

para mejorar la calidad de la vida humana; los segundos la asumen como un medio para imponer un orden frente a la "amenaza" del caos social. El resultado de esta lucha parece por ahora favorecer a estos últimos, pero no es, afortunadamente, una situación irreversible: está en nuestras manos luchar para poner contenidos democráticos allí donde han venido colocándose contenidos autoritarios; aunque no podemos ilusionarnos pensando que se trata de una tarea fácil, o apenas difícil: se trata nada menos que de estimular el desarrollo de una cultura jurídico-procesal democrática y humanista, que triunfe cada día en los tribunales de justicia, haciendo prevalecer una nueva lectura del texto del Código de Procedimientos Penales e incluso exigiendo allí donde haga falta, la superación de la norma del Código. Un esfuerzo colectivo en sentido garantista debe llevar al Código hasta sus límites óptimos; posteriormente vendrá la reforma legislativa para reforzar la independencia del juez, para abrir el proceso a la participación popular, para acentuar, en fin el carácter acusatorio del proceso, tal como lo están planteando los proyectos de Código Procesal Penal y de Ley Orgánica del Sistema de Enjuiciamiento Penal para la Nación Argentina, hoy sometidos a la discusión parlamentaria.

8. Termino recalcando algunas consideraciones estratégicas:

No basta la sanción legislativa del Código. La naturaleza del proceso jurisdiccional impone planear y preparar, después de la batalla parlamentaria, las duras batallas para "la promulgación" del nuevo Código en el seno de los tribunales, en las facultades, en la comunidad (las duras batallas contra el conservatismo, los hábitos burocráticos, los prejuicios). El proceso, como la democracia misma, debe ser conquistado cada día.

## CONSTITUCION Y EMERGENCIA

(Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua)

Enrique Pedro Haba

### SUMARIO :

- I) ¿Es posible el Estado de Derecho en situación de emergencia?
- II) ¿Es compatible el proceso de institucionalización con la situación de emergencia?
- III) ¿Cuáles derechos humanos deberán ser garantizados en cualquier situación, por extrema que fuere?
- IV) ¿Debe existir un "núcleo sólido" en toda Constitución? ¿Cuál debe ser su contenido?
- V) Acotaciones:
  - (i) la Constitución como "freno" al Poder;
  - (ii) necesidad y efectos favorables del Poder;
  - (iii) sobre los llamados "derechos económicos, sociales y culturales";
  - (iv) remisiones;
  - (v) addenda.

*Es una tontería pretender que los gobernantes de . . . , cuando han llegado a acostumbrarse al poder, conserven la psicología proletaria y sientan que su interés de clase es el mismo que el de los trabajadores ordinarios. No ocurre así ahora en . . . , por muho que la verdad se disimule con bellas frases. El Gobierno tiene una conciencia de clase y unos intereses de clase enteramente distintos de los del proletariado genuino, que no hay que confundir con el proletariado abstracto del esquema marxista.*

B. RUSSELL

*Los términos "interés nacional" son únicamente inoportunos vocablos que solo pueden empañar el análisis y en modo alguno hacerlo prosperar. Con la excepción de comunidades sumamente reducidas y sobremanera simples (quizá los esquimales groenlandeses) o en la isla de Utopía, los intereses particulares de grupos de intereses par-*

*ticulares son los únicos términos con que el análisis puede operar.*

M. I. FINLEY

*La guerra proporciona un buen pretexto para las exacciones pecuniaras y, al mismo tiempo, para tener grandes ejércitos que sirvan sobre todo para mantener al pueblo sometido.*

J. J. ROUSSEAU

*En definitiva, el estado de necesidad justifica toda infracción del orden jurídico y de la misma Constitución . . . Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estimen justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares del "estado de necesidad política".*

H. KELSEN

El tema que se indica en el título, será tratado en forma de respuesta a las cuatro preguntas planteadas en la sección respectiva del Programa de este Seminario<sup>(1)</sup>. El análisis que ofrezco es "abstracto", en el sentido de que, por no tener a la vista el proyecto de la nueva Constitución de Nicaragua<sup>(2)</sup> ni hallarme debidamente al tanto de los pormenores de ese proceso constituyente, mi examen tiene que limitarse a subrayar algunas ideas generales. Pongo el acento sobre todo en que, a mi juicio, deberían ser planteadas ciertas cuestiones básicas. De ellas dependen —quíeráse o no— las soluciones normativas específicas que puedan adoptarse, pues estas emergen de opciones dentro del marco formado por dichas bases. A decir verdad, adopto ese ángulo de enfoque no solo por mis lagunas de información, sino porque no pocas veces quedan sin salir a la superficie, y por tanto sin ser discutidas, cuestiones de tal índole, a pesar de que son decisivas. Pero si mis observaciones resultan demasiado elementales, si los puntos que deseo destacar hubieren sido ya examinados a fondo en el actual proceso constituyente, me alegrará enterarme de que mi ponencia es redundante.

\* \* \*

*Abreviaturas utilizadas:*

- DH: derechos humanos.  
ED: Estado de Derecho.  
SE: situación de emergencia.  
X: situaciones de hecho sociales que se procura mantener en pie o llegar a establecer, mediante medidas gubernamentales adoptadas al amparo de la declaración de una SE.  
Y: medio social en el que se trata de conservar o implantar X.

(1) El presente artículo recoge una ponencia que el autor presentó en el Seminario Internacional "Derecho y Justicia en la Constitución", efectuado en Managua, Nicaragua, del 15 al 17 de diciembre de 1986. Aquí se agregan las citas del epígrafe (tomadas, respectivamente, de: Bertrand Russell, *Teoría y práctica del bolchevismo*, trad. de Juan C. García, Ariel Quincenal N° 13, Barcelona, 1969, p. 137; Moses I. Finley, *Vieja y nueva democracia*, trad. de Antonio Pérez-Ramos, Ariel Quincenal N° 150, Barcelona, 1980, pp. 81-82; J. J. Rousseau, *Escritos sobre la paz y la guerra*, trad. de Margarita Morán, Centro de Estudios Constitucionales - Colección "Civitas", Madrid, 1982, p. 40; Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, 1965, p. 206), el último punto (v) del apartado V y todas las notas; además ha sido revisada, mejorándola en detalles, la redacción original de la ponencia.

(2) Esto es, yo no lo conocía en el momento de redactar la ponencia original.

## I. ¿ES POSIBLE EL ESTADO DE DERECHO EN SITUACIÓN DE EMERGENCIA?

La pregunta puede entenderse de distintas maneras, según el sentido en que tomemos la palabra "posible". Cabe distinguir por lo menos dos grandes planos: (i) *compatibilidad* ("posibilidad") lógico-conceptual, (ii) *compatibilidad empírico-práctica* ("posibilidad" fáctica). Aunque la primera es presupuesto de la segunda, esta no es igual a aquella, por lo cual se justifica efectuar un examen separado de ambas instancias; sin perjuicio, claro está, de no perder tampoco de vista las interrelaciones.

(i) La respuesta, en el plano primero, depende de las definiciones que se acepten para los dos conceptos involucrados: "Estado de Derecho" (ED) y "situación de emergencia" (SE). Cada uno de ellos no está libre de indeterminaciones semánticas, sobre todo el segundo. Esas indeterminaciones aparecen resueltas convencionalmente, de unas u otras maneras, por los usuarios de dichas expresiones. Como supongo que, en el contexto del Seminario, la pregunta formulada no se dirige a obtener una tópica de definiciones y un cuadro de sus relaciones semánticas, no me detendré en tal punto. Me limito a advertir que emplearé aquí esas expresiones de acuerdo con determinados usos habituales de ellas, aunque no son los únicos. Así, por ED entiendo aquella categoría del Derecho Público y de la Teoría Política que suele recibir tal denominación en la doctrina y en la práctica del liberalismo político; no presupongo, en cambio, que ella implique necesariamente la práctica de unas u otras modalidades del liberalismo económico (esta cuestión la dejo entre paréntesis). En cuanto al rótulo SE, lo empleo para indicar, entre las múltiples hipótesis que bajo ese nombre recoge el Derecho comparado, el caso específico de un gobierno sometido a ataques armados que intentan derrocarlo. Supongo que estas dos definiciones estipulativas armonizan con lo que se procura discutir en el presente Seminario.

(ii) El término "posible", si pasamos al segundo de los planos indicados, no apunta a unas compatibilidades o incompatibilidades simplemente semánticas, sino que se refiere sobre todo a oposiciones de carácter empírico, prácticas. Su examen ha de basarse, pues, en el conocimiento (verdadero o presunto) de factores reales que son decisivos en el seno de una dinámica social. Afirmar que ED resulta "posible", entonces, significa considerar que él no constituye —necesaria o muy probablemente— un impedimento real para lograr que se mantenga o se produzca determinada situación fáctica, caracterizada por tales o cuales hechos bien identificables. Llamémosle a estos: situación X. A la inversa, decir que ED resulta "imposible" en tales circunstancias, significaría afirmar que él constituye —necesaria o muy probablemente— un impedimento decisivo para lograr mantener o producir semejante X en la realidad. La "posibilidad" o "imposibilidad" que estamos considerando depende, pues, de dos órdenes de cosas: a) de cuáles sean *exactamente* los hechos que se considere deseables, vale decir, esos que denominamos X; b) de las leyes o tendencias de la dinámica

social que entran o pueden llegar a entrar en juego en el medio de que se trata. Llamémosle a este último: Y. Por tanto, según que la X a que nos refiramos consista en unas u otras cosas concretas, y según el Y examinado, la respuesta varía. En síntesis, "posible" (o "imposible") es una función de dos variables, X e Y, que pueden ser vistas —técnicamente dicho: llenadas, interpretadas— de muy distintas maneras. Nuestro problema es: ¿de qué X y de qué Y depende la posibilidad (o imposibilidad) a que se refiere la pregunta formulada?

Supongamos conocido Y, digamos que es la situación actual de Nicaragua. [En realidad, exagero al decir que esto es "conocido". Para que así fuera, en la medida que precisamos, tendríamos que estar también al tanto de aquellas regularidades —leyes o tendencias de la dinámica social— que van más allá de una mera constancia de hechos; pero, a tal respecto, las ciencias sociales nos dejan mucho margen de dudas.] En cuanto a X, las posibles interpretaciones son muy variadas, por lo menos son tantas como las tendencias y subtendencias políticas del ruedo. Según que esta X se proponga como encarnada en tales o cuales instancias del aparato estatal, en tales o cuales reformas económicas, en tales o cuales proyectos políticos globales, etc., la respuesta (¿eso es "posible" o "imposible"?) sería distinta, en correlación con Y. La pregunta, de la manera en que está planteada en el Programa del Seminario, deja indefinida la interpretación de X. Sería necesario comenzar por precisar *bien* las metas (X), sobre todo las más cercanas y directas, como paso preliminar indispensable si queremos abocarnos a una discusión *científica* acerca de estos asuntos.

En suma: un ED es "posible" o no, para la actual sociedad nicaragüense, según *qué* aspectos de ella se quiera conservar o cambiar; según, también, *qué* estratificación social se trate de apoyar y con qué grado de intransigencia por parte de las élites en el Poder. Cualquiera de las sociedades contemporáneas está fuerte y desigualmente estratificada, aunque las modalidades de esa estratificación no son las mismas en todas ellas: diferencias en las formas de acceso y en los estatus mismos de las élites privilegiadas, condiciones de otros estatutos, etc.<sup>(3)</sup>. Las "posibilidades" de

(3) Así, una nueva estratificación se hizo notar, desde el principio, en la Revolución rusa: "Yo hablé con un trabajador de Moscú, patentemente hambriento, que me dijo, señalando al Kremlin: 'Ahí hay bastante comida...'" (Russell, *op. cit.* en la nota 1, p. 151). Cf. también la cita de Popper recogida más abajo, en el apartado V (v): "¿No les sería fatalmente fácil...". De ahí que en Nicaragua, como en cualquier otro país, sea capitalista o socialista, la élite en el Poder —por más "popular" que este se autodenomine— no se decidirá a compartir *realmente* la situación material de las masas, las privaciones y en general las dificultades a que se enfrentan día con día los ciudadanos comunes (*¡solamente* estos!). También el régimen sandinista, como es natural, impone los sacrificios a unos, a la población en general, y reserva los verdaderos beneficios para otros, la élite gobernante. Así, para citar un ejemplo (poco importante en sí mismo, pero ilustrador): mientras Nicaragua sufre una extrema escasez de divisas y su población común soporta toda clase de privaciones, la esposa del Pre-

toda X dependen de las relaciones de poder entre distintos estratos de la colectividad —relaciones en las cuales también juegan su papel, desde luego, las ideologías en presencia—. El tipo ED es, entre las formas de organización del Poder, aquella por la cual las élites gobernantes tienen una mayor (o, en todo caso, la menos insuficiente) posibilidad de ser controladas y "frenadas"; ahí pueden ser llamados a responsabilidad inclusive miembros prominentes de ellas, ante otras instancias estatales y ante la población<sup>(4)</sup>. Por tanto, un ED sería posible en Nicaragua, como en cualquier otro país, solo si la élite en el Poder *no* dispone del exceso de fuerza como para impedirlo, o sea, en la medida en que el poderío de otros estratos sociales —grupos privilegiados fuera del Poder y sectores mayoritarios de la población— no quede encogido al extremo de resultar prácticamente inermes ante dicha élite, por la estructura social y militar que esta tenga a su servicio<sup>(5)</sup>.

*Acotación primera.*—Podría pensarse, acaso, que la indeterminación de X se supera diciendo, por ejemplo, que de lo que aquí se trata es de defender la *Revolución*; o sea, X = "Revolución"<sup>(6)</sup>. Pero este término es, como se sabe, bastante elástico. Lo aplauden, cuando ella se da, sectores con distintos

---

sidente se va (1987) de paseo a Costa Rica... ¡y acompañada de sus seis hijos! (Desde luego, también gobernantes de otros países —por ejemplo, el actual Presidente de Costa Rica— hacen uso del erario público para llevar a pasear a sus hijos al extranjero. Respecto a esto, como en general para los privilegios que se autodecreta la clase política, no cuentan mucho las diferencias entre las ideologías invocadas por las autoridades de unos y otros países.)

- (4) Esto es: que un alto dirigente sea "llamado a responsabilidad" no simplemente como resultado de salir perdidioso en unas luchas entre *ellos mismos*, disputas *intestinas* al Poder.
- (5) Y en este punto habría que encarar también la siguiente pregunta: ¿es verdaderamente posible que, si esa élite es de ideología leninista, no haga todo lo que esté a su alcance para *desembarazarse* precisamente de las limitaciones propias de un ED? He examinado con algún detenimiento tal cuestión, a propósito del experimento de la Unidad Popular en Chile, en mi artículo: "Gobierno marxista y Estado de Derecho: ¿una conciliación posible?" (aparece probablemente en el N° 3 de *Archivos Latinoamericanos de Filosofía y Metodología del Derecho*, Valencia, Venezuela). En dicho trabajo llego a la conclusión de que: "a) un gobierno de inspiración marxista-humanista sería, por supuesto, muy conciliable con el modelo Estado-de-Derecho; b) en cambio, es imposible conciliar este modelo con la *realidad* de organizaciones estatales donde el Poder está en manos de gobernantes marxistas-leninistas". Vid. también la nota 9, *infra*.
- (6) Aquí el término "Revolución" designa, desde luego, mucho más que solamente el proceso de toma del Poder por parte de los sandinistas, al derrocar a Somoza; lo que quiere significar es la realización de todo un programa político desde el gobierno, o sea, utilizando para ello *todo* el tiempo que se estime necesario (puede ser muy largo) para construir y afianzar el modelo de sociedad que se proyecte llevar a la práctica bajo tal denominación.

proyectos políticos y con toda clase de ambiciones personales en disputa. En el seno de una corriente revolucionaria, como en cualquier conglomerado social, bullen poderosas contradicciones internas: personales, ideológicas, de intereses sectoriales, etc. Aparecen, allí, anchas discrepancias acerca de cuáles son los "verdaderos" intereses (concretos) y las "verdaderas" soluciones (concretas) que correspondan al "verdadero" pensamiento de la Revolución. Así como en los regímenes capitalistas se acude a la etiqueta "bien común" para disimular conflictos de intereses inconciliables, fórmula retórica que cada sector utiliza (igual que las palabras "patria", "nación", "interés general", "libertad", etc.) para presentar bajo un manto de putativa generalidad sus conveniencias propias; análogamente, se invoca la "Revolución" o el "Socialismo", en los regímenes que se legitiman mediante esta terminología, por parte de quienes allí detentan el Poder o aspiran a ocuparlo (o a ejercer una influencia sobre él). Cada quien interpreta esos *términos-bandera* de acuerdo con sus específicos intereses o ideología de grupo. Sería asombroso que este conocido expediente retórico del lenguaje de la política, la criptouniversalización de intereses sectoriales bajo el manto de unos ubicuos *topoi* emocionalizantes, no se viera también en Nicaragua. Empero, si X = Revolución, habría que aclarar ante todo: ¿quienes se da por entendido que deciden *cuál* es la "interpretación auténtica" al imputar contenidos políticos específicos a dicha palabra? Y, en fin, ¿esa "autenticidad" depende de la *razón* o de la *fuerza* de quienes pretenden encarnarla? (si se tratara de lo primero, no podría evitarse la pluralidad de interpretaciones...).

*Acotación segunda.*—Por otro lado, y aunque la pregunta no hace la distinción entre lo sincrónico y lo diacrónico, la eventual compatibilidad entre ED y SE habría que examinarla también, o sobre todo, desde el segundo de estos ángulos (la pregunta parece referirse antes bien al primero). Importa distinguir dos clases de SE: a) aquellas que, por las medidas de que el Poder se vale entonces, sirven más que nada para preparar o consolidar un régimen autoritario de tipo duradero, el cual llega a tomar la condición de normal como tal; b) aquellas que no tienen mucha duración, solo unos días o pocas semanas, breve intervalo del ED corriente. Según experiencia muy repetida, si la SE se hace durable, y máxime cuando aparece acompañada de drásticas medidas de censura a la expresión pública y gran concentración de poder discrecional en los mandos militares, ello suele revelarse, diacrónicamente, como incompatible —cuando menos para un término que no sea de años o décadas— con las características definitorias del ED. En tales circunstancias, los mandos militares van engullendo cada vez más, en beneficio de una autoridad suya irresistible (y también de personales provechos materiales), las posibilidades de control sobre los gobernantes y de crítica pública a las autoridades; se esfuman los rasgos más distintivos del ED. Cuanto más crece el poder de los militares y, en cambio, desaparece todo centro de poder (civil) capaz de contrabalancearlo, más endebles, por no decir nulas, son las posibilidades de que tenga allí vigencia un ED.

## II. ¿ES COMPATIBLE EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN CON LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA?

Las variantes señaladas para la pregunta anterior reaparecen en la presente. Lo dicho en aquella sobre qué cosas sean "posibles" se aplica también a las condiciones para juzgar sobre lo "compatible", en cuanto al punto que consideramos ahora. La compatibilidad o incompatibilidad en cuestión depende de *cuál* sea la "institucionalización" que se procure establecer. Esta no puede sino guardar las relaciones de correspondencia más estrechas con lo que hemos llamado X en el apartado anterior. Si se trata de una institucionalización del tipo ED, pluralista, la experiencia histórica enseña que, por desgracia, las SE durables han servido más bien para destruirlo. En cambio, si se procura institucionalizar un régimen autocrático, sea capitalista o socialista-leninista, la SE puede constituirse, por cierto, en un manto para legitimar así la posición de las élites privilegiadas, tanto más cuanto mayor sea la concentración de poder en los mandos militares y cuanto menores sean las posibilidades de efectuarle críticas en los medios de difusión pública a los más altos jefes del Poder. Para que exista la posibilidad de construir o mantener un ED dentro mismo de una SE, sería indispensable que esta, sin perjuicio de permitir la máxima firmeza *militar* contra las actuaciones *militares* de los sectores opuestos al gobierno, de ninguna manera consista en dejar a la población civil inerme frente a él. O sea, que no resulte impedida: a) la crítica pública —¡incluso la *más* radicalmente contraria a la ideología del *establishment!*— en la prensa y en los medios audiovisuales, respecto a *cualesquiera* actuaciones o discursos de los gobernantes<sup>(7)</sup>, con la *única* excepción de revelar unos secretos estrictamente militares; b) la actuación de órganos de control estatales —parlamento, jueces ordinarios, etc.— que *no* dependan de los gobernantes, con el fin de que aquellos puedan eventualmente obstaculizar las medidas de estos que allanen el camino hacia un bonapartismo, incluso el "socialista"<sup>(8)</sup>. Si existen posibilidades de que el proceso de institucionalización

(7) En el Seminario, León Cortiñas-Peláez recordó que en Inglaterra, en plena Guerra Mundial II, subsistía la más completa libertad de criticar públicamente los actos del Gobierno.

(8) Al Estado burocrático (bonapartismo) se refiere Marx con las siguientes palabras: "El poder del gobierno, con su ejército permanente, su burocracia que todo lo dirige, su estupidizante clero y su servil jerarquía judicial, se había hecho tan independiente de la sociedad misma..." (primer proyecto de redacción para *La guerra civil en Francia*, en *Marx-Engels Werke*, MEW, t. XXVII, pp. 493-571, Berlín; la cita es de la p. 540). Y Engels señala que, "lo mismo en la antigua monarquía absoluta que en la monarquía bonapartista moderna, el *verdadero* Poder se encuentra en manos de una casta particular de oficiales y de funcionarios... La independencia de esta casta, que parece mantenerse fuera y, por decirlo así, por encima de la sociedad, confiere al Estado un viso de independencia respecto a la sociedad. La forma de Estado que se ha desarrollado... es, en estas condiciones sociales contradictorias, un constitucionalismo *aparente* (*Scheinkonsti-*

nicaragüense consiga orientarse hacia un modelo pluralista (y la experiencia histórica moderna no muestra ningún otro que los del tipo ED), para ello deberá vencer dos obstáculos, ambos incompatibles con dicho modelo: el neosomocismo (FDN), por un lado, y el leninismo-estalinismo<sup>(9)</sup>, por el otro. Pienso que si a los nicaragüenses se les concede la posibilidad de decidir *por sí mismos*, sin tuteladas externas ni internas, la mayoría de ellos inclinará su voto hacia el rechazo de *cualquiera* de las vías autoritarias. Empero, habida cuenta de la indefinida prolongación de la SE, cabe preguntarse: ¿llegarán a tener alguna vez esa posibilidad plenamente?<sup>(10)</sup>.

*tionalismus*: pseudo- o cripto-constitucionalismo)" (Engels, *Contribución al problema de la vivienda*, sección II, cerca del final de dicha sec. —los subrayados son nuestros—). La posibilidad de que también un gobierno "socialista" resulte ser en realidad de tipo burocrático-bonapartista, si pone en práctica un modelo como el de los regímenes leninistas, fue advertida desde el comienzo por los observadores más lúcidos (incluso entre los de la izquierda: Rosa Luxemburgo, etc.) de la Revolución de 1917. Posibilidad que luego se vio confirmada, una y otra vez, por la experiencia de lo que pasó en *todas* las revoluciones donde el Poder cayó en manos de marxistas-leninistas (mejor dicho, leninistas-estalinistas: pues no se sabe de ningún país donde los llamados "marxistas leninistas", una vez adueñados del Poder, no hayan puesto en práctica antes que nada las típicas medidas estalinistas de progresiva expansión y reforzamiento elefantíacos del aparato represivo del Estado, para asegurar así al máximo las privilegiadas posiciones de la nueva élite). Marx alcanzó a advertir con mucha claridad ese fenómeno general de los nuevos tiempos, el de la extensión de la maquinaria estatal para beneficio directo de la nueva capa gobernante: "Todas las revoluciones *perfeccionaban* esa máquina (la del Estado), en vez de destruirla. Los partidos que luchaban alternativamente por la dominación consideraban la toma de posesión de ese inmenso edificio del Estado como el *botín principal* del vencedor" (*El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, sección VII, hacia el comienzo de dicha sec. —subrayados nuestros—). Y lo propio se da, pero alcanzando unas dimensiones que Marx no llegó a imaginarse, en nuestra época; señaladamente, en los países de bonapartismo socialista. *Vid.* también, respecto a todo esto, las observaciones transcritas *infra*, apartado V (v), y las tres notas que siguen a la presente.

(9) Leninismo-estalinismo: es el nombre correcto para el mal llamado "marxismo-leninismo", modelo social que más bien corresponde a lo que ya el propio Marx denominó *communisme de caserne* (comunismo de cuartel). "Qué formidable ejemplo de un comunismo de cuartel! Todo está ahí: comedores y dormitorios comunes, comisarios de control y *comptoirs*, la regulación de educación, producción y consumo; en síntesis, de toda actividad social. Y en lo alto, *nuestro Comité*, anónimo y desconocido, como suprema dirección" (Marx, *La Première Internationale: Recueil de documents*, ed. J. Freymond, Ginebra, 1962, p. 446) [cita tomada de: Shlomo Avineri, *El pensamiento social y político de Carlos Marx*, trad. de Esteban Pinilla de las Heras, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 321]. Cf. también las precisiones de Marx sobre el "comunismo grosero", en sus *Manuscritos económico-filosóficos* de 1844, tercer manuscrito, cerca del comienzo (folios III y IV).

(10) La nueva Constitución nicaragüense autoriza, en términos que para nada se diferencian de lo que es usual en las Cartas constitucionales de los países capitalistas, a que: "El Presidente de la República en caso de guerra o cuando así lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas

Un proceso de institucionalización *pluralista* es compatible con una SE como la actual de Nicaragua, solo en la medida en que, a pesar del mantenimiento de dicha situación, la élite en el Poder NO disponga de fuerzas tan poco limitadas como para que le permitan encaminar ese proceso hacia el establecimiento de una autocracia que, sean cuales fueren los eslogans ideológicos invocados, no podría sino constituir un expediente para sostener en calidad de nueva clase privilegiada a esa misma élite. Claro que *toda* institucionalización, también la del tipo ED, no puede menos que traducirse en privilegios para unos estratos (minoritarios) y beneficiar menos a otros (mayoritarios); y habrá también allí una ideología dominante que sirva para legitimar dichos privilegios. Pero la forma ED es la estructura institucional del Poder donde los abusos de las clases dominantes tienen, dentro de la relatividad de las cosas, posibilidades de ser menos dañinos para la mayor parte del resto de la colectividad. Una SE, por su lado, suele su-

---

o en caso de catástrofe nacional, podrá suspender en todo o en parte del territorio nacional, los derechos y garantías consagrados en la Constitución" (art. 185). Esa es la forma de legitimar un clásico medio de represión: "el estado de sitio. ¡Magnífico invento, aplicado periódicamente en cada una de las crisis sucesivas en el curso de la revolución francesa! Y el cuartel y el vivac, puestos así, periódicamente, por encima de la sociedad francesa para aplastarle el cerebro y convertirla en un ser tranquilo; el sable y el mosquetón que periódicamente regentaban la justicia y la administración, ejercían tutela y censura, hacían funciones de policía y oficio de serenos; el bigote y la guerrera que se preconizaban periódicamente como la sabiduría suprema y como los rectores de la sociedad: ¿no tenían necesariamente el cuartel y el vivac, el sable y el mosquetón, el bigote y la guerrera, que dar por último en la ocurrencia de que era mejor salvar a la sociedad de una vez para siempre, proclamando su propio régimen como el más alto de todos y descargando por completo a la sociedad civil del cuidado de gobernarse por sí misma?" (K. Marx, *El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, apartado II). Ese "magnífico invento" ha seguido siendo utilizado por las élites en el Poder, hasta nuestros días, en regímenes de los más variados signos ideológicos. En Nicaragua se ha vivido bajo estado de sitio —aunque no sea ese el nombre oficial— en forma prácticamente ininterrumpida desde el triunfo de la revolución sandinista, o desde muy poco después. Así, al ser aprobada la nueva Constitución (enero de 1987), el estado de emergencia, levantado sólo por algunas horas, se reinstaló de inmediato. Cabe acotar que las características típicas de los estados de sitio: férrea concentración del poder político en los jefes de las fuerzas armadas, estricta censura de los medios de difusión pública (prensa, radio, TV), toda clase de restricciones a la oposición política, etc., se dieron en Nicaragua desde mucho antes de existir la acción armada de la "contra" (cuyo núcleo principal —FDN— responde, es cierto, al mando de conocidos elementos de la dictadura somocista). [Con posterioridad a esta ponencia, Eduardo Ortiz Ortiz publicó un estudio de la actual Carta nicaragüense titulado: *Comentarios sobre la Constitución sandinista*, LIL, San José de Costa Rica, 1987. Ese trabajo confirma, mediante un detallado y penetrante análisis del texto en cuestión, el bonapartismo (aunque él no le llama así) de dicha Carta, respecto a la cual el autor concluye que: "la Constitución sandinista crea un gobierno presidencial fuerte, que puede ser arbitrario y que está centrado en un Presidente irresponsable" (p. 10, y también en la contratapa).]

ministrar —provenga ella o no de un ED— oportunidades particularmente favorables para que tales abusos se multipliquen<sup>(11)</sup>, máxime los de las autoridades, y tanto más cuanto mayores sean las prohibiciones puestas a la crítica *pública* de lo que hagan y de lo que digan (o no digan) los más altos jefes estatales. De ahí que, en general, las institucionalizaciones efectuadas bajo SE hayan correspondido poco, por lo menos en la práctica, al tipo ED. Antes bien, han servido para aniquilarlo o para impedir que él llegue a establecerse.

### III. ¿CUÁLES DERECHOS HUMANOS DEBERÁN SER GARANTIZADOS EN CUALQUIER SITUACIÓN, POR EXTREMA QUE FUERE?

Esta pregunta, a diferencia de las dos anteriores, no se dirige esencialmente a indagar unos condicionamientos fácticos, sino que apunta a un *debe ser*. La respuesta que se formule dependerá, en consecuencia, del sistema de valores adoptado, la ideología política que se prefiera.

No bastaría proponer, para dejar bien determinado el punto, el ceñirse a la doctrina *general* de los "derechos humanos" (DH). Esta contiene tanto concepto indeterminado —"dignidad de la persona humana", "libertad", "orden público", "derechos de los demás", etc.— y tolera tanta antinomia —por ejemplo, entre los mencionados conceptos, e incluso entre distintas interpretaciones en el seno de cada uno de ellos—, que en definitiva es susceptible de ser entendida (y de hecho lo es) en las formas más variadas. ¡Hasta dictaduras militares tan represivas y tan inescrupulosas como la de Pinochet, o la de Castro, dicen estar "a favor" de los derechos humanos<sup>(12)</sup>, al unísono con la totalidad de los locutores del mundo diplomático!

En efecto, la *terminología* de los DH puede ser usada de muchas maneras, ella es usual hasta en el lenguaje público de gobiernos muy ope-

- 
- (11) "Una situación brutal no puede ser mantenida en pie sino con brutalidad" (Marx, carta a Arnold Ruge, mayo de 1843).
  - (12) "...destaco la clara definición que se hace en la propia Constitución de las bases fundamentales de la nueva institucionalidad, donde se afirma una concepción del hombre basada en su *dignidad espiritual* ... un notorio robustecimiento de los *derechos personales*, y en particular de aquellos que más interesan a cada hombre y mujer en su vida diaria o familiar" (Augusto Pinochet Ugarte, Exposición hecha al país el 10 de agosto de 1980). "DECIDIDOS a llevar adelante la Revolución triunfadora del Moncada y del Granma, de la Sierra y de Girón encabezada por Fidel Castro ... CONSCIENTES ... de que sólo el socialismo y el comunismo, cuando el hombre ha sido liberado de todas las formas de explotación: de la esclavitud, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la *entera dignidad del ser humano*; y de que nuestra Revolución elevó la *dignidad* de la patria y del cubano a superior altura" (Constitución de la República de Cuba, Preámbulo). [Los subrayados son nuestros.]

sivos. Pero a pesar de todo, aun con el provecho que de su retórica puedan eventualmente sacar las élites en el Poder, el papel histórico más específico de dicha doctrina ha sido el de servir para conformar unos discursos y unos institutos capaces de "frenar" a los gobernantes, por lo menos hasta cierto punto. En el contexto de los ED ella ha llegado a obstaculizar, en alguna medida, el autoritarismo y en general la irresponsabilidad de las autoridades, inclusive de las más altas. Cuando el discurso de los DH no se utiliza para simples efectos retóricos —en oratorias de día feriado, en los organismos internacionales, etc.—, entonces las apelaciones a esos derechos (me refiero a las concretas) han mostrado que pueden tener un alcance práctico, que es su sentido valioso: poner en movimiento defensas frente a la élite en el Poder y a sus subalternos. Simplificando un poco, puede decirse que, a grandes rasgos, la teoría político-constitucional se divide básicamente, hoy como ayer, en dos grandes campos: el de quienes privilegian la *Razón de Estado* (llámese Doctrina de la Seguridad Nacional, marxismo-leninismo [nombre más correcto: leninismo-estalinismo], etc.) y el de quienes privilegian los derechos frente a las autoridades (doctrina de los DH, teoría del ED, etc.). En ambos casos, el sistema constitucional funciona, por supuesto, más en beneficio de unos sectores minoritarios dominantes que en favor del resto de la población. Solo que, en regímenes donde los detentadores del Poder disfrutaban con máxima amplitud de los beneficios que les brinda la excusa "Razón de Estado" —los más representativos, aunque no los únicos, en América Latina son el de Chile y el de Cuba—, allí el grado de indefensión de los particulares frente a las autoridades es mucho mayor que en los ED. La élite en el Poder puede, así, prescindir más fácilmente de tomar en cuenta los intereses de los sectores populares y en general de quienes no forman parte de esa élite, del mismo modo que viola con impunidad los DH básicos de opositores.

Puesto que, sea cual fuere el régimen político, se dan inevitables antinomias entre DH, las medidas que se adoptan para favorecer a tales o cuales de ellos implican, como contrapartida, perjuicios para tales otros. Y esto no solo con el fin de asegurar unos beneficios típicos a los estratos privilegiados del país en cuestión, sino incluso por las múltiples contradicciones de intereses entre distintos sectores (no privilegiados o menos privilegiados) de la población en general. En materia de DH, la cuestión decisiva es: ¿qué DH, y los de quiénes, serán sacrificados en beneficio de otros DH de otras personas? Para esta pregunta no hay una respuesta única, ya que la opción —¿quiénes y en qué medida serán privilegiados?, ¿quiénes y en qué medida serán perjudicados?— depende de: a) la ideología política que se tome como base, las preferencias axiológicas que esta postula y el tipo de estratificación social para el cual ella sirve de apoyo; b) las circunstancias de hecho y, por tanto, cuáles son los DH que resulta imposible realizar todos a la vez (en ciertos grados) *bic et nunc*. Si lo expresamos mediante la nomenclatura utilizada antes [apartado I], los DH que incluyamos en nuestro "debe ser" constituyen la X cuyas posibilidades hay que examinar en función de Y.

Si esta X no la construimos como subordinada a una Razón de Estado, o sea, a la defensa incondicional de los intereses privilegiados de los detentadores del Poder —pues siempre son estos, y algunos sectores minoritarios, los principales beneficiarios, en la práctica, de las medidas represivas que se adoptan en nombre de tal Razón—; y si, en cambio, tomamos como pauta de X la doctrina clásica (¡no la simple retórica!) de los DH —vale decir, si no se consiente que haya libre disponibilidad sobre los gobernados por parte de los gobernantes—: entonces, el común de la gente no podría ser instrumentalizada sin más, contra *su voluntad* (p. ej., servicio militar *obligatorio*), al servicio de la élite en el Poder, ni siquiera en SE o con el pretexto de que esa élite es la sacerdotiza de la Razón de Estado.

Ahora bien, hay una "fuerza" que es *conditio sine qua non* para que las autoridades se sientan coercionadas, así sea hasta cierto punto, a respetar derechos que a ellas les resulten incómodos. Es el hecho de que puedan ser puestas en práctica *todas* las libertades de expresión del pensamiento, por todo tipo de medios de difusión, y más que nada la de publicar *cualquier* crítica a los gobernantes. Ya advertía Marx (¡no Lenin ni Stalin, desde luego!):

"La verdadera censura, fundada sobre la propia naturaleza de la libertad de prensa, es la *crítica*; este es el tribunal que la libertad de prensa instituye en su propio seno [subrayado por Marx]. La censura es la crítica como monopolio del gobierno... Con la falta de libertades de prensa, *todas* las otras libertades son *ilusorias* [subrayados nuestros]"<sup>(13)</sup>.

No pretendo afirmar —ni, seguramente, lo pensaba Marx— que la libertad de expresión del pensamiento es el DH más importante *en sí mismo*. Sólo señalo que, si no se respeta *ese* derecho, lo más probable es que tampoco sea respetado ningún otro; ni siquiera, por ejemplo, el derecho de huelga, en cuanto "moleste" a los gobernantes. Y de ahí que, como decía Aníbal Barbagelata:

"cuando un régimen se encamina hacia la autocracia, es por instinto que la libertad de expresión viene a constituir lo primero que es objeto de ataque"<sup>(14)</sup>.

En síntesis, mi respuesta a la presente pregunta es: sean cuales fueren los derechos humanos que deberán ser garantizados en cualquier situación

(13) K. Marx, *Debates sobre la libertad de prensa*.

(14) A. Barbagelata, intervención oral, agosto de 1982.

(por ejemplo: derecho a la vida<sup>(15)</sup>, a la integridad física, a no ser condenado sin debido proceso legal ante tribunales independientes, etc.), ninguno de esos derechos será efectivo si no está asegurado el derecho a la libre expresión pública del pensamiento, por todos los medios de difusión, sin excluir *ningún* tipo de críticas o denuncias contra los gobernantes —salvo, en todo caso, la difusión de secretos estrictamente militares—. En cuanto se establecen restricciones a tal libertad, con o sin el pretexto de unas SE, en igual (o mayor) medida descaecen, de hecho, las *garantías* para los otros DH también. Claro que semejante libertad NO es una ventaja para los gobernantes, para sus intereses de élite... ¡mas de *eso* se trata, justamente!

*Acotación.*—Es cierto que ningún instituto jurídico puede bastar para ofrecer una verdadera "garantía" del respeto por tales o cuales DH. Sin embargo, las garantías jurídicas constituyen un medio menos imperfecto, para tales fines, que la inexistencia de estas. Y la condición mínima —no digo la condición suficiente— para la efectividad, aunque sea relativa, de otras garantías jurídicas de los DH básicos, es el mantenimiento de la más amplia libertad para la divulgación *pública* de informaciones y opiniones. Sobre todo, el que no exista ningún impedimento de crítica a las autoridades: que sea posible difundir y objetar *cualquier*<sup>(16)</sup> conducta de estas, y hacerlo desde *cualquier* posición doctrinaria. ¡Con *más* razón aún si está decretada la SE! Porque las facultades que las autoridades se arrogan en tales situaciones son, precisamente, las que mayor facilidad les otorgan para incurrir en abusos y, en general, para allanarles el camino hacia una autocracia, sea capitalista o socialista<sup>(17)</sup>.

(15) Esto es, el "derecho a la vida" incluso *frente* al Poder; por ejemplo, que este no tenga la potestad de mandar a morir a los ciudadanos comunes imponiéndoles un servicio militar *obligatorio*. (En cambio, no habría nada que objetar si —¡pero es utópico pensar que se conseguiría hacerlo realidad!— esa obligación fuera establecida antes que nada para los gobernantes mismos y en general para todos aquellos que ocupen altos puestos de decisión en el aparato estatal, vale decir, para quienes son los que resuelven, o por lo menos corresuelven, que haya una guerra. No habría por qué negarles, precisamente a *ellos*, que disfruten también el privilegio de ocupar la primera fila en las líneas de los combates *reales*, ya que están de acuerdo con que los haya; y el resto de las fuerzas militares estaría formado por aquellos ciudadanos que, voluntariamente, compartan el entusiasmo guerrero de esas autoridades estatales.)

(16) Este "cualquier" ha de entenderse, como ya advertimos, con la excepción de ciertos secretos *estrictamente* militares. Claro que también podría pensarse en algunas otras excepciones: por ejemplo, en cuanto a rumores falsos capaces de producir un pánico financiero, o el anuncio (no científico) de catástrofes naturales inminentes que provocarían una huida masiva de poblaciones, etc. Pero no son *esos* tipos de casos los que dan lugar a los impedimentos de que la libertad de expresión es objeto en Nicaragua, ni en general cuando en un país la élite en el Poder acude a la censura. Cf. también *supra*, la nota 7.

(17) Cf. *supra*, nota 8, e *infra*, el apartado V (v).

#### IV. ¿DEBE EXISTIR UN "NÚCLEO SÓLIDO" EN TODA CONSTITUCIÓN? ¿CUÁL DEBE SER SU CONTENIDO?

Esta pregunta cabe responderla de modo similar a la anterior. La doctrina del "núcleo sólido", o de las "cláusulas pétreas", es una *façon de parler*, convencional como toda terminología jurídica. Puede dársele ese nombre, si se quiere, a ciertas partes de la Constitución. Se trata de aquellas que deberían, de acuerdo con preferencias ideológicas fundamentales de la doctrina política a la que se estime afiliada esa Constitución, estar al abrigo de modificaciones, para que no se altere la "esencia" de esta. Así, por ejemplo, la Constitución italiana y la de Alemania Federal declaran inmodificables los derechos fundamentales y la forma republicana de gobierno consagrados en ellas.

El verdadero plano del asunto está bien indicado en la pregunta: no se trata de una cuestión de "es", como se imaginan los iusesencialistas, sino de "debe". Quiere decir que no existe *necesidad*, ni lógica ni ontológica, de que las Constituciones tengan tal o cual "núcleo sólido". Es un problema de *opciones* valorativas. Pero *si* se desea, por ejemplo, que la Constitución sea un factor favorable para cumplir el principal papel *tuitivo* que tales documentos puedan tener, el de "frenar" al Poder, entonces resulta aconsejable, en efecto, consignar allí como "núcleo sólido" algunas cosas que son indispensables para esos efectos: verdadera división de Poderes, régimen verdaderamente pluralista de elecciones, oponibilidad de derechos fundamentales (inclusive la libertad de expresión) frente al Poder, etcétera. Si así se hace, con ello se abre lugar en la dinámica social para un factor favorable, aunque no siempre decisivo, en cuanto a limitar el arbitrio de la élite en el Poder y proteger mejor contra este a las personas de la población en general, los no privilegiados; en la medida, claro está, en que dicha élite no sea, de hecho, lo bastante poderosa como para desacatar impunemente el texto constitucional o para interpretarlo a su libre gusto.

Sin embargo<sup>(18)</sup>, la teoría del "núcleo sólido" no deja de revelar cierta ingenuidad en quienes la sostienen. En el fondo, es tributaria de ilusiones iusnaturalistas (esencialistas) y normativistas respecto al papel de los textos constitucionales. Supone que los cambios en las Constituciones, o en la aplicación de estas, puedan ser detenidos por la letra de unas interdicciones, si se estampan tales o cuales fórmulas de artículos. Lo cierto, por el contrario, es que no existe manera de evitar que una Constitución sufra alteraciones, expresas o tácitas, sea en la parte que sea, si las fuerzas sociales dominantes en la sociedad respectiva están resueltas a cambiar de soluciones. En tal caso, o bien será impuesta una nueva Constitución, diga lo que diga la vieja, o bien, aunque mantenga su vigencia formal el mismo

(18) Las observaciones que siguen, hasta el final de este apartado (IV), no estaban en la ponencia original. Se formulan ahora, teniendo en cuenta la discusión que sobre el asunto del "núcleo sólido" tuvo lugar en la sesión final del Seminario, donde la mayor parte de las intervenciones al respecto estuvieron orientadas en la dirección que arriba se critica.

texto, habrá juristas que se las ingeniarán para ajustarle unas interpretaciones que en definitiva permitan hacer (¡legalmente!) lo que aquellas fuerzas quieren.

La fijación de un "núcleo sólido", aun en el caso de resultar operante, esto es, si logra obstaculizar cambios en la letra de ciertas partes de la Constitución, no por ello está en condiciones de asegurar también que, en su caso, se mantenga incambiada la aplicación misma de esas partes. Para poner en práctica los preceptos constitucionales, siempre existen anchos márgenes de opciones —conceptos indeterminados, antinomias entre derechos establecidos, posibilidades variadas de acomodar las relaciones sistemáticas entre artículos, etc.— libradas a la decisión del operador de esos textos, a lo que digan los intérpretes autorizados. Se podrá, acaso, fijar como "núcleo sólido" las palabras de tales o cuales disposiciones constitucionales. No hay forma, en cambio, de "solidificar" la interpretación de estas palabras, en cuanto las autoridades interpretantes deseen (o se vean presionadas a) darles una nueva orientación al aplicar dichas fórmulas.

Si bien se mira, la doctrina del "núcleo sólido" guarda correspondencia, en el nivel jurídico, con tendencias muy arraigadas en la conciencia lingüística vulgar. Nuestras maneras corrientes de "ver" la madeja de lo social están guiadas básicamente por precomprensiones mitológicas acerca de ese mundo, y en particular es tal el caso de las ideologías políticas más difundidas. Nuestra "construcción social de la realidad"<sup>(19)</sup> consiste, en gran parte, en asignarle unas dimensiones de fetiche a ciertos símbolos lingüísticos, mediante los cuales hacemos palpables los ídolos y las normas en que creemos: por ejemplo, el nombre que "construye" a la patria, o el de instituciones, las palabras claves de ideologías, etc. A menudo, esos fetiches obran en la conciencia de los individuos de manera tal que estos, por creerlos entes reales, hacen o dejan de hacer cosas, en homenaje a la veneración que sienten por aquellos. Mas también ocurre, con frecuencia no menor, que el fetiche llena una mera necesidad psíquica de quien cree en él, esto es, no tiene efectos prácticos externos. Entonces se siente la necesidad de invocarlo, de expresar una "fe" en él, aunque de hecho no se acaten las normas imputadas a ese ser imaginario. Se *aceptan*, pero no se *actúa* de acuerdo con ellas<sup>(20)</sup>. Aun en este último caso, sin embargo, el sujeto

(19) Cf. Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad* (trad. de Silvia Zuleta, revisión técnica de Marcos Giménez Zapola), Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1968.

(20) El ejemplo típico de este desfase entre el "dicho" y el "hecho" son, cosa que todo el mundo sabe, las formas corrientes como se profesan creencias religiosas, máxime en el caso del cristianismo (por formular este las más altas exigencias de conducta, en la teoría, ello es también lo que *menos* se realiza, en la práctica). Tal desfase caracteriza igualmente al discurso público de los dirigentes políticos en general: "...el 'bien público', la 'felicidad de los súbditos', la 'gloria de la nación'; palabras siempre proscritas en los gabinetes ministeriales y tan profusamente empleadas en los edictos públicos, que no hacen más que anunciar órdenes funestas y consi-guen que los pueblos giman de antemano cuando sus amos les hablan de sus desvelos paternos" (Rousseau, *op. cit.* en la nota 1, p. 39).

no se da cuenta de la fantasmagoría del fetiche, sino que, muy por el contrario, asigna una importancia cardinal al hecho de proclamarlo, de hacer manifiesta su adhesión a él. Está convencido de que esto no es indiferente, le parece indispensable pronunciar esas palabras como conjuro. Diciéndolas, o estampándolas en un documento, se presupone que conllevan, por la fuerza de *ellas mismas* (son rasgos del pensamiento mágico), unos efectos irresistibles que han de recaer sobre sus locutores o hasta sobre colectividades enteras; piénsese, por ejemplo, en el rito de las juramentaciones para desempeñar cargos públicos o en las declamaciones que se ponen como pre-ámbulos constitucionales. De manera análoga, la idea de que mediante unas fórmulas incorporadas a las Constituciones pueda "solidificarse" el devenir histórico de estas, no es sino otra manifestación de esas orientaciones mágicas en el uso del lenguaje, que para el Derecho toman cuerpo sobre todo en los modos normativistas de encararlo<sup>(21)</sup>.

Mas a pesar de esta endeblez teórica, también es cierto que, en la medida en que los intérpretes autorizados *crean* poder apoyarse en un "núcleo sólido" de la Constitución frente al Poder, tal idea, aunque sea más

(21) "...el sistema animista aparece acompañado de una serie de indicaciones sobre la forma en que debemos comportarnos para dominar a los hombres, a los animales y las cosas, o mejor dicho, a los espíritus de los hombres, de los animales y de las cosas. Este sistema de indicaciones [es] conocido con el nombre de *hechicería* y *magia*... No es difícil descubrir que la magia constituye la parte más primitiva e importante de la técnica animista, pues entre los medios utilizados para influir sobre los espíritus hallamos procedimientos mágicos y, además, la encontramos aplicada en casos en los que aún no parece haber tenido efecto la espiritualización de la Naturaleza. La magia responde a fines muy diversos, tales como los de someter los fenómenos de la Naturaleza a la voluntad del hombre, protegerle de sus enemigos y de todo género de peligros [actualmente, también los de origen social] y darle el poder de perjudicar a los que le son hostiles. (...) [E]l principio de la magia es tan evidente que ha sido reconocido por todos los autores...: *Mistaking an ideal connexion for a real one.* (Tomar, equivocadamente, una relación ideal por una relación real.)" [pp. 106-107]. Las cosas se borran ante sus representaciones y se supone que todos los cambios impresos a estas alcanzan necesariamente a aquellas y que las relaciones existentes entre las segundas deben de existir igualmente entre las primeras. (...) Resumiendo, podemos decir que el principio que rige a la magia, o sea, la técnica del pensamiento animista, es el de la 'omnipotencia de las ideas'. (...) La omnipotencia de las ideas, o sea, el predominio concedido a los procesos psíquicos..." [pp. 115 y 117]. "La técnica del animismo, o sea, la magia, nos revela clara y precisamente la intención de imponer a los objetos de la realidad exterior las leyes de la vida psíquica... Mientras que la magia utiliza aún en su totalidad la omnipotencia de las ideas, el animismo cede una parte de esta omnipotencia a los espíritus, abriendo así el camino a la religión" [pp. 122-123]. [Citas tomadas de: Sigmund Freud, *Tótem y Tabú* (trad. de Luis López-Ballesteros y Torres), Alianza Editorial/El Libro de Bolsillo N° 41, Madrid, 1985, cap. 3.] En el *normativismo*, o sea, la tendencia a concebir el Derecho como un mundo semántico autosuficiente y capaz de imponerse *per se* a las realidades sociales, tal fe en la "omnipotencia de las ideas" —en este caso, recurriendo como técnica mágica a la "omnipotencia" atribuida a unos textos jurídicos (p. ej., los de las Constituciones) a quienes se

o menos ficticia, en la práctica tal vez proporcione —si hay condiciones reales propicias— un elemento de resistencia contra ciertas interpretaciones autoritarias del texto constitucional.

## V. ACOTACIONES

(i) *La Constitución como "freno" al Poder.*—Esta tesis, afín a ideas del liberalismo político, aparece reiteradamente expresada o presupuesta a lo largo del examen aquí efectuado. No faltará quien contra ella señale que en los Estados modernos, de todo tipo, más bien se verifica un movimiento en sentido contrario: la expansión cada vez mayor de la órbita de intervenciones del aparato estatal y la impotencia cada vez mayor de los individuos corrientes ante los detentadores del Poder. Tal es, en efecto, la tendencia real. Las posibilidades de establecer una sociedad de tipo marxista, en el sentido de la *Crítica del Programa de Gotha*, resultan día con día más utópicas. La única alternativa factible, en nuestros tiempos, se da entre: organizaciones estatales donde los detentadores del Poder son máximamente irresponsables y privilegiados, por un lado; y organizaciones estatales donde el Poder está sujeto a mayores controles —aunque, de todas maneras, sigue siendo muy poderoso— depositados en manos de otros sectores de la colectividad, por el otro lado. Es en esta segunda clase de organizaciones donde la Constitución puede desempeñar un papel tuitivo, aunque limitado, en favor de los ciudadanos comunes, y hasta de los "herejes", si contiene las instituciones de *freno*. Para estos efectos, dichas instituciones no son superfluas ni son utópicas. Ellas, precisamente, caracterizan al modelo ED; esto es, el de países que no tienen que cerrar sus fronteras para que la gente propia no se les escape, sino, en todo caso, preocuparse porque no escapen hacia allí los súbditos de países donde *no* hay ED. El ED, ese régimen donde los "frenos" son *mayores*, aunque no sean suficientes, es a la vez el sistema donde los intereses de las mayorías se hallan *menos* desprotegidos. Por tanto, vista la imposibilidad de crear una sociedad como aquella con que soñó Marx, y dada la amplia experiencia hecha con modelos antimarxistas como son todos los de orientación leninista, no hay más remedio que concluir que, a pesar de sus defectos (¡enormes!), el modelo constitucional ED es, por los "frenos" que *solo él* contiene, el menos desfavorable de los disponibles en la época actual. Y también es, como lo demuestra la Historia,

confía la obtención de esos efectos— desempeña un papel decisivo. [También en otro contexto me he referido a semejantes precomprensiones, tan comunes entre juristas, y no solo entre ellos, dándole entonces a esa figura el nombre de "platonismo de las reglas" (así le llama Hubert Rottleuthner): cf. Enrique P. Haba, "De la fantasía curricular", en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 56 (mayo-agosto 1986), pp. 11-48. San José de Costa Rica, 1987; *vid.* allí, pp. 33 y sigs.] Cf. también: Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970; *vid.* allí los sitios que en el Index (p. 400 ss.) aparecen indicados bajo las rúbricas "Basic Legal Myth", "Platonism" y "Word-magic".

el más susceptible de permitir mejoras por vías del menor costo en sufrimientos humanos<sup>(22)</sup>.

(ii) *Necesidad y efectos favorables del Poder.*—Nada de lo dicho significa negar que, a pesar de los múltiples perjuicios que las intervenciones del Poder causan a derechos humanos, sobre todo a los de miembros de estratos no privilegiados, no menos cierto es que el Poder tiene también, necesariamente, unas intervenciones *tuitivas* respecto a los particulares, incluso los de clases medias y bajas: protección contra delincuentes comunes, servicios sociales, etc. De lo que se trata, cuando hablamos de "frenar" al Poder, no es de impedirle que cumpla estas *otras* tareas, indispensables, sino de evitar que, con el pretexto de ellas (o de otras más abstractas: defensa de la moral pública, la nacionalidad, etc.), sus detentadores violen derechos humanos básicos y, en general, se aprovechen autoritariamente de sus posiciones de mando. Aquellos "frenos" son siempre necesarios, puesto que, como señala Mourgeon,

"El Poder es simultáneamente el proveedor y el sepulturero de los derechos humanos, y más esto que aquello"<sup>(23)</sup>.

(iii) *Sobre los llamados "derechos económicos, sociales y culturales"*.—En ningún punto he mencionado estos derechos. Eso porque, a decir verdad, su enunciación en las Constituciones resulta, por lo general, prácticamente inocua. Afecta poco o nada al papel *real* que una Constitución cumple en su medio, la circunstancia de que su texto contenga o no contenga tales declaraciones. Estas, ya sea las que se recogen en las Constituciones mismas o las del Pacto Internacional homónimo, en su casi totalidad son de mera índole *programática* (de "Desarrollo progresivo" dice la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 26). Y difícilmente podrían ser otra cosa. Se trata, en lo fundamental, de una especie de excurso literario para adornar el cuerpo de las Cartas, tanto en países capitalistas como en los socialistas. Los derechos realmente operacionales, de esas pomposas listas, podrían ser el de huelga y el de sindicación. Pero estos suelen mencionarse allí con sujeción a unos límites: "orden público", "reglamentación por ley", etc., que dejan la exigibilidad del derecho en manos, prácticamente, de la buena voluntad del Poder. En las autocracias leninistas-estalinistas las huelgas son inadmisibles, están del todo reprimidas, y en las democracias capitalistas no es raro que sean declaradas "ilegales". De ahí que, en la práctica, la Constitución solo llega a jugar un papel *real* (eventualmente) en la materia de los derechos civiles y políticos, y para fijar la estructura político-institucional básica. Las posibilidades reales son dos: o el texto constitucional sirve,

(22) Sobre ese "costo", cf. Russell, *op. cit.* (en la nota 1), Segunda Parte, caps. IV y VII; *vid.* también *infra*, el párrafo final (v) de este apartado.

(23) Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France (Que sais-je? N° 1728), París, 1978, p. 11.

en efecto, para limitar al Poder, por lo menos hasta cierto punto (ED); o bien, al hablar de unos derechos civiles y políticos, el Poder los invoca sobre todo como *aiibi* para legitimar sus intervenciones represivas —defensa del "orden público", de la "seguridad nacional", etc.—, o simplemente se deja que esos derechos reposen como letra muerta aunque se mencionan en discursos oficiales (y en la Facultad de Derecho). No debería confundirse lo que son las posibilidades de la técnica constitucional, bastante limitadas, con la promoción real de los intereses vitales de cada individuo. Es obvio que, para una persona corriente, mucho más importante es tener casa y comida que disfrutar de la libertad de expresión... suponiendo (¡lo que no es verdad!) que ambas dimensiones fuesen incompatibles. Solo que, mientras la casa y comida es algo que depende poco o nada de que en la Constitución se diga o no se diga que hay tal derecho, en cambio respecto a otros renglones, p. ej. para la libertad de expresión, unas disposiciones constitucionales pueden, aunque no siempre, constituir un factor importante para apoyar su efectividad. Si bien no será dañino incluir en la Constitución un catálogo de derechos "económicos, sociales y culturales", la importancia práctica de la Carta se juega en otros tipos de disposiciones, aquellas que consigan establecer *controles precisos* al Poder y *recursos netos* de los particulares contra intervenciones de este violatorias de derechos fundamentales. Por eso, como la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales es, en el plano constitucional, un capítulo básicamente retórico, no fue tomado en cuenta a lo largo de los apartados anteriores, pues mi interés se centra en aspectos de la normativa que pueden tener real incidencia sobre la conducta de las autoridades.

(iv) *Remisiones*.—Los puntos tocados en esta ponencia tienen que ver con cuestiones que se examinan con mucho más detalle en la obra siguiente: Enrique P. Haba, *Tratado básico de derechos humanos*, vol. I (Conceptos fundamentales) y vol. II (Indicadores constitucionales), Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986 [los vols. III y IV están redactados, pero no se ha conseguido editor]. De dicha obra se puede consultar, como ampliación de ideas expuestas en esta ponencia, sobre todo algunas partes:

- en cuanto al Estado de Derecho y sus relaciones con el Poder, cf. los §§ 16.III y 42;
- en cuanto a opciones interpretativas frente a los conceptos indeterminados del discurso de los derechos humanos, cf. el cap. III (especialmente sus §§ 18 y 23);
- en cuanto a las situaciones de emergencia, cf. el cap. VII (especialmente sus §§ 61, 64.III, 65, 70 y 71) [y cf. además *Revista Judicial* N° 36, pp. 81 y sigs.];
- en cuanto a la libertad de expresión como garantía genérica de otros derechos, cf. el cap. VIII (especialmente sus §§ 72, 75, 76 y 81) [y cf. además *Revista Judicial* N° 37, pp. 65 y sigs.];

- en cuanto al normativismo, cf. la Tesis 5 (con su Ampliación) del § 28.VII, y el § 103.IV en el t. III;
- en cuanto a los derechos económicos, cf. el cap. IX (especialmente sus §§ 83 y 84 [y cf. además *Revista Judicial* N° 38, pp. 79 y sigs.]).

Cf. además, sobre la justificación ideológica de regímenes autoritarios (con o sin declaración formal de "emergencia") en América Latina, un estudio complementario: Enrique P. Haba, "Doctrina ideal y doctrina real de la seguridad nacional", en *Memoria del Primer Congreso Mundial de Derechos Humanos*, vol. IV (Los derechos humanos y su protección por parte del Estado), pp. 153-203, San José de Costa Rica, 1934. Y particularmente en cuanto a la función de lo que denomino "términos-bandera", punto muy vinculado también con lo que suele llamarse "fórmulas vacías" (*Tratado...* §§ 17.II y 64.III), véase también: Enrique P. Haba, "Control sobre las libertades, por medio de 'la' Libertad como ideología", en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, N° 51 (junio 1982), pp. 55-69 (cf. especialmente el apartado IV de dicho estudio).

(v) *Addenda*.—Por ejemplo, un examen como el que Bertrand Russell efectuó, luego de una visita *in situ* (1920), sobre la situación de Rusia en los primeros años de la Revolución bolchevique, sigue conservando la más rigurosa actualidad (*op. cit.* en la nota 1). Eso no solo por la asombrosa exactitud que revelaron tener las previsiones en él contenidas (casi todas ellas), sino también porque aquel modelo político sigue inspirando a gobernantes actuales, y con consecuencias muy similares en su órbita interna: regímenes de "socialismo" bonapartista (*supra*, nota 8). Respecto a Nicaragua, por ejemplo, las similitudes con lo observado por Russell no se centran, desde luego, en la trascendencia histórica, la situación internacional, etc., de una y otra Revolución. Mas las similitudes son manifiestas en cuanto a los resultados *internos* fundamentales: miseria acrecentada de la población en general, y también sacrificio de vidas (servicio militar obligatorio) por parte de esta, para defensa de los grandes beneficios que el nuevo "establishment" le reporta *exclusivamente* (cf. también *supra*, nota 3), a la nueva élite en el Poder, la cual absorbe toda clase de privilegios en sus manos y no puede ser desplazada por vías electorales. Vale la pena recordar algunas de esas observaciones de Russell [en la primera cita sustituiré "comunista" o "bolchevique", por "socialista" o "sandinista" —el lector juzgará si el texto, así presentado, conserva pertinencia—]. "Es necesario que haya una administración, es necesario que haya autoridades o funcionarios que controlen la distribución. *Esos* hombres, en un Estado socialista, son los depositarios del poder. (...) El hecho de que haya socialismo —hasta cierto punto— no significa que haya libertad. Si el socialismo fuera más completo, eso no significaría necesariamente una mayor libertad; seguiría habiendo ciertos funcionarios para el control de los abastecimientos, y *esos* hombres podrían gobernar como quisieran mientras conservaran el apoyo de sus soldados. Eso no es mera teoría; es la patente lección de la actual situación en... La teoría bolchevique es que una pequeña minoría ha de apoderarse