

*Instrumentos constitucionales para mejorar la protección de los derechos humanos como conjunto**

Marcial Rubio Correa
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

INTRODUCCION

I. ASPECTOS VINCULADOS A LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

1. *Superación del problema de las normas programáticas.* 2. *La constitucionalización de un proyecto nacional.* 3. *Soluciones al problema de la legislación reglamentaria.* 4. *Reglas constitucionales de interpretación y aplicación.*

II. ASPECTOS VINCULADOS A LA LEGISLACION

1. *Reserva legal en materia de derechos humanos.* 2. *El derecho de iniciativa para la formulación de leyes vinculadas a los derechos humanos.* 3. *Instancias de participación organizada de la población en el proceso legislativo.*

III. CUMPLIMIENTO Y VIGILANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Base institucional y vigilancia de los derechos humanos.* 2. *Protección de oficio de los derechos humanos.*

INTRODUCCION

La vigencia de los derechos humanos se garantiza usualmente mediante las acciones de *habeas corpus* y de amparo, ejercitadas ante tribunales competentes e independientes. Esta es la vía tradicional. El propósito de esta ponencia es desarrollar instrumentos alternativos de garantía de los derechos humanos, tanto inmanentes a la persona, cuanto económicos, sociales y culturales.

Al elaborar este trabajo nos hemos encontrado con la relativa imposibilidad de recurrir a fuentes bibliográficas y documentales sobre el tema, por cuanto el problema, hasta donde llega nuestra información, no parece haber sido tratado desde esta perspectiva en la literatura disponible. Por ello, este trabajo es una elaboración realizada a partir de los documentos ad hoc del IIDH, y de reflexiones propias.

A nuestro juicio, los aspectos a tener en consideración para diseñar mecanismos no tradicionales de garantía de los derechos humanos son los siguientes:

- Lo democrático.
- La forma como se legislan.

* Documento presentado a la II Reunión Regional de Expertos organizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre "La protección constitucional de los derechos humanos en América Latina, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos", San José, Costa Rica, agosto 1983.

- La eficiencia y eficacia con que se ejecutan.
- La eficacia y eficiencia de la forma social como se controla su cumplimiento.

Aun cuando lo democrático excede cualitativa y cuantitativamente a los derechos humanos, los incluye plenamente desde el punto de vista teórico, en la medida que éstos nacen y se desarrollan al paso de la era democrática de la historia.

De otro lado, puede igualmente demostrarse que los gobiernos totalitarios agregan de manera sistemática a una amplia gama de derechos humanos y que si bien las democracias existentes, especialmente en varios países de América Latina, no son capaces de garantizarlos adecuadamente, son un medio político preferible para ellos.

Así, lo democrático no puede juzgarse sólo desde el ángulo de los derechos humanos, pero tiene mucho que hacer con ellos y es, en este sentido, requisito necesario aunque no suficiente.

Sabemos, y el documento *La protección constitucional de los derechos humanos en América Latina, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos* (primer informe), del Prof. Enrique P. Haba, lo dice expresamente: que las normas jurídicas en sí mismas son insuficientes para establecer garantías efectivas a los derechos humanos. En consonancia con ellas debe haber un sistema y una voluntad social que luchen consecuentemente por su amparo. Sin embargo, nuevamente, las leyes son requisito indispensable pero no suficiente en la vigencia de estos derechos. Mientras mejores y más amplias sean las leyes que regulan estas materias, y mientras reciban los aportes sociales más amplios, serán sin duda mejores para contribuir a la vigencia de los derechos humanos. En este sentido, a veces la elaboración de las leyes sobre derechos a través de los mecanismos de la democracia representativa, resultan insuficientes desde el punto de vista real, no formal, para recoger todas las opiniones y producir un verdadero debate nacional que incorpore todos los puntos de vista y los planteamientos. Es así importante establecer mecanismos democráticos de participación popular organizada, en el diseño y discusión de las normas jurídicas que detallan el tratamiento a los derechos humanos.

La ejecución en materia de derechos humanos resulta de tanta importancia como su adecuada legislación. Aquí, generalmente, es donde se encuentra buena parte de la problemática de su vigencia, pues conocemos innumerables casos en los que las constituciones y otras normas establecen importantes derechos, inexistentes en la vida concreta.

Si se trata de los derechos inmanentes a la persona, como la libertad, el buen nombre, la privacidad, etc., este incumplimiento puede deberse a la voluntad dictatorial de violentarlos. Pero muchas veces ocurre que en tanto estos derechos son respetados, los derechos económicos, sociales, culturales, etc., son los que no se aplican merced a argumentos como la carencia de recursos financieros o, simplemente, que dichas normas constitucionales son declarativas y que, en sentido estricto, no obligan al gobierno. Es la concepción doctrinal desarrollada bajo el nombre de *normas programáticas*.

Si las normas sobre derechos humanos existen en la Constitución, debe entenderse que son obligatorias para todos, en especial para el gobierno. Por lo demás, según la hermenéutica constitucional, es indispensable considerar que todas y cada

una de sus normas son imperativas. Surge así, en una recta lógica, evidente contradicción entre esta concepción de supremacía e imperio constitucional, y la concepción de las normas programáticas desarrollada por la doctrina.

Es posible, sin embargo, que esto no sea sino un problema de deficiente concepción en la manera de normar los derechos humanos y que, adoptando formas que resulten cuantificables, se pueda obtener una mayor vigencia efectiva de los derechos declarados.

Finalmente, es indispensable considerar formas alternativas de control del cumplimiento de los derechos humanos, que signifiquen un sistema de promoción efectivo de ellos, y no simplemente un control pasivo o a instancia de parte.

Es evidente que las acciones de *habeas corpus* y de amparo son esto último, desde que no existe organismo social o estatal que pueda actuar de oficio en defensa de los derechos humanos a través de ellas (y en este caso, obviamente, es distinto decir defensa de oficio que dar legitimación procesal activa a cualquiera para que conociendo el hecho, quede hábil para interponer la acción que corresponda).

Existen instituciones que nominalmente tienen esta atribución de actuar de oficio en defensa de los derechos humanos: en el Perú es el caso del Ministerio Público, tal como ha quedado diseñado luego de la Constitución de 1979 y de su norma orgánica, el Decreto Legislativo N° 52. Pero en la práctica, poco es lo que este organismo puede hacer por su recargo de tareas burocráticas, y por la escasez de recursos disponibles para su trabajo.

Dadas las particularidades de la organización estatal, de la historia constitucional y de los regímenes políticos reales que existen en América Latina, parece aconsejable pensar en la existencia de mecanismos de control de la vigencia de los derechos humanos que tengan como función primordial vigilar de oficio su cumplimiento.

En base a estos presupuestos, enumerados sólo con la finalidad de hacerlos explícitos, pasamos a exponer una serie de mecanismos constitucionales no tradicionales que permitirían, a nuestro juicio, una protección y vigencia más efectiva de los derechos constitucionales.

I. ASPECTOS VINCULADOS A LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

1. *Superación del problema de las normas programáticas*

En general con todos los derechos humanos, pero sobre todo en materia de derechos sociales, económicos y culturales, ocurre que las normas declaran derechos que no existen ni se ponen en funcionamiento en la realidad cotidiana.

Esto se debe a varias razones. De un lado está la imposibilidad material, para muchos Estados, de dar vigencia a los derechos. Así, aun cuando todo un pueblo estuviera de acuerdo en que cada familia debe vivir en una vivienda decorosa, probablemente transcurriría un cuarto de siglo o más, de considerable esfuerzo y priorización, antes de que ello se hiciera realidad.

Por otro lado, está el problema de la decisión programática y política que requiere del gobierno cada uno de estos derechos para poder hacerse realidad. Los

planes que realizan los gobernantes optan por unos logros y desechan otros. Esto significa que no atienden por igual a todos los derechos declarados.

Finalmente, entre varias consideraciones adicionales que con seguridad correspondería hacer, está la de que muchos de estos derechos son tomados de los sistemas de seguridad y asistencia social de los países desarrollados, que tienen una historia, una evolución y posibilidades muy distintas que las de nuestros países. Por ello mal hacemos en transcribir, como muchas veces ocurre, normas posibles en otras realidades pero inaplicables en la nuestra.

Por estas razones, lo que ocurre en la vida real es que determinadas normas constitucionales no son aplicables, es decir, no rigen ni pueden regir. Ante esta imposibilidad, la teoría desarrolla el concepto de que la norma programática no es imperativa, ni puede ser garantizada mediante la jurisdicción constitucional, sino que constituye, básicamente, una guía de conducta que el gobierno deberá tomar en cuenta dentro de sus programas en la medida de lo posible.

Una mejor garantía para la vigencia de los derechos humanos implica necesariamente superar la concepción de la norma programática antes descrita, por cuanto mediatiza la aplicación de las disposiciones normativas. Evidentemente, tal como hemos dicho, para dicha superación deben confluír varios elementos políticos, sociales, etc., pero el derecho puede contribuir técnicamente a ello.

Opinamos que en vez de la declaración general del derecho, bajo forma de aspiración, hay que establecer una obligación específica para el Estado con dos características: imponer una meta de carácter cuantificable y generar las condiciones para debatir el empeño y la prioridad señalada a la vigencia o cumplimiento del derecho.

Si hablamos de los derechos inmanentes a la persona, podemos utilizar el caso de la libertad personal. Es distinto, por ejemplo, legislarla como lo hace el artículo 9º de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de la ONU cuando dice: "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado", que hacerlo con el texto de la Constitución peruana de 1979:

"... Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito.

En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponde. Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término".

Si optamos por la primera redacción automáticamente estaremos delegando la forma concreta de defensa del derecho a la voluntad mayoritaria de un órgano legislativo, el que puede ser respetuoso o no de la vigencia del derecho humano según sus concepciones, situación coyuntural y otras variables. Si optamos por una redacción como la de la Constitución que hemos transcrito, podrá evidentemente violarse el derecho por acto de fuerza, pero será inconstitucional si transcurren más de veinticuatro horas de detención prejudicial (salvo las excepciones señaladas que,

aun cuando se discuten en el Perú desde el punto de vista político, otorgan garantía formal suficiente).

Aplicado esto a los derechos sociales, veremos que la Constitución peruana legisla de manera muy distinta a los derechos de este tipo. Por un lado está el artículo 10º, que establece: "Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa". Por otro lado está el artículo 26º, que respecto del analfabetismo establece: "La erradicación del analfabetismo es tarea primordial del Estado, el cual garantiza a los adultos el proceso de la educación permanente. Se cumple progresivamente con aplicación de recursos financieros y técnicos cuya cuantía fija el presupuesto del sector público. El mensaje anual del Presidente de la República contiene necesariamente información sobre los resultados de la campaña contra el analfabetismo".

De la comparación de estas normas destacan cuanto menos las siguientes circunstancias: de un lado, que el Estado se ha comprometido más seriamente con el objetivo de alfabetizar que de dar viviendas decorosas a las familias. De otro lado, que es posible que al Presidente de la República le interese desarrollar más la alfabetización que la vivienda, porque en materia de lo primero debe informar obligatoriamente sobre sus logros, en tanto que en lo segundo no.

Naturalmente, puede ocurrir que el gobierno prefiera invertir considerables recursos en vivienda. Pero, de todas formas, la disposición constitucional obligará a pensar y trabajar en el problema del analfabetismo.

Distinto sería que el constituyente hubiera adoptado una disposición genérica tal como "La instrucción elemental será obligatoria" (Declaración Universal de Derechos del Hombre de la ONU, art. 26). Es indiscutible que si esta fuera la norma que existe en sustitución del art. 26º de la Constitución peruana, el gobierno tendría menos motivos para sentirse presionado a tomar programas ambiciosos de alfabetización.

Si comparamos los dos ejemplos que hemos puesto, podremos concluir lo siguiente: por una parte, es evidente que los derechos están más protegidos cuando se establecen objetivos precisos a lograr (no más de veinticuatro horas de detención, erradicación del analfabetismo, etc.). También es cierto que una norma que impone la obligación al Estado de desarrollar determinados programas, es más susceptible de ser observada que una que declara genéricamente un derecho. Así, parece cierto decir que en el Perú el problema de la alfabetización será mejor atendido por el gobierno con la norma existente, que con otra de carácter declarativo y menos operacionalizable. Finalmente, es presumible que el gobierno se verá forzado a lograr éxitos especiales en el problema de la alfabetización, desde que tiene que informar obligatoriamente sobre ellos, y no puede exponerse a una discusión pública adversa en materia constitucional.

Si todo esto es cierto, entonces podemos concluir esta parte diciendo que una mejor garantía de los derechos humanos desde el derecho constitucional, estaría dada por una modificación de la técnica legislativa, consistente en superar el problema que presentan las normas programáticas mediante:

- La cuantificación (más o menos genérica, según los casos) de los objetivos o situaciones que deben obtenerse mediante la vigencia efectiva del derecho.
- La imposición de obligaciones determinables al Estado para avanzar en la aplicación de los derechos de que se trate.
- El diseño de mecanismos que fuercen la generación de una discusión pública de la problemática y los logros existentes en torno a cada derecho involucrado.

En rigor, esta proposición no es alternativa sino complementaria en relación a las actuales declaraciones de derechos y ambas podrían coexistir perfectamente.

Es posible que, desde el punto de vista legislativo, a los pueblos de nuestros países les resulten mucho más útiles una cuantas normas que establezcan que el Estado debe lograr tales metas en materia de alimentación, vestido, vivienda, transporte y trabajo, en ciertos plazos, que una extensísima lista de derechos declarados pero inaplicables por sí mismos, y dependientes de la voluntad gubernativa bajo la inspiración de la teoría de las normas programáticas.

2. *La constitucionalización de un proyecto nacional*

Una de las lógicas derivaciones del planteamiento hecho en el párrafo anterior, en verdad, es que sería necesario plasmar un proyecto nacional en la Constitución de cada Estado. La conclusión es algo radical, pero vale la pena estudiarla.

Para que un proyecto nacional pudiera ser establecido en una norma de larga duración como es la Constitución, tendría que existir una situación en la cual, más allá de opciones ideológicas y políticas, fuera posible lograr un acuerdo mayoritario sobre los problemas fundamentales en los que debe ejercitarse la actividad promotora del Estado. Esto no parece imposible. En el estado actual de cosas, y frente a la persistente crisis que afecta al mundo desde una década atrás, es muy probable que todos y cada uno de los países, en especial los de América Latina, tengan una idea bastante precisa de cuáles son los principales problemas a enfrentar. Evidentemente, asunto distinto es cómo enfrentarlos y desde qué punto de vista. Pero ello es un aspecto programático y político que, en sentido estricto, no atañe al proyecto nacional sino, más bien, al programa de cada grupo político. La particularidad del proyecto nacional es que, como norma constitucional debiera marcar, en términos generales, las prioridades de los programas políticos.

Evidentemente, hay un riesgo implícito de imposición en la propuesta: podría ocurrir que se estatuya un proyecto nacional sesgado por la composición particular de una mayoría, y que luego deviniere en norma obligatoria e inadmisibles desde el punto de vista de lo democrático para futuros gobiernos.

Sin embargo, es de destacar que el proyecto nacional existe en varias constituciones, aun cuando puede carecer de coherencia y prioridades.

En el caso peruano, por ejemplo, la Constitución del Estado declara una centena de derechos, la mayoría de los cuales no pueden ponerse en vigencia efectiva, pero que son aspiraciones de vida de la población. Por otro lado, contiene una idea confusa y a veces contradictoria de prioridades para el desarrollo. Así:

- “impulsa” el desarrollo amazónico (art. 120)

- “fomenta y estimula” la actividad minera (art. 122)
- “estimula y ampara” a las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas (art. 116)
- “promueve y protege” el desarrollo del cooperativismo (art. 116)
- “promueve” la gran minería, la pequeña empresa y la actividad artesanal (arts. 122 y 123)
- “otorga prioridad” al desarrollo integral del sector agrario (art. 156).

No es difícil percibir aquí los rudimentos de un proyecto nacional, desarticulado y pensado con superficialidad. Tampoco es difícil percibir la estrecha conexión que existe entre estos aspectos y la vigencia integral de diversos derechos humanos (porque siendo campos distintos, no son paralelos y menos excluyentes). Por el contrario, un rápido y sustantivo desarrollo parece conducir mejor a la vigencia de los derechos humanos.

Naturalmente, con una larga lista de derechos declarados y un panorama confuso de normas de estímulo al desarrollo, la posibilidad de concatenar una acción de gobierno coherente a través de diversos períodos gubernamentales se hace difícil y, diríamos, incluso imposible. Al revés, pensar en un proyecto nacional genérico pero suficientemente claro como para orientar el quehacer nacional de modo imperativo en un tiempo dado, con evaluación y discusión periódica en las que se establezcan las prioridades de desarrollo económico y social para cada realidad, es un mecanismo normativo sugerente para explorar nuevas formas de garantía de derechos humanos, especialmente en el campo económico, social y cultural.

Podría pensarse, adicionalmente, el aspecto formal que debiera asumir dicha norma y, dentro de ello, la posibilidad de imponer requisitos más rígidos que a las otras normas para efectos de su modificación. En general, las experiencias de las cláusulas pétreas o de las constituciones irrevisables durante ciertos plazos, no han sido exitosas en América Latina. Pero en un aspecto particular como el de proyecto nacional, podría ser interesante rediscutir con amplitud y sin prejuicios el problema.

3. *Soluciones al problema de la legislación reglamentaria*

En los sistemas jurídicos iberoamericanos, la Constitución es reglamentada mediante leyes que detallan y especifican la normatividad referida a las consideraciones más generales propias de la temática constitucional. Aun cuando se utilizara algunos de los planteamientos que hemos realizado en los dos párrafos anteriores, es evidente que muchos aspectos operativos de los derechos humanos quedan a la consideración de tales leyes.

Sin embargo, bajo el mismo criterio que se utiliza para concebir las normas programáticas, en este aspecto los poderes constituidos generalmente entienden que no están imperativamente obligados a promover y aprobar las tales leyes de reglamentación constitucional.

Durante la vigencia de la Constitución de 1933 en el Perú, a manera de ejemplo, nunca se dio una ley tan importante como la de regimentación de los poderes dictatoriales del Ejecutivo durante la suspensión de garantías constitucionales, dejando al

arbitrio de la autoridad el uso de las atribuciones que considerara conveniente. El salario mínimo se puso en vigencia real veintinueve años después que fuera exigido por el texto constitucional y otras normas como las que regulan la negociación colectiva, fueron aprobadas treinta y ocho años más tarde.

En la Constitución peruana de 1979, la parte referente a los derechos y deberes fundamentales de la persona requiere leyes reglamentarias de la Constitución en cuarenta y cinco oportunidades. Veinticuatro de esas leyes ya habían sido dadas antes de aprobarse la Constitución y dos de ellas han sido modificadas por este Gobierno constitucional en sus tres años de existencia. Sin embargo, veintiuna leyes continúan aún sin darse y, que se sepa, no existe proyecto en camino sobre casi ninguna de ellas.

Entre estas carencias están las normas que uniformizan los derechos de varones y mujeres, la regulación del derecho de la autoridad a ingresar al domicilio privado, las normas sobre incomunicación de detenidos, la Ley del Sistema Nacional de Salud, la ley de utilización del suelo urbano de acuerdo al bien común, la ley que regula la contribución de los medios de comunicación masiva a los fines de la educación y la cultura y la ley de asignación familiar en favor de trabajadores con familia numerosa.

Como podemos apreciar, hay carencias en una amplia gama de derechos humanos muy importantes que en verdad quedan en suspenso por la imposibilidad de ser debidamente reglamentados y, en consecuencia, aplicados.

Los poderes constituidos tienen que quedar constitucionalmente conminados a crear y aplicar las leyes que desarrollan los derechos humanos. La situación actual es, verdaderamente, un autoengaño social en virtud del cual la inacción de los poderes del Estado, producida por las más diversas razones, produce el efecto de hechos consumados, desamparando los derechos declarados en la Constitución.

Es verdad que producir legislación de ese tipo es trabajoso y toma largo tiempo. Pero también lo es que la falta de apremios lleva a la inacción, especialmente en realidades políticas de dominación como las que ocurren en nuestros países.

En consecuencia, parece necesario desarrollar técnicas legislativas que conlleven apremios a los poderes constituidos, para regimentar y poner en vigencia mediante leyes reglamentarias, a los derechos humanos que así lo requieran.

4. Reglas constitucionales de interpretación y aplicación

Muchas veces, el constitucionalismo latinoamericano encuentra que, luego de considerables esfuerzos legislativos, las normas no son sistemática y comprensivamente aplicadas por los tribunales los que, recurriendo a criterios restrictivos de amparo, desnaturalizan la esencia de la defensión por detalles procesales o mediante interpretaciones libres, cuando no arbitrarias.

El Perú tiene notables ejemplos en diversas épocas y circunstancias:

- Un expresidente no obtuvo sentencia favorable en un *habeas corpus*, porque la Corte Suprema interpretó que la norma de no aplicación de la ley en caso de incompatibilidad con la Constitución, se aplicaba sólo a las relaciones de derecho privado, desde que estaba ubicada en el título preliminar del Código Civil.

- Durante un largo período de cuarenta años, el lapso promedio que el Fiscal de la Corte Suprema se tomaba en dictaminar un proceso de *habeas corpus* con connotaciones políticas que estaba a ser resuelto, era de ciento veintidós días.
- Una cónyuge no pudo lograr que se admitiera su acción de *habeas corpus* en favor del marido deportado porque, aun cuando era público y notorio que estaban casados, el Tribunal exigió la presentación de copia certificada de la partida del matrimonio civil. Y así sucesivamente.

En ninguno de estos casos puede decirse que se haya violado flagrantemente la ley o las normas de interpretación, aun cuando el primer caso es clamoroso. Sin embargo, la suma de todos ellos deja un amargo sabor de indefensión y de incapacidad de los magistrados para comprender el problema de la vigencia de los derechos humanos y actuar agresivamente en su defensa.

Opinamos que las Constituciones deben tener cláusulas especiales de interpretación de los derechos humanos, que otorguen garantía a las personas de que los magistrados estarán obligados a hacer una aplicación extensiva de los derechos consagrados.

Normas que especifiquen el principio de que los derechos humanos se aplican e interpretan extensivamente y sus recortes restrictivamente, así como el de que en caso de duda se debe favorecer el derecho conculcado o amenazado, constituirían ayudas importantes desde el punto de vista jurídico para reforzar el trabajo de administración de justicia constitucional. No conocemos Constituciones latinoamericanas que hayan recogido estas normas.

Adicionalmente, es necesario que la Constitución recoja las particularidades culturales y materiales de cada región en cuanto a la vigencia y protección de los derechos constitucionales. Un procedimiento escrito, o que exija defensa cautiva, o que plantee requisitos formales y complicados para la tramitación de las acciones constitucionales, puede crear indefensión si es que el juez no está capacitado, o no está acostumbrado a actuar de oficio. Más de una vez, en el Perú se declaró inadmisibles acciones de *habeas corpus* por detalles secundarios, cuando el caso era una clara violación de derechos constitucionales desde el inicio.

Esta observación apunta, sobre todo, a los problemas de detalle procesal de las acciones pero, en todo caso, es necesario dar al juez la atribución (y en estas materias inclusive establecer la obligación) de subsanar o mandar subsanar los defectos formales, especialmente atribuibles a condiciones culturales o materiales de quienes recurren, sin perjudicar la protección. Un juez excesivamente formalista puede ser un serio obstáculo a la defensa constitucional en extensas zonas de nuestro Continente.

II. ASPECTOS VINCULADOS A LA LEGISLACION

1. *Reserva legal en materia de derechos humanos*

Hoy en día, el órgano ejecutivo de gobierno ha concentrado un importantísimo poder de dictar normas generales, bien sea a través de su atribución normativa propia de dar reglamentos y decretos, bien vía la expedición de legislación delegada por el órgano legislativo.

Las normas constitucionales, en cualquier caso la hermenéutica, señalan que la atribución normativa propia del órgano ejecutivo debe realizarse sin transgredir ni desnaturalizar las normas superiores, esto es, la Constitución y la Ley.

De otro lado, la delegación de la atribución legislativa generalmente requiere cumplir ciertas formalidades tales como un plazo, señalamiento de la materia autorizada a legislar por decreto, y la revisión potestativa del órgano legislativo.

Sin embargo, el órgano ejecutivo de nuestros países, en la realidad, suele exceder estos marcos jurídicos y, a veces, en contravención a ellos así como otras en situaciones límite, dicta variada legislación que tiene que ver con muchos aspectos vinculados a los derechos humanos.

Varios problemas aparecen de esta situación. De un lado, es evidente que el órgano ejecutivo dicta medidas fuertemente influenciado por las coyunturas políticas, desde que sobre ellas versa esencialmente su función gubernativa. Ello no es bueno para los derechos humanos, cuya protección trasciende las situaciones para irse a ubicar en el plano de las estructuras y los principios. Si la legislación es dada con criterio distinto, la vigencia de estos derechos corre peligro de precariedad.

Ejemplos vinculados a la política laboral y económica de nuestros gobiernos en la actualidad, o a la normatividad que se expide en emergencias políticas como las que atraviesan buena parte de nuestros países es suficientemente clara. Y no estamos hablando de las dictaduras de ciertos países sudamericanos, porque en ellas Ejecutivo y Legislativo, por la fuerza de los hechos, son una misma cosa.

Por otro lado, es también indiscutible que el órgano ejecutivo legisla expeditivamente y sin mayor debate pues, por lo general, ni es de conformación pluralista ni sus debates se hacen en público. De esta manera, se legisla a "puerta cerrada", expresión que no pretende connotar actitudes discutibles, sino más bien denotar ausencia de diálogo y discusión.

Si las normas sobre derechos humanos no son discutidas ampliamente ante la población, si no se reciben sus aportes y si no se conoce la evolución de sus concepciones, entonces creamos condiciones latentes de desprotección, por cuanto es más fácil recortar los derechos a puerta cerrada que en discusión pública.

Consideramos que, dentro de los márgenes democráticos hoy existentes en América Latina, lo más recomendable es, por tanto, establecer una cláusula de reserva legal por el órgano legislativo, para la aprobación de las leyes referentes a los derechos humanos. Constituciones trascendentales en el constitucionalismo contemporáneo tienen distintas versiones de esta cláusula, aun cuando permiten la legislación delegada. El órgano legislativo actual es el foro mejor para la discusión política de las leyes en nuestro sistema, y en materia de derechos humanos dicha ventaja debe ser intensamente utilizada.

2. *El derecho de iniciativa para la formulación de leyes vinculadas a los derechos humanos*

La producción de leyes tiene diversas etapas, que están reguladas en las disposiciones pertinentes, normalmente de rango constitucional. La fase inicial es la de la

iniciativa legislativa, entendiendo por tal la atribución que se otorga a determinadas personas o instituciones, para formular proyectos de ley que deben ser obligatoriamente tramitados por el órgano legislativo.

Normalmente, la iniciativa legislativa recae en los parlamentarios y en ciertos otros órganos del Estado. Muy pocas Constituciones reconocen al pueblo en sí mismo el derecho de iniciativa.

Esto responde al hecho de que en el sistema democrático contemporáneo se supone que los partidos copan la representación política y la canalizan a través de sus miembros y representantes. Sin embargo, es harto sabido que esa es una configuración política particular de algunos países europeos y de los Estados Unidos, pero no la de los países latinoamericanos, en los cuales la representación orgánica de los partidos ni abarca a considerables sectores de la población, ni canaliza democrática y eficazmente muchas de las iniciativas populares.

Es así que importantes sectores gremiales, universitarios, profesionales, etc., tienen planteamientos propios y distintos de los partidarios, y no se sienten plenamente representados ni canalizados por ellos.

En otras palabras, de lo que se trata es que la organización política de nuestras sociedades no es homogénea ni centralizada y que, en consecuencia, para recoger verdaderamente la expresión del pueblo, es necesario desarrollar canales complementarios (no excluyentes) a los de la democracia tradicional imperante.

Pensamos, en este sentido, que otorgar iniciativa legislativa a un sector de la población, por ejemplo, exigiendo la participación de organizaciones sociales o gremiales reconocidas, o la firma de un número significativo de ciudadanos (digamos, 1% del padrón nacional de votantes), en especial para la proposición de normas legislativas vinculadas a los derechos humanos, enriquecerían notablemente la participación popular en la democracia y el contenido de la normatividad.

Es verdad que existe el llamado derecho de petición al que puede recurrir cualquier persona u organización para plantear este tipo de asuntos a los poderes del Estado. Pero la petición y la iniciativa legislativa son sustantivamente distintas, tanto en su fuerza procesal como en su ascendente político sobre los órganos del Estado.

3. Instancias de participación organizada en la población en el proceso legislativo

Aquí se aplica mucho de lo que hemos dicho en el párrafo anterior sobre la no representación orgánica de la sociedad por los partidos políticos y sobre la conveniencia de incentivar la participación popular en las diversas etapas del proceso legislativo.

Una de ellas es el debate popular de los proyectos de Ley. Una manera de entender lo hecho es a través de la participación de las fuerzas con representación política en el órgano legislativo, pero ello es insuficiente por lo ya visto. Más bien, especialmente en materia de derechos humanos, es necesario estimular dos vías de participación que no tienen por qué ser alternativas, sino complementarias:

— Una es poner en público debate los proyectos de ley para recibir sugerencias y proposiciones alternativas. En el Perú fue el Gobierno militar del Gral. Juan Velasco Alvarado el que utilizó este procedimiento en un par de oportunidades, recibiendo cuantiosos aportes, algunos muy importantes, en la elaboración de determinadas leyes (por ejemplo, la del Sector de Empresas de Propiedad Social).

Tal vez pueda argüirse que ello ocurrió en ese Gobierno porque no habían mecanismos de representación democrática, pero nuestra impresión cotidiana en los regímenes democráticos existentes es que los parlamentarios actúan con criterio particular o de grupo político, pero no en consulta permanente con sus partidarios y electores, como sí supone hacerlo la esencia de la democracia representativa. En esto, a veces, nuestras democracias tienen más que aprender y menos que mostrar.

— Otra es la creación de organismos de consulta y asesoría con representación de las organizaciones sociales (no de las políticas), que tuvieran entre otras atribuciones las de dictaminar y opinar sobre los proyectos de Ley en materia de derechos humanos.

Esto permitiría que varias voces algunas nunca escuchadas, puedan expresar sus inquietudes sobre determinados asuntos. Es más, un desarrollo mejor de la idea, y adaptado a cada realidad, podría crear matices institucionales particulares para un organismo dictaminador de este tipo. Algunas fórmulas como, por ejemplo, las cámaras funcionales, tienen parecido formal con esta propuesta, pero en sustancia son muy distintas: en el caso de la representación funcional, se le da a ésta el poder de decidir y allí está lo esencial de su concepción. En cambio, nuestra propuesta pretende crear un canal de expresión orgánico dentro del Estado para numerosos sectores e instituciones sociales que hoy no tienen dichos canales, o tienen algunos que funcionan muy deficientemente. No se trata de darles poder de decisión, sino de promover su derecho colectivo de expresión y opinión.

III. CUMPLIMIENTO Y VIGILANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Base institucional para el cumplimiento de los derechos humanos*

Suele ocurrir que los derechos constitucionales declarados carecen de una base institucional reconocida jurídicamente para llevar a cabo su cumplimiento, tanto en la sociedad civil como en el aparato del Estado.

Es necesario que las Constituciones establezcan la obligatoriedad de que el Estado asigne las responsabilidades específicas que sean necesarias dentro de las instituciones públicas, para que cada derecho declarado tenga su contraparte institucional responsable. De esta manera los derechos, en especial los sociales, económicos y culturales, podrán tener un responsable efectivo que los haga cumplir, o responda por su inacción.

Naturalmente, una versión de esta propuesta es lo burocrático. Es un peligro que, en el plano en que se sitúa este trabajo, queda latente. Pero más peligroso es lo que ocurre sistemáticamente en multitud de campos: el derecho está declarado pero no es atribución de nadie hacerlo realidad.

De otra parte, las Constituciones debieran reconocer el derecho específico de asociarse (y obtener reconocimiento *ad hoc*) para la defensa de los derechos humanos. Es verdad que una de las libertades clásicas es la de asociarse y, desde ese punto de vista, lo que planteamos ya está recogido. Sin embargo, son distintos el derecho general de asociación, y el que toma en cuenta algunos puntos específicos en los que, para actuar, no basta el reconocimiento registral sino que es necesario también tener audiencia específica con la autoridad encargada. El mejor ejemplo, tal vez, es el reconocimiento especial del derecho de sindicalización ante las autoridades de trabajo y la parte patronal.

Somos convencidos de que la democracia, y los derechos humanos, se afirmarán en América Latina en la medida en que se fortalezca la organicidad de la sociedad, y esto será más rápidamente logrado en la medida que la organización social sea amparada y promovida. El campo de los derechos humanos es fértil para ello: existen numerosas organizaciones ya trabajando y muchas de ellas lo hacen en condiciones verdaderamente precarias. Un reconocimiento como el planteado les daría mayores alas y mejor capacidad de actuación.

2. *Protección de oficio de los derechos humanos*

Consideramos, finalmente, que uno de los problemas cruciales de la vigencia de los derechos humanos en América Latina es la ausencia de una protección de oficio por organismos *ad hoc*.

Es de resaltar que los países desarrollados, a lo largo de su evolución, han generado diversas instituciones encargadas de velar por los problemas más acuciantes de sus diversas etapas. El *ombudsman* es tal vez el ejemplo más moderno, pero desde la antigüedad pueden ya encontrarse interesantes ejemplos. Tal el caso de los Tribunos de la Plebe en las primeras épocas de la República romana.

En nuestros países existen diversos organismos con funciones semejantes. En el caso peruano está el Ministerio Público, con una organización paralela a la estructura de los tribunales, y en la que los fiscales y agentes fiscales se supone que supervigilan el cumplimiento de los derechos, actuando como defensores del pueblo ante la Justicia.

Sin embargo, la inmensa carga burocrática que tienen los miembros del Ministerio Público les impide, inclusive, cumplir con sus tareas de dictaminación de casos a resolver, y de asistencia a diligencias judiciales. Menos, desde luego, tendrán capacidad de vigilar la plena vigencia de los derechos humanos.

Cada realidad tiene sus particularidades y es preciso tomarlas en cuenta, sobre todo en planteamientos como los que aquí realizamos. No obstante, consideramos que la institucionalización de una supervisión de oficio sobre el cumplimiento de los derechos humanos, como tarea exclusiva de un ente del Estado, probablemente bajo la forma de una magistratura orgánica y autónoma que habría que diseñar en cada realidad, sería una poderosa ayuda para la observancia y promoción de estos derechos en nuestros países.