

III. EL SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A. Algunos conceptos de derecho que conviene tener presente

■ **Concepto de bien jurídico y de bienes jurídicos generales y especiales.-** Se entiende por bien jurídico un interés que el Derecho reconoce como valioso y al cual brinda su protección, sea prohibiendo conductas que lo vulneran o bien mandando que se lo resguarde o promueva. En clases se hizo ver que los documentos internacionales sobre derechos humanos de contenido más general (como las convenciones sobre derechos civiles y políticos o sobre derechos económicos sociales y culturales) hacen, por lo común, referencia explícita o implícita a distintos bienes jurídicos generales o específicos, los cuales pueden organizarse en una progresión piramidal. En la cúspide, se sitúa un bien jurídico tan general como "la dignidad intrínseca de toda persona y su carácter de titular de derechos inalienables". Del reconocimiento de tal valor superior se puede decir que emanan todos los derechos humanos. En un nivel todavía general, pero más específico, se sitúan valores tales como la inviolabilidad de la persona y de su esfera más íntima; la libertad; la igualdad; etc. (tal como se analiza más adelante en esta Ayuda Memoria). Finalmente, en un tercer nivel, se encuentran bienes jurídicos pormenorizados, tales como la integridad física, la libertad de expresión, el derecho a no ser arbitrariamente discriminado por motivo de religión, creencias, origen, sexo, etc.

■ **Concepto de sistema normativo.** Los sistemas normativos pueden ser de carácter jurídico o moral. En un sentido restringido, hemos entendido en clase como "sistema normativo jurídico" un conjunto de normas jurídicas (incluyéndose en tal conjunto normas prescriptivas propiamente tales y disposiciones de carácter técnico que las complementan) que tratan sistemáticamente una misma materia o bien se aplican a determinadas categorías de personas o en determinados territorios, así como los principios y corolarios que inspiran tales normas o se derivan de ellas. En un sentido más amplio de "sistema normativo", incluimos, además, las instituciones y procedimientos que tienen que ver con la generación, interpretación y aplicación de las normas. En un sentido todavía más amplio, incluimos también el accionar

intelectual, ideológico, político y social que procura obtener que ciertos intereses sean reconocidos socialmente como valores, o conseguir que sean incorporados en la legislación; y el accionar que busca defender determinados derechos o intereses vulnerados, no sólo por medio de los cauces institucionales, sino por otros, de carácter informal, y que además busca denunciar violaciones de derechos y proteger a las víctimas, entre otras actividades similares.

■ En clases se utilizó un **modelo para ilustrar los alcances de la noción del sistema normativo, en su acepción más amplia.** En tal modelo se seguía el "itinerario" de una norma desde su gestación como mera proposición de moral política o social, previa a su inclusión en el orden jurídico formal, hasta su cumplimiento efectivo para todos, por medios jurídicos o meta-jurídicos. **(a)** Respecto del proceso de gestación, se aludía, en lo que toca a normas de un contenido valórico tan importante como son las de derechos humanos, al hecho de que nacen, por lo general, como fruto un amplio debate intelectual y de luchas de carácter social y político que tienden obtener la aceptación social de un determinado valor como un "derecho" humano. Por tanto, esa fase todavía se da en el ámbito normativo de lo ético (ética política y social) antes que propiamente en el ámbito de lo jurídico. **(b)** En un segundo y tercer nivel encontramos ya la incorporación de un reconocimiento de estos derechos en instrumentos propiamente jurídicos, sean de derecho interno (Constitución, leyes) o en el Derecho Internacional (declaraciones, tratados sobre derechos humanos). Sin embargo, es preciso hacer una distinción entre aquellos derechos que son incorporados al orden jurídico de manera meramente programática o retórica, esto es, sin que existan obligaciones claras o determinables como contraparte de tales derechos, y aquellos derechos que sí permiten identificar tales obligaciones. **(c)** En cuarto lugar, analizábamos que si bien puede el derecho establecer obligaciones determinadas, si no cuenta con mecanismos apropiados para exigir su cumplimiento, sean de naturaleza judicial, administrativa o de otro tipo, tal exigencia puede quedar como letra muerta (salvo en aquellos sistemas legales en que el juez tiene un papel activo que le permite llenar el vacío legislativo). **(d)** En un siguiente nivel, el cumplimiento de la norma puede tornarse ineficaz, aun cuando existan instituciones (tribunales, órganos administrativos, etc.) y procedimientos que, en el papel, parecen adecuados, sea porque tales cuerpos carecen de idoneidad o de suficientes recursos, o bien porque están sometidos al poder

de turno o porque son corruptos. (e) Finalmente, es posible concebir que las instituciones funcionen con independencia, probidad y eficiencia y que, sin embargo, la satisfacción de los derechos fundamentales se haga ilusoria para aquellos sectores de la población que carecen de acceso a la justicia, porque no cuentan con los recursos para ello y porque no existen mecanismos apropiados para suplir esa deficiencia a través de asistencia legal gratuita. En su **acepción más amplia**, el concepto de sistema normativo abarca desde el proceso de gestación de una norma hasta las acciones encaminadas a resolver las trabas que dificultan su cumplimiento efectivo o a denunciar sus violaciones.

■ Es necesario recordar, para los efectos de este curso, las diferencias entre **sistemas jurídicos nacionales y el Derecho Internacional**. Entre ellas, se destacaron durante el curso las consecuencias prácticas de que el Derecho Internacional carezca, por lo general, de la coerción propia de los sistemas jurídicos internos. Sin embargo, se recordó que a medida que se forjan nuevos y mayores vínculos de asociación y cooperación internacionales, le resulta más costoso a los Estados incumplir las normas de derechos humanos (sean de alcance regional o internacional) a cuyo respeto se han obligado, por las consecuencias políticas y económicas que pueden resultar de tales transgresiones. Por ello, la acción de promoción y defensa de los derechos humanos que llevan adelante movimientos y organizaciones de derechos humanos en el plano internacional (y también, en buena medida, en ámbitos nacionales) no tiende a concentrarse exclusivamente en los canales jurídicos formales. Por el contrario, si bien emplea estos últimos, descansa con gran fuerza en los métodos de presión de carácter moral, político, diplomático, buscando incluso obtener la imposición de medidas severas de presión internacional, como sanciones políticas o económicas, sean multilaterales o bilaterales.

B. Generalidades sobre la normativa internacional en materia de derechos humanos

En primer lugar, es preciso reiterar que es inútil buscar en el Derecho Internacional el grado de certidumbre que uno encuentra respecto de las fuentes de derecho interno en lo que toca a su contenido, jerarquía y vigencia. Esto es, a menudo, fuente de natural desazón para los estudiosos de derecho que se han formado en tales certezas.

1. Las Fuentes del Derecho Internacional en Relación con los derechos humanos

■ **Los Tratados (llamados también convenciones, convenios o pactos)**, que son acuerdos escritos entre dos o más Estados u organizaciones internacionales multilaterales, que crean derechos y obligaciones jurídicas entre las partes. Se basan en el principio que los pactos son ley para los contratantes. Los hay bilaterales y multilaterales o colectivos.

Cabe mencionar, respecto de los derechos humanos, una sugerente distinción doctrinaria: **tratados-contrato versus tratados-ley**. Ambos tienen carácter obligatorio. Los primeros contienen acuerdos que regulan ciertos intereses de los Estados contratantes, en sus relaciones recíprocas. Establecen, por tanto, obligaciones y derechos subjetivos. No tienen contenido normativo, en el sentido de crear reglas de conducta de carácter general y permanente. En cambio, los tratados-ley sí tienen por finalidad crear tales normas de conducta. Aunque hay quienes disputan la validez de esta distinción, no cabe duda que es significativa para caracterizar los sistemas normativos humanitarios, cuyos tratados (que reciben generalmente el nombre de convenciones o pactos) tienen, por lo general, el llamado carácter de tratado-ley.

■ La otra principal fuente de Derecho Internacional es la **costumbre internacional**, como prueba de una práctica de los Estados que es generalmente aceptada como derecho. Elementos de la costumbre son el material o histórico, esto es la práctica común suficientemente reiterada y espaciada en el tiempo, en un ámbito determinado (el internacional); y el subjetivo: la *opinio juris*, o convicción de que la práctica responde a una exigencia de Derecho Internacional.

La costumbre ha ido perdiendo la importancia capital que tenía otrora como fuente de Derecho Internacional. El campo de los derechos humanos está altamente codificado. Es difícil pensar en un derecho específico que no esté al menos mencionado en tratados. El valor que la costumbre puede tener en materia de derechos humanos será generalmente para elevar de jerarquía un derecho: hay normas contenidas en textos internacionales sobre derechos humanos que no tienen la fuerza vinculante del tratado; la costumbre puede elevarlas a norma de derecho consuetudinario o incluso a norma de *Jus Cogens* (concepto que se define más adelante).

Un punto interesante es el papel que ha llegado a tener

la acción de organizaciones no gubernamentales (como actores que son en el campo internacional) en la iniciación de prácticas que, influyendo en la conducta de los Estados, pueden llegar a transformarse en costumbre internacional. Tal es, por ejemplo, el rol que ha cumplido Amnesty International en la generación del concepto, ahora ampliamente aceptado, de "preso de conciencia"; o en la ampliación de la noción de objeción de conciencia.

■ **Otras fuentes.** El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Art. 38) menciona también como fuentes de Derecho Internacional los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. También se mencionan las decisiones judiciales y la doctrina de los tratadistas, como medios auxiliares para determinar las normas de Derecho Internacional. Los autores tienden a estimar que, más que fuentes de creación del derecho, deben ser miradas como instrumentos de interpretación, o bien como prueba de derecho consuetudinario.

■ **El papel de las resoluciones.-** Hay resoluciones de organizaciones intergubernamentales regionales que obligan a los Estados miembros sin necesidad de que sean ratificadas por ellos. Sin embargo, las resoluciones de la Asamblea General de ONU no son obligatorias para los estados miembros (según lo establece la Carta de la ONU, Arts. 10 y siguientes). La función de las resoluciones es generalmente iniciar estudios y formular recomendaciones. Con todo, pueden dar inicio a una costumbre o pueden ser prueba de ella, como sería el caso de una resolución de la Asamblea General aprobada por unanimidad y que en su preámbulo declare que tales o cuales principios son reconocidos ampliamente por la comunidad de naciones.

De acuerdo a su forma y contenido, las resoluciones sobre derechos humanos adoptadas por organizaciones intergubernamentales pueden ser de distinto tipo:

- Las **declaraciones** tienen la naturaleza de una resolución, pero son de particular importancia en materia de derechos humanos. En la ONU han sido definidas como "un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, de grande y verdadera importancia, y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible". Hay numerosas declaraciones de la ONU directamente o indirectamente atinentes a los derechos humanos. Se refieren a derechos de manera global (como la misma Declaración Universal de Derechos Humanos), a derechos de un grupo o sector (como las declaraciones sobre derechos de la mujer o del niño), o a temas especiales (como

la discriminación racial o la libertad religiosa o de conciencia).

- Otro tipo de resoluciones sobre derechos humanos es conocido como **reglas mínimas**. Se trata de recomendaciones pormenorizadas para proteger los derechos de personas que se ven sujetas a determinadas situaciones, como ser las recomendaciones sobre el tratamiento de reclusos o detenidos, o sobre el tratamiento a los menores que se encuentran sometidos a la justicia.

- Existen asimismo resoluciones concernientes a las normas de **ética profesional** de una determinada profesión, en relación con los derechos humanos.

- También hay resoluciones que formulan **recomendaciones** en materia de derechos humanos, sean de aplicación general (por ejemplo, recomendaciones sobre medidas para prevenir ejecuciones extrajudiciales o para combatir la tortura) o bien, dirigidas a un país determinado.

2. Ambito de aplicación territorial

Todas las fuentes mencionadas, incluida la costumbre, pueden tener un ámbito de aplicación internacional o regional (un ejemplo de costumbre regional es la práctica relativa al asilo dentro del ámbito interamericano, que antecedió a los tratados regionales sobre esta misma materia).

3. Jerarquía

En el plano del derecho interno recordemos la clásica tríada, en orden jerárquico descendente: la Constitución, la ley y el reglamento.

En el Derecho Internacional, los tratados y la costumbre tienen igual fuerza jurídica. Un tratado puede modificar o derogar una costumbre y viceversa. Se puede decir, haciendo un parangón con el derecho interno, que ambos tienen la fuerza equivalente a la ley.

¿Existen en el Derecho Internacional normas que tengan (usando de licencia comparativa) fuerza equivalente a la de disposiciones constitucionales? Por definición, no, dada la naturaleza todavía imperfecta del Derecho Internacional, que corresponde a la realidad actual de la sociedad internacional, la cual no constituye aún (y no es posible vaticinar si alguna vez llegará a constituirlo) el tipo de

comunidad que puede darse una organización jurídico-política análoga a la de un Estado.

Sin embargo, existen ciertos tipos de normas internacionales que **comparten algún rasgo aislado de las normas constitucionales**:

- Las normas de **Jus Cogens**, concepto que se incorporó en el derecho escrito internacional a propósito de la nulidad de los tratados.

El Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, (ratificada por Chile en 1981) dice:

"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter."

El Art. 64 agrega:

"Si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará".

Las normas de Jus Cogens comparten un rasgo de las normas que, en plano del derecho interno, tienen rango constitucional: ninguna norma contraria, de rango inferior, puede derogarlas o modificarlas, y ellas derogan o modifican toda norma contraria que sea de rango inferior.

Se puede decir que lo distintivo del Jus Cogens es una especie de **opinio juris especial**, esto es la creencia del conjunto de la comunidad internacional de que una norma consuetudinaria o convencional determinada no es simplemente una norma más de Derecho Internacional, sino que tiene un rango especial: un carácter imperativo.

Sin embargo no hay certidumbre sobre el contenido preciso de tales normas imperativas. Se han mencionado

ejemplos, por parte de distintos tratadistas o por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Examinando tales ejemplos, algunas o todas las siguientes normas serían ampliamente consideradas como normas de Jus Cogens: las que prohíben el uso ilegítimo de la fuerza, con violación de los principios de la Carta de la ONU; normas fundamentales de derechos humanos (no está claro cuáles serían precisamente tales normas fundamentales, pero una primera aproximación sería comenzar por considerar como tales las que tienen un carácter absoluto); las normas que tipifican crímenes contra el Derecho Internacional; ciertas normas fundamentales del derecho de los conflictos armados; normas sobre la libre determinación de los pueblos, la igualdad soberana y el principio de no intervención; la prohibición de esclavitud; la prohibición de discriminación racial (estas dos últimas se encuentran también entre las normas absolutas de derechos humanos ya aludidas).

La Comisión Redactora de la Convención de Viena y los Estados Partes no pudieron acordar una definición más precisa de Jus Cogens.

- Otras normas de un rango especial son la Carta de la ONU y las cartas de organizaciones intergubernamentales regionales, las que cumplen, para esos organismos, un papel análogo al que cumple la Constitución dentro de un Estado, pero no tienen tal carácter más allá de ese ámbito.

¿Existen normas internacionales que tengan un **valor semejante al que tienen los reglamentos** en el derecho interno? Se puede decir que sí, usando de licencia comparativa. Por ejemplo, la adopción de normas pormenorizadas por parte de un organismo intergubernamental, si el tratado que lo creó delegó a tal organismo el poder de adoptar normas obligatorias, de mayor detalle, dentro de los márgenes del mismo tratado. En cierto sentido tienen también un carácter similar las "Reglas Mínimas" a que nos referíamos antes, aprobadas por resoluciones de organismos intergubernamentales, pero sólo en cuanto proponen regulaciones más precisas sobre materias contenidas en normas que consagran derechos, no en cuanto a su obligatoriedad, ya que se trata básicamente de recomendaciones (recordemos, sin embargo, que tales recomendaciones pueden estar dando inicio al proceso de formación de una norma propiamente tal, sea porque estimulan un proceso que más tarde culmina en un tratado, o sea porque pueden ser recogidas por la práctica de los Estados y transformarse en costumbre).

4. Normas internacionales de derechos humanos y derecho interno

■ El artículo 5 de la Constitución Política chilena dispone, en su inciso segundo: **"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."** Esta modificación fue introducida en 1989, como parte de las reformas constitucionales plebiscitadas luego de una negociación entre el gobierno y la oposición, con posterioridad al plebiscito de octubre de 1988 y antes de las elecciones presidenciales competitivas de diciembre de 1989.

■ En derecho comparado constitucional la recepción de los tratados, como parte del ordenamiento jurídico interno, tiene diversas soluciones: **(a)** Asignarles igual jerarquía que la ley. **(b)** Otorgarles rango superior a la ley, pero inferior a la Constitución. **(c)** Establecer una jerarquía constitucional o supra-constitucional de los tratados (valor que se da generalmente a los tratados de derechos humanos o a los de integración internacional). Sobre la jerarquía de las normas que consagran derechos humanos contenidas en tratados ratificados por Chile, existen diversas opiniones entre los tratadistas chilenos, desde quienes le atribuyen el valor de una ley, hasta quienes le asignan un rango supra-constitucional.

■ La postura que se adopte respecto de la jerarquía de los tratados incorporados al derecho interno, determina la opinión sobre los efectos derogatorios de éstos frente a las normas del ordenamiento jurídico nacional que les son contrarias. Algunos autores nacionales afirman que todo tratado contrario a los preceptos constitucionales puede ser impugnado a través de los mecanismos de protección de la constitucionalidad que tiene nuestro ordenamiento jurídico. Otros consideran que los tratados vigentes al momento de la reforma de 1989 se incorporarían a la Constitución, pero el resto tendría que superar los controles de constitucionalidad antes mencionados. Unos terceros sostienen que la reforma de 1989 estableció una segunda forma de modificar la Constitución.

■ **Normas que tienen un carácter de *self executing*.**- Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno pueden consagrar derechos subjetivos, permitir restricciones a los mismos o poner límites a la naturaleza y/o extensión de tales restricciones. En todos estos casos, tales normas tienen, por lo general, un carácter de autoejecutables o ***self-executing***, esto es, no requieren que se adopte legislación interna adicional para que tengan plena vigencia. Si tales normas se contraponen con normas de derecho interno, éstas últimas quedarán derogadas tácita u orgánicamente. En cambio, las normas de los tratados de derechos humanos que tienen un carácter meramente programático, o bien que establecen una obligación de tipificar determinados delitos por parte de los Estados o una obligación de adecuar la legislación interna en algún otro sentido, requieren de una acción adicional, de tipo legislativo o de políticas públicas, y no tienen, por tanto, carácter *self-executing*.

5. Grado de gestación de las normas

Se puede hablar, en diversos sentidos, de una norma internacional de carácter convencional o bien de una costumbre internacional **en gestación**. Estos procesos se aluden con términos como "in fieri", "in status nascendi", o "lege ferenda".

El proceso formal de estudiar y debatir un tratado, antes de su aprobación final, es generalmente bien identificable. Finalizado el texto y firmado, una vez que se han alcanzado las ratificaciones requeridas y se hayan cumplido los plazos para entrada en vigor contemplados en el propio tratado, será ley para los Estados que son parte del mismo.

Con la costumbre, el proceso es más complejo. La creciente variedad de actores internacionales, que incluyen organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales, ha elevado la complejidad y variedad de este proceso todavía más.

Ciertas declaraciones de organismos internacionales, por ejemplo, que tienen, formalmente, el carácter de meras resoluciones, han demostrado ser potentes iniciadoras de un proceso formativo de ley, a través de la costumbre o como estímulo para redacción de un tratado.

6. Concepto de derecho duro y derecho blando

Algunos tratadistas han introducido los términos de **hard law y soft law**, o derecho duro y blando. Estos términos pueden coincidir, en parte, con los de ley internacional en gestación.

Las expresiones "derecho duro" y "derecho blando" se usan con distintas connotaciones, por diferentes autores. En cierto sentido, el Derecho Internacional en su conjunto es derecho blando (otros usan el término "imperfecto"), con respecto al derecho interno, que sería "más duro".

Dentro del campo mismo del Derecho Internacional, ciertas normas pueden ser consideradas de derecho blando porque:

- Son meramente derecho en formación.
- Aunque sean formalmente derecho formado (porque, por ejemplo, están incorporadas de un tratado vigente), el contenido de la norma es imperfecto: o bien no es claro, o bien las obligaciones son indeterminadas o indeterminables.
- Aunque la anterior insuficiencia no se dé, la norma debe ser considerada "blanda" porque no existen medio institucional alguno para hacerla cumplir.

7. Panorama general de Derecho Internacional escrito materia de derechos humanos

■ Los derechos humanos presentan un alto grado de codificación en el Derecho Internacional.

■ Los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden agruparse de acuerdo a distintos criterios, entre otros los siguientes: su naturaleza; su ámbito territorial de aplicación; el rango de derechos que incluyen; y si establecen derechos o, en cambio, tipifican crímenes o violaciones contra los mismos.

■ Existen tratados internacionales y tratados regionales (en América, Europa y Africa) de carácter general. Por lo general, se trata de uno o dos tratados por cada ámbito geográfico de aplicación, dependiendo de si se abordan los derechos civiles y políticos conjuntamente con los derechos

económicos, sociales y culturales, o separadamente. También existen en los distintos ámbitos geográficos de aplicación, tratados especiales. Los más comunes son los tratados que tocan derechos de grupos o sectores y los que condenan determinadas prácticas o tipifican crímenes contra el Derecho Internacional, creando efectos jurídicos especiales respecto de ellos, sea de carácter sustantivo o procesal.

■ Existen también numerosas Declaraciones sobre derechos humanos (adoptadas por resoluciones de la ONU o de organismos regionales) no todas las cuales gozan de similar grado de aceptación. Las declaraciones son por lo general cronológicamente anteriores a los tratados sobre temas similares, y no siempre son seguidas de estos últimos. Las de carácter más global y solemne, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, pueden alcanzar un particular status: ésta goza de gran legitimidad y además se le reconoce generalmente valor jurídico vinculante (por su aceptación consuetudinaria, además del hecho de que incluye entre sus disposiciones normas ampliamente reconocidas como de Jus Cogens).

■ Hay un gran número de otras resoluciones o estudios preparados por organizaciones intergubernamentales, así como recomendaciones y estudios propuestos por organizaciones no gubernamentales, todos los cuales pueden contribuir a un proceso de gestación de tratados o ser tomados en cuenta por jueces internacionales (dependiendo de su calidad intrínseca y del prestigio de sus autores), como opinión de tratadistas.

C. Análisis de la normativa internacional sobre derechos civiles y políticos.

Los siguientes puntos se derivan del análisis de textos de hecho en clases. Se tomó como base la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

El análisis versó sobre derechos civiles y políticos, pero a través de dicho examen se fueron examinando también puntos más generales sobre los principales documentos internacionales de derechos humanos (tratados y declaraciones).

1. Estructura de los instrumentos generales de derechos humanos.

Por "instrumentos" nos referimos a documentos de Derecho Internacional, sea que tengan carácter jurídicamente vinculante para los Estados Partes (esto es, sea que se trate de tratados, también llamados pactos o convenios); o bien que consistan en declaraciones de organismos internacionales (sobre el valor jurídico de las declaraciones, ver más arriba la sección III.B.1.d). En la estructura general de los instrumentos generales de derechos humanos se distingue, por lo común, un preámbulo, un articulado y, en el caso de muchos tratados, protocolos adicionales o facultativos.

- **El papel de los preámbulos.** En los preámbulos se manifiestan los propósitos del legislador, las consideraciones de hecho que ha tenido en cuenta y las principales convicciones valóricas que lo han guiado. Esto último es patente en los preámbulos de los principales documentos de derechos humanos, en los cuales se hace referencia a nociones como "la dignidad intrínseca" y la igualdad de todos los seres humanos en su condición de titulares de derechos inalienables. De este modo, tales preámbulos sirven de nexo entre nociones de filosofía y ética política y las disposiciones jurídicas que siguen en el articulado. Por lo mismo, el bien jurídico más general, aquel del cual se derivan todos los demás ("la dignidad intrínseca..."), queda expresado por lo general en los preámbulos.

- **Articulado.** Se distinguen disposiciones substantivas, procesales (incluyendo normas orgánicas, como las que establecen comisiones y cortes de derechos humanos) y técnicas (incluyendo las que contienen reglas interpretativas, las que se refieren a períodos de vigencia, etc.). Las normas substantivas hacen referencia a bienes jurídicos (más generales o más especiales) protegidos; establecen derechos y deberes/obligaciones; establecen restricciones generales y especiales al ejercicio o vigencia de determinados derechos; y, en ocasiones, aluden a sistemas o instituciones (democracia, estado de derecho...) relacionados con el respeto efectivo a tales derechos.

- **Los protocolos facultativos.**- Son parte integral del tratado respectivo para aquéllos Estados que opten por suscribirlos y ratificarlos. Generalmente se colocan en

tales protocolos ciertas normas que se supone no van a reunir una adhesión tan grande como las que están contenidas en el cuerpo principal del tratado. De este modo se busca no entorpecer la discusión y aprobación de este último. En el Sistema Interamericano, los derechos económicos, sociales y culturales constan en un Protocolo Adicional (llamado Protocolo de San Salvador) a la Convención Americana sobre derechos humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica). En cambio, dentro del ámbito de la ONU, ambos grupos de derechos son tratados por Pactos Internacionales separados, respectivamente llamados de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. Categorías de derechos Civiles y Políticos de acuerdo a los bienes jurídicos tutelados.

■ En clase se distinguieron cuatro sub-categorías de derechos dentro de la categoría de derechos civiles y políticos:

- **Inviolabilidades.** El bien jurídico genérico es la protección de la persona y su esfera más íntima de identidad, privacidad y seguridad. Las personas tienen, o deben tener, control de acceso a esta esfera. Tal bien jurídico genérico no supone un ejercicio activo: es independiente del grado de actividad de la persona en la arena social o política. Entre los derechos específicos que pueden agruparse en esta sub-categoría están: la vida; la integridad personal; la libertad física personal, en el sentido de no ser sometido a detención, arresto o condena de privación de libertad, si no es con arreglo a la ley (que incluye garantías substantivas y procesales de juicio justo); la prohibición de esclavitud (que también está relacionada con el bien jurídico cúspide de protección de la dignidad intrínseca todo ser humano e igualdad de derechos, así como con el grupo de derechos de pertenencia o status, en el sentido que todos tienen derecho al reconocimiento de su status de persona ante la ley); la honra y dignidad; la vida privada, incluyendo la privacidad del hogar, de la vida de familia y de la correspondencia; el derecho al nombre (que se puede considerar también como un derecho de status, pero es propiamente un rasgo de identidad); el derecho de toda persona a sostener sus propias convicciones de conciencia o religiosas (la expresión pública de tales convicciones, en cambio, cae más propiamente dentro del rubro "libertades").

- **Libertades.** El bien jurídico genérico es la capacidad de actuar libremente (dentro del respeto a la libertad de otros y del respeto a la ley) en los ámbitos político, religioso, social o económico. Incluyen la libertad de opinión y expresión, comprendiendo la libertad de difundir información (por la prensa u otros medios) y de buscarla; la libertad de reunión; la libertad de asociación; la libertad de circulación y residencia; las libertades políticas (que se vinculan también con la noción de igualdad), que comprenden la libertad (y a veces también el deber) de voto y la de postular a cargos públicos, incluso los de elección popular. (Debe notarse, sin embargo que hay quienes prefieren tratar los derechos de participación política separadamente).

- **Igualdades.** Las connotaciones del concepto de igualdad más propias de los derechos civiles y políticos son: Igual protección ante la ley, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (esta connotación es común a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales); igual participación política (ya mencionada en el párrafo anterior sobre libertades) sobre la base de una persona = un voto; igual acceso a cargas y cargos públicos (también mencionada en el párrafo anterior).

- **Derecho al reconocimiento jurídico de determinado status o pertenencia y a la protección que se deriva de ese reconocimiento.** El bien jurídico genérico es la protección de la persona por un sistema jurídico-político (esto es, normalmente, por un Estado) determinado. Entre los derechos específicos se encuentra, en primer lugar, el reconocimiento de calidad de persona ante la ley. De hecho, esta es una pre-condición para que una persona disfrute de derechos fundamentales dentro del ámbito de cualquier sistema jurídico-político determinado así como ante el Derecho Internacional. Acertadamente, desde el punto de vista lógico, el Pacto de San José lo ubica al comienzo. De esta condición básica deriva la capacidad jurídica de ser sujeto de derechos y obligaciones y de actuar por sí mismo en el mundo jurídico (así como las protecciones y las modalidades de representación jurídica en favor de quienes no puedan actuar autónomamente). Otro derecho de status es el derecho al nombre (que como quedó visto más arriba se puede considerar también como parte del ámbito de

identidad/privacidad que hemos llamado la esfera de las inviolabilidades). Otro sub-grupo de estos derechos se refiere a la pertenencia, en distintas calidades, a diversas comunidades, así como al derecho a gozar de los sistemas de protección de tales comunidades y a participar en ellas con deberes y derechos. En este sub-grupo se incluyen la nacionalidad; la ciudadanía (frecuentemente es una consecuencia de la nacionalidad); el status de extranjero residente permanente (que a veces otorga algunos derechos propios de la ciudadanía); ciertas formas de "ciudadanía" local (residente comunal, ciudadano comunal); y los status de asilado y refugiado.

3. Posibilidad de restricción de los derechos civiles y políticos.

■ En clases se hizo también una segunda distinción, relativa al **grado de protección de que gozan los distintos derechos**. Dicho grado de protección depende de los criterios de **jerarquía** y **conflicto potencial**. Esto es, se basa en la jerarquía que el legislador asigna al respectivo derecho (lo que equivale a decir: "la jerarquía que asigna al bien jurídico protegido por la norma que consagra el derecho") en relación con otros derechos o valores; también se basa en la consideración de si ese derecho puede o no entrar en conflicto (y en qué grado) con los derechos de otros o con ciertos valores de orden general. De acuerdo a todo ello los derechos pueden ser:

- **Derechos absolutos:** (a) No se concibe que entren en colisión con derechos similares de otros ni con la necesidad de hacer cumplir la ley; (b) no pueden suspenderse en tiempos de emergencia; (c) no están subordinados a otros valores. Por ejemplo: la integridad física (y la prohibición consiguiente de la tortura y de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes); o el derecho a la personalidad jurídica (y, entre otros corolarios de este derecho, la prohibición de esclavitud).

- Derechos que en todo tiempo (de normalidad o emergencia) **pueden entrar en conflicto con los similares derechos de otras personas o con las facultades que de acuerdo al Estado de Derecho tienen ciertas autoridades para hacer cumplir la ley** (imponer orden, de investigar delitos o castigar conductas criminales, siempre que haga de acuerdo a derecho y no arbitrariamente). Sin embargo, (a) no pueden

suspenderse en tiempos de emergencia; **(b)** no están subordinados a otros valores. Por ejemplo, el derecho a la vida, que puede legalmente afectarse en situaciones de legítima defensa; o bien como recurso extremo para hacer cumplir la ley o imponer el orden; o bien por razones de necesidad bélica (en legítimo combate durante una guerra).

- Derechos que, **además de poder entrar en conflicto con la necesidad de hacer cumplir la ley, son de aquéllos que puede ser necesario suspender para enfrentar una situación de emergencia.** Por ejemplo, la libertad personal, que puede ser restringida por las necesidades de investigación y castigo de delitos y también en situaciones de estados de emergencia (siempre, en este último caso, que no sea en cárceles); la privacidad del hogar y de la correspondencia, que pueden ser objeto de allanamiento, por orden de autoridad competente, en el curso de una investigación judicial o pueden suspenderse en estados de emergencia.

- Derechos que, **además de poder ser suspendidos** en tiempos de emergencia, **pueden, en todo tiempo** (sea de emergencia o normalidad), **entrar en conflicto con los derechos de otros o con bienes jurídicos determinados de carácter general,** tales como la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ejemplo, la libertades de expresión, de reunión, de asociación, de movimiento.

■ En clases se hizo un análisis combinando los dos tipos de distinciones y se concluyó que: Las distintas inviolabilidades calzan en alguna tres primeras categorías sobre grado de protección de los derechos. Las libertades caben dentro de la última categoría, salvo las libertades políticas, que tienen mayor protección (similar al de las igualdades). Algunas de las igualdades, en particular en lo que se refiere a protección contra discriminación arbitraria, caen dentro de la primera categoría, esto es son derechos absolutos; otras caen en la tercera categoría. Lo mismo puede decirse de los derechos de status o pertenencia: algunos son absolutos; otros caen dentro de la tercera categoría.

4. Obligaciones y deberes.

■ **Tipos de obligaciones que se imponen a los Estados.-**
Con respecto al contenido de las obligaciones, aparte de la distinción entre obligaciones de hacer (incluidas en éstas la obligaciones de dar) y de no hacer, en clases se hizo

referencia a la distinción, relevante para el estudio de los derechos humanos, entre obligaciones principales o rectoras, y obligaciones complementarias. Cuando las primeras consisten en no hacer, las segundas, por lo general, consisten en hacer algo; y viceversa. Así, se dijo en clases que los derechos civiles y políticos entrañan para el Estado **obligaciones principales de no hacer** (no matar, no torturar, no censurar, etc.) y obligaciones complementarias de hacer (dictar leyes, crear instituciones, desarrollar políticas y tomar medidas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones de no hacer o bien contribuyan a reparar las consecuencias de su incumplimiento).

■ **Tipos de obligaciones de los Estados** de acuerdo a la naturaleza del deber impuesto: la normativa sobre **derechos civiles y políticos** impone a los Estados, en primer lugar, la obligación de **respetar** tales derechos. Esta es una obligación principal. Consiste en no hacer aquello que viola el derecho respectivo (matar, torturar, etc.). La misma normativa impone, además, la obligación de **garantizar** estos derechos (una obligación complementaria y de hacer). Esta obligación supone asegurar por medidas apropiadas - incluidas las de carácter legislativo - que tales derechos sean respetados. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que la obligación general de garantizar comprende obligaciones más específicas tales como prevenir las violaciones de los derechos humanos, enjuiciar y castigar a quienes las cometan y proveer reparaciones adecuadas a las víctimas de tales violaciones. En tercer lugar, las normas sobre derechos civiles y políticos imponen a los Estados la obligación de **promover** estos derechos (también una obligación complementaria y de hacer) lo cual supone preferentemente llevar a cabo políticas y medidas de educación y difusión.

■ Un cuarto tipo de obligaciones: **el cumplimiento progresivo** de determinadas metas (obligación principal y de hacer), es más propio de la normativa sobre derechos económicos, sociales y culturales, como se verá más adelante.

■ Además, las normas internacionales de derechos humanos imponen a los Estados la **obligación de cooperar** con los órganos de supervisión y protección de los derechos humanos establecidos en distintos pactos o convenciones.

■ **Obligaciones de resultado versus obligaciones de medio o**

comportamiento. Las obligaciones mencionadas más arriba pueden ser de resultado, si se estiman incumplidas en caso de no obtenerse el resultado esperado. Por ejemplo, las obligaciones de respetar, que son de no hacer, tienen este carácter de obligaciones de resultado. El resultado que se espera es una abstención del Estado de incurrir en conductas que violan determinados derechos. En cambio, tratándose de ciertas obligaciones de hacer, como las de promover o las de cumplimiento progresivo, se exige de los Estados una actuación de buena fe que sea lo más conducente posible a los fines buscados que sea posible, pero los resultados pueden no depender enteramente de la voluntad y acción del Estado obligado. Se las llama, entonces, obligaciones **de medio o comportamiento.** Tratándose de la obligación de garantizar, que también es de hacer, puede ser considerada de resultado, o bien de medio o comportamiento, dependiendo de la conducta garantística que se exija en cada caso (adoptar legislación interna, prevenir, enjuiciar, reparar...).

■ **Deberes de los titulares de los derechos humanos.** Toda persona tiene no solamente derechos fundamentales, sino también deberes. Normalmente los documentos internacionales no se refieren detenidamente a ellos, sino que los dejan entregados a la legislación de cada país. Sin embargo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (nuestro equivalente regional de la Declaración Universal de Derechos Humanos) se ha ocupado de detallar tales deberes, entre ellos: el de votar en las elecciones populares de su país; de obedecer la ley y mandamientos legítimos de la autoridad; de prestar los servicios que la patria requiera para su defensa y conservación; de pagar impuestos, etc. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos señala, en su art. 32. núm. 1, que "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad".

5. Normas sobre restricción de los derechos civiles y políticos

■ Salvo los derechos de carácter absoluto, mencionados más arriba, todos los demás derechos civiles y políticos pueden ser objeto de restricciones **generales, específicas o ambas.** Las restricciones de se justifican, como señala el Art. 32 núm. 2 de la Convención Americana, en aras de "los derechos de los demás", "la seguridad de todos" y "las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".

■ Los principios generales que rigen respecto de toda restricción es que deben estar expresamente **contempladas en la ley** y deben aplicarse respetando los criterios de **necesidad y proporcionalidad** (que se explican más abajo), lo cual, a su vez, debe interpretarse a la luz de lo que son las **exigencias de una sociedad democrática**. Además, la jurisprudencia internacional ha resuelto que en caso de duda, la balanza debe inclinarse en favor del derecho, antes que en favor de la restricción. Esto es, las restricciones deben interpretarse "restrictivamente".

■ Entre las restricciones de carácter general, hay algunas que se aplican sólo en tiempos de emergencia, y consisten en la **suspensión** temporal de ciertos derechos. Otras restricciones operan en **todo tiempo**. Entre estas últimas, hay algunas que apuntan a resolver una colisión de derechos; otras brotan de la necesidad de asegurar el éxito de una investigación judicial o, en general, el cumplimiento de resoluciones judiciales; unas terceras tiene por objeto resguardar ciertos valores generales.

■ **Cláusulas generales de suspensión de derechos.-** Cada tratado general de derechos civiles y políticos establece una cláusula general de suspensión de derechos, en graves circunstancias. El Pacto de San José la contiene en su artículo 27. El número primero dice: *"En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte éste podrá adoptar disposiciones que en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social"*.

El número segundo del mismo artículo 27 (ver texto en el material del curso) contiene una lista de los derechos que no pueden ser suspendidos en tales circunstancias, la cual concluye con la declaración de que tampoco pueden suspenderse "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

El número tercero establece la obligación de los Estados de informar a los demás Estados Partes sobre las disposiciones cuya aplicación ha suspendido, los motivos que tuvo para ello y la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Las referencias textuales de este artículo a causales que autorizan la suspensión, a derechos que no pueden ser suspendidos y a las formalidades de notificación a los demás Estados parte, son claras. Cabe, además, destacarse, que el número primero se basa en los principios de **necesidad y proporcionalidad**, principios de carácter general que se encuentran en distintas normas de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, bajo modalidades diferentes. En este caso, la **necesidad** significa que la suspensión decretada debe guardar una relación racional con las exigencias de la situación, esto es, debe ser indispensable recurrir a la suspensión de tal o cual derecho para enfrentar lo que la situación demanda. La **proporcionalidad** se refiere tanto al grado ("medida") como la duración ("tiempo") de la suspensión acordada, que deben estar "estrictamente limitados" a lo que la situación exija.

También cabe destacar que la jurisprudencia internacional ha determinado que no puede suspenderse el recurso de habeas corpus ni otras garantías judiciales indispensables para proteger los derechos en tales situaciones de emergencia.

■ **Cláusulas generales de restricción o subordinación.** Están generalmente adscritas a la enumeración de las libertades, las cuales ser objeto de restricciones en la medida necesaria para asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás; también la ley puede sujetarlas a limitaciones en la medida indispensable para proteger la **seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas.**

■ **Restricciones especiales que afectan a ciertos derechos.** Los principales tratados sobre derechos civiles y políticos prohíben la propaganda a favor de la guerra y la formas de apología del odio nacional, racial o religioso y someten a los Estados a la obligación de prohibir tales conductas por ley, lo que constituye una cláusula especial de limitación de la libertad de expresión (ver, por ejemplo, el art. 13 núm. 5 de la Convención Americana). Otro ejemplo de cláusula especial es la que permite imposiciones de restricciones del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (id., art. 16). Un tercer ejemplo lo ofrece el art. 21 de la Convención, que permite a la ley subordinar el uso y goce de la propiedad al "interés social".

■ **"Restricciones a las restricciones".** Hay ejemplos de normas internacionales que imponen específicas restricciones

a ciertas restricciones. La pena de muerte, que puede ser considerada una restricción al derecho a la vida, está fuertemente restringida en el derecho internacional, sin contar quienes consideran que es directamente contraria al derecho internacional, por constituir un castigo cruel, inhumano o degradante. En el Sistema Interamericano, el art. 4 restringe la aplicación de la pena capital. Más aún, existe un "Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte", que ha sido ratificado por numerosos países y entró en vigor el 28 de agosto de 1991.

6. Algunos derechos especiales.

En clase se hizo referencia, bajo este rubro, al llamado derecho a la rebelión, cuyo fundamento algunos encuentran en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (sobre este derecho ver más adelante lo que se dice en el capítulo V.). Se dijo también que el derecho de propiedad puede ser considerado como parte de las inviolabilidades en lo que se refiere a los efectos personales y a lo necesario para concebir una esfera íntima de seguridad y de privacidad del hogar; pero en todo lo demás debe ser conceptuado como un derecho económico o bien como el fruto del ejercicio de libertades. Finalmente, se aludió al artículo 1, común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece el derecho de los pueblos a su autodeterminación y al control de sus recursos. Tales derechos deben mirarse como de carácter colectivo y constituyen un supuesto básico para que exista un orden jurídico-político capaz de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos y proveer a su bienestar económico y social.

D. Violación de los derechos humanos

■ **Precisiones terminológicas,** Con respecto de terminología para referirse a la violación de los derechos humanos, ¿qué criterio usar? ¿El de los derechos violados, el de la transgresión de las obligaciones, o el de la fuente del derecho de la cual estas obligaciones emanan? En clases se indicó que la expresión "violación de derechos humanos" puede entenderse como una fórmula abreviada de "violación de

las obligaciones impuestas por normas internacionales de derechos humanos". Se dio el ejemplo del derecho a la vida, que puede ser violado por un acto de homicidio (cometido por cualquier hijo de vecino); por un acto de un soldado que actúa en contravención a las normas de la guerra (por ejemplo, dando muerte deliberadamente a un no combatiente); o por un agente del Estado, que comete un asesinato contra un disidente, como parte de medidas de represión política. En todos estos casos se ha violado el bien jurídico "vida" y el **derecho** a la vida de la víctima. Pero en el primer caso, la **obligación** respectiva, de respetar tal derecho, está impuesta por la legislación nacional; en el segundo caso, por la legislación nacional y, además, por el Derecho Internacional Humanitario (que regula los conflictos armados); en el tercero, por la legislación nacional y, además, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Hablar de "violación de derechos humanos" en el caso de crímenes comunes puede ser desmedido. Pero calificar de ese modo las violaciones a las normas de los conflictos armados, sean cometidas por fuerzas armadas de gobiernos o por grupos insurgentes, puede constituir una imprecisión académica, pero no cabe duda que se alude de este modo a la transgresión de obligaciones que la comunidad internacional considera de similar entidad moral (aunque unas sean impuestas por las normas internacionales de derechos humanos y las otras por las normas de Derecho Internacional Humanitario).

■ En la práctica el término "violación de derechos humanos" se usa con mayor frecuencia en relación a la transgresión de una obligación de los Estados de **respetar** derechos civiles y políticos.

■ Los principales instrumentos internacionales establecen catálogos de derechos que son análogos a las garantías establecidas en muchas constituciones, incluida la chilena. Con respecto a la mayoría de estos derechos establecidos por normas internacionales, o bien no existe una tipificación de conductas violatorias de los mismos, o bien las conductas no están tipificadas con el nivel de precisión que es característico de la leyes penales nacionales.

■ Sin embargo, **la tendencia a la tipificación de conductas violatorias es creciente.** Comenzó en las postrimerías de la Segunda Guerra y el período de post-guerra, cuando se configuró una trilogía de crímenes contra el Derecho Internacional: Crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Contribuyeron a esta

configuración: los términos de referencia que se dieron para el establecimiento de los tribunales de Nüremberg y Tokio, la jurisprudencia de estos tribunales, las convenciones de post-guerra sobre estas materias (como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 1948 y los Convenios de Ginebra, de 1949) y resoluciones posteriores de la ONU.

Más adelante, diferentes convenciones tipificaron otras conductas como delitos contra el Derecho Internacional. Se trata de conductas que, o bien atacan un derecho específico, por ejemplo, la práctica de la tortura, que viola la integridad física o psicológica: o bien son más complejas y vulneran simultáneamente diversos derechos, como, por ejemplo, las desapariciones forzadas. También se han tipificado la discriminación racial, la práctica del Apartheid y delitos terroristas.

■ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, que entrará en vigencia el 1 de julio de 2002, recopila, sistematiza y amplía, en cierta medida, el proceso de tipificación recién mencionado.

■ Con todo, un derecho penal internacional sustantivo es todavía incipiente. (Recordemos la distinción entre derecho penal sustantivo, que comprende, entre otras ramas, la dogmática jurídica en lo penal y la política criminal; el derecho penal adjetivo, o procesal; y el derecho penal ejecutivo o penitenciario).

■ Las normas que se podrían denominar de derecho penal internacional de carácter sustantivo establecen, además de la tipificación de ciertos delitos, otros aspectos de derecho penal sustantivo, como el deber de los Estados de hacer punibles ciertas conductas, el deber de someterlas a proceso, o la imprescriptibilidad de las mismas (si se desprende o no de tales deberes un principio de inamistiabilidad de ciertos delitos, es materia más debatible).

■ Respecto de la jurisdicción internacional sobre violaciones de los derechos humanos y otros graves crímenes contra el Derecho Internacional, se pueden marcar los siguientes desarrollos: (a) tribunales criminales internacionales ad-hoc, como los de Nuremberg y Tokio, después de la Segunda Guerra Mundial, y los de la Ex-Yugoslavia y Ruanda, en los años 90; (b) cláusulas de jurisdicción universal incorporadas en los Convenios de

Ginebra de 1949 y en distintos tratados internacionales sobre derechos humanos y materias afines, desde fines de los años 70; (c) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

■ Paralelamente a los progresos graduales del derecho penal internacional ha avanzado mucho lo que se podría llamar una criminología de los derechos humanos, esto es el análisis de las prácticas y conductas violatorias de los derechos humanos, desde la perspectiva de las ciencias sociales y disciplinas auxiliares, como la historia, la sociología, la antropología, y diversos enfoques interdisciplinarios. Entre estos análisis hay a menudo un fuerte componente de teoría de los conflictos y de teoría de relaciones internacionales. Hay también, y por sobre todo, una sistematización de la experiencia práctica de organizaciones de derechos humanos.

■ La transgresión de las obligaciones de respetar derechos civiles y políticos, sea que consista en actos esporádicos, en una práctica endémica o en una política deliberada de violación sistemática de los mismos, se puede analizar desde distintos puntos de vista:

- **La motivación** : las violaciones pueden responder a razones políticas, en sentido estricto (esto es, a razones vinculadas con la obtención y mantención del poder); a motivaciones políticas en un sentido más amplio, esto es alguna de las motivaciones consideradas como discriminación arbitraria por el Derecho Internacional (raza, religión, nacionalidad...); o bien pueden responder al simple uso arbitrario de poder o a otras motivaciones. Entre las motivaciones políticas, las hay que descansan en fundamentos ideológicos que justifican el empleo de determinados medios o determinados ataques en contra de ciertas categorías de personas (como ser ciertas teorías acerca de lucha de clases o acerca de la superioridad de ciertas razas o religiones; o bien ciertas concepciones de seguridad nacional, incluyendo la noción de insurgencia y contra-insurgencia irregulares o "guerra sucia").

- Los **distintos contextos** en que se dan las violaciones: tiempos de paz, tiempos de conflictos armados internacionales o internos, situaciones de debilitamiento o ruptura de un gobierno central, situaciones de polarización política, racial, religiosa, etc.

- La **naturaleza de las prácticas**: endémica versus epidémica, sistemática o asistemática, centralizada o no.

- La **escala** de los ataques: atentados contra individuos, versus prácticas criminales que apuntan al exterminio de determinados grupos, o resultan en la victimización masiva de sectores de la población, o constituyen ataques indiscriminados.

- Los **instrumentos legales o institucionales** que se emplean a para facilitar y/o intentar justificar medidas contra los derechos humanos (estados de emergencia, leyes especiales, judicaturas especiales, medidas de impunidad). O bien la organización de sistemas jurídicos institucionales completos para facilitar la represión (el ejemplo de Apartheid).

- Los **agentes represivos**: Policías secretas y otros cuerpos y procedimientos operativos especiales.

- Las medidas de **desinformación o encubrimiento** (desapariciones, ley de fuga, maniobras de desinformación).

- La **intencionalidad finalista**: violación de derechos humanos como instrumento de sustracción de determinadas personas de la arena política, como instrumentos de terror, como instrumento para otros fines represivos...

- Los **blancos** de los ataques.

- Los **abusos secundarios o derivados** (abusos cometidos por motivos personales o de lucro que se ven facilitados por un clima de represión política).

E. Protección de los derechos humanos y responsabilidad por sus violaciones

1. Responsabilidad

■ Concepto de **responsabilidad legal**. Se recordó en clase que el derecho provee determinadas tutelas, reparatorias o preventivas, para la protección de los bienes jurídicos. La

noción de responsabilidad vincula tales tutelas, reparativas o preventivas, a personas determinadas, naturales o jurídicas, a quienes el derecho impone el peso de tales tutelas, debido a sus acciones, omisiones o a otra circunstancia.

■ Tipos de responsabilidad legal: En el plano del derecho interno hay cuatro tipos básicos de responsabilidades: **civil** (contractual y extracontractual), **penal** (en sus distintas variantes), **administrativa** y **política-constitucional**. De un mismo hecho pueden derivarse varios tipos de responsabilidad.

Salvo la responsabilidad civil y ciertas responsabilidades del ámbito penal económico o penal administrativo, que pueden afectar a personas naturales o jurídicas, las demás afectan sólo a personas naturales. Las responsabilidades administrativa y política-constitucional afectan solamente a personas naturales que son agentes del Estado.

■ En el plano de la moral o de las normas sociales de conducta, se puede hablar además de responsabilidad **histórica**, **moral** o **política** (en este último caso, en un distinto sentido del término "político" que el empleado en el párrafo anterior). Con frecuencia estas responsabilidades se adscriben a grupos, instituciones o incluso a la Nación toda. Este tipo de responsabilidades puede imponer una o más de las siguientes obligaciones morales: reconocer culpas, rectificar doctrinas, aceptar que se deben dar reparaciones individuales o sociales. Cuando las responsabilidades de este tipo son ampliamente reconocidas, se encuentra, en la práctica, preparado el camino para que en la sociedad respectiva se adopten medidas legislativas que provean reparaciones o introduzcan cambios institucionales.

■ La infracción a las normas de derechos humanos genera responsabilidades de parte de los Estados. Estas responsabilidades:

- Pueden ser de tipo legal o bien de tipo moral, político o histórico (en este último caso, pueden afectar, simultáneamente, a personas, instituciones o sectores).

- Se incurren ante el derecho interno y la comunidad nacional, y ante el Derecho Internacional y la comunidad internacional. (Las responsabilidades legales en que

incurren los Estados ante el Derecho Internacional son de naturaleza *sui generis*, aunque en algunas de sus dimensiones se aproximan bastante a la responsabilidad extracontractual. De hecho, cuando de la responsabilidad del Estado se deriva, entre otras obligaciones, la de indemnizar perjuicios, ésta se trata, por lo general, de acuerdo a los principios y teorías de la responsabilidad extracontractual).

- Afectan a los Estados por acciones u omisiones imputables a cualquiera de sus poderes, y a los individuos que actúan como sus representantes.

- Los Estados pueden incurrir en responsabilidad por violación de cualquiera de las obligaciones que les imponen las normas internacionales de derechos humanos. Lo más corriente, en la práctica, es que se hagan valer las obligaciones de respetar y, en menor medida, la de garantizar.

- También son los Estados responsables por distintos grados de participación, incluyendo complicidad, condonación o encubrimiento de crímenes cometidos por grupos no estatales.

- En la práctica, las responsabilidades legales se hacen valer ante el derecho interno (si se puede, cuando se puede y en la medida en que se puede, según las circunstancias políticas). También se hacen valer ante el Derecho Internacional, dentro de las limitaciones que éste presenta. En ambos casos, los medios jurídicos y los medios meta-jurídicos (diplomáticos, políticos, de presión de la opinión pública) se entrelazan a menudo. Como se dijo en clases, en materia de derechos humanos la importancia de los medios meta-jurídicos es mayor en el campo internacional, debido al dinamismo del tema de los derechos humanos y de las organizaciones y sectores que se ocupan de él, y debido a la insuficiencia de los medios propiamente jurídicos del Derecho Internacional.

2. Sistemas intergubernamentales de protección

- Los órganos intergubernamentales de protección pueden ser establecidos por un organismo intergubernamental, o bien pueden tener un carácter convencional, esto es nacen de una convención - sea de carácter universal o regional - y están encargados de velar porque se respete dicha convención (en este último caso, el respectivo organismo intergubernamental, sea la ONU o un organismo regional,

suele proveer el staff de apoyo para el trabajo del órgano de protección convencional)

■ En el sistema de Naciones Unidas los principales órganos de protección son: La Comisión de Derechos Humanos (que está constituida por representantes de Estados y tiene, por tanto un carácter más político y su Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías. Hay también mecanismos especializados, como relatores especiales y grupos de trabajo, todos los cuales se ocupan de temas o derechos específicos, o bien de la situación de derechos humanos en determinados países, y son establecidos por la Comisión o la Subcomisión.

■ Por su parte el principal órgano de protección convencional en el ámbito de la ONU es el Comité de Derechos Humanos que tiene carácter técnico y no político, consta de 18 expertos independientes y tiene jurisdicción sólo sobre los Estados que han ratificado el respectivo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, existe un Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de velar por la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Sin embargo éste órgano no fue creado en el pacto respectivo, sino por una resolución del Consejo Económico y Social de la ONU, de 1985, y tiene, por tanto, un status diferente). También existen otros comités convencionales: El Comité para La Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial, El Comité contra la Tortura y el Comité de los Derechos del Niño, todos ellos creados por las respectivas convenciones. Existen, asimismo, mecanismos dentro de organismos especializados de la ONU, como UNESCO o UNICEF.

■ En el Sistema Interamericano, los órganos principales protección son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington D.C. (que tiene una doble origen normativo: la Carta de la OEA y la Convención Americana de Derechos Humanos), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de la Convención Americana, que tiene su sede en San José de Costa Rica. El Sistema Europeo tiene su propio mecanismo de protección de derechos humanos, más antiguo y efectivo, que comprende una Comisión y una Corte (órganos que se han refundido, luego de una reforma reciente), así como diversos organismos especializados, incluyendo un Ombudsman Europeo. También hay una Comisión de Derechos Humanos en el Sistema Africano.

■ La competencia de los mecanismos convencionales de protección es por lo general voluntaria, sobre todo en lo que se refiere al conocimiento de peticiones individuales, cuando tienen tal facultad. Esto decir, en tales casos tienen competencia sólo respecto de los Estados que la han aceptado (para ese efecto, puede haber sido necesario sólo la ratificación de la convención respectiva o bien puede ser que tal convención requiera de un reconocimiento expreso de competencia o jurisdicción de los órganos de protección, o de la ratificación de un protocolo adicional). La competencia de estos órganos para conocer de peticiones individuales es también supletoria o complementaria, esto es, el peticionario debe haber agotado los recursos jurisdiccionales internos antes de recurrir a las instancias internacionales.

■ Las resoluciones que recaen sobre estos procedimientos varían, según se trate de un Comité o Comisión, o de una Corte. En el caso de las Cortes, por lo general, pueden disponer que se cese en una práctica determinada, que se restablezca a los peticionarios en el goce de sus derechos, si es posible, y/o que se paguen indemnizaciones individuales o de carácter social.

Sistema Interamericano

Sobre el Sistema Interamericano, los alumnos deben remitirse a lo tratado en las clases respectivas sobre la Comisión y la Corte. También deben consultar las partes respectivas de la Convención Americana, así como los Reglamentos de ambos órganos y los artículos "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", de Rafael Nieto, y la Introducción a "Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano", todo lo cual forma parte del material del curso.

3. Organizaciones no gubernamentales de derechos humanos

■ Desde hace más de 30 años los actores principales de las actividades de protección de los derechos humanos han sido las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Estas organizaciones se desarrollaron históricamente a partir de los años sesenta, primero en el plano internacional, luego en seno de diversos países y por último a nivel regional. Estas organizaciones son muy variadas.

En su conjunto forman un movimiento no estructurado formalmente, cuyo núcleo central es más claro y cuyas fronteras son más difusas. En el centro de este movimiento están las organizaciones, nacionales o internacionales, que son capaces de fijar los estándares de calidad y seriedad de esta actividad. Tales organizaciones son las que: (a) actúan por los derechos de otros o el respeto a los derechos humanos en general; (b) no tienen fin de lucro; (c) en sus actividades no subordinan las consideraciones propias de derechos humanos a consideraciones políticas o de otro tipo; (d) buscan ser objetivas e imparciales; (e) alcanzan un grado importante de profesionalismo y eficiencia.

■ Las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos son de distinto tipo. Algunas de las categorizaciones más relevantes son las siguientes: **(a) Según su forma de organización**, las hay de miembros activos, que en su conjunto constituyen un movimiento (por ejemplo, Amnesty International); organizaciones constituidas básicamente por sus propios trabajadores; organizaciones vinculadas a una determinada profesión o enfoque profesional; organizaciones de iglesia, etc. **(b) Según su enfoque temático**, las organizaciones pueden distinguirse por los distintos derechos o grupos de derechos en que concentran su actividad. **(c) Según su ámbito de acción** y/o su presencia organizacional pueden ser de carácter local, nacional, regional o internacional. **(d) Sus métodos** comúnmente consisten en uno o más de los siguientes: la investigación de hechos que violan los derechos humanos; su difusión y denuncia; la ayuda legal o de otro tipo a las víctimas o sus familias; la promoción o educación en materia de derechos humanos.

■ Las principales organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, que son consideradas como modelo dentro de este campo de actividad, sea a nivel nacional o internacional, generalmente se ocupan de recoger información sobre derechos humanos, denunciar sus violaciones y asistir a las víctimas y sus familias. Para ello emplean medios jurídicos, en la medida que pueden. Sin embargo, por sobre todo, utilizan métodos meta-jurídicos

Los métodos meta-jurídicos de protección de los derechos consisten en una gran variedad de acciones que tienen por enfoque desde casos individuales hasta la situación general de derechos humanos de un país determinado. Estas actividades se relacionan con las acciones jurídicas formales, en mayor o menor medida. A veces, los medios jurídicos formales tienen más peso y las

actividades de presión moral o social buscan reforzar el empleo de tales instrumentos jurídicos. Con más frecuencias sucede lo contrario: las presentaciones de carácter jurídico formal son sólo una parte de una campaña más vasta que descansa mayormente en la movilización de medios de presión.

Este tipo de estrategias se ha empleado también por organizaciones de derechos humanos nacionales que trabajan en situaciones de dictadura. (en Chile, el ejemplo más señero fue la Vicaría de la Solidaridad). Las actividades de tales organizaciones nacionales de protección de los derechos humanos pueden concentrarse, ostensiblemente, en la defensa legal de las víctimas. Sin embargo, el sistema judicial respectivo no funciona de modo independiente y eficaz para proteger los derechos de las personas. Pese a ello recurren a él, pero sólo como parte de un esfuerzo mucho más amplio de defensa, que busca movilizar a la opinión pública nacional o internacional, sea para intentar influir directamente sobre el gobierno que viola los derechos humanos o para procurar influir en otros actores (gubernamentales, políticos, sociales, religiosos, líderes de opinión) para que ellos hagan valer su propia capacidad de presión moral, política o económica.

■ Con el paso del tiempo y los cambios políticos que han ocurrido en el mundo y en distintos países en particular, muchas de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, nacionales o internacionales, han ido ampliando sus métodos, incluyendo no sólo defensa y denuncia, sino proposiciones positivas sobre cómo promover los derechos humanos y prevenir sus violaciones. Específicamente, suelen trabajar en aras de: la dictación de nuevas normas legales, la ratificación de tratados sobre derechos humanos o bien en pro de interpretaciones más progresistas de las normas legales existentes; reformas institucionales o el establecimiento de nuevas instituciones que contribuyan a la protección y promoción de los derechos humanos; programas de educación en derechos humanos. Simultáneamente, se han desarrollado organizaciones de derechos humanos especializadas en determinados tipos de derechos o en ciertos métodos de trabajo. También se han desarrollado comités o departamentos de derechos humanos en organizaciones gubernamentales, gremiales, religiosas. Además, el campo de los derechos humanos se ha ido extendido, crecientemente, al mundo académico.

F. Reacción de los gobiernos acusados

La acción de protección de los derechos humanos no se desarrolla en el vacío. La contraparte, los gobiernos que son acusados de violar los derechos humanos, enfrentan estos esfuerzos con un conjunto de medidas. Si se trata de gobiernos que intentan respetar los derechos humanos, pero sufren de problemas endémicos de abusos, dentro del aparato del Estado, muchas veces colaboran de buena fe con los órganos de protección, sean intergubernamentales o no gubernamentales. Si se trata de gobiernos directamente involucrados en una práctica de violaciones de derechos humanos, por lo general enfrentan la presión internacional buscando un punto de equilibrio entre hacer ciertas concesiones, reales o aparentes, y mantener un control de la situación política interna, dando, por cierto, prioridad a lo segundo.

Frente a la presión por los derechos humanos, las reacciones más típicas de los gobiernos directamente involucrados en ellas incluyen: (a) Hacer oídos sordos o simplemente negar los hechos. (b) Encubrir los hechos mediante acusaciones falsas (juicios irregulares; tipificación como delitos de conductas que son en verdad el ejercicio de un derecho legítimo; intentos de ocultamiento, como la práctica de desapariciones; operaciones de desinformación en relación con esos hechos, como alegar que se aplicó la ley de la fuga, etc.). (c) Autoconcederse injustificadamente poderes especiales mediante estados de excepción y otros arbitrios. (d) En ciertos casos, alegar justificaciones culturales o religiosas. (e) Desestimar las presiones sosteniendo que constituyen una violación de alguno de los siguientes principios de Derecho Internacional: respeto a la autodeterminación de los pueblos, no ingerencia en los asuntos internos de otros estados y no uso de la fuerza en relaciones internacionales.

