

Dogmática constitucional de los derechos humanos

El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos.

Germán J. Bidart Campos

Profesor de Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires y Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Argentina.

I. DERECHO NATURAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL.

1.- Un análisis de la dogmática constitucional de los derechos humanos parece brindar margen para una conexión con la relación entre derecho natural y derecho constitucional.

Es claro que, de alguna manera, el disputado y controvertido derecho natural tendrá que flexibilizarse suficientemente, hasta quizá presuponer que el iusnaturalismo aloja a toda posición que, en orden a los derechos humanos y a su fundamento, predica que tal fundamento radica fuera de la voluntad estatal.

Entendemos que si, disputado y controvertido en la filosofía del derecho, el derecho natural permite acepciones diversas y enfoques múltiples, resulta también muy variado lo que define al iusnaturalismo y al positivismo.

Cada una de estas posiciones recoge una serie de notas o características distintivas, y es allí donde se suman las discrepancias y, a veces, las antinomias. Cuando no son pacíficos ni uniformes los conceptos de iusnaturalismo y positivismo, tampoco hay concordancia en lo que se reputa "el derecho natural".

Estas aclaraciones están lejos de significar que personalmente carezcamos de un juicio propio sobre el derecho natural, que hemos dado en nuestro libro "Valor justicia y derecho natural" (Ed. Ediar, Bs.As., 1983) y en el trabajo "Derecho natural y derecho constitucional" (Universidad Nacional Autónoma de México, Cuadernos de Humanidades N° 4, Departamento de Humanidades, México, 1976). Creemos poder definirnos como iusnaturalistas adictos a la teoría de los valores dentro del iusnaturalismo de Werner

Goldschmidt. Pero éste no es el tema, ni es lo importante. Lo importante es dejar en claro que, aun cuando la tesis provoque algunos desconciertos y muchos rechazos, la ya mencionada holgura con que es viable conceptualizar el iusnaturalismo permite acoger—al menos como propuesta— la afirmación de Carlos Ignacio Massini cuando dice que es iusnaturalista toda posición iusfilosófica que admite algún principio superior al derecho positivo. Reconvirtiéndola con un moderado retoque, sugeriríamos que es iusnaturalista toda posición que, en materia de derechos humanos, niega que éstos sean "lo que el estado dice que son y cuáles son". De alguna manera, en sentido opuesto, esta versión iusnaturalista postula que "lo que son y cuáles son" los derechos humanos no depende de la voluntad del estado.

Si tomamos explicaciones de Peces-Barba, podemos aseverar que es iusnaturalista toda filosofía de los derechos humanos que repele lo que él denomina el positivismo voluntarista.

Ahora se comprende por qué nos referíamos a una holgura en el concepto de iusnaturalismo. Por supuesto que los iusnaturalismos clásicos enrolados—por ejemplo— en la escolástica tomista o en el racionalismo idealista del siglo XVIII tal vez resistan que se coloque en el casillero común del iusnaturalismo a muchas posturas que, admitiendo algún principio superior (y extra-estatal) que en orden a los derechos humanos prevalece sobre la pura positividad, no guardan ninguna afinidad con los caracteres que al derecho natural asignaron las líneas y escuelas antes rotuladas como fieles al iusnaturalismo clásico.

Pero, a fin de cuentas, no es errado predicar que no hay un solo iusnaturalismo, sino

varios, con lo que se suavizan rigores y se hace más accesible ingresar al tema de la relación entre derecho natural y derecho constitucional como telón de fondo para una dogmática constitucional de los derechos humanos.

2.- Es buena y útil, a nuestro criterio, la perspectiva que coloca en la base del derecho constitucional de los derechos humanos una filosofía de los derechos humanos. Muchos dirán que no es necesario, o hasta que la dogmática constitucional para nada precisa de una filosofía de los derechos humanos.

Sin embargo, no alcanzamos a entender cómo se puede elaborar una dogmática de los derechos humanos sin afiliarse, previamente, a una filosofía que suministre alguna "razón" valedera -o sea, alguna explicación racional- del por qué el derecho constitucional "debe" hospedar a los derechos.

Acabamos de aludir a la racionalidad de la explicación sobre los derechos humanos, y a una filosofía de los derechos humanos que sea previa a la dogmática constitucional. Ello merece las respectivas aclaraciones: filosofía de los derechos humanos, y explicación racional.

Estamos persuadidos de que no toda filosofía jurídica que se hace cargo de los derechos humanos es filosofía de los derechos humanos. Sólo lo es la que los explica auspiciosamente, es decir, la que da y hace una explicación racional que resulta favorable a los derechos humanos. Las filosofías que reniegan de ellos, o los menosprecian, o los sitúan en minusvalía, no son filosofías de los derechos humanos. Esto por un lado; por el otro, la racionalidad explicativa que filosóficamente los exalta anida valoraciones que inducen a positivizar los derechos con alto grado de reconocimiento garantista; y para nosotros, la valoración incluye una dosis de racionalidad, porque el conocimiento de los valores no es, como lo predicaba Kelsen del ideal de justicia, irracional; Del Vecchio y Goldschmidt apelan a un sentimiento de justicia, que es un sentimiento que responde a razones.

Pero dejemos ahora de lado esta rápida incursión en el acceso cognocitivo del hombre al valor, o a los valores, en plural, porque en el mundo jurídico-político son varios y componen un plexo. Nuestra toma de posición es suficiente a efectos de proseguir el desarrollo del tema.

Una filosofía de los derechos humanos que los valora racionalmente como "debidos" en la fenomenización que es propia del derecho positivo (éste "de-

be" hacerlos efectivos para realizar con signo afirmativo la exigencia del deber ser ideal de los valores que aquella filosofía presupone) se nos hace imprescindible antes de que la dogmática constitucional esté en condiciones de desarrollo.

Esto parece bastante claro y cierto. Sabemos bien que cuando a partir del constitucionalismo moderno se impele y difunde el tratamiento de los derechos del hombre en la ciencia y del derecho constitucional, la atmósfera ideológico-valorativa de su tiempo los había colocado en una posición de verticalidad ascendente. Las declaraciones de derechos que de ahí en más empiezan a universalizarse con mimetismo contagioso, no habrían tenido asidero sin la previa maduración filosófica. Nos viene por eso a la memoria la idea de Jellinek cuando afirmaba que con Francia solamente hubiéramos tenido una filosofía de la libertad, pero sin Estados Unidos hubiera faltado el derecho de la libertad.

3.- Cuando con una expresión definitoria o con otra se hace referencia a un sistema de valores que inspira e insufla al sistema de derechos, al régimen político, al derecho constitucional, se está sosteniendo -consciente o subconscientemente- que una dogmática constitucional de los derechos humanos siempre maneja, de algún modo, una iusfilosofía que da razón de ellos.

Alguien a lo mejor observa escépticamente que la dogmática constitucional puede ella sola -abordar el tratamiento de los derechos humanos sin recurrir al apoyo previo de una filosofía de los derechos humanos. No obstante, de dársele razón, suponemos personalmente que los derechos que esta dogmática tome a su cargo habrán de encontrar siempre un origen, por lo que sin el trasfondo iusfilosófico a que venimos aludiendo nos parece que sólo podrá hallar aquel origen en un voluntarismo jurídico al que emparentamos con lo que Peces-Barba llama el positismo voluntarista.

No es que a ultranza forcemos la cuestión hasta el extremo de imponer indiscutidamente al iusnaturalismo. Lo que más bien -sin renuncias personales a él- queremos proponer, es que la dogmática constitucional de los derechos humanos precisa encontrar antes y por afuera de la positividad, alguna razón de ser de los derechos, suficientemente objetiva. Esto es el objetivismo⁽¹⁾. Esa razón de ser podrá para algunos o para muchos radicar en la ética, en un sistema de valores morales, en la naturaleza humana, en la idea racional del derecho justo, en las valoraciones sociales, en las necesidades humanas, en el proyecto existencial

(1) Para el objetivismo, ver: Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel E. Principios de derechos humanos y garantías. Ed. Ediar, Bs. As. 1991, pág. 158.

que una sociedad se forja y propone para su convivencia, en la tradición histórica de una comunidad, o hasta en el consenso social generalizado.

Es verdad que hay teorías—baste citar a Bobbio—que niegan la posibilidad de encontrar un fundamento de los derechos humanos, o que si acaso admiten que puede haberlo, niegan que el entendimiento humano sea capaz de descubrirlo y conocerlo. Aun así, también estos enfoques son capaces de arribar—sin ninguna fundamentación filosófica— a una fundamentación práctica o empírica favorable a los derechos, para que de ahí en más la dogmática constitucional trabaje en su propio campo. Tal fundamentación empírica puede estar basada —por ejemplo— en la necesidad de dar seguridad al hombre frente al estado y a los demás hombres, o en el consenso social o aprobación universal, con lo que, de alguna manera, se esquiva la irracionalidad arbitraria del positivismo voluntarista que, sumido en la más cruda relatividad y en el subjetivismo total, sólo localiza los derechos de la voluntad del estado.

4.- Estamos alcanzando un punto que, después de estas disquisiciones preliminares, se vuelve crucial para la dogmática constitucional de los derechos, y que se sintetiza en un interrogante: ¿los derechos humanos se reconocen o se constituyen en la positividad?

Cuando está ausente una filosofía de los derechos o, al menos, la que hemos denominado fundamentación empírica o práctica, nos quedamos sumergidos en el positivismo voluntarista, que responde así: los derechos se constituyen.

Del otro lado se suman cuantas posiciones —iusnaturalistas o no— contestan que los derechos se reconocen y no se constituyen, porque por encima y por afuera de la positividad hay exigencias que tienen por debido ese reconocimiento.

En consecuencia, la dogmática de los derechos humanos tendrá su estrella orientadora, y podrá comparar lo que la positividad acusa sobre ellos—con lo que señalan aquellas exigencias de lo debido. Cualquiera sea la índole de tales exigencias, damos por cierto que ellas albergan un deber ser axiológico. Y así estamos en condiciones de clausurar este prolegómeno: la estimativa axiológica deviene indispensable para la dogmática constitucional de los derechos humanos.

5.- ¿Qué nos queda como saldo de la anterior introducción al tema?

Algo que aprendimos de Maritain y que traemos ya muy insistido en muchas de nuestras publica-

ciones: que desde diferentes posturas doctrinarias (a las que englobamos en la denominación de ideologías “especulativas”) es posible alcanzar la convergencia en una solución práctica o empírica (a la que llamamos ideología “práctica”). Es un ponerse de acuerdo en que debe haber unos derechos humanos suficientemente reconocidos, garantizados, promovidos y tutelados. Cada ideología especulativa dará “su” razón, su explicación y su fundamento, pero de ahí en más arrimará su consenso a la mencionada ideología práctica. Sobre la solución concreta que ésta logre, trabajará la dogmática constitucional de los derechos humanos.

Solamente quedará fuera del redil el positivismo voluntarista que, marginado de todo objetivismo, arraigará los derechos en la voluntad del estado, y no podrá evadir un relativismo y un subjetivismo desprovistos de toda racionalidad y de toda estimativa axiológica. Su eventual dogmática constitucional de los derechos carecerá, por ende, de raíz y de techo. Planeará al ras de la pura positividad.

Decir esto no es hacer apología ni militancia a favor del iusnaturalismo. Creemos, más bien, que es intuir y valorar en la persona humana una realidad más valiosa que el estado, que la sociedad, que la convivencia y, como corolario, captar en la democracia la única forma de organización político-jurídica capaz de reconocer sus derechos en un sistema de valores y de derechos acorde con la dignidad del ser humano.

II. IUSNATURALISMOS Y POSITIVISMOS. EL DERECHO NATURAL Y LOS DERECHOS HUMANOS.

6.- Ese eximio iuspublicista argentino que fue Juan Francisco Linares recientemente fallecido, fue rotundo en algunas afirmaciones con que emprendemos el inicio de este acápite. En su magna obra titulada “Razonabilidad de las leyes”, dejó escrito que “nada más exacto que la afirmación de Charmont, de que la escuela del derecho natural ha sido la fundadora del derecho constitucional”⁽²⁾. Poco antes ha dicho que “en verdad, el derecho natural ha sido el basamento y capitel del derecho positivo de los pueblos occidentales”⁽³⁾.

Para sosegar inquietudes, acotamos que sin necesidad de afirmar o de negar la existencia del derecho natural es posible entender las aseveraciones de Linares en el sentido de que ha sido la “creencia” en un derecho natural la que, como ideología especulativa, prestó un fundamento posible al derecho constitucio-

(2) LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes. Ed. Astrea, Bs. As., segunda edición, 1970, pág. 47.

(3) Loc. cit.

nal. Seguramente, es en la dogmática constitucional de los derechos humanos donde mejor puede radicar esa afirmación.

Desde allí, se expande al resto del derecho constitucional; por ejemplo, al derecho constitucional del poder en cuanto organiza un poder limitado, distribuido y controlado, y en cuanto para preservar la supremacía constitucional y los derechos personales estructura un sistema de control de constitucionalidad.

Es claro que si hoy el derecho natural pretende conservar su atractivo, no puede solazarse en un estancamiento que lo cristalice en enfoques medievales y de comienzos de la modernidad, cuando la filosofía de los derechos humanos no había sido descubierta, conocida ni elaborada. Sobre esto no discurriremos, pero valga adelantar que cualquier iusnaturalismo contemporáneo deberá asumir y absorber no solamente los aportes de iusfilosofías posteriores a las épocas antes citadas, sino los de todas las ciencias que -como la psicología y la sociología, por ejemplo- no habían aparecido todavía en aquellos tiempos⁽⁴⁾.

Por eso -y esto como acotación estrictamente personal- hemos indagado en el existencialismo, en Husserl, en Heidegger, en el tridimensionalismo de Recasens Siches y de Reale, en el trialismo de Goldschmidt, y en la egología de Cossio, para hacer sólo unas citas y así rejuvenecer y contemporaneizar nuestro iusnaturalismo.

Pero éste es sólo un recordatorio. Vamos a algo más útil.

7.- Pensamos que cuando se afronta el iusnaturalismo, sobre todo en y para sus relaciones con el derecho constitucional, se puede reclutar una serie bastante abundante de puntos polémicos, en los cuales tampoco los positivismos concuerdan íntegramente. Por eso, hemos de dejarlos de lado, no sin agrupar ejemplificativamente algunos de ellos⁽⁵⁾.

Así, el tema tan difícil de la distinción entre la moral y el derecho; el de que solamente el derecho positivo hace de objeto de la ciencia jurídica; el de la indemostrabilidad racional de la verdad o el error de un sistema ético o un sistema de valores; el de la actitud ética o valorativamente neutral del científico del derecho; el de si es o no es derecho un derecho injusto; el de

si la juridicidad del derecho positivo proviene de un derecho preexistente (¿natural?) o, a la inversa, si toda la juridicidad se concentra en la positividad; el de si todo el derecho positivo es siempre derecho estatal o si hay también positividad jurídica en derechos no estatales; el de si el derecho positivo, por ser tal, es siempre justo; el de si el derecho positivo es solamente un conjunto de normas, o algo más (como los tridimensionalismos, en el trialismo, y en la egología); el de si la coercibilidad o la coactividad son notas constitutivas y esenciales del derecho; el de si la validez del derecho positivo sólo se acredita con la práctica social; si es posible trazar un ideal de justicia universal y atemporal, o si es histórico, parcial y mudadizo; si ese mismo ideal -de cualquier clase que sea- es un ideal irracional, o a la inversa, si responde a razones; si la justicia de un determinado sistema jurídico depende solamente del método o de las reglas de juego para la adopción de decisiones, sin importar cuál sea el contenido de éstas, o si este contenido es también definitorio, etc.

Este listado de cuestiones que suscitan divergencias, no sólo entre iusnaturalismo y positivismo sino también muchas veces dentro de cada una de esas posturas ramificadas en posiciones diversas, ahora nos va a ser ajeno. Otro es el meollo de nuestra búsqueda.

Vocablos como dignidad humana, libertad, democracia, liberalismo, y tantos más, son usados y asumidos por iusnaturalistas y positivistas cuando discurren sobre los derechos humanos. Es verdad que el recurso lingüístico aparentemente común no es unívoco cuando se penetra en los conceptos a que aluden las palabras. Aun así, es viable hallar algún denominador común, por mínimo que sea.

Por ejemplo, podrán pluralizarse las ideas sobre la dignidad humana, pero no es fácil ni frecuente -al menos en las filosofías adictas a los derechos humanos -renunciar a la noción de que el ser humano tiene una dignidad intrínseca e innata tan sólo por ser lo que es: una persona. De ahí en más, bien que con multiplicidad de enfoques, comienza a gestarse el espectro de sus derechos fundamentales sobre cuyos contenidos concretos en cada uno también habrá diferencias, pero cuyos núcleos esenciales serán compartidos. Como

(4) No es ocioso recordar que cuando Alejandro Korn escribe sobre "Influencias filosóficas en la evolución nacional" con referencia a la Argentina (Colección Claridad, Bs. As., s/f) y analiza la escolástica, transcribe extensamente un párrafo de Menéndez y Pelayo tomado de su "Historia de las ideas estéticas", donde se lee su crítica a la escolástica que apoda decadente a partir del siglo XIV, y de la que extraemos que "no estaba el defecto de la escolástica en lo que enseñaba mal, sino en lo que dejaba de enseñar: no en sus doctrinas propias, sino en poner cotos al pensamiento para que nunca sospechase que podía haber nada más allá..." (Korn, Op. cit., pág. 68).

(5) Recomendamos ver, por ejemplo, el trabajo de: SQUELLA, Agustín. Positivismo jurídico y democracia (Instituto de Chile, Academia Chilena de Ciencias Sociales, Santiago de Chile, 1989), y el libro de NOVOA MONREAL, Eduardo. ¿Qué queda del derecho natural? (Depalma, Bs.As.; Benavides López, Santiago, 1967).

perímetro del plexo de derechos, la libertad que los rodea y acompaña recibirá asimismo adhesión.

Focalizado así el centro de gravedad, son muchos los que caracterizan como democrático al sistema político donde la solución empírica de la convivencia social coincide con las nociones apuntadas.



De nuevo, cada quien desembocará a esa solución con sus propias razones (ideología especulativa) y sus propios fundamentos (siempre afiliados a una filosofía de los derechos humanos), pero la garantía de la libertad y de los derechos sociológicamente efectivizada con eficacia aglutinará un esfuerzo mancomunado. Por detrás, alguna versión del liberalismo hará de eje también común.

8.- La definición del estado democrático, o del estado de justicia, aloja indudablemente la necesidad de que los derechos humanos -al menos los que se consideran fundamentales- cuenten con vigencia sociológica, estén o no estén consignados en una declaración normativa.

¿Por qué esto? ¿Por qué tal pretensión? Por que ha alcanzado nivel suficiente de consenso la convicción de que la persona humana "tiene" derechos por sí misma, que le deben ser reconocidos. No otorgados ni constituidos por gracia o dádiva de nadie. Tampoco del estado.

Si la persona "los tiene" ¿no será porque la naturaleza de la persona anida la exigencia valiosa de que se le reconozcan y protejan?, ¿también de que se le vuelvan accesibles, disponibles?, ¿o de que se le promuevan?

Sabemos bien que inocular la palabra y el concepto de naturaleza, así sea la del hombre, es polémico, pues no en vano el derecho natural se adjetiva en alusión a la naturaleza, al orden natural, o cosa semejante. Y entonces aparece otra vez la discordia iusfilosófica. Algunos hasta predicarán que el hombre no tiene naturaleza, sino historia. Ello exige, sin renunciamento a las convicciones personales, la búsqueda de los puntos de contacto.

Precisamente por eso habíamos hecho antes algunas referencias a lo que, latamente, puede rotularse como objetivismo, con toda su pluralidad de fundamentaciones en favor de los derechos.

También por idéntica razón habíamos anticipado que, al día de hoy, ningún iusnaturalismo se hace potable si no atempera rigideces mediante el empalme con iusfilosofías posteriores al medioevo y a la modernidad, y con ciencias descubiertas después de dichas épocas.

No en vano Werner Goldschmidt, en su filosofía trialista, identificó al viejo y clásico derecho natural con el valor justicia. El valor justicia, y algunos otros que se pueden integrar subordinadamente en dignidad axiológica al plexo de valores jurídico-políticos, suscitan menos reacciones y discrepancias, aun cuando se los relativice, y hasta cuando se niegue la posibilidad de conocerlos racionalmente.

El empeño se endereza ahora, más que a encontrar una base que presta fundamento a los derechos, a coincidir en la necesidad de protegerlos, y en esto tiene razón Bobbio cuando opina que una prueba bastante de la importancia que actualmente tiene esa protección, está dada por el hecho de que los estados se aúnan en torno a declaraciones universales y a tratados internacionales que definen, proclaman y reconocen los derechos humanos. Se nos filtra por aquí el novísimo derecho internacional de los derechos humanos.

9.- ¿No es verdad, entonces, que ha habido y sigue habiendo un desarrollo histórico de los derechos del hombre? ¿No es verdad simultánea y paralela la de que la ciencia de los derechos humanos, la filosofía de los derechos humanos, y el derecho (interno e internacional) de los derechos humanos son fenómenos históricos, porque han aparecido y han cobrado curso y despliegue en un determinado tiempo histórico, en una también determinada situación circunstancial, que reconocen un "antes", un "después", y una serie de valoraciones sociales, de pretensiones colectivas, de demandas y requerimientos que tienen su cronología?

Por más iusnaturalista que se sea, tales datos parecen irrefutables; ni la ley natural ciceroniana, ni las filosofías agustiniana, tomista y escolástica, discurrieron sobre los derechos humanos como lo hace la filosofía contemporánea.

Ello quiere decir que aun los más acendrados iusnaturalismos pretéritos no alcanzaron a descubrir, a develar, a aprehender los derechos humanos, por más que hayan acopiado muchos antecedentes favorables para las ulteriores elaboraciones iusfilosóficas. Y en la más rancia tradición escolástica se acuñó el principio de que el derecho natural no disminuye por sustracción pero crece por adición. Se acoplarán luego las versiones de un derecho natural de contenido progresivo, y hasta variable, todo lo cual confirma la historicidad del conocimiento y de la elaboración doctrinal de los derechos humanos, tanto como de su praxis. No es errado, por ende, hablar de una fenomenización histórica de los derechos, que abarca tanto su conocimiento cuanto su declaración normativa y su realización práctica.

Se le aproxima mucho, muchísimo, la afirmación más cercana de Dilthey -asumida y empleada por muchos iusnaturalistas actuales- de que el valor es valor para un espíritu, o sea (en el mundo) para el hombre; y la de Francisco Romero, de que el valor no es histórico, pero sí es histórico si ingresa a una comunidad.

La sicología y la sociología -ya citadas antes así como la antropología, la politología, y hasta la ciencia del derecho, han arrimado en interdisciplinariedad con la teoría de los valores y las nuevas filosofías, su caudal de conocimientos para la fecundación de los derechos humanos en el devenir histórico postmoderno, que es decir contemporáneo.

¿Quién replicará que no ha sido el constitucionalismo moderno o clásico el que introdujo el derecho de los derechos humanos en el derecho interno? ¿Y quién desde mitad de este siglo XX no se ha consolidado y fortalecido con el derecho internacional de los derechos humanos?

A título personal decimos que ha perdido crédito el racionalismo y el normativismo a ultranza, para conquistar el realismo jurídico que atiende más a las conductas que a las normas; que ha declinado la afición a deducir de principios abstractos del derecho natural las concreciones positivas, buscando más bien la intersección con la realidad y con la historia. Scheler, Hartmann, y los ya nombrados Dilthey, Husserl y Heidegger, obligan a revisar tradicionales elucubraciones filosóficas para "aggiornarlas". El intelectualismo abstracto y el dogmatismo filosófico no son confiables, como tampoco lo es el arquetipo ideologizado de "el hombre" y "el ciudadano" del revolucionarismo francés dieciochesco, que han cedido su pase al hombre "situado" de Burdeau, al "yo soy yo y mi circunstancia" de Ortega.

10.- Con ser la vigencia sociológica de los derechos el problema crucial para la política y el derecho constitucional, la ciencia del derecho que incluye dentro de su

objeto cognoscitivo a los derechos, recuesta a los mismos en una filosofía de los derechos humanos. Esto volvemos a repetirlo con insistencia. En esa filosofía, el tema del fundamento de los derechos ocupa un lugar preponderante que ni los iusfilósofos ni los científicos del derecho han de despreciar ni desperdiciar por el hecho de que, en cuanto a solución empírica o ideología práctica, lo que interesa es que los derechos obtengan reconocimiento, defensa, garantías y promoción.

Las opciones personales no deben disimularse ni ocultarse, mientras dispongan de capacidad para no entorpecer ni frustrar el consenso general que converge a la mentada solución empírica que mira a la efectividad de los derechos en el funcionamiento del sistema político.

Por eso vale reiterar que hemos tomado partido por el iusnaturalismo remozado a tenor de la filosofía de los valores y, principalmente, del trialismo de Goldschmidt.

Lo que puede arrimar ese iusnaturalismo al tema de los derechos nos parece que tiene mucha riqueza. Insertar a la persona, a su convivencia, a la sociedad, al régimen político-constitucional, en el cuadrante de un orden o derecho natural, es tanto como admitir que el deber ser ideal del valor proyecta hacia la existencia del hombre en el mundo -también en el mundo jurídico-político- la valencia y la exigencia propias del valor para impeler a su encarnadura en las conductas humanas con signo positivo, en cuanto esas conductas componen la trama de la realidad que podemos rotular como derecho o como mundo jurídico.

El sentido direccional del valor hacia el hombre, y la capacidad racional de éste para descubrirlo, conocerlo y realizarlo, sirven para orientar la praxis y para valorar si ella se adecúa o no a aquel deber ser ideal.

Nada nos parece mejor que rescatar la noción de que el hombre, todo hombre, todos los hombres, tienen naturaleza, "su" naturaleza, la naturaleza humana común que a todos los hace ser personas. Y personas con dignidad que, por inherencia a esa misma naturaleza, a su fin, a su innata predisposición y necesidad de convivir y de organizar políticamente ese ayuntamiento comunitario, están investidas de derechos fundamentales -los famosos derechos humanos de hoy-. Es el deber ser ideal del valor, con toda su objetividad trascendente, el que exige que en el mundo jurídico-político tales derechos le sean reconocidos a la persona humana, porque le son debidos de acuerdo a su naturaleza, y porque toda otra realidad temporal distinta de la misma persona es una proyección de ella, es un trascender de ella, desde su ser, hacia "lo otro" y en el campo constitucional, hacia la convivencia societaria organizada. El carácter servicial instrumental

y auxiliar del Estado y del Derecho y hasta el famoso bien común público- provienen de ese dato antes afirmado: la persona humana, desprovista por sí sola de suficiencia para satisfacer sus necesidades y para desarrollarse proyectivamente desde el "ser que es" hasta el "ser que debe ser", requiere abastecer esas necesidades en el "vivir con" otros (sociedad) y en la organización del grupo (estado), de forma que debe instalarse en la comunidad política y en el mundo jurídico de un modo compatible con su dignidad. Es allí donde se afinca la naturalidad de sus derechos y de su libertad jurídica, porque el deber ser ideal valente y exigente del valor, demanda que tales derechos le sean reconocidos, tutelados y promovidos en la positividad. Y positividad no es normatividad pura, sino realidad efectiva de conductas valiosas con signo positivo, que ponga a los derechos en disponibilidad concreta de acceso, ejercicio y disfrute para cada hombre y para todos los hombres.

Si retomamos una expresión clásica, ese mismo deber ideal del valor puede ser analogado con "lo justo natural". Pero aquí "natural" cobra la acepción antes referida naturaleza humana conectada con la historicidad. No es que el valor se relativice con un cambio histórico en su deber ser ideal, es que el valor ofrece y exige en cada situación temporal e histórica, lo que las fluctuaciones de igual índole requieren para que la naturaleza humana esté en condiciones aptas de desarrollo en la vida biográfica y en la existencialidad singular de cada hombre. Ni la naturaleza ni la esencia humanas son mudadizas, porque si lo fueran no serían inalterables, y el hombre dejaría de ser hombre para pasar a ser otro ser; lo que cambia es lo concreto, que sufre alteraciones sin que el hombre extravíe su identidad, y eso concreto es la vida humana y su convivencia, porque al hombre le pasa y acontece ser mundano y ser histórico. Es fácil, entonces, asimilar la idea de que la naturaleza humana está, existe y se individualiza en cada hombre en función y razón de su necesario contacto con el mundo, con el tiempo, con la circunstancia.

El derecho natural, o el valor en su deber ser ideal, asume y engloba soluciones y exigencias "naturalmente" diversas, mudadizas y progresivas para los distintos contactos con la realidad. Una vez que apareció la imprenta y que aparecieron los medios de comunicación masiva, la libertad de expresión a través de la prensa y de esos medios distintos a la prensa alcanzó nuevas formas de ejercicio, y desde entonces es "natural" que el contenido de la libertad de expresión se tenga en cuenta la existencia de esos nuevos medios y la posibilidad de disponer de ellos para expresarse libremente; de ahí que la libertad de expresión albergue ahora a la de buscar, recibir y transmitir información, y la de comunicación social. Cuando -en otro ejemplo- la amenaza ecológica en dimensiones variables perturba

y perjudica la vida de los hombres, se llega a comprender que ellos tienen derecho a la preservación del ambiente, que no se limita sólo a la atmósfera, al aire, al agua, sino que se extiende a la flora y la fauna, y hasta al patrimonio artístico, cultural e histórico. Así cabría multiplicar otros ejemplos.

Es bueno retroceder a la noción clásica de que el derecho natural exige su positivización y tiende a ella. Es lo mismo que decir que el deber ser ideal tiene sentido direccional hacia los hombres y exige desde su valencia instrínseca que las conductas humanas lo realicen de la mejor manera posible con signo positivo. Dicho de otra manera, el derecho natural precisa ser completado y especificado en la positividad, hasta tal grado que en el iusnaturalismo católico se ha desdoblado al derecho natural en primario y secundario, en enfoques equivalentes; se ha enseñado que sólo proporciona los principios primarios y generales. Y es entonces la positividad la que los adapta y aplica a las situaciones históricas cambiadizas, sin que la naturalidad se esfume, pero conectándose con la tantas veces mencionada historicidad.

"... es iusnaturalista toda posición que, en materia de derechos humanos, niega que éstos sean "lo que el estado dice que son y cuáles son" (...) "lo que son y cuáles son" los derechos humanos no depende de la voluntad del estado"

Las soluciones están potencialmente propuestas en el derecho natural, o deber ser ideal del valor, precisamente para ser alcanzadas y para resolver con justicia la singularidad de las situaciones históricamente diferentes. La formación histórica de la solución específica que cada una requiere liba en el derecho natural o deber ser ideal del valor, siempre enderezada al proyecto perfectivo del hombre históricamente situado y a lo que le es debido al hombre en cuanto persona en cada circunstancia.

Cuando se da por verdad empíricamente verificable que el modo de ser y de vivir de los hombres atraviesa etapas y cambios históricos, se sabe bien que

no es lo mismo el hombre del siglo XV que el hombre finisecular próximo al tercer milenio, y que aun en la contemporaneidad no es lo mismo el hombre en la sociedad china, en India, en Argentina, o en Guatemala -por ejemplo-. La "naturalidad" de las situaciones y soluciones no se pierde por el hecho de que la conformidad con la naturaleza humana quede provocada en razón del contacto de esa misma naturaleza con tal o cual circunstancia histórica. El marco y el cúmulo de las necesidades humanas y de las cosas que pueden satisfacerlas se explayan y ensanchan, y por eso la progresividad y maximización de los derechos -indudablemente vinculados a necesidades humanas bien concretas y particulares- es una posibilidad asumida y exigida por el derecho natural o el deber ser ideal del valor.

“Ontológicamente no hay derecho si del lado de uno o más sujetos pasivos no existe una o más obligaciones. Y éstas existen porque hay derechos. No a la inversa”

11.- Por supuesto que no todas las posturas que antes habíamos englobado con el nombre y el concepto de objetivismo suscribirían íntegramente cada una de las afirmaciones personales que hemos venido proponiendo; pero tampoco les resultarían repulsivas en su último sustrato, que tiene de común con los otros objetivismos no autoproclamados como iusnaturalistas, el colocar a la persona humana, a su libertad y a sus derechos fuera de la absoluta discrecionalidad del estado, en un ámbito que tiene mucho que ver con lo que es el ser humano, con lo que es su vida, su convivencia, la sociedad, y la propia organización política.

Nadie dudará que el derecho constitucional es el primer campo de aterrizaje del valor o del derecho natural, y que toda positividad empieza en el derecho constitucional y arranca de él para desplegarse en los demás sectores del mundo jurídico-político. Y si de vivir como persona se trata, con dignidad, libertad y derechos, ese mismo derecho constitucional debe dar alojamiento propicio a los derechos humanos -con o sin

declaraciones normativas- mediante la valencia con signo positivo de las conductas humanas.

Estimamos que, aun siendo solamente balbuces, las nociones precedentes dejan abastecida la relación del derecho constitucional con el derecho natural y su convergencia directa a la dogmática de los derechos humanos, que no puede ser cualquiera, sino una que enraíze en una filosofía de los derechos humanos. El iusnaturalismo embebido de la teoría de los valores es una buena filosofía de los derechos humanos, y por eso hemos anclado en ella para discurrir mejor en el terreno de la dogmática constitucional de los derechos del hombre.

III. LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA VALORATIVA.

12.- Para hablar de los derechos en serio -como lo sugiere Dworkin en su clásico libro así intitulado- vamos a obviar una cuestión semántica que juzgamos estéril; es el vituperio o la crítica a la denominación "derechos humanos", que es acusada por el adjetivo -tal vez sobrante o redundante- porque alude al hombre. Si vamos a perder el tiempo en eso para menospreciar a los derechos humanos, también las denominaciones anteriores habrían sido superfluas, o acaso equivocadas. Derechos subjetivos (de un sujeto), derechos individuales, derechos del hombre, derechos de la persona humana, etc., han sido expresiones que siempre necesitaron titularizar semánticamente a los derechos en alguien. Y ese alguien ha sido y sigue siendo el hombre.

El derecho -en singular, como sinónimo de mundo jurídico- y los derechos -en plural- son realidades afinadas en la vida humana compartida, en eso que llamamos convivencia y sociedad (*ubi societas ibi ius*), y estamos persuadidos de que solamente el ser humano es sociable, de que solamente el hombre convive (con otros hombres, porque con otras cosas únicamente coexiste), y de que los romanticismos que aluden a derechos del animal -por ejemplo- podrán ser muy sensibles pero nada tienen de rigor filosófico y científico. Solamente las conductas humanas son jurídicas, solamente el hombre protagoniza al fenómeno jurídico, solamente en el marco de lo humano tiene sentido hablar de derecho. Ni siquiera Dios en su excelsitud tiene derecho, ni tampoco los ángeles; tan sólo el hombre. Y el hombre, porque hay y existen muchos hombres, porque hay convivencia, porque hay sociedad, porque hay estado, porque hay intersubjetividad de conductas compartidas en ese "vivir con otros" hombres.

Fenómeno social, fenómeno político es el derecho, y son los derechos -en plural-; esos que ahora

apodamos derechos humanos. Son derechos subjetivos, porque el hombre es un sujeto, es su titular. No nos interesa demasiado cómo se los adjetive o rotule. Hay que asumir el uso lingüístico contemporáneo, porque como uso tiene vigencia social. Es el modo de hablar y de entenderse hoy.

No en vano los tratados internacionales de derechos humanos reconocen a ser humano (todo hombre es persona, todo hombre tiene derecho a la personalidad jurídica). Subyace la enseñanza aristotélica del ser sustancial. Todo lo demás -asociaciones, grupos, entidades, etc.- existe porque hay hombres, se forma con hombres, es para los hombres y subsiste por los hombres. Incluso esa realidad (accidental) que es el estado.

Todo derecho está constituido por causa del hombre: *omnes ius hominum causa constitutum est*, decían los romanos.

Arraigar el derecho o el fenómeno jurídico en el mismo ser del hombre tiene connotaciones no sólo teóricas -de buena iusfilosofía, para nosotros- sino muy prácticas.

En efecto, pensamos que una buena dogmática constitucional de los derechos humanos ha de partir de una aseveración simple, pero profunda: hay derechos y el hombre tiene derechos porque hay muchos hombres que conviven o, en otros términos, los derechos humanos son derechos del hombre "en sociedad". Quiere decir que los de "un" hombre y de "cada" hombre son iguales también a los de cada uno de "los otros" y a los de "todos".

¿Qué impresión deja la paralela afirmación de que, por ser así, los derechos humanos son ontológicamente "limitados" y, como consecuencia, también susceptibles de "limitaciones" razonables? Limitados y limitables. Es muy buena la noción para que en el tejido entramado de las conductas compartidas se predique y acepte la llamada relatividad de los derechos.

Que son relativos -y no absolutos- quiere decir que "los míos" (de cada uno) tienen que coordinarse solidariamente con los iguales de "los otros" (de cada uno y de todos), principio constitucional que con holgura deja espacio para que fecundice la teoría del abuso del derecho o, si se prefiere, del uso funcional y de la función social de los derechos. Hay que ejercerlos funcionalmente, y para que así sea, el Estado puede y debe, razonablemente, limitar ese ejercicio para que no sea abusivo sino solidario. No se puede ver ni mirar tal o cual derecho de N.N. sin estimar el visor a los iguales derechos de los demás.

Es, en suma, la vieja noción de la relación de alteridad entre el sujeto pasivo y el sujeto activo (titular) de los derechos, tanto como la coordinación también relacional de los diversos derechos de las diversas personas que comparten la convivencia.

13.- Acabamos de aludir a la relación de alteridad. Ese es el nudo que vincula al derecho del sujeto activo con la obligación que frente a él soporta el sujeto pasivo, y también a los derechos de diferentes sujetos activos cuando, en conflicto unos con otros, hay que conciliarlos -acudiendo, por ejemplo, a la teoría de la escala axiológica-.

Reciprocación a los derechos con las obligaciones es de fundamental trascendencia. Todo derecho subjetivo, y cada uno de ellos, se satisface con el cumplimiento de una obligación. Ontológicamente no hay derecho si del lado de uno o más sujetos pasivos no existe una o más obligaciones. Y éstas existen porque hay derechos. No a la inversa. La prioridad de los derechos respecto de las obligaciones creemos que tiene que ser rescatada y reafirmada. Así, el estado y los demás hombres tienen la obligación de no darme muerte, no lesionarme ni dañar mi salud, porque previamente yo tengo derecho a la vida y a la salud. La obligación es tributaria del derecho.

La dogmática constitucional necesita prestar mucha atención a las prestaciones obligacionales correlativas de derechos. Hay que hurgar muy bien en el contenido de cada derecho para ubicar debidamente al sujeto pasivo y a la obligación que como tal le incumbe. No parece incorrecto trasladar a las obligaciones constitucionales que son correlativas de los derechos humanos la tripartición iusprivatista: hay obligaciones de omisión (no hacer) y hay obligaciones de dar y de hacer. Hay derechos que se satisfacen mediante la sola abstención de impedimento o interferencia por parte del sujeto pasivo, y los hay que requieren que el sujeto pasivo haga o dé algo a favor del sujeto activo. La obligación de no matar es de abstención frente al derecho a la vida. La de pagar una remuneración justa al trabajador dependiente es de dar, y la de cumplir una prestación sanitaria a favor de quien tiene una relación jurídica con un profesional de la salud o con una entidad médica, es de hacer.

Esta tipología de las obligaciones frente a los derechos no siempre se reproduce y concreta en la realidad tal como la describimos teóricamente. Es cierto que en los clásicos derechos civiles las obligaciones correspondientes aparecían en el constitucionalismo moderno primerizo como obligaciones de omisión: el sujeto pasivo debía abstenerse de dañar el bien jurídico protegido, o de turbar o impedir que el titular del derecho lo ejerciera; debía dejarle expedito ese ejercicio.

Así fueron vistos, y así se los ve todavía, a derechos como el de profesar religión, trabajar, asociarse, reunirse, enseñar, circular, expresarse, contraer matrimonio, etc.

Pero a poco que se tomen en cuenta las transformaciones ocurridas en las valoraciones sociales, o

que se asuma el constitucionalismo social del siglo XX y que aparezcan los derechos sociales, irrumpen los retoques que, no por retoques, dejan de ser importantísimos. El derecho a la vida y a la salud -por ejemplo- sigue requiriendo que el sujeto pasivo lo respete absteniéndose de dañarlo; pero acumula en su contenido otras proyecciones que implican obligaciones de dar o de hacer, como ocurre no bien se acepta que un establecimiento industrial debe procesar los desechos en vez de arrojarlos a un curso de agua que con ellos se contamina y origina perjuicio a quienes han de utilizarlo, o a quienes sufren las emanaciones dañinas, o que un centro de salud estatal debe prestar atención a cuantos acuden a él.

Si tomamos en cuenta el derecho de trabajar, ya no es posible conformarse con el deber de omisión que pesa sobre el sujeto pasivo que tiene que dejar expedito el ejercicio de tal derecho a favor del titular, porque la relación laboral ha incorporado nuevos contenidos: el derecho a la retribución justa, al descanso, a condiciones dignas de trabajo, etc., todo lo cual no se satisface con abstenciones sino con débitos positivos que implican conductas de dar y de hacer en el sujeto pasivo.

A medida que el constitucionalismo fue abandonado el modelo clásico del estado abstencionista que, en materia de derechos, limitaba sus conductas como sujeto pasivo a no violar esos derechos y a no turbar su libre ejercicio y disponibilidad por el titular, hemos accedido a una etapa en la que las prestaciones obligacionales positivas (dar o hacer) han ido cobrando auge. Y no sólo para gravar con ellas al estado, sino también a los particulares.

En suma, una vez que se efectúa la división de las obligaciones en obligaciones de omisión, obligaciones de dar, y obligaciones de hacer, y que se procura detectar cuál de ellas le corresponde en cada uno de los derechos al correspondiente sujeto pasivo que tiene un débito a cumplir frente al sujeto activo, hay que tener precaución con lo que advertíamos al comenzar el tratamiento de las obligaciones: hay derechos que, en determinados casos, no se satisfacen con el cumplimiento de una única obligación, sino que exigen más de una. A la de omisión -habitualmente vista como recíproca de los derechos civiles- se suma muchas veces otra obligación de dar o de hacer.

Además, esa pluralidad obligacional acumulada no siempre grava al mismo sujeto pasivo, porque éste también puede ser múltiple. Así, la libertad o el derecho de trabajar obliga a varios sujetos pasivos (el estado y los particulares) a no impedir la elección y el desarrollo de la actividad propia del titular del derecho; pero si la relación laboral es dependiente, el empleador es asimismo otro sujeto pasivo, que tiene a su cargo

prestaciones de dar y de hacer, a las que ya hicimos referencia unos párrafos antes.

Pues bien, nos hemos detenido en las obligaciones para destacar que en la dogmática constitucional de los derechos es imposible descuidar su estudio, ya que ningún derecho se hace efectivo si la o las obligaciones que le son recíprocas no se satisfacen debidamente. Por ende, importa cuáles son en cada caso, y quiénes los que tienen que asumirlas y cumplirlas. De lo contrario, la respectiva responsabilidad por su incumplimiento, y las garantías para impedir o reparar su violación, carecen de marco propio para ser analizadas.

14.- Pero no concluye aquí el espectro de cuestiones vinculadas con las obligaciones. Como mínimo, queremos proponer otras dos. Una es la referente a la actividad lícita del estado que vulnera derechos; otra es la figura de la omisión inconstitucional.

En cuanto a la actividad lícita o legítima del estado, se ha difundido la muy acertada tesis que obliga a resarcir los perjuicios que causa a derechos adquiridos o a derechos personales. Y no hay más que echar mano del clásico instituto de la expropiación para darse cuenta de que, mediante causa suficiente de utilidad pública, el estado que expropia uno o varios bienes cumple una actividad lícita; pero la privación de la propiedad exige indemnización justa a favor del expropiado.

El otro tema es el de las omisiones inconstitucionales. Acá el sustantivo omisión no apunta a la obligación de abstención que encontrábamos entre los débitos correlativos a derechos. Acá significa algo distinto. Alude al no cumplimiento de una obligación de dar o de hacer, o a la mora y el ocio en que se incurre cuando determinados derechos quedan bloqueados en su acceso o en su disfrute porque el estado no actúa, sea porque no emite las normas reglamentarias necesarias, sea porque no crea la infraestructura o los servicios que permitan abastecer a los derechos.

Ejemplos sucintos pueden ser éstos. Una norma constitucional reconoce un derecho de forma programática, como en la fórmula que aproximadamente puede enunciar que la ley reglamentará el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de la empresa; si la norma reglamentaria que permita dar funcionamiento y aplicación a la norma constitucional programática no es dictada, o se demora irrazonablemente, la omisión en que incurre el estado es inconstitucional. La inconstitucionalidad por omisión aparece no bien nos percatamos que cuando se deja de hacer lo que la constitución manda, la constitución sufre violación, al igual que cuando se hace lo que ella prohíbe.

Si el estado no crea y pone en funcionamiento los servicios necesarios para que las personas accedan

a su educación, o a su atención sanitaria, las respectivas omisiones son también inconstitucionales. Esto nos advierte que la omisión inconstitucional se consuma no solamente cuando no se dictan las normas que complementan a las programáticas (porque hay casos en que el ejercicio de un derecho no queda disponible con la sola sanción de normas) sino también cuando no existe la infraestructura de servicios para que las prestaciones obligacionales satisfagan a los derechos (por ejemplo, inexistencia de establecimientos educativos para ejercer el derecho de aprender, o de organismos de la seguridad social para el derecho a la jubilación y la pensión, o de centros sanitarios para el derecho a la salud).

Es indispensable que las omisiones inconstitucionales lesivas de derechos hallen vías que, o bien impelan a cumplir la obligación omitida o postergada, o subsidiariamente obliguen al estado a reparar pecuniariamente la omisión en beneficio de quien, por causa de la misma omisión, no puede acceder al goce de un derecho.

Que el tema es de primer orden, no nos cabe duda. Fijémonos en la importancia que actualmente ha cobrado el daño al medio ambiente, no sólo cuando éste se contamina o se deteriora, sino a la vez cuando no se lo preserva. Tala de bosques, exterminio de la fauna, emanación de gases y humos, lanzamiento de efluentes a los cursos de agua, y cosas parecidas, requieren más de medidas precautorias que de sanciones ulteriores a quienes son autores de tales conductas perjudiciales al derecho de las personas a un ambiente y un ecosistema sano y equilibrado. Tales medidas tienen como primer responsable al estado, que cuando no evita las conductas dañinas, ha de ser compelido a adoptarlas aceleradamente. Y es fácil, sí no lo hace, imputarle omisión inconstitucional.

Todo esto tiene un presupuesto: el control de constitucionalidad debe flexibilizarse y activarse para recaer también, tal vez fuera de moldes clásicos, en la omisión inconstitucional, como por ejemplo lo hallamos en la novísima constitución de la provincia de Río Negro (Argentina).

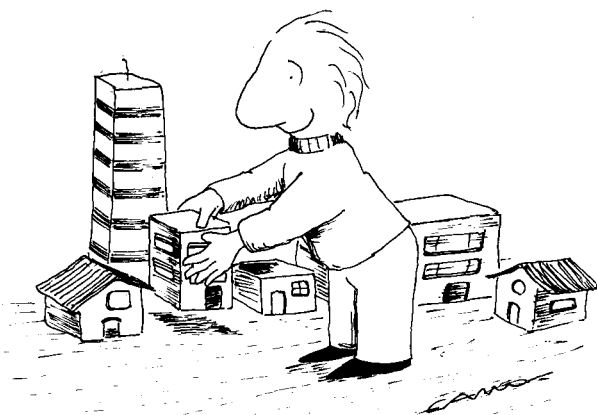
15.- De algún modo nos hemos deslizado casi sin darnos cuenta a un tema de gran afinidad, cual es el de los intereses difusos o colectivos. Son intereses que pertenecen difusamente a un conjunto de personas. Ese conjunto o grupo es indeterminado, de ahí que quepa hablar de intereses de "pertenencia difusa" porque, más que ser difusos los intereses mismos, es difusa la titularidad compartida de ellos.

Los ejemplos son varios: los intereses de los consumidores, los de una sociedad que se ve afectada por la deforestación o el aniquilamiento de especies animales, los de cuantos padecen la contaminación de un río o incluso del mar, los de los usuarios de un

servicio público si no se presta o si tiene deficiencias (luz, agua, teléfonos, gas, etc.), y así sucesivamente, hasta alcanzar al patrimonio histórico o artístico.

En muchos casos la afectación o el daño a determinados intereses difusos también repercute en derechos individuales clásicos, como es la hipótesis de la contaminación del agua o del aire que compromete en cada persona y en muchas su derecho a la salud, y hasta su derecho a la vida según sea la gravedad del perjuicio.

Sea esto más que suficiente para conferir a los intereses difusos un nivel adecuado dentro de los derechos humanos y, sobre todo, para habilitar vías de tutela que sean eficaces y rápidas.



16.- Quizá esta incursión en los intereses difusos nos percate de que en la dogmática constitucional de los derechos hay que dejar un espacio más que hospitalario y holgado para que los derechos no se agoten ni reduzcan a un listado enumerado y explícito en las declaraciones que los formulan. Desde hace un tiempo venimos dándonos cuenta de que el rubro habitualmente apodado de los "derechos implícitos" abriga una enorme riqueza, sobre todo cuando a tono con la progresividad y la maximización de los derechos humanos (de lo que da testimonio el derecho internacional) y con la ya desarrollada historicidad de los mismos (que va incorporando nuevas necesidades y pretensiones) nos volvemos adictos a optimizar el sistema de derechos.

Todo reduccionismo en este ámbito es malo. Hay que saber hurgar y profundizar en el sistema de valores que impregna a la constitución, así como en el de sus principios generales y, particularmente, en el

derecho internacional de los derechos humanos, para disipar cualquier egoísmo que, aferrado a un normativismo exhausto, no admita más derechos que los que constan expresamente en fórmulas normativas. Muchísimas veces lo implícito, lo que queda en silencio en una constitución, es tan o más importante que lo que aparece en su letra. Es que, en verdad, a toda constitución hay que saberle indagar valorativamente su espíritu, su filosofía política, su ideología, su sistema de valores y de creencias, y desde ese techo ideológico (como la llamaría Pablo Lucas Verdú) derivar aplicaciones y consecuencias.

Un solo ejemplo nos daría la razón. El derecho a la identidad personal, con todas las derivaciones aplicativas que -por ejemplo- le ha dado la jurisprudencia italiana y la obra de Fernández Sessarego, aparecida en Buenos Aires en 1992 amplía y actualiza contenidos que se vinculan al derecho a la intimidad y privacidad pero que, en algunos aspectos, lo trascienden. El habeas data, en relación con la informatización de los datos personales, también cobra relevancia. Y así podríamos alargar las citas por demás elocuentes.

Acude en nuestra ayuda el mismo derecho internacional de los derechos humanos tantas veces aludido. Cuando tratados sobre derechos humanos se hacen cargo de los derechos implícitos, advertimos un fenómeno muy original: el derecho internacional no sólo es fuente del derecho interno sino que, en materia de derechos, asume y depara protección a los que surgen de fuentes distintas de cada tratado y, entre ella, de la constitución y las leyes de cada estado que se hace parte en el tratado. Bien cabe decir, entonces, que aquí nos hallamos ante el derecho interno acogido como fuente del derecho internacional de los derechos humanos, cada vez que resulta más amplio o generoso que un tratado determinado⁽⁶⁾. Es, de alguna forma, un recurso a una modalidad de lo implícito.

Todo este sesgo amplificador que apunta a la optimización del sistema de derechos se hace paralelo al crecimiento que éste exhibe a través de las tres generaciones de derechos. Ya no alcanzan los clásicos de la primera generación (civiles y políticos), porque se les han sumado los sociales de la segunda generación, y los de la tercera. Y ya explicamos cómo aun en los civiles se han producido ensanchamientos de las obligaciones recíprocas que, superando la de omisión de daño, agregan otras de dar o de hacer. En cuanto a los derechos políticos, se tiende a la participación democrática y a los procesos electorales legítimos, trascen-

diendo el original círculo del derecho electoral activo y pasivo.

Y ya que colacionamos los derechos políticos, creemos indispensable remarcar que con la prueba irrefutable del derecho internacional de los derechos humanos, los derechos políticos forman parte de los derechos humanos. Por ende, también de una sociedad y de un estado democráticos. Queremos enfatizarlo porque, personalmente, creíamos durante algún tiempo que puede existir democracia sin derechos políticos o, lo que es lo mismo, que la esencia de la democracia se constituye solamente en torno de los derechos civiles y de los derechos sociales. Nos hemos dado cuenta de que no es así, y de que si bien un sistema democrático no se satisface solamente con los derechos políticos y con el origen electoral de los gobernantes (porque precisa integrar su contenido con todo el restante plexo de derechos), tampoco es democrático si acaso hace efectivos los últimos, frustrando o burlando los derechos políticos.

Incluirlos en el sistema de derechos humanos surte consecuencias prácticas. Por de pronto, la de que los derechos políticos también requieren -a la par de los civiles y de los sociales- de disponibilidad de vías de acceso a la justicia. Esto es importante, y ofrece un horizonte donde paulatinamente es menester implantar o mejorar una jurisdicción electoral, abarcadora de las cuestiones relativas al derecho electoral y a los partidos políticos, a la que ciudadanos y partidos puedan acudir cada vez que consideren vulnerados sus derechos políticos.

17.- Acá puede asaltarnos un error, en el que ha incurrido a veces nuestra Corte Suprema en Argentina. Es imposible negar la legitimación procesal activa a las personas afectadas en un interés difuso que les atañe; debe reconocérseles esa legitimación para promover acciones judiciales, tanto si accionan individualmente como si lo hacen colectivamente. Además, conviene que tomen curso las denominadas acciones "de clase". Es estéril alegar en contra que cada uno o varios de los que sufren riesgo o daño en sus intereses de pertenencia difusa carecen de un derecho o un interés propio, concreto y singular que sea diferente al de todos los otros que forman parte del grupo afectado. Eso, y decir que un derecho o un interés que pertenece a un conjunto no es de cada uno en su porción personal, equivale a sostener que por ser de todos o de muchos no es de nadie ni de ninguno.

Por eso habíamos anticipado que es menester

(6) Ver, por ejemplo: PIZAR, Rodolfo E. y TREJOS, Gerardo. Derecho Internacional de los derechos humanos: la Convención Americana, Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1989, pág. 107.

incorporar los intereses difusos al elenco de los derechos humanos y brindarles vías hábiles y útiles de acceso a la justicia. La legitimación procesal activa se vuelve, para ello, indispensable, y no asumirlo representa un atraso y un reduccionismo en la defensa y el amparo de los derechos.

18.- De a poco vamos penetrando en un rico temario que le corresponde desarrollar a la dogmática constitucional de los derechos. Ha sido común anexar el problema de las garantías tutelares, sea que se las entienda en sentido amplio (dentro del cual la misma constitución suprema, el control de constitucionalidad, la división de poderes, etc., caen dentro del rubro garantista) sea que se llegue al sentido más estricto (como en el caso de las acciones de amparo de habeas corpus).

Se intercala así la jurisdicción constitucional -mucho mejor si, con Mauro Cappelletti, se la bautiza como jurisdicción constitucional de la libertad-, los procesos constitucionales, y el novísimo derecho procesal constitucional (o constitucional procesal). Todo ello tiende a deparar medios y vías para resolver las cuestiones constitucionales, entre las que -no nos cabe duda- la defensa de los derechos humanos reviste trascendencia institucional de alto nivel.

Pero si frenamos aquí el itinerario es probable que la tésis de la jurisdicción constitucional se frustre. En verdad, si se institucionalizan vías tutelares, alguien tiene que disponer de aptitud y capacidad para impelerlas y recorrerlas. Se trata de la "llave" de acceso al proceso, y poder accionar esa llave implica investir legitimación procesal, tanto para promover el proceso como para participar en él y para articular toda pretensión de rango constitucional referida a derechos e intereses.

De ahí que desde hace poco tiempo hayamos otorgado capital importancia dentro del estudio de los derechos humanos al tema de la legitimación procesal. Quien no ve reconocida su legitimación queda desprovisto de la "llave" para postular sus derechos ante los órganos judiciales competentes, lo que es igual a quedar desguarnecido para su defensa.

De modo que el problema de la legitimación procesal es práctico, y no puede limitarse al derecho procesal en exclusiva, porque no puede resolverse de cualquier manera y al puro arbitrio del legislador que dicta las normas procesales. Es así en cuanto, por más que el derecho procesal sea aquí -como en tantos otros casos- un auxilio valiosísimo, tiene que anclarse en el derecho constitucional. Cuando en este último abrimos el abanico de los derechos humanos, el derecho procesal no puede cerrarlo mediante negación irrazonable de la legitimación procesal.

Y cuando nos hallamos ante derechos o intereses compartidos -como en el caso de los derechos polí-

ticos y de los intereses difusos- no vale negar aquella legitimación a cada uno de cuantos los titularizan en común con otros o con los demás, porque de hacerlo se incurre en una verdadera privación de justicia, en cuanto se obtura el acceso a la justicia para la protección de la cuota-parte que cada uno titulariza. Si en el campo del derecho privado el condominio no deslegitima a cada copropietario, no advertimos por qué no se ha de aplicar idéntico temperamento en las situaciones a que venimos refiriéndonos.

El apuntado tema relevante de la legitimación procesal se anuda muy bien con una noción y un imperativo que ahora surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el sistema interamericano- por ejemplo- el Pacto de San José de Costa Rica exige una vía sencilla, rápida y efectiva para tutelar los derechos. Entre ellos, figuran también los derechos políticos. Resulta entonces bien claro que si aquellas vías tienen que existir, deben necesariamente quedar en disponibilidad de acceso y uso para quienes titularizan esos mismos derechos, lo cual requiere, indispensablemente, que tales titulares vean reconocida su legitimación procesal.

19.- A su vez, tan elemental principio se articula con otro que, en el derecho judicial argentino, cuenta con una pauta emanada de la Corte Suprema de Justicia: cualquiera sea el procedimiento mediante el cual se proponga a los jueces una cuestión justiciable, nadie puede sustraer al poder judicial la atribución y la obligación de hacer respetar la constitución y las garantías personales que ella reconoce.

La propuesta de una cuestión justiciable que versa sobre derechos personales necesita, a nuestro criterio, de varias cosas como mínimo: a) que no se estrangule el concepto de causa judicial a través de la tesis de las cuestiones políticas no justiciables, porque de ocurrir eso, tales cuestiones, no obstante comprometer derechos, se retraen al conocimiento y a la decisión de los jueces, con lo que ahora cabe decir que, por ende, se conspira contra la pauta de judiciabilidad que los tratados internacionales imponen al obligar a los estados parte a arbitrar la vía de acceso a la justicia; b) que se reconozca la legitimación procesal para abrir la llave del proceso judicial y de la recíproca cuestión justiciable; c) que ha de haber vías procesales idóneas, y que de no estar legisladas, los jueces deben arbitrarlas supliendo la omisión, como lo hizo la Corte argentina cuando en 1957-1958, admitió la acción y el juicio de amparo carentes de reglamentación legal, y acudió por analogía al procedimiento del habeas corpus.

Una traducción resumida de los anteriores principios podría aproximadamente formularse así: irroga privación o denegación de justicia la sustracción compulsiva a los jueces, o la declinación por parte de

éstos, de toda cuestión que, por comprometer derechos humanos, resulta justiciable y legítima procesalmente a sus titulares para provocar el consiguiente proceso judicial y alcanzar en él una decisión oportuna, útil, eficaz y justa.

20.- Hemos recorrido itinerarios en los que se nos ha interpuesto varias veces el derecho internacional de los derechos humanos. No es nuestro objeto profundizar en él, pero sí nos corresponde hacer una advertencia. Y a ella vamos.

Alguien puede creer erróneamente que la circunstancia bien halagüeña de que el derecho internacional haya dado un giro hacia los derechos humanos implica trasladar al derecho internacional una cuestión que, como la de los derechos del hombre, surgió y cobró auge en el derecho constitucional, que es derecho interno. Esto hay que clarificarlo muy bien, porque el aplauso al derecho internacional de los derechos humanos está lejos de significar que los derechos hayan dejado de pertenecer al área del derecho constitucional.

En efecto, bien que la persona humana es hoy reconocida como un sujeto del derecho internacional; bien que los derechos humanos han ingresado a él y a la jurisdicción internacional, hasta integrar los principios generales del derecho internacional y el *ius cogens*; bien que organismos y tribunales supraestatales den acceso a denuncias y quejas por violación a derechos reconocidos por tratados internacionales, etc.; lo que ese refuerzo subsidiario, que presta el derecho y la jurisdicción internacionales, pretende es que en el ámbito interno de cada estado -lo que es decir: en su derecho constitucional- los derechos se hagan efectivos y no padezcan transgresiones⁽⁷⁾.

Se nos presenta muy nítida la noción de que, lejos de haberse sustraído al derecho constitucional la cuestión capital de los derechos, lo que acontece es algo muy diferente: el problema de los derechos humanos se ha vuelto, desde el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos, un problema de jurisdicción compartida entre la interna de cada estado, y la internacional. Lo real es que tal problema ya no es visto ni tolerado como de jurisdicción reservada y exclusiva de cada estado, porque ningún estado lo puede resolver discrecionalmente a su arbitrio. Jurisdicción compartida entre la interna y la internacional asume el sentido de que la jurisdicción estatal interna -que es propia del derecho constitucional de cada estado- debe resolver el problema de los derechos humanos a favor de cuantas personas están bajo aquella misma jurisdic-

ción, en ajuste, adecuación y compatibilidad con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.

Este último, precisamente, aspira y tiende a que en cada estado, en el área de su derecho constitucional, los derechos obtengan el reconocimiento, la promoción, la tutela y la efectividad que imperativamente surgen del derecho internacional. Cada estado que se hace parte en él -especialmente mediante la incorporación de tratados a su derecho interno- asume la obligación interna e internacional de hacer efectivos los derechos en su jurisdicción. Y tal efectividad se alcanza -o se frustra- en el derecho constitucional.

De modo que podemos seguir tranquilos. Nada nos ha sido sustraído ni desplazado con pérdidas irreparables. Todo lo contrario: el derecho constitucional está llamado -exigido, con obligación interna e internacional- a lograr que los derechos que el derecho internacional ha incorporado a su área con jurisdicción compartida, alcancen vigencia sociológica en el derecho interno.

21.- ¿Cómo podemos esmerarnos para que esa fecundidad tenga éxito? El recetario se podría extender demasiado. Por eso, solamente nos detendremos en un punto.

Quizá quepa rotularlo como interpretación constitucional pero, de nuevo, el caudal de pautas se nos vuelve muy nutrido. Digamos únicamente que aquella interpretación, haciendo convergencia entre los derechos oriundos de la constitución y los emergentes del derecho internacional de los derechos humanos, debe ser elástica, amplia y generosa, de modo que cuando sea operada por el poder judicial se vea presidiada por un activismo judicial y un realismo jurídico encaminados a maximizar el sistema integral de los derechos.

Buena recomendación nos sugiere una trilogía que hemos aprendido de la doctrina española. Es útil descubrir en la constitución la triple acumulación de normas, de principios y de valores. No importa que la letra de la constitución no emplee tales vocablos. La interpretación ágil y activa antes mentada permite descubrir que la constitución es un complejo normativo compuesto de normas (desde el preámbulo, cuando lo hay, hasta el último artículo), de principios generales y de valores. Por este costado se asciende al ya citado techo ideológico, o sea, al conjunto de ideas, criterios y valoraciones, que forman el espíritu o la filosofía política de la constitución.

(7) "En buena medida, el derecho internacional protege al individuo por intermedio del estado que ejerce la competencia territorial". (Ibidem, pág. 43).

Después vendrá la discusión -que evitaremos ahora- acerca de si todo ese conglomerado inserto en la constitución se ordena en planos o escalas jerárquicamente diferentes entre sí, o si en cambio hay que situarlo dentro de un mismo y único nivel sin distinción de rangos subordinantes y subordinados. Seguramente, la solución práctica será propia de cada derecho interno y de la interpretación constitucional que en él se haga. Pero valga, al menos, recordar que ciertas tesis iusnaturalistas -por las que se asoma otra vez la relación entre derecho natural y derecho constitucional- pregonan que cuando un contenido de la constitución vulnera gravemente un principio de derecho natural, el apartamiento del parámetro iusnaturalista origina inconstitucionalidad en el contenido violatorio (para el derecho constitucional argentino, no hemos prestado asentimiento personal a tal propuesta porque creemos que, una vez que el derecho natural se ha plasmado en la constitución, no es posible ya -salvo el supuesto extremo de tiranía o totalitarismo- hacer declinar la supremacía de la constitución ante la supra positividad del derecho natural).

De todos modos, cuando una constitución democrática acoge un plexo de principios y de valores que coordina fielmente con el personalismo humanista, circula por todo el conjunto de la constitución un aire oxigenante que es propicio a los derechos humanos.

“La definición del estado democrático, o del estado de justicia, aloja indudablemente la necesidad de que los derechos humanos -al menos los que se consideran fundamentales- cuenten con vigencia sociológica, estén o no estén consignados en una declaración normativa”

Simultáneamente, se hace fácil comprender que la constitución se apoya en una filosofía de los derechos humanos de la que extrae la solución empírica (o ideología práctica) que incluye en el fin del estado al reconocimiento, la defensa y la promoción de los derechos.

22.- De novísima jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia inferimos razonamientos interpretativos muy valiosos. Entre ellos citamos solamente algunos: a) cada derecho tiene un núcleo esencial que es inalterable; conforme a esto, toda limitación razonable que se establezca para hacer fructificar la funcionalidad social de los derechos en solidaridad social, ha de preservar ese núcleo intangible; los derechos se pueden limitar, pero no frustrar, y tal es lo que en el constitucionalismo argentino predica la regla de la razonabilidad: cuando se altera el núcleo esencial de un derecho, se cae en arbitrariedad inconstitucional; b) la propia constitución posee también su núcleo, que está compuesto por los derechos fundamentales; c) hay un derecho fundamental a la protección inmediata y efectiva de esos derechos, lo que presupone la justiciabilidad ya anotada de las cuestiones referentes a derechos humanos; d) la supremacía de la constitución permite afirmar que todas las personas tienen un derecho fundamental a la integridad y a la supremacía constitucionales, idea que -de concretarse en la práctica- facilita una conclusión muy atractiva: si todas las personas y cada una de ellas inviste ese derecho a la integridad y la supremacía de la constitución, cada vez que esa supremacía se reputa violada, las personas ostentan legitimación procesal para accionar judicialmente a efectos de que se ejerza control de constitucionalidad sobre la presunta lesión a la constitución suprema, sea que se atribuya a una ley, a un reglamento, a un acto estatal de contenido particular, a actos de particulares, o a cualquier otra causa, y tanto si quien promueve el proceso judicial alega además padecer daño a un derecho propio que sea distinto al derecho a la integridad de la constitución, como si solamente alega que le ha sido violado este último; de tal manera, la sola conculcación de la constitución apareja lesión al derecho “personal” a que la constitución no padezca transgresiones y otorga legitimación de modo muy semejante al de una acción popular de inconstitucionalidad.

Dentro del clima benévolo para los derechos humanos, se nos hace sumamente valiosa otra pauta que, ejemplificativamente, proyectamos y generalizamos tomando como modelo a las constituciones de España y de Colombia; los derechos constitucionales se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos en que el estado se hace parte. Esta sintonización armoniza el derecho interno y el internacional, más allá o más acá de que cada constitución confiera o no prelación al derecho internacional de los derechos humanos por sobre todo el derecho interno, incluido el constitucional.

En posición de vanguardia, auspiciamos personalmente que esa prioridad quede estampada en una norma de la constitución pero, si así no fuera, al menos

habría que subordinar las normas infraconstitucionales -desde las leyes hacia planos inferiores a ellas- a los tratados internacionales.

Todas estas últimas referencias cobran energía en y para los estados que integran un sistema supraestatal en el que organismos y/o tribunales de esa naturaleza asumen jurisdicción para verificar violaciones ocurridas en jurisdicción interna respecto de los derechos humanos; un ejemplo elocuente nos lo brinda el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Buena orientación para los estados que la han incorporado a su derecho interno proviene de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos parámetros trazan un lineamiento aprovechable por los tribunales de dichos estados. Especialmente aludimos a la holgura con que hay que presumir que las normas del Pacto de San José son operativas y no programáticas, tema al que no nos vamos a internar para no exagerar la extensión de este ensayo.

23.- Nos resta, sin embargo, hacernos cargo de un aspecto arduo, que se vincula mucho con el ya abordado de las obligaciones constitucionales que dan reciprocidad -del lado del sujeto pasivo- a los derechos humanos.

Un balbuceo incipiente le dedicamos hace algunos años en nuestro pequeño libro "Las obligaciones en el derecho constitucional" (Ed. Ediar, Buenos Aires, 1987). Como resumen, nos cabe decir que ante derechos que frecuentemente son declarados tales -como el derecho "al" trabajo, "a" la alimentación, "a" la vivienda digna, "a" las prestaciones educacionales y sanitarias, etc., -un sano realismo jurídico comprende que no es posible -o al menos, no es nada fácil- que para satisfacer tales derechos se impute a un determinado sujeto pasivo (por ejemplo, el estado) la obligación personalizada de proveer directamente una prestación a cada persona necesitada de una actividad laboral, alimentación, indumentaria, vivienda, enseñanza, atención médica, etc.

El escollo es grave, porque si no hay "alguna" clase de obligación a cumplir frente a los derechos que venimos mencionando, hemos de renunciar a reconocerlos como derechos, porque cuando todo tipo de prestación obligacional está ausente, hay que compartir la noción de que, ontológicamente, lo que parece ser un derecho o se denomina derecho, no es tal.

¿Entonces? En la dogmática constitucional creemos haber encontrado una salida decorosa. Tal vez, porque frente a necesidades humanas tan primarias y elementales como las de trabajar, alimentarse, vestirse, habitar en una vivienda decorosa, recibir educación y atención a la salud, resultaría doloroso abdicar

del reconocimiento a los respectivos derechos: "derecho a" tal o cual cosa que abastezca aquellas mismas necesidades vitales.

Ello es así especialmente cuando ha cobrado curso en el constitucionalismo el plexo de los derechos sociales, entre los cuales figuran como derechos muchos de éstos a los que estamos aludiendo. Y es así también porque de poco o nada valdría que, al declararlos, las normas constitucionales los definieran como operativos (al modo como, por ejemplo, lo hizo la Constitución de la provincia de Salta en Argentina).

En efecto, ¿a quién demandará el cumplimiento de una obligación personalizada la persona desocupada que no encuentra empleo, o la que no puede proveerse por sí misma de alimento diario, de indumentaria suficiente, de vivienda, de enseñanza, de atención sanitaria? ¿Sería viable que el estado concediera obligadamente a esas personas lo que cada una de esas necesidades requiere, para poder admitir que el respectivo derecho queda abastecido?

La respuesta negativa parece brotar desde el realismo jurídico.

Pues bien, no estamos del todo perdidos.

Todos esos derechos ("a" tal cosa o "a" tal otra: trabajo, vivienda, alimento, vestido, etc.) son derechos "por analogado". ¿Qué quiere decir ello? Primero, que son derechos, con lo que salvamos algo. Segundo que, siéndolo, no son idénticos a los otros derechos que encuentran frente a sí, en correspondencia estrictamente personalizada entre el sujeto titular y el sujeto pasivo, un sujeto pasivo determinado (uno o múltiple) que tiene una obligación directa a cumplir a favor de cada titular.

¿Y donde está acá el sujeto pasivo, y qué obligación tiene?

Respondemos: en principio, ese sujeto pasivo es el estado. Pero no tiene una obligación que se personalice directamente frente a cada persona necesitada de trabajo, de alimento, de vivienda, de educación, de atención médica. Tiene una obligación frente a "todos" en conjunto, no frente a cada quien. La llamamos obligación "activamente universal".

Que es obligación, no hay duda. Salvamos algo más: hay una obligación que es recíproca a los derechos por analogía. La diferencia estriba en que esa obligación es "universal", porque existe frente a todos, y no frente a cada uno. Y el adverbio "activamente" cobra relieve porque apunta a esclarecer que no es una obligación consistente en omisiones o abstenciones (en "no hacer" algo violatorio o impeditivo de los derechos) sino en "hacer". ¿Qué es esto que "debe hacer" el estado como sujeto pasivo gravado con una obligación activamente universal?

Desplegar, desarrollar, ejecutar políticas de

bienestar en el vasto campo de las necesidades primarias de los hombres que se hallan en situación de hiposuficiencia, de marginalidad, de carencia. Políticas de empleo, políticas alimentarias, políticas habitacionales, políticas de educación y salud, etc.

Todas estas empresas convergen al clásico bien común público o bienestar general, que es difícil negar que venga a ser el fin del estado. Pues bien, los derechos por analogado, que encuentran en el estado al sujeto pasivo cargado con la referida obligación activamente universal, logran satisfacción cuando realmente se hace posible que, por el desarrollo de las mencionadas políticas de bienestar, cada persona necesitada participe en el bien común público, hallando mediante él la forma de colmar sus necesidades.

La noción doctrinaria -sea que se la comparta o no- es atractiva, y creemos que no peca de discordancias con las que son clásicas en la politología y la ciencia del derecho constitucional.

De ahí en más, subsiste un escollo: ¿cómo se impele al estado remiso en cumplir su obligación activamente universal, a que la asuma y la cumpla? ¿Cuál sería la vía procesal, cuál la legitimación procesal activa?

Que si no la cumple hay omisión inconstitucional, lo damos por cierto. Que toda omisión ofensiva de la constitución y de los derechos debe repararse, igualmente. El cómo, en cambio, se hace tortuoso. No estamos habituados, ni en la teoría ni en la práctica, a que cuando el estado no hace algo que constitucionalmente debe hacer, sea posible demandarlo para que judicialmente se lo obligue a hacerlo; por otra parte, ya dijimos que a veces es necesario que se creen, que existan y que funcionen infraestructuras abastecedoras de bienes y servicios. Y un juez no tiene a su disposición la posibilidad de dar andamio a esas infraestructuras.

De todos modos, dificultades aparte, no desesperamos. El activismo judicial, sin una receta única ni uniforme, podrá en cada caso y ante cada situación, superar muchos de los óbices, al menos algunos, ya que no todos.

El empalme con la idea de que todas las personas tienen derecho a la integridad y supremacía de la constitución puede proporcionarnos un bastión donde guarecernos: si al incumplimiento moroso o desaprensivo de la obligación activamente universal por parte del estado lo visualizamos como inconstitucional (por omisión) en cuanto bloquea y no promueve los derechos por analogado, hallamos una palanca dinamizadora, tanto para investir de legitimación procesal a los damnificados cuanto para habilitar las vías procesales y el

eventual resultado favorable a los derechos por analogado que se ven postergados e inaccesibles.

24.- Todo ello es audaz, hasta atrevido. Se dirá: es el gobierno de los jueces. Con prudencia, no le tenemos miedo ni le formulamos reparo.

Ocurre que el ritmo evolutivo en las ideas y en la realidad no siempre es rápido ni fácil. La lucha por el derecho -título de la clásica obra de Ihering- pero sobre todo la apelación al plexo de valores democráticos (que reaparece una vez más) pueden ser fuerzas de estímulo que energicen esfuerzos -teóricos y prácticos- para que lo que a algunos les pueda parecer utopía, no lo sea.

Es claro que para llevar con ímpetu estas valoraciones a una encarnadura empírica y efectiva, hay que enrolarse en un liberalismo en solidaridad social. El de la primera etapa dieciochesca y decimonónica no responde a las pretensiones y representaciones colectivas de las actuales sociedades urgidas de bienestar y de justicia en libertad.

La libertad debe equilibrarse con la igualdad real de oportunidades. El estado debe intentar una distribución razonablemente igualitaria de la libertad. Los menos favorecidos deben ser atendidos solidariamente. El *laissez faire, laissez passer* no proporciona en este campo ninguna solución justiciera.

Muchas injusticias concretas sucesivamente acumuladas, y de autoría humana bien concreta, han engendrado distribuciones difusas de malestar y de carencias que lastiman la dignidad humana y conspiran contra el estado democrático, que es tanto como decir contra los derechos humanos. Si queremos evitar la acusación que se les hace bajo el rótulo menospreciador de libertades burguesas o libertades formales hemos de empeñarnos en levantar el reproche con una efectiva disponibilidad de acceso a los derechos por parte de todos los seres humanos en todos los sectores sociales. Los derechos "imposibles" -como tantas veces denominamos a aquéllos que no son disfrutables por muchas personas sumidas en la marginalidad- castran a la democracia en uno de sus contenidos esenciales.

Como se advierte, nuestras últimas consideraciones no serían viables sin una previa o simultánea valoración. Como la adosamos a la dogmática constitucional de los derechos humanos, concluimos reiterando que la dogmática constitucional se empobrece cuando no la auxilia la estimativa axiológica. La filosofía de los derechos humanos, iusnaturalista o no, le provee una buena herramienta para alcanzar, en la solución empírica del régimen político, la fenomenización plena del estado democrático. ☞