

LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS BAJO LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

CECILIA MEDINA QUIROGA

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA¹

1. Los tratados de derechos humanos consagran, principalmente, derechos para las personas y obligaciones para los Estados, todos los cuales tienen validez en el ámbito internacional y pueden ser protegidos los unos y supervisados los otros en ese mismo ámbito. Ello responde a la idea de que la comunidad internacional ha entendido la trascendencia que importa para la paz y la seguridad de todos el establecimiento de un orden mundial que tenga como un eje central la idea de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos.

Un orden internacional de protección de los derechos humanos, sin embargo, pretende como fin último el fortalecimiento de los derechos en el ámbito nacional, en su ordenamiento jurídico y en sus prácticas. Desde este punto de vista, es importante que los Estados conozcan con exactitud el alcance de sus obligaciones en esta materia, para lo cual el estudio de las normas mismas y de su desarrollo por la jurisprudencia y la doctrina internacionales es muy relevante.

Con el propósito de apoyar este objetivo, que debería traducirse en un mayor cumplimiento por los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos, este trabajo examina estas obligaciones en el marco de la Convención Americana

1 Agradezco a Claudio Nash, Patricia Palacios y María José Eva los muy útiles comentarios que hicieron de las secciones "Referencias preliminares" y "Derechos económicos, sociales y culturales".

Este trabajo reproduce en parte importante el capítulo I de C. Medina, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, San José de Costa Rica, 2005.

sobre Derechos Humanos², tanto a la luz del texto mismo de la Convención como del desarrollo que a este texto se ha dado por actores relevantes en el campo internacional, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello, se examinarán las normas de interpretación de los tratados de derechos humanos, se hará una brevísimas reseña del contenido de la Convención y se analizarán las reglas para la atribución de responsabilidad a los Estados, para después concentrarse en las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. No se examinará en esta ocasión el alcance y contenido de los derechos respecto de los cuales existen las obligaciones, porque ello excedería las posibilidades de este artículo. No obstante, se hacen algunas reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto esto incide en el tipo de obligaciones que los Estados tendrían frente a ellos y en su control por la Corte Interamericana, no para proporcionar respuestas sino que sólo para sentar, si pudiera así decirse, los términos de un debate que aun no se ha dado. El trabajo estará precedido por algunas reflexiones preliminares sobre la relación Estado-Estado en el marco de los tratados de derechos internacionales.

II. REFLEXIONES PRELIMINARES

2. Este artículo examinará las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana que pueden hacerse exigibles por los individuos, titulares de los derechos humanos. Sin embargo, creo que es útil e interesante hacer algunas reflexiones sobre aquello a que puede y debe aspirar un sistema internacional de protección de los derechos humanos. Los tratados de derechos humanos no sólo establecen derechos para las personas y obligaciones para los Estados partes, sino que, en realidad, consagran un sistema para proteger la dignidad humana que constituye un verdadero orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser de interés de todos los Estados que participan en el sistema. No hay que olvidar que el surgimiento del sistema internacional de derechos humanos provino de la percepción de la comunidad internacional sobre la trascendencia que importa para la paz y la seguridad de todos el establecimiento de un orden mundial que tenga como eje central la idea de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. El artículo 28 de la

2 La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Actualmente se encuentra ratificada o adherida por Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Declaración Universal de los Derechos Humanos³ lo expresó claramente al sostener que “[t]oda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Esta misma concepción se refleja en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. El Convenio Europeo señala en su preámbulo que las libertades fundamentales “constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen” y que, con el Convenio, se toman “las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva” de algunos de los derechos de la Declaración Universal. Como consecuencia de esta posición, a pesar de que el derecho de un individuo a presentar una comunicación contra el Estado bajo cuyo jurisdicción se encontraba, establecido originalmente en el artículo 25 del Convenio, era una cláusula optativa del mismo⁶, el artículo 24 consagraba, como disposición no opcional del Convenio, el derecho de cualquier Estado parte a enviar a la Comisión Europea de Derechos Humanos comunicaciones sobre presuntas violaciones de la Convención por otro Estado parte. Después de la reforma del Protocolo 11, el artículo 33 de ese tratado continúa estableciendo el derecho de todo Estado parte para “someter al tribunal [europeo de derechos humanos] cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante”.

3 La *Declaración Universal de Derechos Humanos* se adoptó y proclamó por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

4 El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953. El Convenio sufrió una transformación radical con la entrada en vigor del Protocolo 11 el 1 de noviembre de 1998.

5 El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

6 Esta cláusula optativa terminó por convertirse en “una obligación política” de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ver D.J. Harris, M. O’Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London/Dublín/Edinburgh, 1995, pág. 580.

Al establecer ese derecho, el Convenio reconoce el interés legítimo de todo Estado parte para poner en movimiento el mecanismo de supervisión establecido en él independientemente de si los hechos que denuncia afectan sus intereses propios en el ámbito interno⁷. De hecho, los Estados han usado esta disposición y han iniciado acciones contra Estados que aparecían infringiendo sus obligaciones de manera masiva y sistemática⁸.

La naturaleza de las acciones de los Estados fue aclarada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el *caso Pfunders/Fundres*, iniciado por Austria contra Italia, en el que Italia interpuso una excepción preliminar *ratione temporis* basada en el hecho de que Austria sólo había aceptado el Convenio Europeo en una fecha posterior a los eventos que estaba denunciando, lo que le impedía tener derecho a denunciar, ya que en ese momento no habían surgido derechos y obligaciones recíprocas entre ambos países. La Comisión Europea rechazó la excepción sosteniendo que no podía considerarse que Austria estaba ejerciendo una acción para hacer cumplir derechos propios o proteger intereses nacionales, sino que la ejercía en razón de que consideraba que había una violación del orden público europeo, por lo que no era condición para ejercerla el que hubiera reciprocidad o equivalencia de derechos entre los dos Estados⁹.

En esta misma línea, se dispone en el artículo 46.2 del texto actual del Convenio, que la sentencia definitiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución". El Comité de Ministros es un órgano político del Consejo de Europa, compuesto por un representante de cada Estado miembro de dicho Consejo, generalmente el Ministro

7 Ver en este respecto, P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, in collaboration with A.W. Heringa et al, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, SIM, Kluwer Law International, The Hague/ London/ Boston, 1998, pág. 40.

8 Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda, por ejemplo, iniciaron en septiembre de 1967 un caso contra Grecia por las graves violaciones que se estaban cometiendo en la época de la dictadura griega (3321-3324/67). Otros ejemplos son la comunicación de Austria c. Italia (788/60), Irlanda con el Reino Unido (6056/73) y Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y Holanda c. Turquía (9940-9944/82).

9 Austria c. Italia (Caso Pfunders), 788/60: 4 Yearbook 139, 142 citado en J.E.S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987, págs. 341-342. Ver también Irlanda contra el Reino Unido (6056/73) y Chipre c. Turquía (8007/77).

de Relaciones Exteriores del país. Esa es otra prueba del interés colectivo de Europa en el mantenimiento del orden público europeo en materia de derechos humanos.

4. El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también apoya esta idea de la garantía colectiva al recordar que la Carta de las Naciones Unidas impone "la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas"¹⁰. El artículo 41 del Pacto Internacional consagra asimismo el derecho de cada Estado parte de presentar comunicaciones en contra de otro Estado alegando el incumplimiento de las obligaciones que el Pacto impone. Con esto se expresa la idea de que el interés del Estado es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos, independientemente de su conveniencia interna. Sin embargo, y posiblemente porque se debían conciliar los intereses de países tan diversos, el artículo 41 del Pacto exige que, para que el Comité pueda conocer de comunicaciones interpuestas por un Estado en contra de otro, ambos deben haber reconocido la competencia del Comité. El exigir un reconocimiento de competencia expreso y adicional a la ratificación del Pacto y la necesidad de la reciprocidad no ayuda a realzar la idea de la garantía colectiva y no es raro que el procedimiento no se haya utilizado nunca, a pesar de que hay Estados que han reconocido la competencia del Comité de Derechos Humanos conforme al artículo 41.

El Comité de Derechos Humanos, sin embargo, ha desarrollado la idea de la garantía colectiva en su Observación General No. 31, adoptada en 2004¹¹, sobre el alcance y contenido del artículo 2 del Pacto, que consagra las obligaciones de los Estados respecto de los derechos humanos allí consagrados. El Comité señaló que:

"2. Aunque el artículo 2 está redactado en función de las obligaciones de los Estados Partes con respecto a personas individuales en su calidad de titulares de derechos de conformidad con el Pacto, todo Estado Parte tiene un interés jurídico en el cumplimiento por todos los demás Estados Partes de sus obligaciones. Esto se deduce del principio de que 'las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana' son obligaciones *erga omnes* y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, existe una obligación estipulada en la

10 *Carta de las Naciones Unidas*. La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Ver, por ejemplo, arts. 1.3, 55-56 y 62.2.

11 Comité de Derechos Humanos (CDH), *Observación General 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º. Período de Sesiones (2004).

Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, la dimensión contractual del tratado obliga a cualquier Estado Parte en un tratado a cumplir con respecto a cualquier otro Estado Parte sus compromisos dimanantes del tratado. A este respecto, el Comité recuerda a los Estados Partes la conveniencia de que hagan la declaración prevista en el artículo 41. Recuerda también a los Estados Partes que ya han hecho la declaración el valor potencial de que se acojan al procedimiento prescrito en ese artículo. [...] En consecuencia, el Comité recomienda a los Estados Partes que consideren que toda violación de los derechos del Pacto por cualquier Estado Parte merece ser objeto de su atención. Señalar las posibles violaciones de las obligaciones del Pacto por parte de los Estados Partes y pedirles que cumplan sus obligaciones de conformidad con el Pacto debe ser considerado, lejos de como un acto poco amistoso, como un reflejo del interés legítimo de la comunidad¹².

5. De la misma manera, el preámbulo y el articulado de la Convención Americana permiten reconocer la existencia de un orden público regional que debe ser garantizado por todos. En el preámbulo se habla del propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. En el articulado se encuentra el establecimiento de un órgano de supervisión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que representa, por expresa disposición del artículo 35 de la Convención, a todos los miembros integrantes de la OEA. Resalta esta idea el hecho de que la Comisión está compuesta sólo por siete individuos, no por un número de comisionados equivalente al número de Estados miembros de la OEA. Es evidente, por lo tanto, que la Comisión ejerce sus funciones de control en representación de todos los Estados miembros de la OEA, señal clara de la existencia de una garantía colectiva. Por otra parte, el artículo 45 establece el derecho de todo Estado parte de presentar una comunicación ante la Comisión Interamericana alegando que otro Estado “ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos” en la Convención¹³ y el artículo 62 permite a los Estados Partes de la

12 Ver un comentario sobre esta Observación General en C. Medina, *Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, en Centro de Derechos Humanos, *Anuario de Derechos Humanos*, 2005, Santiago, Chile, págs. 55-60.

13 Hay nueve Estados que han reconocido esta competencia, que no parece haberse usado de manera específica. Sin perjuicio de esto, las amplias posibilidades de la Comisión para iniciar casos permiten que un Estado solicite informalmente que comience un procedimiento sin necesidad de acudir al artículo 45.

misma someter un caso a la decisión de la Corte. Es cierto que, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención establece este derecho como opcional y permite (no obliga a) que se reconozca la competencia respectiva de manera recíproca con los demás Estados, pero eso no obsta para sostener que los Estados tienen el derecho de iniciar acciones para resguardar el sistema regional¹⁴. Por otra parte, el artículo 65 de la Convención establece un mecanismo para que la Asamblea General pueda reaccionar frente al incumplimiento por cualquiera de los Estados partes de algún fallo de la Corte. La Asamblea General es el órgano político central de la OEA, de modo que la posibilidad de que se involucre ante la falta de cumplimiento de un fallo por un Estado sólo se explica si entendemos que la Convención consagra un orden público en la región cuya preservación es tarea de todos los Estados. Finalmente, el artículo 27 dispone que el Estado que declara una emergencia, lo que le permitirá suspender algunas obligaciones provenientes de la Convención, "deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos" del contenido de la declaración, los motivos y duración de dicha situación. Esta es una evidente disminución del campo de la jurisdicción doméstica, ya que un hecho eminentemente interno y estrechamente vinculado a la idea de Estado, da origen a una obligación de notificación a la comunidad internacional. La exigencia de la notificación es una clara señal de que la suspensión de obligaciones es de interés del conjunto de Estados partes de la Convención y de que ellos tienen el derecho de actuar frente a una declaración de emergencia.

6. A pesar de que, como se ha dicho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto tratado de derechos humanos, tiene como objetivo principal establecer derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, no puede disminuirse la importancia que el comportamiento de los Estados tiene para la preservación y desarrollo del sistema. Desde ese punto de vista, la internalización por los Estados de esta idea produciría una diferencia cuantitativa y cualitativa del sistema de extrema relevancia para el continente. Hasta ahora, las condiciones políticas de la región no parecen ser favorables para que esto se dé en algún momento cercano. Sin embargo, no se puede negar que cuando los Estados tomen con seriedad el papel que les corresponde como sostenedores del sistema, estaremos realmente empezando a alcanzar los propósitos y objetivos de la Carta regional y de la Convención Americana. En el intertanto, la tarea de resguardar el sistema está en las manos exclusivas de los individuos y de los órganos internacionales de supervisión.

14 Nunca un Estado ha ejercido este derecho, a pesar de que hay 21 Estados que han reconocido la competencia de la Corte.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS QUE CONSAGRAN DERECHOS HUMANOS

Consideraciones previas. La integralidad del sistema

7. Esencial para la efectividad del goce y ejercicio de los derechos humanos por las personas es una interpretación correcta de las normas que los consagran y establecen las obligaciones de los Estados a su respecto. Para guiar esta función interpretativa, es preciso utilizar las reglas del derecho internacional, que se esbozarán en esta sección.

Las diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible, pues, intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco es posible ignorar, al interpretar un tratado, las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo. Esto, que es propio del derecho internacional, tiene una particular importancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que está en perpetuo desarrollo y está contenido en normas formuladas de tal manera que permitan su progreso constante y su adaptación a las circunstancias históricas de tiempo y espacio en que se apliquen¹⁵. En su *Opinión Consultiva 16/99*, la Corte sostiene esta idea al decir que “[e]l *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” y procede a examinar el tema de la opinión “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”¹⁶.

Así como las fuentes internacionales se influyen recíprocamente, también existe esa relación entre esas fuentes y las domésticas. Desde el punto de vista del derecho internacional, no hay que olvidar que los principios generales del derecho se originan

15 Sobre la progresividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ver P. Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*, IIDH - Editorial Civitas SA, Madrid, 1987.

16 Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.

en el derecho interno de los Estados; este derecho y la jurisprudencia que a su respecto se genera, por lo tanto, pueden ser fuente de normas internacionales, como también criterio orientador para una interpretación más extensiva de los derechos humanos contenidos en normas internacionales. Mirando esto desde otro ángulo, también el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional.

Finalmente, es asimismo relevante para la interpretación el conocimiento de "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones", puesto que ellas, así como las decisiones de los órganos de control internacional, son medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho internacional, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

8. En el sistema interamericano, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras c) y d) del artículo 29 de la Convención. La primera no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno". Esta regla muestra claramente que el sistema es un todo que sobrepasa la mera letra de la ley y que obliga al intérprete a considerar al ser humano en su totalidad y a tener en mente todo aquello que el sistema democrático requeriría para que el derecho humano que se interpreta tenga eficacia. La consideración del ser humano se hace en torno a su dignidad, concepto éste quizás difícil de definir pero claro de identificar en cada caso a la luz de un sistema internacional de derechos humanos que se sitúa históricamente¹⁷. De paso, el artículo 29.c) refleja la posición del sistema interamericano en el sentido de que los tratados no conceden derechos humanos sino sólo los reconocen y que pueden existir derechos humanos, aunque no hayan sido formalmente reconocidos en un cuerpo jurídico.

La letra d) del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será 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"¹⁸.

17 Recordamos aquí, como ejemplo de esta posición, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de la expresión "garantías judiciales indispensables", inserta en el artículo 27 de la Convención. Ver Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrs. 34-37.

18 Esta norma apoya, además de la integralidad, la posición según la cual las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y

9. Con todo lo dicho, queremos enfatizar que el sistema de promoción y protección de los derechos humanos es, como la palabra lo enuncia, un conjunto de reglas y principios racionalmente enlazados entre sí, que debe mirarse en su integridad para aplicar cualquier parte de él. Si intentáramos graficar estas ideas, diríamos que los aportes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se vierten en un crisol, donde se produce una sinergia como resultado de la cual los derechos humanos reaparecen ampliados y perfeccionados. Es allí, a ese crisol, donde los intérpretes de las normas de derechos humanos deben acudir para realizar su tarea.

Las reglas de interpretación

10. Las normas para la interpretación de los tratados están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El inciso primero del artículo 31 de la Convención de Viena establece que: "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende (i) el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; (ii) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado y (iii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado (arts. 31.2 a y b Convención de Viena). En cuanto a la historia de la adopción del tratado (*los travaux préparatoires*), la Convención de Viena la relega a una posición definitivamente secundaria¹⁹.

en principio no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar. La Corte Interamericana se pronunció sobre el punto en la Opinión Consultiva No. 10, basándose en parte en el argumento de que podía ser necesario interpretar la Declaración al interpretar la Convención Americana, en razón de lo dispuesto en el artículo 29 de este último cuerpo legal. Ver Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 36.

19 *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)*, A/CONF.3 9/27, art. 32. Al respecto, la Corte Interamericana también ha compartido conclusiones similares. Ver Corte I.D.H., *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 49-50.

La formulación de la norma del artículo 31 acentúa la idea de que los diversos elementos que la configuran forman un sistema de interpretación, sin que haya entre ellos ninguna jerarquía: toda norma convencional debe interpretarse teniendo en cuenta simultáneamente la buena fe, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo.

11. Los tratados de derechos humanos, a diferencia de otros tratados internacionales, confieren derechos a los individuos frente al Estado, el que, a su vez, tiene obligaciones para con ellos. La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto en su *Opinión Consultiva 02/82*, donde expresó:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes [...]. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...²⁰.

Los tratados de derechos humanos, por lo tanto, no tienen como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados partes, sino establecer un sistema para proteger la dignidad humana. En la *Opinión Consultiva* recién citada, la Corte expresó claramente que el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no podía aplicarse²¹, "entre otras razones, porque el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos

20 Corte I.D.H., *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). *Opinión Consultiva OC-2/82* del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29. Por esta misma razón, el artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que no se aplicará a los tratados de carácter humanitario las disposiciones de ese mismo artículo que permiten a un Estado terminar o suspender un tratado invocando como causa la violación del mismo por otro Estado.

21 El artículo 20 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que regula la aceptación de las reservas y objeción a las reservas, señala en su párrafo 2: "Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes".

entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad”²².

12. Si tenemos en consideración que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, y que ambos apuntan a la protección de los derechos humanos, no puede sino concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo (interpretación *pro persona*). Siendo esto así, se sigue que la formulación y el alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva. Esto ha sido reiterado con frecuencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que expresó en el primer asunto del que conoció que “... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”²³.

La interpretación *pro persona* es, así, una característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

13. La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico. El tratado debe ser leído de tal manera que la norma se interprete en el sentido que más se avenga con ellos en el momento de la interpretación. En el caso de los derechos humanos, como ya lo dijimos, el objeto y fin de los tratados que los consagran y garantizan es proteger la dignidad humana, concediendo a los individuos salvaguardias frente a la posibilidad de abuso de los gobernantes y otorgándoles el derecho de exigir al Estado que organice la sociedad de tal manera que la posibilidad del goce y ejercicio de tales derechos les esté garantizada. Por ello, la interpretación de cada derecho humano debe hacerse de manera que permita esa protección, incluso ante posibles violaciones no consideradas al momento en que la norma se gestó. El carácter dinámico de la interpretación se refleja también en la amplitud del concepto “contexto del tratado”, ya que los instrumentos formulados “con motivo de la interpretación del tratado” son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes que

22 Corte I.D.H., *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 27.

23 Corte I.D.H., *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No.G 101/81, párr. 16.

adoptaron el tratado, pueden entenderse como una interpretación que dichas partes han dado al acuerdo primero²⁴.

La Corte Internacional de Justicia reconoce este dinamismo al expresar en su Opinión Consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* que "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar"²⁵.

El dinamismo, tanto en la interpretación del contenido de las normas de derechos humanos como en el contexto de los tratados, se advierte también en la Opinión Consultiva 10/89 de la Corte Interamericana cuyo texto dispone:

... la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración²⁶.

Esta forma de interpretación está, por último, firmemente asentada en el sistema europeo de derechos humanos y puede encontrarse en innumerables decisiones, referentes tanto a normas sustantivas como procesales, emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos, el órgano internacional con la experiencia

24 Esta es una de las razones que se dan para asignarle valor de norma vinculante a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

25 *International Court of Justice, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, págs. 16-31.

26 Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37; Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 113-115.

más rica en materia de decisión de casos de presuntas violaciones de derechos humanos²⁷.

IV. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

14. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en 1969 y en vigencia desde el 16 de julio de 1978, de conformidad con su artículo 74.2, fue la culminación de un proceso iniciado en 1948 con la adopción, por parte de la OEA, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "la Declaración Americana")²⁸. Mientras 1948 fue el año de la retórica y la utopía, 1969 fue el año de dar concreción a parte de esas aspiraciones. La Convención establece un catálogo de derechos civiles y políticos (arts. 3 a 25); una disposición sobre los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (art. 26)²⁹; obligaciones generales para los Estados respecto de los derechos reconocidos en la Convención (principalmente los arts. 1 y 2); regulaciones aplicables en situaciones de emergencia (art. 27); criterios de aplicación de la Convención en regímenes federales (art. 28); normas de interpretación (art. 29); referencias para incorporar derechos no reconocidos al régimen de la Convención (art. 31); normas sobre restricciones y correlación entre derechos y deberes (arts. 30 y 32); y mecanismos y órganos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones allí consagradas para los Estados partes (arts. 33 y siguientes).

27 Ver, por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Handyside*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A No. 24, pág. 22, considerando 48; *Caso Dudgeon*, sentencia de 22 de octubre de 1981, Serie A. No. 45, particularmente el considerando 60; *Caso Marckx*, sentencia de 13 de junio de 1979, Serie A No. 31 (1979); *Caso Benthem*, sentencia de 23 de octubre de 1985, Serie A No. 97 (1985); *Caso Deweer*, sentencia de 27 de febrero de 1980, Serie A No. 37 y *Caso Klass y otros*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, Serie A No. 28. Para un análisis general sobre el punto, ver P. Van Dijk. "Positive Obligations" Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the 'Masters' of the Convention?, en M. Castermans, F. Van Hoof and J. Smith (eds.), *The Role of the Nation-State in the 21st. Century*, Kluwer Law International, 1998, págs. 17-33.

28 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana, que se efectuó en Bogotá, Colombia, en 1948.

29 Esa referencia corresponde a la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967; sin embargo, el texto actualizado de este tratado ha sustituido el nombre del capítulo aludido por "Desarrollo Integral". Ver *infra*, nota 31.

15. Los órganos de supervisión del sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁰ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹. En virtud de la propia Convención y de la Carta de la OEA³², del Estatuto de la Comisión Interamericana adoptado por la Asamblea General de la OEA³³ y de su propio Reglamento³⁴, la Comisión tiene varias funciones, las más importantes de las cuales son: i) promover los derechos humanos en todos los países miembros de la OEA; ii) examinar la situación general de los derechos humanos en esos mismos países; y iii) examinar las comunicaciones individuales presentadas en contra de los países miembros de la OEA, tanto de los que no son partes de la Convención, como de los

30 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue creada en 1959 por la resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Texto completo en Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 1959, *Acta final* (OEA/Ser.C/II.5).

31 La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33 de la Convención Americana. Su *Estatuto* fue aprobado mediante Resolución 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979 y fue modificado por la Asamblea General por resolución AG/RES. 625 (XII-0/82) y por resolución AG/RES. 1098 (XXI-91).

32 La Carta de la OEA fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá, Colombia, 1948. Hasta diciembre del 2001, la Carta había sido modificada por los siguientes instrumentos: Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Buenos Aires", suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Cartagena de Indias", aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Washington", aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

33 El actual *Estatuto* de la Comisión fue aprobado por la Novena Asamblea General Ordinaria de la OEA, celebrada en La Paz, Bolivia, entre el 22 y el 31 de Octubre de 1979.

34 El actual *Reglamento* de la Comisión Interamericana fue aprobado por ésta en su 109º Período Extraordinario de Sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000 y modificado en su 116º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002 y en su 118º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003.

que sí lo son³⁵. En esta última función, y respecto de los Estados miembros de la OEA que no son parte en la Convención, la Comisión opera bajo la Carta de la OEA y bajo su Estatuto, y los derechos humanos que supervisa son los contemplados en la Declaración Americana; respecto de los Estados parte en la Convención, la Comisión obtiene sus facultades directamente de la propia Convención Americana, la que permite que los casos examinados por ella puedan ser enviados a la Corte, ya sea por la propia Comisión o por un Estado parte, siempre y cuando la tramitación del caso ante la Comisión se haya concluido y el Estado contra el cual se presentó el caso reconozca o haya reconocido la competencia de la Corte para ello³⁶.

16. La jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha generado en el examen y resolución de esos casos individuales. Sin perjuicio de esta jurisdicción contenciosa, también la Corte tiene una competencia consultiva que le permite, a instancia de un Estado miembro de la OEA o de un órgano de la misma³⁷, interpretar las normas de la Convención Americana o de "otros tratados" concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos³⁸. Aun cuando lo que la Corte produce en esos casos es una opinión consultiva que no tiene la fuerza obligatoria de una sentencia, constituye una interpretación autorizada de las normas de la Convención que la propia Corte, así como también la Comisión, utilizan como fundamento de futuras interpretaciones. Esto último implica que también los Estados deben prestarles atención, porque es probable que ellas sean utilizadas para examinar y decidir futuros casos que los afecten.

V. LOS DERECHOS PROTEGIDOS

Los derechos civiles y políticos

17. La Convención Americana consagra derechos civiles y políticos, que se encuentran enumerados en el Capítulo II, artículos 3 al 25. El catálogo de estos

35 CIDH, *Estatuto*, arts. 18-20.

36 CADH, arts. 51 y 62. Sobre los aspectos procesales del sistema interamericano, ver H. Faúndez, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*, segunda edición revisada y puesta al día, IIDH, San José, Costa Rica, 1999.

37 CADH, art. 64.

38 Corte I.D.H., "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 52.

derechos difiere en algunos aspectos de los de otros tratados generales de derechos humanos. Es posible que ello sea el efecto de ser éste de más reciente data. Los redactores de la Convención pudieron no sólo usar como modelo los textos de los Pactos Internacionales y de la Convención Europea, sino que también examinar la práctica del sistema europeo, que empezó a funcionar en 1953. Además, los derechos están formulados de manera que, de vez en cuando, dejan ver las tradiciones e idiosincrasia de los Estados miembros de la OEA, como se observa, por ejemplo, en la consagración del derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en el artículo 22.7 de la Convención. Lo mismo sucede con el marco que establece la Convención a los Estados para permitir la suspensión de las obligaciones respecto de ciertos derechos, que se encuentra en su artículo 27, que reproduce las obligaciones no posibles de suspender que se encuentran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero agrega a ellas, producto de la historia de este continente, la imposibilidad de suspender las obligaciones relacionadas con los derechos políticos del artículo 23.

Los derechos económicos, sociales y culturales

18. Este trabajo se referirá a cómo la Convención regula las obligaciones de los Estados respecto de los derechos civiles y políticos y al desarrollo que ellas han tenido en el trabajo de supervisión hecho principalmente por la Corte Interamericana en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, estimo que la determinación de las obligaciones que ellos generan bajo la Convención Americana y la forma de su supervisión por la Corte Interamericana³⁹ constituyen temas que, aun cuando se han analizado, en parte, requieren doctrinariamente de una reflexión más extensa y profunda que la que pueda desarrollar aquí. Además, estimo que tampoco la Corte ha incursionado suficientemente en el asunto y no ha enfrentado todos los problemas que podrían plantearse, por lo cual allí el tema está aun pendiente. Como dije al comienzo, lo que pretendo en este momento es sólo mencionar algunos elementos que pueden ser relevantes para el debate, sin pretender entregar una opinión concluyente.

19. La historia del destino que han tenido los derechos económicos, sociales y culturales en el desarrollo del derecho internacional muestra la difícil ruta que han debido transitar. No se puede negar que los tratados y la práctica les han dado un tratamiento disminuido ya desde la artificial separación que se produjo entre ellos y

39 Menciono sólo a la Corte Interamericana, porque respecto de la Comisión Interamericana se requiere un examen de su doble competencia, una en tanto órgano de la OEA y otra en cuanto órgano de la Convención.

los derechos civiles y políticos con la elaboración de dos tratados internacionales en el ámbito de las Naciones Unidas. Estos contienen claramente obligaciones distintas para los Estados, que ponen a un tipo de derechos en una situación privilegiada respecto del otro. En el sistema interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como la Declaración Universal, no hizo distinciones entre ellos, pero la Convención los separó nuevamente. Finalmente, después de grandes esfuerzos de la Comisión Interamericana para darles mayor relevancia, la OEA adoptó un protocolo sobre el tema, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, casi 11 años después de su adopción⁴⁰. Hay aun mucho camino que recorrer para volver a un sistema integral que ampare a todos los derechos por igual.

20. Yendo al terreno de la Convención Americana, habría que decir que la organización de la Convención es curiosa en cuanto a la formulación de derechos y obligaciones. La Parte I del tratado comienza con un capítulo de deberes de los Estados (artículos 1 y 2), seguido por otro donde consagra los derechos civiles y políticos; después tiene un tercer capítulo titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a continuación hay un capítulo cuarto con normas sobre garantías, interpretación y aplicación; y finalmente un quinto que contiene deberes para las personas.

El Capítulo III contiene sólo un artículo, el 26, que establece:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados⁴¹.

40 El *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)* se adoptó por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988. A julio de 2005, han adherido o ratificado a él trece Estados (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay).

41 La referencia es a los capítulos VII, VIII y IX de la Carta de la OEA (artículo 45-50) reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Las sucesivas enmiendas a la Carta, en especial introducidas por los Protocolos de Cartagena de Indias, Washington y Managua han llevado a desarrollar en el texto refundido de la Carta de la OEA los mismos principios bajo el título de "Desarrollo Integral". Ver *supra*, nota 31.

Además de esa disposición, en la Parte II de la Convención, hay un artículo 41 que en su letra f) concede a la Comisión Interamericana la atribución de "actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 a 51 de [la] Convención" y un artículo 42 que dispone la obligación de los Estados partes de remitir a la Comisión Interamericana los informes y estudios que ellos someten al Consejo Económico y Social y al de Educación, Ciencia y Cultura "a fin de que aquella [la Comisión] vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos".

21. El primer problema que se advierte en el artículo 26 es la ausencia de una identificación clara de derechos, ya que se hace una referencia a otras normas, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). La redacción de esta disposición es tal que no puede haber dudas de que la Convención parte de la base de que sí emergen derechos desde la Carta. La función del intérprete, por lo tanto, es precisarlos. Ha habido ya elaboración valiosa sobre esto⁴², la que no será analizada aquí.

22. El segundo punto dice relación con las obligaciones de los Estados respecto de estos derechos. En la sección correspondiente a los derechos civiles y políticos, los artículos enuncian los derechos y el marco dentro del cual los Estados pueden restringirlos, sin establecer obligaciones generales. Ellas se encuentran, sin lugar a dudas, en los artículos 1 y 2 del capítulo anterior, que obligan a los Estados a respetar y garantizar los derechos de la Convención. El artículo 26, por el contrario, contiene una norma en lo relativo a las obligaciones al disponer que los Estados se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que de allí emergerían. Es necesario dilucidar, entonces, si ésta es la única obligación que corresponde a los Estados en relación a estos derechos, o si ella se adiciona a las de los artículos 1 y 2.

23. Hay ya opiniones en el sentido de que los artículos 1 y 2 son aplicables al artículo 26. Christian Courtis, por ejemplo, sostiene que "[s]obre la aplicabilidad de los artículos 1 y 2 de la Convención a los derechos económicos, sociales y culturales

42 Ver en este sentido, entre otros, el acucioso trabajo hecho por Christian Courtis en "La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a Través del Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en C. Courtis, D. Hauser y G. Rodríguez Huerta, *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2005, págs. 2-29.

que surgen del artículo 26, no parece haber la menor duda⁴³. Da para ello razones serias: estos dos artículos encabezan la Convención y el artículo 1 alude a “los derechos y libertades” de la Convención. Podría agregarse que cuando la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir, de modo que si estas normas se refieren a los derechos y libertades reconocidos en la Convención, no tiene por qué entenderse que ellas se refieren sólo a los derechos del Capítulo II; en el mismo sentido, podría sostenerse que la interpretación de las normas que consagran derechos humanos debe ser siempre *pro persona*.

24. Sin embargo, tengo algunas reservas sobre esto. Para analizar el punto, partiré por el contenido del artículo 26. En él los Estados se comprometen “a adoptar providencias [...], para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan [...], en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Esta norma establece una obligación propia que es similar a la del artículo 2, con calificaciones -progresividad y posibilidades económicas-, lo que hace pensar que estos derechos se concibieron con un régimen de obligaciones distinto al de los derechos civiles y políticos.

En segundo término, desechar este argumento y sostener que los artículos 1 y 2 son aplicables al artículo 26 plantea una nueva inquietud: ¿qué deben respetar y garantizar los Estados a ese respecto? Una respuesta podría ser que debe respetarse y garantizarse la progresividad, pero para llegar a esa conclusión no necesitamos mayormente de los artículos 1 y 2 de la Convención; ella se podría desprender del hecho de que el artículo 26 es una norma de un tratado que obliga a los Estados partes del mismo. Lo que intento sugerir con esto es que la aplicación o no aplicación de las obligaciones generales de los artículos 1 y 2 no parece ayudar al progreso de los derechos económicos, sociales y culturales si el objeto del respeto y garantía es la progresividad de éstos. La solución más de fondo sería responder a la pregunta de manera diferente: a lo que se obligan los Estados es a respetar y garantizar un estándar mínimo. Encontrar fundamentos para esta afirmación es la tarea difícil que todavía no se ha llevado a cabo, y es difícil porque, en principio, parece chocar con la formulación de la obligación en el artículo 26.

25. Para introducir otro elemento al problema, incorporo aquí la existencia del Protocolo de San Salvador, que, en mi parecer, no puede ser obviada. Hay entre el artículo 26 y el Protocolo un vínculo que es preciso desentrañar. El objetivo de este último, formulado en su preámbulo, habla de que se quiere “reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales en función

43 *Ibidem*, pág. 30.

de consolidar en América el régimen democrático representativo de gobierno". Por otra parte, el preámbulo agrega que los proponentes del Protocolo están ejerciendo la facultad establecida en el artículo 77 de la Convención de presentar proyectos de protocolos adicionales "con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades". Estas consideraciones podrían llevar a pensar que los Estados que adoptaron el Protocolo pretendieron que lo que se establecía en él mejoraba la situación que los derechos económicos, sociales y culturales tenían en la Convención Americana.

26. El Protocolo contempla derechos económicos, sociales y culturales específicos y en ese sentido avanza sobre la norma del artículo 26⁴⁴. Con respecto a las obligaciones de los Estados partes, el artículo 1 consagra una obligación general cuya base es el compromiso para que estos derechos progresen "hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo"; el artículo 2 repite la disposición del artículo 2 de la Convención Americana; y el 3 consagra la prohibición de la discriminación en la garantía de los derechos.

Hay algunas normas que consagran obligaciones diferentes. Por vía de ejemplo, el artículo 8 dispone que los Estados "garantizarán" el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, derecho que no es sino una especie del derecho general de asociación del artículo 16, por lo que difícilmente podría haber sido formulado de una manera diferente; ordena también "garantizar" el derecho a la huelga, un derecho más típicamente social y económico. El artículo 13 dispone que los Estados "reconocen" que la enseñanza primaria debe ser obligatoria; que la secundaria y la superior deben ser accesibles sin discriminación y que debe implantarse su gratuidad progresivamente; y que deben establecerse "programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos". Esto muestra que tampoco hay una respuesta homogénea en el Protocolo respecto de a qué se obligan los Estados partes, lo que lleva a pensar que se requiere un análisis cuidadoso de su contenido en este aspecto.

44 Estos derechos son: el derecho al trabajo y a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículos 6 y 7); el derecho a organizar y a afiliarse voluntariamente a sindicatos, federaciones u otras formas de agrupación (artículo 8.a y c), derecho que puede desprenderse directamente del artículo 16 de la Convención Americana; los derechos a la huelga (artículo 8.b), a la seguridad social (artículo 9), a la salud (artículo 10), a un ambiente sano (artículo 11), a la alimentación (artículo 12), a la educación (artículo 13), a los beneficios de la cultura (artículo 14), a la constitución y protección de la familia (artículo 15) y protecciones especiales para la niñez (artículo 16), los ancianos (artículo 17) y los minusválidos (artículo 18).

27. Lo expuesto en los párrafos anteriores me lleva a pensar que todavía hay motivos para seguir debatiendo sobre el contenido de las obligaciones de los Estados que surgen del artículo 26 de la Convención Americana.

28. Un tercer punto en lo que respecta a estos derechos es el de la competencia de la Corte Interamericana para examinar su posible violación en el marco de su jurisdicción contenciosa. Podría sostenerse que, puesto que la Corte es competente, sin limitaciones, "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención", como lo expresa el artículo 33 de la misma, nada parece impedir que supervise el cumplimiento o incumplimiento por un Estado de la norma del artículo 26⁴⁵. Podría argumentarse también que el preámbulo de la Convención Americana consagra la indivisibilidad de los derechos dentro de la Convención al expresar que

"con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

29. Sin perjuicio de esto habría que dilucidar qué efectos tiene para decidir el punto la presencia del artículo 42 de la Convención que parecería indicar que corresponde a la Comisión Interamericana velar por la promoción de estos derechos examinando los informes y estudios que los Estados deben remitirle. ¿Sería posible entender que esta disposición es la manera única de supervisar el artículo 26?

Habría también que examinar qué relevancia puede tener para contestar la interrogante la existencia del Protocolo de San Salvador, si se considera que este tratado intentó mejorar la situación de los derechos de que se escribe. El artículo 19 del Protocolo contiene una supervisión mayoritariamente no jurisdiccional para los derechos que allí consagra. Contempla, en primer lugar, la presentación de informes periódicos para el Consejo Interamericano Económico y Social y para el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con copia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y eventualmente a los organismos especializados pertinentes. Estos últimos podrán enviar, a su vez, informes a los Consejos mencionados y aquéllos deberán enviar informes a la Asamblea General.

45 En contra de esta posición, ver J. Kokott, "The Duty to Protect and to Ensure Human Rights Under the Inter-American System of Human Rights", en E. Klein (ed.), *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights*, Colloquium, Postdam, 1-3 July 1999, Berlin Verlag, 2000, pág. 236.

Todos los informes contendrán de manera resumida la información que los Estados hayan proporcionado sobre “las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo”, además de recomendaciones de carácter general. La Comisión Interamericana está facultada también para formular las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes, tanto generales como particulares para un Estado parte (artículo 19.7). El inciso final del artículo 19 recuerda la idea de la progresividad disponiendo que “[l]os Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo”.

El medio de protección más efectivo se encuentra en el artículo 19.6, que concede a los afectados la posibilidad de recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, si procede, a la Corte, por medio de una petición individual regulada por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana. Sin embargo, este procedimiento sólo es permitido para casos en que se alegue que, “por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo”, se ha violado el derecho de los trabajadores de asociarse en sindicatos, federaciones y otros, consagrado en el artículo 8.a del mismo o el derecho a la educación del artículo 13. Es decir, la supervisión por medio de peticiones individuales es limitadísima.

Como es posible advertir, este punto también merece más estudio y consideración para aclarar todas las aparentes contradicciones que provoca este conjunto de normas.

30. La Corte se vio enfrentada a la aplicación del artículo 26 en un caso contencioso⁴⁶ en el que la Comisión Interamericana alegó que el Estado había violado dicho artículo al dictar un Decreto Ley que constituía “un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas” de acuerdo a un Decreto Ley anterior. La Comisión sostuvo que el artículo 26 impedía a los Estados tomar medidas regresivas en este campo, a menos que tuviera una justificación⁴⁷, con lo cual parecía estar tomando ya la posición, en respuesta a una de las interrogantes mencionadas anteriormente, de que las obligaciones de los Estados respecto del artículo 26 no eran las de los derechos civiles y políticos, a los que se aplican los artículos 1 y 2 de la Convención, sino que eran las contenidas en

46 Corte I.D.H., Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

47 *Ibidem*, párr. 142, b).

esa propia disposición. Las víctimas, por su parte, en una postura menos definitiva, solicitaron a la Corte que determinara

“el contenido de la cláusula de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y establezca parámetros y criterios que ilustren a los Estados sobre la manera de cumplir con sus obligaciones jurídicas y criterios para determinar la manera en que las medidas regresivas violan las obligaciones convencionales”⁴⁸.

Refiriéndose al punto, la Corte estimó que estos derechos tenían una dimensión tanto individual como colectiva y que su desarrollo progresivo

“se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de [su] creciente cobertura [...] teniendo presentes 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 prevaeciente”⁴⁹.

Considerando que el caso no era representativo de la situación general, la Corte desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre las peticiones mencionadas⁵⁰. Esta afirmación sugiere que la Corte estimaba que era competente para conocer de una alegada violación del artículo 26 y que consideraba que lo que podía controlar era el desarrollo progresivo, pero que no lo haría en este caso porque éste no “era representativo de la situación general” del país⁵¹.

31. También en el caso del Instituto de Reeducación del Menor, los representantes de las víctimas alegaron ante la Corte la violación del artículo 26 por no haber cumplido el Estado, Paraguay en este caso, “con su obligación de garantizar los niveles mínimos de satisfacción de estos derechos con respecto a los menores del Instituto, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad”. La petición partía, así, de la premisa de que había “niveles mínimos de satisfacción” que la Corte podía determinar en función del artículo 26, independientemente de si había habido o no desarrollo progresivo de estos derechos.

48 *Ibidem*, párr. 143, f).

49 *Ibidem*, párr. 147.

50 *Ibidem*, párr. 148.

51 Para un análisis a fondo de esta sentencia, ver C. Courtis, *op. cit.*, nota 41, págs. 52-58.

En este caso existía el problema de que los representantes de las víctimas habían alegado ante la Corte la violación de un derecho no declarada por la Comisión, que no había considerado el artículo 26 en el caso elevado a la Corte. Por ello, los representantes argumentaron también que este artículo debía estudiarse en conexión con el artículo 19 de la misma, que sí se consideró violado en el informe de la Comisión, con los artículos XI, XII, XIII y XV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y con los artículos 24, 28, 29 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵². La Corte decidió examinar el problema de esa manera e incorporó sus consideraciones sobre las alegaciones en materia social y económica en su examen de las violaciones alegadas respecto de los artículos 4 y 5 de la Convención a la luz del artículo 19 de la misma, señalando que:

148. Para fijar el contenido y alcances de este artículo [el artículo 4], tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar⁵³.

La razón para invocar el artículo 19 fue la siguiente:

149. En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los

52 Corte I.D.H., *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 253.

53 La Corte mencionó en apoyo de esta afirmación lo dicho en sus sentencias en Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166; en Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194; y en Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 24.

Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños.

Dicho esto, no consideró necesario pronunciarse respecto del artículo 26⁵⁴.

32. La sentencia del Instituto de Reeducción del Menor siguió un camino diferente para considerar el contenido de las obligaciones del Estado en materia de derechos civiles y políticos, introduciendo una posibilidad real de examinar el tema de los derechos económicos, sociales y culturales en el procedimiento de casos individuales.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha seguido ese mismo camino, basándose primordialmente en el hecho de que los Estados deben garantizar los derechos humanos del Pacto sin discriminación. Algunos ejemplos muestran la amplia dimensión que pueden alcanzar de este modo los derechos civiles y políticos. En su Observación General sobre el derecho a la vida, de 1982, el Comité criticó el que se hiciera una interpretación restrictiva de él diciendo que, al adoptar medidas positivas para garantizarlo, el Estado debía tomar, entre otras, todas las posibles para disminuir la mortalidad infantil⁵⁵. En su Observación General 25, sobre el artículo 25, titulada "El derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a voto y el derecho a igual acceso al servicio público" sostuvo que:

...la libertad de expresión, la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente. Deberán adoptarse medidas positivas para superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva...⁵⁶.

54 Corte I.D.H., *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 255. Ver además, párrs. 161, 172 y 174.

55 CDH, *Observación General 6, Artículo 6* (16º período de sesiones), 30 de abril de 1982, párr. 5.

56 CDH, *Observación General 25, Artículo 25* (57º período de sesiones), 12 de julio de 1996, párr. 12.

También ha tenido el Comité ese mismo enfoque al hacer observaciones finales a los Estados partes a propósito de los informes que éstos le presentan. Por ejemplo, en las observaciones a Canadá sobre el cumplimiento de sus obligaciones respecto al derecho a la vida, el Comité señaló que “le inquieta que la falta de vivienda haya causado graves problemas de salud, incluso muertes. El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas positivas que requiere el artículo 6 para resolver este grave problema”⁵⁷.

33. Como puede verse, parece indudable que los órganos de supervisión del sistema, al aplicar e interpretar los derechos civiles y políticos de la Convención, pueden y deben tomar en consideración los aspectos económicos y sociales de los mismos. En cuanto a los derechos de los niños, la Corte tiene ya una posición que permite incorporar los aspectos económicos, sociales y culturales en el examen de derechos civiles y políticos. Por otra parte, el desarrollo que ha tenido el asunto en el Comité de Derechos Humanos apunta hacia una lectura de los derechos civiles y políticos mucho más amplia que ayuda a disminuir la artificial brecha entre éstos y los derechos económicos, sociales y culturales. Para esta lectura juega ciertamente un papel importante la prohibición que tienen los Estados de discriminar en su obligación de respetar y garantizar los derechos. Sin perjuicio de esto, está pendiente todavía un pronunciamiento de la Corte que aclare en su integridad el alcance de su competencia y el contenido de las obligaciones estatales frente al artículo 26.

VI. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO

34. El incumplimiento de una obligación internacional, por acción u omisión del Estado, genera la responsabilidad de éste, la que se traduce en la obligación de reparar⁵⁸ íntegramente todo perjuicio, tanto material como moral, que el hecho haya causado. En el marco del sistema interamericano aplicable por la Corte, el hecho ilícito que genera la responsabilidad consistirá en la violación de alguna de las obligaciones establecidas en la Convención en perjuicio de una persona sujeta a la jurisdicción del Estado responsable.

57 CDH, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos, Canadá* (65º Período de sesiones), 7 de abril de 1999, párr. 12.

58 *International Court of Permanent Justice, Usina de Chorzów*, sentencia de fondo, 1928, Series A No. 17, párr. 13.

35. Las normas que regulan la responsabilidad del Estado son de derecho internacional, no de derecho nacional⁵⁹, y han sido formuladas por la Comisión de Derecho Internacional, en un documento titulado en español como *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Internacionalmente Ilícitos*⁶⁰. El artículo 2 de ese proyecto dispone que hay un hecho internacionalmente ilícito cuando una acción o una omisión (i) es atribuible al Estado según el derecho internacional y (ii) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Cualquier agente del Estado puede hacer incurrir a éste en responsabilidad internacional, tanto por sus acciones como por sus omisiones⁶¹.

El proyecto no menciona como elemento de la responsabilidad la culpa o el dolo⁶². En general, esta posición es apoyada por los internacionalistas, que señalan que la responsabilidad internacional es objetiva y que se determina por la relación de causalidad entre el agente y el hecho ilícito⁶³.

36. La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la responsabilidad de los Estados en varias de sus sentencias, siguiendo la teoría de la responsabilidad objetiva desde su primer fallo, donde insiste en que no es necesario tener en cuenta "elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores"⁶⁴. También ha establecido que puede haber responsabilidad del Estado

59 Corte I.D.H., *Caso Las Palmeras. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C No. 96, párr. 38; Corte I.D.H., *Caso del Caracazo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 77; Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 149.

60 International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, A/56/10, capítulo. IV.E.1, 2001.

61 *Ibidem*, arts. 4 y siguientes.

62 Ver sobre la culpa y el dolo, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Cuarta Edición, Clarendon Press, Oxford, 1990, pág. 440.

63 *Ibidem*, págs. 437-440.

64 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 173.

por actos presumiblemente cometidos por particulares, concluyendo que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional de manera directa, por actuaciones de sus agentes, e indirecta, por dejar de actuar ante acciones de particulares que infringieran los derechos de la Convención.

En cuanto a la responsabilidad directa, la Corte ha expresado que

“conforme al artículo 1.1 [de la Convención] es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”⁶⁵.

Respecto de la responsabilidad indirecta, la Corte ha manifestado que

“... un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”⁶⁶.

Aplicando esta norma general al caso particular, la Corte señaló que, aunque se había probado que la desaparición de Velásquez Rodríguez era claramente atribuible a agentes del Estado, la atribución de responsabilidad podría haberse hecho igualmente, puesto que estaba comprobado que el Estado se abstuvo de actuar y ello “representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos”⁶⁷.

37. Cuando la responsabilidad surge de manera indirecta, se plantea el problema de determinar cuáles son exactamente las obligaciones que el Estado debe cumplir para garantizar el ejercicio y goce del derecho respectivo, es decir, cuál es el contenido

65 *Ibidem*, párr. 169.

66 *Ibidem*, párr. 172.

67 *Ibidem*, párr. 182.

y alcance de la obligación de garantizar cada derecho. Es imposible dar una regla general y abstracta para ello; la decisión debe tomarse caso a caso, estableciendo, en consideración de las circunstancias, si la conducta del Estado constituye o no una violación de la Convención. Sin perjuicio de esto, es útil que los órganos que supervisan logren determinar un estándar de la conducta requerida para guía del intérprete y para guía del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones.

La Corte ha hecho esto, pero sería conveniente, en mi opinión, que tuviera un cuidado particular en la formulación de estos criterios. En el considerando reproducido anteriormente, por ejemplo, la Corte exige para atribuir responsabilidad "falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"; sin embargo, en un considerando posterior, reemplaza esa expresión por otra:

"... lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido **en defecto de toda prevención o impunemente**. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención"⁶⁸.

Con esto, el estándar de "la falta de debida diligencia" parece decrecer, puesto que lo que exige la Corte es que el acto se haya perpetrado "en defecto de toda prevención" o "impunemente".

Otro ejemplo en este mismo sentido se da en el *caso Caballero Delgado y Santana*. En su sentencia, la Corte da por probado que la detención y desaparición de las dos víctimas fueron realizadas por miembros del ejército colombiano y por civiles que actuaban como militares y que el Estado "ha realizado una investigación judicial prolongada, no exenta de deficiencias para encontrar y sancionar a los responsables", investigación que está hasta ese momento pendiente⁶⁹. Aunque concede que la obligación de investigar es de medio o comportamiento, concluye que "no es suficiente que el Gobierno [*sic*] emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad

68 *Ibidem*, párr. 173.

69 Corte I.D.H., *Caso Caballero Delgado y Santana*. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, párrs. 54 y 57.

del Gobierno [*sic*] **culmine con la reparación a la parte lesionada**, lo que en este caso no ha ocurrido⁷⁰, lo que parecería sugerir que el estándar no es tener la diligencia debida sino que tener éxito en la investigación, lo que transformaría esa obligación en una de resultado.

38. Otro punto interesante en términos de la responsabilidad internacional dice relación con la naturaleza de la misma. En el *caso Velásquez Rodríguez*, la Corte manifestó categóricamente que

“la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones⁷¹.”

De esta afirmación puede colegirse que la responsabilidad internacional del Estado no es de carácter penal, y que, como consecuencia, la obligación de reparar es meramente compensatoria del daño infligido por el incumplimiento y no debe ser entendida como un castigo que se aplica al Estado. La idea fue reiterada en la sentencia de indemnización compensatoria de Velásquez, donde la Corte insistió que la indemnización no puede tener propósitos ejemplarizantes o disuasivos “en el estado actual del Derecho internacional⁷².”

39. En un caso reciente, el de Myrna Mack, esta posición de la Corte fue frontalmente contradicha por el Juez Caçado Trindade, quien sostiene que “[I]a responsabilidad internacional del Estado contiene elementos de naturaleza tanto civil, como penal, en la actual etapa de evolución del derecho internacional⁷³”, afirmación destinada a abogar por la necesidad de que la reparación que la Corte establezca tenga

70 *Ibidem*, párr. 58. Mi énfasis.

71 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 134.

72 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 38.

73 Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, Voto razonado del Juez A.A. Caçado Trindade, párr. 36.

eventualmente un carácter sancionatorio o represivo⁷⁴. Cançado Trindade sostiene que, aun cuando se admita que la responsabilidad del Estado es objetiva, esto no significa

“que la responsabilidad basada en la falta o culpa esté enteramente descartada en toda y cualquier hipótesis o circunstancia. Hay casos -como en el presente caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*- en que se puede demostrar la *intención* del Estado de causar el daño o su negligencia en evitarlo; la falta o culpa tórnase, aquí, en la base imprescindible de la responsabilidad del Estado, *agravada* por esta circunstancia”⁷⁵.

El voto llama a esta responsabilidad agravada un “crimen de Estado” y le atribuye consecuencias que no se refieren a reparaciones “de cuño necesariamente pecuniario”, sino a obligaciones de hacer con

“propósitos ejemplarizantes o disuasivos, en el sentido de preservar la memoria de las violaciones ocurridas, de proporcionar satisfacción (un sentido de realización de la justicia) a los familiares de la víctima, y de contribuir a garantizar la no-repetición de dichas violaciones (inclusive a través de la educación y capacitación en derechos humanos)”⁷⁶,

dando ejemplos de la propia jurisprudencia de la Corte⁷⁷.

40. En el mismo caso, el voto concurrente razonado del Juez García Ramírez sostiene una posición con algunos matices de diferencia. Este Juez admite que en el caso *Myrna Mack* se observa “un agravamiento objetivo de los hechos”, porque no fue un crimen aislado, sino que producto de un plan elaborado para privar de la vida a la víctima, en que “intervinieron presumiblemente tanto operadores como funcionarios responsables en el área de seguridad”, y cuya investigación y persecución penal fueron

74 *Ibidem*, párr. 38. En el párrafo 46, él entiende que “la reparación puede perfectamente revestirse de un carácter tanto resarcitorio como sancionatorio, con el propósito de poner fin a la impunidad y de asegurar la realización de la justicia”.

75 *Ibidem*, párr. 40.

76 *Ibidem*, párrs. 49-50.

77 *Ibidem*, párrs. 51-52.

objeto de innumerables obstáculos⁷⁸. A pesar de esta admisión, el voto sostiene que “la Corte Interamericana no opera en el ámbito de la justicia penal, que corresponde a la jurisdicción interna”⁷⁹, de modo que las consecuencias del agravamiento no dicen relación con un cambio en la naturaleza de la responsabilidad que se hace efectiva por la Corte. Sin perjuicio de ello, el voto estima que la mayor gravedad de los hechos debe ser tomada en cuenta para la formulación del reproche y puede proyectarse sobre las reparaciones que disponga la Corte, influyendo, por ejemplo, “en actos de compensación moral, difusión de la sentencia, expresión de culpa y requerimiento de perdón en declaraciones oficiales, exaltación de la memoria de la víctima”⁸⁰. Lo que el voto no admite es que influya en lo patrimonial por medio de

“la fijación de ‘daños punitivos’, concepto que no ha acogido la jurisprudencia de este tribunal, que corresponde más a la noción de multa que a la de reparación del daño y que en todo caso gravitaría sobre el Erario, lo que implica, en definitiva, una carga adicional para los contribuyentes y una merma, también adicional a los recursos que debieran servir para programas de orden social”⁸¹.

41. En cuanto a la calificación de la responsabilidad como “agravada”, en la sentencia de fondo del *caso Masacre Plan de Sánchez*⁸², y con motivo de que tanto la Comisión como los representantes de las víctimas requirieron a la Corte que declarara que el Estado era responsable de genocidio, expresó que:

51. En relación con el tema de genocidio al que aludieron tanto la Comisión como los representantes de las víctimas y sus familiares, la Corte hace notar que en materia contenciosa sólo tiene competencia para declarar violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren. No obstante, hechos como los señalados, que afectaron gravemente a

78 Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 44-45.

79 *Ibidem*, párr. 44.

80 *Ibidem*, párr. 47.

81 *Ibidem*, párrs. 46-47.

82 Corte I.D.H., *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, párr. 51.

los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones.

42. Como se ve, la Corte no ha aceptado aun la calificación de la responsabilidad del Estado como "agravada" ni ha dicho claramente que fijará una indemnización como pena. Se podría argumentar que puede presumirse que satisfacer a la víctima de una violación de derechos humanos cometida con clara intención dolosa por un agente del Estado requerirá una reparación mayor que cuando la violación es producto de una inadvertencia, porque el efecto de inseguridad y temor se acrecienta en este caso, sin que esto necesariamente constituya una determinación de reparación como pena. De hecho, en la sentencia en el *caso Juan Humberto Sánchez*, la Corte señaló que por "las graves circunstancias del presente caso", una de las cuales era la impunidad imperante atribuible al Estado, estimaba que debía ordenar el pago de una compensación por daños inmateriales, conforme a la equidad⁸³. En las consideraciones para determinar la reparación en el *caso de Myrna Mack*, la Corte toma en cuenta la deficiente conducción de los procesos judiciales, su morosidad y las obstrucciones llevadas a cabo para impedir que se llegue a la sanción de todos los responsables, que han causado en los familiares de las víctimas "sentimientos de inseguridad, indefensión y angustia"⁸⁴. Como se ve, en ambos casos la Corte hace pesar la gravedad de la conducta en la indemnización pecuniaria.

Cualquiera que sea la decisión sobre la naturaleza de la responsabilidad y el efecto de una "violación agravada", lo que parece claro es que la comprobación de la intención de los agentes del Estado en la conducta violatoria facilita, por una parte, la atribución de la responsabilidad y puede influir, por otra parte, en la determinación de la reparación.

VII. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA

Consideraciones sobre el término "jurisdicción"

43. De conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, las obligaciones se tienen por los Estados para con "toda persona que esté sujeta a su jurisdicción". El

83 Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrs. 172 y 176.

84 Corte I.D.H., *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 271.

párrafo 2 de ese mismo artículo aclara que “persona” es “todo ser humano”. Esta conceptualización de la persona reafirma la idea de la universalidad de los derechos humanos y de la prohibición de discriminación, ya que la única condición para ser titular del derecho es ser un “ser humano”⁸⁵. La posición asumida por la Convención deja fuera del campo de protección a las personas jurídicas⁸⁶.

44. Los proyectos que dieron origen a la Convención contenían la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas “sujetas a su territorio y a su jurisdicción”⁸⁷, pero, al momento de aprobar la Convención, sólo se hizo referencia a la jurisdicción. Al optar los Estados por delimitar el campo de aplicación de la Convención a lo que cae bajo su “jurisdicción”, optaron por un criterio amplio que incluye no sólo los actos u omisiones imputables a agentes estatales como violación de obligaciones convencionales realizados o dejados de realizar dentro del territorio, sino que además la responsabilidad por actos u omisiones ejecutados, eventualmente, fuera del territorio, pero dentro del campo de jurisdicción del Estado, como podrían ser las actuaciones de un ejército de ocupación o actos perpetrados en un recinto diplomático⁸⁸.

85 Esto no ha sido óbice para que, incluso después de la vigencia de la Convención y de otros tratados similares, permanezcan discriminaciones en el goce de los derechos para ciertos grupos. Ver Th. van Boven, *Human Rights and Rights of People*, en F. Coomans et al, *Human Rights from Exclusion to Inclusion; Principles and Practice*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, págs. 282-284.

86 Si bien la Convención es clara en esta materia, la Comisión Interamericana ha acogido a tramitación una causa en que la víctima es una persona jurídica. Así ocurrió en un caso seguido en contra de Paraguay, en el cual la Comisión determinó que había una violación a la libertad de expresión en perjuicio de Radio Ñandutí, toda vez que, al sufrir diversos actos de interferencia, dicha estación de radio debió cerrar al no ser sustentable económicamente, con el consecuente perjuicio económico para la empresa y sus empleados (CIDH, caso *Radio Ñandutí*, No. 9642, resolución 14/87 de 28 de marzo de 1987, publicado en *Informe Anual 1986-1987*, párr. 2). La reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin embargo, ha dejado claro que, tratándose de personas jurídicas, la protección del sistema establecido por la Convención se dirige sobre los seres humanos integrantes de la misma (Corte I.D.H., *Caso Cantos. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párrs. 26-29).

87 *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1973, págs. 236-418.

88 En el sistema europeo, ver *European Court of Human Rights, Case Cyprus v. Turkey*, App. 25781/94, judgment of 10 May 2001. Un análisis de este fallo en: F. Hoffmeister, *Cyprus*

En el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos se comienza a discutir el significado y el ámbito de lo que se denomina "jurisdicción". Ha habido un intento de ampliación del concepto, por ejemplo, con la interposición del caso *Bankovic* ante la Corte Europea, en el que se alegó por el peticionario que un país que se introduce en el espacio aéreo de otro Estado y lo bombardea, ejerce en ese momento "jurisdicción" para los efectos de su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos presuntamente cometidas. La petición argumenta que el control de las fuerzas militares de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) sobre el espacio aéreo durante ese bombardeo era "casi tan completo como el control de Turquía sobre el territorio del Norte de Chipre", control que la Corte Europea había equiparado al de ejercer soberanía sobre la zona para los efectos de atribuirle responsabilidad por las violaciones de derechos humanos allí cometidas⁸⁹. El caso fue declarado inadmisibile al haberse inclinado la Corte por una noción "esencialmente territorial" de la jurisdicción⁹⁰.

La Comisión Interamericana declaró admisible un caso que contenía sesenta peticiones similares, referidas a la acción militar llevada a cabo por Estados Unidos en Panamá en diciembre de 1989 con el fin de apresar a Manuel Noriega⁹¹; también declaró admisible un caso en que se reclamaba del bombardeo de Estados Unidos en Grenada que destruyó el *Richmond Hill Insane Asylum*, causando la muerte a

v. Turkey, en *The American Journal of International Law*, Volume 96, Issue 2, 2002, págs. 445-452. En el ámbito del sistema universal se debe ver CDH, *Caso López-Burgos v. Uruguay*, Comunicación 52/1979, dictamen de 29 de julio de 1981, párr. 12.3.

89 European Court of Human Rights, *Loizidou v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, párr. 52.

90 European Court of Human Rights, *Bankovic et al v. Belgium, The Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and The United Kingdom*, decision on admissibility of 12 December 2001, párr. 62.

91 CIDH, *Caso 10.573*, informe de 14 de octubre de 1993, publicado en CIDH, *Informe Anual de 1993*. Estados Unidos alegó la incompetencia de la Comisión por ser un "órgano consultor" sin facultades para decidir casos, que sólo puede revisar alegaciones de violaciones con referencia a la Declaración Americana que es un acuerdo consensuado de "principios generales de derechos humanos jurídicamente no vinculante" (párr. 21). No existen antecedentes publicados sobre el destino final de este caso.

dieciséis personas⁹². La Comisión, sin embargo, no explicitó las bases legales sobre las cuales habría fundado la decisión de admisibilidad, por lo que ciertamente no incurrió en una revisión del concepto de jurisdicción.

Una de las consecuencias derivadas del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos como una rama del derecho internacional público ha sido la dificultad de adaptar conceptos apropiados para las relaciones entre los Estados a las relaciones entre Estados e individuos. Es posible que el término "jurisdicción" deba ser revisado en el futuro para adecuarlo a las nuevas circunstancias que afectan y violan derechos humanos.

Las obligaciones en los Estados Federales

45. En principio, las obligaciones que la Convención establece se aplican por igual a todos los Estados partes. Sin embargo, el artículo 28 de la Convención establece que:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención **relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.**
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención⁹³.

Indudablemente estos incisos parecen menos categóricos que, por ejemplo, el artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que sus disposiciones "serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna".

92 CIDH, *Caso 9.213*, decisión sobre la Admisibilidad, publicado en CIDH, *Informe Anual 1986-1987*. Este caso terminó con una solución amistosa y la Comisión no elaboró argumentos sobre el problema de la jurisdicción.

93 El destacado es agregado.

El origen de la formulación final del artículo 28 fue una iniciativa de Estados Unidos, que intentaba prevenir que la Convención trajera como consecuencia la centralización del poder en el Estado federal a costa de los estados federados⁹⁴. La formulación original del proyecto ordenaba a los Estados, cuando constituyeran una federación, a tomar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de la Convención en todos los Estados, Provincias o Departamentos federados y otros territorios bajo su jurisdicción⁹⁵. Desde un punto de vista jurídico, sin embargo, la inclusión de la frase enfatizada en el inciso 1 no logra el objetivo de liberar al Estado federal de su responsabilidad por cualquier violación que se cometa a la Convención por los estados federados, puesto que el inciso 2 los obliga a tomar medidas inmediatas para que las autoridades correspondientes adopten las disposiciones necesarias para que se cumpla con la Convención respecto de toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado respectivo.

Curiosa, pero afortunadamente, la regla es diferente cuando se crea un Estado nuevo. El inciso 3 del artículo 28 obliga a los Estados que acuerden integrar una federación u otra clase de asociación a cuidar que las disposiciones de la Convención se incorporen al pacto comunitario mismo, para que la Convención siga siendo efectiva en el nuevo Estado que se cree⁹⁶.

Las obligaciones de respetar y garantizar.

46. El artículo 1 de la Convención Americana establece dos importantes obligaciones para sus Estados partes: respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce. Estas obligaciones son de exigibilidad inmediata en el plano internacional y el Estado las tiene frente a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación.

94 *Report of the United States Delegation to the Inter-American Conference on Protection of Human Rights*, reproducido en T. Buergenthal and R. Norris (eds.), *Human Rights. The Inter-American System*, Booklet 15, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, 1984, pág. 64.

95 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, Secretaría General, OEA, Washington, D.C., 1978, pág. 24.

96 Ver T. Buergenthal, *The Inter-American System for the Protection of Human Rights*, en *Anuario Jurídico Interamericano*. 1981, Washington D.C., 1982, págs. 80-120 (83-85) y D. Fox, *The American Convention on Human Rights and Prospects for United States Ratification*, en *3 Human Rights*, 1973, págs. 243-281 (254-260).

47. La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención. Es, por lo tanto, una obligación de abstención.

La obligación de garantizar, por el contrario, exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó exhaustivamente el contenido de esta obligación en el caso *Velásquez Rodríguez*, que trataba de una desaparición en Honduras (en realidad, una entre muchas otras desapariciones que no fueron sometidas a la Corte). En su sentencia la Corte señaló:

La segunda obligación de los Estados partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁹⁷.

Esta acción del Estado no debe ser sólo formal. Al respecto la Corte añadió que "la obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"⁹⁸.

48. En materia de derechos humanos, por lo tanto, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de tales derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas, que serán todas las necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar sus derechos humanos.

97 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

98 *Ibidem*, párr. 167.

Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado, y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella, que podrá ser la incorporación de dichas normas directamente o la dictación de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con aquélla.

49. El que los individuos puedan usar y gozar sus derechos humanos es una responsabilidad primaria de los Estados, que son los que están en mejor posición para asegurarles que ello pueda suceder de manera cotidiana e inmediata; la supervisión internacional siempre es tardía y generalmente *ex post*. Por esto, es preciso que, para garantizar el goce de los derechos humanos, el Estado haga una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales, es decir, deberá hacer un proceso de adecuación de la misma. Hay que insistir que, por una parte, el alcance y contenido de los derechos humanos puede ser ampliado por la ley, y que, por otra, sus restricciones, como lo indica el artículo 30 de la Convención, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no pueden ser otras que las dispuestas singularmente por la Convención, y mediante una ley en sentido formal y material⁹⁹.

La obligación existe aun cuando pueda concluirse que, en determinados ordenamientos jurídicos, la vigencia de los tratados produce efectos de derogación respecto de normas internas contrarias a las normas internacionales. La tarea del Estado es facilitar el ejercicio de los derechos humanos y no lo facilita el dejar su destino a la interpretación judicial, aun cuando puede afirmarse que los tribunales tienen, ellos mismos, la obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo.

50. Por supuesto, para que las normas internacionales realmente operen, el Estado debe establecer, además, recursos adecuados y eficaces¹⁰⁰ que los individuos puedan

99 Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 17.

100 La calificación de los recursos como "adecuados y eficaces", responde a una prolongada jurisprudencia internacional. La Corte Interamericana elaboró el significado de estas dos palabras en dos casos en contra de Honduras, a propósito de la obligación de los que recurren

ejercer para reclamar la violación a sus derechos humanos. La Corte ha señalado en un fallo reciente que:

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla¹⁰¹.

51. La existencia de recursos no es suficiente para agotar la obligación del Estado, ya que éste debe también crear las condiciones necesarias para que los derechos puedan ejercerse. Por ejemplo, para garantizar el debido proceso, el Estado debe -entre otras cosas- dictar normas procesales, destinar dinero a crear la estructura de los tribunales, asegurarse de que existan escuelas de derecho para preparar abogados y proveer asistencia legal gratuita a los que carezcan de recursos, cuando ello sea necesario.

52. Esta obligación implica también la necesidad de remover obstáculos, aunque no emanen de las normas internas, sino que de la estructura y cultura

al sistema interamericano de agotar previamente los recursos internos. Adecuado significa "que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida" (Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 64 y Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 67); eficaz, que sea "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido" (Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 66 y Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 69). El término eficaz no implica que todo recurso deba ser necesariamente acogido; implica que haya, por lo menos, una posibilidad seria de que el recurso prospere (Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 67-68 y Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrs. 70-71). Ver también Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

101 Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 113. En el mismo sentido ver: Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136; Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 164 y Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 102.

sociales. En razón de ello, el Estado debe promocionar los derechos humanos, entendiendo por esto no sólo darlos a conocer a la comunidad nacional, sino también emprender las campañas necesarias para que se creen las condiciones que permitan, por una parte, que puedan ser ejercidos y, por otra, que sean respetados por todos -incluyendo en ese "todos" a los agentes del Estado, que deben ser instruidos sobre sus obligaciones internacionales y capacitados para poder cumplirlas.

Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. Piénsese, por ejemplo, en el principio de no discriminación en razón del sexo. Aunque cada acto violatorio de este principio pueda ser examinado por los tribunales y exista eventualmente la posibilidad de que sea reparado, cuando la violación es masiva y sistemática el establecimiento de recursos no agota la obligación del Estado. Limitarse al mero tratamiento de la violación -que de partida implica un engorro de tiempo y dinero y un problema, a veces insuperable, de prueba- constituiría una enorme injusticia y un incumplimiento de las obligaciones internacionales, pues equivaldría a colocar al grupo afecto a esta violación constante en la situación de no tener nunca el goce directo de sus derechos, sino que mediatizado por la necesidad de recurrir a la justicia en cada ocasión. En casos como éstos, por consiguiente, el Estado debe hacer una revisión cuidadosa de la manera como opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes al logro del objetivo de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.

53. Como puede verse, la especificación de la obligación de garantizar es de amplio alcance y va desde la promoción de los derechos, a la remoción de obstáculos gubernamentales o privados y a las medidas especiales para igualar en cuanto a sus oportunidades a un grupo que está en situación desmedrada con respecto al resto de la comunidad¹⁰².

Finalmente, la obligación incluye también la de restablecer al lesionado "en el goce de su derecho conculcado" y reparar las consecuencias de la violación, como lo establece el artículo 63.1 de la Convención, obligaciones que la Corte ha reconocido desde su primera sentencia en el *caso Velásquez Rodríguez*¹⁰³.

102 Ver en este punto, T. Buergenthal, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, en Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, págs. 72 y 77-78.

103 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166. Sobre reparaciones ante la Corte Interamericana, ver C. Nash, *Las Reparaciones*

La obligación de adoptar medidas

54. Es tal la importancia que la Convención asigna al hecho de que las personas puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos en plenitud, que la Convención consagra en su artículo 2 la obligación del Estado parte de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención¹⁰⁴, disposición que causó, en el momento en que se discutía su incorporación a la Convención, una aguda controversia sobre la relación que existiría entre ella y las obligaciones de respetar y garantizar examinadas anteriormente¹⁰⁵.

El artículo 2 de la Convención Americana establece:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

55. La disposición -similar al artículo 2 del Pacto Internacional- había sido considerada y deseada por un miembro de la Comisión Interamericana, el Dr. Carlos A. Dunshee de Abranches¹⁰⁶, porque, en su parecer, podía inducir a los aplicadores de la Convención a interpretarla en el sentido de que los Estados no estarían obligados

ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Lom Ediciones, Santiago, 2004.

104 T. Buergenthal realiza un estudio y comentarios sobre el artículo 2 de la Convención en *op. cit.*, nota 94. Ver también Donald T. Fox, *op. cit.*, nota 94, págs. 243-281 (254-260).

105 Los datos sobre la discusión del artículo 2 en la Conferencia de San José están tomados de C. Medina, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988, capítulo V.

106 "Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos", en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1973, págs. 168-212.

a respetar y garantizar los derechos humanos que allí se consagran, a menos de que dictaran leyes especiales al efecto. El Dr. Dunshee de Abranches argumentó en su estudio que "según el sistema constitucional prevaleciente en los Estados americanos, las disposiciones de los tratados se incorporan al derecho interno en virtud de la ratificación, previa aprobación del órgano legislativo competente, sin necesidad de ley especial"¹⁰⁷.

Eso hacía innecesaria, por lo tanto, la dictación de leyes para que el tratado tuviera validez interna y pudiera invocarse directamente por los interesados ante los tribunales. También advirtió, premonitoriamente, que no sería conveniente incluir una disposición similar en la futura Convención alegando que

"... si figurara en la Convención podrá justificar la alegación de que cierto Estado parte no estaría obligado a respetar uno o más derechos, definidos en dicha Convención pero no contemplados en su legislación interna, sino después de ser expedida una ley especial sobre tal o tales derechos"¹⁰⁸.

Una opinión contraria a esa interpretación fue la del gobierno de Chile. Aun cuando reconoció que, en general, las disposiciones de los tratados se incorporaban al derecho interno en virtud de la ratificación, sostuvo que el fin de una disposición de esa especie era crear una obligación clara para que los Estados partes dictaran nuevas normas legales cuando ello fuera necesario debido a la falta de especificidad de las disposiciones de la Convención. El delegado chileno citó como ejemplos el artículo 16.5 del proyecto -actual artículo 17.5 de la Convención-¹⁰⁹ y el artículo 17.2 del proyecto -actual artículo 18 de la Convención¹¹⁰. Alegó, además, que el peligro que el Dr. Dunshee de Abranches veía al incluir esta disposición no era real, ya que los términos del proyecto no podían en forma alguna inducir a una interpretación de ese tipo, agregando finalmente que esto podía ser reforzado estableciendo explícitamente el significado y el propósito de la disposición durante

107 *Ibidem*, p. 192.

108 *Idem*.

109 El artículo 17.5 CADH dispone que: "La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo".

110 El artículo 18 CADH establece: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario".

la Conferencia¹¹¹. La posición de Chile fue apoyada por varios representantes y se aprobó la inclusión del artículo 2 en términos similares pero no idénticos a la propuesta chilena¹¹².

56. La interpretación del artículo 2 de la Convención en el sentido de que no afecta la exigibilidad inmediata de las obligaciones establecidas en el artículo 1 desde el momento en que la Convención entra en vigor para cada Estado, se desprende con claridad, en mi parecer, del propio artículo 1 de la Convención y, además, de la discusión habida durante su gestación. Esta misma posición fue reafirmada por la Corte Interamericana en su *Opinión Consultiva 7/86* solicitada por el gobierno de Costa Rica. Allí la Corte señaló que la obligación del artículo 2 es:

... una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2 complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1 [...] [O]riginalmente se pensó, con razón, que un compromiso del tipo del referido en el actual artículo 2 existe naturalmente por aplicación del derecho internacional, como consecuencia lógica de las obligaciones que derivan de un tratado internacional. Por eso es que, cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1 [...Otra interpretación] conduciría al resultado irracional y absurdo de que el artículo 1 sería inaplicable si no se dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Y esta conclusión es inadmisibles porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial [del artículo 1]¹¹³.

111 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, Secretaría General, OEA, Washington, D.C., 1978, nota 94, pág. 38. Los argumentos del delegado chileno estaban basados en un texto que había sido propuesto por la delegación chilena, cuya formulación expresaba más claramente los objetivos que perseguía (ver texto de la proposición chilena en *ibídem*).

112 Ver *ibídem*, págs. 55, 104, 107 y 145.

113 Corte I.D.H., *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, Opinión separada del Juez Héctor Gros Espiell, párr. 6.

57. Parece evidente que el artículo 2 no anula las obligaciones del artículo 1.1, que son exigibles de inmediato; es probable que, puesto que un Estado que es parte de un tratado tiene la obligación de adaptar su legislación interna a las disposiciones del tratado y de cumplir sus disposiciones en toda su integridad, el artículo 2 no era realmente necesario, debiendo ser considerado sólo como una disposición en aplicación de la máxima *abundans cautela non nocet* (lo que abunda no daña). Luego, en los países en los que los tratados reciben fuerza legal interna al ser ratificados o al cumplir determinados trámites establecidos en el ordenamiento jurídico de dichos países, no se puede utilizar el artículo 2 de la Convención para impedir la aplicación directa de las disposiciones del tratado en el ámbito nacional.

58. La Corte ha declarado frecuentemente la violación del artículo 2 en casos particulares¹¹⁴, La posición de la Corte en cuanto al alcance del artículo 2 se encuentra expuesta en la *Opinión Consultiva No. 18*, donde se reprodujeron decisiones tomadas en los casos *Cinco Pensionistas, Baena y Cantoral Benavides*¹¹⁵. Allí, la Corte expresó que:

78. En el mismo sentido, el Tribunal ha señalado que:

[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

114 Ver, entre otros, Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98; Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 42; Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párrs. 116-118; Corte I.D.H., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; Corte I.D.H., *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 91; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 198.

115 Corte I.D.H., *Caso "Cinco Pensionistas"*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 165; Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 180; y Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 178.

Dentro de estas normas, un lugar importante lo ocupan aquéllas que se expidan para desarrollar las normas de la Convención que no pueden invocarse directamente ante los tribunales nacionales por su falta de precisión. El Estado está obligado a hacer operativos aquellos derechos que están enunciados de manera tal que el aplicador nacional de la norma no encuentra, en el texto del tratado, una opción clara para resolver un caso particular.

59. Dado el desarrollo que han tenido los derechos de la Convención Americana, producto de la actividad de los órganos del sistema interamericano, se hace cada día más tenue la línea que separa el artículo 2 de la obligación de garantizar del artículo 1.1¹¹⁶. Lo difuso de la línea no tiene mayores consecuencias, puesto que la existencia de ambos cubre todas las posibilidades de protección relacionadas con la obligación del Estado de cumplir con sus obligaciones internacionales emanadas de la Convención.

La obligación de cooperar

60. Además de las obligaciones analizadas en las secciones precedentes, existe una tercera obligación para los Estados: la de cooperar con los órganos internacionales que los controlan, que deriva, de manera general, de su calidad de partes del tratado respectivo y de la existencia del principio de derecho internacional que obliga a los Estados a cumplir los tratados de buena fe. Esta obligación aparece de manera específica en la Convención Americana.

116 Un intento de realizar la delimitación se encuentra en una opinión separada del Juez Piza con motivo de la *Opinión Consultiva 07/86*. Él sostiene que el artículo 2 no es una repetición del artículo 1.1, porque esto equivaldría a vaciar de sentido a este último, ni tampoco equivale al simple deber genérico de darle eficacia a un tratado en el orden interno, porque entonces quizás habría sido innecesario. Por el contrario, el artículo 2 opera "para los supuestos en que el del artículo 1.1 resulte inoperante o, al menos, insuficiente, pero no por limitaciones propias del derecho interno, que implicarían violaciones del propio artículo 1.1, sino en virtud de que determinados derechos -no todos- necesitan en sí mismos de normas o medidas complementarias de orden interno para ser exigibles de manera inmediata e incondicional" (*Corte I.D.H., Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27). Para explicar esto, él utiliza el artículo 23, que consagra los derechos políticos, que no pueden tener eficacia "sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman" (*ibidem*), como sería, por ejemplo, la necesidad de crear registros de electores, centros de votación, juntas electorales y fijar fechas y plazos para el ejercicio del sufragio.

El artículo 41.d) de la Convención Americana confiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la facultad de solicitar de los Estados miembros de la OEA que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos y el artículo 48, que regula el procedimiento de las comunicaciones individuales ante la Comisión, dispone que el Estado deberá enviar las informaciones que ésta le solicite dentro de un plazo razonable y que, en caso de que ella decida realizar una investigación, "los Estados interesados le proporcionarán todas las facilidades necesarias".

La obligación de cooperar es, pues, clara e implica el proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o respecto de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo. En esta materia, la posición constante de los órganos de supervisión es la de que son los Estados los únicos que están en condiciones de proveerlos con los datos necesarios para que ellos puedan evaluar si cumplen o infringen las normas internacionales¹¹⁷.

61. Como consecuencia de esta posición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado una norma en el artículo 39 de su Reglamento según la cual

"se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión conforme al artículo 38 del presente Reglamento, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria".

La Corte Interamericana se ha pronunciado de manera favorable a este medio de prueba al establecer que

"el silencio del demandado o su contestación elusiva o ambigua pueden interpretarse como aceptación de los hechos de la demanda, por lo menos mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte de la convicción judicial"¹¹⁸.

117 Ver, por ejemplo, CDH, *Santullo c. Uruguay*, Comunicación 9/1977, dictamen de 26 de octubre de 1979, párrs. 7 y 10 y *García Lanza, Weismann de Lanza y Lanza Perdomo c. Uruguay*, Comunicación 8/1977, dictamen de 3 de abril de 1980, párr. 15.

118 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 138.

También ha señalado en forma reiterada que el Estado

“no puede descansar en la imposibilidad del demandante de allegar prueba al proceso, dado que, en dichos casos, es el Estado quien detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción y por ello se depende, en la práctica, de la cooperación del propio Estado para la obtención de las pruebas necesarias”¹¹⁹.

Aunque esta afirmación se ha hecho respecto de los casos de desaparición, es válida para todos aquellos casos en que el Estado está en posesión de los medios de prueba respecto de la violación de cualquier derecho humano.

VIII. LAS RESTRICCIONES

62. Los derechos humanos pertenecen a todas y cada una de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado y corresponde a éste diseñar las normas que permitan que todos ellos coexistan en armonía. Esto significa que el Estado tiene la facultad de regular estos derechos, lo que implica su restricción. Los derechos humanos, desde este punto de vista, no son absolutos¹²⁰ La facultad de restringir, sin embargo, no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el derecho internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

63. El primer límite de toda restricción es que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción del ejercicio de un derecho humano, deben estar establecidas por ley¹²¹. El artículo 30 de la Convención señala que

“las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

119 Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 152.

120 Existen algunos derechos que no se pueden restringir nunca. Un ejemplo clásico es el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

121 A modo de ejemplo, ver artículos 6, 9, 12, 19 y 22 del Pacto Internacional y artículos 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la Convención Americana.

El requisito de la existencia de una ley para que se puedan regular los derechos es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión "ley" implica requisitos de forma¹²² y materiales. Interpretar la palabra "ley" en el sentido de ley formal es razonable, ya que los instrumentos emanados de la legislatura son sometidos a procedimientos diseñados cuidadosamente para reflejar los puntos de vista de la mayoría y las minorías, y están, por lo menos formalmente, representando el deseo de la mayoría. En vista de la realidad política del continente americano, parece bastante claro que la salvaguarda tiene por objeto prevenir la imposición de restricciones por meros decretos ejecutivos. En segundo lugar, también es razonable sostener que la palabra "ley" incorpora asimismo el requisito de "generalidad", es decir, de ley en un sentido material. Cualquier otra interpretación de la palabra sería contraria al artículo 1.1 de la Convención, que establece un principio general de no discriminación¹²³.

Una opinión consultiva de la Corte Interamericana, emitida a petición del gobierno de Uruguay, ha estimado que la palabra "ley" en la Convención debe ser entendida de esta manera al establecer que

"la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes"¹²⁴.

122 La palabra "ley" tiene un significado claro en el orden legal de la mayoría de los estados latinoamericanos que participaron en la redacción de la Convención. La mayoría de ellos designan con esa palabra el instrumento creado por la legislatura con la observancia de pasos procesales específicos prescritos en la Constitución (R. Medina y C. Medina Q., *Nomenclature of Primary Legal Sources*, Library of Congress, Washington, D.C., 1979, pp. 2, 8, 16, 22, 38, 48, 65-66, 90, 95-96, 102, 112, 120-121). La mayoría de los otros Estados designa como "ley" el contenido del instrumento creado por la legislatura de acuerdo a procedimientos específicos y como decreto al instrumento mismo (*Ibidem*, pp. 54-55, 59-60, 72, 84-85 y 107-108). México utiliza ambas palabras, "ley" o "decreto", para designar una decisión del Congreso (*Ibidem*, p. 77). Por lo tanto, todos están de acuerdo en que la "ley" sólo puede ser el resultado de la acción de los legisladores (entendiendo por ello una o dos Asambleas de representantes del pueblo más, en general, el Presidente de la República), llevada a cabo de acuerdo a un procedimiento prescrito en una norma de mayor jerarquía, la Constitución.

123 C. Medina, *op. cit.*, nota 104, págs. 102-103.

124 Corte I.D.H., *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6., párr. 27 y conclusión.

La Corte tendrá, naturalmente, que revisar esta jurisprudencia, para adecuarla a los países del *common law*, que tienen un sistema jurídico diferente que permite la creación de normas a través de la costumbre y de los precedentes judiciales.

El artículo 30 también establece que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas "por razones de interés general". No hay nada en los trabajos preparatorios que aclare el significado de esta frase. La frase puede ser considerada como una salvaguarda contra la imposición arbitraria de limitaciones, que refuerza las disposiciones que establecen las causales específicas que se pueden invocar para restringir los derechos. La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva ya señalada, ha interpretado "el interés general" como "el bien común", el que sería "un elemento integrante del orden público del Estado democrático". El fin principal de este último sería, en las palabras de la Declaración Americana "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad"¹²⁵. Esta noción se irá probablemente desarrollando y concretando con la práctica de los Estados, supervisada por la labor que realizan la Comisión y la Corte.

64. El segundo límite de toda restricción es que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en la Convención, ya sea como norma general o bien de manera específica para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden públicos, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros¹²⁶. Una disposición permite la restricción del derecho a la propiedad por razones de interés social¹²⁷. Todas estas causales son actualmente contenedores semivacíos a los que los legisladores y el poder judicial nacionales, y la Comisión y la Corte, deberán dar un contenido concreto a nivel regional. Algunos de ellos serán seguramente objeto de controversia. Por ejemplo, la seguridad nacional es un concepto que ha sido ampliamente utilizado por los dictadores en las Américas para justificar limitaciones extremadamente serias que resultaron en violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos¹²⁸. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte, si bien ha aceptado

125 *Ibidem*, párr. 29.

126 CADH, arts. 15 y 16.

127 *Ibidem*, art. 21.

128 C. Medina, *El impacto de los sistemas legales nacionales e internacionales en los derechos humanos en América Latina*, Stichting Rechtshulp Chili, Utrecht, Holanda, 1982.

el derecho de la sociedad a defenderse de los ataques que pueda sufrir, por ejemplo a través de actos terroristas, ha sido restrictiva en cuanto a aceptar medidas que puedan implicar violaciones de derechos humanos en razón de la seguridad nacional¹²⁹. Otro punto de desacuerdo lo constituirán probablemente las limitaciones que se impongan en defensa de “los derechos y libertades de los otros” o del “interés social”, ya que las decisiones que se tomen a este respecto pueden tener una relación estrecha con posiciones ideológicas de variada naturaleza.

65. En el sistema interamericano existe una tercera limitación: sólo se permiten restricciones “necesarias en una sociedad democrática”. Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento¹³⁰. Sin embargo, su aplicación como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención se puede deducir del contexto mismo de la Convención, especialmente a la luz de su objeto y propósito¹³¹, ambos establecidos en el preámbulo, y del artículo 29.c) de la misma. En el preámbulo, los Estados americanos reafirman su intención de “...consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. A su vez, el artículo 29 establece que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: “c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

La expresión “necesaria en una sociedad democrática” ha sido profusamente interpretada por la Corte Europea de Derechos Humanos¹³² y una interpretación similar ha sido dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que, en su *Opinión Consultiva 5/85*, hizo un símil con la jurisprudencia europea y la incorporó al sistema. La Corte Interamericana sostuvo que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la “existencia de una necesidad social imperiosa”, es decir, debe estar orientada “a satisfacer un interés público imperativo”; (ii) entre

129 Ver en particular: Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 44; y Corte I.D.H., *Caso Castillo Petrucci y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párrs. 89 y 204.

130 CADH, arts. 15, 16 y 22.

131 Ver en este sentido, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 31.1 y 2.

132 Ver P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *op. cit.*, nota 6, págs. 80-82 y 761-773.

varias opciones para alcanzar este objetivo "debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido"; y (iii) la restricción debe ser "proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo"¹³³. Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser (i) conducente para conseguir salvaguardar el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin sino la de restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la de mayor restricción.

IX. LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE OBLIGACIONES

66. En su artículo 27, la Convención permite a los Estados partes suspender temporalmente sus obligaciones en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Los Estados recurren generalmente en estos casos a declarar la existencia de una situación que a menudo se califica "de emergencia" o "de sitio" u otra nomenclatura similar. Esta disposición fue clave para muchos Estados latinoamericanos. En efecto, según un estudio preparado por el Secretariado de la Comisión, durante la década entre 1950 y 1960 hubo más de cien ocasiones en que se declaró o prolongó la vigencia de una situación de este tipo en los Estados americanos¹³⁴.

67. Por esto mismo, y siguiendo la tendencia general, la Convención establece el marco dentro del cual el Estado puede hacer uso de esta posibilidad. En este marco se establecen (i) las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado; (ii) los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; (iii) un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten; (iv) la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias; y (v) la prohibición de suspender obligaciones cuando esta suspensión es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado, como se dijo anteriormente, debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos. Finalmente, la Convención exige que se informe a los demás Estados partes la declaración de la situación de emergencia.

133 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46.

134 CIDH, Doc. OEA/Ser.L/V/II.8, No. 6.

Las causales que autorizan la suspensión

68. El artículo 27 de la Convención establece que la suspensión se autoriza en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. La historia fidedigna de la disposición no aclara el significado específico de la frase "en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado Parte". Es evidente que esta parte de la disposición se originó en la Convención Europea, y los precedentes creados en el sistema europeo en relación al artículo 15 de su Convenio pueden ser útiles para su interpretación. Sin embargo, la Convención Americana se diferencia del artículo 15 de la Convención Europea al sustituir la expresión europea "la vida de la nación" por la expresión "la independencia o la seguridad de un Estado". Esta formulación deberá ser interpretada y desarrollada en términos americanos. Debemos tener en consideración que estos conceptos son peligrosamente vagos, particularmente en vista de las interpretaciones diversas, y a veces extremas, sobre la seguridad nacional que han prevalecido en algunas épocas en ciertos Estados del continente americano. Esto hace que la supervisión de los órganos regionales sea imprescindible en cada caso en que se invocan las facultades para suspender la observancia de los derechos humanos¹³⁵.

La Corte ha sido especialmente estricta en limitar las facultades de los Estados de tomar medidas que puedan afectar los derechos de las personas, en particular aquellos derechos cuyas obligaciones no pueden suspenderse de acuerdo a la Convención¹³⁶.

Las obligaciones no susceptibles de suspensión

69. En cuanto a las obligaciones no susceptibles de suspensión, el mismo artículo 27 prohíbe suspender las que emerjan de los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de

135 Ver R.E. Norris y P.D. Reiton, *The suspension of guarantees: A comparative analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties*, en *American University Law Review*, vol. 30, 1980, págs.189-223 (191-199).

136 Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57; Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 96; Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 155.

legalidad y retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); y 23 (derechos políticos), agregando que tampoco son susceptibles de suspensión "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

La formulación en el proyecto de la Comisión, que prevaleció en este artículo de la Convención, respondía a la idea de que la lista de los derechos cuyas obligaciones eran susceptibles de suspensión debía ser mantenida al mínimo. De la historia fidedigna de la Convención no es posible deducir el criterio utilizado para seleccionar estos derechos; la lista parece incluir o aquellos derechos que son muy básicos, como el derecho a la vida y el derecho a no ser torturado, que son, además, normas imperativas del derecho internacional, o los derechos cuya restricción no podría, en principio, tener relevancia en el tratamiento efectivo de la situación de emergencia, como, por ejemplo, el derecho al nombre que se estipula en el artículo 18 de la Convención.

70. La larga historia de amenazas a la participación política en el continente americano, donde la suspensión de las garantías constitucionales bajo situaciones de emergencia ha resultado frecuentemente en la suspensión de todos los derechos políticos por largos períodos de tiempo, se refleja al señalar a los derechos políticos como derechos no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia. Se ha argumentado que la no susceptibilidad de estos derechos a ser suspendidos puede ser altamente difícil de observar en la práctica, especialmente en el caso de guerra¹³⁷. Sin embargo, si la inclusión del artículo 23 en el artículo 27.2 se interpreta de manera razonable y a la luz de su objeto y propósito, se puede llegar a otra conclusión. Las secciones (a) y (c) de la disposición, que contemplan respectivamente el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos y el igual derecho de acceso a las funciones públicas, no plantean ningún problema. Ambas establecen derechos cuyo ejercicio debería ser posible bajo cualquier circunstancia. Aún más, la sección (c), es sólo la especificación de un aspecto del principio general de la igualdad ante la ley, el cual obviamente no puede ser derogado. Sólo la sección (b), que consagra el derecho a votar y a ser elegido, podría plantear un problema, ya que se podría decir que hay muchas circunstancias en la vida de una nación en las que la organización de una elección puede ser difícil e incluso imposible. Se puede pensar en una catástrofe natural o en una guerra. Para analizar el punto, habría que considerar que se habla de suspensión temporal de un derecho cuando existe la decisión de suspender un

137 T. Buergenthal, *The American Convention on Human Rights: Illusion and Hopes*, en *Buffalo Law Review*, vol. XXI, 1971-72, págs. 121-136.

derecho que, de no ser por la suspensión, podría materialmente ser ejercido. Podría argumentarse que, en caso de una catástrofe natural o una guerra, existe una imposibilidad de ejercer el derecho a voto causada por eventos más allá del control de las autoridades, y no una suspensión. La inclusión del artículo 23 en el artículo 27.2 parece, claramente, haber tenido como fin el evitar medidas tales como la disolución del parlamento o del congreso o la prohibición de los partidos políticos sobre la base de una emergencia, o la suspensión del derecho a voto por otras razones aparte de la imposibilidad material de organizar una elección.

71. El artículo 27 también prohíbe la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos cuyas obligaciones no pueden suspenderse. Esta disposición ha sido elaborada en dos opiniones de la Corte Interamericana y en la primera de ellas¹³⁸ identificó como garantías no suspendibles las de los artículos 7.6 y 25 de la Convención, basándose en que una situación de emergencia no debe afectar la democracia representativa, no debe comportar "la suspensión temporal del Estado de Derecho", ni debe autorizar a los gobernantes "a apartar su conducta de la legalidad a que en todo momento deben ceñirse", puesto que "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables"¹³⁹. Por esto, las medidas deben poder ser controladas por autoridades judiciales independientes e imparciales y aptas "para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción"¹⁴⁰.

En la segunda, la Corte reitera sus argumentos y posición respecto del artículo 25, pero examina con detención el artículo 8 -que consagra el debido proceso legal- que "no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención"¹⁴¹, concluyendo

138 Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 20.

139 Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 24.

140 *Ibidem*, párr. 30.

141 Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

que el concepto de debido proceso legal "debe entenderse aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma"¹⁴². En seguida, la Corte afirma que, además de las ya mencionadas, existen otras garantías que resultan del artículo 29.c) de la Convención¹⁴³ las que

"no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar..., sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho"¹⁴⁴

reiterando una vez más que el Estado de Derecho, la democracia representativa y el régimen de libertad personal, son consubstanciales con el sistema interamericano y, en particular, con el régimen de protección de los derechos humanos contenidos en la Convención¹⁴⁵.

La conclusión final de esta opinión es:

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión ... el hábeas corpus (art.7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma

142 *Ibidem*, párr. 29.

143 El artículo 29, titulado "normas de interpretación", dispone que: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

144 Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 37.

145 *Ibidem*, párrs. 34 y 35. La Corte repite aquí conceptos ya expresados en las opiniones consultivas 5 y 6 y naturalmente en la 8.

democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención¹⁴⁶.

A manera de resumen, tanto la Convención Americana como la Corte enfatizan que la norma en el sistema es que los derechos sean respetados y garantizados; la excepción es la suspensión de la obligación internacional de los Estados de respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos, cuando circunstancias muy especiales así lo aconsejan. Sin embargo, no pueden suspenderse las garantías de los derechos respecto de los cuales no hay posibilidad de suspensión de obligaciones ni puede la suspensión significar la no operabilidad del principio de legalidad.

La proporcionalidad de las medidas de suspensión

72. El requisito de la proporcionalidad se expresa en el artículo 27 de la Convención que permite la suspensión "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". Si la exigencia de la situación es lo que justifica las medidas, las normas internacionales implican que las medidas que se tomen, además de ser proporcionales en tiempo y forma, deben ser conducentes al objetivo de superar la emergencia que le da origen. Esta exigencia se aplica tanto a la medida general de restringir un derecho como a cada medida particular que la autoridad tome en aplicación de la medida general¹⁴⁷. El principio de proporcionalidad, se vincula así con la idea de que las medidas necesarias adoptadas deben también ser adecuadas, debiendo haber una relación entre el peligro que acecha a la comunidad y los medios para contrarrestarlo¹⁴⁸; las acciones que emprenda la autoridad limitando los derechos

146 Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 41.

147 Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 39.

148 F. Meléndez, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1999, págs.95-97.

y libertades fundamentales no deben exceder nunca el límite de racionalidad propio de toda medida restrictiva¹⁴⁹.

Por su parte la Corte Interamericana ha señalado que

“la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de la situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella”¹⁵⁰.

Los límites a los que se ha aludido apuntan a dos aspectos: la forma de afectación de los derechos y las personas que se verán afectadas por dichas medidas. En cuanto a lo primero, la autoridad no debe en ninguna circunstancia excederse en el rigor de las medidas, que deben ser solamente aquéllas que constituyen el medio idóneo y único para restablecer la normalidad. En cuanto a las personas afectadas, la autoridad debe limitarse a suspender el ejercicio de los derechos de aquellas personas que estén directamente involucradas en la situación de emergencia, sin afectar los derechos de personas distintas de éstas¹⁵¹.

La prohibición de afectar obligaciones no susceptibles de suspensión de acuerdo a otras normas internacionales

73. El artículo 27 de la Convención consagra el principio de que los derechos humanos consagrados en ella y las obligaciones de los Estados a su respecto, no son excluyentes de los contenidos en otras normas, disponiendo que las medidas que suspendan obligaciones durante una emergencia no pueden ser incompatibles con

149 “Este principio, al igual que su fundamento -la legítima defensa- supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos, para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro. De manera tal que todo exceso en el empleo de los medios convierte en ilegítima ‘la defensa’ la que se transforma así en agresión” (Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos, sobre la *Protección de los Derechos Humanos bajo los Estados de Sitio o de excepción*. E/CN.4/Sub.2/1997/19 del 23-VI-1997, párr. 84).

150 Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 22.

151 Ver H. Faúndez, *op. cit.*, nota 35, pág. 115.

otras obligaciones que les imponga el derecho internacional. Esta norma se repite tanto en el artículo 4 del Pacto Internacional como en el artículo 15 del Convenio Europeo y todas ellas se refieren tanto a las normas de los tratados, incluyendo los de derecho humanitario, como del derecho consuetudinario¹⁵².

La profesora Fitzpatrick se pregunta en su excelente libro sobre el tema de los derechos humanos durante los estados de emergencia si la inclusión de la prohibición de tomar medidas que afecten a otras obligaciones internacionales implica el que los órganos de supervisión, en este caso la Comisión y la Corte, tengan competencia para conocer la sustancia de estas otras obligaciones¹⁵³. Estimo que la Comisión y la Corte, al momento de supervisar la aplicación del artículo 27, estarán obligadas a revisar si existen para el Estado en cuestión otras obligaciones, cuál es su contenido y alcance y si el Estado las está infringiendo al hacer uso del artículo 27, y podrá concluir que, si el Estado las infringe, se está violando el artículo 27 de la Convención.

La prohibición de discriminación

74. Las medidas de suspensión que el Estado pueda tomar durante una situación de emergencia no pueden entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Hay que hacer notar que esta disposición repite la fórmula del artículo 4 del Pacto Internacional y no menciona como bases posibles de discriminación prohibida las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional, la posición económica, el nacimiento y la cláusula que permite incorporar otras causales de discriminación no precisadas bajo el concepto de "cualquier otra condición social", todas presentes en el artículo 1 de la Convención. No hay en los trabajos preparatorios nada que ayude a explicar la ausencia de estas causales.

Se ha dicho que, en el Pacto Internacional, la exclusión de la causal "origen nacional" obedeció a la idea de que en una guerra había que tratar a los extranjeros enemigos de distinta manera que a los nacionales del propio país¹⁵⁴, pero Nowak

152 J. Fitzpatrick, "The International System for Protecting Rights During States of Emergency, Procedural Aspects of International Law Series", Vol. 19, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, págs. 59-60.

153 *Ibidem*, pág. 60.

154 *Ibidem*, pág. 62.

sostiene que la eliminación de las causales de discriminación de “origen nacional” y “opinión política” fue hecha con el propósito de permitir un tratamiento diferente de los miembros de cierta raza o de ciertas minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, siempre que no estuviera dirigido intencionalmente a ellos¹⁵⁵. No parece haber explicación para las demás ausencias.

En el sistema interamericano, el profesor Meléndez se refiere solamente a las motivaciones políticas para sostener que aunque no estén incluidas en las causales deben entenderse incorporadas porque el artículo 1.1 de la Convención las menciona y porque el artículo 27.2 de la misma prohíbe la suspensión de obligaciones en relación con los derechos políticos¹⁵⁶. La opinión parece dudosa, puesto que el artículo 27 menciona expresamente las causales de discriminación y la no suspensión de los derechos políticos no parece llevar necesariamente a la conclusión que el profesor Meléndez extrae. Sin embargo, hay que tener presente que la aplicación de los principios de necesidad y de proporcionalidad, así como el principio de que toda diferencia de trato debe ser objetiva y razonable, constituyen una poderosa barrera para un tratamiento diferente basado en las opiniones políticas o, por lo demás, en otras posibles razones. La prohibición de discriminar es una base tan esencial en el sistema internacional de protección de los derechos humanos que el Comité de Derechos Humanos sostuvo en su Observación General sobre los estados de emergencia, que ciertos elementos o dimensiones del derecho a no ser discriminado, establecidos en el artículo 26 del Pacto (que consagra la igualdad ante la ley) y otras disposiciones (los artículos 2, 3, 14.1, 23.4, 24.1 y 25) no podían ser suspendidos en ninguna circunstancia¹⁵⁷.

La notificación a los demás Estados Partes y el control internacional

75. La Convención obliga al Estado que declara una emergencia a notificar a los demás Estados partes de la Convención del contenido de la declaración, los motivos y duración de dicha situación. Esto, como se ha dicho anteriormente, es una prueba más de la existencia de un orden público regional que otorga a los Estados partes del

155 M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N. P. Engel, Publisher, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993, pág. 86.

156 F. Meléndez, *op. cit.*, nota 147, págs. 94-95.

157 Ver párrafo 8 de la *Observación General 29* del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001).

sistema el derecho a reaccionar frente a conductas de cualquier Estado que pueda comprometer la estabilidad del sistema.

También los órganos de supervisión internacional poseen la facultad de controlar si la declaración de emergencia y las medidas particulares que se tomen sobre su base no infringen la Convención, puesto que el artículo 27 es una norma vinculante para los Estados partes y la Comisión y la Corte son los órganos encargados de controlar la observancia de las disposiciones de la Convención por parte de los Estados¹⁵⁸. Una interpretación contraria traería como resultado anular el sentido del artículo 27 y causaría la desprotección de los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención, disminuyendo en forma significativa el efecto beneficioso que la Convención pueda tener para los derechos humanos en las Américas.

Es probable que en el ejercicio de su competencia los órganos regionales de supervisión tengan en consideración el hecho de que los gobiernos pueden tener más información a su disposición que la que ellos poseen sobre los problemas de sus Estados y cuidarán de llevar a cabo su supervisión de una manera razonable. Esto lleva también a concluir que -puesto que la decisión sobre la justificabilidad de las suspensiones a los derechos humanos impuestas por un Estado queda siempre entregada, en último término, al órgano internacional que supervisa¹⁵⁹ y que esta supervisión internacional es subsidiaria- dicha decisión debe también poder ser controlada, tanto en su razonabilidad como en su legalidad, por los tribunales de justicia domésticos.

158 Corte I.D.H., *Caso Neira Alegría y otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 77.

159 Las facultades de dichos órganos están establecidas en los tratados respectivos. Los artículos 44 y 45 de la Convención Americana facultan a la Comisión Interamericana para conocer de denuncias o quejas de violación de la Convención, cualquiera que ella sea; el artículo 62 faculta a la Corte Interamericana para conocer, dadas ciertas condiciones, "todos los casos relativos a la interpretación o aplicación" de dicha Convención.