

CLAUDIO NASH ROJAS

El Sistema Interamericano
de
Derechos Humanos en acción
Aciertos y desafíos



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2009

- RAWLS, J., *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, (1993), 2003.
- , *El Derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*, Paidós, Barcelona, España, (1999), 2001.
- RIKER, W., "Social Choice Theory and Constitutional Democracy", en CHRISTIANO, T. (ed.), *Philosophy and Democracy An Anthology*, Oxford University Press, 2003.
- RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002.
- WALDRON, J., *Law and disagreement*, Oxford University Press, (1999), 2004.

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO

El propósito de este trabajo es entregar un cuadro general sobre el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Si bien el sistema normativo relativo a la protección internacional de los derechos humanos es de reciente data, ha tenido un vertiginoso desarrollo que hace necesaria su sistematización a objeto de ir formulando una teoría sobre el derecho internacional de los derechos humanos que permita su estudio en profundidad. Este documento presente ser un aporte en la clarificación sobre los principales aspectos de lo que hoy se conoce como derecho internacional de los derechos humanos en un sentido amplio, abarcando materias relativas a la responsabilidad del Estado e individual en este campo.

Además, el estudio del sistema internacional de derechos humanos requiere de un esfuerzo clarificador toda vez que su impacto en el ámbito nacional es cada vez mayor. Es una cuestión comúnmente aceptada que los derechos humanos cumplen un rol de validación de la actividad estatal. Lo interesante del proceso iniciado a mediados del siglo XX es que la fuente de estos derechos se ha ido complejizando y ya no se limita al ámbito interno, sino que también comprende el internacional. De ahí que cada vez se hace más necesario estudiar adecuadamente el alcance de la vertiente internacional de esta protección, única forma de dimensionar el impacto que el desarrollo de esta protección tiene en el campo nacional. En esta línea, el apartado final de este estudio se centra, precisamente, en el impacto del sistema internacional en el ámbito nacional, poniendo énfasis en los alcances de este proceso en nuestra región.

El estudio estará dividido en cuatro partes: la primera (I), relativa a la relación entre el derecho internacional público y los derechos humanos. La segunda (II), el núcleo del trabajo, estará dedicada a explicar las normas comunes y los mecanismos relativos a la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos. La tercera parte (III) analiza algunos aspectos generales relativos a la responsabilidad individual por violaciones de derechos humanos. El apartado final (IV), consistirá en una reflexión sobre el impacto del sistema internacional de derechos humanos en el ámbito nacional y sus proyecciones en latinoamérica.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. ANTECEDENTES REMOTOS

Si bien el desarrollo de un sistema normativo internacional en materia de derechos humanos es una cuestión reciente en el derecho internacional público, no debe pensarse que esta ha sido una preocupación extraña a esta rama del Derecho. No hay dudas que la preocupación sobre los derechos individuales ha estado presente en el derecho internacional desde sus orígenes. A continuación repasaré algunos hitos de esta relación entre el desarrollo del derecho internacional y los derechos individuales.

El derecho común o *ius commune* había sido parte de las bases del sistema político y jurídico de Europa occidental desde el siglo XII. A partir del siglo XVI, con la nueva realidad política en el continente europeo, caracterizada por el surgimiento de los Estados nacionales que amenazan a la unidad política imperial; la crisis religiosa que ataca directamente a la unidad espiritual sustentada sobre la base de la autoridad de la Iglesia católica; y la crítica del humanismo jurídico a la bases del derecho común, se configura una idea de cambio en los fundamentos que habían sustentado el pensamiento europeo durante los últimos siglos.

En medio de un mundo que cambia sus fronteras y sus horizontes, surge la necesidad de resolver aquellos problemas planteados con el conflicto de intereses entre sujetos que no se sienten regidos por un mismo Derecho. Hasta ese momento, en Europa occidental, había un Derecho que era aceptado por todos y en torno al cual se buscaban las respuestas (derecho común). En la época de los descubrimientos, esa certeza construida sobre la base de un derecho universal deja de estar presente.¹ Por tanto, se pone en duda al Derecho común como una fuente legítima de donde obtener las respuestas que permitan resolver conflictos de la época. Por otra parte, en Europa, se producen cuestionamientos, ya no sobre la validez universal del derecho común, sino sobre la justicia de sus soluciones.²

En este contexto surge una nueva corriente de pensamiento jurídico que renueva las bases doctrinarias y filosóficas del derecho: la escuela del iusnaturalismo católico.

La escuela clásica del iusnaturalismo católico, también conocida como la "segunda escolástica",³ se desarrolla en España, particularmente en la Universidad de Salamanca. Es una corriente de pensamiento básicamente teológica, aunque participa activamente en los nuevos temas propios de la

¹ GARCÍA-GALLO, 1982: 156-158.

² *Ibidem*, 159.

³ BELOMO, 1996: 244.

apertura del mundo de aquella época (s. XVI), que sustenta su búsqueda en la naturaleza. Para esta corriente el derecho terrenal tiene inspiración divina, pero debemos captar e interpretar sus señales en la naturaleza⁴ y el medio para captar esas premisas universales es la razón común.⁵

La escuela clásica del iusnaturalismo católico delimita el campo que abarca el Derecho Natural separado del Derecho de Gentes. Al Derecho Natural pertenecen los principios más evidentes (aquellos que no necesitan demostración alguna), así como también algunas conclusiones que se derivan con absoluta necesidad ("conclusiones necesarias"); al *derecho de gentes* pertenecen las "conclusiones que se derivan de esos principios sin absoluta necesidad, las conclusiones que no son estrictamente necesarias o cuya necesidad no es conocida con evidencia".⁶ De esta forma, la delimitación del Derecho Natural se obtiene a través de un proceso de derivación lógica, tesis que se diferencia de los postulados de Santo Tomás de Aquino.

En ese contexto surgen las primeras nociones de lo que luego se conocerá como *derecho internacional o derecho de gentes*.⁷ La necesidad de la época es resolver los conflictos presentados por aquellos que están fuera del alcance de influencia del derecho común. Los temas son planteados respecto de las nuevas tierras descubiertas y se relacionan con la legitimidad de la ocupación y el trato de las personas habitantes de estos territorios.

Más adelante, en el pensamiento iusnaturalista racionalista se produce la distinción entre Derecho y Moral (s. XVII-XVIII). Dentro de estas categorías el derecho internacional queda catalogado dentro de las normas morales y, por tanto, sin eficacia práctica. Autores como Pufendorf, Tomasio y Wolf ponen al derecho internacional entre las normas morales, sin fuerza vinculante para los Estados. Una excepción a estos planteamientos es el pensamiento de Gentile y Grocio. Ambos sostienen una tesis ecléctica. GENTILE establece criterios que combinan reglas jurídicas entre Estados constituidas por costumbres y reglas.⁸ GROCIO también sostiene una unión ecléctica, donde concurren elementos jurídicos y morales (*De iure belli ac pacis*), sin mayores distinciones al momento de analizar diversas instituciones del derecho internacional.⁹ Pero la tendencia en el modelo iusnaturalista fue la distinción estricta entre derecho y moral.

VATTEL (s. XVIII) marca el desarrollo del pensamiento sobre el derecho internacional con consecuencias hasta el día de hoy en el debate sobre la justificación de la obligatoriedad de éste. Su tesis puede ser calificada como ecléctica en cuanto sostiene que los derechos positivos, originados en la

⁴ *Ibidem*, 245.

⁵ VALLEY, 1975: 362.

⁶ *Ibidem*, 104.

⁷ MARINO, 2005: 45-65.

⁸ RUIZ MIGUEL, 2002: 253.

⁹ *Ibidem*, 253-255.

soberanía de los Estados, estaban sometidos a reglas que aplican las normas del Derecho Natural fundada en la "justa razón". En el pensamiento de Vattel los Estados constituirían una *société de nations*, sometidas al derecho natural, pero a la vez, relacionados con las reglas practicadas y convenidas por los Estados de su tiempo.¹⁰ Es posible sostener que esta visión ecléctica del derecho internacional está en la base de la construcción del actual derecho internacional de los derechos humanos.

A fines del período de la Ilustración se produce otro de los hitos en el desarrollo del pensamiento internacionalista, las ideas de KANT. Su tesis sobre un cosmopolitismo universal ha tenido gran influencia en el desarrollo de un derecho internacional vinculado con los derechos humanos. A diferencia de la tesis de HOBBS que ve al sistema internacional como una situación de estado de naturaleza regida por la fuerza, KANT plantea la relación internacional como una "sociedad de naciones" que podría alcanzar lo que denomina una "paz perpetua" y no sólo un estado de paz entreguerras.

Para KANT la forma de superar el estado de guerra en que se encuentran las naciones no es aspirar hacia un Estado único o un Estado mundial centralizado que constituya una *asociación* universal de *Estados*, análoga a la asociación de individuos que constituyen un Estado.¹¹ Su idea es una "sociedad de naciones", esto es, una suerte de Confederación de Estados libres que puede ser disuelta en cualquier momento.¹² La aspiración final de esta "sociedad de naciones", la cual sería la "paz perpetua", sólo se conseguiría cuando los Estados sometieran sus actuaciones a un derecho internacional "fundado en leyes públicas con el respaldo de un poder, las leyes a las cuales todo Estado tendría que someterse".¹³ Un elemento del pensamiento kantiano que tiene influencia en el desarrollo del derecho internacional, es su tesis de que este proceso sólo sería posible entre Estados "republicanos", entendiendo por tales, aquellos que poseen una forma de gobierno no despotica, esto es, que garantizara derechos individuales a la libertad (sin que fuese necesario estar ante un gobierno de tipo representativo).

Los planteamientos de KANT están claramente expresados en el ideal contemporáneo de un "orden público internacional" basado en derechos humanos. La idea de un orden internacional fundado en la soberanía de los Estados que confluyen en una organización supranacional (actual Organización de Naciones Unidas), regida por el derecho internacional público y con base en Estados legitimados por el respeto de los derechos individuales, respetando diversas formas de gobierno, ha sido la base del esfuerzo de

¹⁰ *Ibidem*, 259-261.

¹¹ *Ibidem*, 262.

¹² *Ibidem*, 263.

¹³ *Ibidem*, 263.

construcción por parte de la comunidad internacional que ha servido de sustento para desarrollar el derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, estos antecedentes permiten sostener que hay una relación entre el derecho internacional público y los derechos individuales desde los orígenes del pensamiento internacionalista. Las ideas centrales sobre la explicación del derecho internacional como un sistema en el que confluyen elementos positivos y principios éticos, así como la construcción de un orden internacional fundado en Estados respetuosos de los derechos individuales y vinculados por un orden internacional regido por el derecho, son precisamente las bases sobre las que descansa la construcción del sistema normativo internacional de derechos humanos.

2. LA HISTORIA RECIENTE DE LA CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La configuración del derecho internacional de los derechos humanos es una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional, como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX. De ahí que sea necesario situar adecuadamente el contexto a partir del cual comienza a desarrollarse el sistema internacional y, en particular, el proceso de codificación internacional de los derechos humanos.

2.1. El fracaso de los mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos individuales

El desarrollo de un constitucionalismo fuerte en Europa¹⁴ y desde ahí exportado al mundo tiene su origen en el reconocimiento del fracaso de los sistemas de protección de los individuos en el ámbito interno. El constitucionalismo europeo de la posguerra reconoce que el sistema constitucional desarrollado desde el siglo XVII en adelante, sobre la base de la soberanía estatal sin frenos adecuados, no pudo impedir la tragedia de la segunda Guerra y, en particular, los hechos que la desencadenaron. Los sistemas nacionales no fueron capaces de limitar la actividad del Estado y por tanto, permitieron violaciones masivas de los derechos individuales. Sobre esta premisa se desarrolló una nueva y revitalizada visión de los límites institucionales al poder estatal.

Frente a este análisis de la realidad se desarrollan dos procesos: por una parte, el fortalecimiento de los derechos en el ámbito interno, para lo cual se construye un constitucionalismo fuerte en materia de derechos y un desarrollo conceptual y jurisprudencial en materia de derechos fundamen-

¹⁴ Sobre los alcances de este proceso ver CARBONELL, 2003.

tales.¹⁵ Por la otra, el desarrollo de un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Este último proceso será el objeto de nuestra atención a continuación.

2.2. *El gran cambio para el derecho internacional: la experiencia de las guerras mundiales*

Desde sus orígenes el derecho internacional había desarrollado ciertos medios de protección de los individuos. Estos medios de protección tradicionalmente decían relación con la intervención del Estado en la protección de los ciudadanos. Los principales ejemplos vigentes en esa época son: protección diplomática, que en palabras de Buergenthal fue "un primer signo de la intervención de terceros Estados en la relaciones entre un gobernante y sus gobernados (...) que constituía una extensión de la soberanía nacional"; la abolición de la esclavitud que se enmarca entre los "esfuerzos destinados a resolver un problema de derechos humanos, es decir, de derechos pertenecientes a todos los individuos por el solo hecho de existir"; la protección de minorías cuyo "objetivo (...) fue el de asegurar para estas minorías un trato justo e igualitario y el respeto de su lengua, religión y costumbres"; y la intervención humanitaria, entendiéndose por tal la "intervención armada en el territorio de un Estado con el fin de proteger la vida de extranjeros o nacionales que habitan ese territorio".¹⁶

Un primer paso en el sistema internacional para mejorar la protección internacional se produce una vez terminada la Primera Guerra Mundial. Fundamentalmente, se promueve una actividad importante en el ámbito internacional para hacerse cargo de al menos las siguientes cuestiones: desarrollar un sistema de protección de minorías; desarrollar un sistema internacional de protección trabajadores (destaca en este campo la creación de la Organización Internacional del Trabajo); y profundizar el sistema internacional de protección de las personas refugiadas.¹⁷

Frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, surgió la necesidad de establecer un *orden público internacional* por encima de los Estados que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro: se crearon organizaciones internacionales en el plano político (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa); en lo económico se diseñó un sistema internacional (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), en lo militar surgieron pactos internacionales (OTAN, Pacto de Varsovia); en el campo del derecho humanitario se desarrollaron nuevos

¹⁵ FAVOREU, 1996; PEZES-BARRA, 1999; ALEXY, 2002.

¹⁶ Un interesante estudio a estos acercamientos de la protección internacional, en BUERGENTHAL, 1998: 31-47.

¹⁷ BUERGENTHAL, 1990: 12-14.

instrumentos internacionales (Convenciones de Ginebra de 1949) y en materia de refugiados se comenzó a desarrollar instituciones y documentos internacionales (Alto Comisionado para los Refugiados y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

El *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* propiamente tal comenzó a desarrollarse como parte de este esfuerzo por establecer un nuevo orden internacional. La comunidad internacional asumió la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes; parecía claro que no era posible dejar entregado a la "soberanía" de cada Estado el destino de los individuos.

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos. La idea detrás de este proyecto fue evitar las situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos de que había sido testigo la humanidad durante la Guerra, a través de un sistema que denunciara estos hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, impidiendo que éstas se transformaran en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, esto es, un énfasis fundamentalmente preventivo.¹⁸

Este propósito general de construir un sistema de control internacional de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos se refleja en forma muy clara en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 señala:

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Para entender este desarrollo no se puede dejar de considerar que todo este proceso está marcado por el contexto político del mundo de la posguerra. La Guerra Fría y su consecuente división del mundo en bloques antagónicos impidieron un desarrollo fluido de la idea del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la situación política mundial estaba marcada por la división bipolar, y también por un mundo desigual en que había países desarrollados, como Estados Unidos; países que querían volver al desarrollo pleno después de la devastación provocada por la guerra, como muchos países europeos; países que vivían en el subdesarrollo, como los países latinoamericanos; y países que lentamente empezaban su vida independiente, como las ex colonias africanas. Estos hechos políticos impi-

¹⁸ MEDINA Y NASH, 2003: 18.

dieron por muchos años lograr los propósitos plasmados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁹

Sin embargo, el surgimiento de un movimiento internacional en pro de los derechos humanos y la presión ejercida por la ciudadanía permitieron dar pasos importantes, tanto a nivel universal como regional, que reseñaremos en este estudio.

3. PROPÓSITOS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El principio básico que ha inspirado el sistema de codificación del DIDH desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos es la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino internacional.

Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos han seguido dos vías: la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual. El primero de estos caminos ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos y el segundo, el derecho penal internacional.

Estos dos sistemas normativos de derechos humanos tienen ciertos elementos comunes en cuanto a sus propósitos. El principal punto en común es que los dos sistemas tienen como objetivo final dar **efectividad** a la protección de los derechos humanos. En efecto, cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control aplicables frente a la responsabilidad internacional del Estado se han estructurado dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema. Por su parte, el sistema de responsabilidad individual se ha configurado —en buena parte— como una forma de responder frente a graves ilícitos que afectan a la humanidad en su conjunto, respecto de ciertos derechos humanos protegidos por el sistema internacional, utilizando como mecanismo para dicho fin la persecución de responsabilidades penales individuales.

En segundo lugar, el establecimiento de un sistema internacional de derechos humanos busca la *prevención* de violaciones de derechos humanos. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y

¹⁹ Ésta reafirmaba "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas", ver Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos. Esta lógica preventiva es esencial tanto en el DIDH como en el Derecho Penal Internacional.

4. LA ESPECIAL NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desarrollo del DIDH ha marcado ciertas diferencias con el derecho internacional público tradicional. Estas diferencias tienen especial relevancia en el tema de las fuentes, en particular, en el derecho de los tratados. En Derecho Internacional, los tratados o convenciones tienen por finalidad establecer derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, siendo éstas normalmente dos Estados u ocasionalmente un Estado y una organización internacional. En materia de derechos humanos, por el contrario, aunque los tratados se celebran entre Estados, no emergen de ellos sólo obligaciones y derechos entre los Estados; éstas y éstos, en realidad, ni siquiera son su objetivo principal. De ellos surgen principalmente derechos para los individuos y obligaciones para los Estados, porque su objetivo es la protección de los derechos de las personas frente al Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana" o "la Corte") ha destacado este carácter especial de los tratados sobre derechos humanos:

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 de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos; independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción ...²⁰

En un fallo reciente la Corte ha señalado que esta especialidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "Convención Americana") estaría dada porque ésta, al igual que los demás tratados sobre la materia:

se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de ca-

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), OC-2/82, párr. 29.

rácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.²¹

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia al señalar:

En tal Convención [Genocidio], los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.

La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones.²²

En definitiva, en el campo del Derecho Internacional contemporáneo se ha reconocido la particular naturaleza de los tratados de derechos humanos. Este cambio en la percepción de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados Partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo,²³ puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los Estados. En virtud de lo anterior, las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas.²⁴ Así, las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, el cual es el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales, sin perjuicio de eventualmente sujetarse al control de la Corte Internacional de Justicia.

II. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo *normativo*, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo): las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos; los derechos y libertades garantizados; criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos; normas re-

²¹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 104.

²² Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Reservas á la Convención sur le Génocide* (1951), p. 23. Citado en T. BUERGENTHAL et al., 1991: 172.

²³ Art. 60.5 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²⁴ Corte IDH. OC-2/82, párr. 26.

lativas a la responsabilidad internacional del Estado; y ciertos parámetros sobre interpretación. Los instrumentos crean *órganos* para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los *procedimientos*, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales. Los órganos y procedimientos constituyen la base de los *mecanismos* de protección internacional.

Esta trílogía —normas/órganos/procedimientos— permite analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos podemos considerarlo como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. NORMAS COMUNES

El análisis de las normas comunes de derechos humanos consagradas en el ámbito internacional lo realizaré siguiendo el siguiente esquema:

- Obligaciones generales
- Catálogo de derechos
- Límites legítimos
- La interpretación de los tratados de derechos humanos
- Responsabilidad internacional del Estado
- La obligación de reparar a la víctima

1.1. Las obligaciones generales

Como es propio del derecho internacional, los Estados *deben cumplir con sus compromisos de buena fe*. Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo.²⁵

La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de dos obligaciones principales: respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera que sea el

²⁵ Completos estudios en este campo se pueden encontrar en NOWAK, 2003; ABRAMOVICH y COURTIS, 2004.

tipo de documento en el que se consagre; en conjunto con el principio de igualdad y no discriminación.²⁶

a) La obligación de *respeto* consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas.²⁷ Es posible que estas medidas de realización del mandato normativo impliquen la adopción de políticas públicas de largo plazo que tiendan a satisfacer plenamente el derecho.²⁸ En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos requisitos mínimos: deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y, en ningún caso, se podrán adoptar medidas de carácter regresivo.²⁹

De este modo, respecto de obligaciones que importan una fuerte carga prestacional es justificable que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo, pero debe existir un desarrollo progresivo.

²⁶ En este sentido no estoy pensando en una división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales como categorías separadas por sus obligaciones, sino que determinando las obligaciones que son comunes a todos los derechos consagrados internacionalmente.

²⁷ En este sentido, derechos que no son considerados tradicionalmente como derechos prestacionales implican un fuerte componente prestacional. Se puede pensar a modo de ejemplo lo que implica tener un sistema judicial que garantice un debido proceso o un sistema electoral que permita la participación democrática mediante elecciones libres e informadas.

²⁸ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado al respecto: "La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de 'adoptar medidas', compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es *to take steps*, en francés es *s'engager à agir* (actuar) y en español es 'adoptar medidas'. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto" (CDESC, *Observación General* No. 3).

²⁹ Ver en este sentido ABRAMOVICH y COURTIS, 2004.

vo.³⁰ Que el proceso sea progresivo no quiere decir en ningún caso que éste quede a la discrecionalidad de la autoridad.³¹ Por una parte, se contempla la prohibición de tomar medidas que perjudiquen los derechos que han ido siendo concedidos a la población. Por otra parte, la progresividad también comprende la obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento y asegurar el proceso de consecución del fin propuesto. En efecto, lo que está en juego en estos casos es, precisamente, un derecho subjetivo, por tanto, si no es posible cumplir con tal derecho será necesario satisfacer un cierto test mínimo de razonabilidad.³²

³⁰ En esta lógica se puede entender la referencia de los instrumentos sobre derechos económicos, sociales y culturales al cumplimiento de los compromisos "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Es decir, esta es una forma de cumplimiento, no una excepción que permita incumplir con la obligación prestacional.

³¹ "La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión 'progresiva efectividad' se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga", (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDESC, *Observación General*, No. 3, párr. 9).

³² "Sin embargo, cualquiera que sea la metodología preferida, varios principios se derivan del deber de dar efectividad al Pacto, por lo que han de respetarse. En primer lugar, los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad (véase párrafo 10 infra). En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que medios han resultado más eficaces en el país de que se trate para garantizar la protección de otros derechos humanos. Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos". (CDESC, *Observación General*, No. 9 (1998), párr. 7). También son relevantes las consideraciones del Comité sobre los recursos para su exigibilidad, en tanto estos pueden ser

- ¿Qué medidas está tomando el Estado para cumplir con la obligación adquirida internacionalmente?
- ¿Las medidas adoptadas son las adecuadas para la obtención del fin perseguido?
- ¿Se han establecido etapas en un plan estatal para alcanzar el fin buscado?
- ¿Cuál es el mecanismo de control de las metas planteadas?, ¿se han diseñado e implementado mecanismos políticos o judiciales de control?

De esta forma, la obligación de respeto en los casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional.³³ Además, en todo evento, el sistema de control deberá prestar especial atención al hecho de que las medidas de progresividad no sean aplicadas en forma discriminatoria.

b) La obligación de garantía,³⁴ por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera que sea su contenido normativo. Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente de los derechos y libertades consagrados internacionalmente. Los alcances de esta obligación han sido desarrollados por los órganos de control internacional, en especial, por parte de la Corte Interamericana.³⁵

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: i) la obligación del Estado de *asegurar* el pleno goce y ejercicio de los derechos; ii) el

judicial, pero no son los únicos efectivos, sino que también pueden haber otros que cumplan con los fines propios de las normas de contenido prestacional, ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CDESC, *Observación General*, No. 9, párrs. 9 y 10.

³³ Sobre la relación del control nacional e internacional en materia de derechos con un fuerte componente prestacional, ver ABRAMOVICH, 2006: 35-49.

³⁴ MEDINA y NASH, 2003.

³⁵ Al respecto, la Corte ha señalado: "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" Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 166.

deber de *proteger* a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; iii) adoptar medidas de *prevención general* frente a casos de violaciones graves de derechos; iv) *reparar* a las víctimas; y v) *cooperar* con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.

A continuación, me referiré a cada una de ellas.

i) Las medidas generales para *asegurar* el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las *medidas generales* están dirigidas a toda la población y dicen relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno.

Estas medidas consisten, además, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional; dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio; y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso que existan elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. Este aspecto de la obligación es particularmente exigible cuando hay grupos que ven constantemente violados sus derechos humanos por razones culturales. 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 recursos no agota la obligación del Estado. Limitarse al 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 consiguiente 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.³⁶

De la misma forma deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y la ciudadanía.

Me interesa desarrollar con mayor detalle la argumentación que da la Corte Interamericana para justificar la adopción de *medidas especiales* destinadas a asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos. La Corte, analizando los alcances del derecho a la vida y las obligaciones positivas del

³⁶ MEDINA y NASH, 2003.

Estado, ha definido ciertos estándares que podrían ser aplicables a las obligaciones con contenido prestacional.

El razonamiento es el siguiente: el Estado debe adoptar "todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida" conforme lo dispuesto en los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH. Estas medidas apropiadas implican:

crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.³⁷

La Corte Interamericana establece como criterio general que las obligaciones del Estado deben ser analizadas a la luz de cada situación particular y, por tanto, "los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección...".³⁸ A objeto de no incurrir en responsabilidad internacional y dar cumplimiento a la obligación positiva antes señalada, surgen "deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez".³⁹

La visión de la Corte acerca de las obligaciones del Estado en esta materia es interesante por cuanto señala que, frente a ciertas situaciones especiales de vulnerabilidad de los titulares del derecho (condiciones personales o situación generalizada), no basta con las medidas generales, sino que el Estado está en la obligación de adoptar ciertas medidas especiales ("deberes especiales") de garantía para hacer efectivo el derecho amenazado.

En todo caso, a juicio de la Corte, existen límites para que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de esta obligación de garantía:

es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada.

³⁷ Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 153.

³⁸ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello* (2006), párr. 117. El caso trata la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial, entre otros delitos, de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello a manos de un grupo de paramilitares.

³⁹ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello* (2006), párr. 154.

Por tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la imputación de responsabilidad:

para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.⁴⁰

En síntesis, la lectura de los derechos desde la situación real en que se encuentra su titular puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

ii) El Estado tiene la obligación de *amparar* a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados.⁴¹ En este sentido el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas deberá estar ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

Un caso particular en que el Estado adquiere esta obligación de protección es el deber que tienen los Estados de adoptar medidas para evitar que las personas sujetas a su jurisdicción sean puestas a disposición de otros Estados donde su derecho a la vida e integridad personal puedan verse afectados.⁴²

⁴⁰ Ambas citas corresponden a *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (2006), párr. 155.

⁴¹ Si bien hay autores, por ejemplo NOWAK, 2003: 23-30 y ABRAMOVICH y COURTIS, 2004: 31 (aunque aclaran que es una postura simplemente convencional, no sustantiva), que autonizan esta obligación, no me parece que pueda ser explicada al margen de la obligación general de garantía. La autonomía de la protección por parte del Estado en casos concretos de amenaza no requiere de un razonamiento distinto en cuanto a la actividad del Estado que permita el pleno goce y ejercicio de los derechos amenazados, ya sea por agentes del Estado o por privados.

⁴² El Comité de Derechos Humanos (en adelante "el Comité") ha señalado al efecto: "los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente. Las autoridades judiciales y administrativas pertinentes deberán ser informadas de la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el Pacto en estas circunstancias" CDH, *Observación general*, No. 31 (2004), párr. 11.

iii) En el ámbito de la *reacción frente a violaciones* el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo a la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad.

Esta es una materia relevante no sólo en sus efectos internos, sino también desde una mirada teórica. Cumplir con la obligación original violada es parte de la obligación subsistente. Por tanto, cumplir con la obligación de garantía implica desarrollar una serie de actividades con el fin de permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos, así como la adopción de medidas de prevención, dentro de las cuales destacan evitar situaciones de impunidad en caso de violaciones graves de derechos humanos.⁴³

iv) Como medida final, en todo caso de violación de derechos humanos el Estado deberá *reparar* a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁴

v) *Obligación de cooperar*. En el caso de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "el Pacto"), la obligación de cooperar se traduce en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo.⁴⁵ En el Pacto, la obligación de cooperar establecida en el artículo 40 implica, además, la presentación de informes periódicos ante el Comité de Derechos Humanos.

⁴³ El Comité de Derechos Humanos que ha dicho: "18. Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. Como sucede cuando no se abre una investigación, el hecho de que no se haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser de por sí una vulneración del Pacto. Estas obligaciones existen concretamente en relación con las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzadas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). Es más, el problema de la impunidad respecto de estas violaciones, cuestión de permanente preocupación del Comité, puede ser un elemento importante que contribuye a la repetición de las infracciones. Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)", CDH, *Ibidem*, párr. 18.

⁴⁴ Sobre el tema de las reparaciones ha habido un amplio desarrollo jurisprudencial, cuyo análisis escapa los objetivos de esta investigación. Para un estudio detallado, ver NASH, 2004: 7-55. Una versión actualizada en este libro, cap. IV.

⁴⁵ CDH, *Caso Massera et al.* (1979), párr. 9 letras d) y e), p. 43.

c) Finalmente, el DIDH ha establecido como una obligación general el deber del Estado de *no discriminar* a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación sería una norma perentoria o *ius cogens*.⁴⁶

El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha definido la discriminación como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁴⁷

La acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica un *elemento comparativo*, esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente. El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma directa e inmediata sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos que en forma indirecta lo permitan, o bien, por medio de la omisión de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, *el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitar que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienen, etcétera*.

Mas, no toda diferencia de trato será una discriminación. Es posible que un trato diferenciado sea legítimo, en cuyo caso deben concurrir tres elementos: objetividad y razonabilidad de dicho trato diferenciado y que busque un fin legítimo. El mismo Comité lo ha expresado en los siguientes términos:

...el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son *razonables y objetivos* y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.⁴⁸

Finalmente, es importante tener en consideración que los instrumentos internacionales contemplan la obligación del Estado de respetar y garanti-

⁴⁶ Corte IDH, OC-18/03.

⁴⁷ CDH, *Comentario General*, No. 18 (1989), párr. 7 (destacado mío).

⁴⁸ CDH, *Comentario General*, No. 18 (1989), párr. 13 (destacado mío).

zar el principio de igualdad en toda su legislación y no sólo respecto de los derechos consagrados internacionalmente.⁴⁹

Estas obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente. Es necesario tener presente que estas no son obligaciones autónomas, sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrado en los instrumentos internacionales en casos concretos y respecto de titulares de derechos concretos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos particulares a la luz de las obligaciones generales.

1.2. *El catálogo de derechos y libertades consagrados internacionalmente*

A continuación analizaré la forma en que debe entenderse la estructura de los derechos fundamentales, en tanto estándar normativo. Desarrollaré a) la forma en que se han expresado los derechos consagrados en los instrumentos internacionales; b) los principios que prevalecen en el derecho internacional de los derechos humanos y c) finalmente, formularé algunas reflexiones sobre el valor de la dignidad humana en el derecho internacional de los derechos humanos.

a) En primer lugar, debe tenerse claro que tanto las reglas como los principios son normas. Los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán hechas o cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras).⁵⁰

En segundo lugar, los sistemas relativos a normas *iusfundamentales* pueden expresarse de distintas formas. Pueden expresarse como sistema de principios, sistema de reglas y sistema de principios y reglas, lo que constituye un sistema complejo de normas.⁵¹

⁴⁹ A modo de ejemplo, ver art. 24 de la CADH y art. 26 del PIDCP. Un estudio sobre esta materia en PALACIOS, 2006: 25-43.

⁵⁰ ALEX, 2002.

⁵¹ *Idem*.

Los sistemas normativos internacionales, vinculados con derechos individuales, se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios y reglas. Estos sistemas complejos tienen ventajas frente a modelos puros de reglas o principios. La ventaja frente a un modelo puro de principios es que un sistema como el descrito no afecta la seguridad jurídica; frente a un sistema puro de reglas, el sistema complejo tiene la ventaja que supera los problemas de lagunas.

En un sistema normativo complejo —como el que he descrito— es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto constitucional (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente.⁵² La forma en que el derecho resuelve estas situaciones estará determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto:

- Los conflictos entre principios se resuelven a través de mecanismos de ponderación (por ejemplo eficacia penal vs. derecho a la vida o integridad), y
- Los conflictos entre reglas se resuelven a través de mecanismos de preeminencia (ley que anula, ley rango superior, entre otros).

Lo relevante en el caso de los conflictos entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implique la anulación o invalidez práctica de estas normas.⁵³

Esta idea relativa a los conflictos entre principios está vinculada directamente con los límites de los derechos humanos a los que me referiré más adelante (*infra* 1.3).

b) Un tema que debemos considerar en estas nociones comunes es la forma en que se expresan las normas (principios o reglas) en el derecho internacional de los derechos humanos. En los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH se produce una interesante confluencia de al menos

⁵² PRIETO, 2003: 175.

⁵³ Según Prieto "los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario" (PRIETO, 2003: 187).

tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Al mirar los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad (tanto positiva como negativa), derechos de igualdad (ante la ley, ante otros, material), derechos de participación (derechos políticos en sentido estricto).

c) Otro tema relevante a tener en consideración es el papel que juega la dignidad de la persona humana en el sistema normativo internacional. La dignidad es el valor hacia el cual debe propender todo el sistema normativo de derechos humanos. Esto tiene consecuencias normativas ya que este valor central funda el contenido de los derechos humanos y, por tanto, los principios de libertad, igualdad y participación deberán propender a la realización de este valor.

En cuanto a su naturaleza, la dignidad personal me parece que es un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación. La dignidad es un valor y, como tal, se ubica dentro de lo axiológico.

1.3. Los límites legítimos: restricciones y suspensiones

Es posible que una persona no pueda gozar y ejercer plenamente algunos derechos y que esta sea una situación justificada. Ello ocurrirá cuando exista una limitación legítima por parte del Estado al pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente. Son dos los límites legítimos consagrados por el derecho internacional: las restricciones y la suspensión del ejercicio de derechos.

1.3.1. Restricciones

Nos podemos encontrar con tres situaciones en el ámbito de los derechos humanos. Aquellos derechos que no admiten restricción (tortura, esclavitud, libertad de conciencia), aquellos derechos que admiten restricciones particulares (derechos de propiedad, asociación de fuerzas armadas) y otros que admitan restricciones generales. Me centraré en estos últimos.

Los catálogos contenidos en los tratados de derechos humanos regulan la restricción general de derechos por parte del Estado. 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 con-

diciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones internacionales del Estado.

Los requisitos de una restricción legítima son: a) respeto del principio de legalidad; b) objetivo legítimo; c) respeto del principio de proporcionalidad.

a) El primer límite es que las condiciones generales y circunstancias que autorizan una medida de restricción del ejercicio de un derecho humano no deben estar establecidas por ley.⁵⁴ Este requisito es una salvaguarda a la posible arbitrariedad del gobierno, ya que la expresión "ley" implica exigencias de forma y materiales. El artículo 30 de la CADH establece expresamente que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas "por razones de interés general", lo que puede ser considerado como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones.

b) El segundo límite es que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquéllas establecidas en los instrumentos internacionales, ya sea como norma general o específicamente para ciertos derechos. Generalmente ellas son el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros.⁵⁵

En este punto surgen algunos derechos con posibilidades de restricción particular. Por ejemplo la restricción del derecho de propiedad admite una restricción particular en atención a su "función social".

c) El tercer requisito es que las medidas de restricción respeten el principio de proporcionalidad.⁵⁶ De acuerdo a la interpretación que han hecho los órganos de control internacional la medida de restricción deberá cumplir con los siguientes elementos: necesaria, adecuada y proporcional. Por 'necesaria' se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados. La medida será "adecuada" cuando sea conducente para obtener la protección del derecho mediante la restricción del otro en conflicto; y la "proporcionalidad propiamente tal" tiene relación con que la medida debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o

⁵⁴ A modo de ejemplo, ver arts. 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y arts. 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

⁵⁵ CADH, arts. 15 y 16.

⁵⁶ Un excelente estudio sobre el alcance de este principio (desde una perspectiva fundamentalmente constitucional), ver BERNAL, 2003.

ejercicio del derecho objeto de la restricción, lo que implica que si hay una alternativa menos gravosa debe emplearse esa alternativa.⁵⁷

En los sistemas regionales europeo e interamericano se ha entendido que las restricciones deben ser "necesarias en una sociedad democrática". Esto puede ser interpretado como un estándar más restrictivo para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente (propios de la proporcionalidad), sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros. Dos ejemplos pueden ilustrar el alcance de este requisito. En un caso resuelto por la Corte Interamericana, relativo a propiedad indígena, este tribunal resolvió que, para ponderar el conflicto entre la propiedad indígena y la propiedad privada, era necesario tener en consideración la necesidad que tiene una sociedad democrática de preservar formas de multiculturalidad como base del pluralismo que la caracteriza.⁵⁸ En otro caso, relativo al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra, la Corte señala que para resolver este caso debía tenerse en consideración el particular rol que juega la libertad de expresión en una sociedad democrática y que justifica su especial protección en caso de conflicto con otros derechos.⁵⁹

Una de las hipótesis más interesantes que surgen a partir de las restricciones de derechos es la posibilidad de restringir los derechos a partir de un conflicto entre derechos. A partir de la jurisprudencia internacional, que ha aplicado estos criterios, es posible extraer ciertos criterios generales que deben estar presentes en todo proceso de restricción de derechos humanos de forma tal que se asegure un resultado coherente con un sistema integral de derechos.

Como criterios generales en materia de conflictos de derechos y restricción de los mismos podemos señalar:

- no debiera asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos debieran ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona;
- en caso de conflicto de principios, se debiera ponderar, en el caso concreto, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto;
- la decisión del procedimiento de ponderación debe tener en cuenta dos elementos: la situación de vulnerabilidad en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y la condición personal del titular de derechos en conflicto. En consecuencia, tanto la situación de vulnerabilidad como condiciones personales de los titulares de derechos pueden justificar, a la luz del principio de igual-

⁵⁷ Corte IDH. OC-5/85.

⁵⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa (2005), párr. 148.

⁵⁹ Corte IDH. Caso Ricardo Canese (2004), párrs. 104-105.

dad, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos al momento de resolver conflictos de principios;

- la decisión del procedimiento de ponderación debe tener consideración de la situación de vulnerabilidad en que puedan estar los sujetos posiblemente afectados por la decisión y, en consecuencia, la necesidad de adoptar medidas especiales de garantía de sus derechos;
- las medidas de restricción de los derechos en conflicto debieran ser los menores y en estricta relación con la necesidad de asegurar el derecho pertinente;
- el mandato para aplicar estos criterios debe ser entendido en un sentido amplio como vinculante para todos los órganos del Estado;
- la resolución de los conflictos debe hacerse teniendo en consideración una visión del sistema de derechos en su conjunto, como elementos interrelacionados, con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos.

1.3.2. La suspensión temporal de obligaciones

En su artículo 4, el Pacto permite a los Estados Partes suspender temporalmente algunas obligaciones contraídas en virtud de dicho tratado,⁶⁰ a lo que se refiere la Convención Americana en su artículo 27. El marco que establecen tanto el artículo 4 del Pacto como el artículo 27 de la Convención incluye:

- las causales por las cuales se pueden suspender ciertas obligaciones del tratado;
- los derechos respecto de los cuales el Estado no puede suspender ninguna obligación; un requisito de proporcionalidad en el tiempo y en el tipo de suspensiones que se decreten;
- la exigencia de que las medidas no pueden ser discriminatorias;
- la prohibición de suspender obligaciones cuando ésta es incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado, esto en razón de que el Estado debe aplicar la norma que más favorezca a los individuos;
- cumplimiento de aspectos formales.

A continuación, verá los aspectos más relevantes de cada uno de estos requisitos:

- ♦ El artículo 4 del Pacto establece que la suspensión de obligaciones se autoriza "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la

⁶⁰ Para una interpretación detallada del art. 4, ver CDH, *Observación General*, No. 29 (2001).

nación"; el artículo 27 de la Convención Americana la autoriza en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. Los conceptos del artículo 27 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 humanos.⁶¹

♦ En cuanto a los derechos cuyas obligaciones no pueden suspenderse, el artículo 4 señala los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes); 8.1 y 8.2. (prohibición de la esclavitud, trata de esclavos y servidumbre); 11 (prohibición de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales); 15 (principio de *nullum crimen nulla poena sine lege* y principio de la aplicación de la pena más favorable al reo); 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); y 18 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). El artículo 27, por su parte, prohíbe suspender obligaciones con respecto a 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 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 Convención claramente es más restrictiva para los Estados, probablemente por la experiencia que el continente americano ha tenido con los estados de excepción. Particularmente importante es la prohibición de suspensión de las garantías judiciales. El artículo 27 no establece cuáles son esas garantías, lo que indujo a un Estado y a la Comisión a enviar sendas consultas a la Corte, la cual, por unanimidad, opinó en la primera consulta:

que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1⁶² y 7.6⁶³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales

⁶¹ Ver NORRIS y REITON, 1980: 189-223 (191-199); FAUNDEZ-LEDESMA, 1984: 101-126.

⁶² El artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) consagra el derecho a un recurso de amparo sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para proteger los derechos humanos.

⁶³ El artículo 7 regula el derecho a la libertad personal y establece el recurso de *habeas corpus* en su inciso 6.

ciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.⁶⁴

Ampliando lo dicho, en la segunda opinión sostuvo, también por unanimidad:

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión [...] el *habeas 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 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, recogido por el artículo 8 de la Convención.⁶⁵

Así, para su interpretación del artículo 27 la Corte acude a la idea central de que toda suspensión debe enmarcarse en un sistema democrático y respetar el principio de la legalidad.

La Observación General 29 del Comité interpreta el artículo 4.2 del PIDCP a la luz de la existencia de normas imperativas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional Humanitario y expande por esta vía la lista de obligaciones no suspendibles. Como casos ilustrativos, se señala el artículo 10 del Pacto, la prohibición de la toma de rehenes, secuestros o detenciones no reconocidas (que dan origen a los desaparecidos), ciertos elementos de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, la deportación o traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el Derecho Internacional (aunque se haya suspendido el artículo 12 del Pacto), el artículo 20 del Pacto, y el artículo 2.3 del mismo que exige a los Estados que proporcionen recursos para cualquier violación del Pacto.

También se entienden incluidas en la prohibición de suspensión las garantías procesales, que se basan en los principios de legalidad y del Estado de Derecho inherentes al Pacto en su conjunto.⁶⁶

El requisito de la *proporcionalidad* se expresa en el artículo 4 del Pacto al decir que las disposiciones que adopte el Estado en una situación de emergencia deberán estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, y en el artículo 27 de la Convención Americana al señalar que permi-

⁶⁴ Corte IDH. OC-8/87, párr. 44.

⁶⁵ Corte IDH. OC-9/87, párr. 41.

⁶⁶ *Ibidem*, párrs. 15 y 16.

te estas disposiciones "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". El Comité de Derechos Humanos ha dicho que el requisito de proporcionalidad "guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción".⁶⁷

- ♦ El artículo 4 del Pacto dispone que ninguna medida puede entrañar discriminación alguna "fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social", lo que repite el artículo 27 de la Convención. No se mencionan como bases posibles de discriminación prohibida en caso de suspensión de derechos, "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 2 del Pacto y en el artículo 1 de la Convención, pero omitidas en esta regulación de las suspensiones. Claramente, los instrumentos han establecido un régimen especial más restrictivo en esta materia.

- ♦ Finalmente, el sistema internacional ha establecido la prohibición de suspender obligaciones cuando esta medida sea incompatible con las demás obligaciones internacionales del Estado. De esta forma, en caso de que, por algún compromiso internacional del Estado distinto a los instrumentos aquí señalados, se vea limitada la suspensión de derechos, primará este límite adicional. Esto no es sino la aplicación de la obligación de elegir la norma que más favorezca a los individuos.

- ♦ *Aspectos formales.* El artículo 4 del Pacto exige que la declaración de emergencia sea proclamada oficialmente dentro del Estado. Este requisito se encuentra implícito en la exigencia del respeto al principio de legalidad que la Corte Interamericana ha enfatizado en las Opiniones Consultivas examinadas anteriormente la notificación a los demás Estados Partes. La exigencia de la notificación es una señal de que la suspensión de obligaciones es de interés del conjunto de Estados Partes del Pacto y de la Convención. La notificación, que se hace a través del Secretario General de la ONU o de la OEA, respectivamente, permite a los órganos de supervisión examinar los fundamentos de la decisión y las medidas que a raíz de ella se tomen.

El Comité ha agregado que ella también permite que "los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto".⁶⁸

1.4. La interpretación

La interpretación de los tratados de derechos humanos debe hacerse conforme a las normas que rigen la hermenéutica sobre normas internacio-

⁶⁷ CDH, *Observación General, No. 29* (2001), párr. 4.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 17.

nales. Para todos los tratados internacionales, incluidos aquellos relativos a derechos humanos, las normas de interpretación están contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que recoge los principios generales del derecho internacional público en materia de interpretación. El artículo 31 numeral 1 Convención establece un principio básico en materia de interpretación:

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.

Esta es la base de todo el sistema de interpretación en materia de tratados de derechos humanos a partir de la cual se diseñan los criterios hermenéuticos que dicen directa relación con la interpretación de las normas de derechos humanos. Los criterios que emanan de esta norma son: integralidad en la interpretación, sistematicidad de la interpretación, relevancia del objetivo y fin del tratado y el carácter dinámico de la interpretación.

En primer lugar, es importante dejar claramente establecido que el 'contexto' de un tratado no se limita al texto de la norma a interpretar, sino que incluye el articulado en su conjunto, el preámbulo y los anexos o protocolos. Es importante tener en consideración que en el derecho internacional las diversas fuentes se influyen recíprocamente, por lo que la interpretación debe ser integral. Por tanto, en materia de interpretación de tratados internacionales de derechos humanos se debe tener en consideración todo otro instrumento que se refiera a las materias propias del tratado tratado; y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él (art. 31.2 a) y b)). Esto es básico cuando se interpretan tratados en materia de derechos humanos ya que son variadas las fuentes complementarias que ayudan a fijar el contenido y alcance de las normas. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales dan contexto a las normas de los tratados. De esta forma, la interpretación de cada derecho o libertad debe hacerse teniendo en consideración todo el acervo normativo y jurisprudencial que determina el contenido y alcance de los mandatos normativos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido la Corte Interamericana ha señalado:

El *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). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar

la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.⁶⁹

La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre un determinado derecho en los Estados Partes del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares pueden dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos de que es titular un individuo.

En segundo lugar, es importante tener presente que el artículo 31 precitado consagra un sistema de interpretación unitario, donde toda norma convencional debe ser interpretada simultáneamente de acuerdo al principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, el sentido corriente de los términos en el contexto del tratado y el objeto y fin del mismo. De esta forma, no es lícito hacer distinciones o jerarquías entre los distintos elementos de análisis, sino que deben tenerse todos ellos en cuenta cuando se busque determinada el contenido y alcance de una norma internacional, en este caso, de derechos humanos.

En tercer lugar, me parece especialmente interesante detenerse en el elemento del "objeto y fin" del tratado como elemento de análisis. Si consideramos que los tratados de derechos humanos tienen como objeto y fin la consagración de derechos y libertades de los individuos respecto de los Estados y, en muchos casos, además establecen un sistema de protección de estos derechos, es evidente que esto repercute de manera significativa a la hora de la interpretación de sus normas. Esto implica que cada vez que sea necesario determinar el contenido y alcance de un derecho o libertad respecto de un titular concreto, se debe orientar la interpretación a la mejor forma de dar eficacia al mandato normativo, de forma tal que el individuo pueda gozar y ejercer considerando sus particularidades personales, colectivas y situacionales; esta es la única forma de entender una interpretación que sea consecuente con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos. De esta forma, según la Corte Interamericana: "al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano".⁷⁰

Además, en aquellos casos en que se presentan dudas sobre el contenido y alcance de un derecho o sobre la obligación del Estado o hay distintas posibilidades de interpretación, siempre debe preferirse aquella que permite un mejor goce y ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el tratado objeto de interpretación. Por tanto, una interpretación conforme al objeto y fin debe buscar siempre dotar a la norma de un efecto útil para que la norma sea una eficaz garantía de los derechos de la persona. Esto ha sido

⁶⁹ OC-18/03, párr. 120, y OC-16/97, párr. 115.

⁷⁰ OC-5/85, párr. 52.

señalado expresamente por la Corte Interamericana en los siguientes términos: "la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a [sic] asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos".⁷¹

Por último, debe tenerse presente al momento de interpretar un tratado de derechos humanos el carácter dinámico o evolutivo de la interpretación en el derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido, en su Opinión consultiva sobre las Consecuencias Legales de la presencia de Sudáfrica en Namibia, 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".⁷² Esta interpretación dinámica de los tratados internacionales obliga al intérprete, en cada caso, a buscar aquella lectura de la norma que le permita al titular gozar y ejercer sus derechos humanos frente a nuevas realidades que pudieron estar fuera del imaginario de los Estados al momento de consagrar los derechos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. La Corte Interamericana ha destacado que:⁷³

En otras oportunidades, tanto este Tribunal⁷⁴ como la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁵ han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención).⁷⁶

Concordante con estas ideas propias del derecho internacional público, las normas específicas sobre interpretación de los tratados de derechos humanos consagran la necesidad de una interpretación acorde a los objetivos

⁷¹ Caso *Mapiripán*, párr. 105.

⁷² CJI, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, (1971), pp. 16-31.

⁷³ Caso *Yakye Axa*, párrs. 66 y 67.

⁷⁴ Casos citados por la Corte: Caso de los Hermanos Gómez Raquiyauri, párr. 165; Caso *Comunidad Moyaogña (Sumo) Awas Tingni*, párr. 146; Caso de los "Niños de la Calle" (*Villográn Morales y otros*), párr. 193, y OC-16/97, párr. 114.

⁷⁵ Casos citados por la Corte: *Eur. Court H.R., Tyrer v. The United Kingdom*, párr. 31.

⁷⁶ Casos citados por la Corte: Caso *Tibi*, párr. 144; Caso de los Hermanos Gómez Raquiyauri, párr. 164; Caso de los "Niños de la Calle" (*Villográn Morales y otros*), párrs. 192 y 193; y OC-16/97, párr. 113.

y fines de los tratados, dinámica e integral. Así, el artículo 5.2 del Pacto dispone que:

No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Por su parte, en el sistema interamericano, el artículo 29 de la Convención recoge estos criterios hermenéuticos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. 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.

En este sentido, la Corte ha señalado que a partir del artículo 29 se han desarrollado diversos criterios interpretativos,⁷⁷ a saber:

En primer lugar la Corte ha invocado las "Normas de Interpretación" del artículo 29 para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención. El literal a) ha sido utilizado para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención. De la misma forma, utilizando el literal b) de dicho artículo, la Corte ha interpretado las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales y en normas de derecho interno. Asimismo, se ha utilizado el literal c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

En segundo lugar, el artículo 29 ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de "interpretación evolutiva" de los tratados de derechos humanos, que es "consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas" en dicho artículo. Asimismo, se ha desarrollado el principio de "aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos" como derivado del artículo 29.b) y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a).

En tercer lugar, la Corte ha utilizado el artículo 29 para determinar el alcance de su competencia consultiva. En este sentido se ha señalado que, de acuerdo

⁷⁷ *Caso Apitz*, párrs. 218, 218 y 219 respectivamente.

al artículo 29.d), "al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración [Americana de Derechos y Deberes del Hombre]". Además, la Corte ha afirmado que "excluir, *a priori*, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29.b).

Por tanto, tanto en el sistema general de interpretación de tratados propios de derecho internacional público, como de los instrumentos de derechos humanos surgen principios sobre interpretación que permiten dar eficacia a los derechos consagrados internacionalmente sobre la base de un sistema coherente y unitario de normas.

1.5. La responsabilidad internacional del Estado

Una materia de vital trascendencia que ha emergido en el sistema internacional de derechos humanos es la responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos. Uno de los sistemas que más ha aportado a este tema es precisamente el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En el derecho internacional público clásico ha primado la idea de que la responsabilidad internacional se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado, a través de un tratado o del derecho consuetudinario.

Los elementos que componen el hecho ilícito internacional serían los siguientes:

- existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión;
- dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia en el *Caso "La Última Tentación de Cristo"*,⁷⁸ la Corte Interamericana estableció que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño.⁷⁹

⁷⁸ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (2001).

⁷⁹ "Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado", Corte IDH. *Ibidem*, párr. 72. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.

♦ Si la responsabilidad internacional emana de la *infracción de una obligación internacional*, es necesario tener claridad sobre cuáles son las normas que obligan al Estado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Las normas internacionales en materia de derechos humanos que pueden hacer incurrir en responsabilidad al Estado son todas aquellas que le pueden ser exigibles, ya sean tratados internacionales de los que es parte, así como prácticas consuetudinarias que puedan serle exigibles de acuerdo con el derecho internacional público.⁸⁰ En el estado actual del desarrollo del sistema internacional las principales obligaciones de los Estados están en los tratados internacionales, ya sean estos universales (sistema de Naciones Unidas) o regionales (sistemas europeo, interamericano, africano). De esta forma, la normativa internacional en materia de derechos humanos constituye *lex specialis* en materia de responsabilidad de los Estados, toda vez que se encuentra dirigida a regular en particular este tipo de obligaciones y, por tanto, ésta constituirá la base de las obligaciones estatales exigibles en sede internacional.⁸¹

En el sistema interamericano, los Estados parte de la OEA tendrán como fuente de sus obligaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).⁸² En el sistema de la Convención Americana las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos y libertades consagrados en dicho instrumento.⁸³ Además, los Estados serán responsables por las obligaciones que emanan de los tratados específicos en materia de derechos humanos de que sean parte. En el ámbito de Naciones Unidas, el sistema de responsabilidad internacional estará determinado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) para todos los Estados parte de la ONU y, además, los tratados especiales de los que cada Estado sea parte.

♦ El segundo elemento constitutivo de la responsabilidad internacional del Estado es que la infracción a las obligaciones internacionales sea *imputable al Estado*. Respecto de qué conductas son las que pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado, se puede señalar que se aplican las normas generales del derecho internacional público, por tanto,

⁸⁰ La Corte Interamericana ha establecido la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una norma de *ius cogens*. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros* (2006), párr. 99 y 114.

⁸¹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 107.

⁸² Corte IDH. OC-10/89, párr. 45; *Caso Bueno Alves* (2007), párrs. 54 a 60.

⁸³ La Corte ha señalado expresamente que el "... origen mismo de dicha responsabilidad surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención". Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"* (2005), párr. 108. En el mismo sentido Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello* (2006), párrs. 111-113; *Caso de la Masacre de la Rocha* (2007), párr. 67.

la responsabilidad puede estar fundada en actos u omisiones de cualquier poder u órgano estatal que viole obligaciones internacionales en materia de derechos humanos:

i) El Estado puede hacerse responsable por la *adopción de disposiciones legislativas* incompatibles con las obligaciones internacionales. Es decir, si se dicta una ley que es incompatible con las obligaciones que ha adquirido el Estado a través de los tratados de derechos humanos, el legislativo está haciendo incurrir al Estado en responsabilidad internacional y, por lo tanto, lo está poniendo en una situación de ser sujeto pasivo en el sistema internacional y ser objeto de un proceso internacional y ser, eventualmente, objeto de una condena internacional.⁸⁴ También puede el legislativo comprometer la responsabilidad del Estado cuando *no adopta disposiciones legislativas necesarias* para hacer compatible su normativa interna con las obligaciones internacionales.⁸⁵ Cuando los Estados ratifican un tratado, lo hacen parte de su legislación, por tanto, se están comprometiendo también a adecuar toda su legislación interna de acuerdo a los estándares del tratado internacional. En ese sentido, hay un esfuerzo que deben llevar adelante los Estados, de ver cómo el conjunto de su cuerpo normativo y las prácticas que de él emanan se ajustan a las obligaciones que están adquiriendo.⁸⁶

ii) El *Poder Ejecutivo*, a través de todos sus funcionarios, por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales, también puede hacer al Estado responsable internacionalmente. Esta es la visión clásica que tenemos del incumplimiento de una obligación internacional de derechos humanos: la de un funcionario público que no cumple con aquello que está obligado a respetar o a dar garantía (esto comprende también la obligación de prevenir o reprimir acciones ilícitas de particulares); por eso no nos vamos a detener mucho en esta idea.

iii) También el *Poder Judicial* puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad podrá estar basada en denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado.⁸⁷

♦ Respecto de la responsabilidad por *actos de privados*, el sistema internacional ha establecido que el Estado puede llegar a ser responsable en estos casos atendida su falta de respuesta frente a estas acciones privadas que, de haber sido provocadas por sus agentes estatales, constituirían violaciones de derechos.

⁸⁴ Corte IDH. *Caso La Cantuta* (2006), párrs. 167 y 189; *Caso Barrios Altos* (2001), párr. 41; *Caso Barrios Altos - Interpretación de la Sentencia de Fondo* (2001), párr. 18.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Palamari Iribarne* (2005), párr. 93.

⁸⁶ Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (2001), párr. 72.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano* (2006), párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (2006), párr. 128.

La Corte Interamericana al respecto ha señalado:

... 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 transgresión, 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.⁸⁸

El fundamento de dicha responsabilidad lo explora la Corte en los siguientes términos:

... 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 transgresión 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.⁸⁹

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.⁹⁰

De esta forma, se observa que el Estado puede ser responsable por las violaciones convencionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), o bien, dicha responsabilidad puede emanar de una omisión del Estado de actuar en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales.

Una cuestión interesante que aborda la Corte en la sentencia del *Caso Mapiripán* es la determinación sobre el momento en que se produce la responsabilidad internacional y cuándo ésta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que "la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios".⁹¹

Pareciera que con esta postura se abre una posible discusión acerca de la responsabilidad internacional a la luz de los criterios que se han establecido en el ámbito internacional público. Es claro que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 172.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 173.

⁹⁰ CDH, *Observación general*, No. 31 (2004), párr. 8.

⁹¹ Corte IDH. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, (2005), párr. 113.

actuar a nivel interno (este es el sentido del principio del agotamiento de los recursos internos). Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado, y con ello se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos (obligación de investigar, sancionar y reparar), determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno.

1.6. La obligación de reparar a la víctima

La obligación de los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos es un concepto que se ha instalado como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos.⁹² Su vinculación como uno de los principios del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones aún respecto de los Estados que no sean parte de dichas Convenciones especiales ha sido establecido por la propia Corte Internacional de Justicia y por la Corte Interamericana:

Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo.⁹³

En cuanto a su incorporación en los tratados de derechos humanos, podemos destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos u el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.⁹⁴

En el ámbito del DIDH se ha asumido una concepción amplia del concepto de reparaciones y se han dispuesto actuaciones del Estado que comprenden medidas restitución, compensación, satisfacción y garantías de no repetición.⁹⁵ De hecho, se ha determinado a nivel interno importantes me-

⁹² NASH, 2004.

⁹³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, (1989), párr. 25.

⁹⁴ Artículo 63.1 de la CADH

⁹⁵ El CDH ha señalado: "El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción, entre ellas la presentación de disculpas públicas y testimonios ofi-

didas de cumplimiento de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, las que tienen un efecto reparador, tanto en la perspectiva de cesación del mal causado, como medidas de no-repetición.

Es posible afirmar que el sistema internacional de derechos humanos ha centrado su atención en materia de reparaciones en la persona de la víctima y en la garantía de no repetición. De ahí se desprende un acercamiento al tema que abre posibilidades de actuación al sistema internacional en situaciones de violaciones de derechos humanos más allá de cada caso particular.

2. MECANISMOS DE CONTROL INTERNACIONAL: ÓRGANOS Y PROCEDIMIENTOS

Es evidente que la sola consagración de los derechos humanos en instrumentos internacionales no garantiza su real y efectiva vigencia. Para ello ha sido necesario desarrollar mecanismos de control internacional. Una cuestión que debemos recordar al analizar los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos, es que estos se han estructurado en la práctica. Por ello, muchas veces, muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen precisamente a un sistema que no ha evolucionado coherentemente, sino siempre motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente.⁹⁶

a) De esta forma, el elemento que define a los sistemas de protección es la pregunta acerca de *qué tipo de violación* de derechos humanos es a la que debe hacerse frente y cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz. Actualmente, es posible distinguir aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. También podríamos señalar la existencia de una tercera tipología, la cual es la de las violaciones estructurales de derechos.

Por una parte, puede que las violaciones de derechos humanos sean *graves y sistemáticas*,⁹⁷ es decir, que obedezcan a una política de gobierno que las comete o que permite que se cometan por terceros que no sean ofi-

ciales, el ofrecimiento de garantías de evitar la reincidencia y la reforma de las leyes y prácticas aplicables, y al enjuiciamiento de los autores de violaciones de derechos humanos" (CDH, *Observación General*, No. 31 (2004), párr. 16).

Asimismo, un interesante paso en esta material se dio el 16 de diciembre de año 2005, ya que mediante Resolución 60/147, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

⁹⁶ M. NOWAK. 2003.

⁹⁷ Un interesante estudio referente al sistema interamericano en MEDINA, 1988.

cialmente agentes del Estado. Si las violaciones obedecen a una política del gobierno, el caso que se examine ante el órgano internacional no versará sobre una discrepancia jurídica entre el gobierno y el peticionario respecto a la interpretación o alcance de un derecho (como en los casos individuales), sino que el centro estará en determinar la veracidad de los hechos denunciados. La intervención de los órganos políticos del sistema internacional será fundamental para lograr una modificación de las situaciones, mediante la presión ante las instancias nacionales con capacidad de modificar la conducta violatoria de derechos humanos.

Por otro lado, las *violaciones aisladas* tienen como premisa que los Estados en los que los tratados internacionales están vigentes estén sometidos al imperio de la ley, esto es, sean un Estado de Derecho. Si bien es posible que se presenten casos de violaciones de derechos, el Estado en conjunto no está comprometido con dichas violaciones y está dispuesto a realizar lo necesario para evitarlas. De esta forma, en principio, los casos de violaciones de derechos humanos deberían ser reparados en el propio Estado con el concurso de los poderes públicos y la opinión pública. Sólo en el evento que la violación no sea resuelta satisfactoriamente internamente, opera el sistema internacional, ya sea a través de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales. Ambos mecanismos operan sobre la base de la buena fe del Estado, que buscará solucionarlas en el ámbito interno o en el campo internacional (mediante soluciones amistosas), o bien, acogiendo la solución que establezca la instancia internacional.

El sistema internacional de derechos humanos ha operado tradicionalmente bajo dos tipos de violaciones (graves y sistemáticas y las aisladas o individuales) y ha estructurado los mecanismos para hacer frente a estas violaciones. Hoy, en cambio, la realidad es más compleja y me parece que es posible sostener una nueva categoría de violación de derechos humanos: las violaciones estructurales.

Para caracterizar las *violaciones estructurales* debe tenerse en consideración que en estos casos es la organización del Estado (la institucionalidad) la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.

b) Para hacer frente a las dos categorías tradicionales de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos *órganos de control interna-*

cional. Podemos distinguir básicamente tres: políticos, cuasi-judiciales y judiciales.⁹⁸ En el caso de las violaciones estructurales, se han utilizado estos mismos mecanismos, con los problemas que es posible imaginar del uso de procedimientos diseñados para un tipo diferente de violación.

Los *políticos* son aquellos que se han utilizado para casos de violaciones masivas y sistemáticas. Son producto de resoluciones dictadas por los órganos políticos, compuestos por miembros representantes de los gobiernos (Consejo Económico y Social, la ex-Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, actual Consejo de Derechos Humanos). Se dictan medidas de tipo político, en base a un diálogo con el gobierno; lo que pretenden es cambiar ciertas prácticas gubernamentales.

Los *cuasi-judiciales* se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH o el Comité), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.

Los *judiciales* son aquellos en los cuales la protección se desarrolla a través de órganos, establecidos en los tratados de derechos humanos, que cuentan con facultades jurisdiccionales, esto es, con la competencia para resolver conflictos de relevancia jurídica con fuerza obligatoria. Estos órganos, a nivel internacional, son tres: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y la Corte Africana de Derechos Humanos. Podemos señalar que también la Corte Internacional de Justicia puede referirse a temas vinculados con derechos individuales.

Un desafío para el sistema internacional es ver cómo enfrentará con estos mecanismos ya consagrados internacionalmente las nuevas problemáticas en materia de derechos humanos, tales como las violaciones estructurales.

A continuación analizaré los principales aspectos de los mecanismos desarrollados en Naciones Unidas y en el sistema Interamericano de derechos humanos.

2.1. El sistema de Naciones Unidas

En la Carta de la ONU se consagra el marco general sobre el cual se desarrolló el sistema de Naciones Unidas relativo a los Derechos Humanos.⁹⁹ Aparte del preámbulo que recoge las aspiraciones generales tenidas a la vista al momento de suscribir dicho tratado, los artículos relevantes en

⁹⁸ En esta materia ver van BOVEN, 2000.

⁹⁹ VILLÁN DURÁN, 2002.

materia de derechos humanos son el 1.3, que al momento de tratar sobre los propósitos de la ONU señala como uno de éstos "fomentar y alentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin discriminación de raza, sexo, idioma o religión" y los artículos 55 y 56, relativos a las obligaciones de los Estados.

En todo caso, la Carta no define qué se entiende por derechos humanos. Una primera aproximación al tema fue la idea de redactar un instrumento vinculante en materia de derechos humanos, esto es un tratado internacional. Mas los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales fueron insuficientes para persuadir a los Estados a que adoptaran un tratado de derechos humanos jurídicamente vinculante. Sólo hubo consenso para adoptar una Declaración Universal de los Derechos Humanos como un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse".¹⁰⁰ Debieron pasar varios años para lograr la adopción de tres tratados generales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; pasaron otros diez años para que ellos entraran en vigencia.¹⁰¹

a) En materia de normas, a nivel internacional se conoce como *Carta de Derechos Humanos* al conjunto de instrumentos generales que se han dictado en el marco de Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. Asimismo, se han suscrito una serie de instrumentos específicos en materia de derechos humanos, dentro de los cuales, podemos destacar las siguientes: Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969); Convención internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2007).

b) En cuanto a los *órganos* vinculados con derechos humanos, el sistema de Naciones Unidas tiene una estructura dual. Por una parte, en *sistema*

¹⁰⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

¹⁰¹ Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

basado en la carta de organización y por otro, el sistema basado en las convenciones específicas sobre la materia. En el sistema de Naciones Unidas los órganos centrales de la organización tienen vinculación con materias de derechos humanos (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social —ECOSOC— Secretaría Ejecutiva), y además, se han diseñado estructuras especialmente dedicadas al tema.¹⁰²

Dentro de estos órganos especiales destacó la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, que dependía del ECOSOC y que formulaba propuestas, recomendaciones y emite informes. Su labor la podríamos caracterizar como eminentemente de tipo legislativo. Sus miembros eran representantes de los Estados y por tanto, es un órgano eminentemente político o de "control entre pares". Frente a las críticas que recibió su funcionamiento y además con el fin de resaltar la relevancia del tema de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas, en 2005 se creó el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó a la Comisión; si bien mantuvo el carácter de órgano político, su jerarquía cambió y pasó a ser un órgano subsidiario de la Asamblea General.¹⁰³ El Consejo tiene como funciones principales: enfrentar situaciones de violaciones de los derechos humanos, incluidas violaciones graves y sistemáticas, prevenirlas y responder a situaciones de emergencia.

Al momento de su creación el Consejo de Derechos Humanos heredó los procedimientos desarrollados por la Comisión. En su primer año de funcionamiento se han desarrollado los principales aspectos relativos a los procedimientos que utilizará el Consejo para cumplir con sus funciones.¹⁰⁴ Por una parte, destaca un nuevo procedimiento de control, dirigido a todos los Estados: el *Examen Periódico Universal*. A este procedimiento se someterán todos los Estados parte de las Naciones Unidas y busca ser un medio de control de la actividad de los Estados miembros de la Organización, evitando, por tanto, las acusaciones de selectividad que tanto daño hicieron a la antigua Comisión. El control se hace sobre la base de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los instrumentos de derechos de que el Estado sea parte, así como de los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario que lo vinculen. Esto es interesante ya que amplía la base normativa de control no sólo a los tratados específicos de derechos humanos, sino que también a la normativa humanitaria, lo que abre las puertas a una mayor convergencia entre estos sistemas normativos.

Por otra parte, nos encontramos con un "nuevo procedimiento"¹⁰⁵ de *Procedimiento de Quejas*. Hasta ahora en Naciones Unidas destacaban, en

¹⁰² BURGENTHAL, 1998: 93-108.

¹⁰³ <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/index.htm>

¹⁰⁴ Consejo de Derechos Humanos: Construcción Institucional (Resolución que fija los procedimientos del Consejo), 18 de junio 2007.

¹⁰⁵ Este es un aspecto muy débil de la nueva estructura. El procedimiento de quejas se ha

primer lugar, aquellos procedimientos de tipo político, dentro de los cuales podemos señalar las Resoluciones 1235 y 1503 del Consejo Económico y Social.¹⁰⁶ El proceso para llegar a estos mecanismos es interesante porque demuestra la progresividad del sistema de control internacional. En el año 1947 la Comisión de Derechos Humanos dictó una resolución señalando que no puede seguir casos individuales, decisión ratificada por el ECOSOC. En el año 1967, el ECOSOC, a través de la Resolución 1235 y luego, en el año 1970, por medio de la Resolución 1503 se diseñaron dos procedimientos para el conocimiento de casos o situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (por ejemplo, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias). El Procedimiento de Quejas adoptado el Consejo reemplaza al procedimiento 1503 (no es claro el destino del procedimiento 1235), prevé una mayor participación de las víctimas —aún insuficiente— y permite que el Consejo adopte medidas al finalizar su tramitación.

Otro procedimiento relevante en el sistema de Naciones Unidas es la elaboración de *Informes*, tanto los temáticos como de países por Relatores que son nombrados para abocarse al estudio de una situación especial en que se vean afectados los derechos humanos. La posibilidad de un control internacional a través de Relatores ha cobrado especial importancia en las últimas décadas ya que es visto como un sistema útil para poder conocer en detalle una situación de violaciones de derechos humanos y buscar soluciones directamente con los gobiernos involucrados.

Dentro del sistema basado en la Carta, no puede dejar de mencionarse a la *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*, creada por la Asamblea General mediante la Resolución 48/141, del 20 de diciembre de 1993. Sus funciones son: promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos; formular recomendaciones a los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas para mejorar la promoción y protección de todos los derechos humanos; promover y proteger el derecho al desarrollo; proporcionar asistencia técnica en la esfera de los derechos humanos; coordinar los programas de educación e información pública de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos.

c) Actualmente, existe un amplio desarrollo del sistema de tratados de derechos humanos que contemplan una serie de órganos encargados de la

formulación sobre la base de uno de los procedimientos más criticados de la antigua Comisión, la Resolución 1503 que establecía un procedimiento de carácter confidencial.

¹⁰⁶ Los mecanismos a los que me refiero están establecidos por la ECOSOC, Resolución 1235 (XLIJ) del 6 de junio de 1967 y la Resolución 1503 (XLVIII) del 27 de mayo de 1970. Estos mecanismos esencialmente de carácter político tenían como instrumento base la Declaración Universal de Derechos Humanos, no estaban sujetos a un procedimiento especial y tenían por objetivo final obtener algún cambio en materia de política interna del Estado. La principal diferencia entre los procedimientos era que el 1235 era un procedimiento público y el 1503 era secreto.

supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados asumidas bajo cada tratado en particular. Estos órganos cuasi-judiciales se denominan *comités* y su trabajo se vincula directamente con cada uno de los instrumentos a los cuales están adscritos. La creación de los Comités puede ser convencional, a través de protocolos o por resoluciones de los órganos políticos.¹⁰⁷

En el sistema de control y protección de derechos humanos contemplados en los tratados específicos también se contemplan procedimientos de protección de los derechos consagrados y de control de las obligaciones de los Estados. En el trabajo de los comités destacan tres procedimientos: observaciones a los informes de los Estados parte, observaciones generales y casos individuales.

Para el control de las obligaciones se contempla un sistema de "examen de los informes de los Estados", que funciona sobre la base de informes periódicos que los Estados deben presentar a los comités a objeto de controlar los avances y los problemas que se presentan en cada signatario de los tratados de derechos humanos en la implementación de estas normativas en el ámbito interno. Este procedimiento está basado en el intercambio de información entre el Estado, las ONG que operan en cada Estado y a nivel internacional —informes sombra— y el propio Comité que formula las observaciones que estime pertinente luego de recibir la información y discutirla con el Estado a través de una audiencia pública destinada al efecto.

Con el fin de ayudar a los Estados a elaborar informes, el comité elaborará *Observaciones Generales* como guía para su preparación, las que precisarán el contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en el respectivo instrumento. Las observaciones constituyen de algún modo jurisprudencia del comité respectivo.

Como un mecanismo de protección de los derechos, algunos comités contemplan el examen de comunicaciones individuales. Estos procedimientos tienen por objeto determinar si en el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta. Se establecen al efecto procedimientos cuasi-jurisdiccionales donde de las víctimas de violaciones de derechos consagrados en los convenios pueden recurrir, rendir pruebas (escritas) y el Estado tiene la posibilidad de plantear sus defensas. Todo ello termina con una resolución del comité donde se determina si ha habido o no violación de la obligación del Estado.

Un cuarto mecanismo de control, que sólo se contempla en algunos tratados, es el control internacional frente a violaciones sistemáticas. Así, el

¹⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Comité contra la tortura (art. 20 del tratado contra la Tortura) y el Comité del CEDAW (arts. 8 y 9 del Protocolo del tratado sobre discriminación contra las mujeres) contemplan un procedimiento especial para hacer frente a "situaciones" (práctica sistemática de tortura o violaciones graves o sistemáticas contra la mujer, respectivamente), que permite un activo rol del órgano de control (contempla la posibilidad de visitas *in loco* y disponer medidas específicas).

El mecanismo de casos individuales más desarrollados es el del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A continuación presento una breve reseña de este procedimiento.¹⁰⁸

Las comunicaciones se pueden dirigir al Secretario General de la ONU, quien ordena su distribución al Comité, o directamente al Comité. El Comité examina las comunicaciones en una etapa que, por razones metodológicas, examinaremos en dos partes.

La *admisibilidad*. Todo el procedimiento es escrito. Antes de que el Comité conozca el fondo del asunto, es preciso que examine si se cumplen una serie de requisitos para fundar su competencia y la admisibilidad de la comunicación, la cual debe cumplir ciertos requisitos formales: no puede estar conociéndose ya por otra instancia internacional, y debe presentarse una vez que se hayan agotado los recursos internos (art. 5.2 del Protocolo Facultativo). El Comité declara a veces inadmisibles una comunicación "por falta de fundamentación" (*non-substantiation*), es decir, por considerar que los hechos expuestos no constituyen ni siquiera potencialmente "un caso".¹⁰⁹

Cuestiones de competencia:

■ Legitimación

- *Activa*. Conforme a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, sólo un individuo que alega ser víctima de una violación del Pacto ACTIV puede someter una comunicación al Comité. La legitimación activa sólo la tienen los individuos, no las personas jurídicas, pero eso no impide que muchas personas presenten un caso, siempre que cada una esté individualizada.¹¹⁰ La comunicación puede ser presentada por un tercero que tenga un mandato de la víctima, aunque no sea un abogado, o que demuestre un vínculo con la víctima que haga aceptable suponer que lo que le pasa a ésta lo afecta. La jurisprudencia del comité ha señalado que también es posible que someta una comunicación al Comité una víctima potencial, es decir, una persona que se encuentre en riesgo

¹⁰⁸ MEDINA y NASH, 2003.

¹⁰⁹ Ver CDH, *Kavanagh* (2002), párr. 4.2; *Krausser* (2002), párr. 6.5.

¹¹⁰ CDH, *Lubicon Lake* (1990), párr. 32.1.

de que una disposición legal le sea aplicada afectando derechos consagrados en el Pacto.¹¹¹

- *Pasiva.* Conforme al artículo 1 del Protocolo facultativo, el Comité sólo puede conocer de comunicaciones interpuestas contra Estados que son parte del Protocolo.

- *Competencia material*

El artículo 2 del Protocolo dispone que, para que haya competencia material, es necesario que los hechos que se describan en la comunicación queden comprendidos dentro del ámbito de alguno de los derechos del Pacto. Se discute si el derecho a la libre determinación del artículo 1 del Pacto puede ser objeto de este procedimiento, pero hasta ahora, el Comité no lo acepta.¹¹²

- *Competencia en razón del tiempo*

Según la jurisprudencia constante del Comité, los hechos que se invocan deben haber sucedido después de que el Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigencia para ese Estado,¹¹³ a menos que la violación sea continua, es decir, sea una violación que tiene una fecha de comienzo anterior a la entrada en vigencia del control del Comité, pero que continúa o produce efectos después de esa fecha. Un ejemplo es el caso de una mujer indígena que fue privada de su calidad de tal por haberse casado con un no indígena antes de que el Pacto entrara en vigencia, lo que le impidió volver a su reserva años después de su divorcio, que tuvo lugar cuando el Pacto y el Protocolo ya estaban vigentes en Canadá. El Comité estimó que la violación primera había producido un efecto continuo, ya que la Ley Indígena en que se había fundado seguía vigente hasta el momento en que se presentó la comunicación¹¹⁴ (en realidad esta no es una excepción porque el Comité tendría competencia más bien porque a la fecha en que entra en vigor su competencia, se produce la violación).

- *Competencia en razón del lugar*

El Comité ha sostenido que la responsabilidad del Estado es con respecto a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y a todos los sujetos a su jurisdicción. Esto significa que es atribuible al Estado la conducta violatoria de derechos humanos realizada por sus agentes, aunque éstos se encuentren fuera del territorio del Estado.¹¹⁵

¹¹¹ Un buen ejemplo es el caso CDH, *Toonen* (1994).

¹¹² Ver, por ejemplo, CDH, *Kiock* (1988), párr. 6.3. Para una crítica de esta posición, ver JOSEPH *et al.*, 2000: 106-107.

¹¹³ JOSEPH *et al.*, 2000: 33-35.

¹¹⁴ CDH, *Lovelace* (1981), párrs. 11 y 13.1.

¹¹⁵ CDH, *López Burgos* (1981), párrs. 12.1, 12.2 y 12.3, y especialmente el voto concurrente del señor Tomuschat. Ver también UN doc. CCPR/79/Add99.

Otras cuestiones que debe examinar el Comité para determinar la admisibilidad:

- *Requisitos de forma*

De acuerdo con el artículo 2 del Protocolo, toda comunicación debe ser sometida por escrito al Comité. El artículo 3 dispone que no debe ser anónima, lo que no impide que el Comité pueda dejar en la confidencialidad el nombre de la víctima, aun frente al Estado,¹¹⁶ ni debe constituir un abuso del derecho a someter comunicaciones.

- *Prohibición de examen de un asunto que esté siendo sometido a otro procedimiento internacional*

El artículo 5.2.a del Protocolo constituye una prohibición de examen simultáneo por el Comité y otro órgano, pero el caso puede llevarse al Comité una vez que el otro procedimiento internacional ha concluido, o incluso puede el Comité declarar el caso inadmisiblemente temporalmente, hasta que el otro procedimiento concluya.¹¹⁷ El Comité ha interpretado la expresión "otro procedimiento de examen o arreglo internacionales", sosteniendo que debe ser similar tanto en cuanto a la naturaleza del órgano que examina el caso (sólo órganos intergubernamentales o establecidos por un tratado entre Estados) como en cuanto a que la investigación lleve a un arreglo o decisión del caso individual.

- *El agotamiento de los recursos internos*

El artículo 5.2 del protocolo Facultativo dispone que el Comité no examinará ninguna comunicación sin cerciorarse de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que la tramitación de estos recursos se haya prolongado injustificadamente. Este requisito puede renunciarse por el Estado. En general, los recursos que deben agotarse son los que estén disponibles en la legislación del Estado y que sean efectivos. Además, la jurisprudencia constante del Comité ha sido exigir sólo el agotamiento de los recursos efectivos judiciales, particularmente, en los casos de alegaciones de violaciones graves de derechos humanos.¹¹⁸ El Comité también ha examinado la situación de la imposibilidad de agotar los recursos por carecer de asistencia jurídica gratuita, decidiendo que no es necesario agotarlos si la persona carece de medios económicos para ello.¹¹⁹

¹¹⁶ CDH, *Aumeeruddy-Cziffra y otras* (1981), párr. 1.1.

¹¹⁷ M. NOWAK, 2003: pp. 695-696.

¹¹⁸ CDH, *Villafañe et al.* (1997), párr. 5.2. Además, *Ellis* (1992), párr. 6.1, donde el Comité sostuvo que la posibilidad de pedir por gracia la conmutación de la pena de muerte no era un recurso en términos del art. 5.2.b

¹¹⁹ CDH, *Henry* (1991), párr. 7.4.

El Examen del Fondo (méritos). El Comité conoce en una misma etapa, la admisibilidad y el fondo del asunto, a menos que el Estado haya pedido, y el Comité consentido, su separación. También el examen del fondo del asunto es escrito y toma la forma de una controversia entre el Estado y la víctima o el autor de la comunicación.

Las decisiones sobre inadmisibilidad, sobre el fondo del asunto o la cesación del caso serán públicas, así como las decisiones en que se solicite a un Estado no innovar para no causar daños irreparables a la víctima de una comunicación pendiente.¹²⁰

El Comité sólo puede examinar pruebas escritas y se exige que todo documento sea acompañado por una de las partes.¹²¹ Muchas pruebas sólo pueden ser proporcionadas por el Estado, por ejemplo, las transcripciones de un juicio oral y el Comité espera que las entregue como parte de su obligación de cooperar con los órganos internacionales.

El dictamen, seguimiento y valor legal. Al finalizar el examen del fondo del asunto, el Comité emite un dictamen en que describe los hechos del caso, pondera la prueba y decide si ha habido o no una violación de un derecho del Pacto. Si decide que se ha cometido una violación, normalmente sugiere el tipo de remedio que considera efectivo.

Ante el silencio del Protocolo Facultativo, se discute el valor legal de los dictámenes del Comité. Una mayoría de autores estima que no son jurídicamente vinculantes.¹²² El Comité es de opinión que no es posible que un tratado internacional haya establecido un procedimiento que demanda tiempo y dinero, "para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto [...] y la aplicación de sus disposiciones"¹²³ y que éste no tenga ningún efecto legal. Las opiniones del Comité constituyen una interpretación de las normas de derechos humanos, dictadas por un órgano internacional, que tiene como función controlar la conducta de los Estados, por tanto los Estados no puede ignorar sin consecuencias.¹²⁴

En la medida en que los Estados están dispuestos a cumplir de buena fe

¹²⁰ *Ibidem*, arts. 86 y 96.5.

¹²¹ *Ibidem*, art. 94.

¹²² Ver M. NOWAK, 2003: 710-712.

¹²³ Protocolo, preámbulo.

¹²⁴ Los Estados están conscientes de esto, como lo demuestra la decisión de Guatemala de poner término a las ejecuciones ordenadas en juicios sumarios llevados a cabo por tribunales militares que no cumplan con las normas del debido proceso, durante el procedimiento ante la Corte para absolver una consulta hecha por la Comisión Interamericana sobre la materia (ver Corte IDH. OC-3/83. Sobre esta Opinión Consultiva, ver MOYER y PADILLA, 1984: 280-289). Otra demostración de la importancia que los Estados asignan a las opiniones es la dictación en el Perú de una ley, la No. 23506, que hace ejecutables las opiniones del Comité de Derechos Humanos con el solo "cumplase" de la Corte Suprema peruana.

Un interesante estudio sobre este tema de la implementación en el ámbito interno, en Krsticvic y Tojo, 2007. Además este libro contiene una serie de normas dictada en el ámbito

sus obligaciones internacionales, no parece posible sino concluir que un órgano establecido por ellos para pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de sus actuaciones frente a sus obligaciones internacionales debe ser considerado vinculante.

Partiendo de la base que sus dictámenes son para ser cumplidos, el Comité ha establecido un procedimiento de seguimiento de los mismos, que consiste en la designación de un relator, quien puede tomar las medidas y establecer los contactos apropiados para cumplir con su mandato.¹²⁵ El Informe Anual del Comité contiene información sobre estas actividades de seguimiento.

2.2. *El sistema interamericano*

Desde el siglo XIX en adelante, el sistema interamericano, más allá de ciertas materias puntuales, se vinculó, principalmente, a temas de defensa y materias de comercio. Sin perjuicio de lo anterior, hubo un desarrollo progresivo de materias vinculadas a los Derechos Humanos y, en particular, a institucionalizar los mecanismos de protección de los derechos que se iban reconociendo en los instrumentos suscritos por los Estados.¹²⁶

En el mismo contexto posterior a la Segunda Guerra Mundial se consagró un sistema interamericano de derechos humanos a través de la Organización de Estados Americanos (OEA). La Carta de la OEA señaló como uno de sus principios "los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo" (artículo 5 i.), para más adelante disponer que es un deber de los Estados Miembros el respeto "a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal" (artículo 13). Al igual que en Naciones Unidas, la Carta no definió los derechos humanos y de ahí la relevancia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, documento que hoy se considera parte integrante de la Carta de la OEA.¹²⁷

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la

interno y proyectos legislativos y administrativos que demuestran la complejidad de encontrar con una forma efectiva de implementación local de las decisiones internacionales.

¹²⁵ Reglamento, art. 95.

¹²⁶ En materia de derechos humanos, podemos destacar que en la Primera Conferencia, del año 1826, a través del art. 27 del "Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas", los Estados firmantes asumieron el compromiso formal de terminar con la esclavitud en sus países y de castigar drásticamente el tráfico de esclavos. Esta será la primera manifestación concreta de preocupación por parte de los Estados participantes de un encuentro de carácter continental, por reconocer una libertad fundamental del ser humano y disponer de los mecanismos necesarios para su vigencia y control. En la Octava Conferencia Panamericana (Lima, 1938), se aprueba por primera vez una resolución referente a los derechos humanos con un carácter específico, además de una "Declaración en Defensa de los Derechos Humanos" (Resolución XVI).

¹²⁷ NIKKEN, 1989: 65-100.

Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica donde se suscribió el 22 de noviembre de 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹²⁸ Esta Convención recoge un amplio catálogo de derechos civiles y políticos, también establece ciertas obligaciones generales de los Estados, fija pautas para resolver conflictos de derechos y regula la suspensión de los mismos.

a) Desde la década de los ochenta en adelante, el sistema interamericano ha desarrollado un amplio *sistema normativo* de protección de derechos humanos, dentro de este sistema destacan los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

b) En el sistema interamericano de protección de derechos humanos son dos los órganos encargados del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el año 1959 el sistema cuenta con un órgano encargado del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos, la cual es la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.¹²⁹ La Comisión Interamericana tiene una naturaleza cuasi judicial, ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época y ha ido fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano. Hoy es un órgano de la Carta de la OEA que ejerce su competencia respecto de todos los Estados partes del sistema interamericano. La Comisión tiene una serie de funciones: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; preparar los estudios e informes que considere convenientes para el

¹²⁸ La Convención entró en vigencia el 18 de julio del año 1978, al ser depositado el instrumento de ratificación de Granada que dio el quórum necesario.

¹²⁹ Fue creada en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959, celebrada en Santiago se estableció una estructura base y se fijó asimismo su finalidad central, cual era, la de "promover" los derechos humanos y se encargó al Consejo de la Organización de Estados Americanos fijar las atribuciones específicas.

desempeño de sus funciones; solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.¹³⁰

A partir del año 1969, con la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se crea la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, con funciones jurisdiccionales.¹³¹ La Corte Interamericana ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos¹³² y puede, además, emitir opiniones consultivas.¹³³

c) En cuanto a los *procedimientos*, en el sistema interamericano, la función de protección de los derechos humanos la ejerce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de los siguientes procedimientos: examen de casos o situaciones de violaciones a los derechos humanos; preparación y publicación de informes, actuación ante la Corte Interamericana y observaciones *in loco*.

A continuación analizaré brevemente algunos de los elementos centrales de cada una de estas funciones.

¹³⁰ Ver artículo 41 de la CADH.

¹³¹ Su antecedente más importante en el sistema interamericano es la Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907 y que funcionó hasta 1918, sin perjuicio que dicha Corte no tuvo competencia en materia de derechos humanos.

¹³² Tiene competencia, además, para conocer de violaciones al párrafo a) del artículo 8 y art. 13 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII); además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura (Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle"* (1999), párrs. 180-191) y de la Convención de Belém do Pará (Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro* (2006)).

¹³³ Artículo 64 de la CADH: "1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en los que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

i) Un primer sistema está basado en la carta de OEA y se refiere al *sistema de control de situaciones de violaciones de derechos humanos*. Este sistema surge de la experiencia histórica frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y se confunde con el desarrollo propio de la Comisión. Desde sus inicios en 1960, la Comisión tuvo como labor central afrontar casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y buscar, más por la práctica que por cualquier otro medio, el camino para actuar efectivamente ante dicho tipo de violación.¹³⁴

Basada en su experiencia práctica, fue la confección de *Informes sobre países o "country reports"*, el medio para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el Continente.¹³⁵ Los Informes sobre países se convirtieron en el medio más idóneo para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas, toda vez que este instrumento ataca las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones, esto es, dejaba en evidencia las graves violaciones de derechos humanos que los Estados buscaban ocultar. La Comisión se encuentra facultada para realizar estudios sobre violaciones a derechos humanos ocurridas en un determinado Estado Miembro de la Organización.¹³⁶ Las *visitas in loco*¹³⁷ son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permita acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

ii) El otro procedimiento de protección de derechos humanos consiste en el conocimiento de *denuncias individuales*. En esta materia el sistema interamericano contempla un sistema dual, dependiente de si los Estados han dado o no competencia a la Corte Interamericana. Respecto de todos los Estados parte del sistema, la Comisión tiene facultades para recibir denuncias individuales en las que se aleguen violaciones aisladas de derechos humanos consagrados en aquellos instrumentos internacionales respecto de los cuáles la Comisión tiene competencia.¹³⁸ El acceso a la Comisión es muy amplio y podrá presentar un caso cualquier persona e incluso la Comisión de *mutuo proprio* podrá iniciar una investigación. Los Estados también tiene esta facultad, cumpliendo con ciertas formalidades.¹³⁹ El procedimiento ante la Comisión es cuasi judicial y se tramita fundamentalmente

¹³⁴ MEDINA Y NASH, 2007.

¹³⁵ GONZÁLEZ, 1998: 495-500.

¹³⁶ En un primer momento, y en uso de una interpretación amplia de sus facultades, no objetadas por los Estados, la Comisión realizó informes sobre violaciones a los derechos humanos en Cuba, Haití y la República Dominicana, siendo este Estado el único que permitió un estudio *in situ* de la situación. MEDINA, 1998.

¹³⁷ Sobre esta materia ver VARGAS, 1984.

¹³⁸ Al respecto ver MEDINA Y NASH, 2007; FAÚNDEZ-LEDESMA, 1999.

¹³⁹ CIDH. *Caso Interestatal* (2007).

por escrito, aunque existe la posibilidad de que se cite a una audiencia para recibir prueba testimonial. Los casos ante la Comisión pueden terminar por solución amistosa, allanamiento del Estado, desistimiento de la víctima o por un informe final.

En aquellos casos en que el Estado ha dado competencia a la Corte, la Comisión está facultada para someter casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención.¹⁴⁰ Esta facultad es relevante ya que es el único mecanismo para que una persona individual pueda hacer llegar un caso ante la Corte (el otro camino sería que el Estado presente el caso, lo que en la práctica no ocurre). El procedimiento ante la Corte es de carácter judicial, con recepción de pruebas escritas u orales. Las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y si en un caso determina que existe una violación a la Convención, está facultada para adoptar medidas de reparación.¹⁴¹

Breve reseña del procedimiento de casos individuales:

1. El procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH distingue claramente la etapa de admisibilidad y la etapa del examen del fondo, que corre paralelamente con la de intentar una solución amistosa del caso.

La *etapa de admisibilidad*. La Convención establece requisitos de admisibilidad, en general similares a los del Protocolo Facultativo:

Competencia

Legitimación

- *Activa*. A diferencia de lo dispuesto en el Pacto, la posibilidad de acceder al sistema de la Comisión mediante una denuncia o petición individual conforme al artículo 44 de la Convención es amplia: permite que sea presentada por cualquier persona, grupo de personas u organizaciones no gubernamentales que cumplan los requisitos del artículo.¹⁴² Hay una *actio popularis*. Toda comunicación debe tener siempre una víctima, porque la Comisión no puede utilizar este procedimiento para pronunciarse *in abstracto* sobre una ley o una práctica administrativa. Por otra parte, por disposición de su propio Reglamento, la Comisión puede iniciar, *motu proprio*, "la tramitación de una petición que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin".¹⁴²

¹⁴⁰ Artículo 61.1 de la CADH.

¹⁴¹ Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en material de reparaciones, ver NASH, 2004 y Cap. III de este libro.

¹⁴² Reglamento Comisión, art. 24.

Asimismo, conforme lo dispone el artículo 45 numerales 1 y 2 de la CADH, los Estados podrán declarar que reconocen competencia a la Comisión para conocer de casos presentados por otros Estados parte (los que también deben haber hecho esa declaración). Estas declaraciones pueden ser por tiempo indefinido, por tiempo determinado o para casos específicos (45.3 de la CADH).

- *Pasiva.* De conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y 20.b) del Estatuto de la Comisión y 27 de su Reglamento, la comunicación debe estar dirigida contra un Estado que sea parte del sistema interamericano (OEA).

- *Competencia material*

La Comisión sólo puede conocer hechos que constituyan una violación a los derechos humanos consagrados en los instrumentos vinculantes del sistema interamericano que le dan esta competencia, esto es, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, respecto de todos los Estados parte de la OEA; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto de aquellos que la hayan ratificado.¹⁴³ Además puede conocer algunas materias relativas al Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);¹⁴⁴ la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura;¹⁴⁵ la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;¹⁴⁶ y respecto del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.¹⁴⁷

- *Competencia en razón del tiempo*

Los hechos que se invoquen como constitutivos de violación deben haber sucedido con posterioridad a la fecha en que el tratado respectivo entró en vigencia para el Estado denunciado. También aquí se excepcionan las violaciones continuas, como las desapariciones. De hecho, en el caso de las desapariciones, la Convención específica sobre la materia define el fenómeno como una violación continua hasta tanto no se compruebe el paradero de la víctima.¹⁴⁸ Ha habido jurisprudencia de la Corte sobre este punto, que sugiere que lo continuo es el ocultamiento de la detención, ya que cuando el cuerpo

¹⁴³ CADH, art. 47.b. Corte IDH. OC-13/93, párr. 34.

¹⁴⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6.

¹⁴⁵ Reglamento de la CIDH, art. 23. Esto parece ser una interpretación del art. 16 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

¹⁴⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

¹⁴⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, art. 12.

¹⁴⁸ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III.

aparece y se comprueba que murió antes de la vigencia del Pacto para el Estado, la Corte ha decidido que no tiene competencia para conocer de la violación del derecho a la vida.¹⁴⁹ En el mismo sentido, las leyes dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención y que al momento de la ratificación del instrumento vinculante estén vigentes podrán ser conocidas por la Comisión (en realidad ésta no es estrictamente una excepción al principio general porque lo que se aplica es la violación al momento de entrada en vigor del instrumento, que es lo que fija la competencia).

- *Competencia en razón del lugar*

La CIDH sólo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afectan a personas bajo la jurisdicción del Estado respectivo.

Otros requisitos:

- *Fundamentación de la petición*

Innovando con respecto al Protocolo Facultativo del Comité de Derechos Humanos, según el 34 del Reglamento, la Comisión declarará inadmisble una comunicación si resulta de ella misma o de la exposición del Estado, es manifiestamente infundada o su total improcedencia es evidente.

- *Requisitos de forma*

La Convención exige (art. 46.1.d)) que la comunicación contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona o del representante legal de la entidad que somete la petición, por lo cual la comunicación debe ser escrita.¹⁵⁰

- *Prohibición de examen de un asunto pendiente o resuelto por otra instancia internacional (art. 46.1.c) CADH)*

El Reglamento de la Comisión amplía esta causal de inadmisibilidad al disponer que tampoco es admisible una comunicación que reproduzca otra ya examinada por otro organismo internacional,¹⁵¹ y precisa que un examen anterior en el contexto de un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión, que no decida sobre los hechos específicos de la comunicación, no inhibe la admisibilidad de la comunicación, como tampoco la inhibe si el peticionario ante la CIDH es la víctima o su familiar y el peticionario ante el otro organismo es un tercero, individual o una entidad no gubernamental.

- *El agotamiento de los recursos internos*

La Convención en el artículo 46 N° 2 establece posibilidades de exención de la obligación de agotar los recursos internos. En primer lugar,

¹⁴⁹ Corte IDH. Caso Blake - excepciones preliminares (1996), párr. 33.

¹⁵⁰ Para otros requisitos, ver Reglamento Comisión, art. 28.

¹⁵¹ Reglamento Comisión, art. 33.

no será exigible el agotamiento de los recursos en la jurisdicción interna en aquellos casos en que no exista en la legislación interna el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que hayan sido violados. Una segunda excepción dice relación con aquellos casos en que no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos contemplados en la legislación interna, o bien se le ha impedido agotarlos. En tercer lugar, se encuentran aquellos casos en que existe un retardo injustificado en la decisión sobre el recurso.¹⁵²

□ Plazo de prescripción de la acción. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención, toda denuncia deberá ser presentada en un plazo de seis meses, contado desde la notificación que se le haga al peticionario de la decisión definitiva dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado.¹⁵³ Si el peticionario sostiene que no debe o no pudo agotar los recursos internos y que, por lo tanto, se encuentra en alguno de los casos de excepción del artículo 46 de la Convención, la petición "deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión".¹⁵⁴

La declaración de admisibilidad o de inadmisibilidad es pública y deberá, además, incluirse en el Informe Anual de la Comisión.¹⁵⁵

La solución amistosa. El artículo 48.1.f de la Convención dispone que la Comisión "se pondrá a disposición de las partes interesadas" con el propósito de intentar una solución amistosa del caso. La Comisión reglamentó esta disposición en sus normas internas,¹⁵⁶ disponiendo que:

- el procedimiento de la solución amistosa se puede llevar a cabo por iniciativa propia o de las partes;
- puede realizarse en cualquier etapa del examen del caso;¹⁵⁷
- se inicia y continúa sobre la base del consentimiento de las partes;¹⁵⁸
- la negociación puede realizarse por uno o más miembros de la Comisión;¹⁵⁹

¹⁵² En una Opinión Consultiva sobre Excepciones al agotamiento de los Recursos Interiores, la Corte interpretó esta disposición y sostuvo que si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento (Corte IDH. OC-11/90).

¹⁵³ La Comisión precisa esto señalando en el art. 32.1 de su Reglamento que el plazo se cuenta "a partir de la fecha en que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión que agota los recursos internos".

¹⁵⁴ Reglamento Comisión, art. 32.2

¹⁵⁵ *Ibidem*, art. 37.1.

¹⁵⁶ *Ibidem*, art. 41.

¹⁵⁷ *Ibidem*, art. 41.1.

¹⁵⁸ *Ibidem*, art. 41.2.

¹⁵⁹ *Ibidem*, art. 41.3.

- la Comisión puede dar por concluida su intervención en el procedimiento si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía, si falta el consentimiento de alguna de las partes o percibe falta de voluntad de la misma para llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos humanos,¹⁶⁰
- si se logra un acuerdo se aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y la solución lograda y lo transmitirá a las partes y lo publicará. Siempre deberá verificar el acuerdo de la víctima y sus causahabientes. Además, deberá velar por la compatibilidad del acuerdo con las obligaciones del Estado contenidas en la Convención, la Declaración y otros instrumentos pertinentes,¹⁶¹ y
- si no hay acuerdo, el trámite continúa.¹⁶²

El examen del fondo. En el examen de fondo de la petición se produce un intercambio de observaciones entre el peticionario y el Estado, teniendo cada uno un plazo de dos meses para hacerlas. En la etapa de investigación, la Comisión puede aceptar todas las pruebas que las partes estimen pertinentes, ya sea en forma oral o escrita.

La convocatoria de audiencia es una facultad y no una obligación de la Comisión¹⁶³ y en ella la Comisión puede solicitar del Estado aludido cualquier información que estime pertinente y recibir, si las partes lo solicitan, una exposición verbal o escrita de los hechos materia de la investigación.

Si el Estado no suministra la información solicitada la Comisión puede presumir que los hechos alegados en la petición son verdaderos.¹⁶⁴ La aplicabilidad de la presunción no ha sido, en principio, rechazada por la Corte Interamericana.¹⁶⁵

*Los informes sobre el fondo y su valor legal.*¹⁶⁶ El artículo 43.1 del Reglamento dispone que si la Comisión decide que no hubo violación, preparará un informe que será transmitido a las partes y se publicará en el Informe Anual que ella elabora para la Asamblea General. Si establece que hubo una o más violaciones, preparará un informe preliminar con proposiciones y recomendaciones, que será transmitido sólo al Estado, fijándole un plazo para que informe las medidas tomadas respecto de las recomendaciones.¹⁶⁷ La adopción del informe y su transmisión al Estado se notificará al peticionario.¹⁶⁸

¹⁶⁰ *Ibidem*, art. 41.4.

¹⁶¹ *Ibidem*, art. 41.5.

¹⁶² *Ibidem*, art. 41.6.

¹⁶³ *Ibidem*, arts. 59 y sgtes..

¹⁶⁴ *Ibidem*, art. 39.

¹⁶⁵ *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párr. 138

¹⁶⁶ MEDINA Y NASH, 2007.

¹⁶⁷ *Ibidem*, art. 43.2.

¹⁶⁸ *Ibidem*, art. 43.3.

Notificado el Estado, empieza a correr un plazo de tres meses dentro del cual i) el caso puede ser solucionado, por ejemplo por un arreglo amistoso, o por haber el Estado tomado las medidas recomendadas por la Comisión, o ii) el caso puede ser enviado a la Corte, ya sea por la Comisión o por el Estado correspondiente. Si esto no sucede, la Comisión puede emitir su opinión y sus conclusiones sobre el caso y hacer nuevamente recomendaciones, fijando un plazo para que el Estado las cumpla. Es éste un segundo informe. Si el Estado no cumple con las recomendaciones, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos, si publica o no su informe.¹⁶⁹

Si el caso no se presenta a la Corte y la Comisión emite el informe del artículo 51, éste señala el fin del examen de la comunicación. Siendo este informe el término del procedimiento, se discute cuál es su fuerza legal. La Comisión ha invocado razones similares a las invocadas por el Comité de Derechos Humanos para sostener que el Estado está obligado a cumplir con las recomendaciones que se le hagan en ese informe.¹⁷⁰ Pero hay argumentos de *texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* que permiten sostener la obligatoriedad. Desde la vigencia del Reglamento modificado el año 2003, se ha uniformado el procedimiento para decidir un caso, sea contra Estados partes en la Convención o contra Estados que no son partes, a diferencia de lo que sucedía con el Reglamento anterior. El Reglamento dispone un procedimiento común que dispone que se apliquen los artículos pertinentes del reglamento que regulan la etapa de decisión de los mismos a todos los Estados. La única diferencia que subsiste es que el caso contra los Estados que no son parte en la Convención, o que siéndolo no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, no puede ser remitido a este tribunal.

La Comisión ha solicitado a la Corte en varios casos que decidiera que el Estado había violado el artículo 51 de la Convención porque no había cumplido con sus recomendaciones. La Corte a partir del *Caso Loayza Tamayo* sostuvo que:

Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).¹⁷¹

¹⁶⁹ CADH, art. 51; Reglamento Comisión, art. 45.

¹⁷⁰ Ver CERNA, 1998: 105-106.

¹⁷¹ Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo* (1997).

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes".¹⁷²

Con esto, la Corte acude a la Carta y a la Convención Americana para darle fuerza legal a las recomendaciones de la Comisión hechas de acuerdo con el artículo 51. Además, si aplicamos el principio de que cada disposición debe interpretarse de manera que tenga un efecto útil, parecería lógico darle algún sentido a la diferente formulación de los artículos 50 y 51.

Las medidas cautelares. El Reglamento de la Comisión dispone que en caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario, la Comisión puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado que tome medidas precautorias para evitar un daño irreparable a las personas.¹⁷³

2. El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La Corte sólo puede conocer de un caso cuando se haya terminado el procedimiento ante la Comisión.¹⁷⁴

Aspectos relativos a la competencia:

■ Legitimación

□ *Activa*, sólo los Estados Partes en la Convención y la Comisión tienen derecho a presentar un caso ante la Corte siempre que hayan reconocido la competencia de la Corte para ello.¹⁷⁵ A partir de la reforma al Reglamento de la Corte del año 2000,¹⁷⁶ una vez que la demanda ante la Corte ha sido admitida, se trata a la víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, como verdaderas partes del proceso, ya que el nuevo artículo 23 les permite presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma.

□ *Pasiva*, para que la Corte pueda conocer de un caso contencioso, es necesario que el Estado haya aceptado la competencia de la Corte. Según lo dispuesto por el artículo 62 de la CADH, ésta puede hacerse por una declaración de voluntad o por convención especial. La declaración puede ser pura y simple, o sujeta a condición de reciprocidad, y puede hacerse en el momento de la ra-

¹⁷² Corte IDH, *Ibidem*, párrs. 80 y 81.

¹⁷³ Reglamento Comisión, art. 25.

¹⁷⁴ CADH, art. 61.2.

¹⁷⁵ CADH, art. 62.3.

¹⁷⁶ Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

tificación o la adhesión o en cualquier momento posterior.¹⁷⁷ Como la reciprocidad dice relación con las relaciones entre Estados, no procede cuando la demanda es deducida por la Comisión.¹⁷⁸ Además, la declaración puede tener condiciones en cuanto a su vigencia, puede ser indefinida, por un plazo establecido, para un caso determinado o en términos generales.

■ *Competencia material*

La competencia de la Corte se remite a la Convención Americana, que constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar. La Corte tiene también competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 (asociación) y 13 (educación) del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹⁷⁹ y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.¹⁸⁰ Además, se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁸¹ y respecto de la Convención de Belém do Para (art. 7 violencia contra las mujeres).¹⁸²

■ *Competencia en razón del tiempo*

La competencia *ratione temporae* puede estar referida a una condición de admisibilidad de la demanda o a una condición de aplicación de la actividad jurisdiccional de la Corte. En el primer caso, ésta se refiere al plazo dentro del cual puede presentarse un caso al conocimiento de la Corte. En cuanto a la competencia de la Corte, la Convención se aplica a los Estados una vez que haya entrado en vigencia para los mismos, por lo cual la Corte no podrá conocer de casos cuyos hechos sean anteriores a esa fecha, a menos de que ellos configuren una violación continua.

■ *Competencia en razón del lugar*

Al igual que en el caso de la competencia de la Comisión, la Corte sólo puede conocer de comunicaciones que se refieran a hechos que afecten a personas bajo la jurisdicción del Estado supuestamente responsable de las violaciones a los derechos humanos que se han alegado.

La tramitación del caso. El procedimiento ante la Corte consta de una parte escrita y otra oral. La parte escrita se compone de la demanda, las

¹⁷⁷ Convención, artículo 62.

¹⁷⁸ Corte IDH. OC-2/82, párrs. 29 y sgtes.

¹⁷⁹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", art. 19.6

¹⁸⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIII.

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros* (1999), párrs. 247-248; *Caso Cantoral Benavides* (2000), párrs. 180-191.

¹⁸² *Caso del Penal Miguel Castro y Castro* (2006).

observaciones a la demanda de la presunta víctima, sus familiares o sus representantes¹⁸³ y la contestación. La demanda debe notificarse por el Secretario de la Corte a los miembros de la Corte, al Estado demandado, a la Comisión (si ella no presentó el caso) y, acorde con el cambio del Reglamento sobre la participación de individuos, también al denunciante original y a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados.¹⁸⁴ En la contestación, que debe realizarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Estado puede aceptar los hechos¹⁸⁵ o contradecirlos. Si pretende interponer excepciones preliminares, debe hacerlo también en esta oportunidad.¹⁸⁶ En la parte oral, que se realiza por medio de audiencias, se desarrollan los alegatos de las partes y se escucha a los testigos y a los expertos.¹⁸⁷

Las pruebas que las partes quieran aportar al proceso deberán ser ofrecidas en la demanda y en la contestación, o en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. No se admitirán otras pruebas, a menos que se invoque fuerza mayor, un grave impedimento o hechos sobrevinientes.¹⁸⁸ La Corte puede procurar de oficio toda prueba que estime útil para resolver el asunto.¹⁸⁹ La Corte ha señalado que a diferencia de los sistemas penales internos de los Estados, el Estado inculcado deberá aportar los medios de prueba que fijen los hechos y no podrá descansar en la imposibilidad que tenga la parte demandante para generar los medios de prueba, ya que en muchos casos ellos no pueden obtenerse sino que con la ayuda del mismo Estado.¹⁹⁰

El término del proceso. Un caso ante la Corte puede terminar por:

- sobreseimiento, si ha habido un desistimiento;¹⁹¹
- por allanamiento del demandado a las pretensiones del demandante;¹⁹²
- por solución amistosa;¹⁹³ o
- por una sentencia.¹⁹⁴

¹⁸³ Reglamento de la Corte, arts. 32 y sgtes..

¹⁸⁴ *Ibidem*, art. 35.

¹⁸⁵ Casos en que el Estado se ha allanado a la demanda: Corte IDH: *Caso Aloeboetoe y otros* (1991); *Caso El Amparo* (1995); *Caso Garrido y Baigorria* (1996); *Caso Benavides Cevallos* (1998); *Caso del Caracazo* (1999); *Caso Trujillo Oroza* (2000); *Caso Barrios Altos* (2001). Compare esto con los casos del 2007, donde prácticamente en el total de ellos el Estado se allana a todo o al menos parte de los hechos.

¹⁸⁶ Reglamento Corte, arts. 36 y 37.

¹⁸⁷ *Ibidem*, arts. 40 y sgtes.

¹⁸⁸ *Ibidem*, art. 44.1 y 3.

¹⁸⁹ *Ibidem*, art. 45.

¹⁹⁰ *Caso Velásquez Rodríguez* (1988), párrs. 135 y 136.

¹⁹¹ Reglamento Corte, art. 53.1.

¹⁹² *Ibidem*, art. 53.2.

¹⁹³ *Ibidem*, art. 54. La Corte, sin embargo, puede decidir proseguir con el caso (art. 55).

¹⁹⁴ *Ibidem*, art. 56.

Si el procedimiento termina por sentencia, ésta es definitiva e inapelable.¹⁹⁵ Si la Corte estima que ha habido una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y si ello fuera procedente, "que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".¹⁹⁶ Dentro de los noventa días a contar de su notificación, las partes pueden solicitar a la Corte una interpretación del fallo, en caso de desacuerdo sobre su sentido y alcance.¹⁹⁷

Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte,¹⁹⁸ pero la Corte no tiene imperio para hacerlo cumplir. Sin embargo, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.¹⁹⁹ El artículo 65 de la Convención dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.

Las medidas provisionales. De conformidad con lo preceptuado en el art. 63.2 de la CADH, la Corte, de oficio o a instancia de parte, puede ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes en cualquier estado del procedimiento, cuando se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y ello sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

La Corte puede actuar a solicitud de la Comisión incluso antes de que un asunto sea sometido a su conocimiento y si no estuviere reunida, se facultará al presidente, previa consulta con la comisión permanente de la Corte y eventualmente con los demás jueces, para decidir sobre la petición.²⁰⁰

III. RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL

Ya he señalado que el derecho internacional ha desarrollado dos sistemas paralelos para enfrentar situaciones graves de violaciones a los derechos humanos: uno centrado en la responsabilidad estatal y otro centrado en la responsabilidad personal, esto último a través de la justicia penal internacional.²⁰¹

A continuación reseñaré algunos temas que han marcado el desarrollo

¹⁹⁵ CADH, art. 67.

¹⁹⁶ *Ibidem*, art. 63.

¹⁹⁷ *Ibidem*, art. 67.

¹⁹⁸ *Ibidem*, art. 68.1

¹⁹⁹ *Ibidem*, art. 68.2.

²⁰⁰ *Ibidem*, art. 62.2; Reglamento Corte, art. 25.

²⁰¹ La justicia penal internacional abarca una serie de situaciones relacionadas, aunque diferentes, a lo que en términos estrictos podríamos denominar violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra, crímenes de agresión, entre otros). Sólo para efectos de simplificar

de la justicia internacional como una forma de respuesta de la comunidad internacional ante ilícitos de trascendencia para la humanidad como un todo. Este es un punto relevante a considerar ya que el desarrollo de la justicia penal internacional está fundado en la idea de que hay ciertos crímenes que no sólo ofenden a las víctimas, sino que son una afrenta a la humanidad, entendiéndose esta como un sujeto de derecho internacional.²⁰²

Me centraré en:

- La justificación de la justicia penal internacional y su evolución histórica.
- La Corte Penal Internacional.
- Los crímenes internacionales.

1. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Si bien la base de la jurisdicción se basa en el aspecto territorial, donde el Estado soberano del territorio donde ocurren ciertos ilícitos será el primer llamado a administrar justicia, es posible que en ciertos casos la decisión de procesar penalmente se desplace a otros foros distintos del interno.²⁰³

La base de esta decisión de traslado de la jurisdicción está en el objetivo común que presenta toda la protección internacional de derechos humanos: proteger al individuo frente al Estado. A objeto de lograr este fin se han explorado diferentes mecanismos, uno de los cuales es la sanción penal. La eficacia de la protección de derechos humanos vía la sanción penal internacional está dada por el reconocimiento de la necesidad de que los individuos respondan personalmente de los crímenes cometidos y no quede todo entregado exclusivamente a la responsabilidad estatal.²⁰⁴ En este sentido, la amenaza de la sanción penal es un medio para disuadir y por tanto, prevenir la comisión de estos actos. Asimismo, la sanción penal, una vez ocurrida la acción criminal, busca un objetivo de satisfacción de la víctima y de castigo al responsable.²⁰⁵

Por tanto, podemos entender al derecho penal internacional como una rama del derecho internacional que tipifica conductas especialmente graves para la comunidad internacional como crímenes internacionales y consagra mecanismos procedimentales para perseguir dichos ilícitos.

el acercamiento al tema, me centraré en aquellas materias más cercanas a los derechos humanos *stricto sensu*.

²⁰² WERLE, 2005: 79-81.

²⁰³ Ambos, 2008: 53-71.

²⁰⁴ Estoy en deuda con la profesora Cecilia Medina quien me iluminó respecto a esta visión unitaria de ambos sistemas normativos.

²⁰⁵ Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana para justificar la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones graves de derechos humanos. Por todos, ver *Caso Almonacid*, párr. 110.

Una aproximación contemporánea al tema de la justicia internacional surge en el período post primera guerra mundial.²⁰⁶ En el propio Tratado de Versalles (1919) se dispone la creación de un Tribunal Internacional Especial para juzgar al Kaiser Guillermo II por "un delito supremo contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados" (artículo 227). Este proceso no condujo a ningún resultado práctico ya que el Kaiser se fugó y solicitó asilo en Los Países Bajos y así pudo evadir la acción de la justicia internacional. Además, respecto de los crímenes cometidos en la misma Primera Guerra Mundial por otros alemanes se produjo un interesante proceso —también frustrado— de juzgamiento. Iniciado el proceso de juzgamiento, Alemania reconoció el derecho de las fuerzas aliadas de juzgar a los infractores de las leyes y costumbres guerra en tribunales de aliados, pero ofreció juzgar ella misma dichos crímenes. Los aliados aceptaron el ofrecimiento con el siguiente resultado: de 901 casos a ser investigados, 888 fueron sobreesidos o finalizaron con declaraciones de inocencia; los 13 condenados finalmente no cumplieron la condena impuesta.

Sin duda que el paso central en materia de justicia internacional se dio en los procesos seguidos al final de la Segunda Guerra Mundial. Los juicios de Nuremberg y Tokio marcaron un hito en este tema, tanto por los esfuerzos de la comunidad internacional por no dejar en la impunidad los crímenes cometidos por el régimen nazi y por Japón; así como por las críticas que surgieron a la forma en la que se desarrolló este esfuerzo.²⁰⁷ En el Tribunal Internacional Militar de Nuremberg (1945), así como en el Tribunal Internacional Militar para el Lejano Oriente (Tokio, 1946) se persiguió la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Estos esfuerzos de justicia internacional dieron origen a un proceso de normativo muy interesante. Por una parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los Principios de Derecho Internacional codificados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (1946).²⁰⁸ Posteriormente, se realizaron esfuerzos de codificación a través de la Comisión de Derecho Internacional.²⁰⁹ Como es de suponer, estos esfuerzos no avanzaron en el contexto de la Guerra Fría que —precisamente— congeló toda posibilidad de poner de acuerdo a las principales potencias de la época en dar pasos decisivos en este proceso.

No es casual, por tanto, que no sea sino hasta el término de la Guerra Fría que se dieron nuevos pasos en el ámbito de la justicia internacional. Serán los crímenes que se produjeron en el contexto de la guerra en la Ex-

²⁰⁶ GUEVARA, 2004: 691-735; Werle, 2005: 41-75.

²⁰⁷ WERLE, 2005: 53-56.

²⁰⁸ Resolución 95 (I) de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946.

²⁰⁹ Se tradujo en un Proyecto de "Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad", de 1954.

Yugoslavia y los hechos de que fue testigo la humanidad en Ruanda, que se avanzó en este campo.²¹⁰ El Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY, 1993) buscó el juzgamiento de responsabilidad internacional por graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949; violaciones de las leyes y costumbres de la guerra; genocidio; crímenes contra la humanidad en conflicto armado, nacional o internacional, dirigido contra la población civil. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR, 1994) persiguió responsabilidad para los siguientes ilícitos: genocidio; crímenes contra la humanidad por ataque sistemático o extendido contra población civil por razones políticas, étnicas o raciales o pertenencia a una nación determinada; violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.

El proceso de los Tribunales especiales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, pueden ser objeto de críticas similares a las que recibieron los tribunales de Nuremberg y Tokio. Podemos resumir dichas críticas en las siguientes:

- Fueron una respuesta *ex post facto*. En este sentido son tribunales especiales y con jurisdicción retroactiva.
- Vinculado con lo anterior, en los casos de la Ex-Yugoslavia y Ruanda la justicia internacional penal recibió críticas muy por problemas de selectividad implícita en la medida que al definir ciertos factores de tiempo y lugar en que se debía centrar la investigación implicaba dejar fuera ilícitos de igualdad gravedad de los que se iban a juzgar.
- También se puede criticar en base a dos preguntas: ¿quién juzga? y ¿a quién se juzga?, principalmente, por el problema de selectividad que se genera. Además, de que en algunos de estos casos existe un claro "juzgamiento de los vencedores a los vencidos" lo que afecta la legitimidad del sistema.
- Un tema muy criticado fue que en estos casos se juzgó responsabilidad penal en circunstancias que no estaban tipificados con anterioridad los ilícitos que iban a acarrear la responsabilidad penal internacional.
- Finalmente, una crítica que siempre ha estado presente respecto de la justicia penal ha sido la crítica que han formulado los Estados en orden a que esta forma de jurisdicción internacional se arroga una actividad propia de las jurisdicciones internas.

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Frente a estas críticas el desarrollo de la Corte Penal Internacional implica un gran paso de la comunidad internacional para dar respuesta a estos cuestionamientos.²¹¹

²¹⁰ GUERRERO, 1999: 64-81; WERLE, 2005: 62-67.

²¹¹ GUEVARA, 2004: 691-704; WERLE, 2005: 67-75.

En este sentido puede ser leído el artículo 1 del Estatuto de Roma.²¹²

La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Por tanto, las principales características de la competencia de la Corte son:

- Carácter permanente, como una forma de superar las críticas a un tribunal especial *ex post facto*. Además, juzgará sólo hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación y no tendrá competencia retroactiva.
- Juzgará sólo los crímenes internacionales más graves, los que estarán previamente tipificados en el propio Estatuto (artículos 5 y sgtes.).
- Juzgará solamente la responsabilidad penal de personas y no de Estados (artículo 25).
- La Corte tendrá un carácter complementario de las jurisdicciones nacionales, esto es, sólo actuará en aquellos casos en que el Estado no pueda hacerlo o no quiera cumplir con esta obligación (artículo 17).

3. CRÍMENES INTERNACIONALES

A partir de las primeras experiencias de la justicia internacional se ha trabajado sobre la base de una triada de ilícitos internacionales:

- Crímenes de guerra
- Crímenes de lesa humanidad
- Crímenes contra la paz (agresión)

Si bien cada uno de estos ilícitos pueden ser estudiados desde una perspectiva histórica para ver cómo han ido evolucionando, en este trabajo me centraré en el estado actual de la discusión, tomando como base el Estatuto de Roma. Opto por este acercamiento al tema toda vez que el Estatuto es el debate más actual sobre la materia y precisamente, la forma en que fueron conceptualizados corresponde a una respuesta a muchos de los debates que han estado presentes en torno a estos ilícitos. En cada ilícito veremos la forma del tipo, los elementos centrales de su construcción y la evaluación de cada ilícito.²¹³

²¹² Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

²¹³ En este sentido, ver: MCCORMACK, 1999: 635-667; WILLIAMS, 2000: 298-330. Asimismo ver Corte Penal Internacional, *Elementos Crímenes*, pp. 116-128.

El marco general de la regulación de los ilícitos internacionales está contemplado en el artículo 5 del Estatuto de Roma:

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

■ Genocidio (artículo 6)

El crimen de genocidio se consagra en el Estatuto de la siguiente forma:

ART. 6.—A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de genocidio:

- Un elemento central en la definición del genocidio es la necesidad de que concorra un elemento subjetivo: la intención de cometer el crimen, esto es, de exterminar a un cierto grupo.
- El grupo a ser exterminado debe ser un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Algunas cuestiones que es necesario tener en consideración en el crimen de genocidio:

- Si bien este es conceptualmente parte del delito de crimen de lesa humanidad, se mantiene su tratamiento separado, básicamente, por una cuestión de relevancia del ilícito en la historia del derecho penal internacional y por eso se le trató en forma autónoma.
- No hubo consenso en ampliar el tipo a otra categoría de grupos afectados, como son los grupos políticos
- El acto es de exterminio físico o biológico (se excluye lo cultural)

■ *Crímenes de lesa humanidad (artículo 7)*

Los crímenes de lesa humanidad han sido definidos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de la siguiente forma:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad:

- El ataque debe estar dirigido contra una población civil
- La característica del ataque es disyuntiva, puede ser "generalizado", esto es, regido por un criterio cuantitativo o "sistemático" donde el elemento planificación es el central.
- Debe concurrir un elemento subjetivo, dado por el "conocimiento del ataque".
- Finalmente, el acto con los requisitos señalados debe ser "cometido en el marco de una política de estado o de una organización".

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad:

- Remueve el nexo con conflicto armado (internacional o nacional)
- Requerimiento de gravedad disyuntivo: puede ser definido vía su extensión o vía la sistematicidad. Esto despeja dudas acerca de si ambos elementos debían concurrir copulativamente.
- Aporta novedades en los actos que pueden constituir un crimen de lesa humanidad, donde se recogen algunos hechos emblemáticos en el mundo de derechos humanos: el apartheid, la desaparición forzada; plantea, además, una visión amplia de actos contra la integridad personal más allá de la tortura; incluye las ofensas sexuales como actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad.
- Se ha criticado que el tipo deja abierta la puerta a actos no expresamente tipificados. En la letra k) se señalan "Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física". Esto puede ser un problema a la luz de la necesaria estrictez de los tipos penales.

■ *Crímenes de guerra (artículo 8)*

Los crímenes de guerra han sido definidos por el Estatuto de Roma en los siguientes términos:

- 8.1 "La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes."

(...)

El tipo penal nos plantea los siguientes elementos constitutivos del crimen de guerra:

- A partir del listado de actos que de ser realizados en el contexto general que fija el tipo penal del artículo 8, podemos concluir que los crímenes de guerra son crímenes del *jus in bellum*, esto es, son los crímenes relativos a la forma en la cual se conducen las hostilidades en un conflicto armado.
- Un elemento central para la configuración del ilícito es que los actos que se enumeran en el artículo 8 se comenten como parte plan o política, o bien, como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Por tanto, podrá ser un elemento definitorio que estos crímenes sean planificados o bien también funcionará como elemento definitorio la pasividad de los mismos. No será necesario que estos requisitos concurren copulativamente.

Algunos avances en el listado de actos que pueden constituir un crimen de guerra son:

- Nivel de gravedad: el Estatuto se refiere a los crímenes de guerra que se comentan bajo una cierta condición de gravedad, esto es, según el Estatuto, aquellos crímenes que se comentan "en particular" como parte del plan o con gran magnitud. No todo crimen de guerra será objeto de la competencia de la Corte, sino sólo aquellos que se comenten bajo este contexto.
- Extensión a conflictos internos: el tratamiento que se da al genocidio es más precisa que en artículo 7, relativo a crímenes de lesa humanidad.
- Es interesante que en la construcción del tipo, al señalar los actos que pueden ser constitutivos de un crimen de guerra, se haga mención a otros instrumentos distintos a las normas del derecho internacional humanitario, como por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño (1989).
- Sobre el uso de armas prohibidas, el Estatuto no cierra el listado. Se establece una lista no exhaustiva.
- *Crímenes de agresión (artículo 5.2)*
Sobre el crimen de agresión, el Estatuto señala:

ART. 5.2.—La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

En la discusión del Estatuto no hubo acuerdo sobre qué se entendería por "agresión" y ello llevó a que se pospusiera la discusión y no se transformara este en un tema que impidiera que el Tratado se acordara.

Es interesante tener en mente cuál es a definición que al respecto ha dado la Asamblea General de Naciones Unidas (3314/1974):

Es el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de N.U.

Algunos aspectos que deben ser tenidos en consideración:

- No hay acuerdo sobre la definición de la agresión y es especialmente difícil que se logre en un nuevo contexto político como el que ha planteado la "guerra preventiva" y la "guerra contra el terrorismo".
- La definición del crimen de agresión dice relación con el *ius ad bellum*, esto es, el derecho a hacer la guerra.

IV. EL IMPACTO DEL SISTEMA INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS NACIONALES, EN PARTICULAR LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

Un aspecto que es necesario tratar antes de terminar este panorama general sobre el derecho internacional de los derechos humanos, es el impacto que está teniendo este sistema normativo internacional en los sistemas nacionales. Ello nos debe llevar a dos preguntas: ¿cómo se ha insertado en este proceso la incorporación del DIDH a nivel local? y ¿cuál ha sido el impacto del sistema en el ámbito nacional de derechos humanos? Una mirada a los sistemas normativos nacionales e internacional de los derechos humanos revela un proceso de convergencia marcado por el paso desde la subsidiariedad del sistema internacional de derechos humanos, hacia una mayor interacción entre ambos sistemas.

En efecto, una primera etapa en la relación entre el sistema internacional y los sistemas nacionales estuvo marcada por la discusión acerca de la forma de recepcionar las normas internacionales en el ámbito interno. Esto ha sido resuelto generalmente mediante decisiones normativas-constitucionales que han establecido procedimientos de adopción de obligaciones internacionales y de recepción interna, así como la jerarquía de dichas obligaciones de origen internacional una vez que han sido incorporadas en la normativa interna.²¹⁴ A partir de este proceso, la visión tradicional sobre la relación derecho interno-derecho internacional giraba en torno a ciertos

²¹⁴ A. DULITZKY 1996: 129-166

temas puntuales o ciertos "puntos de contacto".²¹⁵ Pero se han dado pasos hacia una convergencia sustantiva entre ambos sistemas.

La etapa de incorporación formal ha ido dando paso a una segunda etapa caracterizada por la incorporación de los estándares sustantivos desarrollados en el ámbito internacional para resolver cuestiones internas de los Estados. Esta etapa está marcada por dos procesos: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial. En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional, ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Colombia 1991, Venezuela 1998) o de reforma de los mismo (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989, Colombia 1991). Este proceso ha permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional. Es importante tener en consideración que este desarrollo ha ido más allá de lo constitucional y explica los procesos de transformación legislativa en materia de procedimientos, estructuras institucionales de justicia, por mencionar algunos hitos. Dichas reformas no han sido neutras, sino que han tenido objetivos claros y precisos: por una parte, obtener una garantía de los derechos y que estos se encuentren al alcance de las personas; por otra, desarrollar sistemas nacionales compatibles con los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

En materia jurisprudencial, el proceso más interesante ha estado dado en el ámbito de la jurisprudencia latinoamericana que ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos, en especial los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para resolver casos a nivel nacional. Claros ejemplos de esto encontramos en los razonamientos de los tribunales nacionales incorporando estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado; nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia, no serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional.²¹⁶ Este proceso tuvo su origen en algunas jurisprudencias de tribunales superiores que establecieron el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las jurisdicciones nacionales. Dos casos pueden ser citados en este proceso inicial, Argentina y Costa Rica:

La Suprema Corte de Justicia Argentina, señaló en el *Caso Ekmekdjian vs. Sofovich*:

²¹⁵ Por ejemplo los temas propios del agotamiento de los recursos internos o el cumplimiento de las resoluciones internacionales en el ámbito nacional.

²¹⁶ GARCÍA-SAYÁN, 2006.

21. Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1).

Por su parte, la Corte Suprema de Costa Rica, en la sentencia 2313-95 señaló:

...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la fuerza obligatoria de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.

A partir de este razonamiento comenzó un fuerte proceso de incorporación de la normativa internacional en el ámbito interno que ha tenido consecuencias en la recepción de estándares internacionales, pero también en la configuración de una concepción robusta de derechos fundamentales en la región.

Por ello, me interesa esbozar algunas consecuencias de este proceso de convergencia y respecto de las cuales es importante prestar atención, en particular en sus implicancias teórico-prácticas para la garantía de los derechos humanos. Actualmente, en el sistema interamericano hay un proceso de consolidación en el ámbito interno de una visión robusta de los derechos fundamentales que merece ser destacado. En efecto, la recepción constitucional de estándares internacionales ha permitido la configuración de una concepción de derechos fundamentales cuyos elementos corresponden a un desarrollo particular de los elementos propios de todo concepto de derechos fundamentales: estándares normativos sobre derechos subjetivos individuales que decepcionados constitucionalmente cumplen funciones de validación de la actividad estatal. En el proceso de interpretación de estos elementos frente a la realidad de nuestra región se verifican algunas tendencias:

- Los estándares normativos relativos a derechos individuales son incorporados en el texto constitucional como derechos subjetivos, exigibles frente al Estado;
- Estos estándares comprenden una visión amplia de las obligaciones del Estado y no sólo limitada a los derechos de libertad negativa, modelo superado históricamente. Esta visión amplia de los derechos implica la consagración no sólo de libertad, sino que también de derechos de participación y de igualdad para todos los ciudadanos, sin discriminación;
- Se desarrolla un cuerpo de mecanismos eficaces de protección de los mismos;
- A la vez, un sistema normativo que consagra derechos fundamentales les contempla un rol activo de los órganos judiciales en cuanto intérprete de las normas de derechos fundamentales, sus principios y valores.

Todo ello ha llevado a configurar una interpretación de los derechos fundamentales con características particulares que la distinguen de los desarrollos europeos en la materia —aun sin cambiar de paradigma— y que pretenden ser una respuesta efectiva ante la realidad de nuestra región, que sea compatible, además, con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Los principales elementos que configuran esta concepción robusta de los derechos fundamentales²¹⁷ son los siguientes:

- Estándar normativo sobre derechos individuales: la concepción que emana de la jurisprudencia constitucional interpreta estos estándares normativos como un sistema complejo de normas, integrado por principios y reglas.²¹⁸ Los efectos concretos de esta interpretación han sido la configuración de derechos fundamentales a partir de principios constitucionales, la concreción de derechos fundamentales consagrados como principios²¹⁹ y, en materia de solución de conflictos entre principios, la aplicación del juicio de ponderación como instrumento hermenéutico.²²⁰ Además, estos estándares normativos han sido interpretados como obligaciones complejas que, en cada derecho, implican al Estado obligaciones positivas y de abstención.²²¹
- Recepción constitucional: la jurisprudencia constitucional regional ha interpretado que los derechos con protección constitucional son aquellos contemplados en los catálogos de derechos constitucionales y también gozan de esta protección especial aquellos derechos que pueden estar establecidos en otros lugares del texto constitucional (expresados como normas, ya sea principios o reglas), además esta protección especial se aplica a otros que son incorporados por vía interpretativa.²²² Destaca en este punto el desarrollo amplio que se ha hecho de la institución del “Bloque de Constitucionalidad” y la tendencia a considerar la jurisprudencia internacional como fuente de los derechos (vía interpretación auténtica de los mismos).²²³

²¹⁷ La jurisprudencia comparada tiene su origen en casos de la Corte Constitucional Colombiana, Sala Constitucional de Costa Rica, la Suprema Corte Argentina y el Tribunal Constitucional de Perú. Un análisis comparativo que permite esta conclusión, en C. NASH (en prensa).

²¹⁸ ALEX, 2002^a: 81-172; 2002b: 13-64.

²¹⁹ Sentencia T-426/92 (caso mínimo vital, Corte Constitucional, Colombia); Sentencia 300-90 (caso sobre recurso apelación, Sala Constitucional, Costa Rica); Sentencia 1739-92 (caso sobre debido proceso Sala Constitucional, Costa Rica).

²²⁰ Sentencias C-1287/2001 y T-453/2005 (Corte Constitucional Colombia) y Sentencia 00045-2004-AI (Tribunal Constitucional Perú).

²²¹ Caso T-025/04 (Corte Constitucional, Colombia); Caso 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional, Perú); Caso 6096-97 (Sala Constitucional, Costa Rica).

²²² FAVOREU, 1991: 17-53; Uprimny, 2006: 4-88; Ruiz-Tagle, 2006: 95-128.

²²³ A modo de ejemplo ver: C-225/95 (Corte Constitucional, Colombia); 2313-95 (Sala Constitucional, Costa Rica); Caso *Espósito, Miguel A. síncidente de prescripción de la acción*

- Los derechos fundamentales como elementos de validación de la actuación de los Estados: la jurisprudencia constitucional regional entiende los derechos como un límite al poder del Estado que se expresa a través de las funciones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. La función objetiva se vincula con la legitimación de las decisiones de los órganos del Estado; la subjetiva, con la garantía efectiva de derechos subjetivos iusfundamentales.²²⁴ La jurisprudencia ha dado un alcance amplio a esta función y, en particular, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado la institución del "estado de cosas inconstitucional" que permite redefinir, a partir de las necesidades de protección que plantea la realidad local, un diseño de garantía a través de esta figura.²²⁵ Esto ha permitido cumplir en forma sui generis con las funciones objetivas y subjetivas en ciertos casos de violaciones estructurales de derechos fundamentales.

* * *

Este proceso de convergencia permite configurar un nuevo escenario para los derechos humanos a nivel nacional e internacional que justifica su estudio en forma rigurosa. Tanto a nivel nacional como internacional los derechos humanos cumplen un importante rol de validación de la actuación del poder público, por ello es necesario tener claro los alcances tanto de los sistemas normativos que van a cumplir dicho rol de validación y además, tener clara la forma en que ambos sistemas se relacionan e interactúan.

Este proceso de convergencia configura, sin duda, una nueva relación entre la protección nacional e internacional de derechos humanos. En términos generales, es posible sostener que los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de la interacción.²²⁶ Entiendo por interacción entre los sistemas nacionales e in-

penal promovido por su defensa, 2005 (Corte Suprema Argentina) y Caso 00007-2007-AI (Tribunal Constitucional Perú).

²²⁴ En esto la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha seguido a la europea. Los principales casos europeos relativos a las funciones de los derechos fundamentales son: *Caso Lüth*, 15 enero 1958, (Tribunal Constitucional Federal, Alemania); *Caso 21/81* de sentencia de 15 de junio de 1981 y *Caso 25/81*, de 14 de julio de 1981 (ambos del Tribunal Constitucional español).

²²⁵ Corte Constitucional Colombiana, ver casos, T-153/1998 (caso cárceles) y T-025/04 (caso desplazados).

²²⁶ También el tema de la interacción ha sido tratado por Cançado Trindade, ver CANCADO, 2001: 267-315. Una aclaración necesaria, la interacción supone una mutua influencia. En este trabajo me centro en la influencia internacional hacia la nacional. El camino inverso también se ha dado, pero no es objeto de preocupación en este estudio; sólo a modo de ejemplo,

ternacionales un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que esta interacción tiene un énfasis preventivo, esto es, será en el ámbito nacional donde se define la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un *corpus iure* de protección de los derechos humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación.

Las garantías normativas se refieren a un dispositivo normativo que permite asegurar el respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y regresión y velar por su integralidad de sentido y función.²²⁷ Constituye interacción normativa la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales.²²⁸ Sin embargo, no puede dejar de tenerse presente que ambos sistemas tienen una lógica particular y, por tanto, esta interacción normativa requiere de un esfuerzo de adecuación de los estándares obedeciendo a cada lógica: la protección internacional se desarrolla a través de formas que buscan prevenir las violaciones de derechos fundamentales por medio del control y guía de los actos estatales permitiendo a los Estados adecuar sus prácticas internas y no sólo su legislación;²²⁹ la instancia nacional debe preocuparse de organizar todo el aparato del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Todo ello apunta a la idea de Peces-Barba en orden a que esta interacción normativa requiere de una "homogeneidad estructural",²³⁰ que implica buscar las mejores garantías en el plano nacional e internacional, sin que la aplicación de ninguno de estos sistemas pueda implicar un menoscabo a

se pueden señalar la influencia que han tenido los desarrollos normativos nacionales en la configuración de derechos colectivos protegidos a nivel internacional; la configuración del derecho de acceso a la información; la garantía del "control de convencionalidad" que tiene su origen en el control de constitucionalidad propio del ámbito interno, las garantías penal del inculcado y su impacto en derecho penal internacional, entre otras materias.

²²⁷ PÉREZ LUÑO, 1993: 66.

²²⁸ Para un estudio de la experiencia europea en esta materia, ver PÉCES-BARBA, 1999: 655-659.

²²⁹ MEDINA y NASH, 2003.

²³⁰ PÉCES-BARBA, 1999: 664.

los derechos reconocidos al individuo. Dicho esto debemos señalar que la homogeneidad estructural debe tener en consideración los límites establecidos por el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, que nos permite hablar de ciertas obligaciones *erga omnes*, esto es, normas establecidas en beneficio de la humanidad como un todo y respecto de la cual todos los Estados tienen interés en su respeto y, por tanto, son obligatorias para el Estado, aún sin haber concurrido con su voluntad expresamente, lo cual constituye un sistema dual de protección y límite al sistema interno.²³¹

En cuanto a la interacción jurisdiccional, esta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso jurisdiccional, nacional o internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de estos. Lo central para una efectiva garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. En esa lógica los sistemas nacionales deben guiar su actuar por los estándares que se fijan internacionalmente; de no hacerlo comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Así, podemos señalar, a modo de ejemplo, que las garantías procesales deberán adecuarse para cumplir con los estándares internacionales; el recurso de inconstitucionalidad en materia de derechos fundamentales deberá ser resuelto a la luz de la normativa internacional y de su jurisprudencia; deberán establecerse en el ámbito interno recursos sencillos y rápidos que garanticen los derechos fundamentales; el recurso de *habeas corpus* (recurso especial) también deberá cumplir con la normativa y criterios internacionales, tanto en lo formal como en sus efectos.²³²

Finalmente, debemos tener en consideración que el conjunto de la normativa internacional e interna en materia de protección de los derechos fundamentales, constituyen normas intangibles, fuera del alcance del voluntarismo estatal y por tanto, un límite a la soberanía. En materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacionales e internacional como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*) en el que confluyen los derechos constitucionalesmente garantizados y las normas internacionales.

Todo este sistema debiera estar estructurado sobre las bases de un nuevo orden público internacional cuya piedra angular sean las normas sobre derechos humanos consagradas internacionalmente, los principios generales del derecho (desarrollados en el ámbito nacional e internacional) y la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales, ya sea nacional o internacional. Estas fuentes debieran constituir la base de todo sistema de

protección y en torno a ellas desarrollar un sistema coherente, sin las limitaciones propias del voluntarismo estatal vigente desde el s. XVII.²³³ Para ser consecuentes con este *corpus iure* de protección con base en normas superiores a la voluntad del Estado, debemos estructurar un sistema normativo (normas, instituciones, prácticas jurisprudenciales) que permita al individuo la posibilidad de invocar en el plano nacional la normativa constitucional e internacional y para recurrir expeditamente a la instancia jurisdiccional internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.
- ABRAMOVICH, V., "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", en *Revista de la CEPAL*, N° 88, abril, 2006.
- ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. 1, 1991.
- ALEX, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002.
- , "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.
- AMBOS, K., *Derecho y Proceso penal internacional. Ensayos críticos*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2008.
- BELLOMO, M., *La Europa del derecho común*, Galileo Galilei, Roma 1996.
- BERNAL, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BUERGENTHAL, T., GROSSMAN, C. & NIKKEN, P., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica de Venezuela, 1991.
- , *Derechos Humanos Internacionales*, Editorial Gernika, México, 1998.
- CANÇADO, A.A., "La Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- CARBONELL, M. (ed.), *Ne Constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- CERNA, C., "The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organization and Examination of Petitions and Communications", en HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S. (editores), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- CRISTI Y RUIZ-TAGLE, "¿Qué es el Constitucionalismo?", en *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano*, Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Chile, 2006.
- DULITZKY, A., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo ibero-

²³¹ ACKERMAN, 1991; CRISTI Y RUIZ-TAGLE, 2006: 42-43.

²³² En esto he seguido el esquema de protección jurisdiccional de PÉREZ LUÑO, 1993: 79-93.

²³³ En este sentido es especialmente interesante las elaboraciones teóricas que ha desarrollado el juez Cançado Trindade en sus votos razonados en sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ver *Caso Masacre Plan de Sánchez*, *Caso Herrera Ulloa*, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*.

- americano", en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica.
- FAUNDE-LEDESMA, H., "La protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia", en BUERGENTHAL, T. (editor), *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, N.P. Engel, Kehl, Alemania, 1984, pp. 101-126.
- , *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999.
- FAVOREU, L., "Ponencia francesa", en *El Bloque de Constitucionalidad*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.
- , *Droit Constitutionnel*, Dalloz, París, 1998.
- FERRAJOLI, L., "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, A. y PISARELLO, G. (ed.), Trotta, Madrid, 2001.
- , "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, H., "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Tomo I, IIDH, San José, Costa Rica, 2003.
- GARCÍA-GALLO, A., "El derecho común ante el nuevo mundo", en *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1982.
- GARCÍA-SAYÁN, D., "Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Interinos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2006.
- GONZÁLEZ, F., "Informes sobre Países, Protección y Promoción", en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), San José - Costa Rica, 1998.
- GUEVARA, J., "La Corte Penal Internacional (Un acercamiento a su competencia y jurisdicción)", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, C. Martín et al., Fontamara, 2004.
- JOSEPH, S., SCHULZ, J. y CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2000.
- KRSTICEVIC, V. y TOJO, L., Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales, CEJIL, 2007.
- MARIÑO, F., *Derecho Internacional Público. Parte General*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- MCCORMACK, T., "Jurisdictional aspects of the Rome Statute for the new International Criminal court", en *Melbourne University Law Review*, December 1999.
- MEDINA, C., *The Battle of Human Rights. Gross, systematic violations and the Inter-American system*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988.
- MEDINA, C. y NASH, C., "Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina", en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1, diciembre 2003.

- , *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2007.
- MOYER, C. y PADILLA, D., "Executions in Guatemala as decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83", en CIDH, *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington, D.C., 1984.
- NASH, C., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.
- , *La concepción de Derechos Fundamentales en América Latina. Tendencias Jurisprudenciales*, (en prensa).
- NIKKEN, P., "La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, mayo 1989, pp. 65-100.
- NORRIS, R. E. y REITON, P. D., "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.
- NOWAK, M., *Introduction to the International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff, 2003.
- PALACIOS, P., *La No discriminación*, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derechos-Universidad de Chile, 2006.
- PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999.
- PÉREZ LUÑO, L., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PUERTO, L., "El juicio de ponderación", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002.
- RUIZ-TAGLE, P., "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario", en BORDALÍ (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, LexisNexis, Chile, 2006.
- UPRIMNY, R., *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia, 2006.
- VAN BOVEN, T., "Mechanisms: Their Competition and Coexistence" (1992), en *Human Rights from exclusion to inclusion; principles and practice. An anthology from the Work of Theo van Boven*, F. Coomans, et al. (eds.), Kluwer Law International, 2000.
- VARGAS, E., "Las Observaciones in loco Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", pp. 290-305 *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington DC., 1984.
- VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, Madrid, 2002.
- VILLEY, M., *La formation e la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du droit*, París, 1975.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirand lo Blanch, Valencia, 2005.
 WILLIAMS, S., "The Rome Statute on the International Criminal Court: from 1947-2000 and Beyond", en *Osgoode Hall Law Journal*, Summer 2000.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Asuntos y Opiniones Consultivas*
- Asunto de Viviana Gallardo y otros*, resolución de 13 de noviembre de 1981. Serie A, No. 101/81.
- El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Artículos 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982. Serie A, No. 2.
- Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A, No. 3.
- La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.
- El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8.
- Garantías judiciales en estados de emergencia (Artículos 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.
- 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.
- Excepciones al agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A, No. 11.
- Ciertos atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-13/93, de 16 de julio de 1993. Serie A, No. 13.
- El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A, No. 16.
- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18.
- *Casos Contenciosos*
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 28 de julio de 1988. Serie C, No. 4.
- Caso Velásquez Rodríguez - indemnización compensatoria*, sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, No. 7.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

- Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, sentencia de 4 de diciembre 1991. Serie C, No. 11.
- Caso El Amparo vs. Venezuela*, sentencia de 18 de enero 1995. Serie C, No. 19.
- Caso Garrido y Baigorrieta vs. Argentina*, sentencia de 2 de febrero 1996. Serie C, No. 26.
- Caso Blake vs. Guatemala, excepciones preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996. Serie C, No. 27.
- Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33.
- Caso Benavides Cevallos vs. Perú*, sentencia de 19 de junio 1998. Serie C, No. 38.
- Caso del Carachazo vs. Venezuela*, sentencia de 11 de noviembre 1999. Serie C, No. 58.
- Caso Villográn Morales y otros (caso de los "Niños de la Calle") vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63.
- Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C, No. 64.
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, No. 69.
- Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, No. 73.
- Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, No. 75.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79.
- Caso Barrios Altos vs. Perú*, interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, No. 83.
- Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111.
- Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, No. 114.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, No. 125.
- Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134.
- Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.
- Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, No. 146.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, No. 160.

Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, No. 162.

Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 163.

Caso Bueno Alves vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, No. 164.

Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, No. 182.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Caso Interstatal 01/06, Informe N° 11/07, Inadmisibilidad, *Nicaragua c. Costa Rica*. OEA/Ser/L/V/IL.127

Corte Internacional de Justicia

Réserves à la Convention sur le Génocide. Avis Consultatif. Cij Recueil, 1951.

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.

Corte Europea de Derechos Humanos

Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, judgment of 25 april 1978. Series A, No. A26.

Corte Penal Internacional

Elementos Crímenes, ICC-ASP/1/3(part II-B), publicado en http://www.icc-cpi.int/about/Official_Journal.html (visitado diciembre 2005).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas

Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

Observación General N° 9, *La aplicación interna del Pacto*, 1998, publicada en HRI/GEN/1/Rev.7.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Observación General N° 18, "No Discriminación", de 10 de noviembre de 1989.

Observación General N° 29, "Estados de Emergencia (art. 4)", 31 de agosto de 2001.

Observación General N° 31, "Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", del 26 de mayo de 2004.

Caso Massera et al. v. Uruguay. Comunicación 5/1977, dictamen de 15 de agosto de 1979 Publicado en *Selección de Decisiones Adoptadas con Arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos*, Naciones Unidas, 1988.

Aumeeruddy-Cziffra y otras c. Mauricio. Comunicación 35/1978, dictamen de 9 de abril de 1981.

Burgos c. Uruguay. Comunicación 52/1979, dictamen de 29 de julio de 1981.

Lovelace c. Canada. Comunicación 024/1977, dictamen de 30 julio 1981.

Kitok c. Suecia. Comunicación 197/1985, dictamen de 27 de julio de 1988.

Lubicon Lake c. Canadá. Comunicación 167/1984, dictamen de 26 de marzo de 1990.

Henry c. Jamaica. Comunicación 230/1987, dictamen de 1 de noviembre de 1991.

Ellis c. Jamaica. Comunicación 276/1988, dictamen de 28 de julio de 1992.

Toonen vs. Australia. Comunicación 488/1992, dictamen de 04 de abril de 1994.

Villafañe et al. c. Colombia. Comunicación 612/1995, dictamen de 29 de julio de 1997.

Kavanagh c. Irlanda. Comunicación 1114/2002, dictamen de 25 de octubre de 2002.

Krausser v. Austria. Comunicación 890/1999, dictamen de 23 de octubre de 2002.