



Mónica Pinto
Temas de derechos humanos



28

Temas de derechos humanos
Mónica Pinto

27

Temas de derechos humanos

Mónica Pinto

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales
Profesora de Derechos Humanos y Garantías
y de Derecho Internacional Público
Universidad de Buenos Aires

Prólogo de Antônio A. Cançado Trindade



© 2011 Editores del Puerto s.r.l.
2ª edición - 1ª reimpresión

Corrientes 1515 - 10º - A
C1042AAB - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969 / 4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Impreso en julio de 2011 en
VOROS S.A. Bucarelli 1160.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina.

Pinto, Mónica
Temas de derechos humanos. - 2a ed.
1a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos
Aires : Del Puerto, 2011.
220 p. ; 20x14 cm.

ISBN 978-987-1397-33-4

1. Derechos Humanos. I. Título.
CDD 323

Fecha de catalogación: 29/03/2011

A Mecha y Jacques

*Queda establecido a partir de esta fecha
que haya soles en todas las ventanas,
que el sol tenga derecho a entrar en todas las sombras
y que las ventanas permanezcan todo el día
abiertas al verde donde crece la esperanza.*
(Estatutos del ser humano, art. 3, Thiago de Melo)

Índice

Prólogo	1
Capítulo I	
Noción de derechos humanos	
De las libertades públicas a los derechos humanos	1
Capítulo II	
Cooperación internacional en derechos humanos	15
1. La Carta de las Naciones Unidas.	
Bases del sistema normativo y del sistema de	
protección internacionales	15
2. La Carta como fundamento de derechos y	
obligaciones. Práctica nacional e internacional	24
Capítulo III	
Las declaraciones de derechos humanos	33
1. Valor jurídico	33
A. La Declaración Universal de Derechos Humanos	33
B. La Declaración Americana de Derechos y	
Deberes del Hombre	37
2. Estructura y contenido	40
Capítulo IV	
Tratados de derechos humanos	45
1. El tránsito de la declaración al tratado	45
2. Obligaciones de respeto y garantía	47
A. Derechos civiles y políticos	47
B. Derechos económicos, sociales y culturales	52
3. La doctrina de las "generaciones" de	
derechos humanos	56
4. Características de los tratados de	
derechos humanos	57
Capítulo V	
Aplicación en los ámbitos internos	63
1. La solución constitucional en América	63
2. La solución de los tratados de derechos humanos	71
3. El sistema constitucional argentino	75
4. La hermenéutica de los derechos humanos	80

Capítulo VI

Alcance de los derechos humanos	87
1. Reglamentación "razonable" de los derechos humanos	87
2. Restricciones legítimas a los derechos humanos	89
3. Suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos	108

Capítulo VII

Sistema de protección	
Mecanismos previstos en los tratados	119
1. Los órganos de control	121
2. Los mecanismos de control	125
A. El sistema de informes periódicos	126
B. El sistema de peticiones	129
1. Las partes en una petición	131
2. Los requisitos de una petición	133
3. Admisibilidad	137
4. Trámite de las peticiones	139
5. La decisión	143
3. El sistema judicial	146

Capítulo VIII

Sistema de protección	
Mecanismos establecidos en las organizaciones internacionales	155
1. La Comisión de Derechos Humanos	155
2. La Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías	157
3. El establecimiento de mecanismos de protección	158
4. Los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos	165
5. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	176
Lista de abreviaturas	179
Anexo. Tratados de derechos humanos en vigor en la República Argentina	181
Jurisprudencia	185
Bibliografía	189

Prólogo

Al completar medio siglo de extraordinaria evolución, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos configúrase hoy como un ordenamiento jurídico de protección dotado de especificidad, autonomía y características propias. A pesar de la intensidad de su desarrollo en las últimas décadas, carece, sin embargo, de mayor sistematización, tan importante para el perfeccionamiento futuro de la disciplina. El presente libro se dedica precisamente a la labor de dicha sistematización: a lo largo de todo este tomo de *Temas de derechos humanos* se desprende, en efecto, la preocupación básica de la autora en identificar la especificidad de los derechos protegidos por este nuevo ordenamiento jurídico de protección (con todas las consecuencias que de ahí advienen), y de presentar dicho ordenamiento, en su actual etapa de evolución histórica, como un todo normativo armónico.

Este nuevo *corpus juris* se inspira, fundamentalmente, en la concepción de derechos inherentes al ser humano como tal, y operativamente, en la noción de garantía colectiva y el carácter objetivo de las obligaciones de protección. Es para mi motivo de real satisfacción escribir el Prólogo de una obra de calidad con esta visión, como la presente, aún más por haber tenido la grata ocasión de acompañar, desde sus primeros pasos y durante las dos últimas décadas, la trayectoria académica y profesional de la Profesora Mónica Pinto, y de testimoniar su dedicación y compromiso con la causa común de la salvaguarda de los derechos humanos en los planos nacional e internacional.

La autora, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Profesora de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional

crítica por la autora del presente estudio—muéstrase histórica y jurídicamente infundada; estamos, en realidad, delante de un proceso de acumulación, expansión y perfeccionamiento de un nuevo ordenamiento jurídico de protección, durante el cual nuevos derechos florecen sin que los derechos preexistentes pierdan su perenne actualidad.

Pasando del plano normativo al operativo, la autora del presente estudio relaciona los distintos sistemas—globales (Naciones Unidas) y regionales—entre sí, abarcando los mecanismos tanto convencionales como extraconvencionales, como debe ser. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos comprende instrumentos de naturaleza y efectos jurídicos variables, basados en tratados y resoluciones, que en la práctica se han mostrado esencialmente complementarios. Así lo son también en relación con sus respectivos ámbitos geográficos de aplicación: lejos de existir cualquier pretensión de antagonismo entre las soluciones a nivel global y regional, éstas coexisten a modo de fortalecer el grado de protección debida a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

La universalidad de los derechos humanos no puede limitarse al plano conceptual o normativo, sino se extiende de igual modo al plano operativo (el enfoque sistémico y la no selectividad en cuanto a los casos). La misma metodología adoptada en el examen de los sistemas e instrumentos de protección es utilizada, en el presente libro, también en relación con los diferentes métodos de protección internacional de los derechos humanos (peticiones o denuncias, informes e investigaciones), de igual modo adecuada y operante de modo estanco o comparatimentalizado.

La justa preocupación de la autora con el reconocimiento de la especificidad de este dominio de protección—preocupación común a todos los que actuamos en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos—se hace presente, por ejemplo, en el énfasis en la interpretación *pro homine* (destacada en suce-

Público de la Universidad de Buenos Aires, conjuga una sólida formación académica a la *praxis* en esta área. Del lado académico, v. gr., su libro anterior, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1993), es un ejemplo de análisis claro y objetivo de uno de los aspectos de la operación de nuestro sistema regional de protección. Del lado de la experiencia práctica, la actuación de la Dra. Mónica Pinto ha incidido tanto en el sistema interamericano de protección (en audiencias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) como en el sistema universal, como Experta Independiente sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, de conformidad con sucesivas resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Esta importante y necesaria combinación de teoría y práctica (que en realidad se retroalimentan), propicia el conocimiento seguro y el realismo con que la autora expone la materia en el presente libro. El argumento central de la autora de *Temas de derechos humanos* reside en la distinción entre los derechos humanos, por definición universales por cuanto inherentes a los seres humanos como tales, y las libertades públicas del constitucionalismo clásico, que encuentran expresiones variables en distintas sociedades y legislaciones nacionales. La universalidad de los derechos humanos, señala Mónica Pinto, conduce a la igualdad y esta, a su vez, presenta como corolario la no discriminación.

A partir de esta idea básica la autora desarrolla la exposición, a lo largo de la cual, en el plano normativo, toma en cuenta todos los derechos humanos—civiles, políticos, económicos, sociales y culturales—, a partir de una visión necesariamente integral de los mismos. En efecto, los enfoques atomizados o fragmentados de los derechos humanos se han erigido en detrimento de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como derechos inherentes a la persona humana, sólo pueden ser abordados adecuadamente desde una visión integral. Del mismo modo, la proyección de derechos en “generaciones”—correctamente

sivos trechos del libro), la cual, a la par del principio de la no discriminación, orientan la aplicación de los instrumentos de protección. Según el mismo criterio, como agrega la autora, las restricciones permisibles al ejercicio de los derechos protegidos deben ser restrictivamente interpretadas.

Al reglar nuevas formas de relaciones jurídicas, a la luz de los imperativos de protección del ser humano, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desafía ciertos dogmas del pasado. No rige relaciones entre iguales, pero protege a los más vulnerables; es un derecho de protección contra el poder arbitrario. La autonomía de la voluntad de las partes cede terreno al interés común o superior de protección. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reemplaza las concesiones de la reciprocidad y el voluntarismo egoísta por las consideraciones de *ordre public*. Descarta la polémica clásica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, por su constante interacción con el derecho público interno en la realización del propósito común de protección del ser humano.

No hay como negar que en las cinco últimas décadas mucho avanzamos en la jurisdiccionalización de la protección de los derechos humanos, pero todavía hay un largo camino que recorrer. Hay que instrumentalizar el nuevo ordenamiento jurídico de protección para hacer frente a nuevas fuentes de violaciones de derechos humanos. Hay que combatir la impunidad. Hay que avanzar en la justiciabilidad de todas las categorías de derechos. Hay que insistir en la adopción y perfeccionamiento de las medidas nacionales de implementación, de las cuales en gran parte depende el futuro de la propia protección internacional de los derechos humanos. Hay que divisar medidas de prevención y seguimiento. Hay que desarrollar todo el tema de las reparaciones *lato sensu* (además de indemnizaciones) debidas a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Hay que profundizar en las convergencias —en los planos normativos, hermenéutico y operativo— entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,

el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados.

El propósito último de todos nuestros esfuerzos debe ser el de lograr la protección máxima de los que de ella necesitan, en los planos nacional e internacional, y en todas y cualesquiera circunstancias. El presente libro de Mónica Pinto constituye una contribución lúcida y valiosa al tratamiento de esta materia, que las generaciones futuras sabrán ciertamente seguir desarrollando, conscientes de que este es un dominio de protección que no admite retrocesos.

Antônio A. Cançado Trindade*
San José de Costa Rica
Febrero de 1997

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Profesor Titular de la Universidad de Brasilia

Capítulo I Noción de derechos humanos

De las libertades públicas a los derechos humanos

Desde que existe, el ser humano tuvo las mismas aptitudes para ejercer y disfrutar lo que hoy denominamos derechos humanos. Las aptitudes para vivir, alimentarse, expresarse, para desarrollar su personalidad a través de la práctica de un culto, del trabajo, de la educación, etc., son verificables tanto en el hombre de la época de ARISTÓTELES cuanto en el ser humano de nuestros tiempos.

Sin embargo, el derecho, en tanto que pauta de convivencia humana en sociedad, no siempre reconoció la capacidad intrínseca de todo ser humano para la práctica y el disfrute de los derechos humanos. Ello no conduce a afirmar que no haya habido hombres libres, hombres que expresaron sus ideas o que practicaron su culto, sino simplemente que tales derechos no existían para todos los hombres ni, en todos los casos, eran derechos.

El mundo antiguo no conoció los derechos humanos. Sociodades como la griega o la romana reservaron para algunos de sus miembros, en rigor sólo aquellos que eran considerados parte integrante de la sociedad, la posibilidad de ser libres, en definitiva, de disponer de sí mismos. Paralelamente, la división social en clases y la esclavitud inhibían a muchos hombres y mujeres de la posibilidad de decidir el destino de sus vidas.

El respeto por determinados valores que informan lo que hoy denominamos derechos humanos se inculcó a través de la predicación de distintas religiones que, no obstante, no lograron la igualdad de todos los hombres. En todo caso, cada sociedad organizada se reservó el derecho de decidir la forma de vida de sus

integrantes y las condiciones en que ella se ejercería, marcando diferencias que subsisten hasta hoy.

La progresiva equiparación de distintos sectores sociales en cuanto al disfrute de los derechos inherentes al desarrollo de la vida humana se hace espacio en las situaciones de cambio de sistemas políticos. Así, los Barones impusieron condiciones a JUAN SIN TIERRA y de ello resultó la Carta Magna de 1215 que, entre sus 63 cláusulas, disponía que *“no se prendería, encarcelaría ni privaría de lo que poseyera, ni de sus libertades a ningún hombre libre. No se le coartaría en sus costumbres, no se le podría declarar fuera de la ley, desterrarle, desposeerle de sus bienes, proceder contra él ni encarcelarle, sino ateniéndose a las leyes del país y al legal juicio de sus pares; se permitiría la libre entrada y salida del reino, con garantías de seguridad y libertad, con la sola declaración de fidelidad al rey...”*

En Francia, el Estado llano empujó al poder político, la nobleza y el clero, para lograr los fines de igualdad, libertad, propiedad, seguridad, resistencia a la opresión, legalidad y luego de fraternidad, que se materializan en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La combinación de las ideas iusnaturalistas, que predicaron los derechos del hombre por el solo hecho de ser tal, y del liberalismo constitucional, que impuso como límite al poder del Estado el respeto de determinados derechos del hombre, resultó en la consagración de las llamadas libertades públicas.

El Estado devenía así garante de los derechos individuales de la totalidad de la población. Empero, la decisión de reconocer tales derechos era discrecional de cada Estado y, si bien es cierto que la Declaración de Derechos de Virginia —preludio de la independencia de las colonias inglesas en América del Norte y base fundamental de la Constitución de los Estados Unidos de América— o la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano tuvieron un impacto importante en los procesos constituyentes de una buena parte del mundo, no lo es menos que la etapa fun-

dacional podía tener lugar apartándose del molde del liberalismo constitucional.

El trato que cada Estado deparara a los hombres que vivían en su territorio era una cuestión doméstica ni siquiera considerada en los atisbos de formación de una sociedad internacional¹. De allí se comprende que el derecho de gentes sólo se ocupara del trato a los extranjeros. Por una parte, los extranjeros en el territorio gozaban de un “estándar mínimo de derechos” sustentado en la noción de justicia que cada Estado respetaba respecto de otro²; por la otra, la responsabilidad internacional del Estado por el mal trato al extranjero era la resultante de la violación de la norma jurídica que imponía el respeto a otro Estado, del que el extranjero era inevitablemente parte integrante en tanto que habitante, es decir, miembro del elemento constitutivo población³. De allí la creación del instituto de la protección diplomática, de-

¹ L. OPPENHEIM, *International law*, 8ª ed. por H. LAUTERPACHT, 1955, 640-641: “a State is entitled to treat both its own nationals and stateless persons at discretion and that the manner in which it treats them is not a matter with which International Law, as a rule, concerns itself”.

² A. G. HEFFTER, *Derecho internacional público en Europa*, tr. G. LIZARRAGA, Madrid, 1875, ps. 146-147; E. ROOT, “The Basis of protection to Citizens Residing Abroad”, 4. AJIL, 1910, 521-522: “There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice which it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard”.

³ Panevezys-Saldutiskis Railway Case, PCIJ, Series A/B 76, 16: “... in taking up the case of one of its nationals by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law”. Frank Griffith DAWSON & Ivan L. HEAD, *International law, national tribunals and the rights of aliens*, with the collaboration of Peter E. HERZOG, New York, Syracuse University Press, 1971, ps. 8-9: “Pursuant to the legal thinking of the times [XIX], if a host State injured one of its own ci-

dad internacional del Estado mediante la intervención del poder judicial.

Una serie de antecedentes, aunque no precedentes, de la protección de los derechos humanos se verifican desde mediados del siglo pasado hasta los albores de la Segunda Guerra Mundial y peregñan el preámbulo de lo que, desde ese momento, se conoce con el nombre de derechos humanos⁸.

En este contexto se inscriben las normas del Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos de campaña⁹, piedra basal del denominado derecho internacional humanitario, conjunto de normas jurídicas que protegen a las víctimas de los conflictos armados y consagran la neutralidad de la asistencia humanitaria.

Los Estados convienen en proteger al combatiente regular, al soldado enemigo. Trátase, en definitiva, de un órgano del Estado que participa de las relaciones interestatales. Es el interés del Estado el que resulta protegido en las normas de Ginebra y, por esa vía, el derecho del combatiente, persona de carne y hueso. Sin embargo, no hay ninguna disposición sobre la forma en que el Estado debe tratar a sus propios combatientes.

En todo caso, los más rigurosos analistas del derecho internacional público no ven en las disposiciones del Derecho de Ginebra un indicio de personalidad internacional del individuo pues

recho del Estado a reclamar por la violación del derecho internacional en la persona de su nacional⁴; tratábase de un derecho del Estado y no del individuo, que podía ejercerse cuando se reunían determinados requisitos⁵: la nacionalidad, luego definida como un vínculo jurídico efectivo entre el Estado reclamante y el individuo víctima⁶, la inocencia de éste o lo que la doctrina denominó "clean hands", y el agotamiento de los recursos internos⁷. Las relaciones entre particulares comprometan la responsabili-

□ tizens, it incurred in no international responsibility. However, if the injury occurred to an alien or to his property, the alien's State could espouse his claim and demand compensation or other relief". Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 317; "La responsabilidad internacional del Estado puede configurarse por la lesión directa de los derechos de otro Estado o también por un acto u omisión ilícita que cause daños a un extranjero. En este último caso, la responsabilidad surge frente al Estado del cual el extranjero es nacional".

⁴ Mavrommatis Palestine Concessions, 1924 PCIJ Reports, ser. A, n.º 2, p. 12: "It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law".

⁵ R. LILICH, *International claims: their adjudication by national commissions*, 1962, 76-101.

⁶ Affaire Nottebohm, deuxième phase, arrêt, CJI Recueil 1955, p. 23: "... un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres Etats".

⁷ E. DE VATTÉL, *The law of nations*, Bk. II, ch. VII, 139: "Hence a sovereign should not interfere in the suits of his subjects in foreign countries nor grant them his protection, except in cases where justice has been denied or decision is clearly a palpably unjust, or the proper procedure has not been observed, or

□ finally, in cases where his subjects, or foreigners in general, have been discriminated against...".

⁸ Véase Pedro NIKKEN, "Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos", en *Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshie de Abrahantes*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos/OEA, 1984, 22-40.

⁹ Véase *infra* Capítulo 6; 55 BRSP, 43.

lo consideran, como dijéramos, órgano del Estado¹⁰. Por ello no son personas protegidas el combatiente irregular ni el espía¹¹.

En 1885, el Acta General de la Conferencia de Berlín sobre el África Central dispone que "el comercio de esclavos está prohibido de conformidad con los principios del derecho internacional"¹². Cuatro años más tarde, en 1889, la Conferencia de Bruselas¹³ vuelve a condenar la esclavitud y el tráfico de esclavos, y avanza en la adopción de medidas para su supresión, incluyendo el otorgamiento de derechos recíprocos de búsqueda, y la captura y juzgamiento de los barcos de esclavos.

De la decisión de suprimir la esclavitud podría inferirse que la dignidad humana pasa a ser un valor tutelado por el derecho internacional. Sin embargo, en este caso, la norma apuntaba a sustraer a la persona del campo de los objetos, de las cosas en el comercio, mas no a incluir a los libertos en el campo de los objetos del derecho internacional, esto es, a considerar que las cues-

¹⁰ Julio BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 187: "... los miembros de las fuerzas armadas son órganos del Estado y no personas privadas. Los actos realizados por ellos son imputables al Estado".

¹¹ A. G. HEFFTER, *Derecho internacional público en Europa*, tr. G. LIZARRAGA, Madrid, 1875, p. 501: "Estando el espía comprometido en una empresa hostil, los antiguos usos de la guerra le condenaban a la horca, cuando era cogido *in fraganti* delicto; según las costumbres modernas se lo fusila las más de las veces, con arreglo a las ordenanzas militares de cada país". Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo al Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 (Convenio IV de 1907), art. 30: "El espía cogido *in fraganti* no podrá ser castigado sin juicio previo".

¹² Acte général de la Conférence de Berlin, Chapitre II, Déclaration concernant la traite des esclaves, article 9: "Conformément aux principes du droit des gens, tels qu'ils sont reconnus par les Puissances signataires, la traite des esclaves étant interdite...", Martens, N. R. G., 2e. ser., vol. 10, p. 419, reproducida en C. M. EYA NCHAMA, *Developpement et droits de l'homme en Afrique*, Paris, Editions Publisud, 1991, Annexe II, p. 248.

¹³ MARTENS, N. R. G., 2e. ser., vol. 17, p. 345.

tionones relacionadas con los individuos y su libertad debían ser reguladas por el derecho internacional.

En 1906 se adoptan dos tratados internacionales que señalan un nuevo enfoque en las relaciones entre los Estados, la Convención Internacional sobre la Prohibición del Trabajo Nocturno de las Mujeres en Empleos Industriales y la Convención Internacional sobre la Prohibición del Uso de Fósforo Blanco (amarillo) en la Fabricación de Cerillas.

Los Estados comienzan a evidenciar una preocupación por los temas sociales que trasciende sus propias fronteras y avanzan en la adopción de acuerdos sobre cuestiones específicas, autolimitando sus potestades legislativa y administrativa en ciertos campos. Entre los objetos protegidos por el derecho internacional, se incluye la suerte de los trabajadores en determinadas condiciones, por ejemplo, el trabajo nocturno industrial femenino, trabajadores de la industria del fósforo. Trátase de la primera manifestación concreta de protección por parte de un Estado a sus propios nacionales en virtud de una norma de derecho internacional. Es, también, el inicio de la preocupación por los derechos económicos, sociales y culturales. Las constituciones de México de 1917 y del Weimar de 1919 confirman la inquietud.

Luego de la Primera Guerra Mundial, para garantizar la paz, la Sociedad de Naciones¹⁴ busca desvalorizar la guerra. No logra prohibirla pero sí hacer más largo el camino a recorrer para declarararla. Además, la priva de incentivos: desaparece el botín de guerra. Así, dos cláusulas vinculadas con los derechos humanos encuentran su lugar en el Pacto de la Sociedad de las Naciones: el artículo 22, relativo al sistema de mandatos que, en nombre de la comunidad internacional otorga a un Estado la administración de un territorio —perteneiente a un Estado vencido en la guerra—

¹⁴ MARTENS, N. R. G., 3e. ser., vol. II, p. 323.

“en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (*suzeraineté*) o tutela a prevenir y reprimir la trata de esclavos y a procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas”.

Si el derecho gestado en Ginebra en 1864 logra consolidar una protección mínima para los combatientes, la revisión que tiene lugar en 1929 permite adoptar una convención sobre el estatuto del prisionero de guerra. Ese cuadro de situación muy precario de lo que, a esas alturas, ya se denomina derecho internacional humanitario, cierra el período previo a una nueva conflagración mundial en la que ninguna de estas normas será efectiva.

Como sucede siempre, la realidad es la que brinda el marco para que el derecho se desarrolle. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial, quizá únicos por su magnitud, por su calidad, inspiran a los Estados para construir un nuevo orden internacional en el que el respeto de los derechos de todo ser humano debe encontrar su lugar. El tema y, sobre todo, las posibilidades de hacerlo a su respecto, se transforman en cuestión de interés común de los Estados y en uno de los objetivos de la comunidad internacional institucionalizada que se concibe durante las hostilidades y se pone en funcionamiento inmediatamente después¹⁷.

¹⁷ Shimon SHRETT, "Limits and Promises of International Norms and Procedures: The Transnational Protection of Human Rights. General Report", *Israeli reports to the XII international congress of comparative law*, Jerusalem, the Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1986, I-103: "Human rights, or as they are sometimes called, the Rights of Man, have been proclaimed by men since early times, with only the content of these rights changing with the passage of time. The international law of hu-

para cumplir una "misión sagrada de civilización", atribuye al mandatario la responsabilidad de garantizar la libertad de conciencia y de religión y prohíbe abusos como el comercio de esclavos, y el artículo 23, referido al mantenimiento de condiciones equitativas y humanas de trabajo, trata justo a los nativos de los territorios bajo control internacional así como la supervisión de la SDN sobre los acuerdos relativos al tráfico de mujeres y niños. Por otra parte, confirmando normas ya adoptadas, cuando Etiopía solicita su admisión, la SDN le requiere el compromiso de que se esforzará por abolir la esclavitud y suprimir el tráfico de esclavos, a lo que la primera accede reconociendo la legitimidad de la preocupación internacional en el tema y su carácter ya sólo parcialmente doméstico.

En la misma época, y por el mismo medio, los tratados de paz, se establece la Oficina Internacional del Trabajo, como organización internacional¹⁵. Entre sus objetivos figura la promoción de la justicia social y el respeto de la dignidad de los trabajadores. Las inquietudes evidenciadas desde la revolución industrial cristalizan en el ámbito de las relaciones internacionales con bastante anterioridad que las surgidas de los grandes movimientos libertarios.

En 1926, la convención relativa a la esclavitud¹⁶ se propone "desarrollar y completar la obra realizada gracias al Acta de Bruselas y hallar la manera de poner en práctica, en todo el mundo, las intenciones expresadas, en lo que se refiere a la trata de esclavos y a la esclavitud" y estima "que es necesario impedir que el trabajo forzado llegue a constituir una situación análoga a la esclavitud". En el entendimiento de que esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos

¹⁵ MARTENS, N. R. G., 3e. ser., vol. II, p. 323.

¹⁶ 60 LNTS 253.

Bautizadas como derechos humanos, estas normas vinculan a los Estados y permiten el reproche ante la violación no reparada, comprometiendo de esa forma la responsabilidad internacional del Estado.

De esta manera, la noción actual de derechos humanos¹⁸ es la sumatoria de los aportes del iusnaturalismo, del constitucionalismo liberal y del derecho internacional, lo que implica no solamente la consagración legal de los derechos subjetivos necesarios para el normal desarrollo de la vida del ser humano en sociedad, que el Estado debe respetar y garantizar, sino el reconocimiento de que la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada¹⁹.

La noción de derechos humanos, como ha sido ya dicho, conlleva incita la relación Estado-individuo. Si el último es el titular de los derechos protegidos, el primero es su garante. El límite al poder del Estado, que buscaron las declaraciones de derechos desde fines del siglo XVIII, se mantiene vigente en la era de los derechos humanos.

Es en este orden de ideas que toda acción u omisión de autoridad pública atribuible al Estado²⁰, según las reglas del derecho

□ man rights, however, is a recent phenomenon dating from around the year 1945 and developing continuously since then. The impetus for its creation was the horror of the Nazi holocaust, in which millions of innocent individuals lost their lives, one of the greatest negations of human rights in modern history. The international mood in 1945 was that such a tragedy must never be allowed to happen again¹⁸.

¹⁸ Karel VASAK, *La convention europeenne des droits de l'homme*, París, L.G.D.J., 1964: "denominación moderna de una realidad establecida hace mucho tiempo".

¹⁹ Mónica PINTO, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 23.

²⁰ Véase el "Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad internacional del Estado" (Proyecto Ago) aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (doc. A/35/388), p. 17:

internacional, que importe menoscabo a los derechos humanos, compromete su responsabilidad internacional en los términos del derecho internacional de los derechos humanos²¹.

Además, "la razón que, en definitiva, explica la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos huma-

□ "Artículo 5 : Para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad".

"Artículo 6 : El comportamiento de un órgano del Estado se considerará hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado".

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha confirmado "que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno"; cf. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafo 170; Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, n° 5, párrafo 179. Asdrúbal AGUIAR A., *La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)*, San José, IIDH, 1994, p. 17: "Toda contravención de las obligaciones internacionales de un Estado, por hecho de sus órganos y que cause un daño a otros Estados o a la persona o a los bienes de un extranjero, comporta su responsabilidad internacional..."; E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 327: "La responsabilidad internacional del Estado puede configurarse por los actos u omisiones de cualquiera de sus órganos, cualquiera que sean las funciones que desempeñen. El Estado es responsable por sus órganos, sólo por sus órganos, y por todos sus órganos".

²¹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4, párrafo 164; Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, n° 5, párrafo 173; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C, n° 6, párrafo 152.

los cuales la decisión judicial no reconoce el derecho que se alega violado o lo reconoce en menor medida que las normas internacionales que vinculan al Estado.

En el camino que separa las nociones de "libertades indivi-

duales" y "derechos humanos" se construyen las propiedades que agregadas a las primeras permiten obtener los segundos. Así el concepto de derechos humanos, cualquiera sea la posición jurídica que se adopte, puede predicarse respecto de todo ser humano por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad, de allí la universalidad de la noción y su diferencia con los derechos de los hombres libres, de los hombres de determinadas sociedades, etc. De lo expuesto se sigue también que, a diferencia de las libertades individuales que el capitalismo extendió a las personas jurídicas o de existencia ideal, los derechos humanos quedan acotados en cuanto a su titularidad a la persona física, sin distinción alguna de sexo o edad, superando las incapacidades de hecho o de derecho contenidas aún en algunas legislaciones. La universalidad no puede sino conducir a la igualdad, esto es, a la idea de que la calidad humana da iguales derechos sin perjuicio de que luego la ley se encargue de otorgar igual protección a quienes se encuentran en igual situación, señalando una diferencia imponible entre la noción de igualdad como principio informante de la noción de derechos humanos y la de igualdad ante la ley, como principio general de derecho. Esta igualdad reconoce como corolario la no discriminación. Lejos de borrar las diferencias —en rigor, el goce y ejercicio de los derechos humanos se confirma con la validez del derecho a ser diferente—, la no discriminación apunta a deslegitimar, declarando ilegal, toda diferencia que tenga por objeto cercenar, conculcar, de algún modo afectar o impedir el goce y ejercicio de derechos humanos. La indivisibilidad intrínseca del ser humano se reflejará en los derechos de que es titular y en la interdependencia de los unos y los otros.

Esta noción, como ha sido dicho, se edifica a partir del derecho interno en el ámbito internacional. A su surgimiento, al estu-

nos... obedece a esta necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido violados por tales agentes u órganos estatales"²².

El Estado resulta también responsable por los actos u omisiones de personas o agentes que obran en o por autoridad del Gobierno o con su aquiescencia²³. La práctica internacional señala asimismo la responsabilidad del Estado por actos de grupos apartadamente civiles, cuya acción no fue reconocida por los respectivos gobiernos, cuando los elementos de convicción de que se dispuso conduxeron a la conclusión de que resultaba acreditado un vínculo de dependencia con las autoridades o que tales grupos actuaban con la tolerancia estatal.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe también atribuir responsabilidad internacional al Estado por hechos ilícitos violatorios de los derechos humanos que inicialmente no resulten directamente imputables a él, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por el derecho²⁴. En general, caben en esta hipótesis los casos en

²² OBA/Ser.L/V/II.49 doc. 19, p. 29.

²³ OBA/Ser.L/V/II.71 doc. 9, rev. 1, ps. 69-79; Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980, p. 3, # 74.

²⁴ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, nº 4, párrafo 172; Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, nº 5, párrafo 182. Asdrúbal Aguirre A., *La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)*, San José, IIDH, 1994, p. 18; "El Estado es internacionalmente responsable de los actos de los particulares residentes en su territorio, todas las veces en que se establezca y pruebe que el hecho dañoso le es imputable o por haber omitido las medidas convenientes, según las circunstancias, para prevenir, reparar o reprimir aquellos de tales hechos cometidos por los particulares en contra de otro Estado o de la persona o bienes del extranjero".

dio de las fuentes de derecho que la consagran y de los mecanismos establecidos para protegerla, dedicamos los capítulos siguientes de este libro. El énfasis ha sido puesto sobre las normas internacionales con validez universal y, por obvias razones, en el sistema interamericano.

Capítulo II

Cooperación internacional en derechos humanos

1. La Carta de las Naciones Unidas.

Bases del sistema normativo y del sistema de protección internacionales

Las vinculaciones de la Carta de las Naciones Unidas con los derechos humanos son múltiples. Suele afirmarse que con su adopción se concreta la "internacionalización" de los derechos humanos y que ella brinda el marco para desarrollos posteriores como la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁵. En todo caso, como ha quedado dicho antes, si no compartimos lo primero no podemos menos que aseverar lo segundo, sin perjuicio de que no es por allí por donde puede medirse con mejor precisión el aporte de la Carta a nuestros derechos humanos.

En rigor, la Carta de las Naciones Unidas es la primera norma jurídica positiva que consagra obligaciones para los Estados en relación con los derechos humanos, además de constituirse en

²⁵ V. gr., Héctor GROS ESPIELL, *Estudios sobre derechos humanos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, ps. 291-292; Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 41: "... uno de los rasgos que más poderosamente han contribuido a caracterizar la actual etapa de positivización de los derechos humanos: me refiero al fenómeno de su *internacionalización*. Se trata de un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el derecho internacional. En efecto, sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos".

En tercer puesto, todas estas atribuciones a distintos órganos principales y subsidiarios de las Naciones Unidas importan considerarse que ninguna de estas cuestiones es esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados en los términos del artículo 2:7 de la Carta³⁴, que señala que ninguna disposición autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. Ello se corrobora respecto del Régimen de Administración Fiduciaria, toda vez que el artículo 76 contempla la promoción del respeto a los derechos humanos sin discriminación, y de la única disposición de la Carta relativa a territorios no autónomos, el artículo 73. Por ello cabe sostener que en la primera ocasión en que el derecho internacional penetra en lo que se consideraba tradicionalmente un asunto interno de la metrópolis, ingresan las preocupaciones por el respeto de los seres humanos. Se consolida el "pueblo" como un objeto de protección especial cuando falta el Estado. La cultura del pueblo debe ser respetada y se prevé expresamente su justo tratamiento y la protección contra todo abuso. Se insinúa el derecho a la libre determinación de los pueblos que los pactos internacionales de derechos humanos del 66 van a reconocer como derecho humano³⁵.

Finalmente, la Carta aporta una noción de derechos humanos como resultado de los antecedentes de la historia, subrayándonos como resultado de los antecedentes de la historia, subrayando aquellos datos que son su condición necesaria. Los derechos humanos y las libertades fundamentales a las que se refiere la Carta son los de las personas físicas: así, el preámbulo reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana. Ello marca una diferencia sustancial

³⁴ Mónica PINTO, "No Intervención y Derechos Humanos", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989/II-III, 101-124.
³⁵ Véase *infra* Capítulo IV.

manos ha merecido la suficiente consideración como para ser objeto de una comisión específica que se dedique a su tratamiento. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, en el artículo 56 "todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55", es decir, el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin distinción por motivos de sexo, raza, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades. Esta es la primera, y única, obligación concreta impuesta a los Estados miembros y asumida por ellos al ratificar la Carta. Consiste en adoptar medidas para realizar el respeto universal y la efectividad de los derechos humanos. Cabe preguntarse aquí si se trata de una obligación positiva de hacer, ello es, si un no hacer—no hacer conductas que obsten al respeto universal y la efectividad—permite afirmar que se ha cumplido con la obligación prevista en la norma. No han sido numerosas ni conocidas las ocasiones en que la obligación del artículo 56 ha sido invocada como fundamento de un reproche de no hacer³². Hay, por lo menos, acuerdo general en que las prácticas de obstrucción sistemática y de rechazo total de las recomendaciones de las Naciones Unidas contravienen lo dispuesto en el artículo 56³³. En todo caso, las medidas deben compadecerse con las que adopte la Organización, o al menos no contravenirlas, y cabe especular con una evolución de la interpretación de esta norma a la luz de los desarrollos en el tema.

³² En todo caso sirvió para justificar un hacer y, en general, en compañía de otras normas, véase *infra*, v. gr., Filartiga vs. Peña Irala.
³³ *Las Naciones Unidas y los derechos humanos 1945-1995*, Serie de Libros Azules de las Naciones Unidas, vol. VII, Nueva York, 1995, p. 7, # 23.

con las libertades públicas del constitucionalismo clásico que pueden ser reivindicadas también por las personas jurídicas o ideales. Por otra parte, la igualdad como principio informante y su corolario de no discriminación están expresamente previstos en la Carta. En rigor, el derecho a la no discriminación es el único de los derechos humanos que la Carta individualiza.

La formulación añade elementos nuevos. Por una parte, se refiere a los derechos humanos y a las libertades fundamentales "de todos", preanunciando una universalidad que normas posteriores confirmarán y, por el otro, postula la necesidad de ayudar a la efectividad en el respeto de los derechos humanos. La Asamblea tiene la misión de "ayudar a hacer efectivos" los derechos humanos en la inteligencia de que su composición, tan universal como la de la Organización, asegura el ámbito propicio para concitar la voluntad de los Estados, sin la cual la efectividad es dudosamente posible.

En conclusión, la Carta postula un concepto de derechos humanos con caracteres distintos de los precedentes conocidos en la *lege lata* anterior: titularidad excluyente de las personas físicas, universalidad, igualdad, no discriminación, tendencia a la efectividad y a la interdependencia, insinuación del carácter de orden público en razón de la supremacía de la Carta respecto de todo otro tratado³⁶.

De lo expuesto resulta que dos son las obligaciones jurídicas positivas que en materia de derechos humanos surgen de la Carta: 1) la obligación de la Organización de promover el respeto

³⁶ Carta de las Naciones Unidas, art. 103: "En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

universal de los derechos humanos, sin discriminación, y la efectividad de tales derechos (art. 55); y 2) la obligación de los Estados de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el respeto universal de los derechos humanos, sin discriminación, y la efectividad de tales derechos (art. 56).

La primera porque es propósito de la Organización realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo de los derechos humanos, sin discriminación (art. 1:3). Los medios para lograrlo son: a) los estudios y recomendaciones de la Asamblea General para ayudar a hacer efectivos los derechos humanos (art. 13:1:b), porque es el órgano plenario y los Estados son los que pueden hacer efectivos los derechos humanos; b) las recomendaciones del Consejo Económico y Social para promover el respeto y la efectividad de los derechos humanos (art. 62:2), que para ello tiene una Comisión de Derechos Humanos (art. 68). También se prevé el tema en relación con el régimen de administración fiduciaria (art. 76). Como inicio, la ONU predica con el ejemplo y en una rigurosa expresión de tiempo y espacio, el artículo 8 dispone que "la organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios". Trátase, prácticamente, de una norma de derecho interno de la organización; hace a su estructura y funcionamiento internos. Ante la diversidad cultural de los Estados miembros y, por ende, sus distintas actitudes respecto de la posición de la mujer en la sociedad, la ONU adelanta que hombres y mujeres son igualmente admisibles en las funciones de sus órganos. Ello comprende no solamente las funciones electivas sino también las de secretaría, esto es, la planta de funcionarios internacionales. De alguna manera, se sustrae a la potestad del Secretario General, jefe administrativo de la ONU, toda discrecionalidad en punto al sexo de los funcionarios.

resolución de la Asamblea General porque entendieron que tra-
ducía un abuso de poder, ya que la cuestión en debate era de su
dominio reservado conforme el artículo 2:7 de la Carta. La Cor-
te consideró que ello no era así porque la Asamblea General ha-
bía actuado en el marco del artículo 55 y, además, porque se tra-
taba solamente de la interpretación de un tratado, lo que, en sí
mismo no importaba violación del 2:7³⁸.

En esta primera ocasión en que la Corte Internacional de Jus-
ticia conoce de argumentos relacionados con los derechos huma-
nos, su afirmación en el sentido de que no puede entenderse que
la Asamblea General actúe con abuso de poder porque lo hace de
conformidad con una competencia expresamente prevista en la
Carta, constituye un avance importante en la definición de las
conductas lícitas en materia de derechos humanos. No logra el
tribunal la misma contribución al rechazar la violación al artícu-
lo 2:7 de la Carta toda vez que no ingresa en el fondo del tema,
sino que esgrime que la interpretación de un tratado es una de las
funciones que la Carta le tiene expresamente reservadas al tribu-
nal³⁹ y, por ende, no puede comportar violación de la Carta.

En 1960, Liberia y Etiopía solicitaron a la Corte Internacio-
nal de Justicia que declarara y decidiera que en la administración
del territorio del África Sudoccidental⁴⁰, la Unión Sudafricana
había seguido la política de *apartheid*, es decir, que había estable-
cido una discriminación basada en la raza, el color y el origen na-
cional o tribal, aplicando leyes, reglamentos, órdenes y decretos
administrativos arbitrarios, opuestos a la razón y a la dignidad
humana, que reducían a la nada los derechos esenciales de los ha-

³⁸ Interpretation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, avis du 30 mars 1950 (première phase), CJI Recueil 1950, p. 65.

³⁹ Estatuto C.I.J., art. 36.2.a.

⁴⁰ Luego denominado Namibia. South-West Africa Cases (Ethiopia vs. South-Africa, Liberia vs. South-Africa), Second phase, ICJ Reports 1966, p. 4.

Lo segundo porque esos Estados reafirmaron la fe en los de-
rechos humanos, la dignidad y el valor de la persona humana
(párrafo:2). De todos los derechos humanos, la Carta enuncia
expresamente el derecho a la no discriminación.
En esta medida, la Carta abre espacio para la adopción de
instrumentos de derecho sustantivo y adjetivo relativos al tema.

2. La Carta como fundamento de derechos

y obligaciones. Práctica nacional e internacional

Sin perjuicio de la naturaleza jurídica vinculante de la Carta
en tanto que tratado³⁷, la consideración que sus disposiciones
han merecido a lo largo de los tiempos no parece haber corres-
pondido tanto a una prolija interpretación de un tratado cuanto
a una lectura de sus cláusulas a la luz de la evolución de la con-
ciencia jurídica internacional en el tema.

Luego de la Segunda Guerra Mundial se celebraron tratados
de paz con los Estados de Europa Oriental. Entre otros, Bulgaria,
 Hungría y Rumania se comprometieron a respetar los derechos
humanos y las libertades fundamentales de todos sin discrimina-
ción. Luego de las primeras medidas de socialización, los Estados
Unidos y el Reino Unido consideraron que los gobiernos comu-
nistas violaban los derechos humanos. La Asamblea General con-
sideró la cuestión a la luz del artículo 55 y, ante la negativa de los
Estados de activar el mecanismo conciliatorio previsto en los tra-
tados, el 22 de octubre de 1949, decidió solicitar una opinión
consultiva a la Corte Internacional de Justicia respecto de la exis-
tencia de un diferendo para el cual el tratado tuviera previsto un
procedimiento de arreglo. Los Estados involucrados objetaron la

³⁷ Fuente de derecho internacional recogida en el artículo 38.1.a del Esta-
tuto de la Corte Internacional de Justicia, esto es, modo válido de creación de
normas jurídicas.

bitantes como surgían del Pacto de la Sociedad de Naciones, y de las normas corrientemente aceptadas y enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Seis años después, la Corte Internacional de Justicia rechazó las demandas, por entender que los demandantes no tenían ningún derecho propio y autónomo que pudiera ser invocado independientemente para reclamar la buena ejecución del mandato conforme a la misión sagrada de civilización. Este era un derecho exclusivo de la Sociedad de Naciones que sólo podía ser ejercido por sus órganos⁴¹.

El tribunal podría haber terminado su decisión con la sola afirmación de la falta de legitimación de los Estados demandantes. Empero, entendió necesario avanzar en algunas cuestiones más generales ya que los argumentos de las partes reincidían en la invocación de cuestiones "humanitarias". A modo de *obiter* la Corte entiende que las consideraciones humanitarias pueden inspirar las reglas de derecho; así el preámbulo de la Carta constituye la base moral y política de las disposiciones jurídicas que se enuncian a continuación. Sin embargo, tales consideraciones no son por sí mismas normas jurídicas. Todos los Estados se interesan por esas cuestiones, tienen un interés en ellas, más no porque ese interés exista se trata de un interés jurídico⁴².

De esta suerte, la Corte descarta de plano que las normas de la Carta sobre derechos humanos —y, específicamente, el principio de no discriminación— tengan efectos *erga omnes* —siquiera acotados al ámbito de los Estados miembros— privando de juridicidad todo intento de universalización de tales normas.

Sin embargo, en 1970, al zanjar el diferendo generado por la quiebra de la Barcelona Traction, Light & Power Co., Inc., la Cor-

⁴¹ *Idem*, # 33, 100.

⁴² *Idem*, # 49-50.

te reconoce la existencia de normas consuetudinarias y convencionales en materia de derechos humanos⁴³. Señala expresamente que todos los Estados tienen un interés jurídico en que las normas sobre derechos humanos —compromisos *erga omnes*— sean respetadas, revirtiendo así sus manifestaciones anteriores.

Un año más tarde, en un contexto sin duda más flexible, toda vez que se trataba de una opinión consultiva y por ello formalmente no vinculante, la Corte sostuvo que el hecho de imponer distinciones fundadas en la raza y que constituyen una negación de los derechos fundamentales de la persona humana era una violación flagrante de los propósitos y principios de la Carta⁴⁴. Esto es que, en 1971, la Corte califica al *apartheid* como una violación flagrante de la Carta.

⁴³ Affaire de la Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd., arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, para. 33-34: "Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur même nature, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général; d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi-universel".

⁴⁴ Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (Sud-ouest africain) notwithstanding la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971, CIJ Recueil 1971, para. 131: "le fait d'établir et d'imposer, au contraire, des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte".

estuvo llamada a decidir sobre la validez de una legislación —California Alien Property Initiative Act of 1920— adoptada en un período de especial xenofobia luego de la Primera Guerra Mundial, que efectuaba una distinción en cuanto a la capacidad para poseer bienes inmuebles por parte de extranjeros en razón de su elegibilidad para la adquisición de ciudadanía, por la que chinos y japoneses eran marginados. Dicha Corte consideró que la ley efectuaba una discriminación en razón de la raza que era incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, que no sólo era ley suprema de la nación sino que, además, preveía su supremacía respecto de cualquier otra norma⁴⁶. Dos años más tarde, la Corte Suprema de California reiteró la invalidez de la ley cuestionada, no en base a las consideraciones del inferior sobre el carácter de los compromisos emanados de la Carta sino porque contrariaba la XIV Enmienda⁴⁷. En rigor, el tribunal dejó en claro su posi-

⁴⁶ Fujii vs. State, 97 A.C.A. 154, 217 P. 2d 481 (1950): "In the period of thirty years since the Alien Land Law was adopted we have revised our opinions concerning the rights of other peoples. Out of the travail of World War II came the concept of respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion, as expressed in the Charter of the United Nations... The Charter has become the supreme law of the land, and the judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding... This nation can be true to its pledge to the other signatories to the Charter only by cooperating in the purposes that are so plainly expressed in it and by removing every obstacle to the fulfillment of such purposes. A perusal of the Charter renders it manifest that restrictions contained in the Alien Land Law are in direct conflict with the plain terms of the Charter above quoted and with the purposes announced therein by its framers... Clearly such a discrimination against a people of one race is contrary both to the letter and to the spirit of the Charter which, as a treaty, is paramount to every law of every state in conflict with it".

⁴⁷ The Constitution of the United States, Amendment XIV [1868]: Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein

No hay ningún motivo que, en sí mismo, autorice un cambio tan abrupto de mentalidad y, por ende, de la lectura de las disposiciones de la Carta en materia de derechos humanos en los cuatro años que separaran estos fallos. Diversos factores pueden sumarse: el incremento del número de miembros de las Naciones Unidas como consecuencia del proceso de descolonización, la firma de los pactos internacionales de derechos humanos de 1966, la adopción de la resolución E/1503(XLVIII) en el seno de la Comisión de Derechos Humanos abriendo los mecanismos de protección. Empero, ninguno de ellos fue tan inesperado como brusco el cambio apuntado. En los universos mentales que abordaron el análisis podría encontrarse una explicación que, a esta altura, de poco sirve.

En la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Declaración y Programa de Acción de Viena reafirmaron —en el cuarto párrafo preambular— el compromiso asumido en el artículo 56 de la Carta y el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional⁴⁵. Con ello se obtuvo un pronunciamiento político de importante entidad que amplió la fuente de la obligación estatal reconociéndola en la Carta, otros tratados y aun en el derecho internacional general o consuetudinario.

La jurisprudencia de los Estados Unidos ha hecho espacio a la mención de la Carta de las Naciones Unidas como fuente de derechos y obligaciones en esta materia. Así sucedió en 1950, *in re Fujii*, donde la Corte de Apelaciones del Distrito de California

⁴⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23.

ción en el sentido de que las disposiciones de la Carta relativas a la cooperación en el respeto de los derechos humanos no eran operativas, sin perjuicio de lo cual reconoció que la Carta representa un compromiso moral de magnitud respecto del cual no se puede permitir cercenamiento tanto en las cuestiones internas como en las exteriores⁴⁸.

El caso Fujii no llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos por lo que la cuestión se mantuvo ambigua hasta el pronunciamiento *in re* Filartiga vs. Peña Irala, planteado por un ciudadano paraguayo contra el jefe de policía de su país respecto de las torturas seguidas de muerte a que fue sometido su hijo de 16 años. En el caso la competencia originaria de las cortes de distrito de los Estados Unidos surge de una disposición hasta entonces raramente invocada, la *Aliens Tort Act of 1789*; en los casos de daños a extranjeros cometidos en violación del derecho de gentes. En rigor, en la especie las disposicio-

□ they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States, nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

⁴⁸ Fujii vs. State, 38 Cal. 2d 713, 242 P.2d 617 (1952): "It is not disputed that the charter is a treaty and our federal Constitution provides that treaties made under the authority of the United States are part of the supreme law of the land and that the judges in every state are bound thereby. U. S. Const., art. VI. A treaty, however, does not automatically supersede local laws which are inconsistent with it unless the treaty provisions are self-executing... The language used in Articles 55 and 56 is not the type customarily employed in treaties which have been held to be self-executing and to create rights and duties to individuals... The provisions of the charter pledging cooperation in promoting observance of fundamental freedoms lack the mandatory quality and definiteness which would indicate an intent to create justiciable rights in private persons immediately upon ratification... The charter represents a moral commitment of foremost importance, and we must not permit the spirit of our pledge to be compromised or disparaged in either our domestic or foreign affairs..."

nes de la Carta son completadas con otras fuentes de derecho internacional. Sin perjuicio de ello, resulta relevante la afirmación del juez KAUFMAN en el sentido de que los artículos 55 y 56 de la Carta señalan claramente que el trato que un Estado dé a sus nacionales es una cuestión de interés internacional⁴⁹. Por vía de consecuencia, este fallo precisa que los asuntos comprendidos en el artículo 2:7 de la Carta no son aquéllos respecto de los cuales no hay regulación internacional, sino aquellos que el derecho internacional reserva especialmente a los Estados⁵⁰.

La doctrina de Filartiga inspiró una generosa práctica judicial posterior que con base en la *Aliens Tort Act* ordenó la reparación en sede civil de violaciones a los derechos humanos ocurridas en otros países. En ese hacer los tribunales federales de los Estados Unidos han asumido la violación de normas penales por parte del sujeto imputado y su pronunciamiento ha tenido el alcance de una condena internacional mayúscula⁵¹.

⁴⁹ Filartiga vs. Peña Irala, 630 F. 2d 876 (1980): "The United Nations Charter makes it clear that in this modern age a state's treatment of its own citizens is a matter of international concern". Compárese con los asertos de OPPENHEIM, *infra* nota 1.

⁵⁰ *Ibidem*, "Matters of domestic jurisdiction are not those which are unregulated by international law, but those which are left by international law for regulation by States".

⁵¹ Así fueron deducidas acciones contra SUÁREZ MASON por la familia SOSA FORTI (Forti vs. Suárez Mason, 694 F. Supp. 707, N. D. Cal. 1988), contra MASSERA por la familia TARNOPOLSKY. También en relación con Guatemala, el Gral. GRAMAJO fue demandado por la monja Ursulina Dianna ORTIZ y otras víctimas, 1995 WL 25 4818 D. Mass.

Capítulo III

Las declaraciones de derechos humanos

1. Valor jurídico

La Carta de las Naciones Unidas era la única norma jurídica positiva que en 1945 refería a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Sin embargo, ella no permitía precisar cuáles eran esos derechos y libertades.

En rigor, no ha sido sino en 1948 cuando tales derechos fueron identificados. Ello sucedió primero en el ámbito interamericano, en el que en abril de 1948, en ocasión de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, que estableció la Organización de Estados Americanos, se aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵². A nivel universal, el 10 de diciembre de 1948, por aclamación, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 217(III), Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵³. Sin perjuicio del valor jurídico análogo que ambas declaraciones tengan hoy, cabe recordar que ello ha sido el resultado de procesos no necesariamente idénticos.

A. La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Comisión de Derechos Humanos prevista en el artículo 68 de la Carta fue instalada en 1946 y desde entonces se constituyó

⁵² OEA, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano* (actualizado a mayo de 1996), OEA/Ser.L/V/II.92, doc. 31, rev. 3, Washington, OEA, 1996.

⁵³ ONU, *Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 1994, vol. I (primera Parte), p. 1.

en el grupo de trabajo para la redacción de una Carta Internacional de los Derechos Humanos que vinculara a todos los Estados miembros de la ONU. Diversos motivos transformaron lo que iba a ser un tratado —instrumento cuya obligatoriedad está fuera de discusión para las partes— en una declaración⁵⁴.

De conformidad con la Carta, las resoluciones de la Asamblea General son, en principio, recomendaciones⁵⁵. Empero, nada obsta al hecho de que su contenido sea obligatorio por expresar alguna de las fuentes del derecho internacional⁵⁶. En este sentido parece claro que el contenido de la Declaración Universal no era, en el momento de su adopción, expresión de una costumbre internacional⁵⁷ ni de principios generales de derecho⁵⁸. En todo caso, alguna doctrina pudo ver en tal contenido una explicitación de las normas de la Carta que coadyuvaban a su aplicación⁵⁹.

⁵⁴ René CASSIN, "La protección internacional de los derechos del hombre y sus dificultades", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1985, 13-87.

⁵⁵ Carta de las Naciones Unidas, art. 18.

⁵⁶ Mark W. JANIS, *An introduction to international law*, Boston/Toronto, Little, Brown & Company, 1988, 177.

⁵⁷ Según el artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente admitida como derecho es una de las fuentes del derecho internacional.

⁵⁸ También los principios generales de derecho son una fuente autónoma del derecho internacional de conformidad con el artículo 38.1.c del ECJ. Trátase de abstracciones de normas jurídicas de derecho interno que, por el hecho de integrar los distintos sistemas jurídicos, puede asumirse que crean derechos y obligaciones para los Estados en sus mutuas relaciones.

⁵⁹ Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, 209: "... la Declaración de Derechos Humanos de 1948, que constituye a este respecto, tanto un complemento como una interpretación de la Carta..."; Imre SZABÓ, "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Karel VASAK ed., tr. H. SABATÉ y M. J. RODELLAR, Barcelona, Serbal/Unesco, 1984, 3 vols., I, 36-74, 52: "su propósito fue interpretar la Car-

Por analogía se aplicaron aquí los argumentos de lo que la doctrina conoce como las resoluciones determinativas, esto es, aquellas que no siendo en principio obligatorias resultan vinculantes porque determinan alguna situación que permite la aplicación de la Carta⁶⁰.

En rigor, la Declaración Universal contiene los elementos que permiten inferir su inserción en el marco del derecho. En primer lugar, el texto revela que no se trata de *lege lata* sino de aquello que se reconoce *a priori* como un legítimo objetivo, "el ideal común por el que deben esforzarse...". En segundo término, ella misma explicita los canales de participación para concretar ese deber ser: la enseñanza y la educación y la adopción de "medidas progresivas de carácter nacional e internacional". Esto último, en función de la consideración preambular de que es "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho", señala inexorablemente la vía de la creación normativa.

En nuestra opinión, en el momento de su adopción, la Declaración adelanta una *opinio juris* —conciencia de obligatoriedad, expresión del deber ser— a la que la práctica internacional debe adecuarse con miras a la cristalización, en algún momento posterior, de una costumbre internacional. Trátase de una inversión en el orden en que cronológicamente suelen darse los elementos

□ ta desde el punto de vista de los derechos humanos. Se trataba de un documento que prácticamente forma parte integral de la Carta y que define el significado de las referencias a los derechos humanos y el modo en que deben ser interpretados".

⁶⁰ Véase, v. gr., A/RES/66(I) que reconoce el carácter de no autónomos de los territorios enunciados y permite la aplicación de la Declaración relativa a los territorios no autónomos del capítulo XI de la Carta. Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, p. 4, # 20: "... the opinion is sought for a practical and contemporary purpose, namely, in order that the General Assembly should be in a better position to decide at its thirtieth session on the policy to be followed for the decolonization of the Western Sahara".

la Carta y la Declaración constituyen un *tandem* que sirve de fundamento a la obligación de respetar los derechos humanos, dentro y fuera del ámbito de los Estados miembros.

B. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

El Sistema Interamericano brindó un contexto distinto a su Declaración. Para comenzar, tratóse de una declaración aprobada por una conferencia de Estados convocada para crear una organización internacional. En ese sentido, puede señalarse que si bien la intención inicial no era la de adoptar instrumentos en materia de derechos humanos, ello resultó colateralmente⁶⁶ toda vez que los miembros estaban ejerciendo el *treaty-making power*. Al igual que en el caso de la Declaración Universal, difícilmente pueda decirse que se trataba de la codificación o cristalización de una costumbre internacional. Más probable sería referirse a principios generales de derecho del sistema interamericano toda vez que la mayoría de las constituciones del hemisferio hacen espacio a derechos individuales mas o menos analógicos.

La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA y la adopción de su estatuto en 1960, definiendo a los derechos humanos como aquellos contenidos en la

□ creación; su validez debe ajustarse a la evolución del orden jurídico. P. C. A., Sovereignty over the Island of Palmas (or Miangas), Arbitral Award rendered on 4 April 1928, 2 R.I.A.A., 829, 845 (1928); "The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestations, shall follow the conditions required by the evolution of law"

⁶⁶ DUPUY, *Droit déclaratoire et droit programmatore, de la coutume sauvage a la "soft law"*, Toulouse, 1974, señala que a pesar del instrumento formal, el contenido tiene alcance convencional. Indica que estas resoluciones no sólo son imputables al órgano sino también a los Estados.

constitutivos de la norma consuetudinaria internacional⁶¹. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede en otros contextos, la práctica de la Declaración se logra más por el señalamiento de conductas que resultan contrarias a su contenido, y que son tenidas por ilegales desde la óptica internacional, que por la presencia de un *corpus juris* nacional efectivo que se compadezca con su texto.

El impacto político y legal de la Declaración es de tal magnitud que no sólo se ha adoptado legislación sino que se han modificado constituciones y elaborado normas internacionales.

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán el 13 de mayo de 1968, proclamó que "la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional"⁶².

Hacia 1970, la Corte Internacional de Justicia reconoce el carácter vinculante de la Declaración⁶³, determinando así la existencia de una norma jurídica internacional⁶⁴. Desde entonces, por aplicación del principio de intertemporalidad del derecho⁶⁵,

⁶¹ René-Jean Dupuy, *Droit déclaratoire et droit programmatore, de la coutume sauvage a la "soft law"*, Toulouse, Société Française pour le droit international, 1974; "Impuissants à confirmer une coutume non encore fortifiée par la pratique, cette sorte de résolutions s'efforcent de susciter celle-ci. En votant la résolution, on veut mettre en place des normes d'incitation fondées sur des notions rationnelles, scientifiques et techniques. L'élément intellectuel précède encore ici la pratique des états et des hommes"

⁶² ONU, *Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 1994, vol. I (primera Parte), p. 51.

⁶³ *Affaire de la Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd., arrêt du 5 février 1970*, CII Recueil 1970, paragraphes 33-34.

⁶⁴ ECII art. 38, I (d).

⁶⁵ El principio de intertemporalidad del derecho señala que la validez de un acto jurídico se determina a la luz del derecho vigente en el momento de su

Declaración Americana⁶⁷ la constituyó en una norma de derecho interno de la organización⁶⁸ de carácter vinculante.

Años más tarde, en 1966, la CIDH inaugura un sistema de peticiones en las que puede alegarse la violación de derechos protegidos en la Declaración Americana por parte de la víctima o de quien peticione por ella. De este modo, desde 1966, la Declaración Americana es vinculante para los Estados miembros de la OEA porque una resolución que hace a la estructura interna y al funcionamiento de la organización y es, por lo tanto, obligatoria⁶⁹.

Más allá de ello, el tiempo y la práctica generarán respecto de la Declaración Americana una norma consuetudinaria internacional en punto a su contenido.

El 6 de marzo de 1981, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó su resolución 23/81 en el caso n° 2.141, relativo a los Estados Unidos –“Baby Boy”– en la que sustentó el carácter vinculante de la Declaración en el hecho de que los Estados Unidos son un Estado miembro de la OEA, parte en la Carta de Bogotá modificada por el Protocolo de Buenos Aires de 1970, respecto del cual, por virtud de lo dispuesto en los artículos 3(j),

⁶⁷ OEA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Diez años de actividades 1971-1981*, Washington, 1982, Estatuto de la CIDH aprobado en 1960, art. 2, p. 41.

⁶⁸ Julio BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Abaco, 1994, 152-153: “el derecho de cada organización constituye un orden jurídico. Este deber ser concebido en su integridad, o sea, con todas sus normas, tanto las que se refieren a los aspectos internos de la organización como las que regulan su representación externa o las actividades de las personas privadas”, y 154: “el ordenamiento jurídico de cada organización internacional ha de ser contemplado de igual manera que el orden jurídico de cualquier otra persona internacional y no ha de ser incluido en el ámbito del derecho de gentes”.

⁶⁹ Jorge CASTAÑEDA, *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, El Colegio, 1967, 23-69, especialmente 23-27.

16, 51(e), 112 y 150, “las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria”, de ellos, la Declaración fue adoptada con el voto de los Estados Unidos⁷⁰.

En 1985, un grupo de organizaciones no gubernamentales efectuó una presentación atribuyendo a los Estados Unidos la violación del derecho humano a no ser pasible de ejecución de pena de muerte por hechos cometidos antes de la mayoría de edad. Los peticionarios adujeron, por una parte, el carácter vinculante de la Declaración en razón de su inclusión en normas estatutarias que obligaban a los Estados Unidos y, por la otra, que su contenido –específicamente las tres normas involucradas cuya interpretación integradora permitía inferir el derecho cuya violación se alegaba– había devenido norma consuetudinaria internacional, aserto este último que acreditaron mediante la práctica internacional y determinadas disposiciones del derecho interno de algunos Estados de los Estados Unidos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró acreditado el carácter consuetudinario del derecho invocado sin perjuicio de decidir que no se aplicaba en la especie porque no quedaba cristalizado un consenso en cuanto al momento en que comenzaba la mayoría de edad⁷¹.

Finalmente, el 10 de diciembre de 1989, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció respecto del valor jurídico de la Declaración:

“Para los Estados miembros de la organización, la Declaración (Americana de Derechos y Deberes del Hombre) es el texto que determina cuáles son los derechos huma-

⁷⁰ OEA/Ser.L/V/II/54 doc. 9, rev. 1, p. 30. Adviértase que posteriores enmiendas a la Carta de la OEA alteraron la numeración de las disposiciones citadas.

⁷¹ OEA/Ser.L/V/II.71 doc. 9, rev. 1, p. 158.

les y políticos sino también económicos, sociales y culturales⁷⁴, practicando una interdependencia e indivisibilidad que luego será recuperada por la Proclamación de Teherán de 1968⁷⁵ y la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993⁷⁶. Las dos declaraciones adelantan también lo que puede denominarse los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del hombre: el derecho al trabajo y a la remuneración justa, al descanso y al disfrute del tiempo libre, a un nivel de vida adecuado que le asegure salud y bienestar, el derecho a la educación, a la vida cultural, la protección de la maternidad y la infancia⁷⁷. En todo caso, las dos se constituyen en criterio residual de interpretación de las normas convencionales de derechos humanos

⁷⁴ René CASSIN, "Veinte años después de la Declaración Universal", en *VIII Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 1967, n.º 2, 1-19, p. 13: "El elemento nuevo y de mayor importancia en lo que se refiere a las libertades individuales enunciadas en las Declaraciones nacionales del siglo XVIII y en las Constituciones del XIX, es el hecho de que en la Declaración Universal ya no se las considera como únicos elementos constitutivos de los derechos fundamentales del hombre. En adelante, a la par de los derechos-facultades de la persona humana y en un plano de igualdad con los mismos, la Declaración Universal ha consagrado, en virtud de su artículo 22 de carácter general y de los artículos siguientes más especializados, los derechos económicos, sociales y culturales del hombre, considerado en su calidad de miembro de la sociedad"; Theo VAN BOVEN, "Criterios distintivos de los derechos humanos", en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Karel VASAK ed., tr. H. SARBÉ y M. J. RODELLAS, Barcelona, Serbal/Unesco, 1984, 3 vol., t. I, 77-99, p. 86. ⁷⁵ ONU, Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 1994, vol. I (primera Parte), p. 51 # 13. Véase también A/R/S/S/32/130. ⁷⁶ A/CONF.157/23, #32. ⁷⁷ Ver *infra* Capítulo IV.

nos a que se refiera la Carta [de la OEA]. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. Para los Estados partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA⁷².

2. Estructura y contenido

La Declaración Universal enumera derechos y deberes, determina su contenido y brinda los criterios de la limitación legítima así como pautas de interpretación⁷³. Por su parte, la Declaración Americana se circunscribe a una enunciación de derechos y deberes. Empero, estos últimos son tan amplios que, de alguna manera, refieren a las limitaciones legítimas. A diferencia de las normas convencionales que se adoptarían más tarde, las dos declaraciones contienen no sólo derechos civi-

⁷² Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, n.º 10, párrafos 45-46. ⁷³ Artículos 29 y 30.

en sus respectivos ámbitos⁷⁸. También se erigen en el eje de sistemas de protección establecidos en el seno de las organizaciones que sirvieron de marco a su adopción⁷⁹.

Si ambas declaraciones fueron el punto de partida de tratados de derechos humanos, otras siguieron la misma ruta de modo tal que hoy se verifica como estructura el tránsito de la declaración al tratado⁸⁰. En los casos en que ello no se ha logrado en un plazo razonable, los motivos subyacentes permiten inferir la existencia de obstáculos poderosos en alguna región de la comunidad internacional. Ello es especialmente así, por ejemplo, en relación con la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión y en las Convicciones, resolución 36/55 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981⁸¹.

⁷⁸ Véase United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980, p. 3 en p. 15; Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua vs. USA), Merits, ICJ Reports 1986, p. 14.

⁷⁹ Ver *infra* Capítulos VII y VIII.

⁸⁰ Véase *infra* Capítulo IV.

⁸¹ Las disposiciones que la preceden consagran el derecho a "cambiar de religión o de creencias". Por el contrario, la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981 guarda silencio sobre el particular. Históricamente, ello se debe a un compromiso contraído en razón de la oposición de los países musulmanes a reconocer explícitamente el derecho a cambiar de religión. Esta explicación que surge de los trabajos preparatorios de la Declaración no encuentra, sin embargo, correspondencia con la actitud de los países musulmanes frente al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respecto del cual no han formulado reservas en el sentido apuntado. Más allá de lo expuesto, cabe consignar que la interpretación que sobre este punto ha predominado es la que privilegia los medios auténticos y que señala que la Declaración de 1981 comprende el derecho de cambiar de religión o de creencia y de adoptar otra o de permanecer sin ninguna. En este sentido, en el Informe presentado en 1986 a la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la relatora especial sobre este tema estima que cambiar de reli-

gión o de creencia, adoptar otra o permanecer sin ninguna es un derecho consustancial con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y que la Declaración de 1981 se adoptó precisamente para luchar contra la intolerancia y la discriminación, lo que incluye necesariamente la lucha en contra de las actitudes, acciones o leyes que le impidan a una persona cambiar de religión o de creencia, puesto que tales actitudes, acciones o leyes serían intolerantes y discriminatorias. Véase Elizabeth ODIO BENITO, *Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, New York, UN, 1989, S.89.XIV.3, #201-202. Véase, también, Natán LERNER, "Declaración de las Naciones Unidas sobre la tolerancia religiosa", en *VII El Olivo*, 1983, Madrid, 233-248.

Capítulo IV Tratados de derechos humanos

1. El tránsito de la declaración al tratado

La consagración de los derechos transita por dos etapas, la de las declaraciones y la de los tratados. En primer término, los derechos humanos han sido individualizados y explicitados en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸², instrumentos cuyo valor jurídico es, en principio, no vinculante, pero cuyo contenido puede devenir obligatorio en la medida en que contenga o exprese una fuente de derecho internacional⁸³.

En un segundo momento, esos derechos han sido plasmados en tratados, instrumentos jurídicos obligatorios por naturaleza para quienes manifiesten su consentimiento en obligarse por

⁸² Véase *infra* Capítulo III. Declaración Universal de los Derechos Humanos, A/RES/217A(III) de 10 de diciembre de 1948; Declaración de los Derechos del Niño, A/RES/1386(XIV) de 20 de noviembre de 1959; Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, A/RES/1904(XVIII) de 20 de noviembre de 1963; Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, A/RES/2263(XXII) de 7 de noviembre de 1967; Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A/RES/3452(XXX) de 9 de diciembre de 1975; Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, A/RES/36/55 de 25 de noviembre de 1981; Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, A/RES/47/133 de 18 de diciembre de 1992.

⁸³ Nuclear Tests (Australia vs. France), Judgment, ICJ Reports 1974, p. 253 # 46.

ellos, universales y regionales, relativos a un conjunto de derechos o a un derecho en particular⁸⁴.

Más allá de la entidad del instrumento que los contiene, los derechos humanos protegidos en tratados han incorporado sistemas de protección *ad hoc*, esto es, mecanismos internacionales propios para el control de las obligaciones asumidas por los Estados. Ello ha generado una instancia internacional de control y reclamo, lo que se denomina el sistema internacional de protección.

⁸⁴ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221 (en adelante Convenio Europeo); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966, A/RES/2200 A (XXI); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 19 de diciembre de 1966, A/RES/2200 A (XXI); Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123 (en adelante Convención Americana); *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano* (actualizado a mayo de 1996) (OEA/Ser.L/V/II.92 doc. 31 rev. 3), p. 29; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, 28 de junio de 1981, 21 ILM 58 (1982) (en adelante Carta Africana); Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, A/RES/44/25. Ello sin perjuicio de los tratados relativos a derechos determinados como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Nueva York, 21 de diciembre de 1965, 660 UNTS 195; Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, A/RES/34/180; Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984, A/RES/39/46 (en adelante Convención contra la Tortura); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, p. 93; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Belem do Pará, 9 de junio de 1994, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, p. 105; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará, 9 de junio de 1994, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, p. 115.

2. Obligaciones de respeto y garantía

A. Derechos civiles y políticos

Todos los tratados de derechos humanos, cualquiera sea su alcance material y espacial, comportan para el Estado tres obligaciones básicas: 1) respetar los derechos protegidos; 2) garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción; y 3) adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos. Las obligaciones de respetar los derechos humanos y de garantizar su goce y pleno ejercicio constituyen el fundamento genérico de la protección de los derechos humanos⁸⁵. Trátase de un sistema diseñado en función del reconocimiento del Estado como sujeto de la relación jurídica básica, como único responsable por las violaciones no reparadas.

Al asumir la obligación de respetar los derechos humanos⁸⁶, el Estado admite el interés de la comunidad internacional en el tema. Esta obligación traduce la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, esto es, que en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal⁸⁷.

⁸⁵ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), Serie C, n° 4, párrafo 163.

⁸⁶ Cabe recordar que la Carta de las Naciones Unidas enuncia la obligación de todos los miembros de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin discriminación, y la efectividad de tales derechos y libertades.

⁸⁷ Corte IDH, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, n° 6, párrafo 21.

medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado⁹⁰.

La obligación de investigar "es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser intructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarán, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado"⁹¹.

En relación con la obligación de garantizar, los tratados imponen a los Estados partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos. Este aspecto exige que los Estados realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos⁹². El derecho internacional de los derechos humanos deja librado a la discrecionalidad de los Estados la elección de la forma en que sus disposiciones se aplican en los territorios nacionales. De este modo, si la sola invocación de la norma de un tratado internacional en vigor no habilita a la autoridad nacional a reconocer en ella el sustento jurídico de una pretensión relativa a

⁹⁰ *Idem*, párrafo 175.

⁹¹ *Idem*, párrafo 177.

⁹² Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos. Observación General 3, # 5, HRI/GEN/1/Rev. 1, p. 5.

La obligación de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos "implica el deber para los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"⁸⁸.

En punto a la garantía estatal en materia de derechos humanos, la efectividad y la eficacia se erigen como valores. Esto es así toda vez que "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"⁸⁹.

"El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de

⁸⁸ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, nº 4, párrafo 166.

⁸⁹ *Idem*, párrafo 167.

los derechos humanos, existe el deber por parte del Estado de proveer la norma de derecho interno, con idéntico contenido, que habilite a los mismos fines.

Obsérvese que la norma impone el deber de adoptar "disposiciones internas" que conduzcan a la efectividad de los derechos protegidos. Ello no debe entenderse necesariamente como sinónimo de ley. En efecto, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos en general y en el del sistema interamericano de derechos humanos en especial, se efectúa una diferencia en cuanto al alcance de la noción "ley" según que ella se refiera al reconocimiento de un derecho o a la imposición de una obligación. En el primer caso, que se inscribe en la obligación general que aquí analizamos, se apunta a la ley material —esto es, a cualquier norma jurídica adoptada por un órgano con competencia para ello— en tanto que cuando se trata de restringir, "sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana"⁹³. Se trata de la ley elaborada por el Parlamento, cuya composición —determinada por la voluntad popular— y función —control de la actividad de gobierno— garantizan el consenso social.

La obligación de adoptar medidas versa también sobre la derogación de las disposiciones incompatibles con los tratados y comprende la obligación de no dictar tales medidas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades⁹⁴.

⁹³ Corte IDH, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, n° 6, párrafo 37. Ello coincide sustancialmente con las prácticas del sistema europeo. Véase *infra* Capítulo VI.

⁹⁴ Corte IDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, # 36.

En este sentido, se sostiene que "en el caso de leyes de aplicación inmediata"⁹⁵, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así, una norma que despojara de alguno de sus derechos a una parte de la población, en razón de su raza, por ejemplo, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza"⁹⁶. En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata, "es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos sino cuando se aplica"⁹⁷.

Dicho de otra manera, los Estados se obligan a revisar la legislación en vigor para adecuarla a los compromisos asumidos en los tratados y a adoptar las medidas necesarias para efectivizar los derechos no reconocidos. Estas medidas —legislativas, administrativas, jurisdiccionales o de otro carácter— no se detienen en la adopción de disposiciones que declaren la vigencia de un determinado derecho sino que comprenden también la creación de los mecanismos recursivos necesarios para su protección.

Esta obligación de adecuación legislativa o de otro carácter debe ser cumplida en un plazo razonable a partir de la entrada en vigor del tratado en el Estado parte.

El sentido último de estas disposiciones relativas a la exigibilidad en el ámbito interno de las normas internacionales en vigor que consagran derechos humanos es el de subrayar que la norma internacional en materia de derechos humanos integra el orden jurídico vigente y goza de una presunción de ejecutividad. Por ello, su invocación por la parte en el proceso no es *conditio sine*

⁹⁵ Cuando por su sola vigencia se afectan las personas sujetas a la jurisdicción de la norma.

⁹⁶ *Ibidem*, # 43.

⁹⁷ *Ibidem*, # 42.

que avanzan que no hay exigibilidad en esta área. Sin embargo, la historia legislativa de este compromiso no brinda ningún apoyo a este aserto.

Sucede que si las normas no pueden obligar —y de hecho no lo hacen— a un Estado a disponer de recursos para poner en práctica un programa de salud o de educación, si pueden obligarlo —y lo hacen— a discernir prioridades en el manejo de sus recursos propios y de los que pueda obtener de la ayuda o cooperación internacional. Resulta entonces que si es exigible que, al decidir su cuenta de gastos y la distribución de sus recursos, el Estado conceda prioridad a los planes conducentes a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, el Estado tiene la obligación de actuar expeditivamente y con eficacia hacia la meta de la realización de los derechos de que trata. Consecuentemente, toda medida de regre-

sión debe ser justificada⁹⁹. Una obligación de resultado, exigible a partir de un plazo razonable desde la entrada en vigor del tratado, es la de "adoptar las medidas necesarias" para lograr progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Trátase de un deber que no está limitado por ninguna consideración¹⁰⁰.

Más allá de ello, la práctica del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones de los artículos 3 —igualdad de hombres y mujeres—, 7.1.a —derecho a salario equitativo—, 8 —derechos sindicales—, 10.3 —protección de los niños y los adolescentes—, 13.2.a —enseñanza primaria obligatoria—, 13.3 —libertad de elegir educación de los hijos—, 13.4 —insti-

⁹⁹ Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3, # 2, HRI/GBN/1/rev.1, p. 59.
¹⁰⁰ *Idem*, p. 59.

qua non para su aplicación por el juez, que puede traerla al caso mediante la aplicación del principio *iuris curia novit*. Parece claro a la luz de lo expuesto que si bien queda librado a la discrecionalidad de los Estados la elección de la vía o método a través del cual el derecho internacional de los derechos humanos pueda incorporarse al orden jurídico vigente en un Estado, por el contrario, su vigencia y exigibilidad han sido consagradas por el orden jurídico internacional.

B. Derechos económicos, sociales y culturales

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes en los tratados⁹⁸ se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediantes la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Trátase de obligaciones de comportamiento y de resultado que son frecuentemente opuestas a la triada de obligaciones básicas que surgen de los tratados relativos a derechos civiles y políticos con el objeto de subrayar la exigibilidad inmediata de estos por oposición a la no exigibilidad de aquellos.

En efecto, la norma apunta a la "realización progresiva" de los derechos, reconociendo que, en general, la total realización de estos derechos no se logra en el corto plazo. En este aspecto de progresividad y en la expresión "hasta el máximo de los recursos disponibles" se sustentan, sin mucho fundamento, las tendencias

⁹⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, que no entró en vigor.

tuciones religiosas de enseñanza—, y 15.3 —libertad de investigación científica y creación—, son intrínsecamente no autoejecutables”¹⁰¹.

La efectividad de los derechos es la meta a la que debe llegarse, “inclusive en particular la adopción de medidas legislativas o de otro carácter”. Se asume, pues, que en la enorme mayoría de los casos no se trata aquí solamente de consagrar un orden normativo, sustantivo y procesal, que permita el libre y pleno ejercicio de los derechos sino que, además, se requiere de la formalización y concreción de medidas económicas y técnicas que permitan el ejercicio efectivo de los derechos protegidos. La cuestión radica en poner en marcha programas que conduzcan a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Las medidas, pues, deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto¹⁰².

En el ámbito de los “derechos de bienestar social”¹⁰³ de conformidad con los términos del artículo 1.2 del Pacto y del artículo 3 del Protocolo de San Salvador, los Estados se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos protegidos, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Los medios que deben emplearse para ello son los “apropiados”.

¹⁰¹ *Idem*, p. 58.

¹⁰² *Idem*, p. 57.

¹⁰³ Antônio A. CANÇADO TRINDADE, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Estudios básicos de derechos humanos I* (R. CERDAS CRUZ y R. NIETO LOAIZA, comp.), San José, IIDH, 1994, 39-62; David M. TRUBEK, “Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs”, en *Human rights in international law: legal and policy issues*, Theodor MERON ed., Oxford, Clarendon Press, 1984, 2 vol., 205-271.

“Hasta el máximo de los recursos de que disponga” apunta también a los recursos de la cooperación internacional. En una manifestación que capitaliza las obligaciones emanadas de la Carta¹⁰⁴, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado “que de acuerdo con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, es una obligación de todos los Estados”¹⁰⁵.

Cabe aquí señalar que en el ámbito universal se entiende que el compromiso apuntado “ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia... los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata”¹⁰⁶.

La progresividad apuntada no exime de la obligación mínima que corresponde a cada Estado parte de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos.

¹⁰⁴ *Supra* Capítulo II.

¹⁰⁵ Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3, # 2, HRI/GEN/1/rev. 1, p. 60.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 58.

3. La doctrina de las "generaciones" de derechos humanos

Una doctrina, hoy profusa y con bastantes años en su haber, postula la existencia de distintas "generaciones" de derechos humanos que se habrían sucedido en el tiempo. Su virtud sería facilitar la comprensión del objeto de estudio en las coordenadas de tiempo y espacio así como distinguir por la diferente calidad de derechos y deberes.

De esta manera, los derechos de primera generación serían los denominados civiles y políticos. Su consagración se habría dado en el período del constitucionalismo clásico, fines del siglo XVIII y siglo XIX. Trataríase de derechos cuya exigibilidad por la persona humana es inmediata y para cuya satisfacción se requiere un no hacer o conducta de abstención por parte del Estado.

Por el contrario, la segunda generación correspondría a los derechos económicos, sociales y culturales, cuya cristalización se habría dado desde los primeros años del siglo XX con el movimiento del constitucionalismo social. Serían derechos de realización progresiva que exigen un hacer o conducta de acción del Estado.

Finalmente, la tercera generación de derechos humanos no sería aún de *lege lata* y comprendería los derechos de solidaridad.

Las objeciones que encuentro respecto de este enfoque son múltiples. La explicación se hace a la luz de situaciones que no refieren a derechos humanos propiamente dichos como ha quedado expresado en el Capítulo I sino más bien a libertades públicas. Por otra parte, la elección de la variable es caprichosa. Si en lugar de computar el derecho interno se tratara del derecho internacional, podría afirmarse que los derechos económicos, sociales y culturales tuvieron tratamiento y positivización internacional mucho antes de la Segunda Guerra Mundial.

Así, puede decirse que las Declaraciones de Derechos –la Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos y Deberes del Hombre– enunciaron derechos civiles, políticos, eco-

nómicos, sociales y culturales y, respecto de estos últimos, ellas son la norma sustantiva que permite el reclamo¹⁰⁷. Asimismo, en todos los casos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– hay aspectos o contenidos de los derechos protegidos de exigibilidad inmediata. Tampoco es claro que la abstención del Estado satisfaga el objetivo de la resocialización de las penas privativas de la libertad o del derecho a la jurisdicción si el número de jueces, por ejemplo, no es el adecuado a la población del país, menos aún puede decirse que en lo económico, social y cultural todo deba ser fruto de un hacer. Cuando los estándares logrados son más favorables que los mínimos previstos en la norma, toda medida regresiva es violatoria de las normas. Finalmente, la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se ve muy contrariada con la doctrina de las generaciones de derecho.

4. Características de los tratados de derechos humanos

Los tratados que consagran derechos humanos son acuerdos de voluntades celebrados por sujetos de derecho internacional distintos de aquellos cuyos derechos se consagran. En efecto, son los Estados los que celebran y concluyen estos tratados y son las personas físicas quienes adquieren derechos por su intermedio. El carácter interestatal de la gestión se transforma en genuinamente internacional en la aplicación.

La jurisprudencia internacional ha podido reconocer desde antiguo que la intención de las partes en un tratado puede ser la

¹⁰⁷ Véase Pedro NIKKEN, "El régimen jurídico de protección de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Derechos económicos y desarrollo en América Latina*, J. ORDÓÑEZ y E. VÁZQUEZ comp., San José, IIDH, 1991, 16-26, p. 16.

de crear derechos y obligaciones para los individuos de los que puedan prevalerse ante los tribunales nacionales¹⁰⁸. Empero, los tratados de derechos humanos prevén el acceso del individuo a instancias internacionales no jurisdiccionales de control ante las que puede reclamar la observancia de los derechos de que es titular y que estén reconocidos en dicho instrumento¹⁰⁹.

El carácter de las obligaciones asumidas por los Estados en estos tratados no es el sinalagmático tradicional en el que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas determina el ritmo de aplicación del tratado sino, por el contrario, se trata de obligaciones asumidas *erga omnes*. A este respecto, refiriéndose a las características particulares de la Convención sobre el Genocidio, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que “los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios por todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios sino un interés común”¹¹⁰.

Este aserto ha sido objeto de explicitación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha expresado que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco

¹⁰⁸ Compétence des tribunaux de Dantzig, CPI, Serie B, n° 15, 17-18: “on en saurait contester que l’objet même d’un accord international, dans l’intention des parties contractantes, puisse être l’adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d’être appliquées par les tribunaux nationaux”.

¹⁰⁹ Véase Capítulo VII.

¹¹⁰ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 15.

de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (“Austria vs. Italy”, Application N° 788/60, European Yearbook of Human Rights (1961), vol. 4, p. 140)”¹¹¹.

Luego de recordar que la entrada en vigor de la Convención Americana importa —automáticamente— conferir a un individuo el derecho de presentar peticiones contra cualquier Estado parte, la Corte concluye que “desde este punto de vista... la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados pa-

¹¹¹ Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, párrafo 29; véase Rafael NIETO NAVIA, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dumshee de Abranches*, Washington D. C., CIDH, 1984, 270-279.

la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados¹¹⁵. De ello se deriva la confirmación de las características apuntadas. De este modo, el derecho convencional internacional recupera la forma de las declaraciones nacionales de derechos y garantías del constitucionalismo clásico y las dota de la obligatoriedad indiscutida del tratado para las partes y de la permanencia del compromiso *erga omnes*. Estas normas resultan de aplicación residual a los tratados sobre derechos humanos adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas que, en general, carecen de una disposición relativa a la denuncia o terminación. En este orden de ideas, el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de los Estados partes de denunciar la Convención sólo luego de un plazo de cinco años contados desde su entrada en vigor, mediante un preaviso de un año, y excluye del ámbito de la denuncia los efectos de hechos acaecidos con anterioridad a la fecha de la denuncia.

Por las mismas razones, la aceptación de las reservas formuladas es sin efecto respecto de la calidad de parte en el tratado¹¹⁶. De esta manera, "los Estados que ratifiquen o se adhieran a la Convención [Americana] pueden hacerlo con cualesquiera reservas que no sean incompatibles con su objeto y fin"¹¹⁷. En este sentido, "un tratado que da tal importancia a la protección del individuo, que

¹¹⁵ A/CONF.39/27.

¹¹⁶ La regla general al respecto exige que la reserva formulada sea aceptada por lo menos por un Estado parte para que el Estado reservante adquiriera la misma calidad, art. 20, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF.39/27.

¹¹⁷ Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, párrafo 26.

ra comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción"¹¹².

En este sentido, explicando la norma contenida en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario¹¹³, que dispone que las "las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias", Jean PICTET señalaba el carácter unilateral de las obligaciones asumidas. Con ello implicaba la apuntada ausencia del sinagmá y lo ilustraba señalando que no resultaba concebible que un beligerante deliberadamente maltratara o asesinara a sus prisioneros porque el adversario fuera responsable de tales delitos¹¹⁴.

Los efectos jurídicos que se derivan de esta característica de los tratados de derechos humanos son varios: no resulta aplicable el principio general de derecho que establece que cuando una de las partes incumple las obligaciones a su cargo, la otra queda libre de las propias; de allí que la violación de las disposiciones del tratado no sea causal de denuncia ni de terminación. En este sentido, el artículo 60.5 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados dispone que las normas sobre terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación no se aplicarán a las diligencias relativas a

¹¹² *Ibidem*, párrafos 32-33.

¹¹³ 75 UNTS 5, 31, 85, 135.

¹¹⁴ Jean PICTET, *Humanitarian Law and The Protection of War Victims*, Leyden/Geneva, A. W. Sijthoff/Henry Dunant Institute, 1975, 20: "Yet owing, above all, to their disinterested nature, the lofty values they defend, their long standing and the fact that they have spread to the whole world, it may now be affirmed that the Conventions of Geneva and The Hague have largely lost the aspect of reciprocal treaties limited to inter-State relations and have become absolute commitments"; 21-22.

abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente pueda decirse que tienda a retrasar la entrada en vigencia del tratado hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante"¹¹⁸. Por ello, "la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión"¹¹⁹.

El criterio de la práctica ulterior en la interpretación del tratado¹²⁰ juega aquí un papel singular. En efecto, dado que la mayoría de los tratados establece o reconoce un órgano de control *ad hoc*, dicho órgano deviene en catalizador de la práctica —a través de decisiones concretas en las peticiones planteadas, de sentencias, de observaciones, etc.— facilitando la identificación de conductas violatorias generalizadas y su distinción respecto de una práctica ulterior que legítimamente modifique el tratado.

¹¹⁸ *Ibidem*, párrafo 34.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹²⁰ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF.39/27, artículo 31.3: "Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado..."

Capítulo V

Aplicación en los ámbitos internos

1. La solución constitucional en América

Tradicionalmente, el derecho internacional clásico ha reservado a las legislaciones nacionales, en general las normas constitucionales, la decisión sobre la forma de integración del derecho internacional al orden jurídico vigente en un Estado¹²¹.

Sin perjuicio de la elaboración y difusión de corrientes doctrinarias importantes —monismo y dualismo—, el orden jurídico internacional ha consolidado criterios que hacen a la vigencia de sus propias normas y que, en todo caso, acotan los márgenes de decisión de los Estados.

De esta manera, la norma consuetudinaria que dispone que un Estado no puede prevalerse de una norma de su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación convencional, fue codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados¹²².

¹²¹ Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion, 1925, PCIJ, Serie B, n° 10, 20.

¹²² Greco-Bulgarian "Communities", Advisory Opinion, 1930, PCIJ, Serie B, n° 17, p. 32; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, PCIJ, Series A/B, n° 46, p. 96 en p. 167; Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, PCIJ, Series A/B, n° 44, p. 4 en p. 24; Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, ICJ Reports 1988, p. 12 en ps. 31-32, # 47.