

MODULO II
CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

Introducción

Analizaremos, tomando como base lo que hasta aquí expresamos, los posibles abordajes conceptuales de Derechos Humanos, como asimismo, los principios generales que dimanarían del sistema de derechos humanos y las pautas interpretativas generales y propias, que constituyen el marco general de esta disciplina jurídica.

I) Concepto de derechos humanos

Un rápido repaso de lo que hemos estado viendo en el primer módulo, nos permite aproximar una diversidad de definiciones o conceptualizaciones de los derechos humanos.

Desde una mirada iusnaturalista, los podemos definir como: Derechos Naturales, inherentes a la persona humana, comunes y universales, y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre Gobiernos.

Desde el positivismo (formalismo jurídico) podemos definirlos como: los derechos reconocidos como tales por la legislación vigente, en un momento histórico determinado.

Desde el marxismo podemos afirmar que en una sociedad capitalista dividida en clases sociales en lucha, los Derechos Humanos son una construcción jurídica de la clase dominante a través del Estado, lo que explica su dispar efectividad.

Desde la perspectiva ética podemos definirlos como derechos morales, éticamente exigibles, derivados de la idea de dignidad de la persona.

Desde una perspectiva histórica como aquellos derechos que se los considera tales en un momento histórico determinado, a fin de satisfacer necesidades humanas dentro de una sociedad.

Desde los valores que protege como aquellos que amparan la dignidad de la persona humana, y los valores de libertad e igualdad, que son su consecuencia.

Desde mi perspectiva personal defino los Derechos Humanos como aquellos que protegen la dignidad de la persona humana, y sus valores derivados Libertad e igualdad, a través de la efectiva y plena satisfacción de sus necesidades, tanto físicas, psíquicas como morales, y, que derivan en características y principios propios, de carácter general y normas jurídicas básicas de protección.

Alguien podrá argumentar que la imposibilidad de acceder a una definición única, como a una fundamentación única, enturbia la presencia de los Derechos Humanos en el campo de la Ciencia Jurídica. Desde ya lo niego. En las ciencias en general, hace tiempo que el concepto de verdad absoluta se ha abandonado, y conviven, dentro de un mismo campo científico teorías parcial o totalmente contradictorias entre sí, con adherentes y detractores. Lo que enmarca la ciencia contemporánea es la fundamentación epistemológica y la rigurosidad metodológica, que permitan la falsación (confrontar su grado de verdad). Nosotros hemos pretendido al menos esbozar nuestros ejes epistemológicos en relación con la materia, que implica el método de análisis que iremos aplicando en el transcurso de la obra, por supuesto que en los términos de generalidad que un manual nos impone. En ese contexto Derechos Humanos, puede constituirse en una disciplina científica, aunque contenga teorías o visiones diversas.

II) Características de los derechos humanos

Estas características son, principalmente, consecuencia del proceso de evolución normativa internacional, al que concluyen dándole sentido, y depositarias de definiciones y justificaciones de los Derechos Humanos, de carácter iusnaturalista y fundada en los valores. Pasaremos a explicitar ello al desarrollar cada una.

Universalidad

Se entiende que una característica de los Derechos Humanos es la Universalidad; ello, en un doble sentido: Que son derechos comunes a toda persona humana y que significan lo mismo para todos.

En el primero de los sentidos, como puede advertirse, subyacen concepciones vinculadas a la consideración de los Derechos Humanos como inherentes a la persona humana y protectoras del valor dignidad. En el segundo de los sentidos, responde a la necesidad de fortalecimiento del Sistema Internacional de Protección que debe partir, para ello, de una conceptualización común. Ello se expresa en la evolución del Sistema Internacional de Protección.

Por otra parte enfrentan desafíos comunes provenientes de la diversidad, tanto filosófica, como histórica y cultural. (Sólo piénsese en las diferencias culturales de oriente y occidente, p. ej) Y encierra peligros, como los de encubrir proyectos hegemónicos, fundamentalmente políticos. (Recuérdese la vin-

culación que F. Savater formula entre Derechos Humanos e individualismo democrático; o la vinculación de Derechos Humanos con el modelo democrático formulado desde occidente). O a la imposición de "Modelos Económicos" determinados. (Recuérdese aquí la relación que J. Maritain efectúa entre fundamento iusnaturalista de los Derechos Humanos y Propiedad Privada, o más específicamente, con la imposición de un modelo económico neoliberal dentro del propio sistema capitalista, crítica que algunos sectores formulan al actual Proyecto de Constitución para la Unión Europea) (Temas que retomaremos en el cuarto módulo).

Finalmente, el principio de Universalidad se enfrenta a la diversidad normativa nacional, que constituye la principal razón de las reservas (entendidas como limitaciones de responsabilidad, autorizadas por el sistema jurídico internacional, que el propio Estado formula al momento de ratificar un tratado de DD.HH.), que fragmentan la unidad conceptual del tratado y los niveles de exigibilidad. Proceder que, en general, ha sido criticado, tanto por la doctrina, como por los órganos regionales o universales de promoción y protección, que instan permanentemente a los Estados a ratificar los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, sin reservas.

Podemos afirmar que la universalidad es un horizonte del sistema internacional de protección de los derechos humanos, que indudablemente impacta en los sistemas nacionales de protección, conforme los diversos modos en que el Sistema Internacional de Protección se incorpora a los derechos nacionales. (En el Módulo cinco se analiza la situación particular de la Argentina).

Indivisibilidad

Esta Característica de los Derechos Humanos se vincula, en sentido material, con el sujeto titular de los mismos, y significa que cada persona es titular de estos con carácter pleno, entendido cada derecho como una totalidad única, que no es posible fragmentar. Para dar una aproximación en términos vulgares, no hay un derecho a la vida, a medias, como no lo hay tampoco, si hablamos del derecho a una remuneración justa. Existe, en fin, una íntima relación entre la indivisibilidad de la persona, como titular del derecho, y la indivisibilidad del derecho del cual la persona es titular. Es la titularidad plena de un derecho plenamente considerado. La indivisibilidad de los derechos humanos afirma la identidad de cada uno de ellos, con un sentido de unicidad inquebrantable, como un núcleo "duro" del derecho del que se trata. Se interrelaciona también con el carácter universal antes descrito, al que complementa y fortalece.

Por otra parte, se ha entendido la indivisibilidad, en sentido formal, en su relación con la integralidad de los Derechos Humanos, es decir, que no admiten "divisiones internas" de los mismos, a fin de asignarles características diferenciales. (Separar los Derechos Civiles y Políticos, de los Económicos, Sociales y Culturales).

Esta característica necesaria y fundamental, en sentido material, entra en conflicto si la contrastamos con el espacio social, como lugar de realización de los Derechos Humanos. Cuando Pierre Bourdieu redefine las clases sociales, define las clases populares como aquellas carentes casi por completo de cualquier forma de capital, y señala como su característica saliente la desposesión (Patrice Bonnewitz, pág. 51), que me permite afirmar también como desposesión material de derechos. Esta contrastación, que adquiere índices (eufemización numérica de la tragedia social) alarmantes, no debe ser argumento de la desazón o el pesimismo social, sino la base del compromiso, tanto teórico como pragmático, frente a los Derechos Humanos, consistente en vincular estrechamente enunciados con realizaciones, como un todo, también indivisible. Del mismo modo que, en el sentido formal, entra en contradicción con interpretaciones doctrinarias y prácticas jurisprudenciales que, tienden a otorgar la máxima operatividad a los Derechos Civil y Políticos, y que relegan, a una programatividad, casi perpetua, a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de una interpretación del Principio de Progresividad, paradójicamente, en sentido regresivo. (Profundizaremos ello al analizar dicho principio en el presente Módulo).

Integralidad

Esta característica está vinculada con el contenido. La diversidad de derechos que componen lo que denominamos Derechos Humanos se encuentran integrados en una totalidad única y homogénea, sin distinciones de jerarquía ni de valor, y teniendo como referente común la dignidad de la persona humana y sus valores derivados, libertad e igualdad.

Esta característica desvirtúa los intentos de acotamiento de los Derechos Humanos, o su fragmentación. Ya sea ello, a través de catalogar a los mismos, como derechos esenciales o fundamentales, dándole el tratamiento de tales a los Derechos Civiles y Políticos, y excluyendo a los restantes, o al establecimiento de distinciones o diferencias entre los mismos, respecto a su exigibilidad por ejemplo, como parece desprenderse de la Teoría de las Generaciones.

Interdependencia

Esta última característica hace referencia a la relación entre derechos, en la medida en que la existencia material de uno, depende de la existencia material de otro u otros, dentro del campo común de los Derechos Humanos. Se reafirma así la interrelación entre los mismos con un grado de interdependencia mutua entre derechos. Rechaza la consideración aislada de cada uno de los Derechos Humanos, en especial en su faz pragmática, como derechos efectivos. Y guarda así relación estrecha con la característica de integralidad antes descripta, y la de indivisibilidad en sentido formal.

Ello permite afirmar que la relación, por ejemplo, entre el Derecho a la Vida que asegure la subsistencia y el desarrollo (Definición de la Convención

Internacional de los Derechos del Niño) y el Derecho a una alimentación básica, saludable y equilibrada (Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales) es interdependiente, en el sentido de que, si no hay vida no hay derecho a la alimentación, si no hay derecho a la alimentación no hay derecho a la vida, y finalmente: Para que haya vida que asegure la subsistencia y el desarrollo debe haber derecho a una alimentación básica, saludable y equilibrada. Así las cosas, la afirmación de Adolfo Pérez Esquivel, de que con el elevado nivel de exclusión social existente en la Argentina actualmente, se está cometiendo un verdadero Genocidio Social, resulta absolutamente cierta y no meramente una comparación analógica. Esto refuerza su carácter operativo como una totalidad normativa indisoluble.

Hay que señalar que estas características de los Derechos Humanos han sido reafirmadas por los **Principios y Plan de Acción de Viena, de 1993, (Naciones Unidas)** que en su párrafo quinto, de la Primera Parte, afirma "Todos los Derechos Humanos son Universales, interdependientes e interrelacionados, La Comunidad Internacional debe tratar a los Derechos Humanos globalmente de forma justa y equitativa, en un pie de igualdad y con el mismo énfasis". Podemos citar asimismo como antecedentes de tal declaración, **La Proclamación de Teheran de 1968, que expresa:** " b) La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social" y **la Resolución 32/130 del 16-12-1977, (Naciones Unidas)** que en su párrafo primero expresa: "a) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección, tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales". Lo que refleja que las mismas tienen un importante grado de aceptabilidad en la Comunidad Internacional. Más recientemente **la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Resolución 1999/36 sobre la impunidad)** en sus considerandos reafirma el carácter de derechos universales, indivisibles e interdependientes de los Derechos Civil y Políticos y los Económicos, Sociales y Culturales, y referencia como antecedente los Principios y Plan de Acción de Viena de 1993.

Por otra parte, y de un modo implícito, dichas características pueden hallarse presentes en afirmaciones como las contenidas por el **Preámbulo (Párrafo Tercero) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, (con Jerarquía Constitucional)** que dice: "Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". Ello claramente trasunta las características de indivisibilidad e interdependencia entre derechos, en el campo de los Derechos Humanos.

Esto último también queda ratificado en la **Resolución 2004/23 sobre los Derechos Humanos y la extrema pobreza de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas**. "Recordando que, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de derechos humanos reconocen que no puede realizarse el ideal del ser humano libre y liberado del temor y la miseria a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos económicos, sociales y culturales, así como, de sus derechos civiles y políticos".

La teoría de las generaciones. Crítica

Cuando hicimos referencia a la fundamentación histórica de los Derechos Humanos, transcribimos el punto de vista de T. Van Boven, que aquí cabe recordar, ya que, como allí anticipamos, constituye la línea argumental base de la denominada "Teoría de las Generaciones de Derechos Humanos", y sobre cuya vigencia no cabe dudar, desde el momento en que hasta hoy, se insiste en categorizar los Derechos Humanos, como derechos de primera generación, de segunda generación, de tercera generación, y hasta de cuarta generación.

Esta teoría centra su atención, en *un eje histórico*, vinculado con el momento de surgimiento de los Derechos Humanos y un *eje jurídico-institucional*, vinculado con las características diferenciales, que tipifican los derechos pertenecientes a cada una de las Generaciones y diferencian la conducta que debe asumir el Estado frente a los mismos.

Los denominados **Derechos Humanos de Primera Generación**, (integrado por los Derechos Civiles y Políticos) se sitúan en su surgimiento histórico, con el advenimiento de la Revolución Americana y la Revolución Francesa, y del Constitucionalismo Clásico (Constitución Norteamericana y Constitución de la República Francesa) (Segunda mitad del Siglo XVIII), y son caracterizados en general, como derechos operativos, es decir auto-ejecutables, ante los cuales la conducta Estatal debe ser abstencionista, es decir, a menor nivel de reglamentación mayor ámbito de respeto a los mismos.

Los **Derechos Humanos de Segunda Generación**, (Integrado por Derechos Económicos, Sociales y Culturales) se identifican con el surgimiento del denominado Constitucionalismo Social (Constitución de Weimar, Constitución de México, Constitución de la Unión Soviética), la Revolución Mexicana y la Revolución Bolchevique. (Comienzos del Siglo XX). Se los caracteriza como derechos de realización progresiva, es decir, no plenamente operativos, y que requieren para su realización, de parte del Estado, una conducta activa, entendida como medidas concretas que faciliten el acceso a los mismos, por parte de la persona humana.

Finalmente los **Derechos Humanos de Tercera Generación**, (Integrado por los denominados Derechos de incidencia colectiva, como la protección al

Medio Ambiente Sano), se ubica su surgimiento en la preocupación creciente de la Comunidad Internacional frente a las alteraciones del Medio Ambiente, principalmente, (Segunda mitad del Siglo XX). Son derechos de carácter colectivo, tanto en el sentido de que sus titulares no son exclusivamente los individuos, sino también la sociedad toda, como en el sentido de que no son responsabilidad exclusiva del Estado individualmente considerado y en relación con quienes habitan en él, sino de la comunidad de Estados, lo que existe, como consecuencia, una conducta de coordinación internacional, de parte de estos, para su efectiva realización.

Esta teoría surge y se desarrolla en el contexto histórico de la denominada "Guerra Fría", que se inicia después de la segunda postguerra del Siglo XX, y que caracteriza la política mundial por la existencia de dos grandes bloques ideológicos (Capitalista-Socialista), que en materia de Derechos Humanos, divide la preferencia sobre parte de los mismos, el bloque capitalista por los Derechos de Primera Generación y el bloque socialista por los Derechos de Segunda Generación, lo que se materializó con el dictado, en el mismo año de 1966, de dos Pactos diferentes para dar tratamientos a los Derechos Civiles y políticos y a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Teoría de las Generaciones, convalida, por lo explicado antes, esta diversidad de criterios políticos y de implementación de los Derechos Humanos.

Es dable señalar que, la superación de este esquema de bipolaridad, a partir de los años 90 del siglo pasado, si bien ha generado otro tipo de problemas, ha favorecido, en parte, criterios de mayor integración, en la medida en que los ha despojado, parcialmente, de ser interpretados como una ineludible y necesaria toma de posición ideológica entre bloques, aunque ello no es una situación definitiva, ni mucho menos. Pero ha fortalecido la caracterización de los Derechos Humanos que hemos desarrollado en el presente módulo, en especial, en lo referido a su integralidad e interdependencia.

La Teoría de las Generaciones ha sido criticada desde diversos ángulos: En primer lugar porque su interpretación de generaciones históricas de Derechos Humanos es parcial, e incompleta: Se argumenta que, si la comunidad internacional efectivamente entendió, en su momento, que tales diferencias existían, no hubiera aprobado, la Asamblea General de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en los términos en que lo hizo: incorporando en un solo instrumento, tanto derechos humanos de primera generación como de segunda generación. (Lo que también es aplicable con respecto a la Declaración Americana, aprobada por la Asamblea General de la OEA en el mismo año).

En segundo lugar, porque no necesariamente, un derecho determinado, queda exclusivamente constreñido, en su pertenencia, a una Generación determinada. Por ejemplo, si tomamos el Derecho a la Educación, podemos afirmar, que en el sentido de derecho a enseñar y aprehender, (art. 14 Constitución Nacional), integra la Primera Generación; como derecho de toda persona a la educación (art. 13 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) integra la Segunda Generación, y que, asimismo, si lo

abordamos en el sentido de que "Los Estados Miembros cooperarán entre sí para satisfacer sus necesidades educativas..." (art. 46 Carta de la OEA) podemos ubicarlo en el ámbito de la cooperación internacional, y por ende de carácter colectivo, propio de los Derechos de Tercera Generación.

Finalmente, porque en general, la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados (art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), aun frente a los derechos denominados de Primera Generación, exige una posición activa por parte del Estado, como lo refleja la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde nuestra perspectiva personal, consideramos que tales críticas tienen entidad suficiente para apartarnos de los postulados de la Teoría de las Generaciones de Derechos Humanos, y adscribir, sin dejar de señalar los conflictos y desafíos que plantean, la caracterización de los Derechos Humanos, antes descripta.

III) Clasificación de los derechos humanos

Se pueden ensayar diversas clasificaciones de los Derechos Humanos, como criterios de sistematización o fines expositivos, nosotros sólo enunciaremos algunas de las posibles: (para una visión más general sobre el tema, p. ej. Sagüés P.N. Elementos... T° 2, pág. 241 y sigtes.).

En Relación con la materia. Es decir describiendo los derechos contenidos en categorías jurídicas de carácter más general, así:

Derechos civiles y políticos

Los que a su vez pueden admitir *subcategorías de Derechos Civiles*: Como ser: **Derechos Personalísimos** (Derecho a la Dignidad; Derecho a la Vida; Derecho a la Intimidad; Derecho a la libertad de conciencia y religión; Derecho a la identidad; Derecho al nombre, etc.). **Derechos Personales**: Como el Derecho a la Información; El Derecho de Asociación; El Derecho de Petición; (El Derecho de Locomoción, etc.) y **Derechos Patrimoniales** (Derecho de Propiedad; Derecho a ejercer toda industria lícita; etc.). Y *subcategorías de Derechos Políticos*: Como ser: **Derechos de las personas**: Como el Derecho al Sufragio; El Derecho a Asociarse a un Partido Político; El Derecho a ser Candidato; etc. **Derechos de los Partidos Políticos**: Como el Derecho de acceso a la información pública, Derecho a divulgar sus ideas; etc.

Derechos económicos, sociales y culturales

Que incluye, entre otros, el Derecho a la Salud; el Derechos a la Educación; El Derecho a Trabajar y los Derechos en el Trabajo; El Derecho a una Alimentación Básica sana y equilibrada; El Derecho a la Seguridad Social; etc.

Derechos de incidencia colectiva

Que incluye el Derecho a un Medio Ambiente Sano; El Derecho de los Consumidores y Usuarios; El Derecho al Desarrollo, El Derecho a la Paz; el Derecho a la Libre Determinación.

En relación al momento histórico en que tuvieron origen

Derechos de primera generación. (Segunda Mitad del Siglo XVIII). Corresponde a los Derechos Civiles y Políticos de la primera clasificación.

Derechos de segunda generación. (Primera mitad del Siglo XX). Corresponde a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la clasificación anterior.

Derechos de tercera generación. (Segunda mitad del Siglo XX). Corresponde a los Derechos de Incidencia colectiva de la clasificación anterior.

Para mayores especificaciones nos remitimos a lo ya expresado con antelación.

En relación con el sujeto activo

Ello nos permite distinguir entre:

Sujeto activo general: Que involucra los derechos reconocidos con carácter general a toda persona. Como resultan ser los Derechos y Garantías reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para dar sólo algunos ejemplos;

Y los que reconocen un **Sujeto activo particular:** Que involucra a los derechos que permiten a determinados sujetos en especial: Derechos de las Poblaciones Indígenas; Derechos de los Niños; Derechos de las personas con capacidades diferentes, etc.

En relación con la normativa que los consagra

Algunos autores (p. ej. Pedro N. Sagüés, ob. cit. T° 2, pág. 226) distingue entre **Derecho constitucional:** Derechos que tienen su fundamento en la normativa constitucional y **Derechos humanos:** Derechos que tienen su fundamento en los instrumentos de derechos humanos de carácter supranacional.

Esquematizamos aquí algunas de las posibles clasificaciones, sin agotarnos, ya que respecto a algunas de ellas expondremos más adelante, pero a modo de anuncio, podemos señalar otras que se han intentado, p. ej. **En relación con su exigibilidad:** distinguirlos entre Derechos Humanos Operativos

y Derechos Humanos Programáticos; (criterio éste que impugnaremos en el acápite respectivo, en lo esencial) o **En relación al tipo de reconocimiento:** Podemos distinguir entre Derechos Humanos Expresamente Reconocidos y Derechos Humanos Implícitamente Reconocidos. O **En relación a su suspensibilidad.** Donde podemos establecer una diferencia entre derechos suspendibles y no suspendibles, en las situaciones de excepcionalidad institucional, siguiendo para ello, las disposiciones del art. 27 de la CADH.

Desde nuestra perspectiva, por lo ya expresado, y por lo que iremos desarrollando en el transcurso del presente, y centrados en la caracterización de los Derechos Humanos que hemos realizado, sostenemos que los mismos, como principio, constituyen una totalidad interrelacionada e interdependiente, con igual jerarquía e idéntica operatividad, resultando su clasificación una estrategia expositiva de carácter pedagógico, pero que de modo alguno puede albergar diferencias sustanciales entre los mismos, que reduzcan su vigencia, su exigibilidad y/o su eficacia. Además, al exponer nuestra propuesta de ejes epistemológicos para la disciplina Derechos Humanos, ya hemos expresado nuestro parecer sobre el efecto integrador que la Jerarquía Constitucional consagrada produce, que no justifica una distinción entre Derecho Constitucional y Derechos Humanos, de carácter sustancial, sino a lo sumo, meramente instrumental.

IV) La jerarquización de los derechos

La jerarquización de los derechos representa ingresar en la cuestión de resolver si establecer relaciones de prelación o subordinación, entre derechos, constitucional o convencionalmente, reconocidos, es posible.

En la doctrina nacional ha sido *Miguel Angel Ekmekdjian* (Manual...4º Edición, pág. 88/95) quien más enérgicamente ha defendido una respuesta afirmativa a esta cuestión. Especialmente ha trabajado la **elaboración de un orden jerárquico de los Derechos Civiles.** Para ello, sostiene inicialmente que todo derecho subjetivo es un medio de brindar protección jurídica a un valor, y que, estando generalmente admitido que la teoría de los valores tiene como axioma que estos se hallan ordenados jerárquicamente, entonces los derechos que los protegen, también pueden ser jerarquizados.

En segundo término, que la jerarquía de valores aceptada por el autor es socialmente establecida (a través de expresiones jurídicas y no jurídicas), y que, su validez está determinada por circunstancias de tiempo y lugar.

Luego analiza los criterios para meritar la jerarquía relativa a cada valor, para lo cual sostiene que el fundamental es la mayor o menor restringibilidad del derecho subjetivo que lo protege. Y otro que utiliza es el de medir la posibilidad de renuncia del derecho por el titular de éste.

Seguidamente, por vía intuitiva establece el primer ordenamiento jerárquico de los Derechos Civiles, a saber: Derechos Personalísimos, Derechos Personales y Derechos Patrimoniales.

Luego analiza la relación entre derecho a la vida y derecho a la dignidad, sosteniendo que desde el punto de vista axiológico y ético, por sobre criterios biológicos, el derecho a la dignidad tiene primacía sobre el derecho a la vida.

Con lo cual el orden jerárquico es Derecho a la dignidad y sus derivados (conciencia, intimidad, etc.) - Derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.) - Los demás Derechos Personalísimos - Los Derechos Personales y Los Derechos Patrimoniales.

Luego plantea la posibilidad de efectuar una jerarquización entre los restantes derechos personales y entre los derechos patrimoniales. Para ello, respecto a los primeros sostiene que la libertad física está por encima de los restantes ya que funciona como prerrequisito indispensable para los demás. Y con relación a los Derechos Patrimoniales, distingue entre derechos "fines" (como el derecho a aprender), de los denominados derechos "medios" (como el derecho de enseñar).

Sobre dicha base establece el siguiente orden jerárquico de los Derechos Civiles: 1) Derecho a la dignidad humana y sus derivados (Libertad de conciencia, intimidad, etc.) - 2) Derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud - a la integridad física y psicológica, etc.) - 3) El derecho a la libertad física - 4) Los restantes Derechos Personalísimos (propia identidad- nombre- imagen- domicilio, etc.) - 5) El derecho a la información - 6) El Derecho de asociación - 7) Los restantes derechos personales- primero los derechos fines y luego los derechos medios y 8) Los Derechos Patrimoniales.

Sostiene la posibilidad de generalizar este sistema de jerarquización, a los distintos tipos de derechos.

Entre las ventajas que el mismo autor señala están que, representa un límite objetivo al ejercicio del Poder de Policía por parte del PEN. Representa la posibilidad de fijar "índices de garantización" entre derechos de jerarquías diversas, orientadora del ejercicio reglamentario legislativo (art. 28 Const. Nac.). Y finalmente, un mecanismo para la resolución de conflictos entre derechos.

Los inconvenientes, o críticas, que pueden formularse parten principalmente del hecho de que un sistema de jerarquización entre derechos, debe involucrar necesariamente, a los fines de su operatividad, una entre categorías de derechos (Derechos Civiles, Derechos Políticos, Derechos Económicos). Lo que llevará inevitablemente a la subordinación de las restantes categorías a la de los Derechos Civiles, siguiendo la lógica del autor, y en especial, al derecho a la dignidad y al derecho a la vida. (Ya lo está haciendo con respecto al derecho a la salud, p. ej.). (Me remito a las críticas ya formuladas en las Consideraciones Preliminares de este trabajo). Ello además se opone a las características de los Derechos Humanos que hemos desarrollado al comienzo del presente módulo.

En segundo término, no todos los Derechos Humanos pueden calificarse como Derechos Subjetivos, y por ende, esta relación, entre estos y los valores,

aparece menguada, en los términos formulados por el autor de referencia. Esta situación ya se hizo manifiesta con relación a los Derechos de Incidencia Colectiva, dando origen al concepto de Interés Legítimo, en contraposición al de Interés Subjetivo, propio de quien es titular de un Derecho Subjetivo. Situación que se hace extensiva a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la medida en que sean apreciados como derecho al acceso a los mismos, y no exclusivamente como titularidad subjetiva, personal, de estos. (Lo que la doctrina denomina, por un lado, Derecho a Trabajar, y por otro, Derechos en el Trabajo).

Finalmente, el carácter contingente de los valores (socialmente aceptados en un tiempo, y en un lugar, determinados), torna inestable el sistema de jerarquizaciones adoptado, y discutible la permanencia del valor en el tiempo, lo que, disminuye notablemente su presunta utilidad.

Entre otros criterios alternativos de jerarquización, podemos citar la denominada "Cotización de los Derechos" formulada por Pedro Néstor Sagüés (Elementos... T.º 2, 2da. Edición actualizada y ampliada, pág. 257/8), optando como derecho prevalente el de la dignidad humana, y distinguiendo entre derechos fundantes (derecho a la vida o a la libertad ambulatorio) de los derechos posteriores; como la diferencia entre derechos de prevalencia abstracta (derechos de libertad) de mayor jerarquía, sobre los de prevalencia concreta (derechos patrimoniales), siendo los primeros menos restringibles o limitables; pero vinculada con las situaciones concretas de la causa y apreciadas en relación a sus circunstancias particulares, y no a partir de premisas genéricas o enunciados abstractos, siguiendo la jurisprudencia de la CSJN. Lo que la diferencia de la propuesta anteriormente analizada, de carácter abstracto y general.

En la posición opuesta, se encuentra la doctrina establecida en su jurisprudencia, tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene en términos generales que los derechos fundados en cualquier cláusula de la Constitución nacional tienen igual jerarquía y que la interpretación debe armonizarlos. (Fallos-255-293 "Cuello"; Fallos 264-94 "DRI", entre otros).

En relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el criterio de igual jerarquía surge de la interpretación que ésta ha efectuado del art. 1.1 de la Convención Americana: "De conformidad con el art. 1.1 de la Convención, los Estados Partes están obligados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción" (CorteIDH- "Caso Caballero Delgado y Santana"- 08-10-1995, párr- 55, entre otras).

Lo que no descarta la necesaria utilización de criterios interpretativos al momento de tener que resolver, en un caso concreto, una controversia entre derechos diversos o entre derechos y obligaciones, establecidas en la Constitución, a lo cual nos avocaremos en la parte final del presente módulo.

En síntesis, cuando nos referimos a la jerarquización de los derechos, que criticamos, hacemos referencia a aquellas que adoptan criterios abstractos y generales para ello; ya que, resulta obtuso negar que la labor fundamental del juez, como integrante del campo jurídico, es, muchas veces, el resolver controversias entre derechos y entre derechos y obligaciones, reconocidas tanto en la Constitución Nacional, como en los tratados jerarquizados constitucionalmente, que implicarán siempre un determinado grado de prevalencia, pero de carácter casuístico. Sin perjuicio de lo cual, y para ello, abogamos por la incorporación de las características de los Derechos Humanos, al igual que los principios, que analizaremos a continuación, como pautas útiles y necesarias para la resolución de determinadas controversias.

V) El principio de efectividad

Entendemos por Principio de efectividad, aquel que establece que los Derechos Humanos, explícita o implícitamente reconocidos, deben ser materialmente gozados, a través de su pleno acceso y ejercicio, por toda persona humana.

Dicho principio tiene expresa consagración normativa, de rango constitucional en la Argentina. En primer término, a partir de lo expresado por *el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos* que afirma: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

Es interesante analizar las diversas implicancias contenidas en el artículo referido, que nos permiten vincular el tema con las características generales de los Derechos Humanos ya explicadas:

En primer lugar, en lo que podemos denominar una **dimensión jurídica de análisis**, podemos afirmar que: La Declaración Universal reconoce en su articulado, tanto derechos Civiles y Políticos (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 inc. 1 y 2; 17, 18, 19, 20, 21) como derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 16 inc. 3; 22, 23, 24, 25, 26, 27); razón que nos permite afirmar, sin lugar a dudas, que el principio de efectividad contenido en el art. 28 del mismo, abarca tanto uno como otro tipo de derechos, los que además, se encuentran normativamente enunciados como una continuidad, sin separaciones formales de ningún tipo. Ello no hace más que reafirmar las características de universalidad, integralidad e interdependencia de los Derechos Humanos, ya explicadas.

En segundo lugar, y centrado ya en lo que podemos definir como una **dimensión política de análisis**, podemos afirmar que: la referencia al establecimiento de "un orden social internacional" pone claramente de manifiesto la relación entre la efectividad del derecho y la existencia de un orden internacional (y digo también nacional) que lo posibilite, (cuestión que hemos puesto de manifiesto en el primero de nuestros ejes epistemológicos desarrollados en el Módulo anterior); como asimismo, entiendo, permite es-

tablecer una directa y estrecha relación entre Sistema Político y Efectividad de los Derechos Humanos. (Cuestión que se retomará en el Módulo Cuarto al tratar la relación entre Democracia y Derechos Humanos).

Un segundo nivel de análisis de las implicancias de este principio, lo encontramos a través del criterio desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la operatividad, en general, de los derechos y libertades consagradas en la Convención Americana.

Así, en el caso concreto referido a una consulta sobre la operatividad del Derecho a Réplica o Respuesta, consagrado por el art. 14.1 de la Convención (Opinión Consultiva N° 7 del 19-08-1986- Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. Arts. 14.1, 1.1 y 2 C.A.D.H.), la Corte ha expresado, en términos generales: "El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en el art. 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades de las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo". (párr. 24). "El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme el derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el art. 1.1., que establece el compromiso de los propios Estados Partes de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención y de "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción". En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituirá una violación de la Convención, susceptible de ser anunciada ante los órganos de protección por ella previstos". (párr. 28). Criterio éste que luego fue receptado por la CSJN en el caso "Ekmedjkian c/ Sofovich", por el voto mayoritario de sus integrantes en 1992. (LL-07-08-1992).

Lo que nos importa destacar aquí es que, conforme el antecedente transcrito, uno entre muchos otros del tribunal interamericano, la regla general es la operatividad de los derechos reconocidos, y que, la adecuación de la legislación interna por parte del Estado Parte es una obligación más a cargo de éste, cuyo incumplimiento genera responsabilidad; dictar las normas jurídicas de adecuación también es una obligación, y no una mera facultad del Estado Parte.

Ahora bien, también me interesa destacar otro criterio complementario del anterior sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que lo formula en los términos que siguen: "Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fé y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia....

Asimismo estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969." (Opinión Consultiva N° 14, del 09-12-1994. Responsabilidad internacional por expedición o aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2) - párr. 35).

De ello se desprende, primero, que el cumplimiento de buena fe y la no invocación del derecho interno como eximente de responsabilidad, es un principio general del derecho. Luego, que esta regla sería aplicable tanto a disposiciones de los Tratados como de las Constituciones. Que finalmente dicha regla rige con carácter general conforme las disposiciones de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Cabe preguntarse entonces: Si es un principio general del Derecho, se aplica a disposiciones de origen Convencional o Constitucional y se encuentra reglada en términos generales en el Derecho de los Tratados, ¿Procede distinguir, para su aplicabilidad, los Tratados de Derechos Humanos Civiles y Políticos, de los Económicos, Sociales y Culturales? Creo firmemente que la respuesta es negativa, ya que de lo contrario perderían el carácter de generalidad con el que están formulados, y son reconocidos por la jurisprudencia.

Por lo tanto el principio de efectividad de los Derechos Humanos, es de carácter general y se aplica, como principio, a todos ellos, ya sea que estén reconocidos Convencional o Constitucionalmente.

Asimismo la necesaria efectividad del derecho implica su exigibilidad, para el caso que el mismo resulte desconocido o afectado, ya que de lo contrario sería una efectividad meramente declarativa, lo que, a todas luces, resulta un contrasentido.

Cabe sólo recordar aquí (lo que luego se desarrollará más detalladamente en el Módulo Quinto), que conforme la jurisprudencia de la CSJN, la frase "en las condiciones de su vigencia" contenida en el art. 75 inc. 22 de la C.N., significa que los tratados jerarquizados deben ser interpretados y aplicados en los términos en que lo hacen los órganos internacionales de aplicación. ("Gioldi"- LL-1995-D-461; "Bramajo"- (Suplemento de jurisprudencia penal- LL- del 29-11-1996, pág. 41/45).

Clásicamente, en el Derecho Constitucional se ha distinguido entre Cláusulas Constitucionales Operativas y Cláusulas Constitucionales Programáticas. Es indudable que la operatividad de una norma condiciona su efectividad. Y que por ende, cuando afirmamos la operatividad de un derecho, como lo hemos hecho en los párrafos anteriores, estamos defendiendo y reafirmando su efectividad. Por lo cual ingresaremos al análisis de esta cuestión.

En la doctrina constitucional, en general, (p. ej. Ekmedjkian M. A. Manual..., pág. 76/78; Quiroga Lavié, Derecho Constitucional, pág. 138/150; Saigüés Pedro Nestor, Elementos..., T° 1, pág. 92/94, entre otros), se sostiene que las cláusulas constitucionales son operativas cuando están dirigidas a una situación de la realidad en la cual puedan operar inmediatamente, sin nece-

sidad de instituciones que deba establecer el Congreso. Que dicha operatividad puede surgir de la propia norma constitucional (Self-Ejecuting) o requiere de una ley para transformar, como dice Emedjikian, la "potencia" en "acción". Generalmente se las identifica con las normas que generan prestaciones de no hacer. En cambio, las **normas programáticas**, son de aquellas que no habilitan la protección jurisdiccional al beneficiario, y que, necesariamente, requieren de una norma inferior para obtener operatividad derivada. Se las identifica con normas que ordenan dar o hacer.

Se señala, en general, a los derechos consagrados en los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional, como de carácter operativo, y los incluidos en el art. 14 bis (no en su totalidad) y 118 (Juicio por jurados) del mismo cuerpo legal, como de carácter programático.

En relación con estas últimas, en general, la doctrina (Quiroga Lavié, Sagüés) participa de la denominada Teoría de la Eficacia Parcial, para caracterizarlas: Las cláusulas programáticas son reglas jurídicas de rango constitucional; actúan como material jurídico inductor (inducen a actuar de un modo específico a los Poderes Públicos); Condicionan la validez de la legislación ordinaria (tachan de inconstitucional normas infraconstitucionales que se le opongan) y sirven para interpretar la Constitución.

Entiendo en lo personal que, *este criterio ya tradicional de abordaje de las normas constitucionales*, como consecuencia de la incorporación, con Jerarquía Constitucional, de determinados Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, y por la incidencia de las resoluciones y fallos de los órganos internacionales de control y aplicación, *debe ser revisado*, al menos, en el tópico motivo del presente Manual.

En primer lugar porque, siendo la efectividad principio general en materia de Derechos Humanos, su no implementación, de por sí, representa incumplimiento y genera responsabilidad (Ello no sólo se verifica con el análisis efectuado más arriba, sino además por la práctica de organismos internacionales de control como el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En segundo lugar porque, si la efectividad es un principio general en materia de Derechos Humanos, esto fundamenta la posibilidad de su exigibilidad jurisdiccional, porque como se sostiene por regla, no hay derecho efectivo sin garantía jurisdiccional que lo viabilice en caso de ser desconocido o afectado. Esta operatividad, además, se condice con el fundamento mismo de los Derechos Humanos, que en mi caso particular lo he afirmado en la Dignidad de la Persona Humana (y sus valores implicados de libertad e igualdad) y la realización de un principio de justicia material consistente en la plena satisfacción de las necesidades de la persona, entendida en su integridad física, psíquica y moral. Afirmación ésta que también es compatible con otros ejes de fundamentación.

Desde esta perspectiva, los Derechos Humanos, entendidos estos en forma integral (arts. 14, 14 bis, 15, 17, 18, 19, 20, 32, 33 y 75 inc. 22 de la Constitu-

ción Nacional) son operativos, porque así lo disponen reglas y principios que tienen tal carácter, las que, a lo sumo podrán calificarse, según los casos, de operatividad propia (Self-Ejecuting) o de operatividad impropia o derivada (requieren de una ley que las ponga en operatividad).

Este nivel de razonamiento, coloca a los Derechos Humanos, entendidos como un conjunto de previsiones constitucionales mínimas de protección, en la categoría de cláusulas de cumplimiento obligatorio, que en consecuencia, habilitan, su exigibilidad jurisdiccional directa (operatividad propia), a través de una demanda, y del control de constitucionalidad, o su exigibilidad indirecta (operatividad derivada) a través de la inconstitucionalidad por omisión (Sagüés, Bidart Campos), entendida ésta como la sustitución jurisdiccional de la morosidad legislativa, a través de la integración normativa, con la resolución del caso concreto o, en caso de no ser ello posible, a través de la fijación de una indemnización a cargo del Estado por los perjuicios efectivamente producidos. (Conforme lo dispone, p. ej., el art. 208 de la Constitución de Río Negro).

Ahora bien, sé que a esta altura de la lectura, y aun cuando considere razonables los argumentos que hasta aquí he expuesto, estimaré, posiblemente, lo concluido como impracticable. Esto merece su consideración, aunque insisto, con carácter general por la índole de este trabajo. Además lo entendemos pertinente teniendo en cuenta la definición sobre efectividad contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos que he ya glossado. Tal cual lo expresé en las Consideraciones Preliminares, como al describir, en general, los que considero son los ejes epistemológicos de la materia, en el Módulo Primero, exige **ingresar en un estudio de carácter multidisciplinario, que aborde el análisis de las relaciones de dominación y de las funciones ideológicas del derecho en la sociedad capitalista**, único modo razonable, a mi entender, de poder superar lo que Eduardo Barcesat denomina "Obstáculos Estructurales" que dificultan la plena justiciabilidad de los Derechos Humanos, y que corresponde también superar. Lo que también aparece justificado por la relación entre orden internacional justo y políticas de desarrollo sostenidas, referidas en los antecedentes normativos citados.

Ello representa **profundizar**, por una parte, **criterios del plano sociológicos ya expuestas en el Derecho Constitucional**. (P. Ej. Sagüés P.N. Elementos, Tº 1, pág. 91), que siendo correctas, son coyunturales, para pasar al análisis estructural, que, en general, puede explicar la razón de ser de esas razones coyunturales.

Daré para ello un ejemplo: Entre los obstáculos señalados por el autor referido figura el **Utopismo**, que consiste en formular enunciados constitucionales de cumplimiento irrealizable. Y ello tiene lugar cuando el constituyente mide los costos jurídicos, políticos y económicos de una cláusula constitucional, advierte que no pueden satisfacerse, y no obstante, emite la norma. Este análisis puede profundizarse con la propuesta que formulamos: Por una parte, incursionando en la función ideológica, en sentido de apariencia, que el derecho desempeña en la sociedad capitalista, donde ya, el referido

utopismo, no es un mero error del constituyente, sino una característica propia de la superestructura jurídica en la sociedad capitalista dividida en clases. Por otra parte, hacer los cálculos y no emitir la norma, puede también constituir un disvalor, en la medida en que se transforma en el mecanismo de afianzamiento de un sistema económico y jurídico injusto, atentatorio de los Derechos Humanos. El ninguneo de los derechos del trabajador establecidos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, se fundó en el discurso patronal neoliberal, que el Estado hizo propio, de que "Sin precarización laboral no hay empleo", y que la realidad nos devolvió como "Hay precarización laboral pero sin empleo". Ello importa el ingreso a un estudio de las relaciones económicas estructurales en una sociedad determinada, para su explicación, ya que justamente, más asiduamente se recurre a estas formas de "cálculo", cuanto más firme es la voluntad de sostener lo ya establecido o existente. Esto implica una faz política de los Derechos Humanos, insoslayable, y que integra la disciplina.

Ello representa también tener que ingresar al análisis del origen y desarrollo de los Derechos Humanos, como consenso de Estados y de Gobiernos, que ya expusimos, (y que es trasladable a la relación nacional entre reconocimiento Estatal y efectividad), y a las tensiones que ello produce, en la relación nominación y efectividad, y sobre todo, como consecuencia de ello, **al rol activo de la sociedad civil**, como necesaria para su implementación y efectiva vigencia. Esta participación, que analizamos en el Módulo Cuarto, y que en la medida de lo posible, debe ser organizada, coordinada y constante, es imprescindible y su consideración no puede resultar ajena.

VI) Principio de Progresividad

Entendemos por Principio de Progresividad, a aquel que determina que los Derechos Humanos, tanto en su reconocimiento, como en su efectividad y protección, deben avanzar en un sentido creciente hacia su plena realización. Lo conceptuamos con congruente y complementario del principio de efectividad.

Para el desarrollo de lo que hemos afirmado, recurriremos a varias instancias de análisis.

Origen normativo del Principio

El principio de progresividad surge normativamente, vinculado a los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Así el art. 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y el art. 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, lo **conceptúa** como el compromiso del Estado Parte de "lograr progresivamente la plena efectividad" de tales derechos. Seguidamente, y con relación a los **medios económicos** para ello, la Convención establece "en la medida de los recursos disponibles" y el Pacto dispone que lo sea "hasta el máximo de los recursos de que disponga".

Finalmente, y con relación a los **medios formales**, la Convención dice "por vía legislativa y otros medios apropiados" y el Pacto afirma: "por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas".

Primero señalamos que, al menos inicialmente, por su precisión, con relación a los medios económicos, adoptaremos la referencia efectuada por el Pacto.

Corresponde ahora ingresar al estudio de los tres elementos señalados en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el que guarda fuerte coincidencia normológica con la Convención, a excepción de la salvedad anterior). Para ello seguiremos las especificaciones desarrolladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Órgano internacional de aplicación y control del Pacto) en relación a las obligaciones de los Estados Partes. Ello lo entendemos constitucionalmente procedente, por dos razones, en primer lugar, porque como ya recordamos, conforme la jurisprudencia de la CSJN los tratados de DD.HH. deben ser interpretados y aplicados en los términos en que lo han sido por los órganos internacionales de aplicación y control, en general, creados por esos mismos tratados, (la salvedad la constituye la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que es órgano permanente de la O.E.A.). En segundo lugar, porque al haberse incorporado los referidos tratados en su totalidad con jerarquía constitucional, entiendo que, tales órganos también adquieren tal jerarquía, y por ende, deben ser consideradas sus decisiones como provenientes de órganos que ostentan tal carácter constitucional.

Nos remitiremos para ello a los Comentarios Generales N° 1 Sobre los reportes a cargo de los Estados Partes, del año 1989; El Comentario General N° 3 Sobre la Naturaleza de las obligaciones a cargo de los Estados Partes de 1990; El Comentario General N° 9 Sobre la aplicación de la Convención en el Derecho Interno de los Estados Partes, de 1998 y El Folleto Informativo N° 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996.

En primer término, en el referido Folleto informativo el Comité afirma: "Ningún análisis de las obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales puede desvincularse de las obligaciones que comporta el asegurar su titularidad individual de los beneficiarios del derecho o de los derechos en cuestión. Lo más frecuente es que las obligaciones se dividan en "estratos" que corresponden a los deberes de: a) respetar, b) proteger, c) promover y d) hacer efectivos cada uno de los derechos incluidos en el Pacto" (art. 2 PIDESC). A ello debe sumársele la consideración de que, con relación al **carácter operativo (Self-Executing)** de los DESC el Comité ha expresado (Comentario General N° 9. Párr. 11): "*La Convención no niega la posibilidad de que los derechos que contiene puedan ser considerados operativos (Self-Executing) en los sistemas donde ésta opción es posible... En muchos Estados, la determinación de cuándo o no las provisiones de un Tratado son Self-Executing es una materia de las Cortes, y no del Ejecutivo o el Legislativo. En orden a cumplir esa función efectivamente, las cortes y tri-*

bunales relevantes, deben conocer acerca de la naturaleza y las implicaciones de la Convención y de la importancia de la existencia de remedios judiciales para su implementación".

Me interesa aquí destacar, primero el carácter de titularidad individual de los derechos reconocidos en el Pacto, y su relación con las obligaciones generales, en materia de Derechos Humanos, argumento que hemos utilizado para afirmar el carácter de Principio General, de la Efectividad de tales derechos. Y que no existe, en principio, impedimento en el Tratado para tal reconocimiento, en especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que así deben ser considerados por los órganos judiciales en su aplicación.

Pero además, y refiriéndose ya a la **justiciabilidad** de tales derechos, el Comité ha sostenido (Comentario General n° 9, párr. 10): "En relación a los derechos civiles y políticos, se afirma generalmente que para ser garantizados, frente a su violación, el requerimiento de remedios judiciales es esencial. Lamentablemente, la acepción contraria generalmente se formula en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. *Esta discrepancia no puede sostenerse ni en la naturaleza de los derechos ni en las estipulaciones relevantes de la Convención.* El Comité ya ha dejado claro que considera que muchas de las estipulaciones de la Convención son capaces de implementación inmediata (Comentario General N° 3)...no hay derecho en la Convención que no pueda, en la gran mayoría de los sistemas, considerarse que posea, en definitiva, alguna *significativa dimensión justiciable*...La adopción de una rígida clasificación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que los pongan fuera del alcance de los tribunales es *arbitraria, e incompatible con los principios de que ambos tipos de derechos son indivisibles e interdependientes.* También cercenaría drásticamente la capacidad de los tribunales de proteger los derechos de los más vulnerables y desaventajados grupos en la sociedad".

Como puede advertirse con claridad y contundencia, son la aplicación de los mismos principios y características de los Derechos Humanos, conforme lo afirmamos al tratar el tema de la efectividad, lo que torna, en general, igualmente efectivos, operativos y justiciables, tanto a los DCP como a los DESC.

Con respecto al **principio de progresividad**, el Comité ha manifestado (Folleto Informativo N° 16 de agosto de 1996. Comentario art. 2 PDESC): "A menudo se interpreta erróneamente que el elemento de "obligación progresiva" incluido en el Pacto significa que solo una vez que un Estado haya alcanzado un determinado nivel de desarrollo económico deben hacerse efectivos los derechos proclamados en el Pacto. Esa no es la intención de la cláusula en cuestión. Al contrario, el deber en cuestión obliga a todos los Estados Partes, independientemente de cuál sea su riqueza nacional, a *avanzar de inmediato y lo más rápidamente posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.* La interpretación de esta cláusula *nunca debe conducir a pensar que permite a los Estados Partes aplazar indefinida-*

mente sus esfuerzos para asegurar el goce de los derechos proclamadas en el Pacto". "Así impone una obligación de moverse lo mas *expeditiva y efectivamente* como es posible hacia el objetivo" (de la plena realización de los derechos). (Comentario General N° 3. 1990. Párr. 9). "...está claro que *muchas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto han de cumplirse inmediatamente.* Esto se aplicaría *en particular* a las disposiciones no discriminatorias, y a la obligación de los Estados Partes de abstenerse de violar activamente derechos económicos, sociales y culturales o de anular las medidas protectoras legales o de otro tipo relacionadas con esos derechos". (Folleto Informativo N° 16. 1996 Com. Art. 2 PDESC).

Que finalmente, en relación a la frase "**hasta el máximo de los recursos de que disponga**" el Comité expresa en el folleto informativo antedicho: "La expresión "recursos de que disponga" se aplica tanto a los recursos nacionales como a la asistencia o cooperación internacional de carácter económico y técnico de que disponga en Estado Parte. En la utilización de los recursos disponibles *deberá darse prioridad a hacer efectivos* los derechos reconocidos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de *garantizar a todos* la satisfacción de *las necesidades de subsistencia*, así como la de *suministrar los servicios esenciales*".

Que con relación a **los medios formales a utilizar**, el Comité ha hecho referencia, tanto a los medios legales, (para combatir la discriminación, derecho a la salud, protección de los niños y las madres y educación) como a los medios administrativos, financieros, educacionales y sociales, entre otros posibles, los que deben ser apropiados conforme las circunstancias. (Comentario General N° 3. 1990. Párr. 3, 4 y 7).

Que finalmente, y con relación a los Estados Partes, **que tienen incorporados los DESC en su constitución o las estipulaciones de la Convención han sido incorporadas directamente en el derecho nacional**, el Comité requiere que los Estados informen sobre la justiciabilidad de los mismos, y de cómo tales derechos se han debilitado o cambiado significativamente. (Comentario General N° 3. 1990. Párr. 6). Lo que refuerza el criterio de obligatoriedad de los mismos.

El principio de progresividad responde tan sólo a la necesidad de reconocer que no es posible satisfacer la totalidad de los DESC en forma inmediata, pero, de modo alguno justifica postergar indefinidamente la efectividad de tales derechos (que sean eternamente programáticos); *ni tampoco impide la exigibilidad inmediata* de la efectividad de los derechos mínimos de subsistencia para todos, como el de suministrar los servicios esenciales: Alimentación básica, Asistencia Primaria de la Salud, Contar con Refugio y Vivienda y Formas Básicas de Educación, integran estas obligaciones inmediatas (Comentario General N° 3. 1990. Párr. 10). Como las que establecen el principio de igualdad de derechos sin discriminación, la enseñanza primaria gratuita, o prohíben al Estado Parte dictar normas contrarias a los DESC reconocidos en la Convención o anular las leyes protectoras existentes. (Declaración General N° 3, 1990, párr. 5).

El principio de progresividad, así entendido, *es absoluta y totalmente compatible con el criterio de operatividad derivada* ya expresada anteriormente, y *con la inconstitucionalidad por omisión*, del cual, la morosidad legislativa o de los restantes poderes del Estado competentes, en razón de la amplitud de medios apropiados señalados por el Comité, es un requisito, se encuentra cumplido teniendo en cuenta la fecha de su ratificación por la Argentina (1986) y la fecha de su incorporación con jerarquía constitucional. (1994). Y ni hablar de los derechos incorporados en la reforma de 1957 a través del art. 14 bis. Además, en un país como la Argentina, y sin temor a equivocarnos asimismo en el resto de los países de Latinoamérica, *con un número abrumador de personas viviendo por debajo de los índices de pobreza e indigencia*, la operatividad descrita deja abierto a un amplio campo fértil para la lucha judicial y política por su efectividad.

Corresponde ahora, hacer referencia sobre el tema a la jurisprudencia de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, sobre la cuestión, la que criticaré parcialmente. En el Caso denominado "De los Cinco Pensionistas" fallado en el año 2003, la Corte Expresa: "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tienen *tanto una dimensión individual como colectiva*. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comentario General N° 3, 1990), *se debe medir, en el criterio de este Tribunal*, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos sociales y culturales, en general, y del derecho a la seguridad social, en particular, *sobre el conjunto de la población, teniendo en cuenta los imperativos de la equidad social*, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente". (párr. 147).

Nuestra crítica se centra en lo siguiente: Entendemos que es autocontradictoria, ya que, si bien reconoce una dimensión individual de los derechos económicos, sociales y culturales, siguiendo los criterios ya referidos del Comité, exceptúa la aplicación del principio de progresividad a dicha dimensión, efectuando una distinción, a mi criterio, no contenida en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la base del principio de equidad social. Ya analizamos las similitudes entre ambos textos (CADH y PIDESC), divergentes exclusivamente en lo referido a los recursos disponibles, pero no en lo que se refiere al principio de progresividad en especial. A lo sumo, esta relación entre Progresividad y Equidad Social, podría funcionar como una eximente de responsabilidad, a cargo del Estado Denunciado, quien debería demostrar que la violación al principio de progresividad de carácter individual, o en relación a un pequeño grupo de personas, repercute en beneficio de un grupo importante de ellas; pero no como condición de procedencia, que coloca en manos exclusivas de la víctima, muchas veces carente de recursos, como consecuencia misma de la violación que denuncia, (si tenemos en cuenta el imprescindible paso previo ante la Comisión Interamericana) una demostración técnicamente compleja, a través de un efectivo y concreto trabajo de campo, y que genera, asimismo, una multiplicidad de incertidumbres cuantitativas y cualita-

tivas, referidas a determinar cuándo la equidad social queda afectada, y con ella violentado el principio.

Se aparta, además, sin dar mayores razones, de su tradicional e invertida interpretación de las obligaciones a cargo del Estado, conforme las disposiciones del art. 1.1 de la CADH, que ya hemos referido.

En definitiva, hay un claro desconocimiento de las características y principios generales en materia de Derechos Humanos, que justamente, han tenido su origen, y mayor desarrollo, en el ámbito del Derecho Internacional, e instala una diferencia, que rechazamos, entre Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que mengua sensiblemente su operatividad y justicia, apartándose, sin fundamentos sensibles, de la elaboración desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en tantos años. Por otro lado coloca a los Derechos Humanos en esta posición trágica y excepcional, que ya hemos criticado, donde la violación masiva aparece como condición necesaria.

Desde una visión política de la cuestión, no cabe duda que, frente a una realidad que confirma que la violación generalizada de los derechos económicos, sociales y culturales, es un problema básico en la mayoría de los países del continente, la Corte ha optado por una posición que, sin negar la justiciabilidad del principio de progresividad, la contiene, fijando gravosas condiciones de procedencia para las víctimas, a fin de evitar su denuncia generalizada.

También corresponde abordar críticamente la jurisprudencia de la entonces mayoría de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en la interpretación del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la causa "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación", del 27-05-1998-DJ-1998-3-375- Considerando 21 del Voto de la Mayoría, dice: "Que asimismo no puede dejar de considerarse lo dispuesto por el art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto prescribe el compromiso de los estados partes de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan, para asegurar el goce de los beneficios que reconoce, entre los que se encuentra el de la educación. De ello se deriva claramente que aun el deber del Estado de financiar "en lo principal" el funcionamiento de las universidades (conf. art. 39 ley 24.195) halla su límite en la disponibilidad de los recursos de que aquel pueda disponer, con lo cual se habilita la posibilidad de que parte de esos recursos provenga de otras fuentes, no necesariamente estatales".

Como puede advertirse, estamos aquí ante *una aplicación mecánica*, de la relación Principio de Progresividad y Máximo de los Recursos Disponibles, con desconocimiento total de la elaboración, hasta ese momento existente, efectuada por el Comité de DESC, y cuya consideración, como regla general, había impuesto la propia Corte en reiterados fallos ya citados.

Inicialmente, se mutila el sentido mismo del principio, que como quedó demostrado, es el de dar los pasos necesarios, lo más rápido y efectivamente

posible, para el pleno goce del derecho reconocido. Ahora bien, si bien el pacto establece la progresividad de la enseñanza gratuita en el nivel superior, habiéndose logrado la plenitud de la misma (como era el caso de la enseñanza de grado en las universidades públicas antes de la sanción de la ley superior) dicho principio se transforma en la obligación de no anular o derogar las medidas apropiadas (de diversa índole) que han permitido arribar a tal plena efectividad, en el caso que limiten los efectos de tal gratuidad, lo que sí produce la ley de educación superior al habilitar determinadas formas de arancelamiento de carácter obligatorio para las Universidades, ya que, se ven compelidas al incluirlas en sus Estatutos.

Además, conforme se demostró, la operatividad del Pacto incluye la prohibición: de la sanción de normas o medidas contrarias a los DESC reconocidos y de la anulación de aquellas que sí lo consagran. Es decir, aplicación de la regla de no regresividad. Como sucede en este caso particular.

Esta interpretación, evidentemente, no se condice con la elaboración interpretativa desarrollada por el Comité de DESC, a partir de 1989 y hasta la fecha, y que entendemos aplicable.

Con beneplácito podemos señalar que, recientemente, la CSJN, en su nueva composición, ha consagrado lo que entendemos la doctrina correcta, al afirmar "Debe rechazarse toda inteligencia restrictiva de la obligación de otorgar jubilaciones y pensiones móviles según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos de las leyes reglamentarias, teniendo en cuenta que los tratados internacionales, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y la plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto en las amplias facultades que otorga al Congreso el art. 75 inc. 23 de la Carta Magna" (Voto de la mayoría). "Si bien el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos vincula beneficios sociales con recursos disponibles, ello no puede ser entendido como directriz para limitar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, interpretación que se encuentra vedada por el art. 29-b de dicho tratado internacional". (Voto Dres. Zaffaroni-Argibay). "La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el capítulo sobre derechos económicos, sociales y culturales —art. 26—, en cuanto reconoce el principio de progresividad en la satisfacción plena de tales derechos, tiene como destinataria a la persona humana, y en consecuencia, requiere del Estado el máximo esfuerzo en los recursos disponibles, con lo cual destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia". (Voto Dr. Maqueda). ("Sánchez María del Carmen c/ Administración Nacional de la Seguridad Social" 17-05-05-DJ-26-05-05, págs. 254-255).

El principio de progresividad en la evolución histórica de los derechos humanos

Otro enfoque de este principio está vinculado con el desarrollo histórico de los Derechos Humanos, y en especial, con el Sistema Internacional de Protección.

Ya hemos expresado nuestras críticas a la denominada Teoría de las Generaciones, muy especialmente, en lo referente a que pretende establecer diferencias sustanciales respecto a la operatividad del principio de efectividad, y nuestras dudas, respecto a separar en períodos históricos el origen de tales derechos, y en especial, su tratamiento instrumental.

Si podemos admitir, algún grado de coherencia de este abordaje, en lo que se refiere al origen de los órganos de contralor y de los mecanismos procesales habilitados para ello, en especial, en el ámbito internacional, cuestión ésta que pasaremos a desarrollar, tomando como ejemplo, el Sistema Interamericano de Protección.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fue creada por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile, entre el 12 y 18 de agosto de 1959, siendo su función la de promoción de los derechos humanos. El Estatuto fue promulgado por el Consejo de la OEA, y era descripto como un órgano autónomo. En el año 1965, la Segunda Conferencia Interamericana Especializada, reunida en Río de Janeiro, entre el 17 y el 30 de noviembre, amplió sus poderes, al establecer que en la tarea de observancia de los derechos humanos debía prestar especial atención a los reconocidos en los arts. I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre de 1948, para lo cual la habilitaba a recibir comunicaciones individuales que denunciarán violaciones a los referidos artículos. En el año 1967, se reforma en Buenos Aires la Carta de la OEA, incorporando a la Comisión Interamericana en calidad de órgano permanente de la organización (art. 51) y estableciendo, en general, sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos (art. 112) y por imperio del art. 150 tales derechos son los reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la que así también, conforme lo interpreta Thomas Buergethal, adquiere valor normativo. En el año 1969, la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, reunida en San José, Costa Rica, adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que quedó habilitada a la firma de los Estados Miembros. Dicha Convención crea, además, La Corte Interamericana De Derechos Humanos. Esta Convención además redefine las funciones de la Comisión Interamericana, considerada tanto como órgano que aplica la Declaración Americana, como órgano que aplica la Convención Americana, una vez que ésta entrara en vigencia. En el año 1978 entra en vigencia la Convención Americana, y queda establecida la Corte Interamericana.

Este rápido pantallazo nos permite afirmar, que también puede hablarse de un desarrollo progresivo del Sistema Interamericano de Protección, de menor a mayor, y que, ello además deja abierta la posibilidad de nuevos progresos, como lo testimonia el Informe elaborado por un grupo de expertos, bajo la iniciativa de la Corte IDH, destinado a establecer las "Bases para un protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección", cuyas conclusiones fueron publicadas por la Corte Interamericana, en el año 2001. Así la Comisión Interamericana,

mismo organismo; sus funciones de ser fijadas en un Estatuto aprobado por el Consejo de la OEA pasan a ser fijadas, en términos generales, en la propia Carta de la OEA y más particularizadamente, en un tratado, la Convención Americana. Se perfecciona cualitativamente el sistema de protección con la creación y posterior puesta en funcionamiento (en 1978), de un órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana. Del mismo modo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, aprobada en 1948, era originalmente un instrumento internacional sin valor normativo; luego, a partir de 1965, adquirió valor normativo parcial, y a partir de 1967, pleno valor normativo, reafirmado por la Convención Americana, en 1969.

Ello permite, en términos muy general, y con especial referencia a la evolución de los sistemas internacionales de protección, hablar de un principio de progresividad, aplicado a la evolución histórico-institucional, de tales sistemas.

El principio de progresividad y los derechos humanos civiles y políticos

Del mismo modo en que hemos tratado de demostrar que el principio de progresividad, tal cual ha sido interpretado por el Comité de DESC, es compatible con el principio de operatividad, y por ende, este último es aplicable como principio general en la materia, procuraremos demostrar ahora que, el de progresividad, es también aplicable a los Derechos Civiles y Políticos, y que por ende, también puede ser considerado un principio general en la materia.

Se afirma que en materia de Derechos Civiles y Políticos, el pleno reconocimiento y la plena realización del mismo es simultánea, y de carácter inmediato. En cambio, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si bien tienen pleno reconocimiento, su realización, puede ser, con determinados límites y características, que ya explicamos, de carácter progresivo. Allí aparece, prima facie, una incompatibilidad en la aplicación de este principio a todos los derechos por igual.

Pero, conforme lo expuso el Juez Piza, en su voto separado, en la Opinión Consultiva N° 4 del 19-01-1984, (párrs. 4/6): "En lo que a mi opinión separada interesa, invoco como de particular importancia, en primer lugar, *el principio de que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos*, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no solo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en *derecho legislado por los art. 2 y 26 de la Convención Americana*, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.... De esta manera, al deber negativo de no irrespetar, se suma el positivo de garantizar (art. 1.1 CADH) y, por ende, *de ir garantizando, cada vez mejor y con más eficacia, aquellos derechos y libertades*. Ciertamente sería un absurdo, no querido por la Convención, que ese deber positivo conlleve siempre sanciones concretas por su incumplimiento: la verdad es que tales deberes positi-

vos no implican necesariamente "derechos subjetivos", con los alcances específicos de esta expresión, es decir, derechos en sí mismos exigibles, mediante una concreta "acción de restitución"; pero es obvio que si son "derechos", por lo menos generan, jurídicamente, una especie de "acción refleja", al modo, por ejemplo, de la acción de nulidad vinculada en el derecho público interno a los llamados "intereses legítimos", *que permiten impugnar las medidas del Estado que tiendan a desconocerlos, disminuirlos, restringirlos o desaplicarlos, o a otorgarlos a otros con discriminación, o produzca esos resultados*".

Comparto plenamente este criterio de análisis, entendiendo que el principio de progresividad, en general, señala la necesidad de avanzar expansivamente en la protección de los derechos humanos, y que, todo retroceso, en ese sentido, vulnera tal principio, y el sistema general de protección de los derechos humanos.

Con ello afirmamos que, el principio de progresividad, es también, un principio general en materia de derechos humanos.

VII) Principio pro homine

Podemos definir el principio pro homine, siguiendo aquí lo expresado por Mónica Pinto. (El principio pro homine..., pág. 163) de este modo: "El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual *se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria*. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre".

Este principio cuenta con reconocimiento normativo, como ser el art. 29 inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresa: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:.....b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Y en el art. 30 inc. 2 de la misma Convención, cuando se trata de restricciones de carácter permanente: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". Finalmente, las suspensiones de carácter temporal o extraordinario, se encuentran contemplados en el art. 27 de la misma. (Para su análisis detallado nos remitimos a los capítulos específicos del presente que las aborda).

Es decir que, frente a la norma de reconocimiento, debe adoptarse la que más ampliamente protege el derecho, y frente a normas restrictivas, a aquellas que lo permiten en menor grado.

El principio pro homine resulta hermenéuticamente muy útil, en la actualidad normativa de los Derechos Humanos, en la Argentina, especialmente a partir de la reforma de 1994, ya que "cohabitan" normas provenientes de la Constitución histórica, con Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos jerarquizados constitucionalmente, lo que genera que, un mismo derecho, se encuentre regulado en fuentes normativas múltiples de idéntico valor jurídico.

A fin de comprender los alcances prácticos del principio, nos remitiremos a un ejemplo referido al reconocimiento de derechos. Si tomamos el Derecho a la Libertad de Expresión, o como se lo denomina actualmente, Derecho a la Información. La misma aparece regulada por el art. 14 de la Constitución Nacional; por el art. 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; el art. 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; arts. 13 y 17 de la Convención de Derechos del Niño; art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 4 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Corresponde efectuar una lectura comparativa, a fin de determinar los aspectos comunes y diferenciales existentes en cada uno de los tratamientos normativos considerados, y de aquellos aspectos divergentes. Y de aquellos aspectos divergentes habrá que optar por aquellos que más ampliamente protejan al derecho en cuestión. Por ejemplo, en relación a la prohibición de la censura previa, los arts. 4 de la Declaración Americana, 19 de la Declaración Universal, y 19 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos no cuentan con una mención expresa que prohíba la censura previa; el art. 14 de la Constitución prohíbe la censura previa; el art. 13 (inc. 2 y 3) de la Convención Americana prohíbe la censura previa y la censura indirecta, por lo cual, por aplicación del principio pro homine, deberá darse prioridad a esta última normativa, ya que, es más amplia su protección contra la censura previa, y con ello garantiza más extensivamente el derecho a la información.

VIII) Primeras conclusiones generales sobre los temas tratados

Con lo expuesto hemos procurado demostrar que así como existen caracteres comunes aplicables a los Derechos Humanos en general, también existen principios, de carácter general, aplicables a todos los derechos humanos. Sostenemos que, en esencia, los principios de efectividad (y sus vinculantes de operatividad y justiciabilidad), de progresividad y pro-homine, son aplicables a todos los derechos humanos. Que dichos principios se encuentran normativamente consagrados con jerarquía constitucional, lo que los hace aplicables. Y que como tales, generan efectos de trascendencia práctica, en la interpretación y aplicación de los Derechos Humanos, en general, tanto en su efectividad, a partir de su operatividad directa o derivada, de su justiciabilidad, por vía de demanda o de inconstitucionalidad por omisión, de su carácter expansivo en la implementación (Y su contracara de no restricción), y de la interpretación más favorable a su reconocimiento, y más limitada en su restricción permanente o suspensión transitoria. Además afirmamos, que ta-

les principios guardan relación de coherencia con las características de tales derechos, y que interactúan entre sí, con el fin de garantizar su goce a toda persona. Finalmente, afirmamos que, la necesaria superación de los obstáculos estructurales que impiden su pleno y efectivo goce, exige adentrarnos también en el análisis de las implicancias políticas-económicas-sociales e institucionales vinculadas con ello.

IX) El derecho penal internacional. Los delitos internacionales. Evolución, consecuencias y efectos

Encuadre histórico político

El individuo, como sujeto del Derecho Internacional, en el proceso de evolución de éste, puede analizarse desde dos perspectivas, la primera, como titular de derechos humanos, (sujeto activo) y la otra, como responsable penalmente por la comisión de determinados delitos, (sujeto pasivo). Ello sin dejar de señalar que, si bien no se puede afirmar que esta condición del individuo como sujeto del derecho internacional sea de carácter absoluto, sí podemos decir que, en un proceso de evolución progresiva, que iremos tratando en cada etapa pertinente del presente, su condición como tal va paulatinamente afirmándose y perfeccionándose en el tiempo.

La primera de las perspectivas, es y será un eje central en el desarrollo integral del presente Manual, por lo cual, nos remitimos a todo lo que, al respecto, expongamos.

Aquí nos detendremos en el análisis de la segunda de las perspectivas.

Histórica y normativamente, podemos ubicar esta evolución a partir de mediados del siglo XIX, y en especial, en el contexto de lo que se denomina el derecho de la guerra (en contraposición al derecho a la guerra como expresión soberana de los Estados) y, en especial, entendido como aquel que tiende a regular la conducción de la acción bélica, lo que da origen a diversas normas de carácter internacional con el objeto de regir las hostilidades, que tienen como objetivo final humanizar la guerra de tal modo que limita el número de individuos que pueden ser blanco de las hostilidades, clasificándolos en combatientes legítimos y no combatientes; prohíbe ciertos medios de hostilización contra los combatientes y los protege cuando son capturados o heridos.

Así, p. ej.: La Declaración de Derecho Marítimo de París de 1856; El Convenio de Ginebra de 1864, y el de Ginebra de 1906, y de Ginebra de 1926, a fin de mejorar la suerte de los heridos y enfermos en campaña; los Convenios de la Haya de 1889 y 1907, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre; el X Convenio de La Haya de 1907, para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra; el Protocolo de Londres de 1936 sobre la guerra submarina, etc. Evolución que se perfecciona con el dictado de los Convenios

de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales que sistematizan lo que se denomina el *Derecho internacional humanitario*.

El Comité Internacional de la Cruz Roja ha sintetizado, del modo que sigue, sus normas fundamentales: A) Las personas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. B) Se prohíbe matar o herir a un adversario que se rinde o que está fuera de combate. C) La Parte en conflicto en cuyo poder estén recogerá y prestará asistencia a los heridos y a los enfermos. D) Los combatientes capturados y las personas civiles que estén en poder de la parte adversa tienen derecho a que se respete su vida, su dignidad, sus derechos personales y sus convicciones. Serán protegidos contra todo acto de violencia o de represalia. Tendrán derecho a intercambiar noticias con los respectivos familiares y a recibir socorros. E) Cualquier persona se beneficiará de las garantías judiciales fundamentales. No se someterá a nadie a tortura física o mental ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes. F) No existe derecho ilimitado en lo que respecta a la elección de los métodos y de los medios de guerra. Se prohíbe emplear métodos como armas de guerra que puedan causar pérdidas inútiles y sufrimientos excesivos; y G) Las partes en conflicto harán en todo tiempo distinción entre población civil y combatientes, protegiendo a la población y los bienes civiles. Los ataques se dirigirán contra los objetivos militares. ("Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales", Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1983, pág. 7).

Esta evolución, que también es contemporánea con la de los *Derechos humanos*, en general, piénsese en la Declaración Universal y la Declaración Americana, de 1948, además de **amalgamar** el necesario respeto y vigencia de los mismos, tanto en tiempos de paz como de guerra; se **reafirma** la existencia de elementales consideraciones de humanidad, en ambas situaciones (Conforme lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el "Asunto del Estrecho de Corfú" - 1949) (que también convalida el art. 3 común a todos los Convenios de Ginebra de 1949); y se **reafirma** la existencia de principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorias más allá de su reconocimiento convencional (CIJ- Opinión Consultiva sobre "La validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del Genocidio." - 1951) (Lo que se denomina el *Ius Cogens*), que da consagración jurisprudencial a la denominada **Cláusula Martens**, expresada tanto en el Preámbulo de la Convención I de La Haya de 1899, como en el de la Convención IV de La Haya de 1907, sobre usos y leyes de la guerra terrestre, y que dice: "Hasta que un código más completo sobre las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes estiman oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y la protección de los principios del Derecho de Gentes tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". (Análisis del valor de esta cláusula como principio del *Ius Cogens*, al mantenerse invariable por más de un siglo en la práctica

internacional, en Voto Concurrente Juez Cancado Trindade en Caso Barrios Altos- Serie C- N° 75- 14-03-01- párrs. 22/25. Corte IDH).

De esta exposición podemos concluir, al momento de la finalización de la Segunda Guerra Mundial (1945): a) que había un proceso de creciente normativización convencional del denominado Derecho Humanitario (que se sistematizará definitivamente con los Convenios de Ginebra de 1949); b) Que ellas estaban fundadas en consideraciones mínimas de humanidad de carácter general; y c) Que las reglas y usos de la guerra reconocidos convencionalmente, no representan la negación de otros provenientes de los principios del Derecho de Gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública. Ello se vinculará con el surgimiento y evolución de los denominados "Crímenes de Guerra" como de los denominados "Delitos de Lesa Humanidad".

Corresponde resaltar aquí, en este proceso de evolución, la obra de Juan Bautista Alberdi "El Crimen de la Guerra", producida en 1870, como acto político de oposición a la denominada "Guerra del Paraguay" y a su mentor Bartolomé Mitre, pero que en lo sustancial, en primer término, refleja las preocupaciones existentes sobre las atrocidades de la guerra, violatorias de mínimos principios de humanidad, en la segunda mitad del Siglo XIX; la generalizada impunidad de sus responsables en el ámbito jurídico-político nacional; y la necesidad de lograr consensos internacionales para condenar y aislar políticamente a los Estados responsables, en lo inmediato, y especialmente, cuando se habla de los responsables que triunfan en la guerra, cuestión de absoluta actualidad, y la posibilidad de crear un orden jurídico internacional que posibilite su castigo, al que veía aún muy lejano. Dice al respecto: "Pero indudablemente, las guerras serán más raras a medida que la responsabilidad de sus efectos se haga sentir en todos los que la promueven y suscitan... así es que toda la sanción penal que hace cuerdo al loco mismo, el castigo de la falta, podrá ser capaz de contener a los que encienden con tanta facilidad las guerras *sólo porque están seguros de la impunidad* de los asesinatos, de los robos, de los incendios, de los estragos de todo género de que la guerra se compone... Yo sé que no es fácil condenar a un asesino que dispone de un ejército de quinientos mil cómplices armados y victoriosos; pero si el castigo material no puede alcanzarlo por encima de sus bayonetas, *para el castigo moral de la opinión pública* no hay baluartes ni fortalezas que protejan al culpable..." (pág. 27). En el aspecto de considerar a **la persona humana como sujeto del derecho internacional**, Alberdi expresa en dicha obra: "Las personas favoritas del derecho internacional son los Estados, pero como estos se componen de hombres, la persona del hombre no es extraña al derecho internacional... *El derecho internacional, según esto, es un derecho del hombre, como lo es del Estado*; y si él puede ser desconocido y violado en detrimento del hombre lo mismo que del Estado, tanto puede invocar su protección el hombre individual, como puede invocarlo el Estado de que es miembro el hombre". (ob. cit., pág. 125). Con respecto a **la importancia de la responsabilidad penal dice: "La responsabilidad penal será al fin el único**

medio eficaz de prevenir el crimen de la guerra, como lo es de todos los crímenes en general". (pág. 43).

Tal como lo señala Alberdi, y se confirmó con la actuación de los denominados Tribunales de Leipzig después de la Primera Guerra Mundial, (Conforme lo estipulado en el Tratado de Versalles) **la impunidad** frente a los delitos cometidos en el transcurso de la misma, fue también otra constante a tener en cuenta a la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Ubicados en el contexto previo hasta aquí descrito, los cuatro países triunfantes de la Segunda Guerra Mundial (EE.UU.-Gran Bretaña-Francia-URSS), suscribieron en Londres, el 8 de agosto de 1945 un acuerdo que incorporó la **carta del tribunal militar internacional**, para enjuiciar a los alemanes responsables por Crímenes de Guerra, la que *estableció tres categorías de crímenes del Derecho Internacional*: a) Crímenes contra la Paz: Preparación, desencadenamiento y prosecución de una guerra de agresión o en violación de acuerdos internacionales; b) Crímenes de Guerra en sentido estricto: Asesinatos, malos tratos, deportaciones de población civil para trabajos forzados y otros fines, asesinatos y malos tratos a prisioneros, ejecución de rehenes, saqueo de bienes públicos o privados, destrucción de ciudades o pueblos sin motivos, devastaciones no justificadas por razones militares, etc. Y c) Crímenes contra la humanidad asociados a los Crímenes de Guerra: Asesinatos, exterminio, reducción a esclavitud, persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, o cualquier acto inhumano cometido contra la población civil antes o durante la guerra. Estableciendo el *principio de la responsabilidad penal del individuo*, distinta de la responsabilidad internacional de los Estados por la conducta de sus órganos. Dicho tribunal se constituyó en la ciudad alemana de Nuremberg, dando lugar al juicio que se conoce con el nombre de la referida ciudad. Con principios análogos funcionó el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente (1948) que sesionó en la ciudad de Tokio (Japón). En sus fundamentos el tribunal señaló que "sólo el castigo de los estadistas culpables y de sus auxiliares puede asegurar el acatamiento de los deberes que impone el derecho internacional y eliminar las guerras de agresión" (1947) (Halajczuk—Moya Domínguez—pág. 389), reafirmando lo expresado por Alberdi setenta y siete años antes.

Las controversias jurídicas que el Juicio de Nuremberg generó, lo fueron en especial, respecto a *la legalidad* de las categorías de los denominados Delitos de Lesa Humanidad, y los Delitos contra la Paz, que algunos autores entienden violatorios del principio "nullum crimen sine poena" al ser tipificados "ex post facto" por el Tratado de Londres (Halajczuk-Moya Domínguez, pág. 388); y otros defienden en su legalidad, sosteniendo que los delitos de Lesa Humanidad sólo eran sancionables en la medida en que estuvieran vinculados con los crímenes de guerra y que en la práctica el tribunal sólo sancionó a los cometidos con posterioridad a la iniciación de la misma, y que la noción de Delitos contra la Paz estaba ya reconocida en el Pacto de la Sociedad de las Naciones que limitaba el "ius ad bellum" (derecho a la guerra) y Los Crímenes de Guerra en la Convenciones de La Haya de 1899 y 1907

(Carrillo Salcedo, pág. 42); A lo que deseo agregar, la consideración de que la cláusula Martens, transcrita en los preámbulos de las Convenciones I y IV de La Haya, y en las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo I, contiene, la referencia a la conciencia pública, y también las expresiones de Alberdi: "Con sólo dar toda la responsabilidad de la guerra a los autores de la guerra, la repetición de este *crimen de lesa humanidad* se hará de más en más fenomenal." (pág. 29), que vinculan claramente los delitos de la guerra, como delitos contra la conciencias colectiva, es decir, también, como delitos de Lesa Humanidad. El otro punto de controversia es el referido a la constitución del Tribunal a posteriori de los hechos juzgados, violando el principio de *juez natural*. Si bien, en sentido estricto ello es cierto, en el campo del derecho internacional podemos afirmar que, si los derechos vulnerados (reconocidos por el ius cogens) lo son a través de delitos reconocidos como tales por el derecho internacional, la regla consecuyente de ello, también de carácter imperativo es la sanción de los responsables. (Una versión contemporánea de este principio lo podemos hallar en la interpretación que la Corte IDH hace del art. 1.1 de la CADH de las obligaciones de respetar y garantizar los Derechos Humanos a cargo de los Estados Partes. "Caso Velásquez Rodríguez" - 29-07-1988 - párr. 166/167). De allí que la constitución de un Tribunal "ad hoc" deviene como una necesidad de cumplimiento de dicha obligación principal, para el caso de no existir. Ello se reafirmó, además, por la práctica posterior de la comunidad internacional, como ser, con la creación del Tribunal Penal Internacional para la Vieja Yugoslavia (1993), p. ej. y que efectivamente condujo, finalmente, a la Constitución de un Tribunal Penal Internacional Permanente, con la aprobación del Tratado de Roma en 1998, actualmente en funciones con sede en La Haya.

Sin perjuicio de todo ello, los principios que sirvieron de fundamento al Tribunal Internacional de Nuremberg fueron confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946.

Posteriormente la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional, la elaboración de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal Penal Internacional, que ésta presentó en 1950. En 1954 presentó su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la humanidad. Dicho Código no fue inicialmente aprobado por inconvenientes en la definición del delito de Agresión, que finalmente la Asamblea General formuló mediante Resolución 3314, en 1974. Y finalmente, el Comité de Derecho Internacional en 1994 adoptó un Proyecto de Estatuto de un Tribunal penal Internacional que sirvió de base para el aprobado en Roma, en 1998, como Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente, actualmente en funciones, el que al definir su competencia material, precisa los delitos del derecho internacional, receptando reglas imperativas del derecho consuetudinario y de la evolución convencional previa. Asimismo en 1996, los trabajos de la CDI culminan con la adopción, el 5 de julio, del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Todo lo cual ha reafirmado, en forma progresiva, la responsabilidad individual por la comisión de delitos del derecho internacional.

Que en este marco, también es importante señalar que, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de la CIJ (Opinión consultiva sobre el derecho a formular reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio del 28 de mayo de 1951) las obligaciones generales emergentes de principios generales reconocidos por las naciones civilizadas, surge también de las "Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas", con lo cual, es importante a tal efecto, tener en cuenta, por ejemplo la Declaración de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción contra la Tortura de 1975, y las declaraciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos sobre Desaparición Forzada de Personas de 1978, que reafirman su carácter de delitos de Lesa Humanidad.

Tipificación de los delitos del derecho penal internacional

A partir de la Carta del Tribunal Penal Internacional de 1945, de la aprobación de la Convención contra el Genocidio de 1948, pasando por las Convenciones tanto universal como interamericana contra la Tortura y otros tratos, crueles, inhumanos y degradantes, la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Desaparición Forzada de Personas y por los Estatutos del Tribunal Penal Internacional "Ad Hoc" para la Antigua Yugoslavia (1993) y de Ruanda, la adopción del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en 1996, hasta llegar al Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, aprobado en 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma (Italia), se ha producido una evolución en el Derecho Internacional, vinculado con la tipificación penal autónoma de los crímenes que pueden ser sancionados en este ámbito.

Ya hemos señalado las tres categorías básicas de delitos descritas en la Carta del Tribunal Penal Internacional "ad Hoc" de 1945.

A partir de allí, y en el marco de los antecedentes descriptos, se fue perfilando la tipificación del derecho internacional: de cuatro tipos de delitos:

El Genocidio

Se parte del reconocimiento del Genocidio como delito de derecho internacional que efectúa el art. 1 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y se lo define, inicialmente, en el art. 2, como los actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, consistentes en: a) Matanza de miembros del grupo, b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y e) Traslados por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Por otra parte, la definición del art. 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998, tipifica el delito en términos similares al de la Convención.

Ahora bien, conforme ya lo señaló la Jurisprudencia de la CIJ en su opinión consultiva de 1951, en relación con la Convención en tratamiento esta contiene "principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados, incluso al margen de todo vínculo Convencional". Lo que representa dar a los antecedentes que antes hemos expuesto la fuerza de principios imperativos del *Ius Cogens* (Costumbre Internacional).

Francisco Javier Quel Lopez (Los Tribunales Penales Internacionales "ad-hoc", pág. 312), define a este como "un delito de resultado cortado", en el sentido de que, si bien los actos descriptos deben tener por fin "destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso" esto no necesariamente debe lograrse efectivamente (la norma habla de "Intención") pero si debe tender a ello. Este factor además permite diferenciar el tipo penal del Genocidio del de los Delitos de Lesa Humanidad.

En general, y ahora en referencia a los actos descriptos por el art. 2 del Convenio, la jurisprudencia en especial del Tribunal Penal Internacional "ad-hoc" para Ruanda, incluye una pluralidad de medios de comisión tan amplia como efectivas hayan sido tales conductas para conseguir el objetivo destructor, es decir un concepto extensivo de los medios de comisión, que da a la enumeración del art. 2 carácter ejemplificativo, no taxativo. (p. ej. Sentencia Asunto J.P. Akayesu. 02-09-1998-ICTR-96-4-T.). Por ejemplo, en lo referido a medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, las conductas delictivas subsumibles en el enunciado general, pueden ser no sólo la esterilización, la mutilación sexual, la separación de sexos o la prohibición de matrimonios, sino también otras conductas contra la libertad sexual en atención a su carácter sistemático y su eficacia destructora del grupo tales como los embarazos forzados, especialmente cuando la pertenencia al grupo se define en función de la identidad del padre o la violación como factor de agresión psíquica generador de profundos traumas que impide la procreación posterior y provoca un rechazo social hacia la víctima. En cambio, en relación con el concepto de grupo que puede ser objeto de los delitos descriptos, la jurisprudencia se ha mantenido en términos estrictos, en general, con el enunciado convencional, no incorporando otros, como ser los grupos políticos o lingüísticos, p. ej., como requiere parte de la doctrina.

El crimen contra la humanidad

En términos generales se ha definido este tipo de delitos como aquellos actos inhumanos que chocan con la conciencia colectiva en la medida en que lesionan al ser humano de manera tal que trascienden al individuo que sufre el daño.

Siguiendo los antecedentes de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales "ad Hoc" para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, el Proyecto de

Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y el Estatuto de Roma de 1998, podemos, a dicho respecto, formular algunas precisiones:

En primer lugar, el sujeto pasivo de dichos delitos es la **Población Civil**. Dicho concepto incluye a los no combatientes civiles y a los militares heridos o que hayan depuesto las armas o a los miembros de grupos de resistencia. Que existan militares entre la población civil no altera la consideración del conjunto, tampoco importa la nacionalidad de las víctimas.

Por otra parte la existencia del crimen es **Independiente** de cualquier situación de conflicto armado interno o internacional.

Al ser la población civil el sujeto pasivo de este delito, se ha exigido que el mismo cuente con una escala amplia en la naturaleza del crimen. Dicho carácter se puede medir, alternativamente, por la existencia de algunos de estos dos elementos: **Masividad o Sistemática**. Ello permite formular un abordaje tanto cuantitativo (masividad) como cualitativo (sistemática) del delito, ya que al exigirse sólo uno de aquellos, podría existir este tipo de crímenes, aun en relación a un solo caso, si se lo puede vincular a una metodología premeditada debidamente organizada, y/o en el caso de una comisión reiterada de un mismo delito. Aunque algunos autores han señalado que la redacción del art. 7 del Estatuto de Roma, podría encubrir la exigencia conjunta de ambos elementos; al exigir además de la sistemática y/o la masividad del ataque a la población civil, el "conocimiento de dicho ataque" lo que remontaría a la aplicación generalizada del principio de sistemática, (art. 7.1) y además, el art. 7.2 implicaría la comisión de múltiples actos contra la población civil, que encubriría la exigencia generalizada de la masividad.

Lo cierto es que, desde mi punto de vista, en la realidad y en la generalidad, los dos elementos se dan casi necesariamente en conjunto: nadie monta una organización delictiva (Terrorismo de Estado, p. ej.) para cometer uno o muy pocos delitos de esta naturaleza; como asimismo, la reiteración delictiva masiva, de una u otra forma, encierra algún tipo de organización sistemática que lo respalda. Desde ya, y a los fines de poder distinguir este tipo de delitos de un acto inhumano cometido por propia mano, de carácter individual, se exige como requisito imprescindible la existencia de una política concreta a la que respondan las conductas, que puede estar representada, a mi entender, al menos, por la tolerancia o aquiescencia por parte del Estado a su organización sistemática y/o ejecución masiva, para el caso de estar las mismas a cargo de grupos para-estatales (Escuadrones de la Muerte, p. ej.). Sin perjuicio de lo cual, y a los fines de la imputación individual por la comisión de estos crímenes, la exigencia de sólo uno de los dos elementos, tiene importancia práctica.

Con relación a las **Conductas Delictivas** que dentro del contexto general antes descrito, pueden constituirse en la práctica de este tipo de crímenes, el Estatuto de Roma de 1998, señala: Asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de la población; encarcelación u otra privación grave

de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación; esclavitud sexual; prostitución forzada; embarazo forzado; esterilización forzada; o cualquier otra forma de violación sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como aceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte; la desaparición forzada de Personas; el crimen de apartheid; otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física, la salud mental o física.

Luego precisa el Estatuto de Roma que, para que se configure *ataque a la población civil*, se entiende una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos antes referidos contra una población civil de conformidad con la política de un estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política. Luego define *el delito de apartheid* como la realización de los actos inhumanos antes mencionados en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. Finalmente define a la *desaparición forzada de personas* como la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre dicha privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas.

En su relación con el Genocidio, hay que señalar que el ataque a grupos étnicos, religiosos, raciales o nacionales, constituye este delito cuando la intención es la destrucción parcial o total del mismo, y delito de Lesa Humanidad, cuando dichos ataques no tienen este componente intencional. Por otro lado en relación a los grupos políticos, de género, o culturales los actos descritos contra los mismos sólo podrán constituir delitos de Lesa Humanidad, ya que están excluidos como sujetos pasivos del delito de Genocidio.

Que finalmente cabe distinguir la responsabilidad individual, como delitos del derecho internacional del Genocidio, La Tortura y la Desaparición Forzada de Personas, reglada, por ejemplo, por el Estatuto de Roma de 1998, de la responsabilidad estatal por tales delitos, de carácter voluntario en la Convención contra el Genocidio (art. 9) o en el marco del Sistema Interamericano de Protección, ante la Comisión Interamericana o la Corte Interamericana, de Derechos Humanos, por aplicación de la Convención Interamericana contra la Tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes o la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas.

Los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra, son, dentro del derecho internacional, de aquellos que mayor consideración convencional pre- la han tenido, desde las Con-

venciones de La Haya de 1899 y 1907, pero actualmente se encuentran íntimamente vinculados con las violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados, (según sean estos de carácter internacional o no) dentro del marco establecido por el Derecho Internacional, entendidas, estas últimas, como las prácticas prohibidas.

Son requisitos propios para la configuración de estos delitos, en primer lugar, estar ante *conflictos armados internacionales*, es decir entre dos o más Estados Independientes, o ante *conflictos armados no internacionales*, definidos como aquellos conflictos armados que tengan lugar en el territorio de un Estado y cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos, lo que excluye las situaciones de disturbios o tensiones internas, como los motines, actos aislados o esporádicos de violencia u otros análogos.

Por otra parte, el Estatuto de Roma formula una distinción, en el sentido de que, en relación con los **conflictos armados internacionales**, refiere a graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949, (cuyo contenido general analizamos en el capítulo de evolución histórica) y con relación a los **conflictos armados no internacionales**, sólo refiere a las graves violaciones cometidas del art. 3 común de los cuatro Convenios de 1949. Por otra parte distingue, con relación a graves violaciones a las leyes y usos aplicables, diferenciando unas y otras, conforme los distintos tipos de conflicto armado de que se trate.

Que por otra parte, y a los fines de la competencia del Tribunal Penal Internacional Permanente, en relación con estos delitos, estos deben cometerse como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

Con respecto a las conductas que pueden dar lugar a la comisión de estos delitos, destacando que siempre ha de tratarse de violaciones graves, remitiéndonos al *art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y aplicable, en especial, a los conflictos armados no internacionales*, podemos señalar: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente los homicidios en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. La toma de rehenes. Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes y las condenas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

En referencia a los enfermos y heridos en campaña (Convenio I, art. 12) se prohíbe expresamente: atentar contra su vida y su persona, especialmente matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia; exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad. (que se reproduce en el art. 12 del Convenio II sobre protección de enfermos, heridos y náufragos en el Mar). *Con respecto al trato debido a los*

prisioneros de Guerra (Convenio III, art. 13) todo acto ilícito o toda omisión ilícita que comporte la muerte o ponga el grave peligro la salud de un prisionero de guerra. Las mutilaciones físicas o experimentos médicos o científicos, que no se justifiquen por el tratamiento médico. Las medidas de represalia. Finalmente *con relación al trato debido a la población civil* (arts. 27 y sigtes. Convenio IV) cabe señalar: Actos de violencia y de intimidación. Violación. Prostitución Forzada. Actos de coacción de índole física o psíquica, para obtener de ellas o de terceros, información. Exterminio. Homicidio. Torturas. Castigos corporales. Mutilaciones. Experimentos biológicos o médicos no requeridos por el tratamiento médico. Malos tratos. Castigos colectivos. Medidas de intimidación o de terrorismo. El Pillaje. Las medidas de represalia. La toma de rehenes.

Sobre dicha base, el Estatuto de Roma establece, para cada una de las categorías descritas en párrafos anteriores, una enumeración pormenorizada de los actos que constituyen delitos de esta naturaleza (art. 8), (El Estatuto puede consultarse en www-derechos.org/nizkor/impu/ o la ley 25.390 de aprobación) ampliando a mi entender la enumeración contenida, p. ej. en el Estatuto para el Tribunal Internacional "ad-hoc" para la Antigua Yugoslavia en su art. 2, aunque ella ha recibido algunas críticas, como la formulada por el Prof. Quel Lopez, en el sentido de que, entre las armas prohibidas, no figuran las de destrucción masiva, las bacteriológicas o nucleares.

El contexto de un conflicto armado internacional o no internacional, nos permite distinguir, inicialmente y con claridad, los crímenes de guerra, del delito de Genocidio o de los Crímenes contra la humanidad, aunque algunas conductas resulten comunes a los tres.

El delito de agresión

La competencia de la Corte Penal Internacional Permanente de carácter material, con respecto al delito de agresión, se establece en el art. 5-1-d del Estatuto, pero en el párrafo siguiente (art. 5-2) se establece que la misma se ejercerá una vez que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en que se hará, mediante una disposición adoptada en los términos de los arts. 121 y 123 del Estatuto.

El problema de la definición del delito de agresión, ya había tenido lugar al momento en que la Asamblea General de la ONU le encomendó a la Comisión de Derecho Internacional (1946), la formulación de los principios de Nuremberg y que preparará un proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, lo que cumplió la Comisión en 1950 respecto a la formulación de los principios, y en 1954, respecto al proyecto de Código, cuyo examen se aplazó por problemas vinculados con la definición del delito de agresión contenido en el mismo. Ello recién fue posible superar, inicialmente, en 1974, a partir de la definición del delito por Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre, de la Asamblea General.

En el contexto del Estatuto de Roma, a la fecha de la última reunión de la Asamblea De Estados Partes (septiembre de 2004), no se había podido arribar a una definición y a la descripción de los elementos constitutivos, del delito de agresión, encontrándose en funcionamiento un Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, cuyo objeto es ir aportando diversos puntos de vista y niveles de consenso orientativos de la discusión en la Asamblea del tema.

Tomando como base el "Documento de debate propuesto por el Coordinador del Grupo de Trabajo" del 10-07-02, (PCNICC/2002/WGCA/RT.1/Rev.1 y 2), podemos señalar que, con relación a la **definición**: "Una persona comete un " crimen de agresión" estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, esa persona, intencionalmente y a sabiendas ordena o participa activamente en la planificación, preparación, iniciación o realización de un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, como, en particular, una guerra de agresión o un acto que tenga por objetivo o por resultado establecer una ocupación militar de la totalidad o parte del territorio de otro estado o anexionar la totalidad o parte del territorio de otro Estado".

Pero a partir de allí se formulan *diversas divergencias*, (que surgen del documento antes citado y del Informe de la reunión oficiosa entre sesiones del Grupo de trabajo (ICC-ASP/3/SWGCA/INF1) como ser: siendo el delito de agresión, "un delito de dirigentes" cuál es *el nivel de responsabilidad de los partícipes y cómplices* en el mismo, dónde se enfrentan, una tesis restrictiva que sólo apunta a las autoridades máximas, militares o políticas, y otra más amplia, que incorpora por ejemplo, a toda la plana mayor de autoridades militares o a los responsables de los servicios de inteligencia o de otras autoridades políticas, que intervengan activamente en el proceso de planificación, iniciación, preparación o realización. Otro punto de divergencia es el referido a la determinación de si una conducta constituye o no acto de agresión, en la medida en que *previamente, así sea reconocido por el Consejo de Seguridad de la ONU*; o si se pueden abrir vías alternativas ante la falta de un pronunciamiento de este organismo, como ser, recurrir a la Asamblea General de la ONU o a una opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, y las consecuencias que ello generaría respecto a la capacidad del Fiscal General de iniciar una investigación o de la Corte de ser competente para intervenir. Otro punto divergente es el referido a *la posible punición de este delito en grado de tentativa*: Una posición restrictiva lo niega, en la medida que sostiene que los actos deben efectivamente constituir una guerra de agresión o producir los efectos de ocupación militar o de anexión, de todo o parte del territorio de otro Estado y una posición amplia, que sostiene que al referirse la definición a los actos de "preparación", ello posibilita la figura de la tentativa. Otro punto divergente es el referido al *requisito de intención y conocimiento del carácter de acto de agresión* en el obrar del individuo penalmente responsable, ya que algunos señalan que ello es sobreabundante, debiéndose aplicar la regla general del art. 30 del Estatuto, y por ende, eliminar-

se la frase de la definición. Y *en general*, sobre la aplicabilidad, sin modificaciones, de los art. 25 inc. 3, 28, 30 y 33 del Estatuto con relación al presente delito.

Que finalmente deseamos señalar que, conforme lo dispuesto por el art. 9 del Estatuto del Tribunal penal Internacional, también corresponde a la Asamblea de Estados Miembros, por el total de los 2/3 de sus miembros, aprobar *los elementos de los crímenes* detallados en los arts. 6,7 y 8 del Estatuto, que circunscribe con mayor precisión las exigencias que el tipo penal descrito en el Estatuto requiere se cumplan, a los fines de su configuración y justiciabilidad. El Proyecto de texto definitivo de los elementos de los crímenes, fue elaborado por la Comisión Preparatoria en el año 2000. (PCNICC/2000/1) (su texto, como el correspondiente al Proyecto sobre las reglas de procedimiento 7y prueba, puede ser consultado en www.derechos.org/nizkor/impu/). Pero aún no ha sido aprobado por la Asamblea de Estados Partes. (2004).

Hemos dado especial importancia al desarrollo de los denominados **delitos del derecho penal internacional**, por diversas razones: Primero, porque por imperativo del propio Estatuto de la CPI, la Argentina, como Estado parte, debe incorporar los delitos tipificados en el mismo en su derecho interno, cuestión que a la fecha se encuentra pendiente (2004). (El proyecto de ley de incorporación puede consultarse en Revista Argentina de Derechos Humanos. Año 2 Número 1, CELS-AD-HOC-UNIV.NAC. DEQUILMES-págs. 375/398). En segundo lugar, porque los denominados Crímenes del Derecho Internacional, implican tanto el análisis de las reglas imperantes en el contexto de la costumbre internacional (ius cogens) como del derecho convencional. Tercero, porque son fundamento del denominado Principio de Justicia Universal base de los juicios abiertos en otros países del mundo, en relación con los delitos de este carácter cometidos durante la última dictadura militar en la Argentina, p. ej. Y cuarto, porque tales delitos, entendidos como graves violaciones a los Derechos Humanos, fulminan la legalidad de las denominadas leyes de impunidad (Corte IDH-Caso Barrios Altos-14.03.2001-Serie C Resoluciones y Sentencias N° 75) y se ha procedido a su reconocimiento como tales, y a la aplicación de los efectos que le son propios, por la jurisprudencia argentina. (CSJN- "Arancibia Clavel Enrique L." - 24-08-2004- Suplemento Derecho Constitucional-Revista Jurídica La Ley, del 13-10-2004, pág.3/65).

Cabe señalar por último que, **en relación la competencia del Tribunal Penal Internacional**, al igual que la de las Cortes de Derechos Humanos, rige el *principio de complementariedad* (art. 1 del Estatuto), por el cual corresponde, por regla general, al Estado Parte juzgar los delitos que habilitan la competencia material de la Corte, conforme su derecho interno, de allí, como ya señalé, la obligación de tales Estados de adecuar sus normas internas a los términos del Estatuto, para que ello sea posible. Se establece como reglas de excepción, cuyo análisis queda a cargo de la Corte, que el Estado parte obligado a efectuar una investigación o enjuiciamiento no esté dispuesto a llevarlo a cabo o no pueda realmente hacerlo; o que la decisión de no incoar acción

penal resulte de tal no disposición o incapacidad. (art. 17 Estatuto). Están habilitados para instar la competencia de la Corte, a través de una presentación al Fiscal, cualquier Estado Parte o el Consejo de Seguridad, y la propia Fiscalía de oficio. (arts. 13/15). En este último caso, el Fiscal podrá recabar información ante el Estado Parte, los órganos de Naciones Unidas, organismos intergubernamentales, incluso de organismos no gubernamentales, y recibir testimonios escritos y orales en la sede de la Corte. Si considera que hay mérito para iniciar una investigación, deberá efectuar una presentación ante la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte, a fin de que habilite la investigación. El resultado negativo no impide presentarse posteriormente, con nuevos hechos o elementos de prueba. Del mismo modo la resolución negativa del fiscal respecto al mérito de los antecedentes para abrir una investigación, no impide su revisión, frente a nuevos hechos o pruebas obtenidas (art. 15). Si bien las víctimas no pueden habilitar la competencia de la Corte, pueden instar al Fiscal que decida de oficio abrir una investigación; además el Estatuto les admite ciertos niveles de participación, como ser, en los procesos de impugnación de la competencia o la admisibilidad a fin de hacer llegar sus observaciones (art. 19.3). Es importante señalar la prohibición de formular reservas, aunque una cláusula transitoria admite la posibilidad de que un Estado Parte solicite una suspensión temporal de su vigencia, desde el momento de la ratificación.

Cabe resaltar la facultad que tiene el Consejo de Seguridad de petionar la suspensión de la investigación o el enjuiciamiento por un plazo máximo de doce meses (art. 16). Y La posibilidad de que determinados Estados, en especial, el caso de EE.UU., requieran y obtengan inmunidad con relación a sus nacionales en terceros Estados Parte del Estatuto, lo que debilita la eficacia jurisdiccional de la Corte.

Ello ha sucedido efectivamente, por una parte respecto a Colombia que con fecha 17-09-03, otorgó la referida inmunidad a la EE.UU por aplicación del art. 98 del Estatuto. Y con respecto al Consejo de Seguridad, que por aplicación del art. 16, y a solicitud de los EE.UU, resolvió requerir la suspensión de toda investigación o enjuiciamiento respecto a si " surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes" (párrafo 1), por doce meses a partir del 01-07-03 y con voluntad de renovarlo sucesivamente por el tiempo que sea necesario, (párrafo 2) y " decide que los Estados Miembros no tomarán ninguna medida que no esté en consonancia con el párrafo 1 y sus obligaciones de carácter internacional" (párrafo 3). (Resolución 1487 del 12 de junio de 2003).

Esto exige su análisis en el marco de relaciones de profunda desigualdad entre Estados Miembros de la Comunidad Internacional, de dependencia y subordinación, no sólo económica, sino también política, que no sólo implica la posibilidad de que países poderosos, en especial EE.UU., obtengan be-

neficios extraordinarios de países más débiles, dependientes y subordinados; sino además, que ello se trasluce, en las relaciones dentro de los organismos internacionales, que dependen de quienes. Llegado su momento, terminan desafiándola o desconociendo su autoridad. Entiendo que sólo un proceso de profunda democratización de Naciones Unidas, y del Consejo de Seguridad (eliminación del derecho a veto, por ejemplo), sobre la base de estrategias concretas de los países miembros, sobre todo de aquellos países subordinados, que paradójicamente, constituyen la gran mayoría, podrá en la actual coyuntura, superar las graves y serias contradicciones existentes, que solo permiten hacer justicia con los débiles y con los vencidos, y por los más poderosos, una preocupación que Alberdi expresó ya en 1870.

Efectos jurídicos

La calificación de determinadas conductas como comisivas de los denominados delitos del Derecho Internacional, no sólo importa porque habilitan lo que se denomina la Justicia Universal (y más específicamente a partir de ahora la del Tribunal Penal Internacional), sino también por los efectos jurídicos consiguientes que acarrea. Estos son:

Imprescritibilidad. Tales delitos no son alcanzados por el instituto de la prescripción, es decir que, el transcurso del tiempo no es impeditivo del ejercicio de la acción penal, o del cumplimiento de la pena, y por ende, tanto en el ámbito del derecho nacional, como del internacional, puede instarse la investigación penal en cualquier tiempo, como hacerse efectiva la pena consiguiente, según el caso. Dicho efecto es tanto una regla general imperativa del "ius cogens", como una disposición convencional, consagrada en el art. 1 de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, recientemente jerarquizada constitucionalmente. (ley 25.778). Que de igual modo, el art. VII de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (también con jerarquía Constitucional) establece como regla general, la imprescriptibilidad de dicho delito, tanto de la acción como de la pena, el que, en el preámbulo del mismo instrumento, es calificado como delito de Lesa Humanidad.

Como ejemplo de lo aquí expresado me permitiré rescatar los siguientes pasajes de los votos de los Dres. Zaffaroni y Highton de Nolasco en la causa Arancibia Clavel: " El delito de asociación ilícita perpetrado para perseguir opositores políticos por medio de homicidios, desapariciones forzadas de personas y tormentos reviste el carácter de crimen contra la humanidad y por ende es imprescriptible, sin que corresponda declarar extinguida la acción penal aun cuando haya transcurrido el plazo previsto en el art. 62 inc. 2º en función del art. 210 del Cód. Penal, pues tal disposición resulta desplazada por el derecho internacional consuetudinario y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad". (Suplemento de Derecho Constitucional - 13.10.04 - pág. 3).

Consideramos acertada la doctrina de la mayoría de la CSJN en el referido fallo. Entendemos inadmisibles pretender desconocer, primero con relación a los Crímenes de Guerra, y posteriormente, con respecto a los delitos de Lesa Humanidad y Genocidio, la evolución de la costumbre internacional y la Convencional, desde la segunda mitad del siglo XIX, y en especial, respecto a estos últimos, a partir de 1945, con la Carta del Tribunal Internacional de Nuremberg de 1945; y la sentencia del referido Tribunal de 1947; la creación del Tribunal de Tokio de 1946; la adopción de los Principios del Tribunal de Nuremberg por la Asamblea de Naciones Unidas en 1946; la aprobación de la Convención contra el Genocidio de 1948; la elaboración de los Principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia del mismo por el Comité de Derecho Internacional en 1950; las sentencias de la Corte Internacional de Justicia a las que hemos hecho referencia; Las sentencias de tribunales internos en los casos T. Touvier y K. Barbie, entre otros; la adopción de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra de 1967; La Declaración de Naciones Unidas sobre la Tortura de 1975, Las declaraciones de la Organización de Estados Americanos sobre la Desaparición Forzada de Personas de 1978; (luego ratificadas tanto en los Estatutos de los Tribunales Internacionales Ad Hoc de la Ex Yugoslavia y Ruanda (1994) y de Sierra Leona (2002) y por la Declaración de Naciones Unidas sobre la Desaparición Forzada de Personas; la Convención de Naciones Unidas e Interamericana sobre la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de carácter Permanente de 1998; y la jurisprudencia de la CSJN en el Caso Priebke) demostrativas de una voluntad clara de la Comunidad Internacional, en caracterizar dichos delitos como crímenes del Derecho internacional de carácter imprescriptible, que marcan una indudable evolución de las reglas imperativas del *Ius Cogens* receptadas por las normas de carácter convencional, máxime habiendo participado la Argentina activamente desde sus comienzos, tanto en las Naciones Unidas como en la Organización de Estados Americanos. (Conf. Ramella Pablo - La Internacional Católica - pág. 47 y sigtes. —Donde destaca que entre los diversos contenidos de las "Instrucciones" dadas a los representantes Argentinos a la Primera Asamblea de la Sociedad de Naciones esta el de reconocer la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional para conocer de los delitos por infracción a las leyes de la guerra (pág. 49)—).

Además, tratándose de delitos contra la comunidad internacional es lógico que deba priorizarse la consideración de su evolución en ese ámbito, además de reconocerse la autonomía del derecho internacional a los fines de tipificar los delitos derivados del principio de responsabilidad internacional del individuo, lo que resulta compatible con lo normado históricamente en el hoy art. 118 de la Constitución Nacional, (recuérdese tan sólo las reflexiones de Juan Bautista Alberdi sobre el Crimen de la Guerra en 1870) y que se refuerza con la jerarquización Constitucional de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a partir de la reforma de 1994. (Convención sobre el Genocidio; Convención sobre la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes; Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas).

Por último, tratándose de delitos de estas características, surge clara la voluntad de la comunidad internacional de evitar su impunidad (p. ej. art. 2 de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Delitos de Lesa Humanidad; Informe Final del Relator Especial sobre el Tema Impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas Louis Joinet; (E/CN.4/sub.2/1997/20/Rev.1) Resolución 1999/34 sobre Impunidad de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ap. 1 y 4; Corte IDH - "Caso Barrios Altos" - sentencia del 14-03-01 e interpretación de la sentencia de fondo del 03-09-01); y que cuando se hace justicia en un Estado nacional, también se la hace ante toda la comunidad civilizada agredida por la comisión de estos delitos.

Prohibición de impedir el juzgamiento y o el cumplimiento de la pena impuesta

Esta consecuencia jurídica general, surge de diversas estipulaciones convencionales y de la práctica internacional.

Como ya se señaló la práctica internacional, desde mediados del siglo XIX, inicialmente y en especial, en relación a los denominados crímenes de guerra, y posteriormente, en relación al Genocidio y a los Crímenes de Lesa Humanidad, es demostrativa, principalmente, a través de la creación y funcionamiento de tribunales penales internacionales "ad hoc", hasta la constitución del Tribunal Penal Internacional Permanente, y como respuesta a la ineficacia, en muchas ocasiones, de los sistemas penales nacionales, que resulta una regla del *Ius Cogens* (costumbre internacional) el sometimiento a juicio de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y el necesario cumplimiento de las penas impuestas.

Esto se refleja también en diversas disposiciones convencionales, como ser: **Incorporación de las figuras delictivas en el derecho penal nacional a fin de asegurar su sanción con las penas más graves:** Así lo establece el Estatuto de Roma de 1998; pero también lo dispone, p. ej. el art. 4 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura; el art. 6 de la Convención interamericana sobre la Tortura, que incluye además otros actos inhumanos, atroces y degradantes; el art. 5 de la Convención sobre el Genocidio; o los arts. I y III de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; **Obligación de los estados de establecer su jurisdicción sobre el delito:** Cuando el delito se haya cometido en su jurisdicción territorial, o aeronave o buque de su bandera; cuando el presunto responsable sea de su nacionalidad y/o cuando la víctima sea de su nacionalidad, de considerarlo apropiado, así, p. ej. el art. 5 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura; art. 12 de la Convención Interamericana sobre la Tortura; art. IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. **Obligación de extraditar o juzgar en su propio territorio:** p. ej.: arts. 12 y 13 de la Convención Interamericana sobre la Tortura; arts. 5, 6, 7 y 8 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura; arts. IV, V, y VI de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada. Es dable tener en cuenta aquí también las reglas de colaboración fijadas en el Estatuto de Roma de 1998, a los fines de asegurar la presencia del ahuesado a juicio, y para el posterior cumplimiento

de la condena impuesta. **Prohibición de la obediencia debida como causa de justificación:** art. 2 Convención de N.U. contra la Tortura; art. 4 de la Convención Interamericana sobre la Tortura; art. VIII de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. **El carácter de delito continuado o permanente de la desaparición forzada de personas y prohibición de la jurisdicción militar:** arts. III y IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada; **No admisión de privilegios, inmunidades y dispensas especiales en tales procesos sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas:** p. ej. art. IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; **Prohibición de la invocación de circunstancias excepcionales** (Guerra, amenaza de guerra, inestabilidad política interna, estado de sitio, suspensión de garantías constitucionales o cualquier otra emergencia pública) **Para justificar el delito:** art. 2 Convención de N.U. contra la Tortura; art. 5 de la Convención Interamericana sobre la Tortura; art. X de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. **Reconocimiento de la competencia de órganos supranacionales:** art. 19, 21 y 22 de la Convención de N.U. contra la Tortura (Comité contra la Tortura); art. 8 de la Convención Interamericana sobre la Tortura y art. XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (Comisión Interamericana y Corte Interamericana), o la Corte Penal Internacional Permanente, conforme los términos del Estatuto de Roma de 1998.

Tratados, todos ellos, con jerarquía constitucional o ratificados por la Argentina, con jerarquía superior a las leyes. (art. 75 inc. 22 C.N.).

Deseo formular algunas pocas reflexiones en torno a la **relación entre inmunidad e impunidad**. En el Caso "Ndombasi Yerodía" fallado el 14-02-02, por la *Corte Internacional de Justicia*, ésta sostuvo, frente a una orden de detención extendida por el Gobierno Belga, en ejercicio de la jurisdicción universal que su propia legislación habilitaba, contra el Ministro de Relaciones Exteriores del Congo N. Yerodía, por la comisión presunta de delitos de Lesa Humanidad en su país, que el principio de inmunidad diplomática consagrado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, es una regla del derecho consuetudinario, de carácter permanente (aún no estando ya en funciones), que impide el juzgamiento en terceros países, y que no genera impunidad en la medida en que el mismo no impide que ello se concrete en aplicación del principio de territorialidad. (la inmunidad es instrumental y el derecho penal es de carácter sustancial).

Un ejemplo de la forma que la inmunidad diplomática y funcional puede jugar como impeditiva del juzgamiento, aún con respecto a presuntos delitos cometidos con anterioridad, en el territorio nacional, puede verse en el reciente fallo dictado en la causa "Moreno Ocampo Luis s/ Recurso de Casación" fallado por la Sala I, Cámara Nacional de Casación Penal, del 09-09-2004, donde se ordena el archivo temporario de las actuaciones, por aplicación de la Convención de Viena de 1961 y el Estatuto de Roma de 1998 (aprobado por ley 25.390), a tenor de su carácter de Fiscal General del Tribunal penal Internacional. (DJ-16-02-2005- págs. 340/344). Lo que, unido a la aplicación del

instituto de la prescripción, llevará, seguramente, a la impunidad del presunto ilícito cometido.

Deseo contraponer estas conclusiones con la afirmación del **Juez Cançado Trindade en su voto concurrente en el Caso Barrios Altos**: "La responsabilidad del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados —incluidas las configuradas mediante expedición y aplicación de leyes de autoamnistía— y la responsabilidad penal individual de los agentes perpetradores de violaciones graves a los derechos humanos y el Derecho internacional Humanitario, son dos caras de la misma medalla, en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia. Fue necesario esperar muchos años para poder llegar a esta constatación, la cual, si hoy es posible, también se debe —me permito insistir en un punto que me es muy caro— al despertar de la conciencia jurídica universal, como fuente material par excellence del propio Derecho Internacional". (párr. 13)... "Esto nos permite reconstruir, en este inicio del Siglo XXI, el propio Derecho Internacional con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presente los problemas que afectan a la humanidad como un todo". (Párr. 16).

Para completar lo expresado transcribiré algunos párrafos pertinentes del voto de la mayoría de la **Cámara de los lores, en el caso Pinochet**, del 25-11-1998: " El art. 39.2 de la Convención de Viena —según fue modificado y aplicado a los jefes de Estado— es apta para otorgar inmunidad respecto de actos realizados en el ejercicio de las funciones que el Derecho Internacional con carácter de funciones de un jefe de Estado -que pueden incluir actividades ilícitas o incluso ilegales; pero ha establecido que determinados tipos de conductas —en la que incluye la tortura y la toma de rehenes— son inaceptables" "Los actos de tortura y toma de rehenes proscriptos por el derecho internacional, no pueden ser atribuidos al Estado con exclusión del funcionario que los ejecuta" (Voto de Lord Nicholls al cual adhiere Lord Hoffmann) "La comisión de delitos de las proporciones del genocidio, tortura, toma de rehenes y crímenes contra la humanidad ha sido condenada por el derecho internacional, y a la altura de la evolución del mismo, es difícil sostener que aquellos delitos puedan equipararse a actos realizados en ejercicio de las funciones de Jefe de Estado" (voto de Lord Steyn).

Este despertar de la conciencia jurídica universal, es consecuencia de tales atrocidades, y sobre todo, en la comprensión, a partir de la segunda mitad del Siglo XX, de la estrecha relación entre Estado-Agentes del Estado y Graves violaciones a los Derechos Humanos- que en el caso particular de la Argentina se materializó brutalmente, con el Terrorismo de Estado desarrollado a partir de la actuación de la denominada Tripe A y la dictadura militar posterior. Un derecho internacional centrado en el hombre, tengo la esperanza, con el tiempo permitirán la revisión de reglas, que centradas en la existencia de Estados al servicio del bien común, pierden legitimidad frente a Estados al servicio del terror.

Por su parte, ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, seguidos contra la Argentina, Informe 28/92 del 2 de octubre, sostuvo que "Concluye que las leyes 23.492 y 23.521 y el Decreto N° 1002/89 son incompatibles con el art. XVIII (derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". (Igual criterio expone en Informe 29/92 contra el Uruguay, y con relación a la ley 15.848 del 22 de diciembre de 1986, conocida como ley de caducidad) (Informe Anual - 1992 - 1993 - CIDH - págs. 53 y 174).

Con lo cual quedó sentado el principio de que las leyes impeditivas del juzgamiento, como lo fueron las de Punto Final y Obediencia Debida, y el posterior Indulto a Procesados, son contrarias tanto a la Declaración Americana como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este criterio fue reafirmado en términos mucho más contundentes por la Corte interamericana sobre derechos humanos, en el Caso Barrios Altos. Sentencia del 14-03-01 - Serie C - Resoluciones y Sentencias - N° 75 - págs. 26 y 27, párrs. 41/44). Dice la Corte: "Esta Corte considera que son incompatibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y la desaparición forzada de personas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos". "Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú".

Dicha resolución, tomada sobre la base de lo dispuesto en los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana, no sólo declara la incompatibilidad de la autoamnistía con la misma, sino que, además, señala su carencia absoluta de efectos jurídicos, y por ende, no puede impedir, en general, la investigación y sanción de estas violaciones graves a los derechos humanos, base incuestionable de su nulidad absoluta, conforme fue dispuesto, con relación a las leyes 23.492 y 23.521, por la ley 25.779.

No podemos dejar de señalar aquí que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, era derecho vigente (se ratificó por la Argentina en 1984. Ley 23.054) al momento de sancionarse las leyes 23.492 y 23.521 y el Decreto de indulto 1002/89, con lo cual, la sentencia de la Corte expresada, es plenamente aplicable.

El Juicio y Castigo de las graves violaciones a los derechos humanos, tiene, en el orden internacional, una historia de más de siglo y medio, que no

puede ignorarse, y de la cual la Argentina ha sido partícipe activo, asumiendo una diversidad de compromisos a lo largo de esta historia que no puede desconocer, y que inicialmente reconocieron nuestro constituyentes históricos, con la redacción del actual art. 118, y quien es considerado nuestro padre intelectual de dicha obra, Juan Bautista Alberdi, en 1870, en el "Crimen de la Guerra", y que ha continuado a lo largo de este tiempo. Me permitiré como cierre recordar aquí lo expresado por Hipólito Irigoyen, el 30 de diciembre de 1920 en carta a Marcelo T. de Alvear, en relación a la participación argentina en la Sociedad de Naciones: "Así como, en una poderosa concepción política, nos propusimos redimir a nuestra patria de todos sus males y desgracias; así también, por magnos juicios y actitudes concordantes, buscamos afirmar y consolidar su personalidad en el orden internacional, elevándola al templo del honor, de la razón y de la justicia. Y en ese apostolado, de fundamental esencialidad, el que ha tenido la virtud de culminar tan esplendentes soluciones por lo que, de hoy en más, la Argentina vibrará en la tarea renovada de todos los perfeccionamientos y de los aspectos perdurables de la humanidad".

Pautas interpretativas. Constitución nacional e instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente

Partiendo de la idea expresada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que no existe jerarquía entre los derechos, por vía jurisprudencia, la misma ha elaborado una serie de reglas interpretativas, que aquí esbozaremos con carácter general:

Análisis integral de la constitución: Las disposiciones constitucionales que reconocen derechos, establecen obligaciones y fijan garantías, deben ser interpretadas, no como artículos aislados, sino en el conjunto de las previsiones contenidas en la constitución. Es decir, que debe procurarse desentrañar su significación jurídica, por encima de interpretaciones estrictamente literales. La constitución debe analizarse como un conjunto integrado. Ello se traduce, en lo que respecta a la interpretación de una ley, en la necesidad de integrar la misma con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la constitución.

En el Caso Portillo Alfredo (CSJN-18-04-1999. Suplementos Universitarios La Ley) la Corte Suprema ha afirmado: " (En) *La interpretación del instrumento político que nos rige... ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental*" y sus citas (párr. 6. voto de los Dres. Fayt - Bacqué - Petracchi).

Subsistencia de los derechos reconocidos. En el marco de una confrontación entre derechos diversos, debe estarse por aquella interpretación en que prevalezca el reconocimiento de su existencia como tales, es decir, que la aplicación de uno no represente la negación absoluta, la destrucción del otro. Ello implica prácticamente, la resolución de la confrontación, a través de con-

sideraciones de carácter casuísticos en el marco de la controversia y no sobre la prevalencia "per se" de un derecho sobre otro.

Por ejemplo, un caso típico es "Ponzetti de Balbín" (CSJN- 11-12-1984-Suplementos Universitarios La Ley), en el se confrontaba el derecho a la intimidad (art. 19 C.N.) con el Derecho a la Información (art. 14 C.N. art. 13 CADH). Ante una publicación de una fotografía del Dr. Balbín en terapia intensiva en la tapa de la Revista Gente y la Actualidad y otras en páginas interiores, obtenidas, poco antes de su muerte, en forma subrepticia, **la Corte consideró se vulneró el Derecho a la Intimidad, afirmando para ello** (que dicha publicación) "...excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado...la presencia no autorizada y no consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa de la revista " Gente y la actualidad" no admite justificación y su publicación configura una violación al derecho a la intimidad". (Considerando 10 voto Dres Fayt y Carrió). Y por otra parte se expresa el Dr. Petracchi, en los siguientes términos: "...el lugar eminente que sin duda tiene en el régimen republicano la libertad de expresión- comprensiva de la información- obliga a particular cautela en cuanto se trate de deducir responsabilidades por su ejercicio. Empero, ello no autoriza al desconocimiento del derecho a la privacidad, integrante también del esquema de la ordenada libertad prometida por la Constitución, mediante acciones que invadan el reducto individual máxime cuando ello ocurre de manera incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro". (Considerando 22).

Ambos derechos subsisten, pero su aplicación prevaleciente, en un caso concreto, es casuística; Fotografía tomada subrepticamente- presencia no autorizada ni consentida-situación límite de carácter privado-incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro; son algunos de los datos casuísticos considerados relevantes por la Corte, a fin de determinar, en el caso concreto, la prevalencia del derecho a la privacidad por sobre el Derecho a la Información, sin dejar de reconocer la existencia de ambos.

Criterio de concertación. Congruente con los otros dos criterios interpretativos expuestos, el presente consiste en la búsqueda de una solución que concerte la vigencia de disposiciones constitucionales, en principio, opuestas o antagónicas, como las que disponen derechos y deberes, y que no se destruyan recíprocamente.

Así lo resolvió expresamente la CSJN en el Caso Portillo: "*Que la disyuntiva de seguir los dictados de las creencias y de la conciencia o renunciar a estos y obrar en su contra, es cosa grave. Más, cuando la situación es planteada ante el Poder Judicial, la primera misión de los jueces es superar la alternativa mediante la concertación de sus términos, máxime cuando ambos tienen una clara raíz constitucional.*" (Considerando 15, Voto Dres. Fayt-Bacqué-Petracchi).

En el caso concreto, frente a la obligación constitucional de armarse en defensa de la patria y la de no armarse por imperio del mandamiento religioso "No matarás", la mayoría de la Corte optó por una solución concertada: Que cumpliera el Servicio Militar Obligatorio, pero sin armas.

Interpretación dinámica de la constitución. Conforme este criterio, la constitución debe interpretarse de acuerdo a lo que ésta significa en el momento de su aplicación, y no teniendo en cuenta la visión de sus autores, emitida conforme circunstancias y perspectivas propias de su tiempo.

Así lo expreso la CSJN en el Caso "Fernández Orquín" (E.264-416) al señalar la necesidad de dinamizar la interpretación del texto constitucional, a tenor de que a los derechos individuales, de carácter histórico, se incorporan los denominados derechos sociales, en reforma posterior.

En este contexto interpretativo, considero que, como consecuencia de la reforma de 1994, *el texto constitucional debe ser objeto de una interpretación renovada*, que incorpore las características de los Derechos Humanos, los principios de Derechos Humanos, y los desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y del Derecho humanitario, aquí desarrollados, y por los fundamentos que en cada lugar hemos expresado, generando una interpretación actualizada tanto de los Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales, como de las atribuciones y obligaciones de los tres poderes del Estado.

Por otra parte, a partir de la jerarquización constitucional de determinados instrumentos internacionales de derechos humanos y en razón de su rango, **Las pautas interpretativas incluidas en los mismos**, corresponde se apliquen al momento de ejercerse la función interpretativa del texto constitucional.

Tomaremos como base para nuestra exposición, lo dispuesto en el art. 29 de la CADH., y a dicho respecto tomaremos en especial las reglas incluidas en los incs. b) y d), ya que las restantes, vinculadas con la limitación de los derechos y el reconocimiento de otros derechos inherentes al ser humano no expresamente reconocidos, serán analizados en el Módulo Quinto del presente Manual.

El inc. b) del art. 29 establece que no podrá interpretarse ninguna disposición de la Convención, en el sentido de "Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

Conforme el referido criterio, debe prevalecer la norma, sea ésta legal o convencional, que más ampliamente proteja el derecho de que se trate, excluyendo la posibilidad de que pueda ser utilizada la Convención con un sentido restrictivo o limitativo. Ello se condice con el objeto y fin de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que son, garantizar lo más amplia y efectivamente los mismos con relación a toda persona.

Por su parte, el inc. d) establece que ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada en el sentido de "Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Conforme lo refleja la Corte IDH, en su Opinión Consultiva N° 10 del 14-07-1989, aun no siendo la Declaración Americana una convención, esto no quiere decir que no genere efectos jurídicos, en relación con los Estados Miembros de la OEA, y esto como consecuencia de un proceso de evolución progresiva, que ha transformado la naturaleza jurídica del instrumento, a través de la práctica internacional interamericana.

Ahora bien, la referencia a "otros actos internacionales de la misma naturaleza", inicialmente, puede hacer referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la medida en que ésta, ha ido adquiriendo un mayor grado de imperatividad, a partir de una práctica internacional que, por ejemplo, consiste en el invariable reconocimiento que de la Declaración se formula, en el preámbulo de los tratados internacionales de derechos humanos, como fuente primaria de los mismos. (Así los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación racial; la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura, y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y la Convención de los Derechos del Niño).

Pero en forma más general, dicha regla incluye, a mi entender, la consideración a toda aquella Declaración, tanto universal, como regional, de carácter imperativo, conforme la práctica internacional y los principios del *Ius Cogens*, de acuerdo a como lo he venido desarrollado en los distintos capítulos del presente módulo; porque el principio interpretativo, si bien explícitamente incluye la consideración del instrumento respectivo, implícitamente lo hace con relación a las reglas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que hicieron posible tal consideración.

En el presente módulo, hemos desarrollado la conceptualización y los principios generales en materia de Derechos Humanos, y hemos analizado, en particular, lo vinculado con la evolución del Derecho penal Internacional y las pautas interpretativas de la Constitución.

No podemos cerrar este módulo, sin antes formular, al menos, algunas reflexiones en torno al contexto político-institucional, tanto nacional, como internacional, en el que estas perspectivas actuales de los derechos humanos se desarrollan.

Una aproximación superficial al problema de la vigencia efectiva y progresiva de los Derechos Humanos, es irremediablemente pesimista. Sólo basta comprobar, como es de público y notorio, por ejemplo, que a partir de 1994, por una parte, asistimos a un reconocimiento jurídico inédito de los Dere-

chos Humanos, y por el otro, asistimos a un proceso de concentración de la riqueza, e inversión de la pirámide social, que deja al 70% de la población, en la indigencia, la pobreza, o limitando con ella. Así como, desde el punto de vista internacional, los países más poderosos, en especial Estados Unidos de Norteamérica, evaden su compromiso con el sistema internacional de protección u obtienen la concesión de inmunidades especiales, mientras que los más débiles, son, en definitiva, los que quedan sujetos al control.

Para profundizar la mirada, primero, hay que tratar de ingresar en el análisis de las relaciones de dominación existentes, tanto en el orden nacional como internacional, que permitan explicar la realidad. En segundo término, se hace necesario comprender de qué manera tales relaciones impactan efectivamente en la vigencia efectiva y progresiva de los Derechos Humanos y en tercer término comprobar que, en lo sustancial, tales relaciones no se modifican instrumentalmente a partir del derecho, aunque ello, no implica desconocer su relación con el campo social.

Y a partir de ello, explicar y comprender, el contexto político institucional nacional e internacional, que enmarca y condiciona el desarrollo efectivo de los Derechos Humanos, el rol del derecho en ese contexto y el de los diversos actores sociales. Y a partir de ello verificar la correlación existente entre relaciones de dominación y Derechos Humanos para, a partir de ello, elaborar estrategias alternativas.

De allí que, Derechos Humanos, no sólo implica conocer el derecho para aplicarlo, sino también, compromiso por el cambio, (o al menos, en principio, por una aceptación que no resulte ilusoria) sin lo cual, el pesimismo de una visión ingenua y superficial resulta ilevantable. Ahora bien, y lo repito aquí, ello es un proceso de construcción dialéctica, desde lo existente, que incluye, tanto profundizar los instrumentos u mecanismos existentes, como "en última instancia" generar transformaciones en las relaciones estructurales de dominación.

En síntesis, Derechos Humanos es conocimiento y compromiso.

Ahora ingresaremos al estudio, en general, de la dimensión histórica de los Derechos Humanos, la que, en algunos aspectos, ya ha quedado insinuada en la exposición desarrollada en el presente módulo.

Bibliografía consultada

ABREGU MARTIN-COURTIS CHRISTIAN (Compiladores), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Centro de estudios legales y sociales, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997.

ALBERDI, JUAN, BAUTISTA, "El Crimen de la guerra", Segunda Edición, Colección Literaria Sopena, Buenos Aires, 1957.

BIDART CAMPOS, GERMAN, J., "Tratado Elemental De Derecho Constitucional", T. I, El derecho constitucional de la libertad, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986.

BUERGENTHAL, THOMAS Y OTROS, "La Protección de los Derechos Humanos en Las Américas", Ed. Juricentro, San José, Costa Rica, 1983.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, sala I, "Moreno Ocampo Luis s/ Recurso de Casación" 09-09-204-Dj-12-02-05, pág. 340.

CARRILLO SALCEDO, JUAN, ANTONIO, "Soberanía de los estados y derechos humanos", en Derecho Internacional Contemporáneo, Ed. Tecnos, Madrid. España, 1995.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Barrios Altos. Sentencia E Interpretación de la Sentencia de Fondo. Resoluciones y Sentencias. Serie CNº 75 y 83. Caso las Palmeras. Excepciones Preliminares. Resoluciones y Sentencias. Serie CNº 67. Opinión Consultiva Nº 10 del 14-07-1989. Informe Anual Corteidh-1989.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", En el Umbral del Siglo XXI, Informe, Tomo II, San José, Costa Rica, Mayo de 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Ministerio de Cultura y Educación de la Nación", 27-05-1999-Dj-1999-3-375.

DOCUMENTOS BÁSICOS, en Materia de Derechos Humanos del Sistema Interamericano. Corte IDH.

DURAN LALAGUNA PALOMA (Coordinadora), "Manual de Derechos Humanos", Comares Editorial, Granada, España, 1993.

EKMEKDJIAN, MIGUEL, ÁNGEL, "Manual de la Constitución Argentina", 4ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente y Documentos Relacionados, en www.Derechos.Org/Nizkor/Impu/.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, CARLOS (Coordinador) "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editorial Dilex S. L., Madrid, España, 2000.

HALAISZUK-MOYA DOMINGUEZ, "Derecho Internacional Público", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1972.

HOOFT, EDUARDO, RAIMUNDO, "La inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad personal de los ministros de relaciones exteriores de los estados", en segundas jornadas nacionales de filosofía y ciencia política, págs. 161/166, Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2002.

IRIGOYEN, HIPÓLITO, "Correspondencia sobre la participación Argentina en la Sociedad de Naciones", en HALPERIN DONGHI, TULLIO, "Vida y Muerte de la República Verdadera", (1910-1930), Ed. Ariel, págs. 572/576.

Los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, Publicaciones, Ginebra, 1986.

Normas fundamentales de los convenios de Ginebra y de sus protocolos adicionales, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1983.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, "Derecho Constitucional", Ed. Depalma, Reimpresión, Buenos Aires, 1987.

RAMELLA, PABLO, "La Internacional Católica", Segunda Edición, Ed. Difusión, Bs. As., 1951.

RAMELLA, PABLO, "Crímenes Contra La Humanidad", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

SAGÜÉS, PEDRO, NÉSTOR, "Elementos de derecho constitucional", T. I y II, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.

Suplemento de Derecho Constitucional La Ley. 13-12-04. CSJN-Arancibia Clavel Enrique L., 24-08-04, págs. 3/65. y Doctrina Judicial, 15-09-04, págs. 158/159.

Suplementos Universitarios La Ley, Caso Portillo, Caso Ponzetti de Balbin, Caso Pinochet.

VASAK KAREL, "Las Dimensiones internacionales de los derechos humanos", Serbal/Unesco, Ed. General, T. I, Barcelona, España, 1984.