal por sus pares conforme a las leyes del país”. Y también se inserta en ese documento una cláusula política y financiera que está en el origen del sistema representativo y parlamentario británico: el principio del consentimiento al impuesto.

Pero este primer sistema de resguardo jurídico de la libertad no sirvió. El contrato por sí solo, el “nudum pactum”, desprovisto de una norma de superior jerarquía que fundara su validez, pasó a depender exclusivamente del equilibrio de fuerzas entre las partes originales: su respeto quedó entonces librado a la mayor o menor fuerza política del monarca. De ahí que se hizo necesario, en los momentos históricos favorables, ir confirmando ese compromiso original por medio de instrumentos sucesivos cuya característica era anunciar las transgresiones cometidas en el pasado y hacer prometer al nuevo monarca que no las repetiría. Son, pues, peticiones históricas de carácter retrospectivo, por las que no se trata sino de restaurar derechos que se pretende ya existían en favor, no de todos los hombres, sino de los súbditos británicos amparados por ellos.

De todos modos, de esos instrumentos surge el Parlamento, el cuerpo legislativo como guardián de la libertad. Sin embargo, la época del absolutismo que sobrevino más tarde, incluso en Inglaterra, demostró en forma elocuente la insuficiencia de esta fórmula jurídica del contrato —aún reforzado por la ley— y la endeblez de esta manera de estructurar el Derecho a fin de resguardar la libertad.

Tuvo que aparecer entonces un “modus operandi” distinto para amparar las libertades fundamentales. Y éste consistió en incorporar los derechos fundamentales de la persona humana en un instrumento jurídico de jerarquía superior al contrato y a la ley, como es la Constitución. Así ocurrió en Estados Unidos, donde se incorporó la Declaración de Derechos por vía de enmienda constitucional; en Francia donde las Constituciones revolucionarias francesas contenían o implicaban la Declaración de 1789 y en nuestras Constituciones, que cuentan con una parte dogmática sobre Derechos, Deberes y Garantías.

En esta forma, esos derechos quedan colocados por encima del legislador ordinario, atrincherados por así decirlo, ya que escapan a su capacidad de derogación y están de este modo protegidos incluso respecto de las cambiantes mayorías parlamentarias.

Pero no es sólo este aspecto formal de “superlegalidad” lo que constituye un progreso trascendental en esa jerarquía ascendente en el esfuerzo del Derecho por resguardar la libertad.

Como ha señalado en forma elocuente Burdeau ⁽¹⁾, una Constitución va más lejos, porque define las modalidades de la investidura de los gobernantes, legitima su título para gobernar y determina las condiciones de ejercicio de su autoridad. Por este hecho, el Poder establecido en virtud de una Constitución es necesariamente limitado, y limitado sobre todo, por el deber de respetar la libertad del individuo. Toda Constitución es un instrumento de libertad ya que su principio fundamental es significar que el Poder que ejercen los gobernantes no les pertenece como algo propio: no es sino una delegación que deriva de la propia Constitución, que así los transforma, de amos, en servidores del Estado. Y están obligados a respetar las condiciones de esa delegación, la primera de las cuales es reconocer y amparar la libertad y demás derechos fundamentales de los gobernados.

Por eso el artículo 16 de la Declaración francesa del 89 decía: "Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni la separación de poderes, no tiene Constitución".

Comentando esta norma, enseña Burdeau que al introducir en la filosofía política esta definición, la Asamblea procuró al Derecho una de las mayores conquistas jamás alcanzadas. El Derecho no preside ya solamente las relaciones entre gobernantes y gobernados, como tentaba demostrarlo equivocadamente la teoría del pacto de sujeción. Se instala en la base misma del ordenamiento jurídico, al arrebatar a los gobernantes la propiedad del poder, para no hacer de ellos sino agentes en quienes se confía temporalmente el ejercicio de ese Poder. Este deja de ser un Poder de hecho para transformarse en un Poder de Derecho, separado y distinto de los individuos que lo encarnan en un momento dado.

A pesar de estas elocuentes palabras la realidad política ha demostrado abundantemente que esta nueva forma de resguardar la libertad por medio del Derecho —no ya mediante el contrato o la ley, sino por medio de la Constitución— no ha sido suficiente para acordar una protección o un amparo perfecto y total a la libertad del individuo.

Una primera fisura en este sistema constitucional de protección es el recurso abusivo y excesivo a los estados de excepción, las medidas prontas de seguridad o el estado de sitio, excepciones que en determinadas emergencias admite la propia Constitución. Y, sobre todo, puede ocurrir, y ha ocurrido con frecuencia en nuestros países, que se produzca el Golpe de Estado, el derrocamiento total de la Constitución, o su reemplazo total o parcial por los llamados Actos Institucionales de los gobernantes de facto.

De ahí la necesidad de una nueva etapa en esa marcha ascendente en la búsqueda de instrumentos adecuados a fin de que el Derecho resguarde efectivamente la libertad.

La respuesta que se encontró consiste en la protección internacional de los derechos humanos y libertades fundamentales, o sea, el

(1) *Traité de Science Politique*, tomo IV, 2a. edición, p. 139, y ss. de la 2a. edición.

esfuerzo por llevar esos derechos a un instrumento internacional, el tratado, a fin de ponerlos al abrigo de las arbitrariedades de todos los órganos de cada Estado, incluso los gobiernos de facto que arrasan o cambian a su antojo las normas constitucionales. El resguardo último de la libertad por el Derecho queda así encomendado a órganos supranacionales establecidos y libremente aceptados por los Estados Partes.

Reseña de la protección internacional de la libertad

La historia de la protección internacional de los derechos humanos es muy breve, pues aparece por primera vez a fines del siglo XIX, cuando surgen las primeras formas de organización de la comunidad internacional. En ese período inicial, la protección y el resguardo internacional de tales derechos fueron ejercidos de manera ocasional, en casos muy extremos, en las llamadas “intervenciones humanitarias” del Concierto Europeo, por ejemplo, ante medidas abusivas contra los cristianos en el Imperio Otomano. Era éste un régimen esporádico, que quedaba librado al azar y a los intereses políticos de las grandes potencias y que configuraba, sobre todo, una clarísima violación del principio de “no intervención”.

La Sociedad de Naciones constituyó un progreso en ese sentido, por cuanto se fundó en un estatuto jurídico libremente aceptado que sirvió de base para la protección de los derechos humanos, sin configurar, por lo tanto, intervenciones ilegítimas en la vida interna de los Estados. Sin embargo, la institución ginebrina no abarcó el problema en toda su integridad: solamente se preocupó de la protección de los derechos de las minorías enclavadas dentro de determinados Estados, sistema éste que suponía una doble e irritante discriminación: entre individuos y entre naciones. Y sobre todo, este régimen constituyó un indudable fracaso político, ya que mantuvo y fomentó la deslealtad política y el “irredentismo” de los grupos minoritarios favorecidos por esa tutela internacional, como los sudetes en Checoslovaquia, por ejemplo. Esto explica por qué el régimen de protección de minorías fue completamente dejado de lado al estructurarse la Carta de las Naciones Unidas y por qué se exige en ella el respeto universal, esto es, por todos los Estados, de los derechos y libertades fundamentales de todos los individuos.

La Carta establece que uno de los propósitos de la Organización es el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de **todos**, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, (Art. 1º., párrafo 3º). Por los artículos 55 y 56 todos “los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente en cooperación con la Organización” a los efectos de promover “el respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y

libertades". Se ha discutido si estas cláusulas imponen obligaciones jurídicas a los Estados miembros.

Una escuela de pensamiento sostiene que la Carta se limita a trazar un programa de acción, cuyo cumplimiento compete la Organización, en la cual los miembros se comprometen a cooperar y, en consecuencia, la Carta no impondría deberes jurídicos a los miembros, sino que contendría meras declaraciones de principios y aspiraciones desprovistas de todo efecto jurídico obligatorio. Esta interpretación no se concilia con el texto ni con el espíritu de la Carta.

Los miembros de las Naciones Unidas tienen el deber jurídico de actuar de conformidad con los propósitos de la Organización y, por consiguiente, están jurídicamente obligados a respetar y a observar los derechos y libertades fundamentales y a evitar toda discriminación.

El compromiso del artículo 56 de tomar medidas conjunta o separadamente significa adoptar tal acción no sólo en el plano internacional sino también en el plano nacional. Dicho compromiso carecería de sentido si se interpretara como significando que los Estados miembros están obligados a tomar medidas conjunta o separadamente para promover el respeto y la efectividad de los derechos humanos en otros Estados, mientras conservarían para sí la facultad, no sólo de no respetarlos y observarlos, sino incluso la de violar esos mismos derechos y libertades dentro de su propio territorio y respecto de sus propios súbditos. El compromiso de tomar medidas separadamente en cooperación con la Organización implica como mínimo el deber de abstenerse de tomar medidas separadas contrarias a los propósitos de la Organización.

Si bien es cierto que la Carta no identifica ni enumera los derechos humanos y las libertades fundamentales que los Estados están obligados a respetar y observar, no lo es menos que la Asamblea General realizó una enumeración concreta en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en París, que constituye a este respecto, tanto un complemento como una interpretación de la Carta. Es más, la prohibición de hacer distinciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión, es una obligación de carácter incondicionado, susceptible de ejecutarse por sí misma, que surge directamente de expresas y reiteradas disposiciones de la Carta como lo reconoció expresamente la Corte Internacional en el caso de Namibia⁽²⁾. Sin embargo, las disposiciones de la Carta sobre Derechos Humanos y libertades fundamentales no son susceptibles de aplicación a través de remedios internacionales a disposición de los individuos afectados: por consiguiente, la responsabilidad de respetarlos y de hacerlos observar, sólo procede con base en planteamientos formulados por otros Estados Miembros dispuestos a asumir esta función de acusadores. Si bien recientemente la Comisión de Derechos Humanos y sus subcomisiones fueron autorizadas a seguir un procedimiento especial cuando las denuncias individuales revelaran gruesas y reiteradas vio-

(2) Fallos de la Corte Internacional de Justicia, año 1971, página 57.

laciones de derechos humanos, las facultades de estos órganos están limitadas a la iniciación de estudios y a formular recomendaciones, e incluso la iniciativa para el ejercicio de estas facultades queda reservada a los Estados Miembros.

Pero en este, como en otros campos, los Estados se mueven con base en consideraciones políticas. La experiencia ha demostrado que estas consideraciones juegan un papel decisivo en la denuncia o el disimulo de las violaciones de Derechos Humanos que pueda hacer un Estado respecto de otro.

La falta de imparcialidad y la consiguiente aparición de un “doble standard” en esta materia sólo pueden ser corregidos reconociendo la personalidad internacional y el “jus standi” del individuo. Para ello es necesario otorgarle la prerrogativa de poner en movimiento por sí los remedios necesarios para que los órganos internacionales efectúen la supervisión y control del respeto en cada país de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

A fin de reforzar las obligaciones de la Carta, las Naciones Unidas adoptaron dos pactos separados e independientes: uno sobre Derechos Civiles y Políticos y el otro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La razón de esta separación es que las medidas de supervisión y control internacional no son ni pueden ser las mismas para las dos categorías de derechos. Las peticiones individuales no constituyen el procedimiento más adecuado para asegurar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que la plena eficacia de esos derechos, exigibles del Estado, sólo puede alcanzarse en forma gradual y las obligaciones que pueden asumir los Estados son menos precisas.

Lo que se pide por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es simplemente rendir informes sobre los progresos realizados en la observancia de esta categoría de derechos.

En cambio, en materia de Derechos Civiles y Políticos el grado de supervisión es mayor. Se crea un Comité con la misión de estudiar y comentar los informes de cada Estado Parte acerca de cómo cumple las obligaciones asumidas. Asimismo se establece un régimen opcional por el cual los Estados Partes que así lo declaren aceptan que otro Estado Parte que haya formulado la misma declaración pueda denunciar una violación del Pacto.

Como se ve, el mecanismo de control sigue siendo el mismo: la denuncia por otro Estado Parte. La verdadera piedra de toque de un mecanismo de control realmente eficaz consiste en reconocer al individuo no sólo derechos fundamentales, sino también los medios de asegurar el respeto y observancia de estos derechos, por su propia iniciativa, sin necesitar la mediación de un Estado dispuesto a acusar a otro.

Por esa razón es que se elaboró también un Protocolo facultativo, por el cual se reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos. Pero no son muchos los Estados que han ratificado este protocolo, siendo el Uruguay uno de ellos.

Los sistemas regionales

Es en la organización regional de Europa Occidental donde se ha llegado a estructurar una protección internacional realmente eficaz de los derechos humanos fundamentales. Los miembros del Consejo de Europa suscribieron en Roma, en 1950, una convención por la cual se organiza una protección superior a la prevista en los Pactos de Naciones Unidas, respecto de los derechos civiles y políticos. Se crea una Comisión de Derechos del Hombre ante la cual pueden plantear denuncias, no sólo los demás Estados Partes, sino también los particulares, organizaciones o grupos de personas que se pretendan víctimas de una violación de sus derechos, incluso si son nacionales del Estado acusado de la violación. Y se establece una Corte Europea de Derechos del Hombre, ante la cual tienen acceso los Estados Partes y la propia Comisión. La Comisión, pues, puede llevar ante la justicia al Estado que no acepte sus observaciones. La Convención dispone que las Partes contratantes se comprometen a cumplir las decisiones del Tribunal en cualquier caso en que sean partes. Es tal la autoridad y prestigio de esta Corte que algunos países europeos, como Inglaterra por ejemplo, han debido modificar su legislación para adecuarla a las normas sustantivas de la Convención que enumeran y definen los derechos y libertades fundamentales. La Convención de Roma se ha ido perfeccionando mediante protocolos adicionales: en uno de ellos las Partes contratantes "se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo acerca de la elección del cuerpo legislativo".

La Convención Interamericana de San José de Costa Rica

La Convención de San José de Costa Rica, ratificada recientemente por Argentina y Uruguay, protege los derechos civiles y políticos. En cuanto a los económicos, sociales y culturales, se remite a su enumeración en la Carta de la OEA, limitándose al compromiso de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de esos derechos.

En cambio, los derechos civiles y políticos son amparados por un régimen de peticiones por parte de individuos y entidades y por dos órganos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión está facultada para solicitar informes al gobierno denunciado y, en casos graves y urgentes, realizar una investigación "sur place" con el consentimiento del Estado interesado. Puede asimismo publicar su informe y sus conclusiones.

La eficacia de este régimen está asegurada, siguiendo el modelo europeo, al dar acceso a la Comisión ante la Corte: de manera que también aquí puede la Comisión llevar a un gobierno ante ese Tribunal compuesto de siete jueces independientes, facultado para decidir si un derecho o libertad ha sido conculcado y acordar la reparación adecuada a la víctima. También aquí los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte.

Como se ve, es un sistema sumamente avanzado para la protección internacional de los derechos humanos. Es un sistema complementario o de reemplazo, únicamente llamado a actuar cuando la protección que acuerda el Derecho constitucional ha fallado, ya sea en forma total, o respecto de un caso particular. Por ello se exige del particular que reclame que haya agotado previamente los recursos internos. Los medios de gravitación para la observancia de estas obligaciones son los propios del Derecho Internacional: la influencia de la opinión pública internacional al quedar constatada judicialmente la violación de un tratado, y las sanciones que tal violación puede aparejar por parte de todos los demás Estados Partes, como las represalias, la denegación de asistencia, la denuncia de otros tratados, la ruptura de relaciones, etc.

Estos mecanismos de control se aplican, como ya se ha dicho, a los derechos civiles y políticos, oponibles al Estado y no a aquellos otros, de carácter económico, social y cultural, que son exigibles del Estado. Quedan también fuera esos nuevos derechos, que la UNESCO ha llamado derechos de la tercera generación, o sea, esos derechos con vocación comunitaria: el derecho al desarrollo, el derecho a la descolonización, el derecho a la paz. La característica más singular de estos nuevos derechos de carácter colectivo es que tienen su base jurídica y su fuente directa en el Derecho Internacional. En cambio, los derechos tradicionales, de primera y segunda generación, tienen su fuente en el Derecho Constitucional interno: el Derecho Internacional sólo desempeña respecto de ellos una función coadyuvante, de resguardo complementario.

El derecho al desarrollo, el derecho a la descolonización y el derecho a la paz dependen en forma directa de la existencia de normas de Derecho Internacional que efectivamente reconozcan y garanticen tales derechos. Puede afirmarse que existe hoy en día un derecho a la descolonización, ya que se admite por todos que el título de dominación colonial ha desaparecido, por cuanto niega los derechos políticos y libertades fundamentales a toda una raza. Este derecho a la descolonización se ha impuesto a través de la obra de las Naciones Unidas; es que, como decía Víctor Hugo, nada es más fuerte que una idea cuyo tiempo ha llegado.

En cambio, no puede decirse que el Derecho Internacional actual haya reconocido o consagrado el derecho al desarrollo y menos aún

el derecho a la paz. No obstante, se han dado y se están dando pasos para una elaboración progresiva de normas de Derecho Internacional que lleguen a transformar estas aspiraciones en derechos auténticos. Una de esas elaboraciones es, por ejemplo, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

La coordinación del sistema universal y el regional

La proliferación de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos y libertades fundamentales ha hecho surgir un nuevo problema: la posibilidad de que un gobierno intente eludir estos mecanismos de control haciendo jugar la dualidad de regímenes, diciendo por ejemplo, como ha ocurrido, esta denuncia ya está planteada ante una instancia internacional distinta. Es por eso importante asegurar la coordinación entre los dos sistemas, el universal de Naciones Unidas y el regional de San José de Costa Rica. A fin de evitar el riesgo señalado, se establece en todos los tratados que una denuncia de parte sólo es admisible si el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o control internacional. Hay pues, una excepción de litispendencia fundada en que estos mecanismos no deben excluirse recíprocamente.

Pero si hubiera que optar entre el sistema universal y regional, la preferencia en materia de derechos humanos debe ser para el regionalismo. No sólo por constituir un sistema mucho más perfeccionado, sino sobre todo porque en el plano regional el problema se simplifica. En el plano mundial las oposiciones son casi insolubles: diversos niveles de civilización; diversos estilos de vida y diversas filosofías disputan entre sí, y el común denominador sólo se logra en líneas de una evasiva generalidad. En el plano regional, en cambio, el común denominador existe y la unidad jurídica también. En América se encuentra una homogeneidad fundamental y básica: todo lo que se requiere es la internacionalización del Derecho Constitucional protector de la libertad, ya que las Cartas Fundamentales de nuestros países coinciden en sus definiciones y comulgan en un credo común de amparo a la libertad del hombre.

La Justicia como resguardo de la libertad

Hasta aquí se ha examinado el Derecho como resguardo de la libertad. Debe verse ahora el papel de la Justicia. Este término cabe entenderlo en dos sentidos: como refiriéndose a los órganos encargados de dispensarla y como valor ético que constituye la finalidad suprema, el objetivo que se propone alcanzar todo orden jurídico.

Ateniéndose por el momento al primer sentido del término, se ve que en la esfera interna, en la órbita del Derecho Constitucional, la Justicia, esto es, el juez, aparece como el protector nato de la libertad,

facultado para decidir la inconstitucionalidad si el legislador se ha excedido en sus funciones; para acordar el **habeas corpus** ante la detención indebida, o el recurso de amparo ante actos arbitrarios. Naturalmente ello requiere una justicia independiente y por eso uno de los primeros actos de todo gobernante de facto es atentar contra la independencia judicial, incluso llegándose al extremo caricaturesco en nuestro país, de arrebatarle el calificativo de Suprema a nuestra Corte Superior de Justicia.

También la Justicia internacional ha hecho una contribución importante en la materia. El argumento más frecuente de quienes se oponen a la protección internacional de los derechos humanos es sostener que el tratamiento dado a los habitantes del Estado dentro de sus fronteras configura una materia perteneciente al dominio reservado, a la jurisdicción doméstica de ese Estado, y por ello todo intento de control desde afuera configura una intervención prohibida por el Derecho Internacional.

La Corte Internacional rechazó esta objeción, señalando que los límites de la jurisdicción doméstica de todo Estado, la determinación de cuál es su dominio reservado, es una cuestión relativa que depende de los compromisos internacionales que haya asumido ese Estado. La competencia del Estado es exclusiva cuando no ha aceptado ninguna norma de Derecho Internacional que limite en alguna forma sus competencias. Pero si existe tal norma, si la ha aceptado, su competencia queda ligada y no es ya exclusiva o doméstica. Aplicando este criterio, la Corte entendió que el respeto de los derechos humanos es, en principio, de jurisdicción doméstica pero que, a partir de la aceptación de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho del Estado de utilizar discrecionalmente su poder en esa materia, ha quedado restringido por las obligaciones internacionales asumidas respecto de los otros Estados Partes y la propia Organización. La protección de los derechos humanos y libertades fundamentales ha trasvasado así, por virtud de la Carta, de la jurisdicción doméstica a la internacional⁽³⁾. Por otra parte, el Estado que libremente acepta un régimen internacional de protección de los derechos humanos de los habitantes de su territorio no ve lesionada su soberanía ni se configura un caso de intervención. Por el contrario, ese Estado ha demostrado su potestad soberana al aceptar un tratado que establece un mecanismo de supervisión de su propia observancia de los derechos fundamentales.

Otra contribución importante que ha hecho la Corte Internacional de Justicia en esta materia ha sido declarar que "los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, incluida la prohibición de la esclavitud y la discriminación racial" constituyen "obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto", que conciernen a todos los Estados. "Dada la importancia de los derechos afectados, debe considerarse

(3) Fallos de la Corte Internacional de Justicia, 1950, p. 70 y de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, N° 4, p. 24.

que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección: son obligaciones **erga omnes**"⁽⁴⁾.

Esto significa que cualquier Estado puede denunciar y solicitar medidas respecto de la violación de los derechos humanos en otro Estado, a diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad por perjuicios inferidos a extranjeros, donde únicamente el Estado de nacionalidad tiene derecho a reclamar.

En cuanto a la Corte Europea de Derechos Humanos hay un aspecto de su jurisprudencia que es de sumo interés pues puede influenciar, con base en textos muy similares, la jurisprudencia que llegue a desarrollar la Corte Interamericana.

Tanto la Convención de Roma como la de San José de Costa Rica contienen restricciones muy importantes a las facultades del Gobierno de adoptar medidas prontas de seguridad o estados de excepción. La Convención Interamericana, por ejemplo, admite la suspensión de garantías "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado" e impone ciertas condiciones para esta suspensión, tales como el deber de informar a los demás Estados de las disposiciones cuya aplicación ha suspendido, de los motivos de la suspensión y de la fecha en que la da por terminada.

La más importante de esas restricciones es que la Convención establece que hay ciertos derechos que no pueden ser alcanzados por la suspensión de garantías: el derecho a la vida; a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y no retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la Protección a la Familia; el Derecho de la nacionalidad y los Derechos Políticos. Pues bien, la Corte Europea de Derechos Humanos ha decidido, con base en textos similares a éstos, que tiene competencia para comprobar la existencia efectiva de las circunstancias de hecho invocadas por un gobierno para decretar la suspensión de garantías y también para verificar si se han cumplido o no las condiciones y restricciones previstas en la Convención.

Queda así sometido a control judicial internacional, además del interno, el ejercicio de las facultades extraordinarias y también el compromiso formal de los Estados partes, según el cual existen ciertos derechos y libertades que no pueden ser suspendidos ni afectados ni siquiera en situaciones de excepción y mantienen durante ellas plena vigencia. Hay, pues, un núcleo esencial de derechos intangibles que, por esta calidad de intocables, constituyen una especie de "**jus cogens**", esto es, de normas superiores de carácter imperativo e inderogable.

Y esto lleva directamente al segundo tema a tratar: el papel de la Justicia, en su sentido propio de valor ético y de finalidad primordial del Derecho, en el resguardo de la seguridad.

(4) Fallos de la Corte, 1970, página 32.

La justicia como resguardo de la seguridad

El gran tema de la Ciencia Política es la conciliación entre las dos grandes finalidades del Derecho, la seguridad y la justicia.

El filósofo del derecho alemán, Radbruch, en sus obras anteriores a 1936 sostenía que la seguridad es una finalidad más importante que la justicia, haciéndose eco de la frase de Goethe “prefiero la injusticia al desorden”. Pero después de la experiencia del nazismo Radbruch se retractó de su tesis, reconociendo que la seguridad más profunda, la única que verdaderamente merece tal nombre, es aquella que resulta de reconocer y respetar la libertad y los derechos fundamentales de todo ser humano.

Se ha vivido en nuestros países, durante largos años, una experiencia penosísima en la cual también se dio prioridad a la seguridad del Estado respecto de la Justicia.

Esta doctrina de la seguridad nacional que padecemos postula que el mundo se divide en dos campos opuestos: el occidental cristiano y el oriente comunista y ateo, cada uno de los cuales sostiene valores propios, irreconciliables entre sí. Quienes aplicaban esta doctrina, se consideraban los paladines de la civilización cristiana occidental, llamados a librar una lucha mortal contra un enemigo común. Y esa lucha debía librarse dentro de las fronteras de cada país y no concluía con la derrota del adversario armado, sino que tenía que extirpar las raíces mismas de la subversión, que según ellos estaba enclavada en las estructuras sociales, culturales y educativas de la sociedad.

Es evidente que esta doctrina debía conducir inexorablemente a suprimir las libertades individuales y subordinarlas a lo que se llamaba el estado de seguridad interno, a través de la permanencia de los estados de excepción, la concentración del poder en manos de las Fuerzas Armadas, la destrucción del Estado de Derecho y la abolición de la democracia representativa.

A la luz de este proceso, ya felizmente superado, cabe formular la siguiente pregunta: Si los valores éticos y morales del pensamiento occidental cristiano tienen como razón de ser el basarse en el valor y la dignidad del hombre y en el respeto de sus derechos, entonces resulta difícil concebir una doctrina como ésta de la seguridad del Estado que, en su aplicación práctica, haya sido más radicalmente contraria, y de hecho totalmente destructora, de aquellos postulados y valores que pretendía defender.

Contenido de la Justicia

Todos los autores, a partir de Aristóteles, vinculan estrechamente la idea de justicia con la de igualdad. Pero, como ha hecho notar Llamás de Azevedo, la noción de justicia no se agota en la igualdad. Esto no basta como idea orientadora de la justicia: ella llevaría a justificar

cualquier tratamiento con tal que sea igual, por ejemplo, hacer a todos igualmente esclavos. Ese tratamiento, aunque igual, no sería justo. La justicia exige, además, una adecuación entre el tratamiento que se da y la cualidad del sujeto tratado. Por eso, los juristas romanos como Ulpiano definían la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”.

¿Y qué es lo suyo? Más allá de todas las desigualdades, y más profunda que todas ellas, hay una igualdad esencial entre todos los hombres. Todo hombre tiene un “suum” que le corresponde en cuanto tal. ¿De qué cosas está constituido ese suyo, que es igual en todos? La vida, la libertad, la salud, el honor, y en general los derechos fundamentales. Ese suyo de cada uno exige el respeto y el reconocimiento por parte de todos, empezando por los gobernantes. Este valor supremo del ser humano es independiente de los valores que cada hombre pueda adquirir con sus actos, sus méritos, etc.: no se funda en lo que el hombre haga, sino en lo que el hombre es.

Adquiere así la justicia un contenido que hace patente la injusticia de ciertas prácticas denegatorias de la libertad, como la esclavitud, el trabajo forzado, la censura del pensamiento, el apartheid, la discriminación racial.

Se dirá que este planteamiento incurre en el vicio de “jus-naturalismo”, pero la posición jus-naturalista es conciliable con la noción positivista del Derecho.

La Justicia y la perspectiva temporal del derecho

Tal como enseña el Profesor de Jurisprudencia de la Universidad de Cambridge, el Profesor Días, la perspectiva temporal del Derecho es la que permite conciliar la concepción positivista y la concepción jus-naturalista.

Los fenómenos jurídicos pueden ser considerados en dos marcos temporales diferentes: una visión puramente instantánea, que mire sólo al derecho vigente hoy en día y una visión que lo conciba como un continuum y tome en cuenta no sólo el presente, sino también el pasado y el futuro.

Los positivistas piensan sobre todo en el marco del presente porque ello les permite identificar con toda precisión lo que es derecho vigente hoy, para los fines prácticos de su aplicación actual.

En cambio, los jus-naturalistas incluyen un elemento moral en su concepción del Derecho, porque lo consideran un factor indispensable para la continuidad y la supervivencia de un orden jurídico vigente o de determinadas normas de ese orden jurídico.

Es indudable que todo orden jurídico aspira a perdurar en su ser y a mantenerse en vigor, pero eso no puede hacerlo sino introduciendo en sus normas crecientes dosis de justicia a fin de lograr y mantener el asentimiento de la mayoría del medio social.

Por eso es que nuestra experiencia objetiva nos muestra que todo el Derecho es Derecho Positivo, pero nuestra experiencia subjetiva nos dice que todo el Derecho deriva su vitalidad y su fuerza de la idea innata de Justicia. Esto lleva al convencimiento de que sólo los regímenes y las leyes justas merecen ser mantenidas y que los regímenes y las leyes injustas tienen que reformarse o han de perecer. La idea de Justicia es así inmanente en el concepto mismo del Derecho.

A ello se debe que el Derecho configure un proceso constante de creación, de reforma y de cambio. El orden jurídico no es una cosa definida y acabada; es un proceso por el cual una sociedad procura pasar en orden y sin violencias del pasado al futuro.

Tan pronto como se adopta esta perspectiva temporal se ve que no es posible concebir al Derecho con prescindencia de las consideraciones de justicia que deben orientar su evolución y su ajuste progresivo a los cambiantes requerimientos del medio social, que reclama en forma primordial el respeto de la persona humana, de su libertad y de todos sus derechos fundamentales. Existe pues, una interpenetración entre Justicia y Derecho.

La interacción entre Justicia y Derecho, la creciente penetración de la primera en el segundo es perceptible con un criterio temporal y sobre todo mirando hacia atrás, en una visión retrospectiva.

Una mirada a nuestro pasado reciente, y la comparación de esa realidad de ayer con el proceso actual de democratización en nuestros países, demuestra y confirma que los reclamos y las exigencias de la Justicia terminan por imponerse y que, por lo tanto, este valor fundamental que el ordenamiento jurídico intenta plasmar, constituye en definitiva el resguardo último de la libertad.