

IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo I

Estudios **B**ásicos
de **D**erechos
Humanos I

A u t o r e s :

Asdrúbal Aguilar A., Antônio Cançado Trindade,
Rodolfo Cerdas Cruz, Carlos Chipoco, Robert K.
Goldman, Claudio Grossman, Rafael Nieto Navia,
Pedro Nikken, David J. Padilla, José Miguel Vivanco,
Alvaro Valencia Tovar, Hernando Valencia Villa.

C o m p i l a d o r e s :

Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza

P r e s e n t a c i ó n d e l a S e r i e :

Antônio A. Cançado Trindade

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Fundación
McArthur



Comisión de la
Unión Europea

IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos
Tomo I

IIDH Serie Estudios de Derechos Humanos Tomo I

Estudios **B**ásicos
de **D**erechos
Humanos I

A u t o r e s :

Asdrúbal Aguiar A., Antônio A. Cançado Trindade,
Rodolfo Cerdas Cruz, Carlos Chipoco, Robert K.
Goldman, Claudio Grossman, Rafael Nieto Navia,
Pedro Nikken, David J. Padilla, José Miguel Vivanco,
Alvaro Valencia Tovar, Hernando Valencia Villa.

C o m p i l a d o r e s :

Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza

P r e s e n t a c i ó n d e l a S e r i e :

Antônio A. Cançado Trindade

IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

Fundación
McArthur


Comisión de la
Unión Europea

Serie
ESTUDIOS DE DERECHOS HUMANOS
Tomo I

Primera Edición, San José, 1994

Esta es una publicación coordinada por el Servicio Editorial del IIDH.

Las opiniones expuestas por los autores de esta publicación no reflejan necesariamente los puntos de vista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

© Instituto Interamericano de Derechos Humanos — 1994. Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio existente, sin la autorización explícita y escrita del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Este material puede ser citado siempre que se dé el respectivo crédito.

341.481
A282e

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Estudios básicos de derechos humanos / Asdrúbal Aguiar Aranguren / et al. / ; compilado por Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza ; presentado por Antonio A. Cançado Trindade. — San José, C.R. : IIDH, 1994.

335 p. ; 8 1/2" x 5 1/2". — (Estudios de Derechos Humanos, Tomo I).

ISBN 9977-962-60-x

1. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 2. DERECHOS HUMANOS. 3. DERECHOS HUMANOS-PROTECCION. 4. DERECHOS HUMANOS-SISTEMA INTERAMERICANO. I. Cerdas Cruz, Rodolfo, comp. II. Nieto Loaiza, Rafael, comp. III. Trindade, Antonio Augusto Cançado. IV. Título. V. Serie.

EDICIÓN: PROMETEO S.A.

INDICE

PRESENTACION

Antonio Augusto Cançado Trindadeix

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Pedro Nikken15

LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Antonio Augusto Cançado Trindade39

DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Antonio Augusto Cançado Trindade63

ABC DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

Hernando Valencia Villa75

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y ACTORES NO GUBERNAMENTALES

Robert K. Goldman87

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS (APRECIACIONES SOBRE EL PACTO DE SAN JOSÉ) <i>Asdrúbal Aguiar A.</i>	117
EL RÉGIMEN HEMISFÉRICO SOBRE SITUACIONES DE EMERGENCIA <i>Claudio Grossman</i>	155
LA PROTECCION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS UNA APROXIMACION CRITICA <i>Carlos Chipoco</i>	171
LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>David J. Padilla</i>	227
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>Rafael Nieto Navia</i>	251
LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES DE DERECHOS HUMANOS <i>José Miguel Vivanco</i>	275
DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS <i>Rodolfo Cerdas Cruz</i>	295
FUERZAS ARMADAS Y DERECHOS HUMANOS <i>Alvaro Valencia Tovar</i>	313

PRESENTACION DE LA SERIE, Tomo I

La protección internacional de los derechos humanos viene experimentando una considerable expansión en las últimas décadas. Su dinámica, en constante evolución, requiere un esfuerzo de evaluación permanente de modo que los mecanismos de protección puedan seguir funcionando con eficacia. Dichos mecanismos se han desarrollado como prontas respuestas a las múltiples violaciones de los derechos humanos; de ahí su diversidad en cuanto a las bases y efectos jurídicos, y a los beneficiarios y a los ámbitos de aplicación, con las consecuentes complejidad de operación y necesidad de coordinación. Dichos mecanismos tienen, además, que adaptarse a las transformaciones del medio social en el cual funcionan. Se impone, pues, en el examen de la materia, un equilibrio entre la teoría y la práctica, entre la reflexión y la acción. El presente tomo, que inaugura una serie de publicaciones que tenemos el honor de presentar, reúne contribuciones de destacados especialistas y concedores de la teoría y práctica de la protección de los derechos humanos. Dichas contribuciones propician una visión de conjunto de aspectos relevantes de la temática de los derechos humanos, con atención especial a nuestro continente,

en un lenguaje deliberadamente accesible a un público más amplio que él de los especialistas en la materia.

Originalmente, hace dos años y medio, se había contemplado la idea de preparar un Manual de derechos humanos, en el marco del Programa del IIDH de capacitación en derechos humanos para fuerzas armadas y de seguridad. No obstante, en el desarrollo del proyecto, al apreciar la riqueza de las contribuciones de los distintos autores, se constató que la temática abordada transcendía los parámetros del proyecto original. El producto final tampoco se presentó como un Manual, una vez que no contó con una sistematización o ordenamiento didáctico propio de publicaciones de este género (ilustrado, por ejemplo, por el Manual de derechos humanos ya publicado por el IIDH, en coedición con la Editorial Jurídica Venezolana, en 1990). El presente tomo se ofrece más bien como una compilación de estudios básicos de derechos humanos de interés para todo público. Este nos parece ser el sentido propio de su contribución. No podemos dejar de aquí registrar nuestros agradecimientos, inicialmente, a los autores, por el pronto envío, ya hace algunos meses, de sus valiosos aportes al Instituto. Para la compilación de los textos y confección de este tomo, contó el IIDH con la apreciada colaboración del Dr. Rodolfo Cerdas y del Sr. Rafael Nieto Loaiza, por la cual dejamos igual constancia de nuestros agradecimientos.

El presente tomo, cuyo contenido no pretende ser exhaustivo, cubre sin embargo algunos de los principales tópicos de la agenda internacional contemporánea de los derechos humanos, en lo que concierne a los aspectos tanto conceptual como operacional. Abarca, además, los ámbitos tanto regional (interamericano) como global de aplicación de la normativa internacional de protección de los derechos humanos. Su publicación se da en un momento oportuno, que sigue a la considerable movilización internacional generada por la realización de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Viena, junio de 1993) y su proceso preparatorio. Uno de los principales aspectos del legado de este cónclave, en el cual estuvo presente el IIDH, reside precisamente en el reco-

nocimiento de la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la plena vigencia de todos los derechos humanos.

Recordamos momentos memorables de aquella Conferencia, en los cuales, al intentarse relacionar las "realidades de nuestro tiempo" con el "espíritu de nuestra época", se concluyó que este último se caracteriza de modo especial por la aspiración común a valores superiores, al incremento de la promoción y protección de los derechos humanos intensificadas en la transición democrática y en la instauración del Estado de Derecho en tantos países, a la búsqueda de soluciones globales en el tratamiento de temas globales (como, por ejemplo, el de la apremiante necesidad de erradicación de la pobreza extrema a flagelar de modo alarmante segmentos crecientes de la población).

El legado de aquel diálogo universal encuéntrase marcado sobretudo por la visión integrada de todos los derechos humanos, por la atención especial a los más necesitados de protección (los más carentes y socialmente excluidos), por la dimensión temporal (con medidas de prevención y de seguimiento) de la protección, por lo que podríamos denominar de **omnipresencia** de los derechos humanos. Esta última, a nuestro juicio, se concreta en el reconocimiento de que los derechos humanos se imponen a todos - no sólo a los Estados, sino también a los organismos internacionales, a los grupos privados y a los particulares, - en toda parte, a todo momento, acarreando así obligaciones *erga omnes*. Estamos, en última instancia, en medio a un proceso de construcción de una cultura universal de observancia de los derechos humanos, en consonancia con el "espíritu de nuestra época".

En este propósito un rol importante está reservado, en nuestro continente, al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En efecto, el legado de aquella concertación mundial es válido tanto para el sistema universal como para los sistemas regionales, todos esencialmente complementarios y unidos por la identidad última de propósito de protec-

ción del ser humano. Las perspectivas de los regímenes regionales de protección de los derechos humanos, como el interamericano, han de ser consideradas necesariamente en el ámbito de la universalidad - en los planos tanto normativo como operacional - de los derechos humanos. Nunca está demás señalar que la universalidad no equivale a la uniformidad; al contrario, es enriquecida por las particularidades regionales. El principal documento emanado de la Conferencia Mundial del año pasado contiene toda una sección dedicada a la educación en derechos humanos (párrafos 78-82 y 33 de la Declaración y Programa de Acción de Viena). Urge a los Estados a que establezcan programas de educación en derechos humanos, y enfatiza la importancia de la diseminación de datos pertinentes tanto teóricos como prácticos para la promoción y la observancia de los derechos humanos, en beneficio de todos los individuos sin discriminación.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, como entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicada a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, no podría dejar de dar su contribución, que seguramente se consolidará de forma permanente, a la más amplia difusión del pensamiento contemporáneo en materia de derechos humanos. El Instituto así lo hace con base en los pilares de su acción, a saber, los principios de la democracia representativa, del Estado de Derecho, del pluralismo ideológico y del respeto a las libertades fundamentales del ser humano. En esta tarea de difusión, el IIDH, hasta la fecha, a la par de sus libros, de su *Revista* y de sus series especializadas (*Cuadernos de CAPEL*, *Boletín Electoral Latinoamericano*, *Serie Para ONG*, *Exodos en América Latina*, *Boletín Documental - Refugiados*), ha promovido la publicación, esporádicamente, de algunos de los textos de los estudios presentados en sus Cursos Interdisciplinarios anuales o en sus numerosos Seminarios especializados, sea en forma de antologías o de memorias de algunos de aquellos eventos.

Estimamos que, con la expansión y consolidación de su vasto programa de actividades académicas, el IIDH ha alcanza-

do un grado de madurez institucional que le permite a partir de ahora promover de forma regular y sistemática la publicación en serie de los principales estudios presentados en el marco de aquellas actividades. En este propósito, pretendemos, a partir de este tomo, inaugurar una serie de publicaciones de estudios de derechos humanos en la forma de *occasional papers*, sin las imposiciones de una rígida periodicidad (de un *Recueil des Cours*, por ejemplo), para rescatar y difundir a un público más amplio las contribuciones académicas del IIDH. Al dar secuencia a la nueva serie, es nuestra intención congregar estudios **básicos**, a ejemplo de los presentados en este tomo, así como estudios **especializados**, más extensos, en derechos humanos.

Prendemos, con la publicación de los primeros, proporcionar a un público más amplio los nuevos aportes al pensamiento contemporáneo de los derechos humanos recogidos en las actividades del IIDH; y, con la publicación de los segundos, proporcionar a los especialistas en la materia elementos que les ayuden evaluar constantemente los rumbos de la evolución contemporánea de la protección internacional de los derechos humanos, con atención especial al continente americano, en el cual actúa el IIDH. Es nuestra esperanza que esta nueva serie fructifique, para contribuir a que se logre mantener un equilibrio entre el pensamiento lúcido y la acción esclarecida en materia de los derechos humanos; o sea, para que el IIDH, en la realización de sus objetivos y a la par de sus múltiples actividades, se convierta simultáneamente en un centro de difusión ordenada de la reflexión en materia de derechos humanos, con especial atención a nuestro continente.

San José de Costa Rica, 21 de septiembre de 1994.

Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE

Director Ejecutivo

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Pedro Nikken

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.

En esta noción general, que sirve como primera aproximación al tema, pueden verse dos notas o extremos, cuyo examen un poco más detenido ayudará a precisar el concepto. En primer lugar, se trata de derechos inherentes a la persona humana; en segundo lugar, son derechos que se afirman frente al po-

der público. Ambas cuestiones serán examinadas sucesivamente en este capítulo.

I. LOS DERECHOS HUMANOS SON INHERENTES A LA PERSONA HUMANA

Una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra. La expresión más notoria de esta gran conquista es el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

A. Bases de la inherencia

El fundamento de este aserto es controversial. Para las escuelas del Derecho natural, los derechos humanos son la consecuencia normal de que el orden jurídico tenga su arraigo esencial en la naturaleza humana. Las bases de justicia natural que emergen de dicha naturaleza deben ser expresadas en el Derecho positivo, al cual, por lo mismo, está vedado contradecir los imperativos del Derecho natural. Sin embargo, el iusnaturalismo no tiene la adhesión universal que caracteriza a los derechos humanos, que otros justifican como el mero resultado de un proceso histórico.

La verdad es que en el presente la discusión no tiene mayor relevancia en la práctica. Para el iusnaturalismo la garantía universal de los derechos de la persona es vista como una comprobación histórica de su teoría. Para quienes no adhieren a es-

ta doctrina, las escuelas del Derecho natural no han sido más que algunos de los estímulos ideológicos para un proceso histórico cuyo origen y desarrollo dialéctico no se agota en las ideologías aunque las abarca.

Lo cierto es que la historia universal lo ha sido más de la ignorancia que de protección de los derechos de los seres humanos frente al ejercicio del poder. El reconocimiento universal de los derechos humanos como inherentes a la persona es un fenómeno más bien reciente.

En efecto, aunque en las culturas griega y romana es posible encontrar manifestaciones que reconocen derechos a la persona más allá de toda ley y aunque el pensamiento cristiano, por su parte, expresa el reconocimiento de la dignidad radical del ser humano, considerado como una creación a la imagen y semejanza de Dios, y de la igualdad entre todos los hombres, derivada de la unidad de filiación del mismo Padre, la verdad es que ninguna de estas ideas puede vincularse con las instituciones políticas o el Derecho de la Antigüedad o de la Baja Edad Media.

Dentro de la historia constitucional de occidente, fue en Inglaterra donde emergió el primer documento significativo que establece limitaciones de naturaleza jurídica al ejercicio del poder del Estado frente a sus súbditos: la *Carta Magna* de 1215, la cual junto con el *Hábeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, pueden considerarse como precursores de las modernas declaraciones de derechos. Estos documentos, sin embargo, no se fundan en derechos inherentes a la persona sino en conquistas de la sociedad. En lugar de proclamar derechos de cada persona, se enuncian más bien derechos del pueblo. Más que el reconocimiento de derechos intangibles de la persona frente al Estado, lo que establecen son deberes para el gobierno.

Las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales, con fuerza legal, fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano que el Estado está en el deber de respetar y proteger, las encontramos en las Revoluciones de Independencia Norteamericana e Ibe-

roamericana, así como en la Revolución Francesa. Por ejemplo, la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 afirma que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos innatos; que entre esos derechos debe colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; y que para garantizar el goce de esos derechos los hombres han establecido entre ellos gobiernos cuya justa autoridad emana del consentimiento de los gobernados. En el mismo sentido la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, reconoce que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos y que las distinciones sociales no pueden estar fundadas sino en la utilidad común.

Es de esta forma que el tema de los derechos humanos, más específicamente el de los derechos individuales y las libertades públicas, ingresó al Derecho constitucional. Se trata, en verdad, de un capítulo fundamental del Derecho constitucional, puesto que el reconocimiento de la intangibilidad de tales derechos implica limitaciones al alcance de las competencias del poder público. Desde el momento que se reconoce y garantiza en la Constitución que hay derechos del ser humano inherentes a su misma condición en consecuencia, anteriores y superiores al poder del Estado, se está limitando el ejercicio de este, al cual le está vedado afectar el goce pleno de aquellos derechos.

En el Derecho constitucional, las manifestaciones originales de las garantías a los derechos humanos se centró en lo que hoy se califica como derechos civiles y políticos, que por esa razón son conocidos como "la primera generación" de los derechos humanos. Su objeto es la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como de su derecho a participar en la vida pública.

Sin embargo, todavía en el campo del Derecho constitucional, en el presente siglo se produjeron importantes desarrollos sobre el contenido y la concepción de los derechos humanos, al aparecer la noción de los derechos económicos, sociales y cul-

turales, que se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana. Esta es la que se ha llamado "segunda generación" de los derechos humanos. Se volverá sobre el tema.

Un capítulo de singular trascendencia en el desarrollo de la protección de los derechos humanos es su internacionalización. En efecto, si bien su garantía supraestatal debe presentarse, racionalmente, como una consecuencia natural de que los mismos sean inherentes a la persona y no una concesión de la sociedad, la protección internacional tropezó con grandes obstáculos de orden político y no se abrió plenamente sino después de largas luchas y de la conmoción histórica que provocaron los crímenes de las eras nazi y stalinista. Tradicionalmente, y aun algunos gobiernos de nuestros días, a la protección internacional se opusieron consideraciones de soberanía, partiendo del hecho de que las relaciones del poder público frente a sus súbditos están reservadas al dominio interno del Estado.

Las primeras manifestaciones tendientes a establecer un sistema jurídico general de protección a los seres humanos no se presentaron en lo que hoy se conoce, en sentido estricto, como el Derecho internacional de los derechos humanos, sino en el denominado Derecho internacional humanitario. Es el Derecho de los conflictos armados, que persigue contener los imperativos militares para preservar la vida, la dignidad y la salud de las víctimas de la guerra, el cual contiene el germen de la salvaguardia internacional de los derechos fundamentales. Este es el caso de la Convención de La Haya de 1907 y su anexo, así como, más recientemente, el de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977.

Lo que en definitiva desencadenó la internacionalización de los derechos humanos fue la conmoción histórica de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas. La magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a

cargo, monopolísticamente, de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección.

El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas reafirma «la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres». El artículo 56 de la misma Carta dispone que «todos los miembros se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55», entre los cuales está «el respeto universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos».

El 2 de mayo de 1948 fue adoptada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el 10 de diciembre del mismo año la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estas declaraciones, como todos los instrumentos de su género, son actos solemnes por medio de los cuales quienes los emiten proclaman su apoyo a principios de gran valor, juzgados como perdurables. Los efectos de las declaraciones en general, y especialmente su carácter vinculante, no responden a un enunciado único y dependen, entre otras cosas, de las circunstancias en que la declaración se haya emitido y del valor que se haya reconocido al instrumento a la hora de invocar los principios proclamados. Tanto la Declaración Universal como la Americana han tenido gran autoridad. Sin embargo, aunque hay muy buenos argumentos para considerar que han ganado fuerza obligatoria a través de su reiterada aplicación, la verdad es que en su origen carecían de valor vinculante desde el punto de vista jurídico.

Una vez proclamadas las primeras declaraciones, el camino para avanzar en el desarrollo de un régimen internacional de protección imponía la adopción y puesta en vigor de tratados internacionales a través de los cuales las partes se obliga-

ran a respetar los derechos en ellos proclamados y que establecieran, al mismo tiempo, medios internacionales para su tutela en caso de incumplimiento.

En el ámbito internacional, el desarrollo de los derechos humanos ha conocido nuevos horizontes. Además de los mecanismos orientados a establecer sistemas generales de protección, han aparecido otros destinados a proteger ciertas categorías de personas -mujeres, niños, trabajadores, refugiados, discapacitados, etc.- o ciertas ofensas singularmente graves contra los derechos humanos, como el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid*, la tortura o la trata de personas. Más aún, en el campo internacional se ha gestado lo que ya se conoce como "tercera generación" de derechos humanos, que son los llamados derechos colectivos de la humanidad entera, como el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la paz.

Así pues, cualquiera sea el fundamento filosófico de la inherencia de los derechos humanos a la persona, el reconocimiento de la misma por el poder y su plasmación en instrumentos legales de protección en el ámbito doméstico y en el internacional, han sido el producto de un sostenido desarrollo histórico, dentro del cual las ideas, el sufrimiento de los pueblos, la movilización de la opinión pública y una determinación universal de lucha por la dignidad humana, han ido forzando la voluntad política necesaria para consolidar una gran conquista de la humanidad, como lo es el reconocimiento universal de que toda persona tiene derechos por el mero hecho de serlo.

B. Consecuencias de la inherencia

El reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona, que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno, acarrea consecuencias que a continuación se enuncian esquemáticamente.

1. *El Estado de Derecho*

Como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la restricción al ejercicio del poder estatal" (Corte I.D.H., *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultativa OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, §22). En efecto, el poder no puede lícitamente ejercerse de cualquier manera. Más concretamente, debe ejercerse a favor de los derechos de la persona y no contra ellos.

Esto supone que el ejercicio del poder debe sujetarse a ciertas reglas, las cuales deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos. Ese conjunto de reglas que definen el ámbito del poder y lo subordinan a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana es lo que configura el Estado de Derecho.

2. *Universalidad*

Por ser inherentes a la condición humana todas las personas son titulares de los derechos humanos y no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos. Ultimamente se ha pretendido cuestionar la universalidad de los derechos humanos, especialmente por ciertos gobiernos fundamentalistas o de partido único, presentándolos como un mecanismo de penetración política o cultural de los valores occidentales. Desde luego que siempre es posible manipular políticamente cualquier concepto, pero lo que nadie puede ocultar es que las luchas contra las tiranías han sido, son y serán universales.

A pesar de la circunstancia señalada, y sin duda como el fruto de la persistencia de la opinión pública internacional y de las organizaciones no gubernamentales, la Declaración adoptada en Viena el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, explícitamente afirma que el carácter universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales "no admite dudas" (párrafo 1). Señala asimismo que "to-

dos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí" y que, sin desconocer particularidades nacionales o regionales y los distintos patrimonios culturales "los Estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales" (párrafo 3).

3. *Transnacionalidad*

Ya se ha comentado el desarrollo histórico de los derechos humanos hacia su internacionalización. Si ellos son inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad de ésta o del territorio donde se encuentre: los porta en sí misma. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional. Los derechos humanos están por encima del estado y su soberanía y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección.

Ha sido vasta la actividad creadora de normas jurídicas internacionales, tanto sustantivas como procesales. Durante las últimas décadas se ha adoptado, entre tratados y declaraciones, cerca de un centenar de instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. En el caso de las convenciones se han reconocido derechos, se han pactado obligaciones y se han establecido medios de protección que, en su conjunto, han transformado en más de un aspecto al Derecho internacional y le han dado nuevas dimensiones como disciplina jurídica. Todo ello ha sido el fruto de una intensa y sostenida actividad negociadora cumplida en el seno de las distintas organizaciones internacionales, la cual, lejos de fenecer o decaer con la conclusión de tan numerosas convenciones, se ha mantenido en todo momento bajo el estímulo de nuevas iniciativas que buscan perfeccionar o desarrollar la protección internacional en alguno de sus aspectos.

También se ha multiplicado el número -más de cuarenta- y la actividad de las instituciones y mecanismos internacionales de protección. En su mayor parte, han sido creadas por convenciones internacionales, pero existe también, especialmente alrededor del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, un creciente número de mecanismos no convencionales de salvaguardia. En los tres últimos años se ha comenzado a observar una innovación consistente en la inclusión de un componente de derechos humanos en operaciones para el mantenimiento de la paz dependientes del Consejo de Seguridad (El Salvador, Cambodia, Haití).

La labor de todas estas entidades, aunque todavía de limitada eficacia, ha sido positivamente creativa y ha servido para ensanchar el alcance del régimen. Han cumplido una fecunda tarea en la interpretación y aplicación del Derecho. Han ideado medios procesales para abrir cauce a la iniciativa individual dentro de los procedimientos internacionales relativos a los derechos humanos. Con frecuencia, en fin, han definido su propia competencia a través de la interpretación más amplia posible de la normativa que se les atribuye, y han cumplido actuaciones que difícilmente estaban dentro de las previsiones o de la intención de quienes suscribieron las correspondientes convenciones.

4. *Irreversibilidad*

Una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.

Este carácter puede tener singular relevancia para determinar el alcance de la denuncia de una convención internacional sobre derechos humanos (hasta ahora prácticamente inexisten-

tes). En efecto, la denuncia no debe tener efecto sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona. El denunciante solo se libraría, a través de esa hipotética denuncia de los mecanismos internacionales convencionales para reclamar el cumplimiento del tratado, pero no de que su acción contra los derechos en él reconocidos sea calificada como una violación de los derechos humanos.

5. *Progresividad*

Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así como han aparecido las sucesivas "generaciones" de derechos humanos y como se han multiplicado los medios para su protección.

Una manifestación de esta particularidad la encontramos en una disposición que, con matices, se repite en diversos ordenamientos constitucionales, según la cual la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella¹.

De este género de disposiciones es posible colegir:

Primero: Que la enumeración de los derechos constitucionales es enunciativa y no taxativa.

Segundo: Que los derechos enunciados en la Constitución no agotan los que deben considerarse como "inherentes a la persona humana".

Tercero: Que todos los derechos enunciados en la Constitución, empero, sí son considerados por ésta como "inherentes a la persona humana".

Cuarto: Que todo derecho "inherente a la persona humana" podría haber sido recogido expresamente por el texto constitucional.

Quinto: Que una vez establecido que un derecho es "inherente a la persona humana", la circunstancia de no figurar expresamente en el texto constitucional no debe entenderse en menoscabo de la protección que merece.

En conclusión, lo jurídicamente relevante es que un determinado derecho sea "inherente a la persona humana". Es por esa razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la Constitución, que esos derechos deben ser considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado. En consecuencia, no cabe hacer distinciones en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los derechos de la naturaleza apuntada con base en el solo criterio de que figuren expresamente o no en la Constitución. Para determinar si estamos frente a un derecho que merezca la protección que la Constitución acuerda para los que expresamente enumera lo decisivo no es tanto que figure en tal enunciado, sino que pueda ser considerado como "inherente a la persona humana".

Esto abre extraordinarias perspectivas de integración del Derecho internacional de los derechos humanos al Derecho interno, pues, en los países cuyas constituciones contienen una disposición como la comentada, la adhesión del Estado a la proclamación internacional de un derecho como "inherente a la persona humana" abre las puertas para la aplicación de dicha disposición. En tal supuesto, los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener la supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura de la justicia constitucional.

Hay otro elemento que muestra cómo la protección de los derechos humanos se plasma en un régimen que es siempre susceptible de ampliación, mas no de restricción y que también atañe a la integración de la regulación internacional entre sí y con la nacional. La mayoría de los tratados sobre derechos humanos incluyen una cláusula según la cual ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de Derecho interno o de Derecho internacional. En esa dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" (Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas*

(arts. 13 y 29 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, §52). Este principio representa lo que se ha llamado la "cláusula del individuo más favorecido".

Habiendo pasado revista al significado de los derechos humanos como atributos inherentes a toda persona, corresponde ahora ver como los mismos se afirman frente al Estado o, más genéricamente, frente al poder público.

II. LOS DERECHOS HUMANOS SE AFIRMAN FRENTE AL PODER PUBLICO

Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno. El es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, en sentido estricto, solo él puede violarlos. Las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los derechos humanos. Este es un punto conceptualmente capital para comprender a cabalidad el tema de los derechos humanos.

Como ya se ha dicho en el breve recuento anterior, durante la mayor parte de la historia el poder podía ejercerse con escasos límites frente a los gobernados y prácticas como la esclavitud y la tortura eran admitidas y hasta fundamentadas en ideas religiosas. La lucha por lo que hoy llamamos derechos humanos ha sido, precisamente, la de circunscribir el ejercicio del poder a los imperativos que emanan de la dignidad humana.

La nota característica de las violaciones a los derechos humanos es que ellas se cometen desde el poder público o gracias a los medios que éste pone a disposición de quienes lo ejercen. No todo abuso contra una persona ni toda forma de violencia social son técnicamente atentados contra los derechos humanos. Pueden ser crímenes, incluso gravísimos, pero si es la mera obra de particulares no será una violación de los derechos humanos.

Existen, desde luego, situaciones límites, especialmente en el ejercicio de la violencia política. Los grupos insurgentes armados que controlan de una manera estable áreas territoriales o, en términos generales, ejercen de hecho autoridad sobre otras personas, poseen un germen de poder público que están obligados, lo mismo que el gobierno regular, a mantener dentro de los límites impuestos por los derechos humanos. De no hacerlo no solo estarían violando el orden jurídico del Estado contra el que insurgen, sino también los derechos humanos. Puede incluso considerarse que quienes se afirman en posesión de tal control, aun si no lo tienen, se están autoimponiendo los mismos límites en su tratamiento a las personas sobre las que mantienen autoridad. Por lo demás, aplicando principios extraídos de la teoría de la responsabilidad internacional, si un grupo insurgente conquista el poder, son imputables al Estado las violaciones a obligaciones internacionales -incluidas las relativas a derechos humanos- cometidas por tales grupos antes de alcanzar el poder.

Lo que no es exacto es que diversas formas de violencia política, que pueden tipificar incluso gravísimos delitos internacionales, sean violaciones de los derechos humanos. La responsabilidad por la efectiva vigencia de los derechos humanos incumbe exclusivamente al Estado, entre cuyas funciones primordiales está la prevención y la punición de toda clase de delitos. El Estado no está en condiciones de igualdad con personas o grupos que se encuentren fuera de la ley, cualquiera sea su propósito al así obrar. El Estado existe para el bien común y su autoridad debe ejercerse con apego a la dignidad humana, de conformidad con la ley. Este principio debe dominar la actividad del poder público dirigida a afirmar el efectivo goce de los derechos humanos (A) así como el alcance de las limitaciones que ese mismo poder puede imponer lícitamente al ejercicio de tales derechos (B).

A. El poder público y la tutela de los derechos humanos

El ejercicio del poder no debe menoscabar de manera arbitraria el efectivo goce de los derechos humanos. Antes bien, el norte de tal ejercicio, en una sociedad democrática, debe ser la preservación y satisfacción de los derechos fundamentales de cada uno. Esto es válido tanto por lo que se refiere al respeto y garantía debido a los derechos civiles y políticos (1), como por lo que toca a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos colectivos (2).

1. El respeto y garantía de los derechos civiles y políticos

Como antes quedó dicho, los derechos civiles y políticos tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como de su derecho a participar en la vida pública. Por lo mismo, ellos se oponen a que el Estado invada o agreda ciertos atributos de la persona, relativos a su integridad, libertad y seguridad. Su vigencia depende, en buena medida, de la existencia de un orden jurídico que los reconozca y garantice. En principio, basta constatar un hecho que los viole y que sea legalmente imputable al Estado para que éste pueda ser considerado responsable de la infracción. Se trata de derechos inmediatamente exigibles, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control jurisdiccional.

En su conjunto, tales derechos expresan una dimensión más bien individualista, cuyo propósito es evitar que el Estado agreda ciertos atributos del ser humano. Se trata, en esencia, de derechos que se ejercen frente -y aun contra- el Estado y proveen a su titular de medios para defenderse frente al ejercicio abusivo del poder público. El Estado, por su parte, está obligado no solo a respetar los derechos civiles y políticos sino también a garantizarlos.

El respeto a los derechos humanos implica que la actuación de los órganos del Estado no puede traspasar los límites que le señalan los derechos humanos, como atributos inheren-

tes a la dignidad de la persona y superiores al poder del Estado.

El *respeto* a los derechos humanos impone la adecuación del sistema jurídico para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos. El deber de respeto también comporta que haya de considerarse como ilícita toda acción u omisión de un órgano o funcionario del Estado que, en ejercicio de los atributos de los que está investido, lesione indebidamente los derechos humanos. En tales supuestos, es irrelevante que el órgano o funcionario haya procedido en violación de la ley o fuera del ámbito de su competencia. En efecto, lo decisivo es que actúe aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial como órgano o funcionario.

La *garantía* de los derechos humanos es una obligación aún más amplia que la anterior, pues impone al Estado el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos con todos los medios a su alcance. Ello comporta, en primer lugar, que todo ciudadano debe disponer de medios judiciales sencillos y eficaces para la protección de sus derechos. Por obra del mismo deber, las violaciones a los derechos en dichas convenciones deben ser reputadas como ilícitas por el Derecho interno. También está a cargo del Estado prevenir razonablemente situaciones lesivas a los derechos humanos y, en el supuesto de que éstas se produzcan, a procurar, dentro de las circunstancias de cada caso, lo requerido para el restablecimiento del derecho. La garantía implica, en fin, que existan medios para asegurar la reparación de los daños causados, así como para investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, identificar a los culpables y aplicarles las sanciones pertinentes.

Estos deberes del poder público frente a las personas no aparecen del mismo modo cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos.

2. *La satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos*

Como también ha quedado dicho, los derechos económicos, sociales y culturales, se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales no depende, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual solo puede alcanzarse progresivamente. Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asumen los Estados respecto de ellos esta vez son de medio o de por comportamiento. El control del cumplimiento de este tipo de obligaciones implica algún género de juicio sobre la política económico-social de los Estados, cosa que escapa, en muchos casos, a la esfera judicial. De allí que la protección de tales derechos suela ser confiada a instituciones más político-técnicas que jurisdiccionales, llamadas a emitir informes periódicos sobre la situación social y económica de cada país.

De allí la principal diferencia de naturaleza que normalmente se reconoce entre los deberes del poder público frente a los derechos económicos y sociales con respecto a los que le incumben en el ámbito de los civiles y políticos. Estos últimos son derechos inmediatamente exigibles y frente a ellos los Estados están obligados a un resultado: un orden jurídico-político que los respete y garantice. Los otros, en cambio son exigibles en la medida en que el Estado disponga de los recursos para satisfacerlos, puesto que las obligaciones contraídas esta vez son de medio o de comportamiento, de tal manera que, para establecer que un gobierno ha violado tales derechos no basta con demostrar que no ha sido satisfecho, sino que el comportamiento del poder público en orden a alcanzar ese fin no se ha adecuado a los *standards* técnicos o políticos apropiados. Así, la violación del derecho a la salud o al empleo no dependen de la

sola privación de tales bienes como sí ocurre con el derecho a la vida o a la integridad.

Esta consideración, que en general es atinada, amerita, sin embargo, ciertos matices. La primera proviene del hecho de que hay algunos derechos económicos y sociales que son también libertades públicas, como la mayor parte de los derechos sindicales o la libertad de enseñanza. En estos casos el deber de respeto y garantía de los mismos por parte del poder público es idéntico al que existe respecto de los derechos civiles y políticos.

Por otra parte, aunque, en general, es cierto que la sola no satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales no es demostrativa, en sí misma, de que el Estado los ha violado, cabe plantearse si la realidad de ciertas políticas configura la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales de manera parecida a los derechos civiles y políticos, es decir, ya no como consecuencia de su no realización, sino por efecto de la adopción de políticas que están orientadas hacia la supresión de los mismos. Es un tema abierto a la discusión.

En cuanto a los derechos colectivos, la sujeción del poder público es mixta. En un sentido positivo, es decir, en lo que toca a su satisfacción, puede hablarse de obligaciones de comportamiento: la acción del Estado debe ordenarse de la manera más apropiada para que tales derechos -medio ambiente sano, desarrollo, paz- sean satisfechos. En un sentido negativo, esto es, en cuanto a su violación, más bien se está ante obligaciones de resultado: no es lícita la actuación arbitraria del poder público que se traduzca en el menoscabo de tales derechos.

En todos estos casos, claro está, la violación de los derechos humanos ocurrirá en la medida en que la actuación del poder público desborde los límites que legítimamente pueden imponerse a los mismos por imperativos del orden público o del bien común.

B. Los límites legítimos a los derechos humanos

El Derecho de los derechos humanos, tanto en el plano doméstico como en el internacional, autoriza limitaciones a los derechos protegidos en dos tipos de circunstancias distintas. En condiciones normales, cada derecho puede ser objeto de ciertas restricciones fundadas sobre distintos conceptos que pueden resumirse en la noción general de orden público. Por otra parte, en casos de emergencia, los gobiernos están autorizados para suspender las garantías.

1. Limitaciones ordinarias a los derechos humanos

Los derechos humanos pueden ser legítimamente restringidos. Sin embargo, en condiciones normales, tales restricciones no pueden ir más allá de determinado alcance y deben expresarse dentro de ciertas formalidades.

a. Alcance

La formulación legal de los derechos humanos contiene, normalmente, una referencia a las razones que, legítimamente, puedan fundar limitaciones a los mismos.

En general, se evitan las cláusulas restrictivas generales, aplicables a todos los derechos humanos en su conjunto y se ha optado, en cambio, por fórmulas particulares, aplicables respecto de cada uno de los derechos reconocidos, lo que refleja el deseo de ceñir las limitaciones en la medida estrictamente necesaria para asegurar el *máximum* de protección al individuo. Las limitaciones están normalmente referidas a conceptos jurídicos indeterminados, como lo son las nociones de "orden público" o de "orden"; de "bien común", "bienestar general" o "vida o bienestar de la comunidad" de "seguridad nacional", "seguridad pública" o "seguridad de todos"; de "moral" o "moral pública"; de "salud pública", o de "prevención del delito".

Todas estas nociones implican una importante medida de relatividad. Deben interpretarse en estrecha relación con el de-

recho al que están referidas y deben tener en cuenta las circunstancias del lugar y del tiempo en que son invocadas e interpretadas. A propósito de ellas se ha destacado que, tratándose de nociones en que está implicada la relación entre la autoridad del Estado y los individuos sometidos a su jurisdicción, todas ellas podrían ser reducidas a un concepto singular y universal, como es el de orden público.

El orden público, aun como concepto universal, no responde a un contenido estable ni plenamente objetivo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como el conjunto de "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios" (Corte I.D.H.: *La colegiación obligatoria de periodistas*, cit., §64).

Ahora bien, de alguna manera, la definición de esos «valores y principios» no puede desvincularse de los sentimientos dominantes en una sociedad dada, de manera que si la noción de «orden público» no se interpreta vinculándola estrechamente con los *standards* de una sociedad democrática, puede representar una vía para privar de contenido real a los derechos humanos internacionalmente protegidos. En nombre de un «orden público», denominado por principios antidemocráticos, cualquier restricción a los derechos humanos podría ser legítima.

Las limitaciones a los derechos humanos no pueden afectar el contenido esencial del derecho tutelado. La misma Corte también ha dicho que nociones como la de "orden público" y la de "bien común" no pueden invocarse como "medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención" y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta "el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (Corte I.D.H.: *La colegiación obligatoria de periodistas*, cit., §67).

b. La forma

En un Estado de Derecho, las limitaciones a los derechos humanos solo pueden emanar de leyes, se trata de una materia sometida a la llamada reserva legal, de modo que el poder ejecutivo no está facultado para aplicar más limitaciones que las que previamente hayan sido recogidas en una ley del poder legislativo.

Este es un principio universal del ordenamiento constitucional democrático, expresado, entre otros textos por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual las restricciones que la Convención autoriza para el goce de los derechos por ella reconocidos, solo podrán emanar de "leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Respecto de este artículo, la Corte ha interpretado "que la palabra *leyes* ... significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento previsto en las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes" (Corte I.D.H., *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit. §38).

Solo en circunstancias excepcionales el gobierno se ve facultado para decidir por sí solo la imposición de determinadas limitaciones extraordinarias a algunos derechos humanos, pero para ello tiene previamente que suspender las garantías de tales derechos.

2. Las limitaciones a los derechos humanos bajo estados de excepción

Los derechos garantizados pueden verse expuestos a limitaciones excepcionales frente a ciertas emergencias que entrañen grave peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado. En tales circunstancias el gobierno puede suspender las garantías. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que, dentro del siste-

ma de la Convención, se trata de una medida enteramente excepcional, que se justifica porque “puede ser en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática” (Corte I.D.H., *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2 y 25.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, §20).

Sin embargo, evocando quizás los abusos a que ha dado origen en el hemisferio, afirmó que “la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA” y que ella no “comport(a) la suspensión temporal del Estado de Derecho (ni) autori(za) a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse” (*ibíd.*), pues el efecto de la suspensión se contrae a modificar, pero no a suprimir “algunos de los límites legales de la actuación del poder público” (*ibíd.* §24).

La suspensión de garantías está sujeta, además, a cierto número de condiciones, entre las que cabe enunciar, también de modo esquemático, las siguientes:

- a. *Estricta necesidad.* La suspensión de las garantías debe ser indispensable para atender a la emergencia.
- b. *Proporcionalidad,* lo que implica que solo cabe suspender aquellas garantías que guarden relación con las medidas excepcionales necesarias para atender la emergencia.
- c. *Temporalidad.* Las garantías deben quedar suspendidas solo por el tiempo estrictamente necesario para superar la emergencia
- d. *Respeto a la esencia de los derechos humanos.* Existe un núcleo esencial de derechos cuyas garantías no pueden ser suspendidas bajo ninguna circunstancia. El enunciado de los mismos varía en los diferentes ordenamientos constitucionales y en los distintos tratados sobre el tema. La lista de garantías no suspendibles más amplia es, probablemente, la contenida en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual están fuera de ámbito de los estados de excepción los siguientes derechos: el derecho a la vida; el

derecho a la integridad personal; la prohibición de esclavitud y servidumbre; la prohibición de la discriminación; el derecho a la personalidad jurídica; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia y los derechos del niño; así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, entre las cuales deben considerarse incluidos el amparo y el *habeas corpus*.

- e. *Publicidad*. El acto de suspensión de garantías debe publicarse por los medios oficiales del Derecho interno de cada país y comunicarse a la comunidad internacional, según lo pautan algunas convenciones sobre derechos humanos.

CONCLUSION

El tema de los derechos humanos domina progresivamente la relación de la persona con el poder en todos los confines de la tierra. Su reconocimiento y protección universales representa una revalorización ética y jurídica del ser humano como poblador del planeta más que como poblador del Estado. Los atributos de la dignidad de la persona humana, donde quiera que ella esté y por el hecho mismo de serlo prevalecen no solo en el plano moral sino en el legal, sobre el poder del Estado, cualquiera sea el origen de ese poder y la organización del gobierno. Es esa la conquista histórica de estos tiempos.

Referencias

- 1 Varias constituciones latinoamericanas recogen expresamente la idea de que la enumeración de los derechos en ellas contenidos es enunciativa y no taxativa: Constitución de Argentina, art. 33; Constitución de Brasil, art. 5°-LXXVII-§2 (que menciona expresamente los tratados internacionales); Constitución de Bolivia, art. 35; Constitución de Colombia, art. 94 (que menciona expresamente los convenios internacionales vigentes); Constitución de Costa Rica, art. 74; Constitución de la República Dominicana, art. 10; Constitución del Ecuador, arts. 19 y 44; Constitución de Guatemala, art. 4; Constitución de Honduras, art. 63; Constitución de Nicaragua, art. 46 (que menciona expresamente varios instrumentos internacionales); Constitución de Paraguay, art. 80; Constitución del Perú, art. 4; Constitución del Uruguay, art. 72; Constitución de Venezuela, art. 50.

LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Antonio Augusto Cançado Trindade

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales figura con destaque en la actual agenda internacional de los derechos humanos. La preocupación corriente es en el sentido de asegurar a estos derechos una protección más eficaz, precisamente porque la cuestión de su implementación internacional fue negligenciada en el pasado. Para la consideración de este tema de tanta actualidad podemos distinguir cuatro etapas: las de la dicotomía entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales; de la superación doctrinaria de dicha dicotomía por el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos; de la búsqueda de solución para una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales; y de las perspectivas de evolución de la materia en los próximos años. Pasemos al examen de cada una de estas etapas.

1. La Dicotomía entre los Derechos Civiles y Políticos, y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales fue consagrada desde los trabajos preparatorios de los dos Pactos de Naciones Unidas y sobre todo en la decisión tomada por la Asamblea General en 1951 de elaborar no uno sino dos instrumentos que tratasen respectivamente de las dos categorías de derechos. Se basaba en la idea de que los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación "inmediata", requiriendo obligaciones de *abstención* por parte del Estado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación *progresiva*, requiriendo obligaciones positivas.

Desde esta época, esta dicotomía no revestía un carácter absoluto, puesto que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos prevé la "posibilidad de una realización progresiva" de ciertos derechos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene disposiciones susceptibles de aplicación a corto plazo; los límites entre las dos categorías no son entonces siempre precisos; tal vez la distinción es ante todo una cuestión de grado o de intensidad de las obligaciones generales que vinculan a los Estados Partes. Aún así, y tal vez *en este sentido*, la distinción fue consagrada por los dos Pactos de Naciones Unidas.

Un estudio sustancial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU consagrado a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque subrayando la variedad de los medios para su implementación, recordaba sin embargo que, tanto para los países menos desarrollados como para los Estados desarrollados, la ausencia de un verdadero poder de coerción hacía que la transformación de los modelos internacionales en derechos se quedara a cargo de las autoridades legislativas nacionales. En este sentido, el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Carta Social Europea, aceptaron la idea de que "los derechos econó-

micos, sociales y culturales no pueden ser realizados sino progresivamente”.

Esta supuesta distinción operada en el plano global se ha reencontrado en diversos cuadros regionales de protección de los derechos humanos. En Europa, al lado de la Convención Europea de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, acrecida de sus once Protocolos hasta el presente, la Carta Social Europea fue adoptada. Se deduce de los trabajos preparatorios de esta última, a los cuales la OIT se asoció, que a pesar de la ligación y del carácter complementario de los dos tratados, las negociaciones tenían la convicción de que sería difícil garantizar la aplicación de los derechos económicos y sociales mediante un control judicial o cuasi-judicial comparable al previsto por la Convención de 1950.

El continente americano ha conocido un debate similar durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969. A pesar de las propuestas de inserción de derechos económicos, sociales y culturales en el proyecto de Convención presentadas en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y en 1965 por Chile y Uruguay, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos siguió la solución de los modelos mundiales y europeo, con la diferencia notable de que la Convención Americana se contenta con remitir, en su artículo 26, a las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los artículos 29-50 de la Carta enmendada de la Organización de los Estados Americanos.

Pero se dieron cuenta muy pronto de que, entre los derechos económicos, sociales y culturales, había algunos que requerían mecanismos de protección parecidos a los de los derechos civiles y políticos y que exigían de la misma manera la garantía por parte del Estado, principalmente en cuanto a las libertades. Si recordamos, a este respecto, que este núcleo de derechos *fundamentales* posee un carácter no derogable, producto de una corriente doctrinaria pero también conquista definitiva de la civilización, reconocida por los tratados generales

de protección, se comprende que en el transcurso de los dos últimos decenios, la puerta haya estado abierta hacia una reconsideración general de la dicotomía entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos.

2. La Superación Doctrinaria de la Dicotomía por el Reconocimiento de la Indivisibilidad de los Derechos Humanos

A título preliminar, recordemos que las tentativas de categorización de los derechos humanos se hicieron en virtud de diversos criterios según la sustancia de los derechos, unidos a la operación de los medios de protección (v. *supra*, con un énfasis claro en los derechos individuales), según la condición de las personas que se debían beneficiar de una protección especial (trabajadores, refugiados, mujeres, niños, minusválidos), y según la forma de protección si estos derechos debían ser garantizados frente al Estado o por el Estado. De todas formas, hoy se reconoce que los diversos instrumentos internacionales que se relacionen con la salvaguardia de los derechos de ciertas categorías de personas protegidas deben ser abordados globalmente en el sentido de que son *complementarios* en relación con los tratados generales de protección (los Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas y las tres Convenciones regionales -las Convenciones Europea y Americana, y la Carta Africana).

La puesta en cuestión de la dicotomía entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos se inició poco tiempo después de la adopción en 1966 de los dos Pactos de las Naciones Unidas, sobre lo cual conviene subrayar que el artículo primero común, adoptado por consenso y situado antes de la enunciación de las obligaciones concretas de los Estados, consagra el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos. Desde 1968, la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán proclamó la *indivisibilidad* de los derechos humanos afirmando que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales. Con la "concesión" de los Estados socialistas por su aquiescencia al Principio No. 7 del Acta Final de Helsinki, relativo al respeto de los derechos humanos en concordancia con los principios generales de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal, el campo estaba libre para la adopción por la Asamblea General de la ONU, en diciembre de 1977 por 123 votos a favor, de la Resolución 32/130 -"Medios Alternativos en el Sistema de las Naciones Unidas para Perfeccionar el Goce Efectivo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales"-, que endosaba la perspectiva globalizante de la Proclamación de Teherán.

Aún cuando la resolución 32/130 no alejó todas las incertidumbres del debate sobre la distinción entre el rol de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales y los límites a aportar a sus acciones en lo que concierne a los derechos civiles y políticos, es perfectamente sintomática del énfasis puesto sobre el rol creciente de las Naciones Unidas en las "formas de aplicación destinadas a promover el desarrollo económico y el progreso social", y esto a raíz de las transformaciones fundamentales por las que pasó la sociedad internacional desde la época de la Declaración Universal de 1948. "Producto de su tiempo", ésta ponía énfasis en los derechos del individuo. La resolución 32/130, treinta años después, consideró, al proceder a un análisis global, "el lugar del individuo en la colectividad y de los derechos de la colectividad con respecto de los individuos".¹ Entre las dos categorías de derechos -individuales y sociales o colectivos-, no puede haber más que complementariedad y no antinomia. Los llamados "derechos de solidaridad, cronológicamente más recientes, *interactúan* con los precedentes, pero no los substituyen".

La resolución 32/130 de 1977 no hizo más que poner en evidencia la concepción global y la visión de la indivisibilidad de los derechos humanos que autorizaba la Carta de las Naciones Unidas, enfocando en los derechos de las colectividades humanas y en particular en las medidas concretas de aplicación y de promoción de los derechos económicos y sociales. La Asamblea General ha reiterado esta convicción de la interrela-

ción de los derechos humanos al declarar que "la promoción y la protección de una categoría de derechos no debía jamás exentar o dispensar a los Estados de la promoción y de la protección de los otros".² La indivisibilidad y la interdependencia de los derechos fue reafirmada por la resolución 41/117 de diciembre de 1986, con motivo del vigésimo aniversario de los dos Pactos. En diciembre de 1988, la Asamblea General, en sus resoluciones 43/113, 43/114 y 43/125 enfatizó de nuevo la necesidad de consagrar una atención *igual* a la aplicación tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales, que ella relacionó con el derecho al desarrollo, el cual vinculó con el desarme.

En el transcurso de su sesión de 1986, la Asamblea General urgió al Secretario General a "dar publicidad" al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya "importancia" para las "actividades actualmente en curso en todo el sistema de las Naciones Unidas en el campo del desarrollo económico, social y cultural y la necesidad de perfeccionar la coordinación de estas actividades" fueron subrayadas por la Comisión de Derechos Humanos, la cual señalaba así, por su lado, el apego a la tesis de la indivisibilidad.³

Esta nueva visión, lanzada en el plano global, tuvo evidentemente muchas repercusiones en los diferentes ámbitos regionales. Se encuentra también en el *Informe* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1979-1980, aun cuando resaltó prudentemente que es difícil establecer "criterios que permitan medir la ejecución por los Estados de sus obligaciones",⁴ al igual que en el fallo *Airey* de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁵ Por su parte, los Estados africanos se anticiparon de manera significativa acerca de la evolución futura, puesto que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, puesta en vigor el 21 de octubre de 1986, consagra derechos civiles y políticos (artículos 3-14), derechos económicos, sociales y culturales (artículos 15-18) e incluso "derechos de los pueblos" (artículos 19-24) y prevé en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos un mecanismo de aplicación común (artículos 46-59 y 62).

Una vez reconocida y consagrada la indivisibilidad de los derechos humanos, el campo estaba en lo sucesivo abierto para buscar una solución para una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto a escala global como en el plano regional.

3. Protección Más Eficaz de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La Búsqueda de Solución

El objetivo y el interés de la superación progresiva de la dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales residen en la búsqueda y la realización de una protección internacional tan eficaz para los segundos como para los primeros. Ahora bien, preliminarmente, un examen minucioso del espíritu con el cual fueron afirmados los derechos de la persona nos aporta elementos para la búsqueda de una mejor protección de los derechos económicos, sociales y culturales: René Cassin, uno de los redactores de la Declaración Universal de 1948, no afirmaba que esta contenía, potencialmente "un impulso continuo de lo individual hacia lo social"⁶ Otro protagonista de esta fase "legislativa", J. Humphrey, consideraba que la "principal característica" del enfoque de los derechos humanos en el siglo XX residía en el reconocimiento de que sin la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos tendrían poco sentido. Pero es en el plano regional, y particularmente en los continentes europeo y americano, que avances concretos han sido realizados hacia una protección verdaderamente más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, y esto a pesar de los comienzos difíciles en vista de la insatisfacción que suscitaba la Carta Social Europea y la relativa inconsistencia del derecho interamericano en la materia, a pesar de la Carta Interamericana de Garantías Sociales.

a) Los Esfuerzos en el Continente Europeo

Poco antes del *dictum* de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Airey* (cf. *supra*), la posibilidad de incorpo-

rar a la Convención Europea de 1950 ciertos derechos individuales "en los campos social, económico y cultural" con el fin de que fuesen protegidos por las "convenciones europeas o cualquier otro medio apropiado" había sido evocada en una declaración de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros del Consejo de Europa el 27 de abril de 1978. Después de esto, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó dos recomendaciones: la primera sugería el examen de la posibilidad de la incorporación de algunos derechos económicos, sociales y culturales fundamentales en la Convención de 1950, con la reserva de no debilitar su mecanismo de protección (Recomendación 838 del 27 de septiembre de 1978); la segunda preveía un refuerzo del sistema de supervisión de la Carta Social Europea de 1961 de manera que incluyera el derecho de petición junto al sistema de informes (Recomendación 839 del 28 de septiembre de 1978). Paralelamente, un Comité de Expertos *ad hoc* fue instituido, por instrucción del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para formular las propuestas sobre este tema.

Los derechos consagrados por la Convención Europea eran inseparables del mecanismo jurisdiccional que ella contenía, lo cual había llevado a los redactores a excluir los derechos económicos, sociales y culturales. Las discusiones comenzaron entonces alrededor de la definición de *criterios* que permitieran determinar cuáles derechos económicos, sociales y culturales eran verdaderamente *fundamentales* para responder a las exigencias de justiciabilidad de la Convención y susceptibles de formulaciones de manera a crear verdaderas obligaciones para los Estados. Los frutos de estos debates fueron que los derechos económicos y sociales parecían, en último análisis, una emanación del derecho al trabajo y de la seguridad social, y que, en materia de derechos culturales, convenía enfatizar particularmente el derecho a la educación.

A pesar de la creciente atención acordada a la materia en el transcurso de los últimos años, ésta permanece ampliamente abierta y no parece que se haya llegado aún a una posición definitiva en cuanto a la incorporación de ciertos derechos adicio-

nales en el *corpus* de la Convención Europea. El enfoque del tema en el plano europeo está caracterizado por una clara prudencia, a tal punto que se ha podido decir que la iniciativa del Comité de Ministros de adoptar el Primer Protocolo a la Carta Social Europea (abierto para la firma el 26 de noviembre de 1987), ampliando la lista de los derechos protegidos por esta última y realizando en este sentido un verdadero progreso, parecía insinuar que el Consejo de Europa no cree que haya llegado la hora de situar ciertos derechos económicos, sociales y culturales bajo la protección directa del mecanismo de la Convención Europea de Derechos Humanos. Actualmente se está considerando un proyecto de Segundo Protocolo a la Carta Social Europea que prevé un procedimiento de reclamaciones colectivas, que pretende fortalecer la participación de actores sociales y ONG.

b) Los Progresos Alcanzados en el Continente Americano

En 1980-1981, la Asamblea General de la OEA puso de manifiesto, por recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la importancia del respeto de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente americano.⁷ El artículo 77 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dio a los Estados Partes y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la posibilidad de someter a la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales, de manera tal que se incluyan progresivamente otros derechos en su sistema de protección.

En efecto, los trabajos preparatorios del primer Protocolo a la Convención Americana, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, se extendieron de 1983 a 1988.⁸ La "laguna" persistente hasta entonces en el sistema regional interamericano a la cual la Corte hace alusión tiene una explicación histórica. Si los proyectos presentados por Chile y Uruguay en 1965, en el momento de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como las proposiciones, de seis años anteriores, del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, hubieran sido adoptados, los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales habrían sido incluidos en la Convención Americana. Pero, como ya lo habíamos señalado, fue decidido que las medidas de protección previstas en el Proyecto de la Convención Americana solo eran aptas para los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales siendo destinados a ser "absorbidos" por las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA, ampliadas por los artículos 29-50 del Protocolo de Buenos Aires de 1967. Por consiguiente la Convención Americana no contiene más que un artículo consagrado a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26), limitándose a disponer sobre su "desarrollo progresivo" a la luz de las normas pertinentes de la Carta enmendada de la OEA. El respeto de estos derechos quedó así desprovisto de un sistema eficaz de control, por cuanto las disposiciones de la Carta de la OEA no tenían como objeto la protección o la garantía de los derechos humanos, sino más bien a definir para los Estados miembros objetivos y líneas de conducta en materia económica, social y cultural. Como los derechos económicos, sociales y culturales son más que simples objetivos destinados a guiar la acción política, el Anteproyecto del Protocolo tenía precisamente por objeto el de remediar esta omisión o deficiencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, con base en las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana de 1948, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre El Salvador de 1978 tomó en cuenta la situación de algunos derechos económicos, sociales y culturales; el año siguiente, en Informe sobre Haití igualmente tomó en cuenta los derechos a la educación, a la salud y al trabajo. Significativamente, en su Informe Anual referente a 1979-1980, la Comisión Interamericana constató la "relación orgánica" entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, contribuyendo así para la superación de esta vieja dicotomía en el continente americano.

La adopción, en 1988, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Dere-

chos Económicos, Sociales y Culturales finalmente llenó la laguna histórica del sistema interamericano relativa a la protección de tales derechos. El Proyecto final que se transformó en el Protocolo de San Salvador invoca, en el preámbulo, *inter alia*, "la estrecha relación" existente entre la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, los cuales forman "un todo indisoluble". La obligación de no-discriminación, consagrada en el artículo 3, se inspiró en la disposición equivalente del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (artículo 2(2)). La redacción de otras cláusulas obedeció al mismo proceso: el artículo 4 que consagra el principio de no admisibilidad o prohibición de restricciones de los derechos corresponde al artículo 5(2) de aquel Pacto de Naciones Unidas, y el artículo 5 que encuadra el alcance restrictivo de las restricciones y limitaciones al goce y al ejercicio de los derechos consagrados es calcado de las disposiciones equivalentes del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 4) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 30).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado y firmado en San Salvador, El Salvador, en la XVIII Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988, representó el punto culminante de una toma de conciencia -que surgió no solamente en el plano global, sino también a partir de los años 1979-1980, a escala regional de la OEA- en favor de una protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales más eficaz. El Protocolo de 1988 estipula inicialmente (artículo 1º) la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas (de orden interno y por medio de la cooperación internacional) "hasta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta su nivel de desarrollo", con el fin de obtener "progresivamente y de acuerdo con la legislación interna" la "plena efectividad" de los derechos consagrados por el Protocolo.

Los conceptos contenidos en las expresiones "máximo de los recursos disponibles" y "progresivamente" fueron tomadas

del artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. El artículo 1° recubre una nueva dicotomía, en el campo de los derechos reconocidos por el Protocolo, entre los derechos económicos, sociales y culturales de "exigibilidad inmediata" y los de "realización progresiva". Los trabajos preparatorios del Protocolo nos indican además que "la obligación de adoptar medidas...", contenida en este artículo 1° está destinada a la segunda categoría.

Esta nueva dicotomía es resultante de la búsqueda de un consenso, durante los trabajos preparatorios del Protocolo. Es lo que explica igualmente, en el mecanismo de aplicación -en particular el sistema de informes- adoptado, el rol confiado a órganos otros que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (como el Consejo Interamericano Económico y Social -CIES-, y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura -CIECC). El mecanismo finalmente acordado representa, así, en el continente americano al final de los años 1980, el *mínimo aceptable* en el campo de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Es el caso, v.g., del sistema de peticiones o comunicaciones individuales (reglamentado por los artículos 44-51 y 61-69 de la Convención Americana), reservado para los derechos consagrados en los artículos 8(1)(a) y 13 del Protocolo, adoptado como un denominador común mínimo para alcanzar un consenso entre las Delegaciones. Sin embargo, ésto no nos impide esperar por el día en que se obtenga la adopción de un mecanismo menos tímido, más fuerte y más perfeccionado para la garantía o salvaguardia internacional de estos derechos. El Protocolo de 1988 constituye un paso decisivo en este sentido, pero el camino es todavía largo de recorrer.

En el plano sustantivo, señalemos que el Protocolo de San Salvador consagró el derecho al trabajo (artículo 6), a las condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias (artículo 7), los derechos sindicales (artículo 8), el derecho a la seguridad social (artículo 9), el derecho a la salud (artículo 10), el derecho a un medio ambiente sano (artículo 11), el derecho a la alimentación (artículo 12), el derecho a la educación (artículo 13), el

derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14), el derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15), los derechos del niño (artículo 16), y la protección de los ancianos (artículo 17), y de los minusválidos (artículo 18), y además la posibilidad de incorporar otros derechos o de ampliar los derechos ya reconocidos (artículo 22).

4. Estado Actual y Perspectivas de Evolución de la Materia

a) Plano Regional

En el plano regional, fue necesario el transcurso de un decenio desde las primeras iniciativas europeas y americanas en la búsqueda de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales para alcanzar al fin soluciones, distintas pero significativas de la evolución en curso. A este respecto, los años 1987 y 1988 fueron marcados por la adopción de dos instrumentos regionales importantes para la salvaguardia de estos derechos, a saber, el Primer Protocolo (de noviembre de 1987) a la Carta Social Europea, ampliando el listado de derechos consagrados y protegidos por ésta, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de noviembre de 1988). El Consejo de Europa prefirió, por el momento, situar ciertos derechos económicos y sociales bajo el sistema de protección de la Carta Social Europea y no bajo el de la Convención Europea de Derechos Humanos, mientras que los redactores del Protocolo de San Salvador escogieron llenar la laguna histórica existente hasta ahora en el seno del sistema interamericano de protección (sobre todo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en lo concerniente a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El enfoque adoptado por los Estados miembros del Consejo de Europa en la búsqueda de una mayor eficacia en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales parece estar inspirado en una prudencia impregnada de un cierto realismo, no estando los Estados dispuestos a asumir

obligaciones suplementarias o más amplias por no estar seguros de tener más capacidad real para cumplirlas. Una actitud similar, por parte de los Estados del continente americano, no podría justificarse en el transcurso del proceso de elaboración del Protocolo Adicional de 1988 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Estados europeos, a diferencia de los Estados americanos, disponían ya de mecanismos que garantizaban un cierto nivel de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, paralelamente a la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea de 1961 aseguraba la protección de los derechos económicos y sociales del individuo (derechos al trabajo, a la libertad sindical, a la seguridad social, entre otros), por medio de un sistema de control que recordaba en ciertos aspectos al de la OIT (informes). Los distintos órganos de supervisión de la Carta han desarrollado una "jurisprudencia", y la Carta ha generado consecuencias prácticas, inclusive para el derecho interno de los Estados Partes, lo que, a su vez, ha estimulado presiones recientes en el sentido de un reforzamiento del sistema de control.

Paralelamente, y siempre en el marco del Consejo de Europa, el *corpus* de la Convención Europea de Derechos Humanos fue ampliado por la adopción hasta el momento de once Protocolos adicionales, que tratan sobre diferentes temas tales como, *inter alia*, la extensión o ampliación de los derechos protegidos. Sobre todo entre estos derechos "adicionales" que vienen a agregarse a la lista inicial de la Convención Europea de 1950, se encuentran los derechos económicos y sociales, consagrados por el Protocolo I de 1952, entre los que figuran el derecho a la propiedad privada (artículo 1), el derecho a la educación (artículo 2), el derecho a la libertad de expresión por medio de elecciones libres y periódicas (artículo 3).

En el continente americano, el Protocolo de San Salvador de 1988 abre nuevas importantes vías de acción en relación con la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Contempla, por ejemplo, la aplicación del sistema de peticio-

nes individuales (regulado por los artículos 44-51 y 61-69 de la Convención Americana) al derecho de asociación y libertad sindical (artículo 8(1)(a) del Protocolo) y al derecho a la educación (artículo 13 del Protocolo) (artículo 19 párr. 6). Prevé, además, la formulación por la Comisión Interamericana de observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el Protocolo en los Estados Partes (artículo 19 párr. 7). Estas medidas abren una nueva perspectiva para la protección de estos derechos.

Ocurre que, hasta el presente, el Protocolo de San Salvador no ha logrado obtener el número suficiente de ratificaciones para su entrada en vigor, y la probabilidad de que esto ocurra en el futuro cercano es incierta. La Convención Americana no contiene más que un artículo consagrado a los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26), limitándose a disponer sobre su "desarrollo progresivo" a la luz de las normas pertinentes de la Carta enmendada de la OEA. Sin embargo, el artículo 42 de la Convención Americana abre una posibilidad de acción mientras no entre en vigor el Protocolo de San Salvador de 1988. Dispone el artículo 42 que los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del CIES y del CIECC, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta enmendada de la OEA.

Surgen indicaciones de que la Comisión Interamericana está dispuesta a considerar más de cerca la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados Partes en la Convención Americana. Así, en su Informe Anual, referente al año de 1991, por ejemplo, la Comisión dedica particular atención al estado de los derechos económicos, sociales y culturales en el hemisferio, en el capítulo destinado a los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de conformidad con la Declaración Americana y la Convención Americana. Se trata, en realidad,

de un estudio preliminar que realizó la Comisión Interamericana en cumplimiento de una recomendación de la Asamblea General de la OEA en 1990 con este propósito.

La Comisión Interamericana se basó en informes presentados por algunos Estados miembros de la OEA a organismos internacionales (Chile, México, Argentina, Colombia, Jamaica, República Dominicana y Costa Rica) y en un estudio realizado por la Organización Panamericana de la Salud. La Comisión destacó que para los países del área latinoamericana la década de los ochenta es considerada como la "década perdida", por confrontar, la mayor parte de ellos, la crisis del endeudamiento y el consecuente empobrecimiento. Así, la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en la región ha confrontado dificultades que se deben en gran parte a la crisis económica por la que atraviesan los países latinoamericanos.

Según el referido estudio, los problemas de mayor incidencia en la región son el gradual deterioro del nivel de vida de la población, la falta de recursos para la asistencia médica y la salubridad pública, el alto índice de mortalidad infantil, las altas tasas de desempleo y subempleo, los altos índices de desnutrición, las altas tasas de analfabetismo, la escasez de viviendas adecuadas, el grave deterioro del medio ambiente, la inestabilidad de los sistemas económicos y los altos niveles inflacionarios, entre otros. Para citar un ejemplo concreto, se conoció, en la reciente epidemia del cólera, un total de 160.000 casos en el Perú (un 3 % de la población total del país), y un total de 87.000 casos registrados en Colombia. Además, otro caso alarmante que afecta el derecho a la salud en el área es la aparición del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), especialmente en el Brasil.

En un estudio de 1988 sobre la erradicación de la pobreza crítica en América Latina y el Caribe, UNESCO advirtió que las dimensiones de la pobreza no se reducen a un cuadro de cifras en el cual se mide su diferencia con una situación deseable, por cuanto la pobreza crítica posee también una dimensión cultural que no se puede medir (pérdida del sentimiento de digni-

dad y del sistema de valores). De todo esto deriva la resignación y la violencia, además de la conformación de los sistemas educativos con las relaciones prevalecientes de poder, justificando "la desconfianza que despiertan en las poblaciones pobres". También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió en 1979-1980 sobre la necesidad de erradicación de la pobreza y de atendimento de las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. Agregó que un aumento del ingreso nacional "no se traduce necesaria y correlativamente en un mejoramiento" de los indicadores sociales; la premisa de que un mayor ingreso nacional ayuda a reducir la pobreza en los niveles más bajos de la escala social de un país solo se cumple en aquellos casos en que se ha dado una atención prioritaria a las "mayorías desposeídas", concluyó la Comisión.

b) Plano Global

Los progresos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales no se desarrollaron solamente en los planos regionales. En el marco de la ONU, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente encargado de la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizó, de 1987 hasta el presente, siete sesiones de trabajo. En la primera de ellas, logró adoptar sus decisiones por consenso; consideró los medios para garantizar el perfeccionamiento del sistema de informes bajo el Pacto (recurriendo a fuentes alternativas de información, otras que las emanadas de los Estados, incluyendo las agencias especializadas de Naciones Unidas así como las ONG), y cuidó de garantizar su propia independencia.

En la segunda sesión (1988) se dedicó a definir con mayor precisión la sustancia de los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de darles un contenido normativo comparable al de los derechos civiles y políticos. Dos decisiones fueron adoptadas en este sentido: la primera se inscribía en un marco global y concernía a la elaboración, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de "comentarios generales" sobre los artículos del Pacto, siguiendo así el ejemplo

de lo que había sido hecho por su "homólogo" bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la segunda programaba para cada año un debate profundizado relativo a un derecho o a un artículo específico del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Fue igualmente en el momento de esta segunda sesión que el Comité buscó racionalizar y simplificar el sistema de informes: era necesario, le parecía, evitar la carga desmesurada que representaba, tanto para los Estados Partes como para él mismo, un número considerable de informes sobre grupos de artículos, que implicaban una compartimentalización excesiva de los derechos, y daban una visión parcial o fragmentada de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, en las diferentes esferas de preocupaciones, de interés y de atención de las agencias especializadas de la ONU. Con el fin de mitigar estos inconvenientes, el Comité decidió solicitar a los Estados la presentación de un *solo* y único informe *quinquenal* que tratara sobre el *conjunto* del Pacto. Guiado por la misma preocupación, el Comité programó para su tercera sesión, de 1989, la revisión y la simplificación, y por consiguiente el perfeccionamiento, de las directrices sobre los informes de los Estados Partes.

Hasta el final de la séptima sesión del Comité (1992), se habían examinado 144 informes iniciales, 61 (segundos) informes periódicos y 6 informes globales. En resumen, teniendo en cuenta su naturaleza "híbrida" de órgano de supervisión único (híbrido en el sentido de que él es el responsable delante de los Estados Partes en el Pacto y delante del ECOSOC -uno de los principales órganos políticos de la ONU) y tomando como ejemplo la práctica de otros órganos de supervisión -sobre todo la de su "homólogo" para el otro Pacto, el Comité de Derechos Humanos-, el Comité se esforzó por atribuir a los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la misma importancia tanto histórica como práctica que la reconocida a los derechos civiles y políticos.

En los debates de 1990 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, se insistió en el "contenido mínimo" de estos derechos, afectados por los problemas de la deuda, de los ajustes estructurales y del empobrecimiento. Los debates de 1991 del Comité se concentraron en los problemas de la utilización de indicadores económicos y sociales (en razón de su insuficiencia para asistir al trabajo del Comité), habiendo concluido que dichos indicadores deberían buscar un equilibrio entre los conceptos de cantidad y sobre todo calidad, para mejor reflejar la realidad de los derechos humanos. El Informe del Comité sobre su sexta sesión indica que, también en 1991, se procedió a la elaboración de directrices revisadas sobre los informes gubernamentales, de modo a que contengan, *inter alia*, informaciones sobre indicadores económicos y sociales e indicaciones sobre el estándar de vida no solo de la sociedad como un todo pero también de determinados grupos, particularmente los vulnerables (v.g., derecho a la vivienda, derecho a la salud física y mental, derecho a la educación). En la misma sesión del Comité se avanzó la propuesta de elaboración de un Proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, teniendo por objeto el establecimiento de un sistema de peticiones o comunicaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en relación con algunos de estos, a ser gradualmente ampliados). Se señaló en la ocasión la necesidad de un estudio comparado de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados Partes en el Pacto, y se observó que la base de dicho proyecto de Protocolo debería ser la doctrina de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos. Se prosiguió el examen de la materia en la séptima sesión (1992) del Comité.

En el período 1989-1991 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró y divulgó cuatro "comentarios generales". El primero (de 1989) es dedicado precisamente al perfeccionamiento del sistema de informes por los Estados Partes bajo el Pacto, de modo a permitir una mejor evaluación del progreso logrado en relación con los derechos económicos,

sociales y culturales, y a capacitar al propio Estado Parte desarrollar una mejor comprensión de los problemas encontrados en la realización de tales derechos. En el comentario general No. 2 (1990) el Comité sugirió medidas de asistencia técnica internacional (artículo 22 del Pacto) concernientes a dichos derechos. En su comentario general No. 3 (1990), insistió el Comité en las "obligaciones mínimas" de todos los Estados Partes de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos consagrados en el Pacto. En fin, en su comentario general no. 4 (1991), sobre el derecho a una vivienda adecuada (artículo 11(1) del Pacto), advirtió el Comité que había que dar prioridad a los grupos sociales en condiciones desfavorables, dado que las obligaciones bajo el Pacto siguen aplicándose, aún con mayor pertinencia, en tiempos de recesión económica.

Al examinar la naturaleza de las obligaciones bajo el Pacto (artículo 2(1)), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales significativamente señaló que, si, por un lado, el Pacto dispone sobre la realización progresiva de los derechos consagrados, por otro lado impone varias obligaciones de efecto inmediato, a saber: a) obligación de "adoptar medidas" ("to take steps") poco después de la entrada en vigor del Pacto (artículo 2(1)); b) compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos protegidos "sin discriminación"; c) aplicabilidad "inmediata" de determinadas disposiciones por órganos judiciales y otros en los ordenamientos jurídicos internos (artículos 3; 7(a)(i); 8; 10(3); 13(2)(a), (3) y (4); y 15(3)); d) obligación general de buscar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos; e) "obligaciones mínimas" ("minimum core obligations") en relación con todos los derechos consagrados, y, en caso de no cumplimiento, obligación de probar que "el máximo de los recursos disponibles" (a nivel nacional así como mediante la cooperación y asistencia internacionales) fue utilizado, o se intentó utilizarlo, para la realización de los derechos consagrados (artículos 11, 15, 22 y 23 del Pacto); f) en épocas de graves crisis económicas, de procesos de ajuste, de recesión económica, obligación de proteger los sectores y miem-

bros más vulnerables de la sociedad por programas específicos de relativamente bajo costo (comentario general No. 3, de 1990).

Más recientemente, a mediados de 1992, se han avanzado, en el seno de la Subcomisión sobre Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas, recomendaciones concretas en el propósito de asegurar una protección internacional más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales. En primer lugar, se ha propuesto el nombramiento, por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (a ejemplo de lo que ya hace la propia Subcomisión), de *rappor-teurs* especiales para examinar o investigar determinados aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales (v.g., pobreza extrema, y realización del derecho a una vivienda adecuada), con mandatos similares a los de los actuales *rappor-teurs* temáticos. Se han igualmente propuesto, en segundo lugar, recomendaciones por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los Estados Partes en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre alteraciones legislativas y de políticas públicas que sean necesarias para armonizar plenamente la práctica de los Estados con las disposiciones del referido Pacto; paralelamente, se ha sugerido que los Estados deberían establecer mecanismos apropiados (judiciales o administrativos) de supervisión, a nivel nacional, de los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer término, se han recomendado mayores avances en la propuesta del establecimiento de un Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagrando el derecho de petición (o comunicación) individual (*supra*), así como en la sistematización y consolidación del uso de indicadores en el proceso de monitoreo. En fin, en cuarto lugar, se ha insistido en la promoción y utilización del principio emergente de "obligaciones mínimas" relativas a los derechos económicos, sociales y culturales.

Se han propuesto tales recomendaciones con énfasis en la necesidad de la implementación, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En

efecto, la denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales materializada, v.g., en la pobreza extrema, afecta los seres humanos en todas las esferas de sus vidas (incluso la civil y política), revelando así de modo marcante la interrelación o indivisibilidad de sus derechos.

En el proceso preparatorio de la reciente II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales insistió en que es precisamente en los períodos de crisis económicas que se impone la plena vigencia de tales derechos, particularmente en relación con los miembros más vulnerables de la sociedad. Agregó que prácticas discriminatorias son hace mucho condenadas en relación con los derechos políticos, pero persisten y son toleradas como lamentables "realidades" en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Añadió que es necesario que todos los Estados ratifiquen el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (y no sólo el de Derechos Civiles y Políticos), para lograr la indivisibilidad de los derechos humanos.

En resumen y conclusión, mientras en su origen la formulación y, en consecuencia, la protección de los derechos humanos habían obedecido a una distinción entre los derechos civiles y políticos por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales por otro lado, una muy neta evolución, a nivel tanto global como regional, se desarrolló a partir de la adopción de los principales instrumentos internacionales generales relativos a los derechos humanos. El estudio de los recientes avances de la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos demuestra que la toma de conciencia de la necesidad de un enfoque global del tema ha encontrado, hasta el presente, una consagración más consistente en el plano normativo que en el plano procesal u operacional. Sin embargo, no se debe minimizar los esfuerzos desarrollados en los últimos años hacia una implementación más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los progresos recientes, examinados en este estudio, alcanzados en la búsqueda de una protección más eficaz de tales derechos, en los planos global (Naciones Unidas) así como regional (continentes americano y europeo), son testimonio de la aceptación virtualmente universal en nuestros días de la tesis de la interrelación e indivisibilidad de los derechos humanos. El consenso general en torno de este concepto, en el plano doctrinal, no debe hacer abstracción de los esfuerzos de identificación y consagración, también universalmente concretados, en el plano normativo por su vez, de un núcleo común de derechos fundamentales no derogables. Este logro alentador, como conquista definitiva de la civilización, no ha sido hasta el presente acompañado, *pari pasu*, por desarrollos equivalentes en el campo procesal, donde sigue prevaleciendo una ausencia de "jerarquía" entre los diferentes mecanismos de protección (a niveles global y regional). A pesar de esta diversidad de medios de protección, no hay ninguna imposibilidad lógica o jurídica de continuar avanzando hacia la consagración, en el plano sustantivo, de un núcleo universal de derechos no derogables, y hacia una protección, en el plano procesal, cada vez más eficaz y perfeccionada de los derechos económicos, sociales y culturales, y esto a la luz de la concepción de la indivisibilidad de los derechos humanos.

En este propósito, son particularmente significativas las recientes iniciativas o propuestas en el sentido del reconocimiento del derecho de petición individual en relación con determinados derechos económicos, sociales y culturales; del perfeccionamiento del sistema de informes sobre los derechos económicos, sociales y culturales; de la designación de *rapporteurs* especiales para examinar o investigar aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales. Si plenamente concretadas, como deseamos, estas medidas propiciarán un mayor equilibrio en la implementación internacional de los derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales. Esto significa, en último análisis, dar, en fin, una expresión real y concreta, en la práctica, a la tesis de la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

Referencias

- 1 H. Golsong, "Évolution de la conception des droits collectifs dans la politique internationale", *Les Droits de l'homme: droits collectifs ou droits individuels?* (Actas del Coloquio de Estrasburgo, 1979), París, LGDJ/Pichon y Durand-Auzias, 1980, pp. 144 y 146-147.
- 2 Resolución 39/145 (XXXIX), del 14 de diciembre de 1984.
- 3 Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 1987/19 y 1987/20. Las mismas preocupaciones se encuentran en sus resoluciones 1988/22 y 1988/23, de marzo de 1987.
- 4 OEA, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights - 1979-1980*, OAS doc. OEA/Ser.L/V/11.50- doc. 13 rev. 1 de 1980, p. 152.
- 5 C.E.D.H., caso *Airey*, sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A, vol. 32, p. 15, §26: La Corte constató que, aunque la Convención de 1950 consagra esencialmente derechos civiles y políticos, "muchos de entre ellos tienen implicaciones de naturaleza social o económica" y que no existe delimitación precisa ("no watertight division") entre las dos categorías de derechos.
- 6 R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme", 79 *RCADI* (1951), pp. 279-283, y v. pp. 271-296.
- 7 Resoluciones AG/RES 510 (X-0/80) y AG/RES 510 (X1/81) de la Asamblea General de la OEA.
- 8 Anteproyecto del Secretariado General de la OEA de 1983; Anteproyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1984-1986; comentarios de algunos gobiernos, de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; comentarios de la OIT y la OPAS; labor del Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos -establecido por el Consejo Permanente de la OEA -de 1986-1988. Para un estudio detallado de los *travaux préparatoires* del referido Protocolo, cf. A. A. Cançado Trindade, *La Cuestión de la Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución y Tendencias Actuales*, San José de Costa Rica, IIDH (Serie para ONG, vol. 6), 1992, pp. 30-48.

DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Antonio Augusto Cançado Trindade

I. Observación Preliminar

En los últimos años el *corpus* normativo del derecho internacional de los derechos humanos se enriqueció con la emergencia y el reconocimiento de "nuevos derechos", como, v.g., el derecho al desarrollo como un derecho humano y el derecho a un medio ambiente sano. Su surgimiento coincide con la concientización de la urgente necesidad de satisfacción de "nuevas" necesidades humanas básicas. Dichos derechos tienen a un mismo tiempo una dimensión "individual" y "colectiva"; una vez que conciernen a la persona humana así como a colectividades humanas, a veces han sido llamados -en relación con los "anteriores" derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales- de "derechos de tercera generación". Dicha terminología, como veremos en seguida, es enteramente inadecuada (v. *infra*). En razón de su amplio alcance, tales derechos pueden ser considerados "derechos de solidaridad", pero en el entendimiento de que la solidaridad no es del dominio exclusivo de ninguna categoría de derechos en particular¹. En cierta forma todos los derechos tienen una dimensión social, en el sentido y en la medida en que son ejercidos -por individuos o grupos- en un contexto social, pero ciertos derechos, como los "de solidaridad", se relacionan en mayor grado con la propia comunidad. Con esta salvedad en

mente, pasemos a la consideración de la fantasía de las llamadas "generaciones de derechos", y, en seguida, al examen del reconocimiento del derecho al desarrollo y del derecho a un medio ambiente sano -como ejemplos de "derechos de solidaridad"- en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

II. La Fantasía de las "Generaciones de Derechos"

La convicción en la unidad del derecho internacional de los derechos humanos y el reconocimiento de la necesaria interrelación entre todos los derechos consagrados han de servir de alerta en cuanto a la improcedencia y a los riesgos de una visión atomizada o compartimentalizada de los mismos, como parece presuponer y sugerir, por ejemplo, la indemostrable e infundada teoría de las "generaciones de derechos humanos".

En nuestro entendimiento los "nuevos derechos", los llamados derechos de solidaridad, como el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano, interactúan con los derechos individuales y sociales, y no los "sustituyen", distintamente de lo que la noción simplista de las llamadas "generaciones de derechos humanos" pretendería o parecería insinuar. La invocación de la imagen del suceder de las generaciones, por analogía a lo que ocurre con los seres humanos, se torna inadecuada e infeliz cuando es dirigida a los derechos, a los cuales no se aplica. Es cierto que los derechos existentes se encuentran en constante evolución; pero es igualmente cierto que mientras por un lado los seres humanos se suceden en el tiempo, nacen, viven y en su mayoría procrean, y mueren, por otro lado los derechos existentes no tienen la fuerza, la luz, de "generar" otros nuevos derechos que vengan a sustituirlos. Son los seres humanos, contingentes, que, portadores y creadores de valores, crean los derechos, que a ellos sobreviven. Mientras que en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en relación con los derechos se desarrolla un

proceso de acumulación. Los seres humanos se suceden, los derechos se acumulan y se sedimentan.

La analogía de la supuesta "sucesión generacional" de derechos tampoco es históricamente correcta o demostrable. Todo indica que la evolución de la materia no se dio *pari passu* en el derecho interno y el derecho internacional. Mientras que en el derecho interno (constitucional) el reconocimiento de los derechos sociales fue históricamente posterior al de los derechos civiles y políticos, en el plano internacional la consagración de derechos sociales en muchas convenciones internacionales del trabajo -a partir del establecimiento de la OIT en 1919- precedió la adopción de convenciones internacionales más recientes dirigidas a los derechos civiles y políticos. No hay, así, un paralelismo *pari passu* -que permita imaginar "generaciones de derechos"- entre la evolución de la materia en el derecho constitucional y el derecho internacional. Y nunca está de más insistir en la importancia de reducir la distancia que todavía parece persistir en el tratamiento de la materia a partir de las ópticas constitucionalista e internacionalista.

Solamente una visión atomizada o fragmentada del universo de los derechos humanos puede conducir a la aceptación de la teoría de las "generaciones de derechos". Su aparente poder de persuasión mucho debe a comentarios apresurados y descuidados sumados a la indolencia mental con que cuenta para propagarse. Aunque a primera vista parezca atrayente para fines didácticos, dicha teoría, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, en nada es convincente y no resiste a un examen más cuidadoso de la materia. Los riesgos de esta visión atomizada, de la fantasía de las "generaciones de derechos", son manifiestos. Cuántos gobiernos, a pretexto de buscar la realización progresiva de ciertos derechos económicos y sociales en un futuro indeterminado, violaron sistemáticamente los derechos civiles y políticos (v.g., la América Latina de las dictaduras, particularmente de la década de los setenta)! Cuántos gobiernos se vienen escudando en las conquistas de los derechos civiles y políticos para negar vigencia a los derechos económicos, sociales y culturales (v.g., la América Latina de

hoy)! Cuántos gobiernos se arrojan ser promotores de algunos derechos económicos y sociales para continuar minimizando los derechos civiles y políticos (v.g., algunos países asiáticos, con reflejos en los trabajos preparatorios de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos)!

Son precisamente estas graves distorsiones que han de servir de alerta para la imperiosa necesidad del reconocimiento de la interrelación o indivisibilidad de todos los derechos humanos, para que en regiones distintas del globo determinadas "categorías" de derechos no continúen siendo negligenciadas o sistemáticamente violadas, aunque bajo el falso pretexto de "promoción" de otros derechos. La visión fragmentada de los derechos humanos interesa sobre todo a los regímenes autoritarios, al autoritarismo sin banderas, sea en el plano político, sea en el plano económico-social; tal visión ha servido a los intereses de los responsables por los abusos y violaciones flagrantes de ayer de los derechos políticos y por las iniquidades económico-sociales disimuladas de hoy. Es a la luz de esta visión fragmentada que hoy se vienen forjando -en América Latina y otras regiones- modelos de "crecimiento económico" y planos de "modernización" que dictan los parámetros de políticas sociales limitadas a intentar contener sus devastadores efectos negativos, e incapaces así de impedir o frenar el agravamiento del empobrecimiento de la mayoría de la población y la marginalización y exclusión político-sociales de un considerable número de personas. Solamente mediante una visión integral y globalista de los derechos humanos podremos precavernos y armarnos intelectualmente contra tales distorsiones, lamentablemente tan corrientes en nuestros días, en todos los rincones del globo.

Las compartimentalizaciones de los derechos, la teoría de las "generaciones" de derechos nos tornan, si aceptadas, presas fáciles de los argumentos de los poderosos. Tienen, además, prestado poco servicio al pensamiento más lúcido a inspirar la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Para que éste continúe expandiéndose y fortaleciéndose, se impone la visión integral de los derechos humanos, a abarcar to-

dos los dominios de la actividad humana (lo civil, lo político, lo económico, lo social, lo cultural). En esta visión, los "nuevos derechos" (como el derecho a un medio ambiente sano y el derecho al desarrollo) se suman a los derechos "pre-existentes", igualmente importantes, para ampliar y fortalecer la protección debida, sobre todo a los más débiles y vulnerables.

III. El Reconocimiento del Derecho al Desarrollo y del Derecho a un Medio Ambiente Sano en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Pasemos a la consideración de ejemplos específicos de los llamados derechos de solidaridad, según el criterio de concentrar en los derechos que han recibido reconocimiento expreso en instrumentos internacionales recientes de derechos humanos y han, de ese modo, ingresado en el derecho internacional convencional de los derechos humanos. Siguiendo este criterio, identificamos dos derechos que merecen atención especial: el derecho al desarrollo como un derecho humano y el derecho a un medio ambiente sano.²

El derecho al desarrollo se encuentra consagrado tanto en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) de Naciones Unidas, como en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). El artículo 22 de la Carta Africana sostiene significativamente que "todos los pueblos tienen derecho a su desarrollo económico, social y cultural, en el estricto respeto de su libertad y de su identidad, y al goce igual del patrimonio común de la humanidad" (par. 1). Y agrega que "los Estados tienen el deber, separadamente o en cooperación, de asegurar el ejercicio del derecho al desarrollo" (par. 2).

El derecho a un medio ambiente sano, a su vez, recibió reconocimiento expreso en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) (artículo 11) así como en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) (artículo 24); en el primero, es reconocido como

un derecho de "toda persona" (par. 1), a ser protegido por los Estados Partes (par. 2), mientras que en la segunda es reconocido como un derecho de los pueblos. Detengámonos en cada uno de estos dos derechos (desarrollo y medio ambiente).

a) *El Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano*

Según la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de las Naciones Unidas (1986), la persona humana es "el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo" (artículo 2 (1)). Califica el derecho al desarrollo como un "derecho humano inalienable" de "toda persona humana y todos los pueblos" (artículo 1), en virtud del cual están facultados para participar del desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a este desarrollo y a disfrutar de él (artículo 1 (1)).

Los sujetos activos o beneficiarios del derecho al desarrollo son así los seres humanos y los pueblos. La Declaración de 1986 se dirige en forma repetida a los Estados, instándoles a tomar todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo (artículos 3 (3), y 4 a 8). La responsabilidad por la realización de dicho derecho se asigna primordialmente a los Estados (artículo 3 (1)), "individual y colectivamente" (artículo 4 (1)), pero también a todos los seres humanos, "individual y colectivamente" (artículo 2 (2)) -es decir, a los individuos y a las comunidades. Los sujetos pasivos del derecho al desarrollo son aquellos a quienes corresponden las responsabilidades previstas, con énfasis especial en las obligaciones atribuidas por la Declaración de 1986 a los Estados, individual y colectivamente (la colectividad de los Estados).

La Declaración prevé medidas y actividades en los planos tanto nacional como internacional (artículos 3 (1), 4, 8 y 10) para la realización del derecho al desarrollo. La trascendencia principal de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo radica en su reconocimiento o afirmación del derecho al desarrollo

como un "derecho humano inalienable". Además, la Declaración estuvo atenta a los *obstáculos* que había que superar para permitir la igualdad de oportunidades para el desarrollo; hace ella referencia a la eliminación de esos obstáculos (violaciones masivas y patentes de los derechos de los seres humanos y de los pueblos tales como todas las formas de racismo y discriminación racial, la agresión y la dominación y ocupación extranjeras, las amenazas de guerra, entre otros -v. artículos 5 y 6. (3) y preámbulo).

La realización del derecho al desarrollo puede en realidad ser considerada apropiadamente dentro del universo del derecho internacional de los derechos humanos, una vez que la propia Declaración se refiere en su preámbulo a los *instrumentos* pertinentes de las Naciones Unidas y sus agencias especializadas en esta área. En este sentido, en los debates de la Consulta Mundial sobre el Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano de las Naciones Unidas (Ginebra, 1990), recomendamos cuatro posibles vías para su instrumentalización, a saber: a) la concepción de un mecanismo de implementación inspirado en el procedimiento de peticiones o comunicaciones del sistema de la resolución 1503 del ECOSOC (si es que una denegación o violación del derecho al desarrollo -como, v.g., el aumento del desempleo, la denegación de acceso a la educación, vivienda y servicios de salud, etc.- puede considerarse como equivalente a una violación masiva y flagrante de los derechos humanos y de los pueblos); b) la posible adopción de un sistema de informes periódicos de los Estados (enviados a un órgano como la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas), reflejando un mejor enfoque, más balanceado e integrado de los derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales; c) la posible creación de un sistema de monitoreo (por un grupo de expertos o un relator especial) de Naciones Unidas de determinadas situaciones que manifiestamente son el resultado de la condición de subdesarrollo o que influyen directamente en la realización del derecho al desarrollo -en coordinación con otros órganos de supervisión, particularmente los que actúan bajo los tratados generales de derechos

humanos de Naciones Unidas-; d) la realización de estudios profundizados (por un órgano como la Subcomisión sobre Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas) con miras a identificar, por ejemplo, problemas concernientes a la salud, vivienda, acceso a la educación e información, entre otros ³.

b) *El Derecho a un Medio Ambiente Sano*

El derecho a un medio ambiente sano, ya reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos (v. *supra*), aparece como una extensión natural del derecho a la vida y del derecho a la salud, en cuanto protege la vida humana tanto en el aspecto de la existencia física y la salud de los seres humanos, como en el de las condiciones y calidad de vida dignas. Abarca y amplía, de ese modo, el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la salud. No puede haber duda de que la degradación ambiental constituye una amenaza colectiva para la vida y la salud humanas. En el caso *E.H.P. versus Canadá* (1982) decidido por el Comité de Derechos Humanos bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y su [primer] Protocolo Facultativo se confirmó efectivamente la interacción entre la protección del medio ambiente y la de los derechos humanos, especialmente cuando están en juego derechos fundamentales como los derechos a la vida y a la salud.

Si se entiende el derecho a un medio ambiente sano como el derecho a un medio ambiente ideal, su implementación internacional se torna prácticamente imposible. Sin embargo, si se lo entiende más bien como el derecho a la conservación -es decir, la protección y el mejoramiento- del medio ambiente, puede entonces ser aplicado como cualquier otro derecho individual. Se toma tal derecho de ese modo como un derecho "procesal", el derecho al debido proceso ante un órgano competente. El derecho a un medio ambiente sano es así asimilado a cualquier otro derecho garantizado a individuos y grupos de individuos. Como corolario, este derecho implica el derecho del individuo a *ser informado* de proyectos y decisiones que podrían amenazar al medio ambiente (cuya protección exige me-

didias preventivas), y el derecho del individuo a *participar* en la toma de decisiones que puedan afectar el medio ambiente (compartir activamente las responsabilidades en el manejo de los intereses de la colectividad global)⁴. A los *derechos a la información y de participación* se puede agregar el *derecho a recursos internos disponibles y eficaces*.

En efecto, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 estipula (par. 23) que todas las personas deben tener la oportunidad de participar -ya sea individualmente o con otros- en la formulación de decisiones de interés directo para su medio ambiente y deben además tener acceso a los medios de reparación cuando su medio ambiente haya sufrido daños o degradación. El derecho al medio ambiente sano ha sido consagrado en el universo conceptual de los derechos humanos (v. *supra*), y por consiguiente difícilmente puede abordárselo en forma aislada. Bien puede ser que el principio del *desarrollo sustentable* -el cual, en la opinión de la Comisión Brundtland, requiere que se satisfagan las necesidades y aspiraciones del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades⁵ - proporcione un posible y significativo vínculo entre el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano⁶.

IV. Observación Final

Definitivamente, los "nuevos derechos", como los aquí examinados, pueden y han de contribuir precisamente para *reforzar* los derechos "pre-existent", y nunca para restringirlos o debilitarlos. No se justificarían restricciones a los derechos ya consagrados por el "surgimiento" de nuevos derechos, de otro modo estaríamos ante una regresión, y no evolución, de la protección internacional de los derechos humanos. La emergencia de "nuevos derechos" no puede haber tenido el propósito de comprometer o minar los avances y conquistas del pasado, sino el de consolidarlos, enriquecerlos y desarrollarlos aún más. Esto se da en virtud de una toma de conciencia mun-

dial de nuevos valores superiores, que vienen prontamente a requerir su protección jurídica.

Esta última incorpora las conquistas y los avances acumulados a la fecha, al mismo tiempo en que amplía y perfecciona la protección tanto de los "nuevos derechos" como de los derechos básicos "pre-existentes" (v.g., el derecho a la vida y el derecho a la salud en su amplia dimensión). Lejos de una supuesta "sucesión generacional" de derechos, estamos ante un proceso de conquistas definitivas del espíritu humano. La solidaridad se manifiesta de modo elocuente en la observancia de la totalidad de los derechos humanos, aunque sea dicha solidaridad invocada de manera especial en relación con derechos que atañen en mayor grado a las colectividades humanas, además de a cada ser humano componente de ellas. Las atenciones pasan en gran parte a concentrarse en el fomento de mejores condiciones de vida, en una protección más amplia de los seres humanos, y en último análisis en la búsqueda de la propia supervivencia de la humanidad. En el presente dominio de protección, se ha hecho uso del derecho internacional para expandir, perfeccionar y fortalecer el corpus normativo y los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

Referencias

- 1 A. A. Cançado Trindade, *Medio Ambiente y Desarrollo: Formulación e Implementación del Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano*, San José de Costa Rica, IIDH (Serie para ONG, vol. 8), 1993. Para una sugerencia de la expresión "derechos de vocación comunitaria", cf. H. Gros Espiell, "Les droits à vocation communautaire: Introduction", en *Droit international - Bilan et perspectives* (ed. M. Bedjaoui), vol. 2, Paris, UNESCO/Pédone, 1991, pp. 1237-1245; y cf. también J.-B. Marie, "Relations between Peoples' Rights and Human Rights: Semantic and Methodological Distinctions", *7 Human Rights Law Journal* (1986) pp. 197-200.
- 2 Para un estudio detallado de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos y del medio ambiente en sus relaciones, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre (Brasil), Ed. Fabris, 1993, pp. 1-357.

- 3 Intervención de A. A. Cançado Trindade en la Consulta Mundial sobre el Derecho al Desarrollo como un Derecho Humano de las Naciones Unidas (Ginebra, 1990), en ONU, documento HR/RD/1990/CONF.36, pp. 1-17.
- 4 A. Ch. Kiss, "Le droit à la qualité de l'environnement: un droit de l'homme?", *Le droit à la qualité de l'environnement: un droit en devenir, un droit à définir* (ed. N. Duplé), Vieux-Montréal/Québec, Ed. Québec/Amérique, 1988, pp. 69-87; y cf. A. Ch. Kiss, "Peut-on parler d'un droit à l'environnement?", *Le droit et l'environnement - Actes des Journées de l'Environnement du C.N.R.S.* (1988) pp. 309-317.
- 5 Para los pasajes más significativos sobre el concepto -o principio- de "desarrollo sustentable" del informe de 1987 de la Comisión Brundtland, cf. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford, University Press, 1987, pp. 8-9, 43 y 291, y cf. pp. 11, 29-31, 40, 49, 54, 63 y 65.
- 6 Sobre este punto, cf. A. A. Cançado Trindade (ed.), *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment*, San José de Costa Rica/Brasilia, 1992, pp. 9-364.

ABC DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH)

Hernando Valencia Villa

Los derechos humanos se han convertido en la piedra de toque de la democracia. Mientras en otras épocas sus signos distintivos eran los gobiernos civiles, los partidos políticos o las elecciones periódicas, en la actualidad el sistema democrático se configura tan solo cuando y donde existen libertades públicas efectivas, que permitan a los ciudadanos expresarse y actuar con autonomía, tanto para perseguir sus intereses individuales o grupales cuanto para intervenir en el proceso de toma de decisiones colectivas. Únicamente la práctica de los derechos humanos puede garantizar una convivencia pacífica entre los actores sociales, económicos y políticos que constituyen el tejido de toda sociedad viva, y hacer de la democracia una experiencia cotidiana. La encarnación de este ideal supone no solo el esfuerzo de cada Estado y de cada sociedad civil sino también el respaldo de la comunidad internacional. Uno de los instrumentos más avanzados de que dispone el moderno sistema mundial para apoyar la construcción democrática en las diversas naciones y regiones del planeta es el derecho internacional de la persona humana, que aparece hoy, en estas vísperas del tercer milenio, como un complejo conjunto de ga-

rantías y recursos para la protección de la humanidad y de sus diferentes componentes y manifestaciones. Mediante esta rica tradición normativa, que incluye por lo menos tres legislaciones separadas pero complementarias, resulta posible defender de manera mucho más eficaz que en cualquier otra época las vidas y las libertades de todos los seres humanos, que se encuentran hoy más amenazadas y vulneradas que en cualquier otra época. En las páginas siguientes se ofrece una visión sinóptica del derecho internacional de la persona humana, con particular énfasis en el llamado derecho internacional humanitario (DIH).

La Persona Humana como Sujeto de Derecho Internacional

Frente al clásico derecho internacional político, reducido casi por entero al derecho de los tratados y de la organización mundial, puede hablarse de un derecho internacional de la persona humana en el cual convergen tres tradiciones normativas: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los conflictos armados y el derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas.

El derecho de los derechos humanos se remonta a las declaraciones de derechos de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y en particular a la declaración francesa de agosto 26 de 1789. Pero su cristalización en una auténtica legislación de carácter mundial tarda siglo y medio en producirse, pues tan solo con la declaración universal de los derechos humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre 9 de 1948, puede hablarse de un estatuto del género humano dotado de verdadero poder normativo. Entre 1789 y 1948 se produce una evolución que comprende tres etapas: a) los derechos humanos nacen como derechos naturales universales en las proclamas revolucionarias del siglo de las luces; b) se desarrollan como derechos positivos particulares en las constituciones nacionales del siglo pasado, y c) alcanzan una cierta plenitud como derechos positivos universales en los instrumentos internacionales (o del sistema de Na-

ciones Unidas) y regionales (o del sistema interamericano, de la organización panafricana y de la comunidad europea) en el siglo que termina.

Sin embargo, este proceso de mundialización o globalización se encuentra lejos de concluir porque no disponemos todavía de una jurisdicción internacional de derechos humanos que haga efectiva la tutela de las libertades fundamentales de cualquier persona con cualquier nacionalidad o sin nacionalidad, lo cual implicaría imponerse a las jurisdicciones nacionales y al mismo tiempo pasar de las actuales garantías dentro del Estado a las futuras garantías contra el Estado. Más aún, la creación de una tal jurisdicción humanitaria apareja por fuerza la democratización de la organización mundial, de suerte que desaparezca la discriminación entre los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones, que tienen derecho de veto, y los demás Estados miembros de la entidad, que no poseen dicho privilegio; que se garantice el acceso libre y directo de los individuos y de las organizaciones no gubernamentales a todas las instancias internacionales de protección de la persona; y que se reestructure y revitalice la Corte Internacional de Justicia de la Haya o se establezca una Corte Internacional de Derechos Humanos con jurisdicción obligatoria o autoridad ejecutiva.¹ Se trata, en definitiva, de llevar el proyecto de participación y cambio de la democracia constitucional al ámbito transnacional pues, según ha dicho recientemente el gran jurista italiano Norberto Bobbio,

[así] como las declaraciones nacionales [de derechos] fueron el presupuesto necesario para el nacimiento de las democracias modernas, ¿la declaración universal de derechos humanos no es por fuerza el presupuesto de la democratización del sistema internacional?² Pero este primer componente del derecho internacional de la persona humana tiene una curiosa característica que lo hace de muy difícil aplicación. Si bien es el derecho general u ordinario para todo cuanto concierne a la protección de la condición humana, está concebido y formulado de tal manera que únicamente tiene sentido y resulta practicable dentro de regímenes democráticos funcionales y durante

tiempos de paz. Por ello ha sido menester contar con una legislación internacional dedicada a la garantía de los derechos humanos mínimos o inderogables en situaciones de guerra y para regímenes en emergencia o bajo ley marcial. Tal es el derecho internacional de los conflictos armados, que se ocupa de las guerras internacionales o convencionales y de las guerras civiles o irregulares en dos aspectos centrales: la protección de las víctimas y de la población civil no combatiente, y la limitación de los medios y métodos de combate. El derecho internacional humanitario o derecho de Ginebra persigue el primer objetivo y el derecho de la guerra o derecho de La Haya atiende el segundo. Esta división del trabajo implica que una legislación asiste a las personas afectadas por la lucha armada, sin discriminarlas ni alterar su condición jurídica, al paso que la otra legislación regula las hostilidades de principio a fin, en el entendido de que la guerra puede y debe ser civilizada. Mientras que la legalidad de Ginebra tiene una finalidad puramente humanitaria, pues no otorga privilegios o ventajas a las partes en conflicto y no cuestiona la autoridad del Estado para hacer frente a la rebelión o a la guerra mediante el derecho interno, la legalidad de La Haya, por su parte, constituye la versión moderna de la antigua justicia de las armas, que por ser una ética caballeresca reconoce la naturaleza arbitral del duelo colectivo como mecanismo de solución de conflictos e incluso como procedimiento de creación del derecho.

El derecho internacional de los refugiados, desplazados y apátridas, por fin, es el tercer y último elemento integrante del derecho internacional de la persona humana. A diferencia de las dos tradiciones anteriores, ésta es muy reciente pues sus orígenes se remontan a la postguerra y tiene un carácter menos político y más técnico pues está formulado como un mandato conferido por la comunidad internacional a una agencia especializada del sistema de Naciones Unidas para proteger a los individuos y grupos desarraigados por motivos políticos de su país de origen o nacionalidad. De esta suerte, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha desarrollado una práctica de más de tres décadas, en cumpli-

miento de la Convención de 1951 y de su Protocolo de 1967, que resulta muy meritoria en cuanto concierne a los desplazados que cruzan una frontera internacional pero que aparece como elusiva o claudicante cuando de los refugiados internos se trata. Desde el punto de vista institucional, la abstención del ACNUR está justificada. Desde el punto de vista humanitario, en cambio, dicha postura no es más que el resultado de la adhesión a un mandato anacrónico y estrecho, formulado desde el Norte y en defensa del Estado nacional, mientras la problemática del refugio interno afecta sobre todo al Sur y demanda la protección de la dignidad humana frente a y en contra del aparato estatal, que sigue siendo su principal enemigo. Esta legislación especial no puede formar parte del derecho internacional de la persona si no asume como propia la perspectiva ética radical que inspira, como hemos visto, a los derechos de los derechos humanos y de los conflictos armados. De otro modo, se mantendría, que es lo que ocurre hoy, una heterogeneidad sustancial entre unas y otras normas, lo cual tiene dos consecuencias indeseables: frustrar la plena realización de lo que Kant llamaba el derecho cosmopolítico o derecho internacional de ciudadanía y hospitalidad para todos los miembros de la familia humana³, e ignorar el sufrimiento, que clama reparación al cielo, de todos aquellos que se han visto forzados a convertirse en apátridas dentro de sus propias patrias.

El Derecho Internacional Humanitario (DIH)

El DIH tiene su formulación inaugural en la Convención de Ginebra de 1864, por la cual doce países europeos se comprometieron a proteger a las víctimas de la guerra, y en especial a los enfermos y heridos, por razones de humanidad. En 1906 se adoptó otro instrumento sobre la misma materia, que fue complementado por dos convenios suscritos en 1929, el segundo de ellos relativo a la asistencia humanitaria de los prisioneros de guerra y como tal nuevo. A resultas de la segunda guerra mundial, el movimiento internacional de la Cruz Roja asumió la iniciativa de actualizar y enriquecer la normatividad

humanitaria vigente hasta entonces. Este esfuerzo diplomático se tradujo en los cuatro Convenios de Ginebra de agosto 12 de 1949, que refundieron y ampliaron de manera considerable el derecho humanitario, así:

- a) el primer convenio, sobre protección de víctimas de la guerra terrestre, y el tercero, sobre trato de prisioneros de guerra, son revisiones de los dos instrumentos de 1929;
- b) el segundo, sobre protección de víctimas de la guerra marítima, es una revisión del décimo convenio de La Haya de 1907;
- y c) el cuarto, sobre protección de la población civil no combatiente, es nuevo en el derecho internacional público de carácter convencional, aunque codifica lo esencial del antiguo derecho de la guerra o *jus in bello*. Lugar preeminente en los Convenios de 1949 ocupa el artículo 3 común, que ha sido considerado como un convenio en miniatura y que es la primera regla escrita de derecho de gentes sobre conflictos armados no internacionales.

Una generación más tarde, en el contexto de la descolonización africana y de la subversión latinoamericana, la comprensiva compilación de Ginebra fue adicionada con los dos Protocolos de junio 10 de 1977: el primero, sobre asistencia humanitaria en los conflictos armados internacionales, incorpora al derecho de Ginebra lo esencial del derecho de la guerra y de los derechos humanos; y el segundo, sobre protección humanitaria en los conflictos armados no internacionales, ha sido llamado el Protocolo guerrillero en tanto constituye un desarrollo, bastante problemático por cierto, del artículo 3 común de los cuatro Convenios de 1949. En su conjunto, este instrumental normativo se propone la asistencia de carácter humanitario a todas las víctimas de la guerra: enfermos, heridos, náufragos, prisioneros de guerra, civiles desarmados y combatientes puestos fuera de combate por cualquier razón. La regla de oro de la legalidad de Ginebra es la separación entre combatientes y no combatientes, para efectos de garantizar a unos y otros, en tanto se conviertan en víctimas o queden fuera de combate, un tratamiento mínimamente humano.

Por su historia y por su racionalidad filantrópica, el derecho humanitario ha estado inextricablemente asociado a la existencia y a la gestión del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que es, como se sabe, una institución internacional no gubernamental, integrada de manera exclusiva por ciudadanos suizos y poseedora de un *status* único en el sistema mundial. El CICR goza de merecido prestigio por su imparcialidad y profesionalismo, y su tarea ha sido vital para la salvación y la protección de miles de seres humanos en todas las regiones de la tierra. Pero el celo con frecuencia excesivo con el cual el Comité interpreta y aplica el DIH, al igual que el verdadero culto a la neutralidad que profesan sus delegados en algunos países, resultan muy difíciles de conciliar con la idea del *jus in bello* como patrimonio de la humanidad.

Por su parte, el derecho de la guerra está inicialmente recogido en la Declaración de San Petersburgo de 1868, que proscribire por vez primera el empleo de ciertas armas y municiones, y sobre todo en los tres convenios de 1899 y los trece de 1907, adoptados todos en La Haya y relativos a la limitación de los medios y métodos de combate. Adicionalmente, pertenecen a esta tradición el protocolo de Ginebra de 1925 sobre armas químicas, los Convenios de La Haya de 1954 sobre protección de bienes culturales y de Nueva York de 1980 sobre ciertas armas convencionales, y el reciente acuerdo de París sobre armas biológicas. En el caso del Convenio de 1980 y sus tres Protocolos sobre fragmentos no localizables, minas y armas incendiarias, puede hablarse de una tercera rama del derecho de los conflictos armados: la corriente de Nueva York, que señalaría la vinculación de las Naciones Unidas al esfuerzo de codificación y aplicación del *jus in bello* en su versión de derecho de la guerra en sentido estricto⁴.

El derecho de La Haya se ocupa de gobernar el desarrollo de las hostilidades, incluida la neutralidad y el empleo de las diferentes armas y tácticas de lucha, con base en tres reglas básicas: 1) las hostilidades solo pueden dirigirse contra combatientes y objetivos militares; 2) están prohibidos los medios de combate o las armas que causen sufrimiento o daños super-

fluos o innecesarios, y 3) se proscriben los métodos o las tácticas de combate de carácter pérfido o deshonesto. Estas normas se sintetizan en el principio según el cual "el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado", tal como está formulado hoy en el artículo 35 del Protocolo I de Ginebra de 1977, en lo que constituye la mejor prueba de la tendencia hacia la integración normativa entre las leyes de Ginebra y La Haya. La convergencia de las dos legislaciones o, mejor aún, la absorción del derecho de La Haya por el derecho de Ginebra representa la única esperanza cierta de aplicación de las leyes y costumbres de la guerra a los conflictos reales pues la racionalidad humanitaria, pese a sus derrotas cotidianas, parece tener más oportunidades de acción que la política de control de armamentos y civilización de los procedimientos de lucha.

Conviene añadir dos precisiones. La primera concierne al carácter consuetudinario y no solo convencional que tienen los preceptos del derecho de los conflictos armados en su conjunto. Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, tales normas forman parte del llamado *jus cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos y son, por tanto, de obligatorio cumplimiento para todos los miembros de la comunidad internacional civilizada, aunque los Estados no hayan suscrito los diferentes instrumentos de Ginebra, La Haya o Nueva York.

La segunda precisión se refiere a los efectos que tiene la aplicación de una u otra legislación en el ámbito interno del Estado. El jurista chileno Hernán Montealegre expone la doctrina dominante en los siguientes términos:

Mientras el derecho de la guerra deroga el derecho interno y absorbe jurídicamente el conflicto, determinando el estatuto de las partes contendientes, el derecho internacional humanitario coexiste con el derecho interno, el cual recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza.⁵

Lo anterior significa que la gran diferencia entre el DIH y el derecho de la guerra radica en que el primero es compatible con el derecho interno, al paso que el segundo suspende la ley nacional y se aplica en su lugar. Esta mayor facilidad de aplicación del DIH proviene en línea directa de la naturaleza filantrópica o humanitaria, es decir, puramente asistencial o protectora, de sus normas e implica en la práctica que los instrumentos de Ginebra regulan una amplia gama de modalidades de conflicto: desde la guerra internacional o interestatal, pasando por la guerra civil y la guerra de guerrillas, hasta los disturbios y tensiones interiores. Adicionalmente, el DIH tiene la ventaja de incluir hoy las normas básicas del derecho de La Haya, como vimos antes, lo cual permite civilizar la contienda y al mismo tiempo proteger a sus víctimas, sin necesidad de invocar el derecho de la guerra, ni plantear el arduo problema de la beligerancia de los contendientes.

El DIH ante el Desafío de la Realidad

Constituye un lugar común de la sabiduría convencional afirmar que el derecho internacional no se cumple o se cumple mal debido a que no existe un gobierno mundial con la fuerza coactiva necesaria y suficiente para garantizar sus mandatos. Pero aún si se acepta que la ausencia de dicha autoridad contribuye al incumplimiento del derecho de gentes, hay que reconocer al mismo tiempo que otros factores, como el maquiavelismo de la política internacional, influyen en este estado de cosas, y que la sola existencia del derecho es una hazaña de la razón y de la civilización. Recientemente, un jurista suizo vinculado al CICR ha enriquecido el debate en los siguientes términos:

Por definición, el DIH prescribe la obligación de respetar un mínimo de normas, aun en las peores situaciones, cuando el diálogo se ha interrumpido y ha sido reemplazado por la *última ratio* del conflicto armado. La importancia de este hecho no debe subestimarse. Aunque solo se respete un porcentaje mí-

nimo de normas, esto representa un elemento ritual y la ritualización significa que el conflicto tiene una estructura formal. Incluso si las normas no se respetan, el hecho de tenerlas es muy diferente del de no tener ninguna norma que violar. Así, aunque estén enfrentados en una lucha a muerte en la cual no parece haber ningún terreno común, hay una base mínima que los adversarios comparten. Esto puede constituir un marco, aunque solo sea simbólico, para resolver el conflicto⁶.

Entre otras cosas, este texto sugiere de modo muy convincente que las normas jurídicas no se proponen únicamente regular los comportamientos sino también simbolizar los valores de la sociedad. Así, las leyes y costumbres de la guerra pretenden someter las hostilidades mismas a ciertas reglas mínimas porque el enfrentamiento armado, a pesar de su barbarie intrínseca, pone en juego ciertos valores y es en últimas una expresión de la condición humana. Al convertirse en una ceremonia social compleja y productiva gracias al encuadramiento normativo del DIH y del derecho de los conflictos armados en general, la guerra puede ser enjuiciada y la violencia que la constituye queda puesta en evidencia desde el punto de vista ético y jurídico, con lo cual se abren oportunidades, que de otro modo no existirían, a la acción humanitaria y civilizada. Tal es el papel clave que juega el DIH en la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana.

Referencias

- 1 A propósito de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, que es la primera de su tipo en 25 años desde la de Teherán en 1968 y que fue convocada en Viena para junio de 1993, hay dos iniciativas complementarias que gozan de cierto consenso entre las organizaciones no gubernamentales: el nombramiento de un Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el establecimiento de un Tribunal Internacional de Crímenes contra la Humanidad.
- 2 N. Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pág. 68.
- 3 E. Kant, *La Paz perpetua*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, páginas 15, 27, 30 y 37. Véase también H. Valencia Villa, "La Protección Internacional de

los Desplazados Internos a la Luz del Derecho Cosmopolítico de Kant”, en *Análisis Político*, No. 17, Bogotá, septiembre a diciembre de 1992, páginas 61 a 69.

- 4 Frits Kalshoven, *Constraints on the Waging of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987, páginas 15 a 21. Más aún, podría hablarse de una cuarta rama: el derecho o la corriente de Nüremberg, para referirse a las normas convencionales y consuetudinarias relativas a la responsabilidad penal internacional por la comisión de crímenes de guerra (o violaciones de las leyes y costumbres de la guerra) y crímenes contra la humanidad. Recientemente, en febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó una resolución por la cual se crea un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de guerra en el territorio de la antigua Yugoslavia.
- 5 H. Montealegre, *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago 1979, página 563.
- 6 Daniel Frel, “El DIH y el control de armamentos”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 90, Ginebra, noviembre-diciembre de 1988, página 527.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y ACTORES NO GUBERNAMENTALES

Robert K. Goldman

INTRODUCCIÓN

Durante la última década, grupos armados disidentes, es decir, actores no gubernamentales, han sido involucrados en hostilidades activas contra fuerzas gubernamentales en Colombia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Perú. En el mismo período, miles de personas civiles han sido muertas o heridas en conflictos armados dentro de estos países. Grupos no gubernamentales, en particular America's Watch, preocupados por el gran número y la frecuencia de estas víctimas entre la población civil, buscaba un fundamento jurídico firme para clasificar y adjudicar responsabilidad por estos actos. La resolución de este problema fue considerada crucial para evaluar con precisión el actual nivel de violencia dirigida contra la población civil en estos países en conflicto. Los abogados centrados en la solución de este problema pronto se percataron, por varias razones, de que el derecho internacional de los derechos humanos vigente proporciona muy poca

dirección y, en última instancia, no ofrece ninguna solución a este tema.

El defecto esencial en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a situaciones de conflicto armado radica en que, no obstante su vigencia teórica durante tales situaciones, en la práctica, su ámbito fundamental de aplicabilidad tiene lugar en tiempo de paz y, por consiguiente, no contiene ninguna norma que regule los métodos y medios de combate. También, durante situaciones legítimas de emergencia, tales como hostilidades internas o externas, los gobiernos de Estados Partes de los principales tratados en materia de derechos humanos pueden legalmente derogar la gran mayoría de los derechos consagrados en estos instrumentos, incluyendo la prohibición de arresto arbitrario y un gran número de las garantías de un juicio justo.

Además, las normas de derechos humanos, en general, dirigen y restringen solamente las acciones u omisiones ilegales de una de las partes en conflicto, la del gobierno y sus agentes. De acuerdo con la regla de que solamente los Estados pueden ratificar tratados en materia de derechos humanos, únicamente los gobiernos de tales Estados poseen la personería necesaria para perpetrar violaciones a los derechos humanos reconocidos en esos instrumentos y, consecuentemente, solo ellos pueden tener responsabilidad a nivel internacional por dichas violaciones.

Por el contrario, abusos parecidos que se cometen por actores no gubernamentales, tales como rebeldes y otros disidentes armados, no pueden ser considerados violaciones de derechos humanos, sino infracciones de leyes domésticas. A la luz de estas insuficiencias en las normas de derechos humanos, *America's Watch* y otras organizaciones que trabajan en este campo han concluido que el derecho de la guerra, es decir, el derecho internacional humanitario, constituye el fundamento metodológico para resolver el problemático tema de las bajas civiles y juzgar en forma objetiva la conducta de las operaciones milita-

res realizadas por las partes en los conflictos armados en el hemisferio.

Este artículo destaca las características básicas del régimen jurídico bajo el derecho internacional humanitario que grupos disidentes armados y fuerzas oficiales están obligados a aplicar en conflictos armados internos. En particular, explica que se puede hacer en tales situaciones la distinción crucial entre la población civil y los objetivos militares susceptibles a ataques y la naturaleza de la protección general de que gozan la población civil y los bienes de carácter civil contra ataques indiscriminados por las partes en conflicto. Después de analizar las normas vigentes, el artículo identifica las restricciones y prohibiciones claves aplicables a los métodos y medios de combate en conflictos armados internos.

FUENTES Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Las fuentes del derecho internacional humanitario contemporáneo son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los dos Protocolos adicionales de 1977, los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y el derecho consuetudinario de la guerra. Cabe destacar que los principios complementarios de necesidad militar y humanidad fundamentarán el derecho que gobierna la conducta por las partes de cualquier tipo de conflicto armado.

El principio de necesidad militar justifica aquellas medidas de violencia militar, y solo esas medidas, no prohibidas por el derecho internacional, las cuales son relevantes y proporcionales para asegurar la pronta sumisión del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa el principio de necesidad al prohibir aquellas medidas de violencia que no son necesarias para la obtención de una ventaja militar definida.

Inherente a esta afirmación de estos principios se encuentran los siguientes elementos: a) existen limitaciones a los métodos y medios de guerra; b) esas limitaciones forman parte del

derecho internacional obligatorio; c) la pérdida de la vida y la destrucción ocasionada debe tener cierta tendencia racional para la obtención rápida de una ventaja militar definida, y d) tales pérdidas y daños no deben ser desproporcionados o excesivos en relación con la ventaja militar anticipada.

Desde el punto de vista del planeamiento estratégico nacional, la necesidad debe ser juzgada en relación con el logro de un objetivo para el cual se emprende el conflicto armado. Desde el punto de vista del Comandante de Campo y su táctica de planeamiento, la necesidad, la relevancia y la proporcionalidad deben ser juzgadas en relación con la consecución de una ventaja militar definida.

Estos principios duales son una limitación más que una licencia para las partes combatientes. Los conflictos armados tienen que ser conducidos dentro del margen de las prohibiciones del derecho internacional, incluyendo las limitaciones inherentes al principio de la necesidad. Así, los medios de ganar una victoria militar no son ilimitados. Igualmente, quedan absolutamente prohibidos todos aquellos métodos y medios de combate que no justifica la necesidad.

Estos principios también subrayan la norma básica del derecho consuetudinario que afirma que no es ilimitado el derecho de las partes de adoptar medios y métodos para dañar al enemigo. Esta norma, entre otras, prohíbe el uso de veneno y de armas envenenadas; el empleo de armas y métodos de combate de una naturaleza tal que causen daños superfluos o sufrimientos; matanzas o heridas péfidas de combatientes enemigos; la negativa al pedimento de cuartel y el asesinato o la tortura de presos u otras personas detenidas. Más aun, los principios de necesidad y humanidad prohíben lanzar ataques teniendo como *único* objetivo a la población civil y objetos civiles.

Es importante destacar que, a diferencia del derecho de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario está destinado a ser aplicado en situaciones de conflicto armado y contiene normas que protegen tanto a las víctimas como a los

bienes afectados por el conflicto. El derecho internacional humanitario, como hace notar Christopher Swinarski, del CICR, "es un derecho de excepción, de emergencia que tiene que intervenir en caso de ruptura del orden internacional y también interno en el caso de un conflicto no internacional". Aunque estas dos ramas del derecho internacional comparten el mismo propósito de proteger a la persona humana y tienen un núcleo común de derechos inderogables, las detalladas disposiciones de derecho humanitario ofrecen a las víctimas de la violencia armada un grado de protección y auxilio bastante más alto que las garantías generales de derechos humanos y quizá el área de mayor convergencia de estas dos ramas de derecho internacional se da en situaciones de conflictos armados de carácter exclusivamente interno.

SITUACIONES DE DISTURBIOS Y TENSIONES INTERNAS

Antes de examinar el régimen jurídico aplicable a los conflictos armados internos, es útil distinguir tales conflictos de situaciones de disturbios interiores y tensiones internas.

Ejemplos de tales situaciones son los tumultos, como es el caso de las demostraciones sin un plan concertado desde el principio; los actos de violencia aislados y esporádicos distinguiéndose de las operaciones militares llevadas a cabo por fuerzas armadas o grupos armados, así como de otros actos de naturaleza similar, incluyendo en particular los arrestos masivos de personas por sus actividades u opiniones. Las situaciones serias de tensiones internas (las cuales pueden ser secuelas de conflictos armados o disturbios internos) típicamente tienen una o más de las siguientes características: una gran escala de arrestos; un gran número de prisioneros políticos; la posible existencia de un maltrato o de condiciones de detención inhumanas; la suspensión de garantías judiciales fundamentales y las demandas por desapariciones. Esto describe bien la situación que prevalecía de tiempo en tiempo en Chile durante el

régimen de *facto* de Pinochet, a excepción de un período muy breve inmediatamente después del golpe de estado, cuando hubo choques violentos entre las fuerzas armadas y algunos grupos armados.

Los disturbios y tensiones internas *no* están regidos en la actualidad por el derecho internacional humanitario, ya que lo están por instrumentos universales y regionales de derechos humanos. Sin embargo, el Comité Internacional de la Cruz Roja ("CICR") goza de un derecho de iniciativa legalmente reconocido para ofrecer sus servicios en orden a auxiliar y proteger a las víctimas de tales situaciones.

CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS DEFINIDOS EN EL ARTÍCULO 3 COMÚN

Ámbito Material de Aplicabilidad Temporal y Personal

El Artículo 3 simplemente se refiere, pero sin definirlo, "a un conflicto armado de carácter no internacional." En los hechos y en la práctica éste es aplicable a las confrontaciones armadas abiertas que tengan baja intensidad entre fuerzas armadas relativamente organizadas o grupos armados, que se suscitan exclusivamente dentro del territorio de un estado en particular. Los conflictos gobernados en este hemisferio por el Artículo 3 son los de Colombia, Guatemala, Perú y las hostilidades recién terminadas en El Salvador y Nicaragua. Por lo tanto, el Artículo 3 no se aplica a los simples actos de delincuencia o de rebeliones episódicas y desorganizadas. El Artículo 3 se aplica típicamente a la contienda armada entre las fuerzas armadas del gobierno y los insurgentes armados organizados. También se aplica a los casos en los cuales se confrontan dos o más facciones armadas dentro de un Estado *sin* la intervención de las fuerzas gubernamentales, cuando, por ejemplo, el gobierno existente se ha disuelto o es demasiado débil para intervenir, como era el caso en el Líbano.

La aplicación del Artículo 3 es automática tan pronto existe una situación de conflicto armado. Impone obligaciones legales permanentes para las partes de un conflicto interno en orden a proteger a las personas que no tienen o no tendrán más parte activa en las hostilidades. A diferencia del derecho de los derechos humanos, el cual se aplica solamente a las violaciones cometidas por el gobierno o sus agentes, las disposiciones obligatorias del Artículo 3 expresamente obligan a ambas partes del conflicto, esto es, al gobierno y a las fuerzas no gubernamentales. Más aun, la obligación de aplicar el Artículo 3 es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación que cada una de ellas tenga individualmente. Así, la inobservancia al Artículo 3 por una parte, sin importar cuán grave sea, no permite que la otra viole el mismo.

Es importante destacar que el Artículo 3 es la *única disposición* en los cuatro Convenios de Ginebra que se aplica directamente a los conflictos armados internos. Las partes de tal conflicto no tienen la obligación legal de aplicar, compeler o ajustarse a los mecanismos de protección altamente desarrollados de los otros artículos de los Convenios, los que se aplican únicamente al conflicto armado internacional, tipificado en el Artículo 2 común.

El gobierno, por lo tanto, no está obligado a conceder a sus oponentes armados el *status* de prisioneros de guerra, por cuanto los disidentes armados no tienen "el privilegio del combatiente", el cual, y en conformidad con los Convenios y el derecho consuetudinario, solamente es aplicable a los conflictos *internacionales*: así, la condición del prisionero de guerra se deriva directamente del privilegio del combatiente. Básicamente este privilegio es una licencia para matar, herir y/o secuestrar combatientes enemigos; destruir objetivos militares; y causar incidentalmente muertos y heridos entre la población civil. Este privilegio inmuniza a miembros de fuerzas armadas de enjuiciamiento criminal por parte de sus aprehensores, por sus actos violentos que no violen las leyes y costumbres de guerra, pero que de otro modo serían crímenes bajo la ley doméstica. Por el contrario, en conflictos internos, el Artículo 3 de ninguna

manera impide que el gobierno pueda castigar a disidentes armados por la comisión de crímenes, de acuerdo con las leyes internas. Por lo tanto, el gobierno puede enjuiciar a los insurgentes que asesinan a los soldados del gobierno por muerte, traición, sedición y otros actos violentos. Tales juicios deben ser conducidos de acuerdo con los requisitos previstos en el Artículo 3. Así, actores no gubernamentales que luchan en territorio nacional contra las fuerzas del gobierno establecido quedan sujetos a dos órdenes jurídicas: una de derecho penal interno y la otra de derecho internacional humanitario.

Para asegurar que la aplicación de las garantías humanitarias contenidas en el Artículo 3 por parte del gobierno no sea legalmente construida como un reconocimiento a la beligerancia de los insurgentes, el artículo establece inequívocamente que la aplicación de sus disposiciones no tendrá efecto sobre el estatuto legal de las partes al conflicto. Más aun, el CICR está expresamente facultado para ofrecer sus servicios a las partes en guerra en orden a auxiliar y proteger a las víctimas del conflicto.

PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL BAJO EL ARTÍCULO 3

A diferencia del derecho de los tratados que regulan los conflictos armados internacionales, el Artículo 3 no contiene ninguna norma que regule los medios y métodos de guerra. Además, los términos "civil" y "combatiente" no aparecen en ninguna de las disposiciones del Artículo 3. Aunque éste no provee protección explícita para la población civil ante los ataques y sus efectos, su prohibición de "violencia a la vida y a la persona" en contra de "personas que no toman parte activa en las hostilidades" puede ser suficientemente amplia como para incluir ataques contra civiles en territorio controlado por una parte adversaria en un conflicto armado interno. Sin embargo, el objetivo primario del Artículo 3 es el de asegurar cabalmente el tratamiento humanitario de aquellas personas que no parti-

cipan o no participarán más en forma activa en las hostilidades, cuando las mismas estén en poder de una parte del conflicto interno. Tales personas tienen derecho a un tratamiento humanitario sin ninguna distinción en contrario.

Las personas que el Artículo 3 protege incluyen tanto a los miembros del gobierno como a las fuerzas disidentes que se rinden, son encontradas heridas, enfermas o desarmadas, o que son capturadas por la otra parte. Las personas civiles están análogamente amparadas por las garantías contenidas en el Artículo 3, cuando son capturadas por, o están sujetas al poder de la parte en guerra, aun si aquellas personas habían luchado para la parte contraria o participado indirectamente en las hostilidades proveyendo alimentos o apoyo logístico a cualquier parte del conflicto. Bajo esas circunstancias, si esas personas mueren como resultado de la ejecución o tortura ocasionada por una parte del conflicto, sus muertes son equiparadas al homicidio.

DERECHO CONSUETUDINARIO INTERNACIONAL APLICABLE A CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Aunque la terminología empleada por el Artículo 3 no prohíbe los ataques a la población civil en conflictos armados no internacionales, tales ataques están prohibidos por el derecho consuetudinario de conflictos armados. La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2444, "Respeto por los Derechos Humanos en Conflictos Armados", adoptada unánimemente el 19 de diciembre de 1969, reconoció expresamente el principio consuetudinario de la inmunidad civil y su principio complementario que requiere a las partes combatientes distinguir siempre entre civiles y otros combatientes.

El preámbulo de esa resolución establece claramente que esos principios fundamentales de derecho humanitario se aplican en "todos los conflictos armados", incluyendo tanto a los conflictos armados internos como a los internacionales. Más aun, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha considerado

durante mucho tiempo esos principios como normas básicas de las leyes de la guerra que se aplican en todos los conflictos armados. El gobierno de los Estados Unidos también los ha reconocido expresamente como principios declaratorios de derecho consuetudinario internacional existente. Esos principios, por lo tanto, constituyen obligaciones jurídicas para todas las partes de los conflictos internos.

CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS DEFINIDOS POR EL PROTOCOLO II

Ámbito Material de Aplicabilidad del Protocolo

El Artículo 1, párrafo 1, del Protocolo II limita la aplicación de ese instrumento a los conflictos armados no internacionales, "los cuales se desarrollan en el territorio de una Alta Parte Contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permite realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, así como aplicar el presente Protocolo."

El Protocolo II desarrolla y complementa el Artículo 3 sin modificar las condiciones de aplicación contenidas en ese Artículo. Por lo tanto, en aquellos conflictos en los que se cumplen las condiciones para su aplicación, el Protocolo II rige simultánea y acumulativamente con el Artículo 3, toda vez que el alcance del Protocolo II está incluido en el más amplio alcance del Artículo 3. El punto de partida de aplicación del Protocolo II es, sin embargo, claramente diferente del Artículo 3. El Protocolo II introduce calificaciones objetivas que no se encuentran en aquél, tales como los requerimientos de que las fuerzas armadas del Estado Parte deban participar en el conflicto y que las fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados deban ejercer control sobre una parte de su territorio. En efecto, para que el Protocolo pueda aplicarse, debe existir

control de una parte del territorio por parte de las fuerzas de oposición. Y tal control debe ser suficiente como para permitir a los rebeldes que puedan llevar a cabo "operaciones militares concertadas y sostenidas" así como para aplicar el Protocolo. Para finalizar, los rebeldes deben ser capaces de detener a prisioneros, tratarlos humanamente y proporcionar cuidado adecuado a los heridos y a los enfermos. Estos criterios están designados principalmente para limitar la aplicación del Protocolo II a casos serios de rebelión. Por lo tanto, las condiciones objetivas que deben cumplirse para poner en acción la aplicación del Protocolo II constituyen una situación de guerra civil esencialmente comparable a un estado de beligerancia bajo el derecho consuetudinario internacional. El único conflicto en el hemisferio respecto del cual ya se aplican el Artículo 3 y el Protocolo II es el de El Salvador.

Así como sucede con el Artículo 3, la aplicación del Protocolo II no implica ni reconocer ni modificar el estatuto jurídico de los rebeldes. Tal como en conflictos regidos por el Artículo 3, los miembros de las fuerzas o grupos armados que son capturados por la parte adversaria no tienen derecho a la condición de prisioneros de guerra, pero sí se les deben conceder las garantías fundamentales de tratamiento humano y las garantías judiciales consagradas en los artículos 4 y 6 del Protocolo. Más aun, a diferencia del Artículo 3, el Protocolo II otorga expresamente a la población civil y a los individuos civiles una protección general con respecto a los ataques directos, de lo que se infiere que protege a esa población civil y a esos individuos civiles, como así también, a los objetos civiles de ataques indiscriminados o desproporcionados. De ninguna manera la aplicación del Protocolo II acepta el derecho que tiene el CICR, según el Artículo 3, de ofrecer sus servicios a las partes combatientes para asistir y proteger a las víctimas del conflicto.

LA RELEVANCIA DEL PROTOCOLO II PARA LOS CONFLICTOS EN LOS QUE SE APLICA EL ARTÍCULO 3

Como se ha expresado antes, El Salvador es, dentro de este hemisferio, el único Estado Parte del Protocolo II que tiene un conflicto directamente regido por dicho instrumento. En contraste con ello, la intensidad de las actuales hostilidades en Colombia, Guatemala y Perú, aun suponiendo que estos estados estuvieran obligados por el Protocolo, no alcanzan a cumplir con las elevadas exigencias de éste como para que pueda aplicarse. Ello no significa, sin embargo, que el Protocolo II tenga un carácter irrelevante para tales conflictos.

El preámbulo del Protocolo contiene la cláusula Martens¹, que establece que "en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". El principio de la humanidad, que tanto complementa como limita inherentemente la doctrina de la necesidad militar, prohíbe ataques directos en contra de la población civil, así como aquellas medidas de violencia que causen un sufrimiento innecesario. La mención deliberada que de este principio se hace en el Protocolo II, reafirma la relevancia en los conflictos armados internos del principio de derecho consuetudinario relativo a la inmunidad civil, así como del principio de distinción establecido como de suma trascendencia por la Resolución 2444 de las Naciones Unidas.

La protección, tanto explícita como implícita, frente a ataques directos y de los efectos de la guerra a la población civil bajo el Artículo 3 y estos principios del derecho internacional consuetudinario serían todas garantías ilusorias si no se contara con estándares apropiados que definieran y distinguieran a los civiles y a los objetos civiles, respecto de combatientes y objetivos militares en los conflictos armados internos.

El Protocolo II contiene varias normas que proporcionan derroteros que constituyen autoridad para la protección y amparo de la población civil en la conducción de operaciones militares. Las mismas reglas pueden proporcionar estándares in-

terpretativos para propósitos similares en conflictos armados internos que no estén directamente regidos por el Protocolo II, tales como las hostilidades en Colombia. Además, muchas de las normas contenidas en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo I), las que se aplican solo a los conflictos armados internacionales y las que no son generalmente reincorporadas en el Protocolo II, proporcionan también elementos que permiten interpretar el contenido sustantivo de las disposiciones similares pero menos detalladas del Protocolo II.

CLASIFICACIÓN DE LOS CIVILES Y DE LA POBLACIÓN CIVIL EN CONFLICTOS INTERNOS

El Artículo 13 es la disposición básica en el Protocolo II relativa a la inmunidad civil. Este Artículo se refiere solamente a "individuos civiles" y a "población civil", sin explicar el significado de esos términos. Sin embargo, el Artículo 50, Protocolo I, define el término "población civil" como comprendiendo "todas las personas que son civiles" y define al "civil" en forma negativa, como cualquiera que no sea miembro de las fuerzas armadas o de un grupo armado organizado de alguna de las partes del conflicto. Estas definiciones son también importantes para efectos de distinguir civiles respecto de combatientes en los conflictos armados internos que son regulados por el Protocolo II y por el Artículo 3.

A diferencia del Artículo 43 del Protocolo I, el Artículo 13 del Protocolo II no define explícitamente el término "combatientes". Sin embargo, el Protocolo II contiene los elementos básicos del concepto de fuerzas armadas en su alusión a "las fuerzas armadas de la Alta Parte contratante" y a "las fuerzas armadas disidentes u [otros] grupos armados organizados. . . bajo la dirección de un mando responsable". Los autores del "New Rules" ² sostienen que "puede inferirse de estos términos que reconocen las condiciones esenciales prescritas en el Artículo 43 del Protocolo I: que las fuerzas armadas deben estar ligadas a una de las partes del conflicto; que deben estar or-

ganizadas; y que deben operar bajo comando u órdenes responsables".³

Ellos concluyen fundamentalmente en que "es así que necesariamente se sigue que civiles son todas aquellas personas que no son miembros de aquellas organizaciones que reúnen esos requisitos o calidades".⁴ De acuerdo con ello, la población civil comprende toda otra persona que no participe activamente en las hostilidades, lo que significa participar en un ataque por virtud del cual la parte intente causar cualquier daño físico sea a personal enemigo u objetos.

El término "civil" también incluye civiles que están tomando, o han tomado parte en hostilidades sin el *status* de combatiente. Estas personas, sin embargo, pierden su protección de ataque directo, (pero no su *status* de personas civiles) mientras están participando directamente en las hostilidades. A diferencia de los combatientes, una vez que cesa su participación, estas personas civiles no pueden ya ser atacadas, aunque pueden ser sometidas a juicio y sanción por la parte adversaria por haber asumido el papel de combatiente. Es claro entonces que tanto en conflictos armados de carácter internacional como en los de carácter interno, la única circunstancia que genera la pérdida de protección a personas civiles de ataques directos es aquella en la que los civiles participan directamente en las hostilidades. Miembros del gobierno y fuerzas armadas disidentes, siendo éstos regulares, irregulares, voluntarios o conscriptos, son combatientes, lo que significa que tienen el derecho de participar directamente en hostilidades. Como tales, ellos son objetivos militares legítimos sujetos a ataque directo en todo tiempo hasta que son capturados, se han rendido o están *hors de combat* por enfermedad, heridas u otra causa.

LA DISTINCIÓN CRUCIAL ENTRE PARTICIPACIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN HOSTILIDADES

Una característica común y muy preocupante de la mayoría de los conflictos armados en el hemisferio ha sido la práctica de las partes combatientes de atacar directamente a civiles,

basada en la ignorancia, o aun peor, desatención flagrante de la ley. Por ejemplo, las fuerzas armadas en El Salvador, con la aprobación de la administración de Reagan, sostuvo que civiles que vivían en territorio controlado por el FMLN y/o han proveído alimentos o apoyo logístico a los rebeldes, constituían objetivos militares legítimos sujetos a ataques directos por las fuerzas gubernamentales. Por su parte, el FMLN frecuentemente atacaba a funcionarios gubernamentales y otros civiles, los cuales, según los rebeldes, estaban involucrados con el sistema militar y paramilitar de las fuerzas armadas. En ambos casos, el gobierno salvadoreño y el FMLN erróneamente equiparaban la ubicación, las vocaciones u otras actividades no hostiles de estas personas con actos de combatientes, así justificando ataques contra las mismas. Una aceptación de estos argumentos borraría efectivamente cualquiera distinción significativa entre civiles y combatientes en conflictos internos y conduciría a la guerra total sin regulación. El Comentario del CICR dice lo siguiente en este sentido:

There should be a clear distinction between direct participation in hostilities and participation in the war effort. The latter is often required from the population as a whole to various degrees. Without such a distinction the efforts made to reaffirm and develop international humanitarian law could become meaningless. In fact, in modern conflicts, many activities of the nation contribute to the conduct of hostilities, directly or indirectly; even the morale of the population plays a role in this context.

Así, es preciso aclarar la distinción entre la participación directa e indirecta en hostilidades en relación con personas civiles.

A pesar de la ambigüedad inherente e imprecisión de los términos "participación directa" y "hostilidades", ninguno de los términos está definido en los Protocolos o las Convenciones de Ginebra. Los autores del *New Rules* indican que el CICR en sus propuestas originales a la Conferencia Diplomática que elaboró los textos finales de los Protocolos de 1977 intentó "ex-

cluir de la definición de población civil a aquellos quienes participaron directamente en “operaciones militares” ... mientras que se incluía en la definición a aquellas personas civiles cuyas actividades contribuían al “esfuerzo de guerra”... o el “esfuerzo militar”.⁵ El CICR definió estos tres términos como sigue: “operaciones militares” como “movimientos de ataque y defensa de las fuerzas armadas”; “esfuerzo de guerra” como “todas las actividades nacionales que por su naturaleza o propósito contribuyen a la derrota del adversario”; y “esfuerzo militar” como “todas las actividades de personas civiles...[que] son objetivamente útiles en defensa o ataque en sentido militar, sin ser causa directa del daño infligido, a nivel militar”.

Bajo esta propuesta, las personas civiles que están tomando, o han tomado, parte en las hostilidades sin *status* de combatiente, así como las personas civiles *directamente vinculadas a las operaciones militares*, incluyendo a aquellas que acompañan a las fuerzas militares sin ser miembros de ellas, no habrían sido clasificadas como parte de la población civil. Esta propuesta fue abandonada debido a que “...fue considerada por algunos expertos de ser demasiado explícita... [temiendo] que se crearía una nueva categoría de personas, quienes no serían combatientes o personas civiles”. (Énfasis agregado).

En su Comentario al Artículo 51 del Protocolo I (Protección de la Población Civil) el CICR menciona que “parece que el término ‘hostilidades’ cubre no solamente el tiempo en el cual la persona civil efectivamente hace uso de un arma, pero también, por ejemplo, el tiempo en que la está portando, así como situaciones en las que ella realiza actos hostiles sin usar un arma”. El Comentario de el CICR también señala que el término actos hostiles “debe ser entendido como actos que por su naturaleza y propósito pretenden causar un daño actual al personal y equipo de fuerzas armadas”.

El *Folleto de la Fuerza Aérea de los E.U.* (U.S. Air Force Pamphlet) adopta una interpretación similar al establecer que “tomando parte directa en las hostilidades” cubre “actos de guerra que pretenden por su naturaleza y propósito atacar per-

sonal y material enemigo". El *New Rules* señala que esta interpretación efectivamente "...está incluida en el término 'ataques', pero parece ser más amplia que ataques e incluye, como mínimo, preparativos para el combate y regreso del combate".

En este sentido, el Artículo 49, parágrafo 1 del Protocolo I define el término "ataques" como "actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos". El *New Rules* señala acertadamente que el término "actos de violencia" denota *fuerza física*. Entonces, el concepto de "ataques" *no incluye la diseminación de propaganda embargos u otros medios no físicos de guerra psicológica, política o económica*".⁶ (Énfasis agregado).

De esta suerte, aplicado a personas civiles, la frase "participan directamente en las hostilidades" significa, en la práctica, *personalmente asumiendo el papel de combatiente*. El *New Rules* corrobora esta afirmación al establecer "está claro que personas civiles que personalmente intenten matar, herir o capturar personas enemigas o dañar materiales están participando directamente en las hostilidades". Cuando personas civiles se preparan para, participan en y retornan de combate ellos "...representan una amenaza inmediata para la Parte adversa y, consecuentemente, están expuestas a ataque directo de la misma forma que los combatientes" y "...pierden los beneficios de precauciones en el ataque...o en contra de los efectos del ataque... atinentes a personas civiles pacíficas".⁷ El Comentario del CICR similarmente expresa "es solamente durante tal participación [directa] que una persona civil pierde su inmunidad y se convierte en objetivo legítimo. Una vez termina su participación, la persona civil retoma su derecho... a protección, y ya no puede ser atacada".

En consecuencia, en conflictos armados de carácter interno, una persona civil puede ser considerada como participando directamente en hostilidades cuando ella efectivamente toma parte en el combate, individualmente o como miembro de un grupo. Tal participación, por ejemplo, incluiría también cuando se está actuando como miembro de una cuadrilla de armas o proveyendo información sobre objetivos para sistemas de ar-

mas "destinados a ser usados inmediatamente en contra del enemigo, tales como posicionadores de artillería o miembros de equipos terrestres de observación".⁸ Similarmente, una persona civil dispensando apoyo logístico directo a unidades actualmente involucradas en combate, al proveer munición a posiciones de fuego, directamente participa en las hostilidades y por lo tanto se convierte en objetivo militar legítimo. El *New Rules* también señala que personas civiles directamente vinculadas a, pero sin ser miembros de las fuerzas militares, tales como miembros civiles de tripulaciones de aeronaves *militares*, muy probablemente serían consideradas como participando directamente en hostilidades "si ellas repararon posicionadores de objetivos o equipos para guía de misiles en el desarrollo de una batalla".

En contraste, personas civiles cuyas actividades apoyen el esfuerzo militar o de guerra de la Parte adversa o de alguna otra manera *solamente* participen indirectamente en las hostilidades *no* pueden, sobre esta base exclusiva, ser considerados como combatientes. Esto se debe a que la participación *indirecta*, tal como trabajar en organismos de defensa, fábricas de munición o dedicadas a la distribución o almacenaje de pertrechos militares en áreas de retaguardia, no involucra actos de violencia que sean una *amenaza inmediata* de daño actual a la Parte adversa. El *New Rules* confirma esta visión como sigue: "Personas civiles que apoyan fuerzas armadas (o grupos armados) aportando trabajo, transportando pertrechos, actuando como mensajeros o diseminando propaganda no pueden ser sometidos a ataque individual directo, pero permanecen sujetas a la legislación doméstica atinente a dar ayuda y apoyo a enemigos domésticos."

Es importante anotar que esta crítica distinción entre participación directa e indirecta en hostilidades por personas civiles se aplica no solamente a la guerra convencional, sino también a la guerra de guerrillas, tal como la ocurrida en El Salvador. El Comentario del CICR anota que en conflictos guerrilleros "...fuerzas combatientes pueden ser organizadas a diferentes niveles, mientras que se asume cierta cooperación por parte de

la población civil". Como resultado, una distinción efectiva entre combatientes y no combatientes puede hacerse más difícil, pero no hasta el punto de transformarse en imposible. "*Participación directa en hostilidades implica una relación causal directa entre la actividad que se desarrolla y el daño infligido al enemigo en el tiempo y lugar en los cuales la actividad tuvo lugar*".

DESIGNACIÓN DE OBJETIVOS MILITARES

La definición del término "objetivo militar" en el Protocolo I, se aplica por deducción al mismo término en el Protocolo II. El Artículo 52(2) del Protocolo I define objetivos militares solo en cuanto son referidos o relacionados a objetos o blancos, más que referidos al personal. Para que el objeto o blanco, seleccionado por su naturaleza, ubicación, propósito o uso, pueda constituir un objetivo militar legítimo, debe contribuir en forma efectiva a la capacidad o actividad militar del enemigo, y su parcial o total destrucción o neutralización debe ofrecer una ventaja militar definitiva en las circunstancias que se encuentran rigiendo. El Protocolo I no delinea categorías específicas de propiedad o personas siendo objetivos militares, con la sola excepción de ciertos objetos a los que se les confiere inmunidad especial, tales como diques y represas.

Sin embargo, está claro que los objetivos militares legítimos incluyen combatientes enemigos, así como sus armas, instalaciones, convoyes y municiones y repuestos. La ley no reconoce el derecho de un combatiente a cambiar permanentemente, a voluntad, de combatiente a *status* de persona civil y viceversa. Consecuentemente, el llamado combatiente "de medio tiempo" no pierde su *status* de combatiente cuando desarrolla sus tareas de persona civil mientras está "fuera de servicio" y por lo tanto permanece como blanco legítimo de ataque.⁹

Debe anotarse, sin embargo, que la norma consuetudinaria de prohibición de la perfidia, aplicable a todos los conflictos armados, incluye un requerimiento en contra de dar muerte o he-

rir traicioneramente a un combatiente o persona civil enemigos.

Además, el "New Rules" establece que un objeto que es generalmente usado para propósitos civiles, tal como una habitación, un bus, una flota de taxis, o un campo aéreo civil o su ferrocarril circundante, puede convertirse en un objetivo militar si su ubicación o su uso cumple con ambos de los requisitos expuestos en el Artículo 52. Por ejemplo, una de las partes que es defensiva de su posición defensiva, de esa manera transformándolo en una "localidad defensiva". De esa manera la villa o pueblo constituye un blanco legítimo. Sin embargo, los civiles que permanecen en esa localidad mantendrían los beneficios de la norma de proporcionalidad tal como se aplica a las bajas civiles. Más aun, el "New Rules" sostiene que el criterio que requiere a los objetivos militares realizar una contribución efectiva a la tarea o acción militar no necesariamente exige una conexión directa, por otra parte, con operaciones de combate. Un objeto civil puede transformarse en objetivo militar y, consecuentemente, perder su inmunidad frente a un ataque deliberado, solamente por su uso, el que solo indirectamente puede referirse a acciones de combate, no obstante proporcionar una contribución efectiva al aspecto militar dentro de los esfuerzos - tareas militares globales de una parte al conflicto. De acuerdo con ello, industrias o cosechas, sean de propiedad pública o privada, que por sí son de importancia clave en el proceso de un conflicto armado, constituyen blancos militares legítimos. Las "New Rules" sostienen, por ejemplo, que la destrucción de algodón crudo (materia prima) en el sur, por parte de fuerzas de la Unión durante la guerra civil norteamericana, fue justificable. El algodón crudo en tal caso fue un objetivo o blanco militar, no porque haya tenido en sí mismo valor como material de guerra, sino porque era el principal producto de exportación de la Confederación y, en consecuencia, el medio clave para ésta en el proceso de financiamiento de armas y de repuestos o equipos militares.

DETERMINACIÓN DE OBJETOS CIVILES

A la definición del término "objetos civiles" del Protocolo I, Artículo 52(1) debería asignársele un significado similar para efectos del Protocolo II. El Artículo 52(1) define negativamente objetos civiles como todo objeto que no es objetivo militar, tal como está definido en el párrafo 2 del mismo Artículo, el que contempla el doble *test* exigible para ser objetivo militar. Por lo tanto, el Artículo 52 caracteriza en forma implícita todos los objetos como civiles, a menos que realicen una contribución efectiva a la acción militar enemiga, a menos que ofrezcan los mismos una notable ventaja militar en tal circunstancia, habiendo sido para ello destruidos, neutralizados o capturados.

En situaciones dudosas, el Artículo 52 crea una presunción en el sentido de que los objetos normalmente dedicados al uso civil, tales como iglesias, casas o colegios (escuelas), no son empleados o usados para contribuir efectivamente a la acción militar. Esta presunción solamente se aplica a aquellos objetos que comúnmente no tienen uso o propósito militar en forma predominante. Por ejemplo, esta presunción no incluiría objetos que constituyen blancos militares legítimos bajo el mismo criterio establecido en el mencionado Artículo 52, tales como transporte y sistemas de comunicación.

PROTECCIÓN DE CIVILES Y DE OBJETOS CIVILES ANTE ATAQUES INDISCRIMINADOS EN EL PROTOCOLO II

Aunque el Artículo 13 del Protocolo II otorga a la población civil y a los individuos que son civiles una protección general frente a ataques, no les proporciona expresamente en cambio ni a ellos ni a los objetos civiles, una protección clara frente a ataques indiscriminados o desproporcionados. El "*New Rules*" indica, sin embargo, que "el concepto de protección general es suficientemente amplio como para abarcar o cubrir tipos de protecciones que se derivan como deducciones necesarias de otras disposiciones del Protocolo II". Aun más,

las normas detalladas del Protocolo I, designadas para proteger a civiles y a objetos civiles en contra de ataques, proporcionan elementos relevantes para interpretar la extensión o alcance de una protección similar a estas personas y objetos bajo el Protocolo II.

Por ejemplo, el Artículo 51 (4) del Protocolo I expresamente protege a la población civil frente a ataques desproporcionados o indiscriminados. El Artículo prohíbe los ataques que no están dirigidos o destinados a objetivos militares específicos o que emplean métodos o medios de combate que impiden a la parte dirigirlos a un objetivo militar específico. Así, el Artículo prohíbe a la parte atacar objetivos militares, así como también civiles u objetos civiles sin distinción alguna.

El Artículo 51(5) define o determina un ataque como indiscriminado cuando apunta a un número de diferentes objetivos militares claramente dispersos entre sí, ubicados todos en una ciudad, pueblo, villa u otra área que contenga una concentración de civiles o de objetos civiles como un solo objetivo militar. Un asalto de un solo objetivo militar dentro de tal localidad, por el contrario, no constituiría un ataque indiscriminado e ilegal. Sin embargo, es indiscriminado un ataque en una área populosa destinado a destruir diversos y múltiples objetivos militares que la parte podría haber atacado en forma separada. Además, el Artículo 51(5)(b) también cataloga como indiscriminado un ataque que podría ocasionar bajas civiles, así como también, daños desproporcionados a la "prevista ventaja militar concreta y directa, lo cual significa que la ventaja militar debe ser concreta y perceptible, más que hipotética o especulativa.

La legitimidad de un blanco, sin embargo, no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo. Las prohibiciones respecto de ataques indiscriminados y desproporcionados que afectan a civiles, limitan los métodos de ataque de blancos militares legítimos ubicados en el medio de una población civil altamente concentrada. Por ejemplo, sería indiscriminado un ataque perpetrado en contra de un predio en su totalidad o de una coope-

rativa, en orden a destruir una dependencia secadora de café que podría ser atacada en forma separada. El uso de armas "ciegas" puede constituir también un ataque indiscriminado.

El "New Rules" indica además que la ausencia de una prohibición expresa en contra de ataques indiscriminados que se observa en el Artículo 13 es únicamente debido a la simplificación del tenor del Artículo. Por lo tanto, argumenta que "los ataques perpetrados en contra de lugares densamente poblados y que no están dirigidos en contra de objetivos militares, aquellos que no pueden ser dirigidos, y aquellas áreas prohibidas de ser bombardeadas por el párrafo 5(a) del Artículo 51 [Protocolo I] están incluidos por deducción dentro de la prohibición relativa a hacer de la población civil un objeto de ataque". El "principio de humanidad", contemplado expresamente en el preámbulo al Protocolo II, también prohíbe en forma implícita los ataques indiscriminados desproporcionados en contra de la población civil, tratándose de un conflicto armado de carácter no internacional.

APLICACIÓN DE LA LEY PERTINENTE A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Basados en el examen anterior de las normas y principios legales relevantes, uno puede realizar las siguientes afirmaciones respecto a la aplicación de estas normas y principios a los conflictos armados internos.

I. Civiles

En general, las siguientes personas deben ser consideradas civiles y por lo tanto no pueden ser objeto de ataque directo:

- A. La población pacífica que no está participando directamente en las hostilidades.
- B. 1. Personas prestando sólo apoyo indirecto a una parte en conflicto, *inter alia*, trabajando en plantas de defensa, distribuyendo o almacenando materiales militares dentro de áreas conflictivas, prestando mano de obra y comida, sir-

viendo como mensajeros o distribuyendo propaganda. Estas personas no pueden ser objeto de ataque directo individualizado porque no representan una amenaza directa para el adversario. Sin embargo, ellas asumen el riesgo de muerte o daño incidental resultante de ataques contra objetivos militares legítimos.

2. Personas prestando tal apoyo indirecto a fuerzas disidentes están claramente sujetas a persecución bajo las leyes internas de sus respectivos países por dar apoyo y bienestar al enemigo.
- C. Personas que no son miembros de las fuerzas armadas de las partes, que participan directamente en las hostilidades. Estos civiles, sin embargo, pierden temporalmente su inmunidad respecto de un ataque en cualquier momento en que asuman el rol de combatientes.

II. Objetos civiles

En conflictos armados internos, los siguientes deberán ser considerados objetos civiles inmunes a ataque directo:

- A. Estructuras y locales tales como casas, iglesias, moradas, colegios, granjas, y cooperativas, que de hecho estén dedicadas sólo a propósitos civiles y, en las circunstancias prevalecientes en el momento, no suponen una contribución efectiva a la acción militar.
- B. Aquellos monumentos históricos, obras de arte, o lugares de culto que constituyen la herencia cultural o espiritual de los pueblos, siempre y cuando no sean usados para apoyar los esfuerzos militares del enemigo.

III. Objetivos militares

Aunque no exhaustiva, la siguiente es una lista de objetivos militares propuestos en el Comentario oficial de la CICR a los Protocolos Adicionales:

- (1) Fuerzas armadas... y personas que ... toman parte en la lucha.
- (2) Posiciones, instalaciones o construcciones ocupadas por las fuerzas... así como objetivos de combate (Es decir, aquellos objetivos que están directamente en disputa en la batalla entre fuerzas marítimas o terrestres, incluidas fuerzas aéreas).

- (3) Instalaciones, construcción y otros trabajos de naturaleza militar, tales como barracas, fortificaciones, ministerios de guerra (ej: ministerios de la armada, marina, fuerzas aéreas, defensa nacional, suministros) y otros órganos para la dirección y administración de operaciones militares.
- (4) Almacenes de armas o materiales militares, tales como arsenales de munición, almacenamiento de equipo o combustible, estacionamiento de vehículos.
- (5) Pistas de aterrizaje, rampas de lanzamiento de cohetes e instalaciones de base naval.
- (6) Aquellas de las líneas y medios de comunicación (líneas de ferrocarril, caminos, puentes, túneles y canales) que son de importancia fundamental.
- (7) La instalación de emisoras de radiodifusión y televisión, centrales de teléfonos y telégrafos de importancia militar fundamental.
- (8) Industrias de importancia fundamental para la conducción de la guerra:
 - (a) industrias para la fabricación de armamentos...;
 - (b) industrias para la fabricación de provisiones y materiales de carácter militar, tales como material de transporte y comunicación, equipo para las fuerzas armadas;
 - (c) fábricas y plantas dedicadas a otra producción y centros manufactureros de importancia fundamental para la conducción de la guerra, tales como industrias metalúrgicas, de ingeniería y químicas, cuya naturaleza o propósito es esencialmente militar;
 - (d) instalaciones de almacenaje y transporte cuya función básica es servir a las industrias mencionadas en (a)-(c);
 - (e) instalaciones que proveen energía principalmente para la defensa nacional, e.g. carbón, otros combustibles, o energía atómica, y plantas produciendo gas o electricidad principalmente para consumo militar.
- (9) instalaciones que constituyen centros experimentales, de investigación para experimentos y para el desarrollo de armas y material de guerra.

IV. Ataques prohibidos y usos de minas terrestres y dispositivos relacionados

Aunque no constituyen una lista exhaustiva, los siguientes tipos de ataques y usos de minas terrestres y dispositivos relacionados deberían estar prohibidos en la conducción de las hostilidades:

- A. Ataques directos y uso directo de estas armas contra individuos o grupos de civiles desarmados donde no haya presente objetivo militar legítimo, tales como combatientes enemigos o materiales de guerra. Tales ataques y usos de estas armas son indiscriminados.
- B. Ataques directos y tales armas usadas directamente contra objetos civiles dedicados a propósitos civiles, tales como ciudades, pueblos, moradas, o edificios, donde no hay objetivo militar presente. Este tipo de ataque o uso de armas es igualmente indiscriminado.
- C. Ataques, y amenazas de tales actos, los cuales son lanzados o amenazados con ser lanzados con intención de amenazar a la población civil. En la medida en que los ataques son lanzados o amenazados con ser lanzados sola o primariamente con fines políticos, ellos son ilegales y violan los principios de inmunidad civil, humanidad y proporcionalidad.
- D. El uso de cualquier mina colocada en un lugar remoto que no está efectivamente marcada y carezca de un mecanismo de auto-activación o neutralización una vez que su propósito militar haya sido cumplido. Tales minas son "armas ciegas" su uso es indiscriminado en términos de tiempo.
- E. El uso de minas colocadas a mano, tales como las de tipo Claymore y las trampas cazabobos en o cerca de un local civil conteniendo objetivos militares, si tales mecanismos son instalados sin ninguna precaución, marcas u otras advertencias o no se autodestruyen o no son removidos después de que hayan cumplido su propósito militar. Tales usos son también indiscriminados.
- F. El uso de trampas cazabobos a manera de "cartas bomba" ("letter bombs"). Tal uso es indiscriminado.
- G. El uso de trampas cazabobos dirigidas a causar daño superfluo o sufrimiento innecesario, tales como agujeros ocultos conteniendo objetos venenosos.

- H. Ataques directos y uso de trampas cazabobos contra personal médico y religioso, unidades médicas y transportes, particularmente cuando son reconocidas como tales por el uso del emblema distintivo de la Cruz Roja o la Luna Roja.
- I. El uso de trampas cazabobos, ya sea unidas o asociadas con:
 - 1. personas enfermas, heridas, o muertas, incluidos combatientes que han sido capturados, que se han rendido o se encuentran fuera de combate;
 - 2. lugares de entierro o cremación o tumbas;
 - 3. instalaciones, equipo, materiales, o transporte médico;
 - 4. artículos usados ordinariamente por o para el cuidado, higiene, salud, o educación de niños menores de quince años;
 - 5. comida o bebida, animales, o sus esqueletos;

V. Otras prácticas prohibidas

Una vez más, aunque no sea una lista exhaustiva, las normas de derecho humanitario aplicables prohíben los siguientes tipos de prácticas, órdenes o acciones:

- A. Órdenes a los combatientes de que no deberá haber sobrevivientes, tales amenazas a los combatientes, o dirección de llevar a cabo hostilidades sobre estas bases.
- B. Ataques contra combatientes que han sido capturados, se han rendido o se hallan fuera de combate.
- C. Los ataques, la destrucción, la remoción, o el dejar inservibles objetos indispensables para la sobrevivencia de la población civil, tales como *interalia* comida, cosechas, ganado e instalaciones de agua potable.
- D. Uso de armas "ciegas" que no pueden ser dirigidas con ninguna certeza razonable contra un objetivo militar específico.
- E. Tortura u otro tratamiento cruel de personas bajo cualquier circunstancia.
- F. La toma de rehenes.
- G. La imposición de tratamiento humillante o degradante a combatientes que han sido capturados, se han rendido o se hallan fuera de combate.

- H. El asesinato de oficiales civiles, tales como jueces o líderes políticos.
- I. La ejecución de civiles o combatientes sin juicio previo y apropiado por tribunales independientes e imparciales.

VI. Clasificación de Víctimas civiles

- A. La rotulación apropiada y la atribución de las muertes de civiles muertos en operaciones militares realizadas por las partes autorizadas dependerá de las circunstancias de la muerte. Sin embargo, las muertes de civiles bajo las siguientes circunstancias pueden ser correctamente clasificadas como homicidios o felonías atribuibles a la parte responsable:
 - 1. Muerte o daño a civiles como resultado de ataques prohibidos o indiscriminados o uso de armas de la manera arriba indicada.
 - 2. Muerte de civiles como resultado de ejecución sumaria o tortura y daños resultantes de tortura. Además de importar una violación del derecho humanitario internacional, cuando tales homicidios y asaltos sean atribuibles a miembros de las fuerzas armadas, constituirán violaciones de derechos por las que el gobierno de los perpetradores será internacionalmente responsable. Por su parte, esas mismas acciones, cuando han sido cometidas por miembros de fuerzas disidentes, si bien violan claramente el derecho humanitario, no constituyen violaciones de derechos humanos, sino que son más bien violaciones del derecho interno del país de que se trate.
- B. La muerte o el daño a civiles bajo las siguientes circunstancias deberían ser clasificadas como legítimamente relacionadas al combate:
 - 1. Las muertes y daños a civiles cuando ellos participan directamente en las hostilidades. Tales personas pierden su inmunidad de ataque directo mientras asumen el rol de combatiente.
 - 2. Las muertes y daños civiles que, por cerca o situados dentro de un objetivo militar legítimo, son muertos o heridos como resultado de un ataque directo y proporcional del uso de armas contra tales objetivos. Debido a que tales personas asumen el riesgo de muerte o daño surgido de

tales ataques, sus muertes o daño son colaterales o incidentales al propósito primario de estos ataques.

Las muertes resultantes de situaciones en las cuales las circunstancias respectivas no son claras o son desconocidas y la atribución apropiada de responsabilidades, por lo tanto, no es posible, caen dentro de un "área gris" entre estos dos extremos. Estas muertes, por ello, deben ser excluidas de las muertes que son consideradas homicidios por el derecho internacional humanitario o por las normas de derechos humanos.

Debería existir una clara distinción entre la participación directa en hostilidades y la participación en guerras. Esta última participación involucra frecuentemente en diferentes grados a toda la población. Sin esta distinción los esfuerzos realizados para reafirmar y desarrollar el derecho internacional humanitario podrían no tener sentido. De hecho, en los conflictos modernos, muchas de las actividades del país contribuyen, directa o indirectamente, a la conducción de las hostilidades; incluso hasta la moral de la población juega un papel importante en dicho contexto.

Referencias

- * Este capítulo se basa, en parte, en un artículo del autor titulado, *Algunas Reflexiones Sobre Derecho Internacional Humanitario y Conflictos Armados Internos*, publicado en Vol. 12 de la REVISTA del IIDH (1991).

Agradece a los Dres. Felipe González, Diego Rodríguez y Jorge Varela su asistencia en la redacción y traducción de esta ponencia.

- 1 El propósito de esta cláusula, nombrada por el jurista ruso que elaboró en términos semejantes el preámbulo del Convenio de la Haya, No. IV de 1907, es el de afirmar la plena vigencia del derecho consuetudinario de la guerra, excepto cuando es modificado expresamente por los tratados.
- 2 M. Bothe, K.J. Partsch & W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflict: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Nijhoff 1982) (New Rules).
- 3 Id. pág. 672.

- 4 Id.
- 5 New Rules, *supra* en 294. Traducción es nuestra.
- 6 Id. en 289. La traducción es nuestra. Aunque el Protocolo II no define "ataques", el New Rules explica que "el CICR asumió que las definiciones establecidas en el Protocolo I guiarían la construcción del mismo término en el Protocolo II. Id. en 672. Traducción es nuestra.
- 7 Id. en 301. Traducción es nuestra.
- 8 New Rules, *supra* en 303. Traducción es nuestra.
- 9 Ver CICR, *supra* en 515-516 (sobre el no reconocimiento de *status* de combatiente "a solicitud").

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS

(Apreciaciones sobre el Pacto de San José)¹

Asdrúbal Aguiar A.

Sumario: I. Introducción. Noción y fundamentos de la responsabilidad jurídica. II. La responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos. 1. Tendencias en la doctrina y la práctica internacionales. 2. La Codificación universal: Status quaestionis. III. La responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos. 1. Obligaciones sobre derechos humanos en la Carta de la OEA y en la Convención Americana. 2. La violación o incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José. 3. Mecanismos orgánicos para la solución de controversias y la aplicación de la Convención. 4. Consecuencias de la responsabilidad: El artículo 63.1 del Pacto de San José.

I. Introducción

1. La aplicación de los principios de la responsabilidad internacional en los supuestos de violación de derechos humanos por los Estados no cuenta en la actualidad, salvo algunos estudios muy puntuales y recientes, con una sistematización teórico-práctica satisfactoria. Esta materia sigue siendo tributaria de las modestas y parciales elaboraciones de los órganos internacionales de tutela, en especial las de aquellos competentes para decidir acerca de las denuncias de infracciones v.gr. al Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales o a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José.²

2. Las normas específicas sobre responsabilidad contenidas en tales instrumentos se caracterizan por su laconismo. No detallan las acciones u omisiones que, eventualmente, deban reputarse como contrarias al deber de los Estados Partes de respetar y garantizar en sus jurisdicciones los derechos de la persona humana; no precisan, por lo demás, los supuestos en que sería admisible la atribución o la exclusión o, eventualmente, la exoneración de la responsabilidad estatal; y, solo de manera genérica definen el contenido y los alcances, en otras palabras, las consecuencias aflictivas y/o reparatorias reconducibles a la infracción de las obligaciones que establecen.

3. Por lo general, la doctrina y la jurisprudencia internacionales remiten en este campo a los principios y a las reglas clásicas que acerca de la responsabilidad del Estado han dictado la costumbre o la acción creadora de los tribunales arbitrales o de la Corte de La Haya. Mas, la teoría de la responsabilidad internacional, por carecer de una codificación autorizada y limitada en su desarrollo uniforme por la pluralidad de sistemas -relacionales, semiorgánicos y/o supranacionales- que coexisten dentro de la escena mundial, ha copiado sin un criterio de progresividad histórica las enseñanzas del derecho interno de los Estados. Ello, a pesar que éste en oposición al derecho internacional contemporáneo es más orgánico e integrado, diferencia-

dor neto entre los intereses generales y particulares, social o individualmente protegibles. A todo evento, dado el sesgo primitivo, inorgánico y contractual que todavía priva en las relaciones jurídicas internacionales dominantes, el perfil de la responsabilidad ha conservado un corte civilista y esencialmente compensatorio.

4. Sin embargo, con vistas al estudio de la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos, no puede soslayarse lo que es una realidad inexcusable. El ingreso hacia la responsabilidad jurídica sea por la vía del daño injustamente causado sea mediante la valoración de la culpa del agente o bien terciando en la violación formal de lo pactado o legalmente debido; de manera subsiguiente, la definición del alcance punitivo o compensatorio de las medidas para restablecer el orden vulnerado y otorgar, si procede, una "satisfacción equitativa a la víctima"; y, finalmente, la atribución subjetiva -colectiva o individual- de la obligación de «responder», no pueden ser el producto arbitrario de los dogmas o de la mera especulación teórica, menos aún el resultado de una mecánica trasposición de conceptos entre distintos sistemas jurídicos.

5. La historia del derecho nos revela cómo el origen y las consecuencias de la responsabilidad han variado de manera proporcional a los grados de cohesión y de desarrollo político alcanzados, de manera particular, por cada experimento societario. Solo una comprensión profunda de las estructuras y de los valores en que se sitúe cada infracción al orden establecido -v.gr. el relacionado con la garantía internacional de los derechos humanos- puede indicar, entonces, el género de las medidas adecuadas y convenientes para la recomposición del *statu quo* junto los grados de autonomía orgánica que son necesarios para sustentar la validez y la ejecutoriedad de estas últimas.

1. Noción y fundamentos de la responsabilidad jurídica

6. El fenómeno jurídico de la responsabilidad, cuya locución "deriva(da) del latín, *responsus*, participio pasado del verbo *respondere* y que aproximadamente significa algo así como «cons-

tituirse en garante»”, es más propenso a la descripción que a su definición. Algunos autores lo relacionan con el acto ilícito o el incumplimiento mismo de la obligación legal o de la convencionalmente establecida; otros, lo vinculan al daño ocasionado, por ser el efecto cierto de la contravención, de la falta de diligencia o del riesgo asumido por su autor; en tanto que, parte de la doctrina, identifica la responsabilidad con la sanción normativa o con el deber de reparación, por ser éste el contenido de aquella y la consecuencia jurídica de la transgresión o del daño sobrevenido.

7. Peirano Facio, entre otros, sitúa la responsabilidad al nivel de un “concepto secundario”, distinto al de la mera imputabilidad. Aquella “exige una relación”, generalmente de persona a persona: (pues) es responsable un sujeto frente a otro sujeto, en tanto que ésta, “la imputabilidad, estaría referida no a las personas sino a los actos que ellas realicen”.

8. Pero, sea la responsabilidad una condición o una situación jurídica relacional; o bien la sanción o consecuencia necesaria de una premisa normativa o, si se quiere, la obligación secundaria de reparación (*lato sensu*) que sobreviene al incumplimiento de otra obligación primaria u original, lo único cierto es que la misma expresa un valor inherente y consubstancial al Derecho. En nuestra opinión, es indisoluble del mundo jurídico, y se encuentra presente en todo orden humano de conductas (*dimensión sociológica*) cuya descripción técnica (*dimensión normativa*) no advierta mayores desviaciones acerca de la Justicia (*dimensión axio-dikelógica*).

9. Al margen de su denotada naturaleza nos interesa destacar, eso sí, que la responsabilidad se fundamenta o explica en la idea según la cual toda relación normativa involucra en el campo de los derechos y de las obligaciones a dos o más sujetos, activos y pasivos, y se construye -para ser considerada como tal- a partir de la idea de reciprocidad en los intercambios. De manera tal que, toda ruptura en el equilibrio relacional así establecido -sea el interindividual o el individual vs. la socie-

dad-, implica la necesidad e imperactividad de su restablecimiento.

10. Angel Cristóbal Montes, al escribir sobre la proscripción del *damnum iniuria datum* (daño injustamente causado) dentro del Derecho romano y afirmar, a renglón seguido, que la responsabilidad es una de las piedras sillares del vivir colectivo civilizado y un punto de referencia a la hora de considerar el despegue histórico de cualquier organización societaria, califica a la misma como un principio moral, una expresión de justicia conmutativa, "una teoría (básica) del equilibrio que juega lo mismo en el orden natural que en el jurídico".

11. A su vez Delbez, citado por el Decano Cottureau a propósito de su reciente estudio "Système juridique et notion de responsabilité", partiendo esta vez desde el ámbito jurídico internacional, también subraya el carácter inmediato de la responsabilidad como "corolario del principio de igualdad (o equilibrio) de los Estados" (subrayado y agregado nuestros). "En toda sociedad de iguales -afirma Delbez- la violación de las obligaciones sociales entraña *ipso facto* la responsabilidad del culpable".

II. La responsabilidad por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

Tendencias en la doctrina y la práctica internacionales

12. Una evaluación contemporánea del régimen de la responsabilidad conforme al derecho internacional nos permite afirmar categóricamente que éste no desconoce y ha logrado sujetar dentro de su esfera, por vía de la progresividad normativa y tanto como lo hizo el derecho interno, los comportamientos que le contradicen.

13. Es nutrida la jurisprudencia arbitral y la emanada de la Corte de La Haya que han declarado hasta la saciedad -con base en la costumbre- que "es una concepción general de derecho, que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar (de una forma adecuada) y, por tan-

to, es susceptible de poner en juego la responsabilidad internacional del autor del respectivo acto o hecho ilícito" (Cfr. Asunto Alabama del 14.9.872; reclamaciones británicas en Marruecos, del 1.5.925; caso de la fábrica de Chorzow de 26.7.927 y 13.9.928; asunto del Conde Bernardotte de 1949; caso Barcelona Traction del 5.2.970; asunto del personal diplomático y consular en Teherán del 24.5.980; caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, etc.).

14. La experiencia más reciente, sin embargo, pone de manifiesto la suma de dificultades que todavía existen para construir una teoría uniforme de la responsabilidad internacional. Los casi 70 años que han ocupado los trabajos para su codificación universal sin que todavía se vislumbre la posibilidad de un primer tratado, son reveladores al respecto. Mas, lo cierto es que a pesar de la amplia práctica diplomática y de la no menos generosa jurisprudencia internacional con que hoy contamos acerca de la responsabilidad internacional del Estado, la doctrina no cesa en replantear el debate desde muy diversos ángulos, algunos de los cuales podrían considerarse teóricamente superados.

15. En opinión del jurista italiano Massimo Iovane, las alternativas teóricas que confluyen de momento en el estudio de la responsabilidad internacional del Estado pueden sistematizarse como sigue:

- a) La violación de una obligación internacional se resolvería en el nacimiento de una nueva relación obligatoria entre el Estado a quien se imputa el ilícito en cuestión y el Estado afectado por la violación que se lamenta; cuyo contenido, en tanto que obligación secundaria o sustitutiva de aquella primaria que fue violada o incumplida, se concreta en un deber de reparación de los daños materiales (*restitutio in integrum* o resarcimiento por equivalente) o morales (satisfacción), a cargo del Estado responsable y en favor del Estado víctima de la violación.
- b) Junto a las consecuencias de carácter reparatorio, previamente enunciadas y pacíficamente admitidas, cabría incluir como consecuencias del hecho ilícito internacional otras de carácter

aflictivo, similares a la pena prevista en los ordenamientos internos de los Estados.

- c) Excluidas las dos hipótesis anteriores, solo cabría reconocer como consecuencias del hecho ilícito aquellas medidas e instrumentos que dentro de cada ordenamiento, sea el interno o el internacional, aseguren la imposición coercitiva de las obligaciones violadas. Y, en este orden, la existencia de obligaciones de reparación quedaría fuera del ordenamiento jurídico internacional en consideración a sus limitaciones estructurales. No pudiendo establecerse de manera objetiva, por vía orgánica o institucional, en que consistiría la eventual reparación debida por el Estado autor del ilícito, ésta solo podría encontrar su fuente en el acuerdo expreso de los Estados que resuelva la respectiva controversia. En cuyo caso, la reparación, no sería una consecuencia general prevista por el ordenamiento internacional ante la comisión de cualquier ilícito.

16. Cada una de las anteriores argumentaciones, paradójicamente, encuentra dentro de la práctica de los Estados plurales ejemplos con los cuales confirmar la validez de sus respectivas hipótesis. Así, durante el siglo pasado e inicios del presente, los Estados convinieron solo en supuestos específicos de reparación pecuniaria por daños causados v.gr. en caso de colonización, por el estímulo de la emigración de pobres y de condenados y, mayoritariamente, por daños ocasionados a los bienes o a las personas de los extranjeros. La obra jurídica de Calvo (1880) junto a las codificaciones de Dudley Field (1881) y de Fiore (1901), hablan en favor de una admisión tácita por parte de los Estados de principios ordenadores en este campo análogos a los del viejo Derecho civil romano.

17. Por otra parte, desde los años 30 los internacionalistas de mayor reputación (Accioly, Eagleton, Fauchile, Le Fur, de Visscher, Podestá Costá) asumieron, en lo teórico, el carácter secundario y esta vez generalizado de la norma sobre responsabilidad de los Estados, al convenir que "no hay posibilidad de acomodar los derechos y los deberes sin que se fije, para su práctica y observancia, un límite más allá del cual surge" aquella de manera ineludible. Y así, por ejemplo, con base al indicado principio, pudo el Consejo de Seguridad de la ONU instar al Gobierno de Israel para que otorgase "una reparación ade-

cuada" en favor de Argentina, por razón del secuestro del criminal nazi Eichmann en territorio de este último Estado.

18. En este mismo orden, una vez finalizada la 2a. guerra mundial, con el establecimiento de los Tribunales de Núremberg y de Tokio el derecho internacional admitió -por vía de excepción- la responsabilidad del individuo haciéndole directamente pasible de penas o medidas aflictivas, impuestas orgánicamente en nombre y por cuenta de la comunidad de los Estados; con lo cual se les dio cabida a las ideas de responsabilidad penal y de orden público, en detrimento de la impermeabilidad y de la supremacía clásica de los derechos internos de los Estados.

2. La codificación universal: *Status quaestionis*

19. Los actuales trabajos de codificación de la responsabilidad internacional, acometidos por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, abarcan la totalidad de presupuestos capaces de concretar normativamente su exigencia; ubicando, de paso y en sus justas dimensiones estructurales a las distintas teorías que, históricamente, han pugnado por la fundamentación del deber de reparar. De manera tal que los frentes en que se trabaja, con el propósito de codificar la práctica existente e introducir las reglas que sugiere la coyuntura internacional, son fundamentalmente los que siguen:

- a) Dentro del campo de la responsabilidad colectiva, fundada en la violación de una obligación internacional (teoría del hecho ilícito) cuyas consecuencias pueden ser, alternativa o acumulativamente, tanto reparatorias como aflictivas, encuéntrase el '*Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*'. Sus relatores especiales, desde 1963 hasta el presente, han sido sucesivamente Roberto Ago (Italia), Willem Riphagen (Holanda) y Gaetano Arangio-Ruiz (Italia).
- b) Dentro del campo de la responsabilidad colectiva, fundada en el daño (teoría del riesgo) proveniente, entre otras, de actividades ultrapeligrosas y cuyas consecuencias son de índole propiamente reparatorio, tenemos el '*Proyecto de artículos sobre*

la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional'; en el que han trabajado sucesivamente, desde 1978, Robert Q. Quentin-Baxter y Julio Barboza (Argentina).

- c) Dentro del campo de la responsabilidad individual, fundada en una contravención delictual (teoría de la culpa) que apareja consecuencias aflictivas o sancionatorias y, subsidiariamente, reparatorios, existe el '*Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*'; cuyos relatores especiales, desde 1949, han sido sucesivamente Jean Spiropoulos y Dou-dou Thiam (Senegal).

III. La Responsabilidad Internacional por Violación de los Derechos Humanos

20. Las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos, cuyo cumplimiento corresponde en primer término a los Estados y, eventualmente, tanto a los individuos como a los denominados movimientos de liberación o grupos insurrectos en lo relativo a las violaciones de Derecho internacional humanitario o la comisión de crímenes contra la humanidad, continúan estando sujetas a las reglas generales de responsabilidad por hecho ilícito. Así nos lo confirma Carrillo Salcedo, aun cuando en esta materia no podemos olvidar que "el Derecho internacional ha ganado perfiles más institucionalizados".

21. El estudio y tratamiento de la responsabilidad internacional por violación o atentado a los derechos humanos exige, sin embargo, de algunas precisiones conceptuales. La traslación hacia este campo de los principios aceptados por el Derecho internacional general, de suyo no sería posible sin los ajustes que imponen la naturaleza y el contenido de las obligaciones asumidas en esta materia por los Estados. Pero tampoco sin las modificaciones graduales que ordenan las estructuras plurales de la comunidad 'transnacional' contemporánea, en las que se concretan y son exigidas tales obligaciones.

22. Actualmente convergen, sin excluirse, un 'derecho común' en formación sobre la responsabilidad por violación de derechos humanos y una gama, bastante institucionalizada, de normas internacionales particulares. Estas últimas, son el producto de múltiples convenios que agrupan el tratamiento de los derechos humanos en términos espaciales (universales y regionales), por generaciones de derechos (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales), por derechos específicos (genocidio; esclavitud; tortura; asilo; libertad de información y vida privada; seguridad social), por categorías bajo protección especial (refugiados y apátridas; emigrantes; trabajadores; mujeres; familia, matrimonios y niños; combatientes, prisioneros y civiles en tiempos de guerra), y por supuestos de discriminación (raza; sexo; educación; empleo y profesión), entre otros.

23. El régimen de la responsabilidad por violación de los derechos humanos, a tenor del derecho internacional particular, ofrece perfiles más orgánicos pero no abandona en su totalidad el sistema voluntarista de las relaciones *vis-a-vis* entre los Estados. Por ello, las consecuencias ordinarias de la responsabilidad dentro de tal contexto son de índole esencialmente reparatorio, aun cuando adicione tímidamente algunas fórmulas retributivas y de control de la legalidad vulnerada; y que, por vía de un desdoblamiento funcional, permiten requerir a los Estados la cesación de sus conductas ilícitas o la imposición de penas a los individuos responsables de crímenes contra la humanidad.

24. El 'derecho común' en ciernes, a su vez, apoyado en las reglas clásicas sobre la responsabilidad juega sin precisión entre las formas -restringidas e inocuas- de auto tutela, propias del orden pre-bélico y otras nuevas, que intentan la consolidación de consecuencias aflictivas, exigibles orgánica y autoritariamente, pero cuyos sujetos pasivos continúan siendo los Estados dentro del marco tradicional de la responsabilidad colectiva.

1. Obligaciones sobre derechos humanos en la Carta de la OEA y en la Convención Americana

25. Dentro del sistema interamericano, al igual que acontece con su homólogo europeo y con el propio sistema universal de Naciones Unidas, rige la obligación general que dice sobre “el respeto de los derechos esenciales del hombre” por parte de los Estados. Tal obligación se desprende del preámbulo y, entre otros, de los artículos 3.k, 16, 17, 32, 44, 45, 46 y 136 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en concordancia con los preceptos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

A. Sus características

26. Ahora bien, en la construcción de las referidas obligaciones primarias de respeto y garantía a los derechos humanos e incluso tratándose de las secundarias relativas a la responsabilidad por incumplimiento o violación de aquellas, el sistema interamericano responde a dos niveles estructuralmente distintos. En uno de dichos niveles se sitúan las obligaciones que se desprenden directamente de la Carta, integrando una suerte de derecho común regional cuyas características son básicamente las siguientes:

27. En primer lugar, trátase de obligaciones asumidas por cada Estado miembro frente a la comunidad interamericana, representada por sus órganos y frente a todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión. En suma, son obligaciones ‘*erga omnes*’; lo cual puede colegirse del Preámbulo de la Carta de la OEA, en donde los Estados se declaran “seguros de que el sentido genuino de la *solidaridad americana* y de la *buena vecindad* no puede ser otro que el de consolidar en (el) Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los *derechos esenciales del hombre*” (subrayado nuestro).

28. En segundo lugar, estas obligaciones sujetan en su desarrollo a la vida cultural, política y económica de los Estados, por ende, al derecho interno de éstos. En efecto, de acuerdo con los

artículos 16 y 17 de la Carta, "en (su) libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal", y, ejercerá sus propios derechos dentro de los límites que a tal ejercicio imponen el derecho de los otros Estados "conforme al Derecho internacional".

29. Finalmente, constituyen obligaciones-límite. En modo alguno, pueden las obligaciones interamericanas concernientes al respeto y a la garantía de los derechos del hombre, "menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas", como así lo ratifica el artículo 136 de la Carta de la OEA.

30. En el otro nivel se encuentran aquellas obligaciones que a manera de '*lex specialis*' privan sobre el derecho común. Ellas emergen directamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) y de los demás instrumentos concernientes a la protección regional de derechos humanos singulares (v.gr. la Convención para prevenir y sancionar la tortura o el Protocolo sobre la abolición de la pena de muerte), reuniendo junto a las características que identifican a las obligaciones de derecho común estas otras:

31. En primer lugar, poseen una imperatividad o heteronomía relativa, sujeta a un doble régimen temporal que hace posible su mutación posterior en obligaciones sinalagmáticas o autónomas. De acuerdo a lo previsto en el artículo 78 de la Convención, los Estados no pueden denunciar el Pacto de San José antes de precluido un plazo de cinco años contado a partir de la fecha de su entrada en vigor. En todo caso el Estado denunciante no puede desligarse de aquellas obligaciones del Pacto relativas a hechos o violaciones de derechos humanos cuya sucesión hubiese tenido lugar antes del vencimiento del señalado período.

32. En segundo lugar, son obligaciones '*erga omnes*' de efectos triangulares. Las asume cada Estado frente a la comunidad interamericana como un todo; frente a cada uno de los demás Estados Partes de la Convención; y, frente a 'todos' los individuos -nacionales o extranjeros- sujetos a su jurisdicción, como

directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por este instrumento de derecho particular. En este orden, a tenor de lo previsto en los artículos 35 y 41 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) "representa a todos los miembros que integran a la OEA", en su función de promover entre los Estados Partes de la Convención la observancia y la defensa de los derechos humanos por ella proclamados y reconocidos. A su vez, éstos pueden denunciar ante la Comisión, con base en el artículo 45.1 *ejusdem*, las violaciones de derechos humanos en que haya incurrido otro Estado Parte. E, igualmente, "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de (la) Convención por un Estado Parte", como así lo autoriza expresamente su artículo 44.

33. En tercer lugar, trátase de obligaciones objetivas, en tanto en cuanto tienen como propósito la conformación de un orden público comunitario e interamericano, que atiende a la protección de los derechos del individuo, no así a la creación de derechos subjetivos y recíprocos en favor de los Estados.

34. Por último, atendiendo a sus ámbitos de validez personal y material, las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos según la Convención Americana son obligaciones 'standarizadas' y de extensión progresiva. La Convención, ciertamente, amplía su protección y reconoce el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos en favor de "toda persona que esté sujeta a (la) jurisdicción" del Estado Parte, sin que puedan privar discriminaciones de ninguna índole. Esto lo establece aquella en su artículo 1, que a su vez se relaciona con la declaración preambular en donde se dice "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...". De manera tal que, adicionalmente, la interpretación de dichas obligaciones ha de realizarse en términos tales que no desdigan ese propósito de co-

bertura integral y extensiva que anima a la Convención y compromete a sus Estados Partes.

B. *Fundamento de las obligaciones secundarias o de responsabilidad*

35. Ahora bien, las relaciones jurídicas de responsabilidad u obligaciones secundarias que sobrevienen a la violación o incumplimiento por los Estados de las obligaciones primarias que enuncian ora la Carta de la OEA ora la Convención Americana, están sujetas -sin perjuicio de las otras disposiciones específicas que emerjan de tales instrumentos- a los principios generales de responsabilidad del Estado por hecho ilícito; que no son otros que los mencionados *ut supra* como objeto de la codificación que tiene actualmente a su cargo la Comisión de Derecho Internacional. Ello es así, cuando menos, en lo atinente a la imputación o atribución al Estado de acciones u omisiones internacionalmente ilícitas y, de manera general, en lo que hace a la determinación de las consecuencias jurídicas que tales acciones u omisiones aparejan de ordinario.

36. A todo evento, el fundamento de tal responsabilidad según el 'derecho común' y respecto de las relaciones *vis-a-vis* el Estado infractor vs. la comunidad interamericana o los demás Estados miembros del sistema, se inscribe en las previsiones de los artículos 9, 12 y 14 de la Carta de la OEA; que no hacen sino repetir lo que son principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Estos proclaman la igualdad entre los Estados, que significa no otra cosa que son iguales tanto en derechos como en deberes; reconocen, por otra parte, que dichos derechos no pueden ser ejercidos en perjuicio del derecho de los otros Estados, limitándose unos y otros derechos recíprocamente; describen, asimismo, que "el derecho que tiene el Estado de proteger y desarrollar su existencia no lo autoriza a ejecutar actos injustos contra otro Estado"; y, finalmente, aceptan que "el respeto y la fiel observancia de los tratados (*pacta sunt servanda*) constituyen normas para el desarrollo de las relaciones pacíficas entre los Estados".

37. No nos detendremos en el análisis de las consecuencias de los hechos ilícitos relacionados con el respeto de los derechos humanos a tenor de las prescripciones del 'derecho común' regional americano. La Carta de la OEA no avanza más allá de la consagración genérica de obligaciones primarias sobre la observancia y defensa de tales derechos por parte de todos los Estados miembros del sistema. En tal sentido, sobrevenido el incumplimiento de las mismas por acción u omisión atribuible a uno de dichos Estados, el restablecimiento del orden infringido transita ineludiblemente por la aplicación *in extensu* de los principios generales de la responsabilidad acopiados por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.

38. Veremos a continuación, eso sí, el alcance específico de las consecuencias que atribuye el régimen especial de la Convención Americana de Derechos Humanos al incumplimiento o violación de las obligaciones que con ocasión de ésta asumen los Estados Partes, conforme al texto de sus artículos 1.1 y 2.

2. La violación o incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José

39. A juicio de la Corte Interamericana, la previsión del artículo 1.1 de la Convención "es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos (en la misma)... puede ser atribuida a un Estado Parte". Dicho artículo, en efecto, establece a cargo de los Estados Partes una doble obligación: La de «respetar los derechos y libertades reconocidos» y la de «garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a (la) jurisdicción» de éstos.

40. La primera de dichas obligaciones es una típica obligación de no hacer, que se traduce en la existencia de limitaciones al ejercicio del poder público cuando éste pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por exceso o por defecto sus atributos inviolables. "El ejercicio de la función pública -ha dicho la Corte- tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado".

41. La segunda obligación es una obligación de hacer, que se concreta en el deber de los Estados Partes de "organizar... todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público..."; por ende, aquella también significa, por vía complementaria, el deber de los Estados Partes de adoptar las disposiciones legislativas internas o de otro orden que, según lo indica el artículo 2 de la Convención, se requieran para "asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" por sus destinatarios, haciéndolos efectivos. "Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

42. Interpretadas de conjunto las obligaciones que dimanar de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, revelan que los Estados Partes pueden ser responsables por acción u omisión y de manera inmediata o mediata. Por acción u omisión y de manera inmediata son responsables cuando sus órganos o agentes violan los derechos de la persona humana; y, de manera mediata, también son responsables cuando en presencia de atentados a los derechos y libertades de la persona por acción u omisión de particulares, sus órganos o agentes faltan a "la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".

43. Pero, en todo caso, la actuación de los mecanismos internacionales de control, capaces para 'enjuiciar' la responsabilidad internacional del Estado y determinar las consecuencias que éste debe asumir por sus infracciones, tiene lugar cuando el propio Estado omite dar cumplimiento a su deber de «garantía»; en otras palabras, procede la responsabilidad internacional del Estado Parte al no prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos que tienen lugar dentro de su propia jurisdicción.

44. Por ello se dice, con sano juicio, que la responsabilidad internacional opera de manera subsidiaria, una vez agotados los recursos del derecho interno, es decir, en defecto de la actuación directa del Estado cuando éste no hace cumplir o no cumple debidamente con las obligaciones que le impone la Convención. Por ello, la Corte Interamericana ha insistido en que “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables (sean sus propios órganos o funcionarios, o bien particulares), de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.

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

46. Tratándose del deber de investigación del Estado, por ser éste como el deber de prevención una obligación de medio, mal puede decirse que es incumplido “por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una mera formalidad condenada de antemano a ser infructuosa; debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad...”.

3. Mecanismos orgánicos para la solución de controversias y la aplicación de la Convención

47. Dentro del sistema de la Convención compete, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, según lo dispone aquella en su artículo 33.

48. La Comisión tiene como función primaria y genérica “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”, que ejerce, según lo hemos visto, en calidad de órgano de la OEA cuando se trata del control de las obligaciones impuestas por la Carta y por la Declaración a todos los Estados miembros de la Organización. Pero, la Comisión también es órgano de la Convención Americana en todo lo relacionado con las obligaciones de ‘derecho particular’ previstas en ésta y que solo obligan a los Estados Partes.

49. En este último sentido, la Comisión es competente en ejercicio de su autoridad “para actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones” que contengan denuncias y quejas de violación a los derechos humanos por alguno de los Estados Partes, de acuerdo al procedimiento dispuesto en los artículos 44 a 51 de la Convención. Estos, de manera conjunta “disponen la aplicación sucesiva de técnicas propias (de los buenos oficios y de la mediación-conciliación, en tanto que)... medios de solución de controversias internacionales”.

50. El artículo 44, en lo particular, es el que legitima -sin condición ni limitaciones- la actuación directa ante la Comisión Interamericana de “cualquier persona o grupo de personas, o entidad gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización”, en los casos de denuncias o quejas de violación del Pacto de San José. El artículo 45, a su vez, hace referencia a las comunicaciones en que un Estado Parte de la Convención denuncia la violación por otro Estado Parte de los derechos y libertades protegidos en la misma, en cuyo caso ambos Estados tienen que haber aceptado previa y

expresamente la competencia de la Comisión en cuanto al trámite y examen de estas denuncias.

51. Por su parte, la Corte Interamericana, que no es órgano de la OEA sino de la Convención Americana, constituye la «institución judicial autónoma» del sistema. Es competente para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de (la) Convención”, cuando le sea sometido por la Comisión fungiendo de Ministerio Público del sistema o por los propios Estados Partes. A todo evento, la competencia de la Corte solo se extiende a los Estados Partes quienes, teniendo un rol sea activo o pasivo dentro de los procesos, le hayan reconocido incondicionalmente o bajo reciprocidad su competencia obligatoria de pleno derecho y sin convención especial.

4. Consecuencias de la responsabilidad: El artículo 63.1 del Pacto de San José

52. Ahora bien, nada se dice en la Convención sobre las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos de los Estados Partes que conozca y determine, dentro de su instancia, la Comisión Interamericana. Es de suponer que en presencia de violaciones a los derechos y libertades protegidos por la Convención, este órgano regional dada su naturaleza jurídica no hará otra cosa que «inducir» al Estado infractor a que cese en sus conductas internacionalmente ilícitas y repare, en ejercicio de su jurisdicción nacional, los daños causados por su acción u omisión.

53. Dentro de este contexto y en lo atinente a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la Convención Americana, su artículo 63.1 es el único que hace mención expresa de las mismas, justamente con ocasión de las actuaciones a cuyo tenor la Corte Interamericana de Derechos Humanos decida de manera afirmativa acerca de la “violación -por alguno de los Estados Partes- de un derecho o libertad protegidos” por aquella. Su texto reza como sigue:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se ga-

rantice 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 y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

54. La doctrina de los publicistas y la jurisprudencia de la Corte son magras en lo relativo a la interpretación de esta última disposición. Apenas, Gros Espiell la compara con su correspondiente en el artículo 50 del Convenio Europeo y destaca las diferencias entre una y otra para concluir que “no expresan, en realidad, una diversidad u oposición de criterios”; casi como queriendo sugerir que la abundante jurisprudencia de la Corte Europea bien podría llenar el transitorio vacío de enseñanzas regionales en este campo. El texto del artículo 50 del Convenio Europeo dice así:

“Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquiera otra autoridad de una parte contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha parte solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada”.

A. *Reenvío del derecho internacional hacia el derecho interno de los Estados*

55. Gros, al comparar los textos de los artículos 63.1 del Pacto de San José y 50 del Convenio de Roma, acusa una primera distinción importante aun cuando no destaca su inevitable influencia para la determinación de las consecuencias de la responsabilidad: Éste, a diferencia de aquél, reenvía al derecho interno del Estado infractor la reparación de las consecuencias del hecho ilícito y solo en su defecto, una vez demostrado, la Corte Europea concede a la víctima “una satisfacción equitativa”. La Corte Interamericana, refiriéndose al artículo 63.1 del Pacto de San José, ha dicho que “ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la

eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo”.

56. En este orden, a juicio de la propia Corte, la declaratoria de responsabilidad de un Estado por violación de los derechos y libertades del individuo junto a la determinación de las cargas que, por tal razón, debe soportar han de “fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables en la materia”.

B. Efectos de la violación o incumplimiento de la Convención según la jurisprudencia de la Corte Interamericana

57. Los efectos que pueden sobrevenir a la violación de la Convención Americana por sus Estados Partes, hasta ahora han sido mensurados por la doctrina y la jurisprudencia desde un ángulo esencialmente patrimonial. Esto ha sido así porque la práctica de la responsabilidad internacional es tributaria de elaboraciones manifiestamente «iusprivatistas», a pesar de las rectificaciones que viene introduciendo con sus trabajos de codificación la CDI. Pero, lo cierto es que esta influencia ha sido correlativa a la estructura relacional y voluntarista que ha predominado dentro de la comunidad de los Estados.

58. En prueba de esta línea de pensamiento, abundando sobre las consecuencias específicas de la violación del Pacto de San José por sus Estados Partes, la Corte Interamericana cita en su auxilio los célebres casos *Factory at Chorzow* (CPJI, 1927/1928) y *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (CIJ, 1949), para luego doctrinar en forma escueta:

- a) “que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente...”;
- b) que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior (a la violación de la Convención) y la repa-

ración de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”;

- c) y, finalmente, que “...la indemnización, por su parte, constituye la forma más usual” para reparar los daños producidos por la violación de una obligación internacional.

59. Asimismo, dentro de los límites del artículo 63.1 de la Convención, ha observado la Corte que en presencia de un supuesto en donde no sea posible garantizarle a la víctima el goce del derecho que le fue conculcado, como cuando se trata de una violación del derecho a la vida, lo “procedente (es) la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la violación de los derechos especificados”, situándose dentro de tal contexto “el pago de una justa indemnización”.

60. En lo referente al daño moral, también ha sostenido la Corte junto a la doctrina y jurisprudencia internacionales clásicas que “es resarcible...; y que, en los casos de violación de los derechos humanos, su liquidación debe ajustarse a los principios de equidad”. Mas, en uno de los procesos que conoció y ante pedimento expreso de que ordenase medidas a cargo de un Gobierno declarado responsable, “tales como la investigación (interna) de los hechos (denunciados), el castigo de los responsables..., la declaración pública de la reprobación de (la) práctica (violatoria de los derechos humanos), la reivindicación de la memoria de la víctima y otras similares”, la Corte se limitó a observar que “medidas de esta clase formarían parte de la reparación de las consecuencias de la situación violatoria de los derechos o libertades y no de las indemnizaciones, al tenor del artículo 63.1 de la Convención”.

61. Ha agregado la Corte Interamericana, además, siguiendo la jurisprudencia de La Haya, que salvo el deber de investigación y de sanción de los responsables el cual subsiste como obligación primaria del Estado, “la sentencia... constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia” no despreciables.

C. Alcances de la progresividad interpretativa: La agenda futura de la Corte

62. No es del caso profundizar en esta sede acerca de estos primeros avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana. Sería incorrecto afirmar, dado que hasta el presente dicho tribunal apenas ha dictado nueve sentencias de origen contencioso, que sus respectivos pronunciamientos fijan directrices de peso acerca de la interpretación y aplicación del artículo 63.1 de la Convención³. Pero, son muchos los temas cuyo debate está pendiente en lo relativo a la responsabilidad internacional del Estado, sobre todo en este campo de la violación a los derechos humanos, cuyo régimen jurídico por lo demás está sujeto a las exigencias de la progresividad estructural y normativa.

63. Así, en primer lugar, la Corte deberá referirse a los efectos concretos que apareja cada tipo de contravención imputable a los Estados Partes y que sean susceptibles de un reconocimiento jurídico internacional. En segundo lugar, tendrá que definir con mayor precisión conceptual las correspondencias entre las medidas específicas que autoriza el citado artículo 63.1 y la purga de los variados efectos de la acción u omisión ilícitas en que haya incurrido un Estado Parte. En tercer lugar, habrá de pronunciarse sobre los límites materiales y personales de las medidas 'reintegradoras' tanto de la legalidad como de los daños, sean éstos patrimoniales o de índole moral; en modo tal de que se puedan identificar con certeza a los «lesionados», es decir, a los verdaderos titulares ora de los derechos subjetivos tutelados por la Convención ora de los intereses legítimos que cabe reintegrar por expreso mandato judicial.

a) Los efectos plurales del incumplimiento de la Convención

64. Por lo pronto, es de observar que a tenor del Pacto de San José y tras el desconocimiento de alguno de los derechos humanos por él reconocidos, se suceden *prima facie* «daños jurídicos» y, de manera subsidiaria y alternativa o acumulativa, daños personales, daños materiales o económicos y daños morales.

65. Los daños jurídicos atienen tanto a la violación objetiva de uno de los derechos individuales que tutela la Convención, cuyo sujeto pasivo es directamente la víctima, cuanto al incumplimiento del compromiso genérico asumido por cada Estado Parte frente a los demás Estados Partes de garantizar y respetar en su jurisdicción los derechos y libertades de las personas -nacionales o extranjeros- que se encuentren sujetas a su autoridad. El daño personal puede concretarse en la disminución que sufre directamente la persona humana, en tanto que expresión física y ontológica, por virtud de la violación de alguno de sus derechos y libertades inmanentes, v.gr. cuando la víctima a consecuencia de torturas ha perdido alguno de sus atributos anatómicos.

66. El daño material o económico, por su parte, se refiere a la pérdida o aminoramiento patrimonial de la víctima o de sus familiares, e incluso de terceros quienes por causa de la acción u omisión ilícita del Estado hayan visto afectadas las prestaciones ciertas, continuas y necesarias que recibía de la primera. El daño moral, finalmente, cristaliza en la aflicción psicológica y en el dolor íntimo de la víctima o de sus familiares o en la pérdida de su imagen, prestigio o reputación frente a terceros, con ocasión y una vez le han sido vulnerados sus derechos y libertades.

b) Formas o medidas plurales de restablecimiento

67. Ahora bien, en la suma arbitraria de todos estos daños o «efectos» que pueden colegirse de la violación del Pacto de San José, uno de los temas o problemas más complejos es el de la valoración patrimonial de los derechos de la persona humana. Los derechos humanos de suyo expresan «derechos morales», exigencias éticas traducidas en normas objetivas, cuya vulneración produce directamente daños de orden jurídico y de orden personal, y subsidiariamente daños materiales o morales. Bustamante Alsina ha dicho, a todo evento, que “los derechos de la personalidad son bienes jurídicos y aunque no son susceptibles de valoración económica, o sea que son bienes extrapatrimoniales, su violación llega a tener significación pecuniaria

porque pueden causar daño patrimonial indirecto (léase, complementario)".

68. A todo evento, según hemos observado, la Convención Americana tiene por objeto primario el respeto y la garantía de los derechos y libertades reconocidos en ella, por parte de los Estados que la han ratificado; en consecuencia, el régimen de responsabilidad por el incumplimiento o violación de tales derechos mal podría quedar restringido a la reparación pecuniaria de esos denominados daños patrimoniales y morales complementarios. De allí que, la jurista Lattanzi, a propósito de las garantías de los derechos del hombre se permita observar que "la responsabilidad reparatoria consiste, en efecto, en la obligación de reparar no ya el daño sino el *torto* (entuerto, culpa) sufrido por el sujeto leso, entendiéndose por *torto* la lesión del interés jurídico tutelado".

69. En este sentido, al discernir acerca de las formas clásicas de reparación establecidas por el derecho internacional (*restitutio in integrum*, reparación de las consecuencias de la infracción, pago de una indemnización compensatoria), la Corte Interamericana tendrá que puntualizar la importancia y los efectos del denominado «cumplimiento específico» de la obligación primaria como derivación de una declaratoria de responsabilidad estatal; pero también deberá definir si al margen de los daños económicos o materiales soportados por la víctima caben medidas de otro orden, pecuniarias y no pecuniarias, cuyo fin sea intimar y prevenir al Estado responsable en cuanto a la reiteración futura de sus ilícitos internacionales.

70. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de la protección que brinda la Convención Americana no puede olvidarse que los Estados Partes han asumido obligaciones de resultado y obligaciones de comportamiento, y parecería lógico advertir que en los supuestos de violación no puede operar una discrecional y automática sustitución de las obligaciones primarias por otras secundarias, como las que se refieren a las reparaciones *stricto sensu* sean o no de carácter pecuniario, incluyan o no fórmulas aflictivas.

a') *La reparación directa, perfecta o específica de los daños*

71. La doctrina europea ha señalado que la primera forma de responsabilidad reparatoria consiste en la reparación específica, es decir, en la *perpetuatio obligationis* o cumplimiento específico de la obligación primaria contraída, si se trata de una obligación de no hacer, a cuyo efecto deberá anularse enteramente los obstáculos (jurídicos y fácticos) que dieron pie a la ilicitud y los perjuicios ocasionados por la misma.

72. En lo relativo a la otra modalidad de reparación perfecta, es decir, la *restitutio in integrum*, consistente en el regreso de la víctima hacia la situación material y jurídica en que se encontraba previo a la acción u omisión ilícitas, no cabe duda que esta medida -aun determinada con sujeción a la Convención y a los principios del derecho internacional- ha de realizarse en el derecho interno del Estado responsable. En tal caso, la mera reposición de hecho no debería ofrecer mayores inconvenientes salvo que medien obstáculos jurídicos, pues de ser materialmente imposible o limitada su ejecución porque se trate de violaciones instantáneas o consolidadas (v.gr. derecho a la vida y a la integridad personal) procederían por vía sustitutiva o complementaria las otras reparaciones imperfectas o por equivalente, como por ejemplo las justas indemnizaciones.

73. La reposición o restitución jurídica ameritará de un cuidadoso estudio por la Corte Interamericana, dado que en la tradición de la responsabilidad por hecho ilícito del Estado se ha aceptado como excepción a la *restitutio in integrum* la contrariedad del derecho interno. El ejemplo de esta práctica se refleja claramente en el texto del Acta General de Ginebra sobre Solución Pacífica de las Controversias (1928):

"Si una sentencia judicial o arbitral declara que una decisión tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o por cualquier otra autoridad de una de las partes en litigio se encuentra entera o parcialmente en oposición al derecho internacional, y si el derecho constitucional de la referida parte no permite o no permite sino imperfectamente eliminar las consecuencias de esta decisión o de esta medida, las partes con-

vienen en que deberá ser concedida por la sentencia judicial o arbitral, a la parte lesa, una satisfacción equitativa”.

74. Las medidas restitutorias en cuestión podrían contemplar, en hipótesis, que el Estado responsable modifique un acto legislativo o deje sin efecto una decisión judicial interna con autoridad de cosa juzgada, por considerarse ello necesario a la restitución de los derechos o libertades de la víctima consagrados en la Convención. Ahora bien, en esta materia la jurisprudencia de la Corte Europea apenas se ha limitado a constatar, a partir de violaciones particulares, la oposición entre una legislación vigente y la respectiva norma del Convenio de Roma. En no pocos casos los propios Estados han proveído voluntariamente las modificaciones de actos administrativos o de la legislación declaradas inadecuadas, en modo de salvaguardar los derechos humanos protegidos por ésta.

75. Sea cual fuere la apreciación final de la jurisprudencia interamericana en este último campo y dadas las limitaciones estructurales que aun advierte el régimen internacional, cabría preguntarse si la *restitutio in integrum* puede admitir como excepción supuestos en donde se hayan violado derechos esenciales de la persona humana. En otras palabras, podría un Estado declarado responsable obviar la restitución y proceder a la reparación sustitutiva o a la indemnización, apoyado en su derecho interno, cuando éste contraría normas internacionales de *ius cogens*? La tendencia que se abre paso con mayor fuerza responde el interrogante negativamente, como así lo constata la propia Lattanzi.

76. La opinión del Profesor Decaus es en este sentido mucho más estricta, pues asevera que la *restitutio in integrum* -que debe operar tomando en cuenta solo la naturaleza del daño y la situación que de él se desprende, en modo de preservar el principio de proporcionalidad entre el daño y la reparación- no puede obviarse por el Estado mediante «l’invocation des obstacles nationaux». Argumenta, además, que de ello admitirse no solo se pondría en peligro toda idea de responsabilidad internacional junto al cumplimiento de las así denominadas «obli-

gaciones secundarias» de reparación sino que también se afectarían las obligaciones internacionales de carácter primario.

b') *La reparación indirecta o imperfecta y/o complementaria*

75. En cuanto a las formas de reparación indirecta o imperfecta, como vías alternativas o acumulativas a la cesación de ilicitud y/o de restitución *in natura*, ellas caben en sus muy variadas e inagotables expresiones (pago equivalente a la restitución *in natura* cuando ésta no es material y jurídicamente posible; medidas solicitando la identificación y sanción de los agentes de violación; petición pública de excusas; sentencia declarativa de la responsabilidad del Estado; pago de una suma simbólica de dinero a título de satisfacción o como instrumento preventivo o de garantía; indemnización pecuniaria de los daños morales y/o de las pérdidas materiales no cubiertas por la restitución *in natura* o por equivalente; etc.) dentro del generoso texto del artículo 63.1 de la Convención.

76. En efecto, una vez declarada la responsabilidad del Estado Parte y en defecto o por insuficiencia de las formas de reparación específica la Corte puede disponer "asimismo, 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".

77. A todo evento, lo importante para una interpretación adecuada de las reglas de responsabilidad o reintegradoras de la Convención Americana es tener presente en todo momento la naturaleza y la complejidad de las distintas obligaciones asumidas por los Estados Partes y la diversidad de efectos que éstas producen por tratarse, justamente, de obligaciones sobre derechos humanos. Solo así será posible construir en el futuro una jurisprudencia que guiada por la idea de «progresividad» estructural y normativa auspicie un régimen eficaz de «formas o medidas abiertas», que sean aptas para la total reintegración del orden vulnerado y en donde la lógica compensatoria no desfigure el contenido original, objeto y fin de las obligaciones del Pacto de San José.

78. Pero, más allá de estos aspectos complejos y sustantivos, conviene tener presente que la práctica diplomática y la actividad de los órganos arbitrales y judiciales internacionales, incluida la propia Corte de La Haya, es abundante y nada direccional, aun cuando la doctrina y los esfuerzos de codificación sobre la responsabilidad internacional del Estado parezcan indicar lo contrario.

79. Existe, en efecto, una gama ilimitada de opciones complementarias de reparación alternativa o por equivalente que van desde las propiamente compensatorias hasta otras de carácter afflictivo, pecuniarias y no pecuniarias, que no excluyen fórmulas embrionarias de control de legalidad y que alcanzan a las más variadas consecuencias de los hechos ilícitos de los Estados. Su traslación al régimen de responsabilidad previsto en la Convención Americana ha de ser paulatino y prudente, pero lo cierto es que este proceso traslativo no encontrará otros límites que los extranormativos, derivados de la estructura internacional dominante para el momento en que se declare como cierta la responsabilidad de un Estado Parte. El artículo 63.1 felizmente acusa una construcción normativa suficientemente amplia como para dar cabida a todo intento de progresividad jurisprudencial.

c') Régimen de las indemnizaciones pecuniarias

80. Un último comentario, esta vez referido a las «indemnizaciones pecuniarias» de los daños materiales y morales a que se refiere la parte final del artículo 63.1 de la Convención Americana. Hasta el presente, la Corte no ha analizado en detalle los principios que deben orientar a las susodichas indemnizaciones. Queda a salvo su indicación de que los daños y perjuicios, materialmente resarcibles comprenden el daño emergente y al lucro cesante; y que, además, en lo relativo a la liquidación de éstos es posible aplicar, según el caso, los criterios de «mayor beneficio» que confiera la legislación del Estado responsable a sus nacionales y el de la «indexación» o «conservación del valor real de la suma estipulada», cuando los pagos de la indem-

nización deban ser cubiertos en cuotas y plazos relativamente largos.

81. La doctrina, en particular Piza Rocafort, observa que el «principio de equivalencia» entre la reparación y el perjuicio vale hasta ahora tanto para el derecho internacional como para el derecho interno de los Estados. Mas, refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte Europea, dice el autor que aquella “ha tendido más a reconocer satisfacciones «representativas», (en una) visión tímida del concepto de satisfacciones equitativas” previsto por el artículo 50 del Convenio de Roma. El artículo 63.1 de la Convención Americana, sin embargo, habla de una “justa indemnización”, por lo que cabría pensar que en su interpretación no debería hacerse espacio a la citada desviación jurisprudencial.

82. Tratándose de los daños morales y de su indemnización pecuniaria, cosa diferente a las «satisfacciones» que pueden representar v.gr. las excusas, el reconocimiento o la declaratoria de responsabilidad del Estado, el «principio de equidad» citado por Mazeaud y el mismo Piza Rocafort, pero que también recoge dentro de la legislación interna de los Estados el Código Civil Mejicano de 1916, parece ser el adecuado dado lo difícil de cuantificar por equivalencia su valor patrimonial.

83. Por otra parte, tampoco podrían estimarse tales indemnizaciones por vía de “forfait” o de globalización, dado que su estimación puede derivar en la figura de los «punitives damages», cuya función reparatoria es autónoma dentro de la amplia gama de las reparaciones sustitutivas o complementarias del cumplimiento específico por el Estado responsable. De igual modo, no parecería lógico aplicar, por vía de ejemplo, la tesis de la legislación mexicana mencionada *ut supra* y a cuyo tenor las indemnizaciones por daños morales no deben exceder de una tercera parte del importe de las indemnizaciones de los daños materiales. Según lo anota Peirano Facio, dicha relación con el daño civil o patrimonial le resta autonomía al concepto mismo de daño moral resarcible.

84. El concepto de indemnización equitativa aplicable al daño moral es, a todo evento, compatible con la idea de "justa indemnización" acogida textualmente por el artículo 63.1 de la Convención Americana. Ello, por razón de que la equidad (*fairness*) "es la idea fundamental en el concepto de la justicia" y hace referencia a la noción según la cual, dentro de toda relación jurídica, "ninguna de las partes (ha de sentir) que la otra está sacando ventajas o forzándole a ceder ante pretensiones que no considera legítimas". En tal sentido, por virtud de la equidad y parafraseando a De Casso y Romero, corresponderá a la Corte investigar y estimar el daño, mediante una prudente y acomodaticia consideración del caso *subjudice* y ponderando sus ventajas e inconvenientes así como los valores y pretensiones comprometidos en el mismo.

Bibliografía

Ago, Roberto. *Scritti sulla responsabilità internazionale degli stati*. Università di Camerino/Jovene Editore. Camerino, 1979/1986. I, II-1 y II-2.

Aguiar A., Asdrúbal. *La protección internacional de los derechos del hombre*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 1987.

Bassiooûni, M. Cherif. *Derecho penal internacional (Proyecto de Código penal internacional)*. Tecnos. Madrid, 1984.

Bedjaoui, Mohammed (Rédacteur général). *Droit international: Bilan et perspectives*. Pedone. Paris, 1991. Tome 1.

Benadaba, Sanntiago. *Derecho internacional público*. Editorial jurídica de Chile. Santiago, 1989.

Berger, Vincent y Louis-Edmond Pettiti. *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Sirey. París, 1989.

Blanc Altemir, Antonio. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Bosch, Barcelona, 1990.

Bollecker-Stern, Brigitte. *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*. Pedone. Paris, 1973.

Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989.

. El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio. ED 124, pp. 646-658. s/e. s/f.

Buerghental, Thomas et al. Manual internacional de derechos humanos. IIDH/Editorial jurídica venezolana. Caracas-San José, 1990.

Calvo, Charles. Le droit international: Théorique et pratique. Guillaumin/Pedone. Paris, 1880. Tome premier.

Carlebach, Alexandre. Le probleme de la faute et sa place dans la norme du droit international. LGDJ. París, 1962.

Carreau, Dominique. Droit international. Pedone, 1986.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio. El derecho internacional en un mundo en cambio. Tecnos. Madrid, 1984.

. Curso de derecho internacional público. Tecnos. Madrid, 1991.

. El derecho internacional en perspectiva histórica. Tecnos. Madrid, 1991.

Casadio, Franco. Il sistema delle relazioni internazionali. Cedam. Padova, 1991.

Casanovas y La Rosa, Oriol. Casos y textos de derecho internacional público. Tecnos. Madrid, 1987.

Casso y Romero, Ignacio y Francisco Cervera y J.A. Diccionario de derecho privado. Tomos 1 y 2. Editorial Labor S.A., Barcelona, 1950.

Cazeneuve, Jean (Directeur). Histoire des dieux, des sociétés et des hommes. Hachette. Poitiers, 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C: Resoluciones y sentencias, Nros. 1 a 10. San José de Costa Rica, 1987/1990.

Cosentini, Francesco. Code international de la paix et de la guerre. Marchal & Billard. Paris, 1937.

De Orúe, José Ramon. Manual de derecho internacional público. Reus. Madrid, 1934.

Dromi, José Roberto. Derecho subjetivo y responsabilidad pública. Temis. Bogotá, 1980.

Dupuy, Pierre-Marie. La responsabilité internationale des états pour les dommages d'origine technologique et industrielle. Pedone. París, 1976.

Eisemann, Pierre Michel et al. *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. Pedone. Paris, 1984.

Eyzaguirre, Jaimen. *Historia del derecho*. Editorial Universitaria. Santiago de Chile, 1991.

Ferreira de Mello, Rubens (Comp.). *Textos de direito internacional e de história diplomática*. Editor A. Coelho Branco F. Rio, 1950.

Field, Dudley. *Projet d'un code international*. Pedone-Lauriel. Paris, 1881.

Fiore, Pascual. *El derecho internacional codificado*. Hijos de Reus. Madrid, 1901.

Forlati Picchio, M. Laura. *La sanzione nel diritto internazionale*. Cedam. Padova, 1974.

García-Amador, F.V. *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad: Análisis crítico de la concepción tradicional*. Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1963.

, Louis B. Sohn y R.R. Baxter. *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Sijthoff. Leiden, 1974.

(Compilador). *Sistema interamericano a través de tratados, convenciones y otros documentos*. Organización de los Estados Americanos. Washington, 1981.

. *The Changing Law of International claims (Vols. I-II)*. Oceana Publications, Inc. New York, 1984.

García de Enterría, Eduardo (Coordinador), Enrique Linde et al. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Civitas. Madrid, 1983.

Gayo. *Instituciones*. Civitas. Madrid, 1985.

Giuliano, Mario et al. *Diritto internazionale*. Giuffré. Milano, 1983. I.

González Campos, Julio D. et al. *Curso de derecho internacional público*. Universidad de Oviedo. Oviedo, 1983. Vol. I.

, et al. *Materiales de prácticas de derecho internacional público*. Tecnos. Madrid, 1987.

Grocio, Hugo. *Del derecho de la guerra y de la Paz*. Editorial Reus, 1925. Tomo III.

Gros Espiell, Héctor. La convención americana y la convención europea de derechos humanos: Análisis comparativo. Editorial jurídica de Chile. Santiago, 1991.

Gutiérrez Espada, Cesáreo y Alfonso-Luis Calvo Caravaca. Textos de derecho internacional público. Tecnos. Madrid, 1986.

Heffter, A.G. Derecho internacional público de Europa. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1875.

Iovane, Massimo. La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale. Giuffré. Milano, 1990.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo. El derecho internacional contemporáneo. Tecnos. Madrid, 1980.

Jiménez Piernas, Carlos (Editor). La responsabilidad internacional: Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado (XXIII Jornadas, 1989). Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Alicante, 1990.

Kelsen, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Imprenta Universitaria. México, 1958.

. Principios de derecho internacional público. El Ateneo. Buenos Aires, 1965.

. Derecho y paz en las relaciones internacionales. Fondo de Cultura Económica. México, 1986.

Latanzi, Flavia. Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale. Giuffré Editore. Milano, 1983.

Leguina Villa, Jesús. La responsabilidad civil de la administración pública. Tecnos. Madrid, 1983.

Leu, Hans-Joachim. Introducción al derecho internacional penal. Ministerio de Relaciones Exteriores. Caracas, 1982.

. La estructura internacional. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1988.

Maresca, Adolfo. Il diritto dei trattati (La convenzione codificatrice di Viena del 23 maggio 1969). Giuffré Editore. Milano, 1971.

. Dizionario giuridico diplomatico. Giuffré Editore. Milano, 1991.

Marín López, Antonio. "Aspectos actuales de la responsabilidad internacional". En: Estudios de derecho internacional

(homenaje al Profesor Miaja de la Muela). Tecnos. Madrid, 1979. II.

Maynz, Carlos. Curso de derecho romano. Jaime Molinas, Editor. Valencia, 1892. Tomo II.

Mommsen, Teodoro. Derecho público romano, La España Moderna. Madrid, 1894.

Monaco, Riccardo. Diritto internazionale pubblico. Utet. Torino, 1985.

Montes, Angel Cristóbal. El incumplimiento de las obligaciones. Tecnos. Madrid, 1989.

Nascimbene, Bruno. Il trattamento dello straniero del diritto internazionale ed europeo. Griuffré. Milano, 1984.

Nieto Navia, Rafael. Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos. IIDH/Pontificia Universidad Gregoriana. Bogotá, 1988.

Nikken, Pedro. La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo. IIDH/Civitas. Madrid, 1987.

(Compilación y estudio preliminar). Código de derechos humanos. Editorial jurídica venezolana. Caracas, 1991.

Oliveros, Martha N. El terrorismo y la responsabilidad internacional del Estado. Depalma. Buenos Aires, 1988.

Organización de las Naciones Unidas. Informes anuales de la Comisión de Derecho internacional a la Asamblea General. New York.

(Comisión de Derecho Internacional). Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Ginebra, 1985 (Doc. St/Leg/15 y Corr.1). Pastor Ruidrejo, José Antonio. Curso de derecho internacional público. Tecnos. Madrid, 1986.

Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Editorial Temis. Bogotá, 1979.

Picone, Paolo y Benedetto Conforti. La giurisprudenza italiana de diritto internazionale pubblico. Jovene Editore. Napoli, 1988.

Pisillo Mazzeschi, Riccardo. "Due diligence" e responsabilità internazionale degli stati. Giuffré. Milano, 1989.

Piza Rocafort, Rodolfo. Responsabilidad del Estado y derechos humanos. Universidad Autónoma de Centroamérica. San José, 1988.

Puente Ejido, J. La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1962.

Pueyo Losa, Jorge. Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional. En: Cursos de derecho internacional de Victoria-Gasteiz, 1988, pp. 45-147. Universidad del País Vasco. Vizcaya, 1990.

Puig, Juan Carlos. Derecho de la comunidad internacional, vol. I. Depalma. Buenos Aires, 1975.

. Derecho de la comunidad internacional, vol. II. Caracas, 1984 (Inédita).

Queneudec, Jean-Pierre. la responsabilité internationale de l'état pour les fautes personnelles de ses agens. LGDJ. París, 1966.

Quoc-Dinh, Nguyen et al. Droit international public. LGDG. Paris, 1987.

Rawls, John. Justicia como equidad: Materiales para una teoría de la justicia. Tecnos. Madrid, 1986.

Rodríguez Carrión, Alejandro. Lecciones de derecho internacional público. Tecnos. Madrid, 1990.

Rosenne, Shabtai (Editor y Compilador). The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility (Part 1, Articles 1-35). Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht, 1991.

Rousseau, Charles. Droit international public. Sirey. Paris, 1983. Tome V.

Ruiloba Santana, Eloy. Consideraciones sobre el concepto y elementos del acto ilícito en derecho internacional. En: Symbolae García Arias (Estudios de derecho internacional). Temis, Revista de ciencia y técnica jurídicas. Universidad de Zaragoza, 1973-74. Nos. 33-36.

Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio. Derecho internacional público. Carasa y Cía. La Habana, 1936. Tomo III.

Stadmüller, Georg. Historia del derecho internacional público. Aguilar. Madrid, 1961. Parte I.

Société Française pour le droit international. La responsabilité dans le système international (Colloque du Mans). Pedone, 1990.

Tomberg, Valentín. La problemática del derecho internacional a través de la historia. Bosch. Barcelona, 1961.

Turner, Ralph. Las grandes culturas de la humanidad. Fondo de Cultura Económica. México, 1974. I y II.

Verdross, Alfred. Derecho internacional público. Aguilar. Madrid, 1964.

Referencias

- 1 Este capítulo hace parte de un estudio más amplio del autor acerca de "*La responsabilidad por delitos y crímenes internacionales*". Dado el propósito divulgativo de la presente publicación se omiten las citas de pie de página, si bien los textos correspondientes a otros autores o la jurisprudencia internacional comentada permanecen entre comillas o identificados genéricamente. Se acompaña, a todo evento, la bibliografía que sirvió de fuente para su preparación.
- 2 Suscrita el 22/11/69, la Convención Americana entró en vigor el 18/7/78, conforme a lo estipulado en su artículo 74.2. Su texto cuenta en la actualidad con dos protocolos, a saber, el Protocolo de San Salvador sobre los derechos económicos, sociales y culturales, suscrito el 17/11/88 y pendiente de sus ratificaciones; y, el Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte, suscrito el 8/6/90 y en vigor desde el 28/8/91.
- 3 En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado hasta la fecha en los asuntos *Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica* (1981); *Velázquez Rodríguez vs. Honduras* (1988, 1989 y 1990); *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989, 1989 y 1990); *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras* (1989); y, *Víctimas de Cayara vs. Perú* (1993). Se encuentran en curso los casos *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*; *Gangaram Panday vs. Suriname*; *Neira Alegría y otros vs. Perú*; y, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*.

EL RÉGIMEN HEMISFÉRICO SOBRE SITUACIONES DE EMERGENCIA

Claudio Grossman

I. Introducción

Uno de los temas más importantes en la protección internacional de los derechos humanos es el referente al régimen legal aplicable en el caso de situaciones de emergencia. El derecho internacional permite a los Estados adoptar medidas extraordinarias que limiten el goce de ciertos derechos humanos en aquellos casos en que la continuidad de la vida civilizada de la nación se encuentra en peligro real o inminente, como una guerra o una conmoción exterior.

En tales casos, la autoridad válidamente constituida puede, y siempre que sea adecuado a las exigencias de la situación, restringir el goce del conjunto de derechos que deben ser respetados en tiempos de paz. Aunque en teoría es posible justificar restricciones de derechos en el caso en que la vida de una nación se encuentre amenazada, desafortunadamente la práctica muestra que la existencia de una emergencia es a menudo

sólo un pretexto para negar arbitrariamente el goce de la plenitud de los derechos civiles y políticos.

En la inmensa mayoría de los casos, la existencia de situaciones de emergencia va acompañada de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.¹ En segundo término, el ejercicio del gobierno con poderes de emergencia acostumbra a las élites políticas a gobernar sin el reconocimiento de los derechos de la población, y por ende, del libre juego político de consensos y compromisos que produce normalmente el reconocimiento de las libertades públicas. En ese escenario se genera también, como resultado de violaciones masivas, una situación de polarización del sistema político, con poblaciones aterrorizadas y resentidas.

En numerosas oportunidades las normas de derecho interno han sido incapaces de proteger a la población frente a las violaciones que generalmente se llevan a cabo en situaciones de emergencia. De ahí la importancia de normas internacionales que permitan que la comunidad internacional actúe en el caso de que se presente tal tipo de situaciones.

El propósito de este artículo es analizar el régimen hemisférico aplicable a situaciones de emergencia. Con tal objeto se hará referencia, en primer término, a los requisitos necesarios para declarar situaciones de emergencia. En segundo lugar, se tratarán los derechos que los estados de emergencia afectan y las condiciones requeridas para poder restringir el goce de derechos que pueden ser limitados.

Por último, se efectuarán reflexiones sobre la efectividad del enfoque internacional para proteger los derechos humanos en el caso de situaciones de emergencia.

II. Requisitos necesarios para declarar estados de emergencia

En el hemisferio, el texto legal válido que regula el régimen de situaciones de emergencia es, en primer término, la Con-

ención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, en 1969.

Para los países de las Américas que no han ratificado la Convención Americana, el texto aplicable es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Si bien la Declaración Americana no contiene una disposición específica sobre emergencias, generalmente se ha aceptado que las disposiciones de la Convención Americana se aplican para suplementarla. En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que la Convención tiene el valor de "doctrina aplicable" en el hemisferio en el caso de silencio de la Declaración.

Asimismo, es importante señalar que en lo relativo a situaciones de emergencia se han desarrollado normas consuetudinarias universalmente aplicables. Tanto la Convención Europea como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen normas sobre emergencias relativamente similares, lo que crea un verdadero régimen universal.

El artículo 27 de la Convención Americana establece expresamente que:

"En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspenda las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañan discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, u origen social".

De acuerdo con lo estipulado por el artículo 27, se pueden identificar los siguientes requisitos para la declaración y manutención de situaciones de emergencia.²

1. Sujeto
2. Objeto
3. Causa

4. Formalidad y

5. Conducta

1. **SUJETO.** El sujeto es la autoridad con la capacidad legal para declarar una situación de emergencia.

La Convención Americana en su artículo 27 se refiere en términos genéricos al "Estado Parte". Aunque la Convención Americana no señale específicamente quién puede declarar la situación de emergencia a nombre del Estado Parte, aplicando las normas del derecho internacional clásico, se puede concluir que en general tienen capacidad de representar al Estado Parte las autoridades que válidamente pueden generar la responsabilidad internacional del Estado. Desde este punto de vista, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo y el Poder Judicial pueden tener la responsabilidad de la declaración de una situación de emergencia.

El derecho internacional no prescribe específicamente qué autoridad nacional puede declarar una emergencia. Esto es una cuestión dejada al derecho interno de cada país. Con todo, para asegurar una mayor protección de los derechos humanos, el Poder Legislativo debe desempeñar un rol importante en la declaración de emergencia, ya sea efectuándola directamente o validando una declaración del Poder Ejecutivo. El fundamento teórico de otorgar poderes al Legislativo se basa en el principio de que quienes representan a la población adoptando las leyes, deben tener también la facultad de suspenderlas. El carácter de cuerpo colegiado del Poder Legislativo da más seguridad que en dicho poder se ventilarán las opiniones de todos los puntos de vista representativos de un país. A esto se agrega el carácter público de sus debates, lo que garantiza el acceso de la población a los motivos invocados para la declaración de una emergencia.³

El Poder Judicial no es en general competente para declarar una situación de emergencia, en función del principio de la separación de poderes. Sin embargo, al Poder Judicial le corresponde también, de acuerdo con dicho principio y en distinto grado, la facultad de supervisar que se ha cumplido con las

condiciones legales para tal declaración y/o que la declaración se implementa válidamente.

Otorgar facultades exclusivas al Poder Ejecutivo plantearía el grave problema de que tal capacidad en caso de emergencias tienda a estimular fenómenos de concentración de poder sin balances y contrapesos, con consecuencias negativas en lo referente a la protección de derechos humanos. El Poder Ejecutivo puede, sin embargo, desempeñar un papel en el caso de imposibilidad fáctica de que se reúna el Poder Legislativo.⁴

2. El OBJETO de la situación de excepción es aquello que la declaración misma afecta. En virtud de la Convención Americana, lo que se afecta, en primer término, es la obligación del respeto pleno de los derechos humanos que deben ser aplicados en tiempos de paz. La Convención Americana incluye un listado exhaustivo de derechos que deben ser respetados.

3. La CAUSA de la declaración es el motivo que da origen a la declaración de un estado de emergencia. El artículo 27 de la Convención Americana se refiere a la existencia de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad de un Estado Parte como motivo legítimo para la declaración de una situación de excepción. De ello se infieren una serie de condiciones de carácter "concurrente" que deben presentarse a fin de revestir de legitimidad el motivo de la declaración.

a. La primera condición para declarar una situación de emergencia se refiere a la existencia de un hecho real o inminente. En este sentido el artículo 27 de la Convención establece que es necesario que el Estado enfrente una situación de guerra, peligro público u otra emergencia de similar naturaleza. Se trata de elementos objetivos, descartándose la posibilidad de recurrir a la declaración de un estado de emergencia por motivos simplemente preventivos. Tal sería el caso de la existencia de peligros potenciales, latentes o que revistan un carácter meramente especulativo. Es por ello que la Secretaría de la CIDH en su "Estudio Preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos" calificó co-

mo "estados de sitio ficticios" aquellos en que los hechos alegados que justifican la declaración del estado de sitio no han ocurrido.

En la práctica, la CIDH ha reiterado en numerosas oportunidades que para que la declaración de un estado de emergencia sea legítima el motivo debe ser real.

En este sentido, en su Informe Anual de 1980-1981 y con referencia a los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Grenada, el Salvador, Haití, Nicaragua, Paraguay y Uruguay, la Comisión señaló que:

Sin embargo, en la práctica, muchas veces, estos estados de emergencia han sido dictados "sin que las circunstancias lo justifiquen", como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción queda en evidencia cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por otra, establecen estas medidas de excepción, las que sólo pueden encontrar justificación frente a "amenazas reales" al orden público o a la seguridad del Estado.⁵

b. La segunda condición es que la emergencia debe revestir un carácter de "extraordinaria gravedad". La Convención requiere que tal gravedad debe amenazar la "independencia o seguridad del Estado Parte". Por lo tanto, si el estado de guerra o de peligro público que enfrenta un Estado no conlleva una amenaza a su independencia o su seguridad, no es posible recurrir a una situación de excepción puesto que es posible dar solución a tal amenaza con el ejercicio de los poderes normales del Estado.

En el ya mencionado "Estudio Preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos" se concluyó que "detrás de la fachada de velar por la seguridad del Estado", en la mayor parte de los casos se había incurrido en excesos indescriptibles. En efecto, con demasiada frecuencia se recurre a una declaración de un estado de emergencia con el fin de justificar derogaciones de derechos humanos e imponiendo políticas gubernamentales normalmente minoritarias mediante métodos represivos o militares.

En el anteproyecto de Convención preparado por la CIDH se puso de relieve el carácter grave y extraordinario de los motivos que podrían justificar una situación de excepción, en marcada diferencia con los anteproyectos de Uruguay, Chile y el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en los que se confiaba al derecho interno de cada Estado el identificar los elementos necesarios que debían estar presentes para configurar un estado de emergencia. La adopción de esta última posición habría relativizado la importancia del valor del requisito de gravedad, al dejarlo condicionado a las exigencias del derecho interno. En la Conferencia de San José prevaleció la posición de la Comisión.

A fin de comprender cabalmente la magnitud que debe revestir el requisito de gravedad para declarar legítimamente un estado de emergencia, cabe destacar que la Convención, en un gran número de artículos referidos a las libertades públicas, establece la posibilidad de aplicar restricciones con el objeto de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública, o los derechos y las libertades de los demás. Este es el caso de los artículos 12 (libertad de conciencia y religión), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación) y 22 (derecho de circulación y residencia). Si la seguridad es una de las causas que permiten la restricción de las libertades anteriormente mencionadas, el peligro a la seguridad requerido en la declaración de un estado de excepción debe ser de extrema gravedad y de mucha mayor envergadura que en el caso de las restricciones establecidas en los artículos anteriormente mencionados de la Convención.

Por último, debe señalarse que el requisito de gravedad extraordinaria otorga a la situación de emergencia un "carácter estrictamente subsidiario": es posible recurrir a ella sólo ante el fracaso de los poderes que normalmente tiene un Estado para desempeñar sus funciones.

c. La tercera condición necesaria de la causa válida para declarar un estado de excepción es que la emergencia afecte la existencia de la comunidad en su conjunto. En este sentido, la

Comisión Interamericana ha señalado que el evento que precede la declaración de la emergencia debe ser de excepcional seriedad y por lo tanto constituir una "amenaza a la vida organizada del Estado". Es oportuno hacer dos salvedades: primero, se debe tratar de una amenaza al Estado y no al gobierno del Estado. En segundo término es necesario tener en cuenta otros artículos de la Convención que deben aplicarse simultáneamente con el artículo 27. El artículo 1 de la Convención por ejemplo, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna con motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 2 de la Convención establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en los Estados Partes que permitan el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 si éstos no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

El artículo 23 se refiere a los derechos políticos e incluye el goce del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, de votar y ser elegido, y de tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas del país.

Finalmente, el artículo 29 sobre normas de interpretación establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella, o limitarlos en mayor medida que la autorizada en ella o en las leyes de los Estados Partes o en violación de otra Convención. Además, está también prohibido desconocer los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, o excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y De-

beres del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

4. FORMALIDADES. La Convención exige que la declaración de una situación de emergencia y las medidas que ésta estipula deben cumplir con requisitos de carácter formal. Los Estados Partes de la Convención deben ser informados de la declaración de un estado de emergencia por intermedio del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

A fin de que esta comunicación sea válida, el Estado que declara la emergencia debe a su vez cumplir en su comunicación a los otros Estados con ciertas condiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 27 de la Convención. En primer término, debe hacer referencia a las disposiciones cuya aplicación haya sido suspendidas; en segundo lugar, a los motivos que han originado la suspensión y, por último, a la fecha en que se haya dado por concluida tal suspensión. El cumplimiento de estas formalidades debe ser evaluado teniendo presente la finalidad de las mismas, es decir, el permitir a los Estados Partes controlar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención. Es por ello que la información presentada debe ser lo más completa posible, para que los Estados puedan concluir si se han cumplido las obligaciones internacionales del Estado Parte que recurrió a la declaración del estado de excepción.⁶

5. CONDUCTA DEL ESTADO PARTE QUE DECLARA LA SITUACION DE EMERGENCIA. Ello tiene relación con el actuar concreto de dicho Estado en relación con todas las normas requeridas para el caso de una situación de excepción válida. El requisito de conducta acorde con el derecho se aplica no sólo a acciones sino también a omisiones. En efecto, las omisiones también pueden originar responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de las normas de la Convención. Es lo que sucede cuando un gobierno no cumple con su obligación de reprimir hechos violatorios de la Convención o de prevenir la ocurrencia de dichos hechos.

III. Derechos afectados por la declaración de emergencia

La Convención distingue dos clases de derechos: a) derechos inderogables, es decir aquellos que tienen carácter absoluto y por lo tanto no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia, y b) derechos que pueden ser suspendidos o limitados pero solamente bajo las condiciones impuestas por la misma Convención.

A) El artículo 27, segundo párrafo de la Convención establece como derechos absolutos los incluidos en 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 (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad), 23 (derechos políticos) y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.⁷

A la enumeración del artículo 27 es necesario añadir en primer término el artículo 1 de la Convención, puesto que de esta disposición se desprende que hay un derecho a esperar del Estado el respeto y la garantía de los derechos y libertades reconocidos. El artículo 27 prohíbe además la discriminación en su aplicación. El número de derechos de carácter absoluto puede ampliarse a través de otras normas internacionales ya que el artículo 27 establece que una emergencia no debe ser incompatible con las demás obligaciones que impone el derecho internacional.

En lo que se refiere a cuáles son las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27, la Corte Interamericana, a pedido del gobierno del Uruguay emitió una Opinión Consultiva. En su razonamiento, la Corte consideró el alcance del artículo 8 de la Convención sobre debido proceso que establece que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

A continuación, la Corte procedió⁸ a considerar más específicamente las garantías que la Convención menciona, que pueden ser de tres tipos:

- i) *hábeas corpus*
- ii) amparo
- iii) garantías inherentes a la preservación del estado de derecho.

i) El artículo 7.6 de la Convención regula el *hábeas corpus* en los siguientes términos:

“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

ii) El artículo 25.1 incorpora el recurso de amparo al establecer:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

iii) Las garantías inherentes a la preservación del Estado de Derecho están prescritas por el artículo 29 c de la Convención que dispone:

“Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c)

excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”.

La Corte concluyó que los procedimientos de *hábeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven además para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

La Corte agregó además que todas las garantías inherentes a la preservación del Estado de Derecho tienen un carácter absoluto debido a que considera que el Estado de Derecho es parte imprescindible de la forma democrática representativa de gobierno.

En virtud de lo anterior, aun en aquellos casos en que se pueda declarar válidamente una emergencia no pueden derogarse el recurso de *hábeas corpus*, el recurso de amparo y aquellas garantías inherentes a la preservación del Estado de Derecho. La Corte también consideró inderogables las garantías judiciales necesarias para la protección de los derechos absolutos mencionados en el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último debe señalarse que la enumeración realizada por la Corte no es exhaustiva. En efecto, la práctica de los Estados Partes puede ir agregando nuevos derechos. Además cada Estado puede añadir derechos que no se pueden suspender, ya que las normas internacionales sólo establecen un mínimo de protección y no prohíben una mejor protección por el derecho nacional de cada país.

B) La Convención hace también referencia a aquellos derechos que pueden ser suspendidos en situaciones de emergencia. Sin embargo, para que pueda producirse válidamente tal suspensión es necesario que se cumpla con los requisitos estrictamente requeridos por la Convención, de: a) necesidad, b) temporalidad, c) proporcionalidad, d) compatibilidad con otras obligaciones, e) no discriminación, y f) sujeción a derecho por parte de las autoridades.

- a) La suspensión de un derecho es "necesaria" cuando no existe alternativa de acción en el caso concreto: las medidas deben ser absolutamente inevitables y requeridas por la situación.
- b) Las medidas deben ser temporales, es decir sólo pueden prolongarse en el tiempo por el período requerido por la situación. En consecuencia, la prescripción de medidas de suspensión por tiempo ilimitado, o su mantenimiento habiendo desaparecido las circunstancias que las motivaron, constituye una transgresión a la Convención.
- c) La proporcionalidad de las medidas significa que éstas se adoptan "en la medida" que lo requieran las circunstancias del caso.
- d) El requisito de compatibilidad de una suspensión con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, hace necesario verificar si las medidas adoptadas no son inválidas en función de obligaciones que pueden surgir para un Estado de otras fuentes de derecho que la Convención Americana (consuetudinarias o convencionales).
- e) La prohibición de no discriminación reviste tal importancia que se encuentra incluida también en los artículos 1 y 24. Ello se debe a que el principio de no discriminación es considerado *jus cogens*. Este aspecto es muy importante puesto que las suspensiones de derechos no absolutos pueden llegar a carecer de validez en función de este principio.
- f) Finalmente, las posibilidades de suspensión de derechos reconocidos en la Convención Americana suponen que las autoridades deben actuar de acuerdo con las leyes que se declaren por razones de interés general y con la finalidad para la cual han sido establecidas.

IV. Conclusiones y Recomendaciones

La utilización frecuente de la declaración de estados de emergencias, como pretexto para justificar derogaciones de derechos humanos condujo a la creación en el hemisferio y a nivel universal de un régimen legal sobre situaciones de emergencia, que estableció: condiciones necesarias para declarar tal tipo de situaciones, derechos que no pueden suspenderse y las condiciones válidas para suspender los otros derechos.

En esta materia el sistema interamericano siguió una opción diferente al derecho anglosajón, en particular el de los Estados Unidos, donde no existe un "régimen de emergencias". El peligro de un régimen de emergencias es su abuso. En efecto, a pesar de que normas jurídicas limitan declaraciones arbitrarias, en la práctica, el aceptar de una manera general la noción de emergencias, con las consecuencias que éstas traen, implica abrir posibilidades de cometer abusos invocándolas. La práctica de emergencias en el hemisferio ciertamente muestra tales abusos y no permite ser optimista sobre la efectividad del artículo 27 de la Convención Americana. Por lo tanto, sin perjuicio de continuar con el debate de la conveniencia de aceptar emergencias, aún con las limitaciones del artículo 27, debe por lo menos fortalecerse el régimen internacional de control del cumplimiento de las obligaciones establecidas por dicha norma.

En el sistema interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podría desempeñar un rol importante en este sentido. A modo de ejemplo, la Comisión podría negociar visitas *in loco* preventivas a los países en los cuales existe el peligro de declaración de una situación de emergencia. Asimismo, se debería autorizar a la Comisión para que visite aquellos Estados Partes en los que rige una situación de emergencia, sin necesidad de obtener la autorización previa de los gobiernos respectivos.

La Comisión debiera incorporar en su Informe Anual un capítulo dedicado exclusivamente al tratamiento de las situaciones de excepción, el que debiera ser debatido en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, culminado con la adopción de resoluciones sobre cada país mencionado en el Informe. Podría también designarse un relator especial sobre situaciones de emergencia con el objeto de dar visibilidad legal y política al tema. A fin de que los Estados Partes puedan dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, la Comisión podría realizar estudios sobre compatibilidad de las normas de derecho interno con las proscricciones de la Convención Americana, pudiendo la Comisión dar

asesoría jurídica a aquellos Estados que quieran efectuar las reformas necesarias a tal fin.

Referencias

- 1 Ver International Commission of Jurists, "States of Emergency. Their Impact on Human Rights", (1983), págs. 417-424.
- 2 En Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, República Dominicana, Haití, Panamá y Paraguay la expresión que se utiliza es "estado de sitio". En Costa Rica, el Salvador, Honduras, México, Perú, y Venezuela, "suspensión de garantías constitucionales"; en Ecuador, "poderes extraordinarios del Presidente de la República" y en Uruguay, "medidas urgentes de seguridad".
- 3 La mayoría de los publicistas latinoamericanos concuerdan en que solamente los representantes del pueblo son los que pueden afectar los derechos humanos en casos tan dramáticos como es el caso de las declaraciones de emergencias. Ver Rafael Bielsa, "Derecho Constitucional", ed. Roque Depalma (Buenos Aires: Depalma, 3ra. ed. 1959), pág. 646. También Viamonte, "Ley Marcial y Estado de Sitio en el Derecho Argentino", (Bs. As.: ed. Perrot, 1957), pág. 18; Antonio de Sampaio Doria, "Direito Constitucional", ed. Max Limonad (Sao Paulo: Limonad, 4ta. ed. 1958), pág. 851.
- 4 En la práctica el Poder Ejecutivo ha sido el actor determinante, si no el único, en la declaración y terminación de las situaciones de emergencia en América Latina. Ver J. Merryman y D. Clark, "Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems" (Indianapolis: Bobbs Merrill, 1978)", págs. 333-334.
- 5 En realidad con la guerra u otra amenaza internacional de carácter militar y los desórdenes internos contra la seguridad nacional o el orden público, como tipos de emergencias reales, ver Daniel O'Donnell, "Legitimidad de los Estados de Excepción a la Luz de los Instrumentos de Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Segunda Reunión Regional del 22 al 26 de agosto de 1983, San José, Costa Rica, págs. 1 y ss.
- 6 La Comisión ha manifestado que ha de proceder al análisis de si se encuentran las condiciones necesarias para declarar un estado de emergencia, aun cuando —como en el caso de Nicaragua en 1983— el Estado Parte respectivo no haya observado los requisitos formales que establece el párrafo 3 del artículo 27. Ver Informe sobre Nicaragua (1983), *doc. cit.* nota 13, págs. 120, 129.

- 7 En relación con los derechos inderogables de la Convención Americana, como asimismo sobre el criterio necesario para suspender otros derechos, ver Claudio Grossman, "A Framework for the Examination of States of Emergency under the American Convention on Human Rights", *AMU-J.Int'L.Pol.*, págs. 37-44 (1986).
- 8 Sobre el rol jurisprudencial de la Corte, ver T. Buergenthal, "Judicial Interpretation of the American Convention", en "Derechos Humanos en las Américas", 1984, págs. 253-261.

LA PROTECCION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS UNA APROXIMACION CRITICA

Carlos Chipoco

I. Introducción

No es posible enfocar los Derechos Humanos como un problema exclusivamente teórico o académico. Los Derechos Humanos involucran la protección de las personas, el drama del asesinato, la desaparición y la tortura, "habilidades" que solo el ser humano ha podido desarrollar. Es imposible hablar de los Derechos Humanos sin tomar partido por ellos. Por esa razón, siempre he creído necesario hablar del tema con pasión, con energía, presentando la historia real y no solo la escrita en los documentos oficiales.

Al afrontar la tarea de escribir sobre un tema tan extenso como la protección universal de los Derechos Humanos e intentar descifrar la "maquinaria" de las Naciones Unidas, he hecho lo posible por referirme constantemente a la realidad. Esta confrontación entre norma y realidad no está destinada sino a criticar constructivamente las normas y su funcionamiento real, verdadero propósito de todo estudio legal. Como Henry Steiner, el profesor norteamericano, ha afirmado reiteradamente, "rights often means fights", los derechos con frecuencia sig-

nifican luchas, y es imposible librarlas sin dar una opinión, sin llamar a la acción por lo que se cree justo.

A pesar de que desarrollaremos este capítulo a partir de una perspectiva básicamente analítica, el texto es, por momentos, bastante descriptivo. La diversidad de instancias, de procedimientos -y también de enfoques- que las Naciones Unidas han desarrollado frente al tema, nos han obligado a optar, en varias ocasiones, por presentar al lector las vías que este organismo internacional ofrece para proteger los Derechos Humanos. Ciertamente, no se pretende sustituir la obligatoria lectura de las normas internacionales que debe hacer quien está interesado en el tema.

La protección internacional de los Derechos Humanos tuvo como origen el fin de la segunda guerra mundial y la creación de las Naciones Unidas. El espíritu posterior a la guerra, marcado por los errores del nazismo y del fascismo, permitió incorporar en el sentido común internacional la idea de que existen Derechos Humanos universales que deben ser protegidos, no solo por las naciones, sino también por el ordenamiento internacional. Se dio así un importante avance en lo que se ha llamado la declinación del principio de soberanía absoluta del estado y la incorporación de los individuos en el Derecho Internacional.

El *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* consiste en el cuerpo de reglas internacionales, procedimientos e instituciones elaboradas para implementar las ideas de que (i) toda nación tiene la obligación de respetar los Derechos Humanos de sus ciudadanos y de que (ii) las otras naciones y la comunidad internacional tiene la obligación y el derecho de vigilar el cumplimiento de esa obligación.

Los Derechos Humanos -y la persona humana, en general- tienen diversas formas de protección legal. Un primer tipo de protección es la que desarrolla la legislación doméstica. La protección legal nacional se realiza a través del Derecho Constitucional, Penal e incluso Civil. Otro tipo de protección de los De-

rechos Humanos es el que desarrolla el Derecho Internacional, tanto a través del sistema universal como de los sistemas regionales. Para una mejor explicación quizá convenga hacer una presentación más general y comparativa (ver cuadro siguiente).

Sistemas de protección de los Derechos Humanos

Protección Nacional

(Constitucional,
Civil, Penal)

Protección Internacional

(Derecho Internacional de
los Derechos Humanos)



Los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos son: (1) el sistema universal y (2) los sistemas regionales. El sistema internacional integra las normas y mecanismos de protección que emanan de la Carta, la Declaración y los Tratados de Derechos Humanos, mientras que los sistemas regionales comprenden los tratados regionales de Derechos Humanos, tales como el sistema europeo (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y el sistema interamericano (Convención Americana de Derechos Humanos).

Las fuentes principales del sistema universal de protección internacional son: (a) la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dan lugar a la Comisión de Derechos Humanos y otros órganos especializados de control de las Naciones Unidas y (b) los tratados específicos sobre Derechos Humanos, que dan lugar a órganos específicos de control, como el Comité de Derechos Humanos.

*La protección internacional de los Derechos Humanos***El sistema de protección universal Los sistemas de protección regional**

Basado en la Carta	Basado en tratados	
Comisión de DDHH	CCG ¹	- Sistema europeo:
SubComisión	CER ¹	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 4-XI-1959
Procedimientos temáticos:		
1. Desapariciones	CIDR ¹	- Sistema americano:
2. Ejecuciones arbitrarias	PIDCP ¹	(Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22-XI-1969
3. Tortura	PIDES ¹	
4. Tolerancia religiosa	CICGH ¹	
	CEDM ¹	- Sistema africano:
5. Poblaciones indígenas	CCT ¹	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 21-X-1986
6. Mercenarios		
7. Detención arbitraria		

En este capítulo discutiremos algunos temas relacionados con el sistema de protección universal. Como ya hemos señalado, la diversidad de tratados y la amplitud general de la materia nos han obligado a ser más descriptivos de lo que hubiéramos deseado. Nos concentraremos en ciertos puntos específicos, seleccionando los más importantes para la práctica de la defensa de los derechos humanos en América Latina. En primer lugar, discutiremos la noción de universalidad de los Derechos Humanos. Como veremos, no existe unanimidad en torno a ella. Desde nuestro punto de vista, la fundamentación ideológica última de las prácticas de violación de los Derechos Humanos reside en la negación de su carácter universal. Por ello hemos querido iniciar la discusión presentando el debate entre universalismo y relativismo. En segundo lugar, analizaremos el valor jurídico de los Derechos Humanos. En este punto estudiaremos lo que hemos llamado el Derecho Internacio-

nal de los Derechos Humanos. Para ello enfatizaremos el desarrollo positivo logrado desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas. Luego, discutiremos la práctica de la maquinaria de las Naciones Unidas para la defensa de los Derechos Humanos. Para ello, tomaremos como ejemplos el funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos, del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, y del Grupo sobre Detención Arbitraria. Concluiremos con una breve reflexión sobre la expansión del sistema de protección de los Derechos Humanos y su relación con la realidad de las violaciones.

Una paradoja en el campo de los Derechos Humanos es que al mismo tiempo que se han expandido los sistemas de protección de estos derechos, se han desarrollado nuevas y cada vez más complejas formas de violarlos. Así, los avances que esta materia ha logrado en los últimos años no constituyen centralmente un ejercicio teórico; se trata más bien de un esfuerzo por vincular la reflexión legal y teórica con los problemas concretos que la realidad plantea a la defensa de los Derechos Humanos en América Latina.

2. ¿Son universales los Derechos Humanos?

Al hablar de derechos universales queremos decir que deben ser respetados siempre. Es decir, que no deben existir excepciones a ellos². Una afirmación comúnmente repetida por las organizaciones de derechos humanos es que no existe razón, ni ideológica, ni política, ni militar, ni social, ni religiosa, ni de índole alguna, que justifique el asesinato de un ser humano; ella expresa con claridad la noción de universalidad de los derechos.

Sin embargo, existen concepciones que plantean que los Derechos Humanos son relativos, que dependen del contexto cultural, de las razones políticas o de la protección de la seguridad del estado. En esta sección intentaremos explicar esta polémica. Ella encierra aspectos de la sustentación teórica implícita

o explícitamente utilizada por quienes sostienen la "necesidad" de violar Derechos Humanos.

Uno de los debates más interesantes de la teoría contemporánea de los Derechos Humanos es el que enfrenta a universalistas y relativistas. Aunque muy vinculado a la realidad de los países africanos e islámicos, este debate puede tener importantes repercusiones para el trabajo de defensa de los Derechos Humanos en América Latina. Detrás de muchas actitudes políticas y teóricas de menosprecio a los Derechos Humanos -con las que usualmente nos encontramos en nuestro continente- podemos observar una posición relativista.

El argumento de los relativistas se ha desarrollado, básicamente, a partir de las especificidades culturales de los países africanos e islámicos. Esta postura sostiene que los Derechos Humanos constituyen un producto occidental, resultado de los horrores de la guerra mundial; una culminación internacional de determinadas tendencias y valores contenidos en las revoluciones americana y francesa, así como en sus respectivas declaraciones. Para los relativistas, los Derechos Humanos son una construcción teórica que tiene su origen en el discurso liberal de Locke y en la teoría del derecho natural. Las sociedades islámicas, africanas, y en general las del tercer mundo, tienen experiencias culturales e históricas distintas. Para la mayor parte, su experiencia más importante ha sido el colonialismo y la dominación europea, y no la guerra mundial. Sin considerar por esas diferencias, sostienen, la concepción de los Derechos Humanos como normas universales intenta imponer visiones occidentales sobre los estilos de vida, las decisiones personales, las relaciones entre los ciudadanos, y sus vínculos con el estado. Los valores que esta posición privilegia son la diversidad cultural y la autenticidad nacional.

¿Cuál es el alcance de los Derechos Humanos? Si son los derechos que el hombre tiene por su condición de tal, ¿cómo es posible afirmar su relatividad? Revisemos brevemente la evolución del relativismo cultural y sus repercusiones.

a. Origen del relativismo cultural.

En su forma moderna, el relativismo cultural surgió como una respuesta al evolucionismo cultural. El evolucionismo sostenía que las sociedades humanas se desarrollan desde un estado de primitivismo o salvajismo hasta un estado de modernidad. Asumiendo una especie de darwinismo social, el evolucionismo cultural establecía como punto de llegada del desarrollo la civilización occidental, ya que el común de sus juicios estaban basados en valores occidentales.

El evolucionismo cultural contenía un marcado perfil racista. La gente menos culta era, de acuerdo con esta teoría, la menos inteligente y la que poseía una pigmentación oscura de la piel. Al atacar esta concepción, el relativismo cultural constituyó una reacción progresista a las teorías vigentes en su época. Combatió la visión eurocéntrica y racista del progreso y la cultura. El aspecto más importante del relativismo cultural es su capacidad para cuestionar la universalidad de estándares para analizar diversas culturas. Los defensores del relativismo cultural buscaban no solo demostrar que los patrones de moralidad y normalidad son culturales, sino también cuestionar el etnocéntrico supuesto de que la cultura occidental es superior a las demás; para ello intentaban mostrar que las llamadas "sociedades primitivas" pueden ser más complejas y sofisticadas que las occidentales.

El relativismo cultural, sin embargo, ha recibido un fuerte ataque en torno a sus consecuencias éticas. Diversos autores han criticado el llamado a una tolerancia absoluta como expresión de ese etnocentrismo moral.

Ya que el relativismo no implica tolerancia, el criticismo moral se mantiene como una opción viable para el relativista. La mayor contribución del relativismo no es su defensa de la tolerancia sino su preocupación por la aculturación. Al llamar la atención sobre el poder de la aculturación, el relativismo puede ser utilizado para neutralizar los prejuicios incluso en los casos en los que la tolerancia no es parte integral de la teo-

ría. El relativismo es compatible con la existencia de valores universales trans-culturales.

b. Relativismo cultural frente a universalismo

La relatividad cultural es un hecho innegable. Las reglas morales y las instituciones sociales evidencian una asombrosa variabilidad cultural e histórica. La doctrina del relativismo cultural mantiene que, al menos algunas variedades culturales, no pueden ser criticadas por extranjeros.

Una versión radical del relativismo cultural podría mantener que la cultura es la única fuente de validez de un derecho moral o de una norma. El universalismo radical, por el contrario, podría mantener que la cultura es irrelevante para juzgar la validez de los derechos morales y las normas, que serían universalmente válidos.

En el campo de los Derechos Humanos se podrían distinguir, en general, tres niveles jerárquicos para la variación cultural: la sustancia de los derechos humanos, la interpretación que ellos reciben y la forma en que son implementados.

La variabilidad de la naturaleza humana obliga a desarrollar en el campo de los Derechos Humanos una significativa flexibilidad para las variaciones interculturales. Pero si se admite que todos los derechos dependen de la cultura y de los roles que ella define, como mantiene el relativismo cultural, entonces se podría poner en cuestión la existencia misma de Derechos Humanos, derechos que los hombres tienen solo por su condición de tales. Hoy esa posición es moralmente indefendible.

Las comunidades en las que la penetración de las nociones de Derechos Humanos pueda causar desasosiego, son, actualmente, la excepción más que la regla. En la mayor parte del tercer mundo se ha producido una occidentalización de valores, una penetración cultural por la vía del estado moderno, del dinero, de los productos y la extensión del mercado. El desarrollo del capitalismo -que, entre otras cosas, significa intercambio de mercancías- ha conllevado un extenso intercambio cultural

de valores y creencias. Se ha desarrollado una cultura de síntesis, que va incluso más allá de la occidentalización. En otras palabras, es muy difícil hallar hoy en día culturas tradicionales que permitan justificar el relativismo cultural en sus formas extremas. En muchas ocasiones, el relativismo ha constituido más bien una teoría dirigida a justificar prácticas autoritarias de los estados del tercer mundo.

En el caso de América Latina, también se ha defendido la relatividad de los Derechos Humanos. El intento teórico más serio en este sentido ha sido desarrollado por Howard Wiarda, aun cuando él diga que no lo es, representa un punto de vista claramente relativista, él es un académico estadounidense, profesor de ciencias políticas en la Universidad de Massachusetts, en Amherst³. Discutiendo la política exterior americana en torno a los Derechos Humanos - específicamente, la consistencia de la política llevada a cabo por la administración Carter-Wiarda asume una posición nihilista en torno a estos derechos y fundamenta una suerte de relativismo cultural latinoamericano. Niega que los Derechos Humanos tengan un significado común a las distintas sociedades.

Para Wiarda, lo latinoamericano es parte del mundo occidental solo parcialmente. Nuestras concepciones y prácticas de los Derechos Humanos diferirían de las occidentales, por un lado a causa de "el problema de la población indígena" en nuestros países y, por otro, debido a nuestros orígenes asentados en una "ibérica, cuasi-feudal, semi-medieval parte de Occidente, con una fuerte tradición política basada en el pensamiento de Rousseau". Así, nuestra concepción de derechos tiende a ser grupal, nuestra concepción de pluralismo configura un pluralismo limitado, nuestra concepción de democracia se vincula con la interpretación del sentimiento del pueblo, haya o no elecciones democráticas. Si bien señala que una radicalización del relativismo podría justificar las dictaduras, el planteamiento de que nuestros pueblos tienen una concepción distinta -evidentemente más restringida- de la democracia, hace bastante peligrosas las conclusiones de Wiarda. En efecto, siguiendo su razonamiento, desembocaríamos en la idea de que la ausencia

de Derechos Humanos en nuestros países está relacionada con nuestra identidad cultural. Oponerse a ellos frontalmente sería etnocentrista, e incluso "imperialista". La actitud de tolerar, aceptar las violaciones a los Derechos Humanos, aparece así como una consecuencia lógica de esa consideración "especial" por la diversidad.

c. Algunas críticas al relativismo cultural

Hemos resumido las principales críticas a las concepciones relativistas en cinco puntos:

- i) El relativismo cultural no toma en cuenta diversos factores que hacen de la violación a los Derechos Humanos una práctica no cultural sino básicamente política. El primer punto a considerar es que las violaciones a los Derechos Humanos tienen un origen político. Ellas no son expresiones de las profundas costumbres ancestrales de los dictadores o los miembros de las fuerzas represivas, sino como medios para mantener el poder político usando métodos autoritarios y represivos, o como resultado de su convicción de que no hay alternativa para mantenerlo. Es una crisis política, de gobierno o de estado, lo que genera las bases para la existencia de las violaciones de Derechos Humanos, y no una cierta "comprensión cultural" de ellos.
- ii) ¿Quién decide lo que es una costumbre tradicional o una característica cultural? ¿Son estáticas, permanentes, las culturas?, ¿o hay en ellas fuerzas en movimiento? Es muy difícil sostener que los valores culturales son absolutamente hegemónicos, es decir, que carecen de oposición interna. En las mismas sociedades donde se aplican costumbres tradicionales de discriminación a la mujer, por ejemplo, existen grupos, organizaciones y personas que buscan cambiar su propia cultura radicalmente. Así, la misma noción de cultura podría ser entendida desde una suerte de relativismo.
- iii) ¿Se puede decir que los Derechos Humanos son occidentales, solo en base a sus vinculaciones con Locke, la teoría del contrato social y a partir del hecho de que en algunos momentos fueron alentados por los países llamados "occidentales" co-

mo los países europeos y Estados Unidos? Es bastante impreciso decir que los Derechos Humanos son nociones europeas o norteamericanas. El horror del genocidio no se produjo en el Africa o en Asia sino en la propia Europa hace menos de cinco décadas. Hasta los años sesenta, Estados Unidos era un país con prácticas de discriminación racial amparadas por la ley. Si algo nos enseña la historia, es que los Derechos Humanos no han sido propiedad exclusiva de los países del norte, así como las violaciones no han sido exclusividad de los países del sur.

iv) ¿No hay un etnocentrismo velado al afirmar que los Derechos Humanos deben ser solo propiedad de los "occidentales", y que los africanos, musulmanes o latinoamericanos deben mantenerse con sus propias costumbres? ¿No hay detrás de esta idea un menosprecio por las culturas no occidentales, que -vistas desde una perspectiva relativista- "no son capaces", "no están a la altura", "no merecen" tener Derechos Humanos, a diferencia de las culturas occidentales?

v) Es posible elaborar una nueva interpretación del principio de no-discriminación. La interpretación clásica de este principio sostiene que, para gozar de los Derechos Humanos, un gobierno no puede discriminar a un individuo en razón de su raza, de su sexo, de su religión, etc. Una interpretación más amplia podría sostener que el gozo de estos derechos no debe depender de la pertenencia del individuo a un determinado estado. El imperativo de no-discriminación no debería ser confinado a las fronteras nacionales; de esta manera, podría suponerse que excluye de su ámbito los casos de violación a los Derechos Humanos basados en tradiciones locales. No se puede discriminar en razón de la pertenencia a tal o cual cultura.

En América Latina podemos identificar tres nociones que relativizan el valor universal de los Derechos Humanos; relativización que permite a algunos grupos sostener que ciertas personas carecen de Derechos Humanos. (a) La noción de "seguridad nacional", (b) el relativismo cultural, (c) la concepción de algunos grupos alzados en armas, que consideran que los derechos son solo de clases y no de individuos.

El primer caso ha sido analizado con detenimiento por Hernán Montealegre en *La seguridad del estado y los Derechos Humanos*. Al sostener que el enfrentamiento con los enemigos de la nación es un enfrentamiento irregular, y no diferenciar entre rivales armados y rivales políticos, la noción de "seguridad nacional" sostiene que algunas personas -"los subversivos" o "terroristas"- y sus simpatizantes no tienen derechos, remarcando que éstos están subordinados a la seguridad de la nación. Si para defender la seguridad nacional es necesario violar los Derechos Humanos, entonces hay que hacerlo. El problema es que son unas pocas personas quienes deciden (por supuesto, arbitrariamente) qué es la nación, así como cuáles son los medios que permiten garantizar su seguridad. Como ya hemos sostenido, la nación comprende el estado, el territorio y los ciudadanos, por lo que es un contrasentido el pretender garantizar la seguridad nacional violando los derechos de quienes constituyen componentes básicos de la nación: los propios ciudadanos.

Aunque parezca insólito, esta posición es similar a la que plantean algunos grupos político-militares como Sendero Luminoso. En el discurso de estos grupos, el valor que se apela para justificar la violación de los Derechos Humanos ya no es la seguridad nacional, sino la "revolución". En este caso es el partido -sin tomar en cuenta a la población, o a las mismas clases que dice representar- quien decide qué beneficia o perjudica a la revolución, y subordina a este criterio los derechos de las personas. Lo absurdo es que la clase que teóricamente constituye la "razón de la revolución" nunca es consultada, y si lo es, generalmente la decisión del partido marcha contra su voluntad⁴.

Nuestra conclusión es muy clara: los Derechos Humanos son universales; constituyen un mínimo de derechos que no solo forman parte de la tradición política de Occidente, sino que han pasado a formar parte de la herencia de la humanidad. Aún en las sociedades con patrones culturales más diversos existen grupos que promueven el respeto de los Derechos Humanos. Por otro lado, la universalidad de los Derechos

Humanos no es solo un tema político o filosófico: a partir de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, éstos se han afirmado con claridad como derechos de la humanidad, tal como mostraremos en la siguiente sección.

Sin embargo, el relativismo cultural plantea un reto crucial. La comunidad internacional debe desarrollar patrones universales de aplicación de los Derechos Humanos y, al mismo tiempo, respetar las prácticas y valores culturales de las diversas sociedades del mundo. La respuesta a este reto no está, sin embargo, en relativizar o limitar el alcance universal de los Derechos Humanos; ello solo promoverá una actitud de tolerancia frente a los abusos. El reto puede encararse a partir de la búsqueda de vías nacionales, propias, de protección de prácticas culturales que no se opongan a los Derechos Humanos. En ese sentido, buscar los orígenes culturales y nacionales autónomos que permitirían construir una fundamentación de los Derechos Humanos es una tarea pendiente.

3. El derecho de los Derechos Humanos

Por lo menos desde la Paz de Westphalia, evento que da origen al actual orden mundial, la escena internacional ha estado enteramente dominada por los estados. En los textos clásicos de Derecho Internacional los individuos no tienen rol alguno, salvo en referencia a las relaciones entre los estados. Por ello, el orden internacional se remeció cuando el Derecho Internacional incorporó la protección de los derechos de los individuos dentro de sus propios estados.

Se puede afirmar que, en general, existen tres fases en el desarrollo de las actividades de protección de los Derechos Humanos en el sistema de las Naciones Unidas:

- a. Elaboración de convenciones y declaraciones
- b. Promoción, servicios de asesoría, estudios y reportes iniciales

- c. Protección, establecimiento de procedimientos para la recepción de información en torno a violaciones masivas de los Derechos Humanos

- a. *La Carta de las Naciones Unidas*

El término "Derechos Humanos" se introduce en la escena internacional con la creación de las Naciones Unidas, el 26 de junio de 1945. En el Convenio Internacional precedente, que constituyó la Liga de las Naciones, no aparece el término⁵. Este Convenio no fue sino fiel reflejo del interés marginal por los Derechos Humanos en el Derecho Internacional de la época⁶. En 1945, el contexto histórico había cambiado. Como hemos señalado, los horrores cometidos contra los derechos de las personas durante la guerra y la posibilidad de constituir un mínimo de derechos entre los países vencedores abrieron paso a que mediante la Carta se reconociera la existencia de ciertos derechos mínimos de las personas, así como a pensar en la necesidad de una mayor protección legal para ellas.

Por sí sola, la idea fue revolucionaria: implicaba dejar de lado la facultad casi absoluta de los estados para dirigir sus asuntos internos y avanzar hacia una regulación internacional los límites y los deberes de los estados ante los individuos. Es necesario recordar, sin embargo, que no fue una decisión sencilla, ni contó con el apoyo inmediato de los estados. Los principales defensores de la causa de los Derechos Humanos durante la constitución de las Naciones Unidas fueron las organizaciones no-gubernamentales, que accedieron a un status que les permitió ejercer presión y convencer a los representantes estatales sensibles a los Derechos Humanos.

A pesar de que la Carta y el desarrollo de los Derechos Humanos posterior a ella cuestionaron las antiguas teorías de la soberanía absoluta del estado en cuanto a las relaciones entre individuos y estados, el planteamiento se mantuvo en otros ámbitos de las relaciones internacionales. El planteamiento no dejó de tener expresión en la Carta: el artículo 2(7), que prohíbe la interferencia en asuntos internos de los estados. La dualidad de principios aún presente en el Derecho Internacional ha deja-

do espacio para que algunos países reclamen la aplicación del principio de soberanía cuando se les exige que respeten los derechos de sus propios ciudadanos.

La Carta de las Naciones Unidas, que tiene el status jurídico de un tratado, se refiere a los Derechos Humanos *eo nomine* en siete oportunidades⁷. Otros tres artículos se refieren a las obligaciones de los estados miembros en relación a esas siete provisiones⁸.

La carta proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es desarrollar y estimular el respeto por los Derechos Humanos⁹. Posteriormente, en el capítulo sobre Cooperación Internacional Económica y Social, los artículos 55 y 56 ratifican la misión de promoción de los Derechos Humanos y el compromiso de todos los estados de actuar en consecuencia con ello. Como se desprende de los textos, no hay precisión en la definición de Derechos Humanos y en la misión de las Naciones Unidas al respecto. Sin embargo, como bien anota Buergethal, las provisiones sobre Derechos Humanos contenidas en la Carta han tenido importantes consecuencias:

- i) Los Derechos Humanos fueron internacionalizados. Al incorporar los Derechos Humanos en un tratado internacional como la Carta de las Naciones Unidas, los Estados Partes reconocieron que los derechos de los individuos ya no eran atributo exclusivo y excluyente de su jurisdicción interna, que pasaban a ser parte del Derecho Internacional, y en consecuencia, que se convertían en un deber jurídico-estatal.
- ii) Se confirió a las Naciones Unidas la autoridad suficiente para permitirle definir y codificar los Derechos Humanos. Al precisarse la obligación de los Estados Partes para cooperar en la promoción de los Derechos Humanos, la Carta creó el marco jurídico que permitió y justificó la posterior evolución positiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El resultado, como hemos visto, es el amplio cuerpo de normas legales para su protección.
- iii) Se abrió el camino a que la propia organización estableciera mecanismos para vigilar el cumplimiento de la obligación de promover los Derechos Humanos. Las provisiones sobre Derechos Humanos contenidas en la Carta permitieron no solo el desarrollo del derecho de los Derechos Humanos sino tam-

bién la posibilidad de establecer mecanismos para controlar el cumplimiento de la obligación asumida por los Estados Partes de promover y respetar los Derechos Humanos. Más adelante estudiaremos estos mecanismos y sus efectos prácticos. La Carta autorizó al Consejo Económico y Social a establecer comisiones para la promoción de los Derechos Humanos. Fue así que se constituyó la Comisión de Derechos Humanos, que finalmente tendría un papel central en la implementación de estos mecanismos.

No fueron, pues, escasos los logros generados por la Carta de las Naciones Unidas. Es posible decir que con ella se inició el rápido proceso de protección de los Derechos Fundamentales.

b. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

b.1. Origen de la declaración

No todas las dudas quedaron despejadas con la aprobación de los artículos sobre Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Si bien se consignó la obligación estatal de promover los Derechos Humanos, surgieron interrogantes en torno a la noción misma de Derechos Humanos. No existía unanimidad en torno al concepto de Derechos Humanos, ni sobre su alcance, ni sobre el sistema destinado a protegerlos, etc. El origen de la declaración está, pues, en la necesidad de especificar los contenidos de los Derechos Humanos, ante las diversas menciones que la Carta de las Naciones Unidas hacía de ellos. La Comisión de Derechos Humanos se encargó de buscar esas definiciones durante sus primeros años, que han sido calificados como los años de "búsqueda de consenso en las normas universales."

El trabajo inicial de la Comisión fue realizado por un selecto y especializado grupo de intelectuales y juristas. La convocatoria a esta labor fue amplia en términos culturales y plural en términos políticos. Se decidió elaborar, en primer lugar, una Declaración Universal, en segundo lugar, un tratado específico

y finalmente un conjunto de medidas de implementación de ambos textos.

Cassese ha puntualizado que la Declaración fue posible gracias a una combinación de factores políticos, ideológicos y filosóficos. Sin embargo, es posible afirmar que, a pesar de que en el debate previo a la aprobación del documento expresara una polarización entre el bloque soviético y los países occidentales, el factor clave para su aprobación haya sido una determinada correlación internacional de fuerzas, manifiesta tanto en una presencia política y militar en la escena internacional como en una afirmación ideológica contra el fascismo. No compartimos la tesis de Cassese, según la cual la Declaración constituyó en el largo plazo una victoria para occidente. Afirmamos, como él mismo señala, que más bien constituyó una victoria para la humanidad. Tanto la postura occidental, que impulsaba los Derechos Individuales, como la defendida por el bloque soviético, que acentuaba los Derechos Económicos y Sociales, están expresadas en la Declaración. Ella no sería la misma si uno solo de los bloques la hubiera diseñado. El resultado es una clara mixtura, que no resulta de una imprecisión ideológica, sino del espacio mínimo en el cual los países podían ponerse de acuerdo¹⁰. Si se toma en cuenta el contexto, se puede afirmar que la Declaración fue mucho más allá de la realidad de la mayor parte de países que la suscribieron. Por ello, no creemos acertado ver en ella "una clara victoria política de occidente".

b.2. El contenido de la Declaración

De acuerdo con René Cassin, uno de los padres de la Declaración, ella se basa en cuatro pilares fundamentales, que agrupan la mayoría de los artículos:

- (a) Los derechos personales. Se trata de los derechos básicos de la persona humana. Son los artículos tercero al decimosegundo, entre ellos el derecho a la igualdad, derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, a la privacidad, etc.
- (b) Los derechos que pertenecen al individuo en relación al grupo social en el cual participa. Son los artículos decimotercero al decimoséptimo: derecho a la privacidad de la vida familiar y derecho a casarse, la libertad de movimiento dentro del país o

fuera de él, derecho a tener una nacionalidad, derecho al asilo en caso de persecución, derecho a la propiedad y a practicar una religión.

- (c) Las libertades civiles y los derechos políticos. Estos derechos tienen relación con la participación en el gobierno y la competencia democrática. Son los artículos decimooctavo al vigesimo-primo, que defienden la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de asociación y asamblea, el derecho al voto y a participar en elecciones, y el derecho de acceso al gobierno y a la administración pública.
- (d) Los derechos de naturaleza económica o social. Operan en la esfera del trabajo, de la educación y en la dimensión social, las obligaciones de otros individuos y del estado frente a los ciudadanos. Son los artículos vigesimosegundo al vigesimoséptimo: derecho al trabajo y a la seguridad social, a igual paga por igual trabajo, a formar y asociarse con sindicatos, al descanso, a la salud, a la educación y a participar en la vida cultural de la sociedad.

El artículo vigesimoctavo se refiere al derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional en el que los Derechos Humanos sean efectivos. El artículo vigesimo-noveno se refiere a los deberes frente a los derechos de los demás. El artículo trigésimo -el último- afirma que nada en la Declaración podrá interpretarse para autorizar actos que tiendan a suprimir los Derechos Humanos.

A pesar de la amplia gama de derechos comprendidos en la Declaración, algunos derechos importantes quedaron fuera: entre ellos está el derecho a la protección de las minorías nacionales y el derecho a la petición.

b.3. El debate sobre el valor jurídico de la Declaración

Las declaraciones son una expresión no obligatoria de la opinión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por ello, se ha generado una discusión académica y práctica sobre si la Declaración Universal de los Derechos Humanos obliga o no a los estados miembros.

Una posición ha afirmado que la Declaración únicamente tiene validez en el ámbito ético. Los estados no estarían legal-

mente obligados a cumplirla, aún cuando su violación supone una contradicción con los estándares aprobados por la Asamblea General. En el curso del debate sobre la propuesta de Declaración, una amplia mayoría de delegados afirmó que su validez estaba dada por su carácter moral y político. Esta posición también es asumida por algunos académicos positivistas como Alfred Rubin. Desde esta perspectiva se sostiene que la vasta mayoría de los países miembros de las Naciones Unidas no reconocen valor jurídico obligatorio a la Declaración. Se afirma, además, que las obligaciones en el campo de los Derechos Humanos pueden ser asumidas exclusivamente a través de tratados específicos. Louis Henkin sostiene que la Declaración es un objetivo común por lograr, no un tratado, una exhortación, ni una obligación. Para él, los últimos 40 años de desarrollo de la protección de los Derechos Humanos no han cambiado el carácter no-obligatorio del documento. No se ha contado con mecanismos formales para que los más de 100 estados incorporados a las Naciones Unidas luego de 1948, se adhirieran a la Declaración, a pesar de que la gran mayoría de ellos ha expresado, de una u otra manera, su conformidad con ella.

Por otro lado, se afirma que la Declaración tiene ciertas repercusiones legales. Durante el debate de aprobación, algunos delegados afirmaron que la Declaración constituía una interpretación de la noción de Derechos Humanos contenida en la Carta - que sí es un tratado- y que, en consecuencia, a pesar de no obligar en tanto Declaración, sí supone un reconocimiento legal de los Derechos Humanos. Así, aún cuando puede no tener obligatoriedad jurídica, al interpretar los derechos consignados en la Carta, sí obliga; por lo menos, a los estados miembros de las Naciones Unidas.

Meron, por su parte, afirma que por lo menos algunos de los derechos contenidos en la Declaración constituyen parte del Derecho Internacional consuetudinario; es decir, se han constituido en obligaciones en la medida en que son costumbre internacional. Para establecer cuáles son estos derechos, el autor recurre a dos indicadores: i) las veces que un derecho ha sido repetido por otros instrumentos internacionales sobre el tema; y

ii) la confirmación de este derecho por la práctica nacional, básicamente a través de la incorporación en las constituciones y leyes nacionales y de su aplicación por las cortes.

Otros autores sostienen que los Derechos Humanos son parte del *jus cogens* y, en consecuencia, constituyen obligaciones internacionales extra-convencionales¹¹.

Al margen del debate sobre el valor jurídico de la Declaración, lo cierto es que su importancia política en el orden internacional fue y sigue siendo fundamental. Al igual que la Carta, ella fue un punto de partida importante para la universalización e internacionalización de los Derechos Humanos.

c. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Los pactos fueron producto de las tareas que se impuso la Comisión de Derechos Humanos. < Las viejas polarizaciones fueron entre "derechos humanos vs. soberanía nacional", "libertad individual vs. necesidades comunitarias o sociales". El impase, sobre todo en la última discusión>, se resolvió con los siguientes acuerdos: (a) se efectuarían dos pactos, uno de Derechos Civiles y otro de Derechos Políticos (b) la maquinaria de control <, el comité a través del protocolo adicional> se haría a voluntad de las partes¹². Una de las consecuencias más importantes de estos pactos fue la ampliación de los Derechos Humanos. Por ejemplo, ambos consignan el derecho a la auto-determinación, como parte de ellos. La constitución de un mecanismo de control como el Comité de Derechos Humanos fue producto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

c.1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966).

c.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2 de junio de 1966). Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966).

d. Otros Convenios internacionales sobre Derechos Humanos

- d.1. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (9 de julio de 1948).
- d.2. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965).
- d.3. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid (30 de noviembre de 1973).
- d.4. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18 de diciembre de 1979).
- d.5. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (10 de diciembre de 1984).

4. La implementación de los Derechos Humanos

El derecho no tiene forma de ser implementado si no existen medios para controlar su aplicación. A nivel doméstico, ese papel le corresponde a las cortes. En el ámbito de las Naciones Unidas, tanto el sistema de protección de los Derechos Humanos establecido por la Carta como el sistema de protección generado por los pactos y otros tratados han generado sus propios mecanismos e instancias de control. Lejos de intentar un análisis completo de los mecanismos internacionales, hemos querido solo seleccionar algunas de las instancias de control de los Derechos Humanos que, dentro del sistema de las Naciones Unidas, son las más utilizadas por los grupos latinoamericanos y que ejemplifican toda la compleja maquinaria del sistema.

Indudablemente, una primera instancia de control de los Derechos Humanos, aunque inusual y con limitaciones impuestas por su carácter político, ha sido la Asamblea General. Ella aprobó la Declaración Universal. Bajo el artículo 13 de la Carta, la Asamblea debe promover estudios y hacer recomendaciones con el fin de fomentar los Derechos Humanos y ayudar a hacerlos efectivos. Desde 1948, la Asamblea ha aprobado diversas declaraciones o convenciones en temas como genocidio, discriminación racial, apartheid, refugiados, derechos de la mujer, esclavitud, matrimonio, niñez, juventud, extranjeros, asilo, minusválidos, tortura, desarrollo y progreso social.

Gracias al artículo 62 de la Carta, el Consejo Económico y Social puede "hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades." El Consejo está compuesto por 54 miembros y se reúne en dos sesiones al año. El tema de Derechos Humanos se debate usualmente en la sesión de primavera del Segundo Comité del Consejo, en el cual están representados los 54 miembros del Consejo. En algunos casos, el consejo discute directamente un tema de Derechos Humanos sin pasar por este comité.

Para recibir asistencia en el tratamiento del tema de Derechos Humanos, y por mandato de la Carta, el Consejo Económico y Social ha establecido la Comisión de Derechos Humanos. Esta ha establecido a su vez la Sub-Comisión sobre la Prevención de la Discriminación y para la Protección de Minorías.

Breve esquema de los procedimientos

(i) Los procedimientos temáticos

- Grupo de trabajo sobre desapariciones
- Relator especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias
- Relator especial sobre la tortura
- Relator especial sobre libertad religiosa

(ii) Las resoluciones sobre países específicos

R. 1235 Aud. pública.

R. 1503

a. La Comisión de Derechos Humanos

La Comisión de Derechos Humanos fue establecida por el Consejo Económico y Social en 1946. Hoy en día, tiene un mandato extenso. Puede realizar estudios, elaborar propuestas de normas internacionales para la protección de los Derechos Humanos e investigar violaciones. Estas facultades han sido producto de una larga evolución en las concepciones sobre el rol

de la Comisión en la protección y promoción de los Derechos Humanos.

a.1. La historia de la Comisión

Para entender la situación actual, los límites y las posibilidades de la Comisión en el Ámbito de los Derechos Humanos es indispensable hacer un poco de historia. Tolley divide la historia de la Comisión en cinco etapas:

a.1.1. Sentando las bases del sistema: 1947-1954.

En esta etapa la Comisión desempeña un invaluable papel en la formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es, quizás, la fase mas fructífera de la Comisión. En diez sesiones -sostenidas entre 1947 y 1954- los miembros fundadores establecen los procedimientos y las prioridades de la Comisión. Durante esta etapa, se le otorga un énfasis central a la aprobación de normas sobre los derechos. Se aprueba la Declaración Universal y se recomienda a la Asamblea General la aprobación de los dos pactos: el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En esta fase la Comisión se limita a hacer recomendaciones en el campo de los Derechos Humanos, y establece su incompetencia en relación a reclamos o denuncias sobre violaciones. Se inicia así un período de 20 años de autolimitación. Sin embargo, las expectativas que generó la Comisión fueron altas: entre 1952 y 1954 recibió 37, 660 comunicaciones que alegaban violaciones. El Consejo Económico y Social no solo resolvió que la Comisión no tenía poder para actuar en peticiones sino también que sus miembros no debían revisar pedidos específicos realizados por individuos. Se dedicó a elaborar el derecho de los Derechos Humanos.

Las razones para esta autolimitación fueron la necesidad de establecer un parámetro legal desde el cual controlar el cumplimiento de los Derechos Humanos por parte de los estados. Sin normas aprobadas, era muy difícil discutir si efectivamente se había producido o no una violación.

a.1.2. La Promoción de los Derechos Humanos: 1955-1966.

Después de aprobar la Declaración y los Pactos, la Comisión tenía la alternativa de desarrollar normas más específicas o desarrollar un sistema de revisión de las denuncias individuales.

En lugar de desarrollar un sistema para proteger víctimas, la Comisión -persuadida por los Estados Unidos- decidió iniciar una etapa de promoción de los Derechos Humanos. El plan de acción para la educación y promoción de los Derechos Humanos incluía un servicio de asesoría, estudios globales e informes por países. El aumento de los países del Tercer Mundo en las Naciones Unidas, luego del proceso del descolonización, fue un elemento determinante para los cambios en la Comisión. La frustración por la ausencia de un sistema de implementación y revisión de las denuncias individuales se hizo patente entre miembros del Tercer Mundo y las organizaciones no-gubernamentales. En 1967, la Comisión aumentó de 21 a 32 miembros, otorgándose 20 posiciones a países del Tercer Mundo, de acuerdo a una base estrictamente regional. África: 8 posiciones, Asia: 6 posiciones, Europa del Este: 4 posiciones, América Latina: 6 posiciones y Europa Occidental y otros: 8 posiciones.

a.1.3. El inicio de la implementación: 1967-1979.

Los nuevos miembros de la Comisión, especialmente los representantes de países africanos, se incorporaron decididos a combatir la discriminación racial y a promover el derecho de auto-determinación; actitud sin duda determinada por su reciente experiencia anti-colonial. No satisfechos con diseñar normas internacionales que otorgaran el carácter de crimen al *apartheid* ni con conducir estudios sobre auto-determinación, estos representantes buscaron nuevos poderes para enfrentar las violaciones de derechos, en especial las relacionadas con la discriminación racial. Como resultado de ello, la Comisión repudió su autolimitación de 1947 y solicitó al Consejo Económico y Social medidas específicas y poderes para enfrentar las violaciones.

La Resolución 8 (XXIII) de 1967 inició los cambios más significativos en la actuación de la Comisión durante este período. Se añadió a la agenda el tema de las violaciones y se autorizó a la Sub-Comisión a hacer lo mismo. Se expandió los poderes de la Sub-Comisión bastante más allá de la prevención de la discriminación y la protección de las minorías -su mandato original- solicitándole llevar ante la Comisión cualquier caso que revele consistentes violaciones a los Derechos Humanos. El Consejo Económico y Social apoyó el acceso de la Comisión y la Sub-Comisión a comunicaciones individuales; sin embargo, rechazó otorgarle poder para investigarlas. La Resolución 1235 (XLII) otorgó a la Comisión capacidad para hacer estudios completos de casos y presentar informes¹³. A pesar de lo limitado de sus facultades, éstas rompían los límites que se impuso la propia Comisión 20 años antes. Contestando las observaciones sobre la contradicción entre las facultades conferidas por el procedimiento 1235 y el artículo 2(7)¹⁴ de la Carta, se sostuvo que cuando se produce un caso de gruesas violaciones de Derechos Humanos, ello deja de ser un asunto de jurisdicción interna y que, por tanto, el estudio autorizado por la resolución no constituye una intervención en asuntos internos.

La posterior aprobación de la Resolución 1503 se dio en medio del debate sobre si expandir o cortar las entonces recientes facultades de la Comisión. A pesar de los intentos de postergar su aprobación, desarrollados sobre todo por Bulgaria y Sudán, la resolución fue aprobada en 1970 en el Consejo Económico y Social por una votación de 14-7-6. Si la Comisión estuvo muy activa en el tema del apartheid, su compromiso con los Derechos Humanos en los países de América Latina fue muy superficial. Hay que recordar que ya desde los sesentas la violación de los Derechos Humanos en países como Guatemala era bastante grave. Los Estados Unidos destinaron su influencia a proteger a sus aliados en la guerra fría. El hecho que amplió el foco de atención hacia nuestro continente fue el golpe de estado contra Salvador Allende en Chile. Por primera vez los países del Tercer Mundo y los del bloque socialista, incluidos algunos del bloque occidental, condenaban a un país por

violaciones de Derechos Humanos no basadas en razones raciales. Chile permitió el ingreso de las violaciones de Derechos Humanos en América Latina a los debates de la Comisión. Durante esos años, Chile se sumó a Sudáfrica e Israel como un tema casi permanente en la agenda de las sesiones.

a.1.4. El desarrollo de nuevas instituciones 1980-1986

En la sesión de 1979, la Comisión incrementó sus miembros a 43 y extendió su período de reuniones de cuatro a seis semanas. Al mismo tiempo, la Sub-Comisión fue autorizada a extender sus sesiones de tres a cuatro semanas. Los cambios fueron el inicio de una nueva etapa, en la que se enfrentaría el problema de las desapariciones, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura. Los cambios ayudaron a buscar nuevas vías para controlar las violaciones y fueron estimulados por las desilusiones que el sistema generaba entre las víctimas, ONG y países convencidos de la importancia del tema. La generalización del fenómeno de la desaparición forzada provocó la constitución de un grupo de trabajo sobre el tema. La preocupación expresada por la Asamblea General sobre las ejecuciones sumarias condujo a la aprobación de un relator especial sobre ejecuciones sumarias y arbitrarias. A él se sumó en 1985 el relator especial sobre tortura. En 1982, el relator especial sobre estados de excepción presentó el llamado "Informe Questiaux", y en 1985 se nombró un nuevo relator especial.

Como se ve, estos fueron años de implementación de nuevos mecanismos e iniciativas para expandir los medios de control de la vigencia de los Derechos Humanos.

a.1.5. El fin de la guerra fría y los nuevos alineamiento 1986-1991

Los años más recientes han sido ocasión de debates políticos y de constitución de alianzas regionales de países. Este último fenómeno tuvo un carácter progresivo en el período de los sesentas, al sumarse a la organización diversos países del Tercer Mundo y expandirse los criterios sobre los Derechos Humanos. Hoy, sin embargo, toma la forma de una alianza política de autoprotección. El objetivo inicial de países como los del grupo GRULA (Grupo Latinoamericano) es evitar que se les

llame la atención sobre el estado de los Derechos Humanos en su propio país. Respaldada en una posición de progresiva independencia frente a las superpotencias -y en especial frente a los Estados Unidos- la práctica de estos países no tiene, sin embargo, nada de progresiva. El grupo tiene como única consecuencia la posible desestabilización del sistema de protección y la tolerancia de las violaciones ocurridas en diversos países de América Latina.

En los últimos tres años, la Comisión ha reafirmado una actitud más política que técnica, perjudicando así la causa de la protección de los Derechos Humanos. Ciertamente, la responsabilidad por esta hiperpolitización de la Comisión no descansa exclusivamente en las alianzas regionales, sino también en los intentos de algunos países de occidente -como los Estados Unidos- de utilizar la Comisión para desestabilizar a algunos países, para afirmar sus puntos de vista ideológicos, y para defender a sus aliados, sin consideración por el problema mismo de los Derechos Humanos.

La ideologización de hechos objetivos como las violaciones de derechos no lleva sino a reducir el impacto de las condenas o a encontrar falsos argumentos para justificar las violaciones. Esta situación ha conducido, por ejemplo, a que los informes elaborados por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones haya tenido escasas consecuencias prácticas. En la discusión del último informe, algunos representantes evitaban incluso citar a los países por sus nombres, interviniendo solo referencialmente.

Del mismo modo, la Comisión ha podido presenciar las consecuencias de los cambios en Europa del Este. En su sesión de 1990, Bulgaria y Hungría votaron a favor de una investigación sobre China, Cuba e Irak, mientras que la URSS votó en contra en los dos primeros casos y se abstuvo en el último. Brasil, Colombia, México, Perú y Venezuela votaron por no tomar acción.

En 1990, el Consejo Económico y Social aumentó el número de miembros a 53, que fueron elegidos en mayo de 1991, y que asistirán a la sesión de 1992. El aumento de miembros con cuo-

tas muy exactas por regiones permite prever que continuará un alineamiento regional que, de no quebrarse, puede impedir un estudio eficaz de las situaciones de Derechos Humanos en el Tercer Mundo y sustituir la polarización este-oeste por la norte-sur. De ser así, se hará más claro un perfil que, en el tema de los Derechos Humanos, tendrá un solo perdedor -las víctimas de las violaciones- y un único protegido -los gobiernos-.

Una de los cambios más interesantes de los últimos años fue la propuesta de Enrique Bernales, Presidente de la Comisión durante la sesión de 1991. La propuesta, aprobada en esa sesión, planteó someter al Consejo Económico y Social la aprobación de un Grupo de Trabajo conformado por cinco expertos para que realicen un reporte anual sobre las detenciones arbitrarias. Si este grupo responde con eficacia e iniciativa - como lo ha hecho el de desapariciones forzadas- puede constituir un aporte importante para el sistema de protección.

En la última reunión del Comité ,realizada en Ginebra del 28 de enero al 8 de mayo de 1991, asistieron 73 gobiernos en calidad de observadores y 139 organizaciones no gubernamentales.

a.2. El Procedimiento Confidencial (Resolución 1503)

La mayor parte de las comunicaciones sobre violaciones a los Derechos Humanos que llegan a las Naciones Unidas son tramitadas a través del Procedimiento Confidencial, establecido por las resoluciones del Consejo Económico y Social 728F y 1503. Las comunicaciones varían en cuanto al contenido, que oscila desde casos individuales hasta denuncias sobre una situación nacional.

El procedimiento no está planteado, sin embargo, para denuncias individuales; apunta a cubrir situaciones más globales de violaciones a los Derechos Humanos. Hasta la fecha han sido 67 los países sometidos al procedimiento creado por la Resolución 1503. El procedimiento establecido por los procedimientos 728F y 1503 puede ser apropiado si lo que se desea es un análisis de la situación general de un país donde se produz-

can graves y consistentes violaciones a los Derechos Humanos. Para ello es muy importante la presentación de información detallada y extensa sobre la práctica gubernamental. La información que se denuncia a través de este procedimiento reservado puede ser la misma que se denuncia a través de los organismos especializados, como los de desapariciones o ejecuciones extrajudiciales.

Si una organización no-gubernamental ha presentado una denuncia a través del procedimiento confidencial y, al mismo tiempo, tiene *status* consultivo o utiliza el *status* consultivo de otra organización ante la Comisión Económica y Social (ECO-SOC), está permitida para referirse en sus declaraciones públicas a preocupaciones sobre el mismo país al que ha denunciado. Esta referencia es posible, siempre y cuando no se aluda a ninguna decisión tomada bajo el procedimiento reservado.

a.2.1. Fases del procedimiento

El Procedimiento Confidencial tiene cinco fases:¹⁵

- (i) Fase Uno. El Secretariado de las Naciones Unidas envía una nota de recepción al autor de la comunicación. Cualquier individuo o grupo puede presentar una denuncia. Se envía copia de esta denuncia al país afectado, invitándolo a responder a la comunicación. Confidencialmente, circula entre los miembros de la Comisión de Derechos Humanos y la Sub-Comisión una lista mensual que resume cada comunicación y reproduce el texto completo de la respuesta del gobierno.
- (ii) Fase dos. El Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones de la Sub-Comisión revisa las comunicaciones y las respuestas de los gobiernos recibidas durante el año anterior. En base a esta revisión, decide qué comunicaciones parecen "revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales."
- (iii) Fase tres. La Sub-Comisión en pleno revisa las comunicaciones entregadas por su grupo de trabajo y decide qué país parece revelar un cuadro persistente de violaciones. La Sub-Comisión informa a la Comisión qué países han sido seleccionados por ella. Los países no seleccionados son apartados del procedimiento o mantenidos pendientes para la siguiente reunión.

- (iv) Fase cuatro. El Grupo de Trabajo sobre Situaciones recomienda a la Comisión de Derechos Humanos qué acción debe tomarse en cada caso.
- (v) Fase cinco. El pleno de la Comisión de Derechos Humanos invita a un representante del gobierno de cada país bajo revisión a una sesión cerrada con el objeto de responder a las preguntas de sus miembros. Posteriormente, la Comisión decide si finaliza el procedimiento, retirando de él al país en cuestión o si lo mantiene pendiente, bajo revisión confidencial hasta la siguiente sesión, o bien lo transfiere a consideración pública. Después de la sesión, el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos nombra públicamente a los países que fueron sometidos a decisión.

a.2.2. Las opiniones sobre el procedimiento confidencial

En general, no existe una buena opinión sobre este procedimiento. La confidencialidad solo favorece a los países que pueden ser investigados. O'Donnell señala que el procedimiento ha evolucionado y, en la práctica, más que una investigación, constituye un diálogo entre el país afectado y la Comisión, con <el flexible plazo> de que la situación de violaciones mejore o desaparezca.

Se ha sostenido que, en algunos casos, el mecanismo ha permitido mantener en análisis a países con persistentes violaciones a los Derechos Humanos y construir un sentimiento internacional de aislamiento en la materia. En este sentido, los casos de Chile y Sudáfrica son los más saltantes.

Entre las críticas más importantes al procedimiento, tenemos: (a) la confidencialidad, que impide un debate público sobre lo que es una materia pública: una obligación internacional de protección de derechos básicos; (b) la lentitud y postergación que lleva a que los temas debatidos siempre estén por detrás de los tiempos políticos que se requieren para impedir que las violaciones se incrementen o para salvar vidas amenazadas; (c) influencia política: los países presentes en la Comisión muchas veces están dispuestos a intercambiar votos con el objeto de consolidar una mutua protección que impida la realización de investigaciones en sus propios casos. Si bien con el fin de la guerra fría, este enfrentamiento ha disminuido, en el pasado el

alineamiento entre el bloque occidental contra el bloque soviético promovía votaciones totalmente ideologizadas; (d) ausencia del derecho de réplica para los autores de las denuncias. Mientras el gobierno tiene dos derechos -contestar por escrito las denuncias y defenderse oralmente ante la Comisión- las personas u organizaciones que efectúan la denuncia solo tienen el derecho de denunciar. Evidentemente, existe una desigualdad procesal que privilegia en exceso la posición de los gobiernos. En una situación de alineamiento político, el procedimiento puede devenir absolutamente inútil para algunos países, especialmente los países difíciles de constituirse en blancos, como aquellos con democracias electas y que mantienen violaciones a los Derechos Humanos.

No es claro qué efecto punitivo pueden tener las acciones confidenciales. Las delegaciones encuentran difícil criticar a sus contrapartes. ¿Existe real confidencialidad? Lo cierto es que los países tienden a votar con mejor sentido en público.

En general, se sostiene que el procedimiento es innecesariamente lento, complejo, secreto y vulnerable a la influencia política. Si el objeto es obtener una pronta publicidad para una situación de graves violaciones, el procedimiento 1503 no es apropiado. Después de que la denuncia ha sido enviada, no habrá oportunidad de defender oralmente o recontestar al gobierno. Por ello, es indispensable que toda la información sea presentada desde el primer momento. Es posible enviar información suplementaria después, pero la Comisión y la Sub-Comisión no están obligadas a tomarla en cuenta.

Un aspecto importante de este procedimiento es que, dado su carácter general, no impide la utilización de otros mecanismos, ya sea a través de las Naciones Unidas o a través de los organismos regionales encargados.

b. El Procedimiento Público

Las organizaciones no gubernamentales que poseen *status* consultivo tienen derecho a participar en las sesiones de la Comisión y la Sub-Comisión. El tiempo concedido a cada organi-

zación no gubernamental es de diez minutos, y puede ser ejercido al final de la agenda. La presentación de denuncias orales durante el período de sesiones de la Comisión y de la Sub-Comisión constituyen un tema importante en ambas instancias.

c. Los Mecanismos Temáticos

La Comisión ha establecido cinco mecanismos temáticos: sobre desapariciones (1980), ejecuciones arbitrarias (1982), tortura (1985), tolerancia religiosa (1986) y mercenarios (1987). En su sesión de 1988, la Comisión renovó por dos años los mandatos de todos los relatores especiales, excepto el del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas, que previamente había sido renovado por un año. En parte, esto fue resultado del esfuerzo de algunos países miembros y de organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional. Ultimamente se ha establecido el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias.

c.1. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas

En general, los llamados "procedimientos temáticos", sobre desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, tortura, intolerancia religiosa, mercenarios y otros, han sido vistos como desarrollos adecuados y eficientes del sistema de protección.

Este grupo fue constituido por la Comisión de Derechos Humanos a través de la resolución 20 (XXXVI) del 29 febrero de 1980. Fue aprobado por el Consejo Económico y Social mediante decisión 1980/128. Su origen está ligado a la preocupación de la comunidad internacional sobre la práctica de la "desaparición forzada" en América Latina, especialmente en Chile y en Argentina. En diciembre de 1978, una resolución de la Asamblea General había manifestado su preocupación respecto de estos hechos, señalando que las autoridades nacionales debían investigarlos, afirmando la responsabilidad de las fuerzas del orden en tales prácticas y la conexión de la tortura y el asesinato con la desaparición forzada.

El fenómeno de la desaparición no es, sin embargo, nuevo. Ha ocurrido en países como Guatemala por lo menos desde 1966. También fue una práctica utilizada por las tropas de ocupación alemana contra la resistencia francesa. Lo cierto e interesante es que, en este caso, la institucionalidad de las Naciones Unidas intentó responder frente a un fenómeno real, creando el grupo de trabajo.

Este grupo está formado por cinco miembros. El mandato otorgado al grupo fue: (a) examinar los temas relevantes para el caso de las desapariciones forzadas o involuntarias; (b) buscar recibir información de gobiernos, organizaciones inter-gubernamentales, organizaciones humanitarias y otras fuentes fidedignas; y (c) tener en mente la necesidad de responder efectivamente a la información que llegue ante ella y realizar su trabajo con discreción.

El grupo ha remarcado dos características para su trabajo: humanitarismo y discreción. La primera plantea que el objetivo es salvar vidas, conseguir información sobre las personas desaparecidas y lograr que los gobiernos reconozcan su detención. El objetivo de acusar a un país de realizar tales actos es muy secundario. El carácter discreto del trabajo del grupo tiene relación con su ubicación en relación a los otros mecanismos de las Naciones Unidas. Siendo un equipo de trabajo creado por la Comisión, que a su vez depende del Consejo Económico y Social, su jerarquía y jurisdicción es muy limitada y precisa. La discreción también busca proteger a las personas que proveen la información, ya que sobre ellas podrían recaer represalias. Del mismo modo, supone no avergonzar a los países acusados de prácticas de desaparición forzada. Discreción significa, así, confidencialidad en la realización de diversas acciones del grupo y precaución en su mandato.

Una de las características más interesantes de este procedimiento es que permite que víctimas individuales -o sus parientes- puedan dirigirse directamente a una instancia de las Naciones Unidas. Un ejemplo es la implementación de las llamadas "acciones urgentes". Algunos autores han sostenido que

esta acción sería una especie de *habeas corpus* internacional. Por su trabajo sobre casos, sus visitas a diversos países y sus informes, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas se ha constituido en un efectivo mecanismo de implementación. Para ello, ha contado solamente con el respaldo que su labor puede generar en la Comisión y con un mandato legal que, sin consistir en un tratado específico, se basa en la Carta de las Naciones Unidas y en la resolución que constituyó al grupo. Algunos expertos han sugerido que los relatores especiales pueden seguir en el futuro el camino abierto por el grupo de trabajo, para generar una dinámica más flexible y concreta.

Con el objeto de mejorar el trabajo de ubicación de personas y de precisar los pedidos de investigación ante los gobiernos, el grupo estableció en 1988 ciertos criterios de admisibilidad de las denuncias: (i) Nombre completo de la persona desaparecida. (ii) Fecha de la desaparición. Día, mes y año en que la persona fue arrestada o vista por última vez. En este caso, es suficiente una información aproximada. (iii) Lugar del arresto o lugar donde la persona fue vista por última vez. (iv) Persona o institución que presumiblemente llevaron a cabo el arresto o secuestro, y que mantienen a la persona en un lugar de detención desconocido. (v) Acciones realizadas para encontrar el paradero de la persona o breve descripción de las vías internas utilizadas para ubicar a la persona desaparecida. El grupo también ha establecido que la aceptación de informes se basa en el supuesto de que <se originan en los familiares> y ha planteado que los denunciadores se mantengan siempre en contacto con los familiares.

Estos criterios se aplican mayormente a los casos ordinarios antes que a las acciones urgentes. En estos casos, se prescinde de toda formalidad con el propósito de lograr el fin humanitario del grupo: ubicar al desaparecido y eventualmente salvar su vida. Es conveniente mencionar que, frente al intento de parte de Colombia de exigir que el grupo utilizara los criterios de admisibilidad impuestos por el Comité de Derechos Humanos - órgano de control del Pacto de Derechos Civiles y Políticos-, el grupo replicó correctamente que ambos procedi-

mientos no pueden asemejarse, dado que los propósitos del grupo difieren de los objetivos, la escala, y la aplicación del Protocolo Opcional al Pacto y, en consecuencia, no requieren de la formalidad de este último.

Se ha señalado que el hecho de que el grupo de trabajo así como los relatores especiales elaboren informes generales sobre todos los países afectados limita el impacto que el trabajo del grupo podría tener en cada país si se realizaran estudios específicos. Después de todo, estar en una lista con muchos otros estados rebaja un poco la importancia del hecho y aminora la vergüenza internacional que los estados tendrían que enfrentar. La naturaleza temática de la labor del grupo de trabajo y su carácter básicamente humanitario quizás podrían explicar esta limitación. De acuerdo con algunos analistas, la eficacia del grupo de trabajo o de los relatores depende en gran medida del compromiso real que tengan.

Los países que, de acuerdo al Grupo de Trabajo, tuvieron el mayor número de desapariciones durante 1990, fueron: Perú (231), Colombia (82), Guatemala (74), Sri Lanka (44), Filipinas (43), El Salvador (7), Irán (7) y China (5). Desde la constitución del grupo de trabajo, los países con mayor número de desapariciones han sido Irak (3,420), Argentina (3,385), Guatemala (2,972), El Salvador (2,168), Perú (1,905), Sri Lanka (1,140), Colombia (649), Filipinas (497), Chile (461), Irán (450), Líbano (242), México (219), Honduras (126), Marruecos (108), Nicaragua (101) e India (90).

c.2. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria

El grupo de trabajo fue creado por la Comisión de Derechos Humanos en su 47 período de sesiones. La Resolución 1991/42 "Cuestión de la detención arbitraria", constituyó por un período de tres años, un grupo de trabajo compuesto de cinco expertos independientes con el cometido de investigar los casos de detención impuesta arbitrariamente o que por alguna circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de

los Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados. El grupo de trabajo estableció sus métodos de trabajo y los principios para la presentación de casos en el primer informe en 1992. Durante el período septiembre de 1991 a diciembre de 1992, el Grupo de Trabajo examinó 382 casos. En 93 de esos casos encontró evidencias para declarar la detención como arbitraria, en 1 caso estableció que la detención no era arbitraria. 126 casos fueron declarados archivados y 162 aún son casos pendientes. El informe de 1993, el que contiene las resoluciones referentes a estos casos revela un tratamiento metódico y detallado que resulta un aporte al sistema de protección de los derechos humanos. Es conveniente sin embargo que tal trabajo tenga un mayor nivel de publicidad y conocimiento, lo que puede constituir un elemento importante de presión para detener las detenciones arbitrarias en el mundo.

El grupo de trabajo ha establecido dos sistemas de denuncias, uno de procedimiento normal y otro de procedimiento especial, denominado "acción urgente".

(i) El procedimiento se inicia con la denuncia. Los denunciados posibles son: los individuos interesados, sus familiares, los representantes de los afectados o sus familiares, los gobiernos y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. La denuncia debe ser presentada por escrito, dirigida a la secretaría del Grupo, en el Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas, proporcionando el apellido, el nombre y la dirección del remitente, y si los tiene, números de teléfono, télex y telefax.

El grupo de trabajo recomienda que las denuncias contengan la siguiente información: (a) la fecha y el lugar de detención y las fuerzas que se presume han realizado esa detención, junto con toda la demás información que arroje luz sobre las circunstancias en que la persona fue arrestada o detenida; (b) las razones dadas por las autoridades para el arresto o detención o los delitos; (c) la legislación pertinente aplicada al caso en cuestión; (d) las medidas internas adoptadas, incluidos recursos internos, especialmente recursos a las autoridades administrativas y legales, particularmente para la verificación de la detención y, cuando corresponda, sus resultados o las razones por las que esas medidas fueron ineficaces o no fueron toma-

das; (e) una breve reseña de las razones por las que la privación de libertad es considerada arbitraria.

(ii) Los casos recibidos por la Comisión son transmitidos al Gobierno, con el objeto de que este responda sobre los hechos denunciados. El grupo ha adoptado la decisión que la investigación de los hechos sea de índole adversarial, es decir con la participación tanto de los denunciantes como de los gobiernos denunciados en el establecimiento de los hechos. La respuesta del Gobierno aludido debe producirse en un plazo no mayor de 90 días. Si no se recibe respuesta del Gobierno, el Grupo de Trabajo puede emitir una opinión con los elementos de juicio recibidos.

iii) Toda información enviada por el Gobierno aludido, relativa a los casos bajo investigación será transmitida a las fuentes de las que se recibieron las comunicaciones. El denunciante puede contestar las observaciones sobre el tema o información adicional que considere pertinente.

(iv) Luego de examinadas la respuesta del Gobierno y la contrarrespuesta de los denunciantes, o en el caso de que el Gobierno no hubiera contestado, examinando los elementos de juicio al alcance del Grupo de Trabajo, se emitirá una decisión, la que puede ser:

- (a) El caso se archiva, cuando la persona ha sido puesta en libertad (aun cuando el Grupo puede decidir si la detención producida fue arbitraria); cuando se ha establecido que no es arbitraria la detención; cuando no puede mantenerse pendiente debido a insuficiente información;
- (b) Se decide que se ha establecido el carácter arbitrario de la detención. Se hacen recomendaciones al Gobierno al respecto. Se señalan esas recomendaciones a la Comisión de Derechos Humanos en el informe anual del Grupo de Trabajo.
- (c) El caso se mantiene pendiente, para obtener mayor información.

d. El Comité de Derechos Humanos

El Comité fue establecido en 1977, de acuerdo con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está constituido por 18 miembros elegidos entre nacionales de

los Estados Partes y que ejercen su cargo por un período de cuatro años a título personal.

El Comité se reúne tres veces al año, usualmente entre marzo y abril en la sede de las Naciones Unidas de Nueva York, en julio en la sede de las Naciones Unidas de Ginebra y entre octubre y noviembre, también en la sede de Ginebra.

Las tareas del Comité están señaladas en los artículos 40 a 45 del Pacto. Entre ellas están: estudiar los informes sobre las medidas adoptadas por los Estados Partes para cumplir con los derechos estipulados en el Pacto; transmitir informes, así como los comentarios que considere adecuados, a los Estados Partes; promover las soluciones amistosas. El Comité elabora un informe anual sobre su actividad, que es sometido a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los informes elaborados por los Estados Partes y sometidos al Comité son públicos.

Bajo el Protocolo Adicional se reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que sostengan ser víctimas de violación de alguno de los derechos consignados en el Pacto. La víctima o sus familiares cercanos deben dirigirse al Comité. Para hacerlo, hay que agotar las vías internas disponibles. Después de que el Comité transmite al estado involucrado la información pertinente, éste tiene un plazo de seis meses para presentar por escrito sus explicaciones. El Comité examina las informaciones recibidas del estado y el denunciante a puerta cerrada -en reserva- y presenta sus observaciones al Estado Parte y al denunciante. El Comité está prohibido de considerar una comunicación si está siendo examinada bajo otro procedimiento internacional; por ejemplo, bajo el sistema americano de protección de derechos. Las organizaciones no gubernamentales pueden asistir a las sesiones públicas del Comité, pero no pueden participar en ellas. No tienen acceso a las sesiones de denuncias individuales, que son reservadas.

Amnistía Internacional sugiere tomar en cuenta ciertos criterios para escoger entre la vía regional o la del Comité:

(i) examinar la naturaleza de la violación y evaluar si el texto del tratado regional protege de manera más precisa el derecho violado; (ii) estudiar el antecedente de casos similares ante el Comité o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; (iii) las posibilidades de tener éxito en uno u otro procedimiento; (iv) la velocidad del procedimiento y la urgencia de la acción; (v) si el uso de este procedimiento puede o no impedir el uso de algún procedimiento alternativo; (vi) la actitud del Comité sobre precedentes similares.

e. El Comité contra la Tortura.

De acuerdo con el artículo 17 de la Convención, fue creado el Comité contra la Tortura. Este Comité está compuesto por diez expertos de "gran integridad moral y reconocida competencia en materia de Derechos Humanos", que ejercen sus funciones a título personal. Ellos son electos para un período de cuatro años por los Estados Partes en la Convención, entre los nacionales de esos países. La tareas del Comité están señaladas en los artículos 19 a 24 de la Convención. Entre ellas, están estudiar los reportes de los Países Partes sobre las obligaciones que adquieren al ratificar la Convención; realizar investigaciones confidenciales, si se decide que existen indicadores fundamentados de que en un País Parte se lleva a cabo tortura de modo sistemático; realizar funciones dirigidas a resolver disputas entre los Estados Partes en relación a la aplicación de la Convención; recibir y examinar comunicaciones enviadas por personas que aleguen ser víctimas o representar a víctimas de tortura, siempre y cuando el Estado Parte haya efectuado una declaración de aceptación de la competencia del Comité para asumir esa función (artículo 22); presentar un informe anual sobre sus actividades.

En enero de 1990, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Cruelles o Degradantes, tenía 51 Estados Partes, de los cuales 23 habían aceptado, bajo los artículos 21 y 22, la competencia del Comité contra la Tortura para considerar materias de disputa entre estados y entre individuos y estados. Once estados han declarado, bajo el artículo 20 de la Conven-

ción, que no reconocen la competencia del Comité para realizar investigaciones confidenciales o misiones *in loco* en sus territorios.

f. *Nuevas vías de protección: La Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador*

Últimamente las Naciones Unidas han abordado nuevas vías de protección de los derechos humanos. Se trata del establecimiento de divisiones de derechos humanos en las misiones de observadores. La diferencia fundamental entre esta nueva modalidad de vigilancia de los derechos humanos estriba en la intermediación entre los funcionarios de Naciones Unidas y los países en los que desarrollan sus misiones. En el caso de los grupos temáticos, como los de desapariciones o detención arbitraria, los encargados de recibir las denuncias no viven en el mismo país, lo que dificulta la posibilidad de recoger testimonios directos, revisar pruebas o actuar con rapidez en casos urgentes. Ubicar funcionarios especializados en la protección de derechos humanos en las mismas zonas donde se producen las violaciones, ha permitido una mayor eficacia, aun cuando ha planteado también nuevos problemas y retos al funcionamiento de las Naciones Unidas. Aun cuando la experiencia comprende a diversas misiones, como la de Camboya y más recientemente la de Haití, quizás la más desarrollada ha sido la de la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (más conocida como ONUSAL).

Alentados por el entonces Secretario General Javier Pérez de Cuéllar y su Representante Alvaro de Soto, el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN), suscribieron diversos acuerdos que dieron lugar al fin del conflicto armado en ese país centroamericano. Este es un caso sin precedentes en el que "la organización interpone sus buenos oficios para la solución de un conflicto interno y en la que asume la verificación de todos los compromisos asumidos por las partes, incluido el seguimiento de la situación de los derechos humanos en el país con miras a su protección y promoción".

Si bien la verificación encargada a las Naciones Unidas comprendía áreas muy diversas todas ellas señaladas en los acuerdos, una función fundamental a desarrollar por la Misión fue la de observar y verificar el respeto de los derechos humanos. Así ONUSAL tiene tres divisiones, la de derechos humanos, la que fue la primera en constituirse, la de observadores militares y la de observadores policiales. El acuerdo firmado el 26 de julio de 1990, más conocido como Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, fue el instrumento convencional que estableció obligaciones de ambas partes en relación a los derechos humanos, sometiendo la conducta de ambos bandos a la observación y verificación internacional de las Naciones Unidas.

Dado el carácter estatal de la obligación referida a los derechos humanos, era clara la obligación del Gobierno de El Salvador. El problema podía surgir con las obligaciones del FMLN, para salvar este obstáculo el Acuerdo también señaló que: "el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional tiene la capacidad y la voluntad y asume el compromiso de respetar los atributos inherentes a la persona humana".

El acuerdo definió para sus efectos los derechos humanos como: "los reconocidos por el ordenamiento jurídico salvadoreño, incluidos los tratados en los que El Salvador es parte, así como por las declaraciones y principios sobre derechos humanos y sobre derechos humanitarios aprobados por las Naciones Unidas y por la Organización de los Estados Americanos;". Abundando en la obligación genérica de respeto a los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales, el Acuerdo contiene igualmente una descripción sumamente detallada de algunos de los derechos humanos que las partes se obligan a respetar, destacan entre ellos los derechos a la vida, la integridad, seguridad y libertad de las personas.

La Misión de Observadores de las Naciones Unidas debía verificar el cumplimiento de estas obligaciones. Para su labor la misión debía "prestar especial atención a la observancia de los derechos a la vida, a la integridad y a la seguridad de la

persona, al debido proceso legal, a la libertad persona, a la libertad de expresión y a la libertad de asociación". Además la Misión debía "esclarecer cualquier situación que parezca revelar una práctica sistemática de violación a los derechos humanos y, en su caso, recomendar a la Parte a la que el asunto concierna las medidas apropiadas para erradicar esa práctica". Pero la Misión debía igualmente "considerar casos singulares".

Para ejercer ese mandato ONUSAL goza de facultades hasta ahora no otorgadas permanentemente a ninguna instancia internacional instalada en un país. (a) Verificar la observancia de los derechos humanos; (b) recibir comunicaciones que contengan denuncia sobre violaciones; (c) visitar libremente cualquier lugar o establecimiento sin previo aviso; (d) entrevistar, libre y privadamente, a cualquier persona, grupos e integrantes de entidades o instituciones; (e) recoger por los medios que estime adecuados, toda información que considere pertinente; (g) formular recomendaciones a las partes; (h) ofrecer su apoyo al Organo Judicial de El Salvador; (i) dirigirse al Fiscal; (j) Diseñar y ejecutar una campaña educativa y divulgativa sobre derechos humanos, así como sobre las funciones de la propia Misión; (k) hacer uso de medios de comunicación social; (l) informar regularmente al Secretario General y por su intermedio a la Asamblea General.

Entre agosto de 1991 y noviembre de 1992 ONUSAL recibió 3,380 denuncias por violación de derechos humanos o humanitarios. Pese a algunas críticas locales, y a los retos y dificultades que plantea un trabajo innovador, ONUSAL se ha constituido a juicio de todas las partes— en una pieza central del proceso de paz en El Salvador. Su labor que ha combinado la educación, la gestión de casos, la promoción del compromiso de las partes, el aliento al cambio, han influenciado sin lugar a dudas la conducta tanto de las fuerzas gubernamentales como del FMLN. Lo que la propia ONUSAL ha llamado la "verificación activa", por oponerla a aquella que se realiza por fuera del territorio donde se produce la denuncia, plantea retos inéditos al desarrollo de las Naciones Unidas y ciertamente se ofrece como una alternativa para la eventual pacificación de

países en los que se enfrenta una situación de conflicto armado interno y/o sistemáticas violaciones a los derechos humanos.

g. *Una vía inéditas de actuación de las Naciones Unidas:
La Comisión de la Verdad para El Salvador*

El Informe de la Comisión de la Verdad¹⁶ es, por su contenido y revelaciones una de las esperanzas de muchos activistas de los derechos humanos. El informe demostró que es posible descubrir y denunciar crímenes, aun cuando hayan transcurrido muchos años de su realización. Si bien los juicios penales dependen de las decisiones tomadas en cada país, las personas comprometidas en violaciones de derechos humanos pueden ver a través de este informe que la impunidad no es la última palabra. La denuncia pública y el consecuente señalamiento por la opinión pública internacional, finalmente ocurren.

El Salvador ha atravesado un complejo y meticuloso proceso de acuerdos para conseguir la paz. La firma de la paz puso fin a más de una década de enfrentamiento interno y constituye hoy en día un ejemplo para el mundo entero sobre cómo encontrar vías de concertación para lograr la reconciliación nacional. Este enorme esfuerzo de las partes envueltas en el conflicto llevó a la realidad la tremenda aspiración nacional de paz. El mandato de la Comisión de la Verdad debe entenderse en el contexto y como parte de esos Acuerdos para la Paz suscritos por el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) a lo largo de tres años.

Tal y como lo señaló el Acuerdo de Ginebra de 1990 los ambiciosos propósitos de este delicado proceso fueron: "terminar el conflicto armado, impulsar la democratización del país, garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos y reunificar a la sociedad salvadoreña". La agenda para el proceso incluía reformas en las fuerzas armadas, los derechos humanos, los sistemas judiciales y electoral. También se debía llegar a acuerdos sobre la reforma constitucional, diversas cuestiones económicas y sociales así como la reintegración en la sociedad

de los miembros del FMLN y la verificación a cargo de las Naciones Unidas.

En el camino de lograr la paz las dos partes, con la activa participación de las Naciones Unidas, acordaron constituir una comisión, inédita en su mandato, prerrogativas y fines que pudiera revelar el fenómeno de violencia ocurrido en los últimos diez años. La constitución de la Comisión fue aprobada por las partes en México el 27 de abril de 1991, dentro de un acuerdo que también comprendía reformas en la Fuerza Armada, el sistema judicial (encaminadas a establecer mecanismos de garantía para los derechos humanos) y el sistema electoral.

El acuerdo sobre la Comisión de la Verdad fue bastante amplio en cuanto al mandato de la Comisión y al mismo tiempo preciso en cuanto a sus facultades. La Comisión fue encargada de dos grandes tareas: (a) la investigación de graves hechos de violencia y (2) la elaboración de recomendaciones destinadas a prevenir la repetición de tales hechos. En el Acuerdo Final suscrito en Chapultepec, en México el 16 de enero de 1992, las partes remiten también a la Comisión de la Verdad el esclarecimiento y superación de todo señalamiento de impunidad. Como lo dijo el Secretario General Boutros Boutros Ghali esta Comisión debía encargarse "de la tarea esencial para la reconciliación, de descubrir la verdad en lo que respecta a los actos de violencia mas infames de la década pasada".

En el Acuerdo de México, la Comisión recibió el mandato de realizar una:

"investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad."

Al realizar esa investigación el acuerdo precisó que la Comisión debería tener en cuenta:

"a) La singular trascendencia que pueda atribuirse a los hechos a ser investigados"

"...sus características y repercusión"

"...así como la conmoción social que originaron"

La Comisión entendió por graves hechos de violencia aquellos actos que, durante el período a analizar, constituyeron atentados contra la vida, la integridad personal y la libertad de las personas. Entre estos hechos se encuentran la ejecución extra-judicial, la desaparición, la tortura, la detención arbitraria y otros actos que por su número y frecuencia, por la importancia de los derechos vulnerados, por la cantidad de personas afectadas, y por su especial relevancia, habían generado una gran repercusión y conmoción social en El Salvador.

Para la Comisión esos hechos que tuvieron singular trascendencia y causaron amplia repercusión y conmoción social, y por ende eran materia de la investigación, debían clasificarse en dos categorías: (a) los hechos singulares que, individualmente considerados, conmovieron a la sociedad salvadoreña; (b) ciertos patrones sistemáticos de violencia, formados por la repetición de hechos de características similares, que ponen de manifiesto una responsabilidad común, y que, en su conjunto tanto por el número de personas afectadas como por su persistencia, han tenido un impacto no menor sobre la conciencia colectiva. A juicio de la Comisión, tuvo igual importancia el esclarecimiento de la verdad respecto de estas dos categorías de hechos. Por lo demás, estos dos conjuntos de hechos no son excluyentes, pues muchos de los actos de violencia singulares que más fuertemente impresionaron a la opinión pública estaban a su vez comprendidos, por sus características, en patrones sistemáticos de violencia.

La Comisión consideró como graves hechos de violencia las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. La Comisión entendió igualmente que la existencia de un patrón sistemático de violación de derechos humanos también constituye un grave hecho de violencia.

Para el cumplimiento de esa misión la Comisión debía tomar en cuenta:

“b) La necesidad de crear confianza en los cambios positivos que el proceso de paz impulsa y de estimular el tránsito hacia la reconciliación nacional.”

El mandato también específico que las “actuaciones de la Comisión no son jurisdiccionales”. Así, la Comisión no tuvo facultades para establecer sanciones ni para decir justicia, en el sentido de establecer obligaciones jurídicas y penalizar. La misión encomendada a la Comisión no fue penalizar o sancionar sino mostrar la verdad. Las mismas instituciones salvadoreñas son las llamadas a decidir sobre las posibles sanciones a los responsables de los graves hechos de violencia informados. Sin embargo esta especificación no provocó limitación alguna para la investigación de casos y para establecer la verdad de los hechos. La Comisión entendió su rol como el de una instancia moral, no jurisdiccional, que debía decir la verdad de lo ocurrido, ante la inexistencia de instituciones nacionales que pudieran, en la actualidad, abordar la misma tarea.

En el aspecto de las recomendaciones que le fueron encargadas a la Comisión, el acuerdo también fue explícito, se trata de:

“...recomendar las disposiciones de orden legal, político o administrativo que puedan colegirse de los resultados de la investigación. Dichas recomendaciones podrán incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos, así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional.”

El acuerdo estableció también una plena autonomía funcional de la Comisión de la Verdad:

“7. La Comisión está ampliamente facultada para organizar su trabajo y su funcionamiento. Sus actuaciones se realizarán de manera reservada.”

El acuerdo otorgo también amplias, y ciertamente inéditas, facultades de investigación para la Comisión:

“8. A los fines de la investigación, la Comisión está facultada para:

- a) Recoger, por los medios que estime adecuados, toda información que considere pertinente. La Comisión tendrá plena libertad para utilizar las fuentes de información que estime útiles y confiables. Recibirá dicha información dentro del plazo y en la forma que ella misma determine.
- b) Entrevistar, libre y privadamente, a cualesquiera personas grupos e integrantes de entidades o instituciones.

- c) Visitar libremente cualquier establecimiento o lugar sin previo aviso.
- d) Practicar cualquier otra diligencia o indagación que estime útil para el cumplimiento de su mandato, incluso la solicitud a las partes de informes, antecedentes, documentos o cualquier otra información a autoridades y servicios del Estado.

La Comisión recibió la sugerencia de una de las partes de omitir los nombres de los responsables de las violaciones. La Comisión consideró que la amplitud del mandato conferido no solo no le impedía el nombramiento de los responsables específicos de cada violación, sino que la obligaba a realizar esa individualización. Por esa razón, ahí donde se llegó a la plena convicción de la existencia de una responsabilidad, existía el deber moral de hacerla de conocimiento a través de informe y así lo hicieron. La verdad que los acuerdos demandaron de la Comisión implicaba sin duda el conocimiento de los protagonistas de los hechos de violencia, en especial cuando los culpables se mantuvieron por diversas razones ocultos al juicio público y no pudieron hasta la fecha ser conocidos.

Uno de los aspectos mas importantes del mandato de la Comisión fue su carácter inédito. Por primera vez, en la historia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, dos partes en un conflicto armado no internacional acuerdan la revisión imparcial e internacional de su conducta durante ese conflicto. No existe precedente en relación a la naturaleza, composición y funciones de esta Comisión. En otras experiencias, como por ejemplo la de la CONADE de Argentina o la Comisión Verdad y Reconciliación de Chile, se trató de comisiones nacionales con mandatos específicos y en otros casos —tampoco comparables— fueron instancias internacionales como la del Tribunal de Nuremberg, muy distintas en su composición y fines y en relación con guerras internacionales.

Se trata también de la primera vez en la que las partes envueltas en un conflicto se obligan voluntariamente a cumplir con recomendaciones emitidas por una instancia internacional

que se dirijan a evitar la repetición de los horrores de la violencia.

En este aspecto hay que elogiar a las partes que firmaron los acuerdos de paz. Ambas —tanto el Gobierno de El Salvador como el FMLN— tuvieron la valentía y la generosidad de aceptar que una instancia, por su propia definición y composición, neutral, examinara la forma en que se desarrolló el conflicto armado y por ende la forma en la que ambas tomaron parte en ella. No han existido casos previos en los que, como parte de los acuerdos de paz dentro de un proceso de reconciliación nacional, se haya acordado el examen de la realidad de un conflicto armado no internacional y del uso de medios legales o no para el uso de la fuerza. Ciertamente que el uso de la violencia, tal y como se desarrollara en este informe, no estuvo limitado a las partes en conflicto sino que se extendió mucho más allá, a sectores de la sociedad civil que organizaron grupos de violencia particular como por ejemplo los escuadrones de la muerte.

El carácter inédito de la Comisión la confrontó con problemas cuya respuesta no tenía antecedente alguno. Entre ellos la valoración de la prueba, la protección de testigos, el procesamiento de los testimonios, el respeto por el derecho a la defensa y al debido proceso, los criterios para establecer una convicción moral respecto a los hechos que la investigación reveló, la vinculación entre los resultados de la investigación y las recomendaciones, etc.

Las revelaciones que la Comisión realizó, luego de nueve meses de trabajo, seis de los cuales se dedicaron a la investigación de casos y a la recepción de testimonios, conmocionaron El Salvador. La Comisión logró establecer las responsabilidades en casos que durante años permanecieron ocultos. Así se estableció la responsabilidad en los casos de Monseñor Arnulfo Romero, de los Jesuitas asesinados en la UCA, de los alcaldes, entre otros muchos. Pero, quizás lo más importante fue establecer —en gran medida por las miles de denuncias recibidas— que durante los años analizados, se desarrollaron diversos pa-

trones sistemáticos de violación de los derechos humanos que comprometieron a generaciones y marcaron la práctica de instituciones por todo el período. Los señalamientos hechos por la Comisión de la Verdad revelan lo eficaz que puede ser —tanto para descubrir la verdad como para recomendar cambios sociales— la constitución de comisiones internacionales, con amplias facultades de investigación en el terreno y con profesionales especializados en el tema.

El precedente abierto por la constitución de la Comisión de la Verdad es muy importante en cuanto al rol de las Naciones Unidas. Esta organización internacional por primera vez participó directamente en un proceso de investigación de graves hechos de violencia establecido por las propias partes de un conflicto. Se abren así posibilidades, hasta ahora desconocidas, de dar a las Naciones Unidas un rol muy importante en procesos de pacificación nacional y en el propio ámbito de la revisión de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Pero el precedente es también valioso como una suerte de modelo para países que buscan, a través de un tránsito pacífico, concertado, y con la ayuda de las Naciones Unidas, poner fin tanto a un conflicto armado interno como a las violaciones que surgieron durante ese conflicto.

5. La Protección de los Derechos Humanos: los retos de la realidad

¿Cuál es la base política de un régimen internacional, universal, de protección de los Derechos Humanos? Indudablemente, la institucionalidad de las Naciones Unidas. ¿Cuál fue el sustrato político-ideológico de este régimen legal? Un régimen de protección legal como el que creó el movimiento internacional de Derechos Humanos durante los últimos cuarenta años tiene como intención resolver ciertos problemas internacionales. Para hacerlo, debe existir una determinada correlación de fuerzas en el ámbito internacional dispuesta a forzar una disminución de los clásicos atributos de la soberanía para permitir la regulación de las relaciones internas entre ciudada-

nos y el estado. Esta correlación fue lograda hacia los cuarentas, luego de los horrores de la guerra y en el contexto de la alianza política y militar generada por la guerra mundial.

La posibilidad de crear normas y declaraciones internacionales expresó la creciente fuerza de la noción de Derechos Humanos, pero también demostró sus debilidades. Si solo anotáramos el creciente movimiento progresivo de aprobación de normas internacionales sobre los derechos fundamentales no estaríamos afirmando algo cierto, pero se trataría de una verdad parcial. Al lado de este proceso, existe una realidad de violaciones cotidianas en muchas partes del mundo. Ha habido suficiente fuerza para crear normas, pero no para doblegar las voluntades de estados que las violan. Ha sido posible expandir la noción de Derechos Humanos, pero aún se mantienen débiles los mecanismos para su protección.

La tensión más importante en la moderna teoría de los Derechos Humanos radica en la diferencia entre el discurso y la práctica, en la creciente escisión entre una expansión de la protección legal de los derechos y la realidad de su negación diaria. Esta tensión se expresa de manera especial al interior del sistema de protección universal de los Derechos Humanos. La protección legal se ha expandido y afirmado, pero los mecanismos para controlarla han sido sometidos en diversas oportunidades por la realidad de la política y de la correlación de fuerzas. La causa de esta tensión es política: quienes cometen violaciones tienen poder político, tanto en el orden nacional como en el internacional, y lo usan para protegerse. Existe a menudo un afán de tomar en cuenta solamente el aspecto de internacionalización y universalización de los Derechos Humanos, obviando la realidad de las violaciones. Podemos encontrar países que ratifican convenciones, que son parte de tratados y que realizan intervenciones públicas sobre la protección de los Derechos Humanos, mientras que paralelamente toleran y/o practican violaciones a esos derechos.

Las metas futuras del movimiento de los Derechos Humanos deben responder a las siguientes preguntas: ¿de qué mane-

ra implementar las normas de protección?, ¿cómo hacer más eficientes los actuales procesos?, ¿cómo neutralizar el uso "político" -en el sentido de defensa exclusiva de los intereses gubernamentales- de los organismos creados por las Naciones Unidas para proteger los Derechos Humanos?, ¿cómo otorgar mayor capacidad de control a organismos independientes como las organizaciones no gubernamentales?, ¿cómo conceder más derechos y vías de protección a las víctimas que recurren al nivel internacional para protegerse?

Una conclusión importante es que, siendo el sistema de protección universal producto de una determinada correlación de fuerzas en el escenario internacional, no es de hecho algo definido o acabado. Por esa razón, puede variar; está en proceso de construcción. El crecimiento de las normas lo expresa muy bien. He aquí una tarea para los abogados y las organizaciones no gubernamentales: cómo generar una hegemonía internacional que promueva la implementación eficaz de las normas de protección de los Derechos Humanos.

Un buen ejemplo de esta necesidad es el funcionamiento de la Comisión, en la que se ha estabilizado un funcionamiento "político", en el sentido antes descrito. Ello se debe a que muchos de los países representados en la Comisión no responden a sus pueblos sino a sus gobiernos. ¿Por qué no solicitar que los gobiernos expliquen el sentido de sus votos, las razones que los llevan a tolerar en ciertos casos prácticas de violaciones a los Derechos Humanos y a votar en favor de países con prácticas por lo menos dudosas?. Una persona entrevistada me sugirió que gran parte del trabajo de la Comisión debería hacerse no en Ginebra sino en los países que tienen representantes en ella. La tarea en el plano doméstico debe ser promover que los gobiernos se comprometan a una actuación internacional coherente con los valores democráticos expresados en sus constituciones y/o en las versiones oficiales de la política internacional de los países.

A diferencia de otros sistemas de corte, como los sistemas de protección regionales, el sistema de las Naciones Unidas de-

pende mucho de las correlaciones políticas. Después de todo, esta fue la forma en la que el sistema se inició. Entre las tareas de las organizaciones no gubernamentales está repensar cómo generar ciertas correlaciones de fuerza internacionales en favor de los Derechos Humanos. La labor de asesoría legal debe ir acompañada de un análisis concreto sobre cómo generar un respaldo de poder para determinada iniciativa.

Los noventas muestran la urgencia de innovación en torno a la protección internacional de los Derechos Humanos. No solo porque nuevos ámbitos han logrado constituir un espacio propio, como el del Derecho Internacional Humanitario, sino también porque el funcionamiento de la estructuras de protección han demostrado sus límites y potencialidades. Luego del período de creación y expansión de la protección de los Derechos Humanos, los años siguientes estarán marcados por la búsqueda de nuevas formas de acción para prevenir, detener y remediar situaciones de graves violaciones. Tres serán los conceptos críticos (a) revisión de las situaciones por países, (b) intermediación frente a situaciones de urgencia y (c) acción internacional.

Se ha propuesto algunos cambios en el ordenamiento internacional que puedan cubrir esos tres ámbitos. En primer lugar, la realización de un "Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en el Mundo", a cargo de las Naciones Unidas; esta información podría generar acciones de prevención, ya que llamaría la atención sobre las situaciones extremas. En segundo lugar, el establecimiento de un "Alto Comisionado para los Derechos Humanos", que tendría como misión central interceder en situaciones de urgencia. En tercer lugar, una mayor participación del Consejo de Seguridad en el tema de Derechos Humanos. Con el fin de la guerra fría y el aumento de problemas y tensiones nacionales, el Consejo de Seguridad puede ser un espacio adecuado para discutir casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus posibles soluciones dentro del marco de la Carta de las Naciones.

El fin de la guerra fría ha generado buenas condiciones para superar los excesos "ideologistas" en las relaciones internacionales y en instituciones como las Naciones Unidas. Es una buena ocasión para superar la crisis de las Naciones Unidas, promoviendo un compromiso real y eficaz con valores universales como los Derechos Humanos. Como hace casi cincuenta años, con la creación de las Naciones Unidas, las organizaciones no-gubernamentales tienen un rol central que jugar para fortalecer un sistema cuya tarea básica puede ser muy importante para la humanidad: salvar vidas humanas.

Referencias

- 1 CCG= Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (9 de julio de 1948).
CER= Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados (28 de julio de 1951).
CIDR= Convención Internacional sobre todas la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965).
PIDCP= Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966).
PIDES= Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (16 de diciembre de 1966).
CICGH= Convención Sobre la Imprescribibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (26 de noviembre de 1968).
CEDM= Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (18 de diciembre de 1979).
CCT= Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes (10 de diciembre de 1984).
- 2 Por lo menos en el caso de los derechos no derogables, como los mencionados en el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 3 Howard J. Wiarda: *The democratic revolution in Latin Amnerica* , Nueva York, 1990.
- 4 Tomar en cuenta, al respecto, la ejecución de dirigentes sindicales o alcaldes contra la voluntad de sus pueblos.

- 5 En la creación de la Liga, Estados Unidos sugirió incorporar una mención a la libertad religiosa. La delegación japonesa sostuvo que si se mencionaba la libertad de religión también debía mencionarse la igualdad racial. La propuesta de Japón atemorizó a países que tenían leyes que restringían la inmigración en razón del origen racial y que, como los Estados Unidos de entonces, mantenían prácticas de discriminación racial. John Humphrey, *Human Rights and the United Nations: a great adventure*, Nueva York, 1984, p. 11.
- 6 Antes de la constitución de las Naciones Unidas, existían algunos sistemas internacionales de protección de los individuos. Por ejemplo, durante el funcionamiento de la Liga de las Naciones, se crearon ciertas restricciones para la protección de las minorías nacionales. Ver, al respecto, el caso *Colonos Alemanes* (1923) TPJI, en el cual la Corte resolvió proteger algunos Derechos Civiles de colonos de origen alemán residentes en Polonia, derechos que se hallaban protegidos a través de diversos tratados. Al mismo tiempo, algunos países desarrollaron formas de protección de sus ciudadanos en el extranjero. Ello, sin embargo, significaba la coexistencia de patrones de protección diversos en los países de residencia, pues bajo el amparo de su país de origen, el extranjero gozaba de derechos que los ciudadanos del país de residencia probablemente no tenían. Por otro lado, la Liga de las Naciones creó el sistema del mandato, que obligaba -por lo menos, teóricamente- a velar por el bienestar y el progreso de los pueblos que formaban parte del sistema. Los habitantes de los mandatos podían dirigirse directamente a la Liga de las Naciones para defender sus derechos. Por último, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles creó la Organización Internacional del Trabajo, con el objetivo de colaborar en la creación de condiciones de trabajo más humanas.
- 7 Además del Preámbulo, los artículos 1(3), 13(1)(b), 55(c), 62(2), 68 y 66(c).
- 8 Se trata de los artículos 56, 60 y 87.
- 9 "Artículo 1(3). Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión."
- 10 El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea adoptó la Declaración Universal por 48 votos a favor y 0 en contra. Hubo sin embargo 8 abstenciones: Sudáfrica, Unión Soviética, Ucrania, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia y Arabia Saudita. La abstención -y no oposición- de algunos países del bloque soviético está relacionada con su negativa a incorporar el respeto al derecho de propiedad en la Declaración. El derecho de propiedad sería retirado posteriormente, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el de Derechos Sociales y Económicos. Por otro lado, la doctrina soviética de la época defendía el carácter dominante del estado

en el Derecho Internacional, negando la posibilidad de conferir capacidad a los individuos para ser sujetos de Derecho Internacional.

- 11 De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *jus cogens* es una norma imperativa de Derecho Internacional. Para tener este *status* debe ser una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser ratificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general del mismo carácter.
- 12 Tom Farer: "The United Nations and Human Rights more than a whimper less than a roar", en *Human Rights Quarterly*, vol. 9, 1987, p. 558.
- 13 En la práctica, esta resolución ha sido considerada como "una fuente independiente y alternativa de competencia para ordenar la realización de estudios 'en profundidad' y, paradójicamente, como un procedimiento desprovisto de todo trámite formal." Al no existir un procedimiento definido la autorización para ese estudio puede tomarse en la Sub-Comisión, sujeta a ratificación posterior por la Comisión, la iniciativa para ello puede provenir de un estado, de un experto o de una ONG con status consultivo. La ausencia de un trámite formal hace a este procedimiento mucho más flexible para el caso de situaciones de urgencia. Ver: O'Donnell: *op. cit.* pp. 508-509.
- 14 "Artículo 2 (7). Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII."
- 15 La organización del procedimiento ha sido tomada de Amnistía Internacional: *Protecting Human Rights: International procedures and how to use them* Londres: Amnesty International Papers, 1989, AI index IOR 30/01/89
- 16 Comisión de la Verdad para El Salvador, *De la locura a la Esperanza. La Guerra de 12 años en El Salvador*. Naciones Unidas, San Salvador-Nueva York, 1992-1993, 211 páginas más anexos.

LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

David J. Padilla

La Organización de Estados Americanos

La Organización de Estados Americanos es la organización regional de carácter intergubernamental más antigua del mundo. Fundada en 1889 por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países de Latinoamérica y de los Estados Unidos, su propósito original fue el de promover el comercio entre los estados miembros. Después de más de un siglo, este sigue siendo un objetivo importante de la organización.

En 1890 los próceres establecieron una pequeña secretaría permanente en la ciudad de Washington D.C. integrada por funcionarios internacionales provenientes de los estados miembros.

Durante sus primeros sesenta años, la Organización de Repúblicas Americanas y la Unión Panamericana, como fue llamada posteriormente, sostuvieron reuniones periódicas de Mi-

nistros de Relaciones Exteriores para trazar una agenda común de actividades y objetivos considerados de beneficio mutuo.

En el campo de los derechos humanos se promulgaron declaraciones y se lograron acuerdos en asuntos tales como los derechos de la mujer, derechos laborales, la esclavitud y el trabajo forzado de niños.

En 1945, ya por acabarse la Segunda Guerra Mundial, los estados miembros, reunidos en Chapultepec, México, planearon una organización regional más amplia, dentro del marco de la futura Carta de las Naciones Unidas. Gran parte de su visión incluía normas dirigidas a asegurar un mayor respeto por los derechos humanos.

Una de las principales preocupaciones en ese momento fue la expansión comunista fomentada por los soviéticos. La respuesta del área en 1947 fue la de un pacto de defensa mutua denominado el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, comúnmente llamado Pacto de Río. Este importante tratado establece en su preámbulo que *"la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana"*.

En 1948 los Ministros de Relaciones Exteriores se reunieron de nuevo en Bogotá, Colombia. Esta reunión coincidió con el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, un líder político muy popular y varios días de disturbios y protestas dieron como resultado lo que se conoce como el "Bogotazo".

En vista de estos hechos, los representantes coincidieron en la necesidad de una respuesta más amplia para enfrentar las causas de los disturbios políticos. Así, se resolvió establecer una organización más variada con objetivos más amplios que incluyera el desarrollo económico y social, así como un mayor respeto por los derechos humanos.

Otro instrumento muy importante, el primero de este tipo en el mundo, se adoptó durante esa reunión. Se conoce como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta resolución, en sus 38 artículos, define una serie de de-

rechos humanos tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, al debido proceso y las libertades de expresión, religión y asociación. Además de enumerar y definir los derechos humanos, la Declaración establece algunos deberes civiles como la obligación de votar y la de pagar impuestos. La Organización todavía utiliza esta Declaración como parámetro para definir los derechos humanos y como fuente de ley internacional en las Américas. Más importante aún, la Declaración reconoce que cuando un Estado legisla en este campo, éste no crea o concede derechos sino más bien reconoce derechos que existían antes de la formación del Estado, derechos que tienen su origen en la naturaleza misma del ser humano.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos originalmente fue concebida en 1959 como un intento de la OEA de detener la violación masiva de los derechos humanos del pueblo cubano llevada a cabo por el nuevo gobierno revolucionario de ese país.

La primera Comisión, compuesta por siete juristas elegidos en la reunión anual de los Estados miembros, la Asamblea General, fue instalada en 1960. El reconocido estadista y escritor venezolano, Rómulo Gallegos, fue su primer presidente.

Las actividades iniciales de la CIDH incluyeron visitas *in situ* a Miami para entrevistarse con los cubanos que huyeron de la represión en su tierra natal. La Comisión también llevó a cabo varias visitas de larga duración a la República Dominicana en los años 60 a raíz de los conflictos civiles que culminaron con la invasión Norteamericana de ese país. La Comisión buscaba documentar las violaciones de derechos humanos en estos casos y fomentar el trato humano para prisioneros y civiles.

Durante casi veinte años el mandato de la Comisión, las reglas que establecían el alcance de sus facultades, estaban estipuladas en su Estatuto tal y como fue adoptado por la Asamblea General de la OEA. Inicialmente, este instrumento no in-

cluía la autoridad para tramitar denuncias individuales provenientes de personas u organizaciones que reclamaban violaciones de derechos humanos perpetradas por agentes de los Estados miembros. Esta brecha se cerró, sin embargo, en 1967 cuando la OEA modificó el Estatuto de la Comisión para permitirle tramitar este tipo de comunicaciones. Al mismo tiempo la Organización obligó a los Estados miembros de investigar denuncias de derechos humanos e informar a la Comisión cuando así se requería.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos

En 1969 la OEA convocó, en Costa Rica, una conferencia especializada interamericana para redactar un tratado sobre derechos humanos. El instrumento negociado por las delegaciones de los gobiernos se llama la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Informalmente se le conoce como el Pacto de San José, bautizado con el nombre de la ciudad donde nació. Costa Rica fue el primer país en ratificar la Convención, con lo cual aceptó las obligaciones contenidas en el Tratado. Sin embargo, no fue hasta 1978 que la Convención fue ratificada por el onceavo Estado miembro de la OEA, el número mínimo de Estados partes necesario, según los términos del acuerdo, con lo que entró en vigencia. Hasta la fecha veinticuatro de los treinta y cuatro países de la OEA lo han ratificado. Todos los países de habla hispana y Brasil, Haití y varios países caribeños de habla inglesa ya han acordado apegarse a los términos de la Convención.

La Convención es similar a la Declaración Americana en cuanto a que enumera los derechos civiles y políticos que deben respetarse por todos los Estados partes. Además, los signatarios aceptan la obligación de proteger estos derechos y de tomar la acción apropiada en el caso de que agentes del Estado incurran en la violación de uno u otro de los derechos contenidos en el tratado.

La Convención, además de definir los derechos humanos básicos, estipula en su preámbulo que los mismos son inherentes al ser humano y no son meramente concedidos a las personas por parte del Estado.

La Convención Americana es muy parecida a la Convención Europea de Derechos Humanos la que ha estado vigente entre los miembros del Consejo de Europa desde 1953. Una de las similitudes más importantes tiene que ver con los llamados mecanismos de cumplimiento creados para asegurar el respeto por los derechos humanos. En este hemisferio son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión, originalmente creada por una resolución de los Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, ha sido incorporada a la Carta de la OEA como órgano mediante una enmienda adoptada en 1967 llamada el Protocolo de Buenos Aires. Después, con la entrada en vigencia de la Convención Americana, su propósito y funciones fueron claramente establecidas a nivel de derecho internacional mediante un tratado.

La Corte, por otro lado, es una entidad nueva en el sistema interamericano. Su propósito y sus funciones también están regidos por la Convención Americana.

La Corte Interamericana y su operación constituyen la materia de otro capítulo de este libro. Basta mencionar que los primeros siete jueces fueron electos por la Asamblea General de la OEA y se instaló en 1979 en San José, Costa Rica. Comentario adicional sobre la interacción entre la Comisión y la Corte se hará más adelante en este capítulo al examinar las funciones de la Comisión.

Integración de la Comisión

Como se mencionó anteriormente, los miembros de la Comisión son propuestos por los Estados miembros de la OEA y se eligen en la Asamblea General. Generalmente, pero no necesariamente, son abogados. Deben ser personas de la más alta

autoridad moral y de una reconocida versación en la materia. Los miembros ejercen por períodos de cuatro años y pueden ser reelectos solo una vez. A través de los años tanto hombres como mujeres han sido miembros de la Comisión. Hasta la fecha los miembros han sido nacionales de 16 distintos países de la OEA. Mientras ejerzan sus funciones los miembros se comprometen a evitar conflictos de intereses. En casos en que se alega violación de derechos humanos en sus propios países, los miembros están obligados a abstenerse de participar en las deliberaciones de la Comisión.

La mesa directiva de la Comisión se compone de su Presidente y dos Vicepresidentes. Ellos son elegidos por los propios miembros de la Comisión por un período de un año.

Derecho Internacional Aplicable

Aunque la mayoría de los países miembros de la OEA han ratificado la Convención Americana, aun faltan algunos por hacerlo. Por esto, la Comisión aplica dos normas diferentes. Para aquellos que han aceptado la Convención, los términos de ese tratado es el derecho internacional que se aplica. Para los que aun no han ratificado la Convención Americana, la Comisión aplica la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y su propio Estatuto para definir los derechos humanos y las obligaciones correspondientes de los Estados miembros.

Funciones de la Comisión

Las obligaciones de la Comisión se extienden desde los deberes generales a los particulares. Su primera función es la de concientizar en cuanto a derechos humanos se refiere a los gobiernos y los pueblos del hemisferio. Esta tarea promocional se lleva a cabo a través de las publicaciones de la Comisión, conferencias de prensa, comunicados de prensa e informes orales a los órganos políticos de la OEA. Además, la Comisión, me-

diante sus miembros individuales y sus funcionarios, con frecuencia publican artículos académicos, participan en muchos simposios, conferencias, coloquios, etc.

La segunda función de la Comisión es la de hacer recomendaciones a los gobiernos de la OEA. Estas pueden ser específicas en casos particulares donde la Comisión haya concluido que los derechos humanos de algún individuo han sido violados. Las recomendaciones también pueden ser de carácter general. Ejemplos de estas incluyen medidas que deben adoptar los Estados para asegurar un mayor respeto por los derechos económicos, sociales y culturales o la elaboración de tratados especializados dirigidos a la prohibición de ciertas prácticas repugnantes tales como la tortura o las desapariciones forzadas. Algunas de estas recomendaciones han llevado a la adopción de convenciones o protocolos que ya están en vigor en algunos de los Estados miembros.

La tercera función de la Comisión es la de preparar estudios e informes. Por ejemplo, un estudio actualmente en curso trata los derechos de los pueblos indígenas. Otros comprenden los derechos de la mujer, de los niños y de los refugiados.

Sin lugar a dudas, los informes más conocidos de la Comisión son el Informe Anual y sus informes sobre países particulares.

Cada año debe presentarse un Informe Anual ante la Asamblea General. Este informe incluye en este reporte las conclusiones de la Comisión respecto a muchos casos de violaciones individuales de los derechos humanos. La Comisión también incluye en este reporte las conclusiones en los casos en que no hubo violación.

Otra sección de su Informe Anual que atrae muchísima atención es el capítulo dedicado al análisis de la situación de derechos humanos en países particulares. La lista de los países mencionados en esta sección del informe varía dependiendo de la situación de derechos humanos en países específicos. Sin embargo, generalmente, los países que se mencionan en el In-

forme Anual son aquéllos que presentan un patrón de violaciones graves de los derechos humanos.

El Informe Anual a la Asamblea General lo presenta el Presidente de la Comisión y es seguido por un debate público entre los Ministros de Relaciones Exteriores. Subsecuentemente, la Asamblea adopta una resolución sobre los informes de la Comisión. Normalmente, la Asamblea insta a los gobiernos que han sido emplazados por violaciones de derechos humanos a que se adhieran a las recomendaciones de la Comisión, que conduzcan las investigaciones apropiadas y que castiguen de acuerdo con la ley a las personas responsables de tales violaciones.

La Comisión a veces publica informes más amplios sobre la situación de derechos humanos en un país particular. Estos informes también se envían a la Asamblea para su consideración. Con frecuencia estos informes especiales resultan de una visita a los países en cuestión. (Más adelante nos referiremos a lo que se llaman visitas *in loco*). Finalmente, debe tomarse en cuenta que a través de los años la Comisión ha emitido informes especiales sobre un sinnúmero de Estados miembros, en particular, aquéllos regidos por dictaduras.

Otra función de la Comisión es la de requerirle a los gobiernos que le provean información. En algunos casos, se pide información general como por ejemplo datos sobre alfabetización, vivienda y legislación. Sin embargo, con más frecuencia, la Comisión solicita información sobre una alegación específica de violación de los derechos humanos. Estas solicitudes generalmente comprenden una o más supuestas víctimas o a miembros de su familia que alegan que agentes del gobierno llevaron a cabo violaciones de los derechos humanos de alguna forma específica, como por ejemplo por ejecución extrajudicial o arbitraria, por arresto ilegal o por tortura. Cuando la Comisión recibe una de estas denuncias, no juzga de antemano su veracidad. En cambio, hace una determinación preliminar en cuanto a si la petición constituye una denuncia que, de ser cier-

ta violaría la Declaración Americana o la Convención Americana (en el caso de los Estados que han ratificado este tratado).

El Estado en cuestión entonces tiene la obligación en el derecho internacional de suministrar la información requerida. En la práctica, la Comisión envía su solicitud de información al Ministerio de Relaciones Exteriores, que a su vez la solicita a otras agencias gubernamentales tales como la Oficina de la Procuraduría, o el Ministerio del Interior, al llevar a cabo la investigación necesaria e informar a la Comisión, a través de su Cancillería. Un máximo de 180 días se permite bajo las reglas procesales de la Comisión para presentar la respuesta apropiada. A veces, en casos muy complejos, la Comisión otorga una extensión al tiempo límite establecido si el gobierno está haciendo un esfuerzo de buena fe para suministrar la información requerida. Este tema del procedimiento de las denuncias individuales también será examinado en mayor detalle más adelante en este capítulo.

Otra función importante de la Comisión es la de servir como órgano de consulta en la materia a los gobiernos. En algunos casos estos servicios son el resultado de una solicitud por parte de los órganos políticos de la OEA. Un ejemplo de esto sería el estudio que se está llevando a cabo actualmente por la Comisión para analizar la forma de proteger y fortalecer el poder judicial de los Estados miembros. Este estudio fue solicitado por la Asamblea General. Otras solicitudes son hechas por los Estados miembros. Por ejemplo, podría tratarse de una solicitud para información sobre la Convención Americana (o algún otro tratado de derechos humanos) por parte de un Estado que esté considerando su posible ratificación.

En esta área es importante tomar en cuenta que las relaciones de la Comisión con los Estados miembros de la OEA no son necesariamente adversarias. Más bien la Comisión existe como un servicio para los gobiernos y sus pueblos. La cooperación con los gobiernos realmente interesados en asegurar el respeto por los derechos humanos en su territorio nacional es una de las tareas más importantes de la Comisión.

Para ayudarla en la ejecución de estas funciones, la Comisión depende de una pequeña Secretaría a tiempo completo con sede en la ciudad de Washington, D.C. La Secretaría esta encabezada por un Secretario Ejecutivo, designado por el Secretario General por un período de cinco años, abogados y personal administrativo de varios de los Estados miembros.

Denuncias Individuales

Cuando un individuo o grupo considera que ha habido violación de los derechos humanos, estos pueden enviar la denuncia a la Secretaría de la Comisión en Washington, D.C. En ella se debe nombrar a la víctima (aunque en casos colectivos, tales como supuestas masacres, esto no siempre es posible), describir las circunstancias de la violación y hacer una acusación en contra de uno o más agentes del Estado miembro de la OEA. La Comisión no considerará denuncias de crímenes comunes ya que estos asuntos deben ser tratados por las autoridades nacionales.

La denuncia debe firmarse aunque el nombre del denunciante será confidencial a menos de que se de autorización expresa para mencionarlo al gobierno. Lo que se trata aquí es de proteger a los denunciantes de posibles represalias.

El peticionario no necesariamente tiene que ser ciudadano del país contra el cual va dirigida la denuncia. Además, ni la OEA, ni la CIDH otorga ningún estatus consultativo especial a organizaciones privadas como es la práctica en las Naciones Unidas.

Los denunciantes a veces son las propias víctimas de supuestas violaciones; pero también pueden serlo sus familias, amigos o abogados. Con frecuencia son las organizaciones de derechos humanos no gubernamentales las que median por las víctimas.

Las denuncias usualmente se transmiten a través de una carta. Recientemente, sin embargo, se ha incrementado mucho

el uso de facsímiles para estos propósitos. Lo que interesa no es la forma de la comunicación sino su contenido.

La denuncia, en cuanto se recibe en la Secretaría de la Comisión, es analizada para determinar si en efecto señala hechos, que de ser ciertos, violarían uno o más de los términos de la Convención Americana o de la Declaración Americana, en el caso de los países que aún no han ratificado la Convención.

Además, uno de los abogados de la Comisión hace una determinación preliminar para asegurarse de que el denunciante haya agotado los recursos legales internos disponibles en el Estado donde se supone ocurrió la violación. Este requisito de procedimiento se conoce como "agotamiento de recursos internos". En otras palabras, la Comisión no reemplaza los sistemas jurídicos penales, civiles o administrativos de los Estados miembros de la OEA. Al contrario, la Comisión admite una denuncia únicamente cuando está convencida de que se han utilizado y agotado todos los recursos legales disponibles.

Esta regla, sin embargo, está sujeta a varias excepciones. Primero, cuando está claro que los recursos legales domésticos no son efectivos, ya sea porque no existe en el país un debido proceso legal o porque se le haya negado al denunciante el acceso a los recursos legales, la Comisión procederá a tramitar la denuncia sin insistir en el prerequisite de agotamiento. Otra excepción surge cuando ha habido un atraso irrazonable en dictar una sentencia final dentro del sistema legal interno. Además, se hará una excepción en el caso de que un individuo no haya agotado los recursos internos debido a indigencia económica.

Cuando un denunciante alega no haber podido agotar los recursos internos, el Estado tiene la obligación de probar lo contrario. Si el Estado prueba que aún no se han agotado todos los recursos internos, la denuncia se considerará inadmisibles.

Otro de los requisitos de admisibilidad bajo la Convención es la de presentar la denuncia ante la Comisión dentro de un período de seis meses después de que las autoridades judicia-

les o administrativas del país denunciado le hayan notificado al denunciante el fallo final de su caso.

Cuando una denuncia es enviada a un gobierno, este tiene 180 días para responder a los cargos. La Comisión, al recibir la respuesta del gobierno, la envía al denunciante para sus observaciones. Normalmente se dan 90 días para este propósito. De igual forma, una vez que el denunciante haya presentado sus observaciones a la Comisión, estas son enviadas al gobierno para su respuesta final.

Una vez que haya tenido lugar el intercambio de la denuncia, respuestas y observaciones, y en los casos donde la Comisión considera que ha habido una violación de los derechos humanos, la Comisión se pone a la disposición de las partes con miras a llegar a un acuerdo amistoso. Obviamente si la Comisión determina que no ha habido violación a los derechos humanos, ya sea porque la denuncia es frívola o por falta de pruebas, puede archivar el caso o publicar sus conclusiones de no violación en su Informe Anual a la Asamblea General.

Un arreglo amistoso podría tomar la forma, por ejemplo, de compensación monetaria o de un cambio en la legislación del Estado. Si las partes llegan a un acuerdo justo libremente, la Comisión archiva el caso o bien, si así lo desearan las partes, podría publicarlo mediante un comunicado de prensa o en forma de una declaración en su Informe Anual. Por otro lado, si no se logra un arreglo amistoso, la Comisión preparará un informe al respecto.

El informe contendrá un detalle de los procedimientos que se siguieron en el asunto, así como los hechos importantes establecidos y su conclusión sobre el fondo del caso. Además, la Comisión formula recomendaciones en estos informes y procede a enviarlos a ambas partes con la solicitud de que se mantengan confidenciales por cierto período de tiempo. En caso de que el gobierno no cumpla con las recomendaciones de la Comisión en el límite de tiempo establecido, normalmente 90 días, la Comisión seguirá uno de dos procedimientos: ordena la publicación del informe en su Informe Anual a la Asamblea

General de la OEA o bien envía el informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que sea litigado ante ese tribunal como un caso contencioso.

Hasta el momento la Comisión ha sometido a la consideración de la Corte varios casos contenciosos. Tres casos han sido presentados contra Honduras, dos en contra de Suriname, dos en contra del Perú y uno en contra de Colombia. Todos los casos hasta ahora han tratado la más seria violación de derechos humanos, el derecho a la vida.

También deben mencionarse los casos cuando se introducen denuncias en contra de los Estados miembros de la OEA por supuestas violaciones de derechos humanos y los gobiernos a su vez no responden del todo o lo hacen de una forma que la Comisión considera insatisfactoria. En estos casos, la Comisión puede presumir que los hechos alegados en una denuncia son ciertos mientras que no exista evidencia que lleve a una conclusión distinta. En la práctica, la Comisión solo aplica la presunción cuando existen elementos de convicción que corroboren la denuncia. Esta corroboración frecuentemente sigue un patrón de graves y frecuentes violaciones similares en el país acusado.

Para ayudar a la Comisión en la determinación de la veracidad de las alegaciones, es común sostener audiencias en las que las partes tienen la oportunidad de presentar sus puntos de vista respectivos. Durante estas audiencias, los miembros de la Comisión pueden hacer preguntas con el fin de tener un mejor entendimiento de las circunstancias del caso. En estas audiencias los gobiernos son representados frecuentemente por diplomáticos o abogados del gobierno. De la misma manera, con frecuencia las víctimas son representadas por abogados de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

Otra técnica que puede ayudar a esclarecer los cargos de violaciones de derechos humanos son las visitas *in loco* de la Comisión. Debido a que estas visitas son bastante complejas, requieren de un análisis por separado.

Visitas *In Loco*

Como ya se mencionó, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha llevado a cabo visitas *in loco* a los Estados miembros de la OEA desde sus primeros años. La Comisión ha hecho más de cincuenta visitas a varios países. Estas incluyen: Argentina, Colombia, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, la República Dominicana, Suriname y los Estados Unidos de América. En el caso de algunos de estos países, la Comisión ha llevado a cabo a lo largo de los años, cuatro o más visitas.

Las visitas *in loco* tienen varios propósitos. El primero es la búsqueda de información. La Comisión, como órgano principal de la OEA en el campo de los derechos humanos, es el responsable de evaluar la situación de derechos humanos en los Estados miembros y de reportarla a la Asamblea General o, en casos de emergencia, a la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores. En algunos casos, la búsqueda de información se limita a uno o más casos específicos, *i.e.* denuncias presentadas ante la Comisión que alegan violaciones a los derechos humanos específicas que surgen de incidentes particulares. Más a menudo, sin embargo, las visitas *in loco* buscan evaluar el clima general de derechos humanos que existe en un Estado miembro. Con frecuencia, las visitas *in loco* permiten un examen cuidadoso de las circunstancias específicas relacionadas con casos individuales bajo consideración así como también una evaluación del ambiente de derechos humanos en general.

Otro de los propósitos de las visitas *in loco* es la de enfocar la opinión pública, tanto a nivel nacional como internacional, en la situación de los derechos humanos del país. A veces este llamado de atención público tiene el efecto saludable de interrumpir el ciclo de violencia que ha venido experimentando el país.

Las visitas *in loco* también ofrecen una oportunidad ideal para propiciar un buen diálogo entre la Comisión y los principales actores nacionales en el área de los derechos humanos y

así lograr una mejor apreciación de las circunstancias peculiares del país y su pueblo.

Otro beneficio de estas visitas es la oportunidad de contribuir de manera concreta en la solución de verdaderos problemas. Tal fue el caso en 1980 cuando el Gobierno de Colombia, confrontado con la toma de una embajada extranjera por terroristas y la toma de rehenes, invitó a la Comisión para que jugara un papel en las negociaciones para liberar a los rehenes. La participación de la Comisión en esa oportunidad ayudó a que se lograra una resolución pacífica del problema.

Las visitas *in loco* también ofrecen al ciudadano común de un país la oportunidad para presentar sus puntos de vista sobre la situación de los derechos humanos del país o sobre denuncias específicas de supuestos abusos. Para este propósito, la Comisión utiliza formularios de denuncias publicados en los cuatro idiomas oficiales de la OEA: francés, español, inglés y portugués.

Finalmente, las visitas *in loco*, que requieren ya sea la invitación o, por lo menos, la anuencia del gobierno en cuestión, le provee a los gobiernos la oportunidad para que demuestren su apertura y buena disposición en reconocer sus problemas en el área de los derechos humanos. Así, un gobierno que sinceramente quiera reconocer o explicar a la comunidad internacional y a su propio pueblo la situación de los derechos humanos en su territorio puede utilizar una de las visitas de la Comisión para este propósito.

Aunque un país no está obligado a admitir la entrada de la Comisión a territorio nacional, una vez que lo haga, debe aceptar ciertas condiciones mínimas. De aquí que la Comisión insiste en tener libertad absoluta de movimiento cuando lleva a cabo sus visitas *in loco*. Relacionado con esto está la insistencia de la Comisión de poder hablar con quien le plazca. Se entiende que todas estas conversaciones son privilegiadas y gozan de total confidencialidad por la Comisión. A los representantes del gobierno diplomáticamente se les prohíbe la entrada a estas reuniones privadas.

De la misma manera, los gobiernos que invitan a la Comisión para llevar a cabo las visitas *in loco* o que están anuentes a ello, tienen que garantizar que las personas u organizaciones que se presenten ante la Comisión no sufrirán ninguna represalia. Esta garantía generalmente es difundida por los medios de comunicación locales y nacionales al principio de la visita de la Comisión para que la ciudadanía se sienta en libertad de acudir a la Comisión si así lo deseara y ofrecer la información que considere apropiada.

Las visitas de la Comisión históricamente han venido como una respuesta a problemas de derechos humanos a gran escala o en algunos casos a situaciones particulares limitadas pero de mayor gravedad. Cuando la Comisión decide que se requiere una visita *in loco*, el Presidente o el Secretario Ejecutivo normalmente tiene una conversación informal con el gobierno en cuestión, con frecuencia a través de su embajador y representante ante la Organización de Estados Americanos. El Presidente explica el interés de la Comisión y sugiere que el gobierno considere invitar a la Comisión para que ésta lleve a cabo una investigación *in loco*. En el evento de que no se de la invitación, la Comisión envía una solicitud de anuencia por escrito al Ministro de Relaciones Exteriores, explicando sus preocupaciones y sugiriendo fechas apropiadas.

Una vez que se acuerde una visita, un funcionario de la Secretaría de la Comisión prepara la misión durante una visita preliminar al país. El funcionario en ese momento hace todos los arreglos de logística incluyendo reservaciones de hotel, alquiler de transporte, disposiciones de seguridad, etc. Estas preparaciones incluyen reservar oficinas y salas de reuniones para hacer usadas por la Comisión para recibir personas y grupos durante la visita *in situ*.

Otro aspecto importante del viaje de preparación es el concretar citas para entrevistas durante la visita. En términos aproximados, la Comisión divide su tiempo de manera equitativa entre reuniones con autoridades de gobierno y organizaciones no gubernamentales privadas.

El grupo anterior incluye reuniones con el Canciller, el Ministro del Interior, el Ministro de Defensa, el Ministro de Justicia, el Procurador General y a veces con los Ministros de Trabajo, Salud, Educación y Asuntos Indígenas. Cuando amerite, la Comisión también se reúne con oficiales gubernamentales de derechos humanos tanto del poder ejecutivo como del legislativo, así como también con cualquier autoridad gubernamental autónoma de derechos humanos tales como el ombudsman o defensor del pueblo en los países donde las constituciones establecen este tipo de oficinas.

La Comisión también programa reuniones con miembros del poder judicial, normalmente con el presidente y los jueces de la Corte Suprema, así como con otras autoridades judiciales de importancia en países donde existe la Corte Constitucional o el Consejo de Estado.

Asimismo, dependiendo de las circunstancias, la Comisión programa reuniones con el Jefe de la Policía, Tribunales Electorales, Jueces de Paz, etc.

Tradicionalmente, la Comisión visita las cárceles y tiene intercambios de ideas con autoridades penales. También se reúne en privado con los presos. Estas visitas incluyen inspecciones a los servicios de las penitenciarías como sus cocinas, clínicas de salud, celdas de aislamiento, áreas de trabajo y de recreación.

Durante las observaciones *in situ*, la Comisión por lo general trata de visitar ciudades, pueblos y áreas rurales para obtener una mejor idea y entendimiento de la realidad económica y política del país. Inclusive ha habido ocasiones donde la Comisión ha enviado delegaciones a terceros países tanto en las Américas como en Europa para entrevistarse con refugiados que se han visto obligados a huir de su tierra.

La otra mitad del tiempo de la Comisión se utiliza en escuchar las posiciones y puntos de vista de individuos, usualmente ciudadanos del país que se visita.

Fuentes importantes de información para la Comisión incluyen organizaciones nacionales no gubernamentales de dere-

chos humanos y la jefatura de las iglesias y grupos eclesiásticos. Debido a que Latinoamérica es predominantemente católica y como la Iglesia Católica en algunos países ha jugado un papel activo en la defensa de los derechos humanos, la Comisión normalmente se reúne con la jerarquía de la Iglesia o con miembros de la conferencia nacional episcopal. La Comisión también busca oír la opinión de otras organizaciones religiosas. Por ejemplo, en Haití, la Comisión se reunió con ministros y obispos de las iglesias protestantes así como con los líderes de varias comunidades voodooístas.

Otra fuente de información vital para la Comisión durante sus visitas son los medios de prensa -tanto nacionales como internacionales. Estos incluyen reporteros y editores de televisión, radio y periódicos. Independientemente de estas entrevistas, la Comisión lee la prensa nacional y ve los noticieros por televisión para poder entender mejor los asuntos públicos del día así como también el grado de libre expresión practicada en el país.

Un sector adicional que está invitado a reunirse con la Comisión durante sus visitas es la jefatura de los movimientos de trabajadores. Los sindicatos, en la experiencia de la Comisión, con frecuencia son reprimidos en sus esfuerzos por organizar a los trabajadores y por negociar contratos colectivos de trabajo tanto en el sector público como en el privado.

La Comisión también recibe la opinión de los intereses industriales, comerciales y agrícolas. Con frecuencia se reúne con funcionarios de la Cámara de Comercio y otras organizaciones empresariales. Asimismo, la Comisión generalmente se reúne con funcionarios de los Colegios de Abogados en un esfuerzo por tener una mejor apreciación de la calidad de la justicia que se dispensa en el país.

Ninguna visita *in situ* estaría completa sin tener discusiones con varios de los líderes de los partidos políticos del país. Al respecto, debe mencionarse que la Comisión practica una política de libre acceso y no discrimina contra ningún partido

político, no importa su ideología o su relativa posición en el ámbito político.

Dependiendo de la composición demográfica de una sociedad en particular, la Comisión también recibe a representantes de diferentes organizaciones indígenas o étnicas. Ejemplos de esto incluye reuniones con los líderes Miskitos en Nicaragua e indígenas Quechua en Perú.

Cuando se presenta ante la Comisión una denuncia de una violación a los derechos humanos durante una visita *in situ*, ésta recibe el testimonio de los testigos y de las víctimas. En el pasado estos testimonios eran grabados pero en años recientes la Comisión ha venido utilizando equipo de video, y a veces, se presta juramento ante un notario. Este testimonio puede constituir evidencia muy valiosa para uso posterior en casos contenciosos a ser litigados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Durante sus visitas *in situ*, la Comisión recibe una cantidad enorme de testimonios orales y escritos. Naturalmente, toma su tiempo revisar y estudiar este material. Además, los miembros que han viajado deben presentar sus conclusiones al plenario durante la próxima reunión ordinaria de la Comisión.

Se entiende que la Comisión, después de una intensa serie de entrevistas y audiencias en un país, no está en la posición de emitir un informe comprensivo con recomendaciones y conclusiones finales hasta que haya tenido oportunidad suficiente para digerir el material que haya recibido, así como debatir y deliberar sobre el mismo.

A veces, la prensa y el público esperan con impaciencia la opinión de la Comisión mientras aún está en el país, pero se coincide en que publicar un informe prematuramente sería injusto para todos aquellos involucrados y por consiguiente un acto irresponsable.

Lo que sí hace la Comisión mientras está en el país, normalmente durante los últimos días de su visita, es reunirse en privado con el Presidente de la nación. En ese momento, la Comisión presenta sus impresiones preliminares y apunta las

áreas de mayor preocupación. Cuando existen circunstancias especiales la CIDH suele pedir por razones humanitarias que el gobierno tome algún tipo de acción. Por ejemplo, en una ocasión la Comisión recomendó atención médica para un prisionero. Otro ejemplo ocurrió en Panamá en 1988 cuando la Comisión pidió la excarcelación de dos presos políticos enfermos. El General Noriega arregló la libertad de ambos varios días después.

Al concluir la Comisión su reunión con el jefe de estado, celebra una conferencia de prensa donde hace pública una declaración escrita describiendo sus actividades, explicando su método de trabajo y estipulando sus principales preocupaciones. Los miembros de la Comisión luego se someten a un período de preguntas y respuestas con los miembros de la prensa. Esto concluye una visita *in situ*.

En los meses siguientes a una visita *in situ*, la Comisión prepara un informe que posteriormente será publicado ya sea por separado como un informe especial o bien dentro del contexto de su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. Cuando se aprueba un borrador del informe especial, se envía en forma confidencial al gobierno en cuestión, normalmente otorgándole un período de tres meses durante el cual el gobierno puede presentar sus observaciones o bien tomar las medidas para resolver los problemas de derechos humanos apuntados en el borrador. Una vez que estas observaciones hayan sido sometidas a la Comisión, los cambios finales se hacen para corregir errores de forma o de fondo y para tomar en cuenta la opinión final del gobierno. Después, el informe se publica en varios de los idiomas oficiales de la OEA, incluyendo, por supuesto, el idioma del país bajo estudio. En casos especiales la Comisión también rinde su informe en idiomas no oficiales tales como el holandés en el caso de Suriname y miskito en el caso de los indios miskito en Nicaragua.

Los informes de la Comisión son preparados por los abogados de la Comisión y como tales se adhieren minuciosamente al formato de la Declaración Americana o al de la Conven-

ción Americana, según sea el caso. Los derechos contenidos en estos instrumentos se examinan a la luz de casos concretos que ya han sido estudiados por la Comisión.

El impacto de los informes de la Comisión es bien conocido y ha sido públicamente reconocido por varios líderes políticos importantes. Tanto el expresidente de Argentina, Raúl Alfonsín como el Presidente Patricio Aylwin de Chile han confirmado la importancia de los informes de la CIDH en la lucha por restablecer la democracia representativa y el respeto por los derechos humanos en sus países, luego de años de dictaduras militares.

Otro asunto que vale la pena mencionar en conexión con la elaboración de estos informes especiales es que no necesariamente son el resultado de visitas *in situ*. En el caso de Paraguay bajo la dictadura del General Stroessner y el de Cuba bajo la dictadura de Fidel Castro, ninguno de los gobiernos permitió que la Comisión llevara a cabo una investigación de derechos humanos *in situ*. Sin embargo, la Comisión ha publicado numerosos informes sobre ambos países. De hecho, la Comisión ha elaborado más informes especiales sobre la situación de los derechos humanos en Cuba que de ningún otro Estado miembro de la OEA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como se mencionó anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano más reciente del sistema interamericano para la protección y promoción de los derechos humanos y debido a que se analizará más detalladamente en el próximo capítulo de este libro, no será tratado aquí a fondo.

Sin embargo, vale mencionar algunas observaciones. La primera, desde un punto de vista práctico, tiene que ver con la coordinación y cooperación que debe existir y existe entre la Comisión y la Corte. La Convención Americana dispone que es la Comisión la que decide cuáles son los casos que se pre-

sentarán ante la Corte para su litigación. Esto indudablemente es una gran responsabilidad.

Hasta el momento, aunque 24 de los Estados miembros de la OEA han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, solo 15 han aceptado la jurisdicción de la Corte. El sueño de los defensores de los derechos humanos en todo el hemisferio es que algún día todos los Estados miembros ratifiquen la Convención Americana y se sometan a la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Mientras tanto, es sumamente importante que casos bien preparados que traten hechos graves, y violaciones de derechos humanos deben someterse a la consideración de la Corte cuando lo ameriten. Esta función debe y de hecho es ejercida de una manera responsable por la Comisión y por los gobiernos involucrados. No es el propósito de la Comisión (ni de la Corte) avergonzar a ningún gobierno en particular. Por el contrario, los gobiernos en los primeros casos ante la Corte han colaborado abiertamente. Los casos no se han concentrado en una área geográfica particular ni han sido presentados exclusivamente contra los Estados grandes o pequeños o contra Estados de grupos lingüísticos particulares. Es interesante hacer notar que estos casos han sido presentados más a menudo contra gobiernos democráticos. La explicación natural para esto descansa en el hecho de que las democracias son invariablemente las primeras en aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte.

La importancia que tiene la Corte en el progreso de la civilización no puede exagerarse. Un "nuevo orden mundial", para tener sustento, debe tener la capacidad de adjudicar problemas, particularmente aquéllos de violaciones de los derechos humanos cometidas contra seres humanos.

Un flujo regular y razonable de casos contenciosos (por no decir solicitudes de opiniones consultivas) es un gran reto y una gran responsabilidad para la Comisión, una que debe ejercerse con sabiduría y sensibilidad.

Conclusión

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en el mundo ha tenido un desarrollo extraordinario durante la segunda mitad del Siglo XX. Países como Alemania, Japón, la Unión Soviética e Italia, donde se cometían rutinariamente las violaciones a los derechos humanos más atroces por los agentes del Estado con absoluta impunidad, han sido testigos de la caída de sus respectivas dictaduras.

Durante los últimos 45 años, el mundo ha observado regiones y países cuya historia fue caracterizada por despotismo y por el abuso de los derechos humanos cambiarse a democracias prósperas y estables en las que los derechos de los ciudadanos generalmente son respetados y protegidos por las agencias nacionales e internacionales.

También ha habido progreso en casi toda América. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido modestamente pero en forma consistente con este proceso. Fueron los estadistas visionarios los que crearon la Comisión y la mantendrán si son sabios. Los miembros y los métodos de la Comisión son imparciales y objetivos. La Comisión ha evitado hundirse en trampas ideológicas y continúa hoy en día opinando abiertamente en el momento y en el lugar donde se violen los derechos humanos.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Rafael Nieto Navia

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Antecedentes remotos

El primer tratado de los Estados hispanoamericanos, firmado aunque no ratificado en 1826 bajo la inspiración del Libertador Simón Bolívar y que se denomina *Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas* consagra, entre otros muchos aspectos políticos, la democracia como sistema de gobierno y la abolición de la esclavitud, con lo cual se constituye en el primer antecedente americano internacional de protección de derechos humanos.

Por supuesto que, para aquella época, eran bien conocidos otros instrumentos de orden interno como la Carta Magna (1215), base de las libertades inglesas, la Declaración de los Derechos de Virginia (1776) que reconoció los derechos civiles a la libertad, propiedad, cultos y expresión, la Constitución de los Estados Unidos (1787), la Declaración de los Derechos Humanos y Civiles de la Convención durante la Revolución francesa (1789) el primer "código" o "catálogo" de derechos fundamen-

tales. Pero hay codificaciones tan remotas como el Deuteronomio, uno de los libros del Pentateuco o de Los Cinco Libros de Moisés, el Código de Hammurabi, fundador del Imperio Babilónico (s. XVII antes de Cristo) o las Leyes de Solón, uno de los siete sabios de Grecia (s. VI antes de Cristo) que contienen, de diversas maneras, sistemas de protección de derechos humanos, aunque sin ese nombre.

Antecedentes próximos

La Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), mediante Resolución XL sobre *Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre*, encomendó al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un proyecto de declaración sobre el tema, que sería, posteriormente, sometido a una conferencia de jurisconsultos y adoptado, luego, como convención.

El proyecto de Declaración fue sometido a la consideración de la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948) y, si bien no alcanzó el honor de ser convertido en Convención, fue aprobado con el nombre de *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, siete meses antes de que la Organización de Naciones Unidas aprobara la Declaración Universal en París, en diciembre del mismo año.

La misma Conferencia aprobó la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* que declara los principios y derechos fundamentales de los trabajadores.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

En la IX Conferencia Internacional Americana los delegados debatieron intensamente sobre si aprobar una Convención o una mera Declaración y optaron por esto último. Es claro y así se desprende de las Actas de la Conferencia que no quisie-

ron darle el carácter de *tratado* ni, por consiguiente, su valor obligatorio.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la Declaración se quede simplemente en un catálogo de buenos propósitos. En efecto, ella reconoce que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana" (*Parte considerativa*), con lo cual indica que, independientemente del valor que la Declaración tenga, los Estados están obligados a respetar los derechos a que ella se refiere.

En una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud del gobierno de Colombia, aquella tuvo oportunidad de referirse al valor jurídico de la Declaración. La Corte reconoció que la Declaración no es un tratado de aquellos a los que se refiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, porque no fue aprobada como tal, pero que "no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración como la cuestión del *status* jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual" y que "a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización de Estados Americanos] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración..."¹

Otros antecedentes próximos

La IX Conferencia aprobó la Resolución XXXI mediante la cual, dado que "no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente", encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

El Comité se abstuvo de elaborar el proyecto por considerar, entre otras cosas, que "la falta de un derecho positivo sustantivo sobre la materia constitu[iría] un gran obstáculo".

No obstante, la X Conferencia Internacional Americana (Caracas, 1954) aprobó la Resolución XXVII sobre *Fortalecimiento del Sistema de Protección de Derechos Humanos* y la Resolución XXIX mediante la cual encomendó al Consejo de la Organización continuar los estudios para el establecimiento de una Corte Interamericana para proteger los derechos humanos.

En la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959) se aprobó una Resolución sobre Derechos Humanos en cuya primera parte se insistió en la elaboración de una Convención sobre Derechos Humanos (la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales había entrado en vigor en 1953) y en la creación de una Corte Interamericana para su tutela judicial y, en la segunda, se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en la reforma a la Carta de la Organización en el Protocolo de Buenos Aires (1967), fue incorporada como "órgano" de la OEA.

La Convención Interamericana

Fue una Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, reunida en San José, la que puso a la firma el 22 de noviembre de 1969 la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*.

Doce Estados americanos firmaron la Convención en aquella oportunidad. Seis más lo hicieron posteriormente y cuatro adhirieron con posterioridad.

En la fecha de elaboración de este estudio son veinticuatro los Estados americanos que han ratificado la Convención o adherido a ella y para los cuales está vigente.²

La Convención entró en vigor al ser depositado el instrumento de ratificación de Grenada el 18 de julio de 1978.

La Asamblea General de la OEA en su IX Período de Sesiones (La Paz, 1979), aprobó un nuevo estatuto para la Comisión, acomodado a la Convención, e hizo lo propio con el de la Corte.

Estructura de la Convención

La Convención está estructurada, en sus grandes acápite, de la siguiente manera:

Preámbulo: Contiene los propósitos y considerandos de la Convención.

Parte I: Deberes de los Estados y derechos protegidos.

Contiene la enumeración de unos y otros. Los derechos protegidos son los *civiles y políticos*. En cuanto a los *económicos, sociales y culturales* los considera materia de “desarrollo progresivo”.³

Esta parte tiene también artículos sobre *Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación* y sobre *Correlación entre Deberes y Derechos de las personas*.

Parte II: Medios de protección.

Contiene el régimen de los órganos de protección, a saber: Comisión y Corte interamericanas de derechos humanos, ésta última objeto propio del análisis que sigue a continuación.

Parte III: Disposiciones generales y transitorias.

Contiene las disposiciones normales en los tratados sobre firma, manifestación del consentimiento, reservas, denuncia, protocolos, etc., así como las transitorias sobre elección de miembros de la Comisión y de jueces de la Corte.

El caso de los Estados federales

Para aquellos Estados constituidos dentro del sistema federal en los que, potencialmente, pueden presentarse conflictos entre los miembros y el Estado federal, la Convención tiene regulaciones especiales de acuerdo con las "cuales el gobierno nacional de dicho[s] Estado[s] cumplirá[n] todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce[n] jurisdicción legislativa y judicial" y, en relación con aquellas cuya competencia corresponde a los miembros de la Unión, el gobierno nacional deberá tomar aquellas medidas apropiadas "a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de [la] Convención" (Convención, artículo 28). El compromiso, por ende, de esta clase de Estados es fundamentalmente político.

Esta disposición contrasta con el artículo 50 del Pacto de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "[l]as disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna", lo que, por otra parte, corresponde a la práctica internacional. Varios Estados federales, como Alemania y Canadá, han ratificado el Pacto sin objeciones.

El carácter "self executing"

Otro punto de interés es el que se refiere a la implantación de la Convención en el orden interno. Como lo señala el artículo 2, los Estados Partes se comprometen a adoptar, internamente, todas las medidas legislativas u otras necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por ellas.

El denominado carácter "self executing" de la Convención significa que, en los Estados en los que un tratado ratificado y en vigor adquiere el carácter de ley interna, como sucede en muchos Estados latinoamericanos, un juez podría aplicar directamente las disposiciones de la Convención.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Régimen aplicable

Además de las disposiciones contenidas en la Convención, a la Corte le son aplicables las disposiciones del Estatuto que fue aprobado mediante Resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su IX período de sesiones (La Paz, 1979).

El Estatuto fue reformado en el XII período de sesiones de la Asamblea (Washington, 1982). Igualmente, está sujeta la Corte a su Reglamento. Hasta agosto de 1991 rigió el Reglamento aprobado por la Corte en su III período de sesiones (30 de julio a 9 de agosto de 1980). En la actualidad hay un nuevo Reglamento, aprobado por la Corte en su XXII período de sesiones (9 al 18 de enero de 1991). Los casos iniciados con anterioridad al 1 de agosto de 1991 siguen sujetos al anterior Reglamento.

Para efectos de este análisis utilizaremos los términos Convención, Estatuto y Reglamento. Si nos refiriéramos al anterior Reglamento lo precisaremos así.

Carácter de la Corte

La Corte está definida en el Estatuto como

una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 1).

La Convención no señala su carácter pero habla de la "independencia" de la misma (Artículo 59).

La Corte es "independiente" y "autónoma", es decir, no depende de la Organización de los Estados Americanos y ejerce facultades no subordinadas. No obstante, la Secretaría de la Corte funciona dentro de "las normas administrativas de la Se-

cretaría General" de la OEA (Convención, artículo 59) y la propia Corte dentro del Sistema.⁴

El presupuesto de la Corte es aprobado por la Asamblea dentro del programa-presupuesto de la Organización. La Secretaría General de la OEA no puede introducir modificaciones al presupuesto elaborado por la propia Corte (Convención, artículo 72).

"Institución judicial" significa, por supuesto, que estamos frente a un Tribunal que administra justicia, con competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención y para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegidos por ésta, el goce de los mismos, la reparación de las consecuencias de la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a las víctimas (Convención, artículos 62 y 63; Estatuto, artículo 1).

Se trata de un Tribunal internacional, en el cual la *litis* se traba entre la Comisión y los Estados o entre Estados, pero al que las víctimas no tienen la posibilidad de acceder directamente. El Reglamento confiere a la Comisión el derecho de designar sus delegados ante la Corte, quienes podrán hacerse asistir por cualesquiera personas de su elección, pero advierte que

si entre quienes asisten a los delegados...figuran abogados representantes designados por el denunciante original, por la presunta víctima o por los familiares de ésta, esta circunstancia deberá comunicarse a la Corte (Artículo 22).

La competencia de la Corte y el carácter que tiene el proceso ante ésta, serán analizados más adelante.

Estatuto y reglamento

En los términos de la Convención (Artículo 60) "[l]a Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General y dictará su Reglamento". Como se dijo

atrás, el Estatuto fue aprobado por la Asamblea reunida en La Paz en 1979 y el Reglamento vigente proviene del año de 1991.

Composición

La Corte se compone de siete jueces

nacionales de los Estados miembros de la Organización...de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley de [su] país (Convención, artículo 52).

Como puede observarse, la nacionalidad de los jueces deberá ser la de algún Estado miembro de la Organización (no necesariamente de un Estado Parte en la Convención)⁵ y se les exige alta autoridad moral y conocimientos en materia de derechos humanos. Deberán ser abogados porque deben estar en condiciones de ejercer las más elevadas funciones judiciales, a la luz de la legislación de su país de origen o de aquel que los propone.

Los jueces actúan a "título personal" (Convención, *ibid.*), es decir, no representan Estados ni tienen compromisos distintos que con la administración de justicia y con la Corte. Eso garantiza su independencia y su solvencia moral.

Los jueces son propuestos por los Estados Partes y elegidos por ellos en votación secreta durante la Asamblea General de la Organización. Cada Estado puede proponer hasta tres jueces, pero solamente dos pueden tener la nacionalidad del proponente (Convención, artículo 53).

El período de los jueces es de seis años pero pueden ser reelegidos por una vez, para un máximo de doce años.

Los jueces que sean elegidos para reemplazar a uno que falte definitivamente (por muerte, renuncia, etc.) antes de la expiración de su mandato, completarán el período de éste y pueden ser reelegidos por una vez.

Los jueces seguirán conociendo de los casos "a que ya se hubieren abocado y que se encuentren en estado de sentencia,

a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos" para reemplazarlos (Convención, artículo 54.3).

En el caso "Neira Alegría y otros", actualmente bajo conocimiento de la Corte, el juez *ad hoc* suscitó un problema de competencia de la Corte al ser reemplazados en el ínterin tres de los jueces que formaban parte de la composición al ser iniciado el caso. El problema se suscita porque, en los textos de la Convención en diferentes idiomas, la expresión "los casos... y que se encuentren en estado de sentencia" no coincide (en inglés, por ejemplo, se habla de "cases...still pending"), lo que condujo a la Corte a hacer una interpretación a la luz de los artículos pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La Corte dijo que el artículo debe interpretarse como el momento "en el cual ella entra al fondo del asunto. Sin que esto signifique entender la expresión 'entrar al fondo' en un sentido restrictivo, pues en los procedimientos no se presenta sino excepcionalmente un momento en el cual la Corte 'resuelve' entrar al fondo, más probablemente, un momento en el cual resuelve no hacerlo o suspender esos procedimientos".⁶

Jueces *ad hoc*

Las disposiciones de la Corte están inspiradas, en alguna medida, en las que rigen la Corte Internacional de Justicia ⁷ y, en ellas, aparece la institución de los jueces *ad hoc*, que los Estados designan en aquellos casos en que tienen interés y no tienen un juez de su nacionalidad (Convención, artículo 55.2).

La Corte ha tenido jueces *ad hoc* en varios casos, con muy diversa experiencia. En efecto, aunque la Convención diga que " el juez *ad hoc* debe reunir las calidades señaladas" para los jueces de planta (Artículo 55.3), al menos en una oportunidad eso no ha sucedido y, por esa razón, se han generado problemas internos.

Es explicable o, al menos, entendible que en la Corte Internacional de Justicia, que decide problemas entre Estados y relativos a la pura aplicación del derecho internacional, exista esa

institución. Al fin y al cabo la Corte fue creada en 1919, en una época en la cual el concepto de "soberanía" privaba sobre todo.

En una corte de derechos humanos la cuestión es mucho más dudosa. En efecto, los tratados de derechos humanos son de aquellos en los cuales los Estados no reciben una "compensación" a cambio de las obligaciones que asumen y, si aceptan la competencia de la Corte -lo cual, ciertamente, implica un recorte a la soberanía- pues deberían confiar en el tribunal plenamente. Para eso existen requisitos en la designación de los magistrados.

Si los Estados, no obstante, entendieran que las personas escogidas para la delicada función de que *ad hoc* deben reunir las calidades que la Convención exige y los escogidos, a su vez, comprendieran que, en virtud de su juramento, (Estatuto, artículo 11), son jueces independientes y no abogados del Estado, la institución, si bien seguiría sin justificarse, no ocasionaría problemas en el seno de la Corte.

Jueces interinos

El Estatuto estableció una categoría de jueces no prevista en la Convención, la de los "jueces interinos" elegidos en el Consejo Permanente de la OEA por los Estados partes, a solicitud del Presidente de la Corte "[s]i fuere necesario para preservar el quorum" de la misma (Artículo 6.3).

Es indiscutible la utilidad práctica de esta disposición. Queda, no obstante, la duda, aunque el Estatuto hubiera sido aprobado por la Asamblea de si se excedieron o no las atribuciones del artículo 60 de la Convención.

Presidente y vicepresidente

El Presidente es la persona encargada de dirigir el trabajo de la Corte y tiene, en determinados casos, atribuciones para dictar Resoluciones, solo o previa consulta con la Comisión

Permanente de la Corte (*v. infra*). El Vicepresidente lo reemplaza en sus faltas absolutas y temporales (Estatuto, artículo 12).

Ambos son elegidos para períodos de dos años y son reelegibles.

Precedencia

La precedencia de la Corte se determina por la función (Presidente y Vicepresidente), la fecha de elección y la edad.

Los jueces tienen los privilegios e inmunidades diplomáticas de los agentes diplomáticos concedidas automáticamente por los Estados Partes (Estatuto, artículo 15.4) y por aquellos Estados miembros que las acepten y contenidas en el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades de la Organización de los Estados Americanos de 15 de mayo de 1949 (Estatuto, artículo 15.3).

En los términos de la Convención, esos privilegios e inmunidades son los que reconoce "el derecho internacional" (Convención, artículo 70), es decir, los que hoy contempla la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961.

La Corte tiene un Acuerdo de sede con el gobierno de Costa Rica, suscrito el 10 de septiembre de 1981, el cual remite expresamente a la Convención de Viena (Artículo 11).

Con el objeto de garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces, la Convención los exime de responsabilidad por los votos u opiniones emitidos.

Incompatibilidades e inhabilidades

El artículo 18 del Estatuto menciona los casos de funciones incompatibles con la de juez de la Corte y menciona las siguientes:

- a.- Los de miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo exceptuados los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no

sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros.

b.- Los de funcionarios de organismos internacionales.

c.- Cualesquiera otros cargos o actividades que impidan a los jueces cumplir sus obligaciones, o que afecten su independencia, imparcialidad, la dignidad o prestigio de su cargo.

El literal c.- es suficientemente amplio para garantizar la independencia de la Corte. Es esta la que debe decidir en los casos de duda. Pero, evidentemente, con el objeto de evitar roces y confrontaciones, son los Estados, al proponer los candidatos, los que deben tener presentes estas inhabilidades.

Es, por decir lo menos, curioso el que en el Estatuto se haya hablado solamente de "Poder Ejecutivo", pensando, probablemente, en una efectiva separación de poderes que no siempre se da. No parece que los miembros del Congreso, por ejemplo, debieran ser miembros de la Corte. En cuanto al poder judicial sí resulta más claro que no hay, notablemente, incompatibilidad.

En cuanto a inhabilidades, éstas se suscitan por haber intervenido o tener interés en un caso. Las excusas se presentan ante el Presidente quien está facultado para decidir, pero si hubiere diferencias la Corte decide. También el propio Presidente (pero no otros de los jueces) puede suscitar el problema que, en definitiva, será resuelto por la Corte (Estatuto, artículo 19).

Régimen disciplinario

Los jueces y el personal de la Corte deberán, como es natural y obvio, "observar... una conducta acorde con la investidura" (Estatuto, artículo 20) y responder por ella y por la negligencia y omisiones en el cumplimiento de sus funciones ante la propia Corte, que está facultada para solicitar a la Asamblea de la OEA la aplicación de la potestad disciplinaria.

Debe observarse que, según el Estatuto, esa potestad corresponde a la Asamblea de la OEA y no a los Estados Partes,

como es lo usual en los artículos de la Convención que transfieren alguna competencia a los Estados.

Comisiones

El Reglamento (Artículo 6) establece la "Comisión Permanente" de la Corte, encargada de asistir al Presidente en sus funciones.

La Comisión Permanente se compone del propio Presidente, el Vicepresidente y uno o dos jueces designados por el Presidente.

Algunos artículos específicos del Reglamento (por ejemplo, el artículo 24.4 que se refiere a las medidas provisionales o el 39.4 sobre designación urgente de un nuevo perito en casos de recusación) obligan al Presidente a consultar con la Comisión Permanente.

En la práctica, los Presidentes de la Corte han estado muy inclinados a tomar todas sus decisiones importantes previa consulta con los jueces o, al menos, con la Comisión Permanente, práctica muy laudable que puede contribuir a evitar errores.

El mismo artículo 6 permite que la Corte o el Presidente en casos urgentes creen comisiones para asuntos específicos.

LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Recordemos que la estructura de la Corte Interamericana está inspirada en la de la Corte Internacional y, como ella, tiene dos tipos de competencia:

A) JURISDICCIÓN CONTENCIOSA

1. *Aceptación de competencia:*

"Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte" (Convención, artículo 61.1).

La aceptación de la competencia es opcional o facultativa y puede ser hecha por los Estados a través de una declaración separada especial e (i) incondicionalmente, (ii) bajo condición de reciprocidad, (iii) por un período específico o (iv) para un caso específico (Convención, artículo 62.1 y 2). Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua y Trinidad y Tobago han aceptado la jurisdicción de la Corte en todas las materias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención.

Para someter un caso a la decisión de la Corte no es necesario que el Estado Parte haya aceptado la competencia, aunque es evidente que tal requisito se exige para el Estado demandado y si éste hubiere aceptado pero bajo condición de reciprocidad, el requisito se traslada también al demandante. No obstante, una vez iniciado el procedimiento, el Estado demandante también deberá aceptar la competencia pues estará sometido a los reglamentos de la Corte.

2. Procedimientos ante la Comisión:

Antes de abordar un caso, la Corte debe asegurarse de que los trámites ante la Comisión (Artículos 48 a 50) se hayan cumplido (Convención, artículo 61.2). En el caso *Viviana Gallardo et al.* (Res. G-101/81) la Corte declaró inadmisibles las peticiones del Gobierno de Costa Rica, que formalmente había resignado los procedimientos ante la Comisión, haciendo expreso que tales procedimientos están establecidos como salvaguardia para los individuos.

Esto no convierte a la Corte en instancia de la Comisión, porque ésta no es un órgano jurisdiccional. La Corte es tribunal de única instancia que decide si "hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención" (Artículo 63.1) una vez que los Estados Partes o la Comisión le sometan al caso (Artículo 61.1, artículo 50 del Reglamento de la Comisión). "[L]a Comisión tiene una función investigadora de los hechos denunciados como violación de los derechos humanos consa-

grados en la Convención, que es necesario cumplir en todas las hipótesis, a menos que se trate de un caso de mero derecho [..]. Es también el órgano ante el cual el Estado afectado suministra inicialmente las informaciones y alegatos que estime pertinentes. Pero es, además, y esto constituye un aspecto fundamental de su papel dentro del sistema, el órgano competente para recibir denuncias individuales, es decir, ante el cual pueden concurrir directamente para presentar sus quejas y denuncias, las víctimas de violaciones de derechos humanos y las otras personas señaladas en el artículo 44 de la Convención”.

Sin embargo, como la competencia de la Comisión se refiere únicamente a violaciones de los derechos humanos (Convención, artículos 44 y 45) y, en cambio, la de la Corte comprende también la “interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención”, (Convención, artículo 62.3) resultaría posible a un Estado someter a la Corte, de manera directa, un caso referente a otros asuntos diferentes a violación de derechos humanos, como sería lo tocante con las inmunidades diplomáticas de los miembros de la Comisión.

3. *Papel de la Comisión ante la Corte:*

“La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte” (Convención, artículo 57). La Comisión actúa en defensa de la persona humana víctima de una violación de sus derechos y por ello la representa.

La Comisión es, además, el órgano del sistema de protección que cumple una clara función de Ministerio Público del sistema, es decir, investiga los hechos y acusa, llegado el caso, a los Estados ante la Corte.

4. *El fallo y su interpretación:*

Cuando se haya comprobado una violación, la Corte producirá el fallo, definitivo y no sujeto a apelación pero sí a interpretación por la misma Corte “a solicitud de cualquiera de las partes” (Convención, artículo 67).

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contempla la facultad de interpretación (Artículo 60) y el recurso de revisión (Artículo 61), este último "cuando se basa en el descubrimiento de un hecho de naturaleza decisiva, hecho que no era conocido, cuando se produjo el fallo, por la parte que pide la revisión, siempre y cuando que su ignorancia no se deba a negligencia" lo cual corresponde, igualmente, a la práctica de otras cortes internacionales y de tribunales de arbitraje.⁸ Este recurso no existe explícitamente, sin embargo, en el caso de la Corte Interamericana, aunque, llegado el caso, la Corte habría de aplicarlo en virtud del derecho internacional general.

5. Contenido:

El fallo "[d]ispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos" y, si fuere el caso, el pago de una justa indemnización (Convención, artículo 63).

A su vez, el artículo 68.2 dispone que "[l]a 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".

La indemnización es, de acuerdo con lo anterior, el sistema para que la protección de los derechos humanos no se quede en mera condena moral y lo que distingue a la Convención Americana de la Europea, que carece de una disposición similar. Es obvio, sin embargo, que no siempre, ni en todos los eventos, un fallo contendrá tal disposición pues en muchos bastará el regreso al *statu quo* ante o la orden de cesar en una violación.

6. Medidas provisionales:

Una parte muy importante de esta jurisdicción contenciosa son las "medidas provisionales" que la Corte puede adoptar "en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños reparables a las personas"(Convención,

artículo 63). La Corte puede aplicar dichas medidas en los casos que tenga ante sí para resolver o en "asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento [...] a solicitud de la Comisión".

7. Informe anual:

En su informe anual a la Asamblea General de la OEA la Corte "señalará los casos en que un Estado Parte no haya dado cumplimiento a sus fallos" (Convención, artículo 65) y hará las recomendaciones pertinentes. De acuerdo con el artículo 68 "los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte".⁹

B) COMPETENCIA CONSULTIVA

La Corte puede ser consultada (Convención, artículo 64) por (i) todos los Estados miembros de la OEA y (ii) por todos los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta. La Comisión es uno de estos órganos.¹⁰

1. El objeto de la interpretación:

La Corte puede dar opiniones en relación con la interpretación de la Convención "o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos" (Convención, artículo 64). La expresión "otros tratados" fue interpretada por la misma Corte en el sentido de que se refiere a "toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano". "La Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que [...] la petición excede los límites de su función".¹¹

2. *El procedimiento de las opiniones consultivas y la opinión sobre la pena de muerte*

Respecto del procedimiento en las opiniones consultivas, el Reglamento (Artículo 55) dispone que “[l]a Corte aplicará al trámite de las opiniones consultivas las disposiciones del Título II de este Reglamento (que se refieren a los casos contenciosos) en la medida en que las juzgue compatibles”. Sobre este tema la Corte opinó¹² que “no hay nada en la Convención que sirva para fundamentar la extensión de los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte al ejercicio de la función consultiva. Es muy claro, más bien, que el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte está sometido a sus propios prerrequisitos, que se refieren a la identidad y a la legitimación reconocidas a los entes con derecho a solicitar una opinión, es decir, a los Estados miembros y los órganos de la OEA, estos últimos, en lo que les compete”.

La opinión comentada tuvo origen en diferencias de criterio con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que involucraban al gobierno de Guatemala respecto de aplicación de la pena de muerte en ese país. Guatemala había objetado una actuación de la Comisión Permanente de la Corte y había pedido que su objeción de competencia, en vista de que ese Estado no había reconocido la competencia de la Corte para casos contenciosos, se resolviera como cuestión preliminar. La Corte dijo que dado que “en los procedimientos consultivos no hay partes pues no hay demandados ni actores; ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales, ya que el procedimiento no los contempla; ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada”, “las razones que justifican que la Corte resuelva en un procedimiento separado y preliminar las objeciones a su competencia en materia contenciosa no están presentes, en general, cuando se le ha solicitado emitir una opinión consultiva”. Y añadió: “La Corte reconoce, desde luego, que el interés de un Estado puede ser afectado de una manera o de otra por una interpretación dada en una opinión consultiva. Por ejemplo, una opinión consultiva puede debilitar o fortalecer la posición legal de un Estado en una controversia ac-

tual o futura. No obstante, los intereses legítimos de un Estado en el resultado de la opinión consultiva están adecuadamente protegidos por la oportunidad que se le da en el Reglamento de participar plenamente en estos procedimientos y de hacerle saber a la Corte sus puntos de vista sobre las normas legales que van a ser interpretadas así como cualquier objeción que se pudiere tener (artículo 52 del Reglamento). Por otra parte, el retraso que resultaría de la consideración preliminar de las objeciones a la competencia en el ámbito consultivo perjudicaría seriamente el propósito y la utilidad del poder que el artículo 64 confiere a la Corte para emitir opiniones consultivas. En efecto, cuando una opinión es requerida por un órgano de la OEA, debe entenderse, en general, que la respuesta de la Corte está destinada a asistir y orientar al solicitante en el cumplimiento de la misión que tiene encomendada dentro del sistema interamericano. Ahora bien, como ha observado un eminente jurista latinoamericano, 'una solicitud de opinión consultiva normalmente implica la postergación de una decisión sobre el fondo por parte del órgano solicitante, hasta tanto no se reciba la respuesta' (Eduardo Jiménez de Aréchaga, "The amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", en *Am. J.Int'l L.* vol. 67, 1973, pág. 9). La necesidad de evitar demoras ha impulsado, por ejemplo, la adopción de una enmienda al Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, destinada a permitir a ese tribunal acelerar la consideración de solicitudes de opinión consultiva (cf. artículo 103 del Reglamento de la C.I.J.). Otra enmienda al mismo Reglamento, en vigor desde 1972, exige que en casos contenciosos la Corte de La Haya considere las excepciones de incompetencia antes de abordar el fondo. Esta enmienda no ha sido aplicada a opiniones consultivas (artículo 79 del Reglamento de la C.I.J.; cf. *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, pág. 12)".

Añadió la Corte que "en un procedimiento contencioso, la Corte debe no solo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso,

disponer 'que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados' (artículo 63.1 de la Convención), en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones 'no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa' (Corte I.D.H., "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr.No. 51; cf. *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, pág. 65)".

"Por ello -continuó- la circunstancia de que la Comisión haya sometido a la Corte como consideraciones que originan la consulta' un conjunto de antecedentes que reflejan las diferencias de interpretación sobre ciertos aspectos del artículo 4 de la Convención, en ningún momento indica que ésta no haya actuado de conformidad con el Reglamento o que haya incurrido en abuso del poder que le ha sido conferido como órgano facultado para pedir tales opiniones".

"[E]stas conclusiones se desprenden de la premisa de que se está frente a una opinión consultiva, de modo que podía dudarse sobre su aplicabilidad si en realidad se estuviera recurriendo a este procedimiento para plantear un caso contencioso encubierto o, en general, en circunstancias que desnaturalicen la función consultiva de la Corte". Como cualquier Estado interesado, en los casos de opiniones consultivas, recibe copias de la solicitud (Reglamento, artículo 52) y puede concurrir a las audiencias y de acuerdo con la Corte, el procedimiento consultivo es flexible.

La Corte ha proferido, hasta la fecha, las siguientes opiniones consultivas:

“Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos); El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75); Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4. Convención Americana sobre Derechos Humanos); Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización; La Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos); La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta artículos 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos); El *Hábeas Corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos); Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos); 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 Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículo 46.1, 46.2.a y 46.2.b. Convención Americana sobre Derechos Humanos) y Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte tramita actualmente a solicitud de Argentina y Uruguay una Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención, que seguramente permitirá ordenar aspectos oscuros de esos artículos.

Notas de pie de página

- 1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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. Los textos de estas opiniones y de las sentencias de la Corte se publican por ella misma y se incluyen, además, en los Informes anuales que ella presenta a la Asamblea General de la Organización.

- 2 Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Solamente faltan en la lista los Estados Unidos y algunos de los Estados anglo-parlantes del Caribe.
- 3 En el XVIII Período de la Asamblea General de la Organización - San Salvador, 1988 - se suscribió un Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado **"Protocolo de San Salvador"**.
- 4 Al reformarse la Carta en la Asamblea de Cartagena en 1985 un proyecto que incluía a la Corte como "órgano" de la misma fue aprobado en comisión pero esa aprobación nunca apareció en el Informe del Relator.
- 5 En la terminología del Sistema, Estado miembro es cualquier Estado miembro de la OEA y Estado Parte el que ha dado su consentimiento a la Convención.
- 6 El problema fue planteado y resuelto por la Corte con su nueva composición. El suscrito, en opinión disidente, encontró en ello una petición de principio porque "se pi[dió] a la Corte con la nueva composición asum[ir] el conocimiento del caso...en virtud de una interpretación de la Convención y se par[tió] de las conclusiones de esa interpretación para suponer que deb[ía] ser esa composición de la Corte la que deb[ía] conocer de la solicitud".
- 7 Cuyo estatuto está anexo a la Carta de la Organización de Naciones Unidas.
- 8 Reglamento de la Corte Europea, artículo 57; Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas, artículo 12.
- 9 Disposiciones similares aparecen en la Carta de Naciones Unidas respecto de la Corte Internacional, artículo 94.1 y en la Convención Europea, artículo 53.
- 10 Artículo 52.e de la Carta.
- 11 "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.
- 12 Restricciones a la pena de muerte, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983.

LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES DE DERECHOS HUMANOS

José Miguel Vivanco

En las últimas décadas, en todas partes del mundo se han venido creando y desarrollando asociaciones voluntarias de ciudadanos dedicadas a trabajar en el campo de los derechos humanos. Se las conoce como organizaciones no gubernamentales de derechos humanos (ONG). Se trata de asociaciones privadas, que se organizan formal o informalmente y que voluntariamente asumen la misión de fiscalizar públicamente el respeto por los derechos humanos en un Estado. La actividad que estas organizaciones desarrollan es muy diversa y comprende, desde acciones de defensa, investigación y denuncia, hasta educación y promoción en materia de derechos humanos.

Como veremos a continuación, estas instituciones se han ido especializando y profesionalizando, cubriendo las diversas necesidades que el trabajo en derechos humanos va demandando. Además, se advierte una marcada tendencia entre ellas a utilizar, cada vez con mayor rigor, los mecanismos y procedimientos jurídicos internacionales establecidos para proteger los derechos humanos tanto a nivel de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos (OEA). En este artículo se describen las características de las organizaciones no gu-

bernamentales de derechos humanos, sus desafíos y limitaciones, el rol que cumplen, la respuesta que normalmente reciben de los Estados que son cuestionados por violaciones a los derechos humanos y, finalmente, las actividades que las ONG pueden desarrollar en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

I. Clasificación

Sin el ánimo de hacer una descripción exhaustiva de las distintas clases de organizaciones de derechos humanos que en la actualidad existen y, solo a título ilustrativo, a continuación agruparemos estas instituciones en diferentes categorías.

1. Como es sabido, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos con el propósito de alcanzar una mayor especialización, suelen autoimponerse limitaciones específicas y bien definidas en relación con el ámbito en que se desempeñan, lo que se denomina: *mandato general* de la ONG. El mandato refleja los intereses de la organización, los cuales pueden ser múltiples y, además, en muchos casos podrán variar dependiendo de las circunstancias y la evolución del contexto político en que se encuentren. Por ejemplo, si en un Estado se quiebra el orden constitucional y se producen masivas y graves violaciones a los derechos humanos, las prioridades y la agenda de las ONG deberá ajustarse para responder eficazmente a la nueva realidad. En este sentido, de acuerdo con su *mandato general*, las ONG han sido clasificadas en dos grandes categorías:

- a) *Defensa, Denuncia y Documentación*. Las ONG que trabajan exclusivamente en esta área usualmente persiguen satisfacer una necesidad urgente e inmediata de corto plazo.
- b) *Educación, Promoción y Documentación*. Estas ONG apuntan a objetivos de mediano y largo plazo y se proponen la modificación, reforma o eliminación de las causas que originan las violaciones y los abusos a los derechos humanos.

2. Dependiendo del *ámbito geográfico* en el cual desarrollan su labor, las ONG se pueden dividir en:

- a) *Nacionales*: las que promueven o defienden los derechos humanos en un solo Estado. La gran mayoría de las ONG son de este tipo y, salvo por razones de seguridad, usualmente residen en el territorio del Estado donde ejercen su labor;
- b) *Regionales*: aquellas que supervisan el respeto por los derechos humanos en todo un continente.
- c) *Internacionales*: las que observan el respeto por los derechos humanos a nivel mundial.

3. En relación con el ámbito normativo o *mandato específico*, tradicionalmente se hace la distinción entre aquellas ONG que se desempeñan en:

- a) *Derechos Civiles y Políticos*
- b) *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Desde luego el llamado *mandato específico* también podrá variar dependiendo de la evolución política que se produzca en el Estado en el cual la ONG se encuentra haciendo su trabajo. Por ejemplo, si se trata de un Estado autoritario que se encuentra en transición a un régimen democrático, tolerante y pluralista, las ONG que quieran sobrevivir deberán ajustar su agenda a los nuevos desafíos que este proceso presente. En relación con este punto nos referimos más adelante al tratar las llamadas violaciones endémicas o estructurales.

En todo caso, y siempre dentro de este tema, hay muchas ONG que se especializan en la defensa y observancia de un solo derecho, tipo de violación, o tipo de víctima, por ejemplo: libertad de expresión, derecho de asociación o derechos políticos; detención arbitraria, tortura, desapariciones o ejecuciones extrajudiciales; defensa de los derechos de la mujer, del niño o del refugiado.

4. Atendiendo al origen de sus miembros o características de su estructura orgánica, se pueden reconocer:

- a) *ONG de origen religioso*. Se trata de ONG que han sido fundadas y funcionan al amparo de alguna iglesia, pero que se dedican a trabajar ampliamente en el campo de los derechos humanos, sin restringir su labor a víctimas que pertenezcan a una iglesia determinada. La ONG de derechos humanos que tuvo esta estructura y que fue un modelo en todo el

mundo por su profesionalismo, eficacia y la rigurosidad empleada en la metodología de investigación y documentación de casos fue, la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, Chile.

b) *Asociaciones de Familiares de Víctimas*. Son muy numerosas y cuentan con gran legitimidad ante la opinión pública por estar compuestas, muchas veces, por personas sencillas que han vivido personalmente la tragedia de un familiar desaparecido, ejecutado, torturado o que injusta y arbitrariamente se encuentra detenido. La gran mayoría de estas organizaciones han demostrado una extraordinaria valentía para denunciar públicamente las violaciones estatales y desafiar a las fuerzas represoras. Quizás, la ONG de familiares más conocida, que en su época fue un símbolo de la causa de los derechos humanos, es Las Madres de la Plaza de Mayo, en la Argentina.

c) *Asociaciones de Indígenas*. En casi todos los Estados de América Latina, existen organizaciones de indígenas que se han creado para defender su derecho a la autodeterminación; sus derechos ancestrales a la tierra; su idioma y tradiciones culturales; etc. También los indígenas se organizan para denunciar los abusos y la discriminación racial de la que normalmente son víctimas por parte de las autoridades estatales. Igualmente, la población indígena ha sido víctima de violaciones de sus derechos humanos por parte de grupos insurgentes y agentes del Estado, cuando viven en una zona que está ubicada en medio de un conflicto armado.

d) *Asociaciones de Profesionales*. Se trata de ONG creadas por ciertos profesionales (abogados, médicos, periodistas, antropólogos forenses, etc.) con la finalidad de manifestar la preocupación del gremio por el respeto de valores vinculados con su actividad profesional; intentar proteger a colegas que se encuentran en peligro en distintas regiones del mundo y/o desarrollar una especialización en áreas específicas de trabajo en derechos humanos. Un buen ejemplo de esto último, lo constituye el Equipo Argentino de Antropología Forense.

II. Características Generales de las ONG

1. Las ONG deben ser independientes y autónomas

Aunque parezca evidente, cabe destacar que uno de los elementos centrales que distingue a estos organismos de otras instituciones de derechos humanos, es su total independencia frente al Estado. Se trata, precisamente de entidades *no gubernamentales* y su valor principal es que tienen la capacidad para fiscalizar objetiva e independientemente los actos gubernamentales que puedan tener consecuencias negativas para la plena vigencia de los derechos humanos. Lo anterior no quiere decir, que en determinadas circunstancias y frente a un gobierno que muestre sensibilidad y real voluntad política para corregir abusos a los derechos humanos y, por ejemplo, introducir reformas legislativas tendientes a prevenir ciertas violaciones, las ONG no puedan formular propuestas alternativas y mantener grados de colaboración y coordinación con las autoridades estatales.

2. Investigan violaciones a los derechos humanos que sean imputables al Estado

Asimismo, debe tenerse presente que las ONG internacionales y también las organizaciones intergubernamentales, se encargan de examinar violaciones a los derechos humanos que puedan ser atribuidas al Estado, de conformidad con los principios del derecho internacional moderno. Esta responsabilidad internacional es atribuida al Estado, ya sea porque las violaciones a los derechos humanos son cometidas por sus agentes o porque ha violado su obligación de garantizar el pleno goce de tales derechos. Esta última circunstancia se da especialmente cuando las autoridades toleran la violación de ciertos derechos, cometida por agentes estatales o grupos privados, o cuando el Estado no previene, investiga, procesa y casti-

ga a los responsables de estos hechos, quienes en la práctica quedan impunes y no responden por sus crímenes.

En relación con el problema de la impunidad, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, podemos distinguir dos situaciones: aquella impunidad que es el resultado de un trabajo deficiente o negligente de las instituciones del Estado encargadas de administrar justicia y, por la otra, aquella que se produce con la connivencia o complicidad del aparato estatal. Esta última circunstancia es la que da origen al concepto tradicional de violación a los derechos humanos: el Estado, a través de sus agentes, decide violar los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, negar los hechos, impedir cualquier investigación y proteger a los autores. La gravedad de este hecho reside en que el Estado desvirtúa la naturaleza de la función que cumplen sus agentes, cuya misión, en una sociedad democrática es proteger los derechos del ciudadano y no violarlos.

Ahora bien, es cierto que un terrorista, guerrillero o delincuente, cuando mata a una persona, sin que concurren los requisitos de la legítima defensa, también viola un derecho humano fundamental como es el derecho a la vida, el cual se encuentra protegido en el derecho penal interno en todos nuestros países. Sin embargo, en este tipo de casos, la víctima o sus familiares cuentan con todo el apoyo e interés gubernamental en impulsar una investigación que se traduzca en justicia y reparación para las víctimas.

Muchas ONG, en gran medida motivadas por la conocida crítica gubernamental acerca de la falta de investigación y denuncia de las violaciones cometidas por grupos armados irregulares, han comenzado a aplicar, en aquellos países donde existen conflictos armados de carácter no internacional, las normas y principios jurídicos propios del derecho internacional humanitario contenidos en el artículo 3 común a las tres Convenciones de Ginebra de 1929 y el Protocolo Facultativo No. 2. Una de las pioneras en esta materia ha sido Human Rights Watch, que viene invocando en sus informes sobre de-

rechos humanos, el derecho internacional humanitario desde hace varios años. Amnistía Internacional recientemente modificó su mandato, ampliando su marco de trabajo a casos en que los responsables pudieran pertenecer a grupos armados de carácter irregular.

Los principios del derecho internacional humanitario tienen la ventaja que permiten definir, por ejemplo: lo que se entiende como un blanco legítimo de ataque y, además, impone reglas mínimas de conducta a ambas partes en el conflicto, sin calificar la naturaleza política del mismo, la legitimidad de la causa de los insurgentes y, desde luego, sin conferirle a las partes reconocimiento jurídico de ninguna naturaleza. Asimismo, este conjunto de normas permite a las ONG reclamar la protección de la población civil no combatiente; exigir garantías judiciales para los procesados; trato justo y humanitario a los prisioneros de guerra; respeto a la inmunidad y neutralidad del personal médico; respeto por los desplazados, etc.

3. Las ONG se dirigen a la opinión pública nacional e internacional

Por otro lado, como hemos visto en la clasificación que se ha hecho, las ONG no tienen la capacidad para velar por el respeto de todos los derechos humanos, entendidos en un sentido amplio, esto es: derechos civiles y políticos y también derechos económicos, sociales y culturales. De allí que, incluso las ONG de derechos humanos más grandes, como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, aunque creen firmemente en la universalidad e integridad de todos los derechos humanos, por razones de eficacia y especialización se dedican exclusivamente a examinar el respeto de los derechos civiles y políticos en todo el mundo.

Las ONG que se dedican a denunciar violaciones a los derechos humanos, cuentan, en general, con dos grandes ámbitos de trabajo que son complementarios: por una parte, la opinión pública nacional e internacional y por la otra los procedimien-

tos de defensa previstos en los tratados internacionales de derechos humanos, tanto a nivel de ONU como de la OEA.

La gran mayoría de las ONG acuden a la opinión pública internacional, para informarla y sensibilizarla respecto de violaciones a los derechos humanos cometidas en ciertos Estados. El vehículo por excelencia de trabajo son las publicaciones propias y las denuncias ante los medios de comunicación, especialmente los internacionales. Los medios de comunicación juegan un rol muy importante en la protección de los derechos humanos. De igual modo, hay ONG que recurren a los organismos internacionales encargados de proteger los derechos humanos, con el propósito de informarlos y aprovechar el espacio que brindan para denunciar públicamente a aquellos Estados violadores de los derechos humanos.

Tanto Human Rights Watch como Amnistía Internacional le asignan una enorme importancia a la necesidad de mantener a la opinión pública debidamente informada sobre la situación de los derechos humanos en algunos países. Sin embargo, los informes de Amnistía están dirigidos, primariamente, a impactar a la opinión pública mundial acerca de abusos cometidos en un Estado. En cambio, el principal objetivo de Human Rights Watch es informar a la opinión pública norteamericana y a sus instituciones políticas (especialmente al Congreso de los Estados Unidos) acerca de la gravedad de la situación de los derechos humanos en ciertos países y, sobre esa base, promueve el condicionamiento de las relaciones políticas, diplomáticas, militares y económicas a un mejoramiento en la situación de los derechos humanos en dichos Estados. En la última década Human Rights Watch se ha transformado en el más importante fiscal del componente de derechos humanos de la política exterior de los Estados Unidos contribuyendo sustantivamente a despolitizar y profesionalizar el debate.

4. Rigor y objetividad en la investigación y documentación de casos

Por último, es muy importante que las ONG se preocupen por conservar niveles de objetividad rigurosos en el delicado trabajo que desempeñan. Es crucial que las ONG, tanto nacionales como internacionales, sean capaces de mantener niveles de consistencia en sus denuncias, de tal forma que no existan contradicciones en sus acciones a lo largo de los años. El poder de la ONG de derechos humanos depende fundamentalmente del prestigio alcanzado en su trabajo. Si la ONG ha sido capaz de mantener una trayectoria consistente en este campo la fuerza y el impacto que tendrá su denuncia será, sin duda, significativo.

Si la opinión pública percibe que una ONG condena solo a ciertos Estados o gobiernos y no a aquellos por los que siente afinidad política, la eficacia de la organización será probablemente muy limitada. En este sentido, la opinión pública debe estar convencida que la defensa de los derechos humanos es una tarea de carácter ético-jurídico que nos compromete a todos y que está por sobre los intereses políticos individuales o colectivos. El respeto de los derechos más esenciales de la persona humana es una obligación jurídica que no admite excepciones y que, de violarse, merece una enérgica condena de la comunidad internacional, independientemente de las tendencias políticas del Estado que sea responsable. La tortura es *siempre* una grave violación a los derechos humanos que no admite justificación y que debe ser denunciada como tal en cualquier Estado en que se practique, sin importar las circunstancias en que fue cometida o las preferencias políticas o religiosas de la víctima o de los autores.

En todo caso, lo anterior no sería suficiente, si no fuera acompañado de una cuidadosa metodología de investigación, especialmente, en la recepción de la información de casos de violación a los derechos humanos. Las ONG deben hacer todos los esfuerzos necesarios para corroborar la información recibida utilizando diversas fuentes si fuera necesario para cons-

tatar un hecho, entrevistando directamente a los testigos, víctimas o sus familiares.

En resumen, la fuerza moral de una ONG de derechos humanos y, por consiguiente, el efecto de sus denuncias dependerá, en gran medida, de la rigurosidad de la metodología de investigación, del prestigio alcanzado y de su credibilidad.

Más adelante, veremos cómo las ONG han comenzado a usar los mecanismos internacionales de protección jurídica de los derechos humanos tanto en Naciones Unidas como en la Organización de Estados Americanos. Tal es el caso del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), ONG que utiliza los tratados internacionales para proteger a víctimas de violaciones a los derechos humanos en distintos Estados de América Latina y el Caribe.

III. Respuestas de los Estados a las Críticas Formuladas por las ONG

1. ¿Cuál debería ser la reacción estatal frente a la crítica?

Los Estados criticados por su responsabilidad en violaciones a los derechos humanos, deberían prestar inmediata atención a las denuncias formuladas, investigar los hechos con absoluta imparcialidad, adoptar todas las medidas que sean necesarias para descubrir la verdad, procesar y castigar a los responsables e indemnizar a las víctimas por los daños sufridos. De igual modo, el Estado está obligado a cumplir con su obligación de prevención, es decir, debe asegurarse que las violaciones cometidas no se repetirán. Para esto es muy importante que los autores de las violaciones a los derechos humanos, tanto a nivel individual como institucional, comprendan que su conducta criminal no es admitida ni tolerada por las autoridades de gobierno.

Asimismo, si lo que se persigue es el fortalecimiento del estado de derecho y el concepto de ley y orden en la sociedad,

también es importante que el pueblo perciba que todos los ciudadanos se encuentran sujetos al respeto a una misma ley y que quien delinque, civil o uniformado, está obligado a responder por sus actos. La percepción de doble *estándar* que genera la impunidad, no solo estimula la comisión de nuevas violaciones sino que corroe las bases del estado de derecho y lesiona seriamente la fe del pueblo en el sistema democrático de gobierno.

En principio, los Estados que ratifican un instrumento internacional que protege los derechos humanos lo hacen porque de buena fe entienden que cualquier ciudadano puede eventualmente ser víctima de una violación a sus derechos y que debe contar con recursos nacionales e internacionales adecuados y eficaces para responder ante esta circunstancia. Sin embargo, como veremos a continuación, la mayoría de los Estados que son acusados de violaciones graves a los derechos humanos, normalmente reaccionan defensivamente, en contradicción con las promesas formuladas a la comunidad internacional y nacional al momento de ratificar los instrumentos de protección.

2. Los Estados normalmente reaccionan defensivamente

Como veremos las defensas estatales se usan no solo frente a las críticas provenientes de las ONG, sino también cuando para contrarrestar las denuncias provenientes de organizaciones intergubernamentales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En todo caso, se puede distinguir dos tipos de reacción estatal que pueden operar complementariamente:

2.1 No se responde a los hechos imputados sino por el contrario se persigue neutralizar a la ONG que los denuncia:

- a) Principio de no injerencia en asuntos que supuestamente serían de la estricta jurisdicción interna del Estado. El Estado directamente cuestiona el derecho de la ONG a opinar sobre la situación de los derechos humanos, porque sería una mate-

ria ajena al interés de la comunidad internacional y de exclusivo interés nacional. Este argumento normalmente se usa en contra de ONG internacionales. En el marco del sistema interamericano, México ha sido el único estado que ha utilizado este argumento en contra de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en casos relativos al ejercicio de los derechos políticos.¹

b) Principio del relativismo cultural, que niega la aplicación universal de los derechos humanos y la igualdad de todos los seres humanos. Según este principio cada sociedad, cada pueblo, tiene formas únicas de organizarse de acuerdo con su tradición histórica, cultura y religión, cuestión que afecta al campo de los derechos humanos. De acuerdo con aquellos estados que invocan este principio, cualquier intento por parte de una ONG de exigir el respeto por los derechos más básicos de la persona humana, tal como están definidos en los tratados internacionales, constituye abuso colonialista inaceptable que intenta imponer concepciones europeas occidentales que no son compartidas por el pueblo. Obviamente, quienes utilizan este argumento no son las víctimas de violaciones a los derechos humanos, sino aquellos que gobiernan. Este argumento es normalmente esgrimido por regímenes no democráticos para contrarrestar la crítica formulada por ONG internacionales.

c) Credibilidad de la ONG de derechos humanos atendiendo a las motivaciones o afinidades políticas de sus integrantes. Se trata de levantar dudas respecto de las intenciones o intereses de los miembros de la ONG, o inclusive sugerir que la información denunciada tiene como único efecto favorecer al enemigo, la subversión, etc. El Estado hace un esfuerzo por concentrar la atención de la opinión pública en los alegados intereses políticos de los miembros de la organización con el propósito de dañar la credibilidad y seriedad de la información producida por la ONG. En este sentido, creemos que quienes se desempeñan en una ONG de derechos humanos tienen plena libertad y derecho a participar en actividades políticas, sin embargo el trabajo de la organización no puede estar condicionado a dichos intereses y la información debe ser objetiva e imparcial. Las ONG tampoco son instrumentos de lucha política y no pueden sustituir el papel que cumplen los partidos políticos.

En esta misma línea, muchas veces se intenta descalificar a las ONG debido a que solo denuncian las violaciones o abusos

cometidos por agentes del estado y nada se informa respecto de los crímenes cometidos por grupos armados irregulares, cuando existen. De esta manera se busca poner en duda la imparcialidad de la denuncia confundiendo, de paso, a la opinión pública nacional que piensa de buena fe que las violaciones cometidas por grupos privados son jurídicamente equivalentes a aquellas cometidas por agentes del estado.

2.2 Se responde a los hechos imputados por la ONG ofreciendo una versión diferente de los acontecimientos, cuestionando la autoría de los mismos o criticando la metodología de investigación empleada.

a) Las autoridades reconocen los hechos pero lo califican como un crimen común o derechamente se lo atribuyen a grupos insurgentes. En este tipo de casos normalmente se produce una sistemática obstrucción de justicia y encubrimiento de los verdaderos responsables de la violación por parte de las autoridades estatales.

b) Las autoridades cuestionan los métodos de investigación utilizados por la ONG. Además, se alega falta de rigurosidad por parte de los investigadores, contradicciones o imprecisiones en la cronología de los hechos, falta de idoneidad o imparcialidad de los testigos, conclusiones antojadizas alcanzadas por las ONG, recursos internos aún pendientes, estándar probatorio muy flexible.

Las diversas actitudes que muchos Estados frecuentemente asumen al ser denunciados por violar los derechos humanos, ciertamente no contribuyen a desarrollar un debate racional y transparente sobre esta delicada materia y, lo que es más importante, no permite asegurar su pleno respeto. Con estas actitudes, los Estados "politizan" y manipulan el tema de los derechos humanos y distraen a la opinión pública del punto central de preocupación, que es la necesidad de responder pronta y efectivamente ante denuncias de violaciones a los derechos fundamentales.

IV. Las ONG y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

El sistema interamericano es un mecanismo intergubernamental diseñado por los Estados del continente americano para proteger los derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: la Convención) fue elaborada y adoptada por los Estados miembros de la OEA en 1969. Para que la Convención surta efectos jurídicos debe ser ratificada por el Estado interesado. La función y jurisdicción de los órganos de protección (Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos) fue acordada y definida por los Estados que redactaron la Convención. Los integrantes de estos órganos intergubernamentales, son elegidos por los Estados miembros de la OEA pero actúan a título personal. Para que un Estado pueda ser demandado ante la Corte debe haber reconocido expresamente la jurisdicción contenciosa de dicho tribunal.

La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, ofrecen importantes oportunidades a las ONG para proteger los derechos humanos en el continente. A mi juicio, la presentación de una denuncia ante la Comisión Interamericana es el mejor mecanismo disponible para las víctimas y ONG que buscan proteger los derechos humanos en América Latina.² Como se puede ver en los otros capítulos de este Manual, el procedimiento establecido en la Convención Americana permite múltiples y concretas posibilidades de protección legal a víctimas de abusos.

En las últimas dos décadas, la Comisión, a través de la elaboración de informes especiales, jugó un papel fundamental en la denuncia de violaciones a los derechos humanos, especialmente frente a cuadros de masivas violaciones cometidas por regímenes militares en América Latina.

El surgimiento de gobiernos civiles electos en América Latina ha permitido la incorporación de estos Estados a los mecanismos internacionales que supervisan el respeto por los derechos humanos. La mayoría de los 36 estados miembros de la OEA han ratificado la Convención Americana. Además, en la

actualidad, quince estados han reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela). Se espera que próximamente Bolivia y Canadá ratifiquen la Convención y reconozcan la jurisdicción obligatoria de la Corte.

Desgraciadamente, este incremento en las ratificaciones por parte de gobiernos civiles no se ha traducido en un claro apoyo a una estricta supervisión internacional en materia de derechos humanos en la región. Entre los Estados miembros de la OEA, existe la tendencia a creer que en las democracias no se cometen violaciones a los derechos humanos.

Aunque se debe reconocer que, como resultado de los procesos de transiciones a la democracia en algunos países las violaciones graves y masivas a los derechos humanos han disminuido, sin embargo, las llamadas violaciones endémicas o estructurales son, en la actualidad, abusos frecuentes. Las violaciones endémicas no son el resultado de políticas oficiales implementadas por un gobierno determinado, sino que son acciones que resultan del ejercicio abusivo del poder por parte de diversas autoridades estatales, lo que va unido a la falta de voluntad y recursos jurídicos eficaces que permitan prevenir y castigar estos hechos. Por ejemplo, la brutalidad policial, condiciones carcelarias inhumanas y las restricciones en las libertades civiles son consideradas típicamente violaciones endémicas o estructurales.

Por otra parte, la Corte, cuyo origen se encuentra en la Convención, empezó a funcionar en 1979 y constituye el máximo órgano de protección de los derechos humanos en la región. La Corte ha emitido varias opiniones consultivas y, a su vez, ha dictado sentencias sobre temas muy relevantes para la protección de los derechos humanos en la región.

Las primeras sentencias dictadas por la Corte, en uso de su jurisdicción contenciosa, son relativamente recientes. En dichas sentencias la Corte falló en contra del Estado de Hondu-

ras luego de concluir que era responsable de haber promovido e impulsado una política dirigida a "desaparecer" a más de 100 personas, entre los que se encontraban Manfredo Velásquez Rodríguez y Saúl Godínez Cruz.³

Las sentencias de la Corte son una muestra, por una parte de la importancia que representa para las ONG trabajar con el sistema interamericano y, por la otra, de los resultados que se pueden alcanzar cuando existe una colaboración profesional rigurosa entre organizaciones no gubernamentales locales e internacionales, familiares de víctimas de derechos humanos, y organismos intergubernamentales encargados de proteger los derechos humanos.

Actualmente, en el sistema interamericano, solo la Comisión puede presentar casos ante la Corte. Las víctimas y las ONG tienen acceso directo a la Comisión pero no a la Corte. La práctica que se ha establecido, y el Reglamento de la Corte así lo permite, es que una vez que el caso ha sido referido ante la Corte, el denunciante y/o las víctimas pueden incorporarse como miembros de la delegación de la Comisión, y participar en el proceso bajo la supervisión de la Comisión.

Es indudable que las ONG dedicadas a defender los derechos humanos en la región, se beneficiaron de las sentencias de la Corte porque sentaron precedentes jurídicos de extraordinaria importancia, tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal. Por ejemplo, conceptos jurídicos como: agotamiento de recursos internos; carga de la prueba (*onus probandi*); estándar probatorio; responsabilidad internacional del Estado; obligación del estado de prevenir, investigar y castigar violaciones a los derechos humanos y pagar indemnización económica por los daños causados, fueron objeto de un importante desarrollo jurisprudencial.

Para las víctimas de violaciones a los derechos humanos y las ONG, esta primera experiencia ante la Corte (los casos hondureños) generó grandes expectativas y esperanzas de mejorar la situación de los derechos humanos en América Latina. No obstante, aún debemos lamentar que se sigan cometiendo gra-

ves violaciones a los derechos humanos, sin que Estados de la región presten mayor atención a sus obligaciones jurídicas básicas reafirmadas por la Corte en sus primeros casos.

En todo caso, cabe subrayar que para una ONG de derechos humanos no es fácil tramitar un caso ante un órgano internacional de la OEA o de la ONU. En este sentido, uno de los obstáculos más serios que las ONG enfrentan para proteger nacional e internacionalmente los derechos humanos es la falta de información acerca de precedentes y doctrina jurídica de los órganos encargados de proteger los derechos humanos en Naciones Unidas y OEA; violaciones similares ocurridas en otros Estados y regiones; actividades, función y estructura de los órganos intergubernamentales de protección de los derechos humanos. De allí la importancia que reviste que tanto los órganos de tutela, los Estados genuinamente interesados en la protección de los derechos humanos, como, desde luego, las ONG que tengan acceso a este tipo de información publiquen sobre esta materia y se aseguren de que los documentos cuenten con una amplia distribución, especialmente entre aquellos que más lo necesitan.

De igual modo, como se describe en otros capítulos de este Manual, la tramitación de una denuncia ante cualquier órgano internacional de derechos humanos requiere un seguimiento constante y directo del proceso por parte del denunciante. La presentación de denuncias individuales y el procedimiento establecido en la Convención Americana constituye un trámite complejo y requiere una permanente atención, por parte del denunciante.

Las ONG que acuden al sistema interamericano deben estar bien informadas en cuestiones de derecho procesal y sustantivo, tales como:

- calidad y peso de la prueba exigida ante instancias internacionales en casos de derechos humanos;
- metodología necesaria para probar un patrón de violaciones graves a los derechos humanos;

- identificación de la carga de la prueba (*onus probandi*) y cómo esta carga se transfiere de una parte a la obra;
- requisitos y excepciones al previo agotamiento de los recursos internos; y
- normas que regulan la participación de las víctimas y ONG en el proceso.

Antes de concluir esta sección es importante referirse, aunque sea brevemente, a algunos de los principales obstáculos jurídicos que la víctima de derechos humanos y las ONG deben enfrentar cuando acuden a un órgano de protección como la Comisión Interamericana. Lo anterior debido a que, contrariamente a lo que algunos Estados pudieran creer, quien denuncia un hecho violatorio de la Convención no se encuentra en igualdad de condiciones frente al Estado acusado. En afecto, el denunciante debe satisfacer un buen número de requisitos y cuenta con serias limitaciones en su actuación; por el contrario, el Estado tiene múltiples oportunidades de defensa.

El primero de los obstáculos que el denunciante debe superar es el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, es decir, la víctima o su representante debe probar que antes de acudir a la instancia internacional, ha hecho un esfuerzo serio y de buena fe por resolver el problema a nivel interno, acudiendo a las instituciones competentes y usando los recursos idóneos. Se trata de otorgarle al Estado la oportunidad de investigar, procesar y castigar al o los responsable(s) de la violación cometida, antes de verse expuesto al examen de órganos intergubernamentales de protección de los derechos humanos. Solo en el evento que el denunciante pruebe, *prima facie*, que los recursos internos no han funcionado o que no estaban disponibles, el órgano intergubernamental estará facultado para conocer y decidir sobre la materia.

Asimismo, el éxito de la investigación realizada por la ONG o la víctima, dependerá de los esfuerzos que ellos realizan para reunir información y evidencia que está en poder del Estado involucrado y que normalmente es destruida. Por su parte, la investigación conducida por la Comisión estará en gran medida condicionada al grado de colaboración que en-

cuentre en el Estado, al punto que si la Comisión desea hacer una investigación en el terreno (visita *in loco*) debe contar con la autorización del Estado.

Finalmente, debe tenerse especialmente en cuenta que quien denuncia un hecho violatorio de la Convención, no está facultado para transferir el caso a la Corte. Una vez que el caso ha sido presentado ante la Comisión, el denunciante pierde el control del mismo y únicamente la Comisión está facultada para referirlo a la Corte. Ante la Corte, el Estado tendrá numerosas oportunidades de defensa, tal como las tuvo en el trámite llevado a cabo en la Comisión.

V. ONG que se dedican a la Defensa Internacional de los Derechos Humanos

Cada vez son más las ONG que invocan ante las Cortes nacionales, tratados internacionales de derechos humanos ratificados por un Estado. Igualmente, cada vez aumenta el número de ONG que utilizan los tratados internacionales para defender derechos humanos. A través de la representación de víctimas de violaciones y en estrecha colaboración con ONG locales, las ONG persiguen exigir que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales adquiridas voluntariamente y de buena fe en materia de derechos humanos. Como sabemos, los Estados Partes en un tratado internacional de derechos humanos están obligados, no solo a abstenerse de violarlos, sino también a castigar a los responsables de dichas violaciones y a pagar una justa indemnización para reparar los daños sufridos por las víctimas o sus familiares.⁴

CEJIL presenta denuncias sobre casos individuales ante la Comisión y hace su seguimiento ante la Corte, cuando procede, todo ello de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los casos que CEJIL presenta no constituyen casos aislados, muy por el contrario, son casos *ilustrativos* de una práctica generalizada de violaciones a los derechos humanos. CEJIL también selecciona casos que tienen la

potencialidad de sentar precedentes jurídicos relevantes y dar impulso al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos.⁵

Por último, CEJIL también asume casos en que una o varias personas se encuentren expuestas a un peligro irreparable e inminente. En este sentido, un ejemplo relativamente exitoso lo constituyen las medidas cautelares dictadas por la Corte en el caso *Bustíos* (Perú) y luego en el caso *Chunimá* (Guatemala).

Referencias

- 1 “...Cualquier pronunciamiento de la Comisión sobre la “autenticidad” de un proceso electoral, sería de tendencia atentatoria de la personalidad de las autoridades electas en ese proceso y constituiría un acto de intervención, conforme a la definición del artículo 18 de la Carte, que el segundo párrafo del artículo I de la propia Carta prohíbe a la Organización de los Estados Americanos, de la que la Comisión es un órgano”. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1989-1990. OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, Doc.7, 17 mayo 1990, pág. 109.
- 2 El artículo 44 de la Convención dispone: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.”
- 3 *Velásquez Sentencia*, C.I.D.H. (ser. C), No. 4 (1988) *Godínez Sentencia*, C.I.D.H. (ser.C) No. 5 (1989).
- 4 Las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen derecho a ser indemnizadas de manera justa por los daños sufridos. Las víctimas y sus familiares deben recibir compensación monetaria (en un monto equivalente al daño material, moral y psicológico sufrido), compensación ética para restablecer la dignidad y reparaciones punitivas.
- 5 Por ejemplo, algunas cortes nacionales definen la tortura como el uso arbitrario de la fuerza en contra del detenido, con el fin de extraer información. En nuestra opinión, *cualquier* uso ilegítimo y excesivo de fuerza, física o psicológica, que sea además degradante y cruel o inhumano, constituye tortura.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Rodolfo Cerdas

I. Introducción. El problema conceptual

Como frecuentemente ocurre con conceptos sustantivos, el de democracia presenta tal gama de dimensiones que resulta no solo difícil lograr una definición satisfactoria sino de poco valor práctico.

Si bien es cierto que comúnmente se utiliza la definición de gran universalidad e impacto retórico, acuñada por Abraham Lincoln, que conceptualiza a la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, ello más bien ayuda a mostrar las dificultades de tan concisa definición. Así, si se analiza tal afortunada expresión, resulta que cada uno de los términos utilizados en ella implica, de un modo u otro, una cuestión problemática en sí misma, que ha recibido, además, diferentes respuestas en cada etapa del desarrollo histórico¹. Así, la noción de pueblo no solo ha tenido significados distintos por aquellos individuos a quienes incluía, en atención a riqueza, sexo, etnia o edad, sino que políticamente se han ensayado definiciones que excluían a sectores sociales enteros por su ubicación en el proceso productivo o su actitud política

eventualmente contrarrevolucionaria. Tal fue el caso de algunas corrientes marxistas. Constitucionalmente en todas las naciones se encuentran cláusulas de exclusión, o requisitos distintos a la capacidad racional y moral para elegir y ser electo. Se ha exigido, según la época y el lugar, el tener cierta cantidad de capital, propiedad o educación; se ha excluido a las mujeres por su condición de tales hasta bien entrado el presente siglo, así como a individuos pertenecientes a otras etnias o a integrantes de clases sociales declaradas enemigas. Frecuentemente, además, tales exclusiones de tipo electoral han ido acompañadas de otras graves restricciones y violaciones al libre ejercicio de los derechos humanos fundamentales.

La idea de gobierno, a su vez, implica también una clara noción de intervención de los órganos del Estado en asuntos determinados, en atención a la cuestión de qué es lo que debe estar sometido al control gubernamental. Históricamente la respuesta ha variado según lo que se ha considerado competencia o materia de regulación gubernamental en cada época. Así, por ejemplo, las relaciones obrero-patronales fueron consideradas durante mucho tiempo un asunto de carácter meramente civil, sujeto a las regulaciones del código respectivo y dejado a la libre voluntad de las partes. La emergencia, relativamente reciente, del derecho laboral dio carta de legalidad a un enfoque diferente en el que las relaciones del trabajo adquirieron una dimensión social de importancia decisiva, que obliga a una intervención tutelar de parte del Estado y la sociedad. Lo mismo puede decirse de otras relaciones consideradas como de control gubernamental y más tarde reconocidas como de la esfera privada de las personas. Tal es el caso de la homosexualidad. También, en un proceso inverso, materias que estaban ubicadas en la esfera privada paulatinamente han pasado a ser consideradas de tutela pública, como es la referida a ciertos abusos maritales contra las esposas e hijos. Las consideraciones en este sentido podrían ampliarse enormemente, pero con lo señalado tenemos suficientemente demostrado que hay una dinámica de ampliación/restricción en la temática de lo que se regula, de quiénes regulan y para qué se regula, que

ejemplifican perfectamente la dificultad de entrar en definiciones definitivas, acabadas y omnicomprensivas de la democracia.²

II. Características mínimas del modelo democrático

En ese sentido pareciera más útil señalar algunos caracteres de un régimen político democrático, sin los cuales no podría considerarse que existe una democracia, al menos como se la entiende en la cultura occidental. Tales elementos serían los siguientes:

a.- Elecciones periódicas libres, competitivas y en condiciones de igualdad ciudadana.

b.- Un estado de derecho, donde el orden jurídico sea de implantación nacional, orientado al bien común, esté sustentado sobre una distribución de poderes con independencia de funcionamiento; y un sistema de equilibrios, frenos y contrapesos, que garantice efectivamente la libertad ciudadana y el control de los poderes públicos y el ejercicio de las funciones gubernamentales por sus titulares.

c.- Un régimen de libertades públicas que garantice, permanentemente, las libertades de pensamiento, información, expresión, movilización, organización y petición, así como las de religión y culto, etc.

d.- Un orden social orientado a la justicia, que garantice al ciudadano común el acceso a ciertos derechos fundamentales, tales como la educación y la cultura, la salud, el trabajo seguro y bien remunerado, la vivienda, el derecho a la privacidad, el ocio creador, el disfrute y preservación de un sistema ecológico equilibrado y de una paz cimentada en el ejercicio de la libertad en un marco de seguridad.

Es claro que el énfasis, tanto histórico como políticamente, ha sido colocado de diversa manera, según la época y el lugar, dando origen a distintas versiones de democracia o modelos, que traducen no solo visiones sociales muchas veces diferentes y hasta contradictorias, sino también orientaciones éticas que pueden resultar contrapuestas. Como bien ha sido señalado, "La disputa sobre el significado contemporáneo de democracia

ha generado una extraordinaria diversidad de modelos democráticos: de las visiones tecnocráticas de gobierno a las concepciones de una vida social marcada por una extensa participación política".³

Todo lo cual conduce a una doble consideración: por una parte, que no es posible hallar una democracia perfecta, cualesquiera sean los cánones que se utilicen para valorarla. La razón de ello radica, entre otros factores, en el hecho de que la democracia no es sino una expresión condensada de la lucha política entre los diversos actores que integran al sistema político y social globales, los cuales condicionan de algún modo, con sus demandas, acciones y omisiones el resultado de la estructura y funcionamiento del orden político democrático, con sus inevitables consecuencias asimétricas, desigualdades y tensiones. Ningún modelo, en tales condiciones, aparecerá ni puro ni totalmente satisfactorio, aun para aquellos que se identifican con las líneas matrices predominantes en el modelo escogido

La otra consideración se vincula directamente a la anterior, en el sentido de que la democracia resulta fuerte precisamente por su capacidad de autocrítica, reflexión, búsqueda y perfeccionamiento. Esto le da la característica de un extremo dinamismo que introduce un elemento importante de debilidad relativa, en la medida en que tiende a afectar, en momentos determinados, las bases de sustentación misma del sistema, tanto a través de cuestionamientos ideológicos y políticos como prácticos, en lo particular referidos estos últimos a las llamadas crisis de credibilidad, legitimidad y gobernabilidad. Se desarrolla así una dialéctica significativa que, al mismo tiempo que afirma al sistema democrático, sienta las bases para su cuestionamiento y eventual superación. Como bien recuerda David Held, "nosotros no podemos estar satisfechos con los modelos de democracia política existentes...; (hay) buenos fundamentos para no aceptar simplemente ningún modelo único, ya sea clásico o contemporáneo, tal y como se levanta hoy la democracia".⁴

Tal enfoque conduce, de manera directa, a un cuestionamiento permanente si no de la estructura propiamente dicha, al menos del funcionamiento, parcial o total, del sistema político democrático, pero siempre a partir de las tradiciones políticas, ideológicas y éticas concretas de cada comunidad nacional. Estas no serán obviamente las mismas en Francia que en Inglaterra, en Estados Unidos que en Chile o el Uruguay. Y en consecuencia, distintos serán los estilos políticos y modalidades institucionales resultantes.

Por eso mismo, es frecuente encontrar auténticos diálogos de sordos en torno a la democracia, en la medida en que cada actor puede estar hablando de un modelo distinto y eventualmente incompatible con el fundamento mismo de la teoría democrática. Y así se le reclaman al sistema, según ciertos modelos, respuestas que no le corresponde dar, y se tiende a supeditar, en algunos casos, lo que es principal y fundamental a aspectos que, aunque importantes y significativos para un individuo o sector social determinados, resultan finalmente parciales y secundarios.

En Centroamérica esto es particularmente cierto y agudo, sobre todo por la tensión inevitable que se presenta entre las cuestiones referidas al individuo como tal y aquellas asociadas a intereses de carácter más colectivo que individual. Por eso no es de extrañar que las críticas al régimen democrático provengan igualmente de conservadores y revolucionarios, de izquierdas y derechas, de liberales y mercantilistas, de guerrilleros y militares. Al fin y al cabo, se trata usualmente de concepciones diferentes, éticas distintas e intereses diferenciados. Por ello, la precisión de que la democracia esencialmente constituye un método para la estructuración del poder político, a partir de la voluntad mayoritaria y legítima de la población, sin que a ella le correspondan como tal por definición, la resolución de los problemas sociales y económicos, constituye un punto de partida esencial. Lo que la democracia permite es ubicar con claridad las áreas y competencias, así como legitimar los respectivos actores, a los que corresponde el tratamiento y la resolución de las cuestiones de fondo planteadas en la vida social,

económica y cultural de cada país. Cuál es el resultado final de esas tensiones libradas en el marco institucional preestablecido es tarea y responsabilidad de los actores legítimos que allí intervienen.

Esto no debe interpretarse, sin embargo, en el sentido de que hay un divorcio absoluto entre el sistema político democrático y el contenido de la vida social y económica de un país determinado, de las condiciones de vida y trabajo de su población. La separación tajante y artificial entre la democracia y las demandas legítimas de la población no solo no es admisible, sino que resulta impráctica y peligrosa. No es admisible porque los sistemas tienen sentido, significación y legitimidad, no solo como resultado del cumplimiento de los rituales que conducen a su consagración (las elecciones, por ejemplo), sino como mecanismos aptos para alcanzar los fines que los actores sociales se han propuesto lograr en una etapa histórica determinada, de acuerdo con un procedimiento preestablecido y que busca adecuarse a la voluntad mayoritaria en un marco de justicia y equilibrio democráticos. La recepción de demandas por el sistema político supone respuestas aceptablemente viables, las cuales, al producirse, retroalimentan, a su vez, todo el sistema. La interrupción del ciclo, independientemente de las formas de consagración del poder político constituido, conduce más tarde o más temprano a deslegitimar el sistema.

Esto nos lleva a nuestra segunda afirmación, en el sentido de que la separación entre democracia y satisfacción de las expectativas de la población resulta impráctica y peligrosa, ya que el proceso deslegitimador que inexorablemente sigue a tal separación, tiende a minar el fundamento mismo del sistema político democrático, provoca inevitablemente crisis de gobernabilidad y abre el espacio a formas autoritarias de ejercicio del poder político, usualmente latentes en la estructura social y política de la sociedad, bajo el espejismo de una supuesta eficacia y un orden aparentemente estable.⁵

III. La democracia como marco institucional para la vigencia de los derechos humanos

Los rasgos esenciales de la vida política democrática, sin embargo, muestran que el marco institucional, político y cultural por antonomasia para lograr la vigencia de los derechos humanos es precisamente la democracia. Podría decirse que la democracia es el telón de fondo, institucional y político, donde se recortan con mayor nitidez los derechos humanos fundamentales. Desde luego, ello es así en la medida en que, en su acepción moderna, no hay divorcio de ninguna naturaleza entre los derechos inherentes al individuo (derechos individuales), aquellos que le corresponden como parte del sistema social y productivo y que le proporcionan los fundamentos materiales para el ejercicio real de sus derechos individuales (derechos económicos y sociales); y aun más, aquellos que se refieren al entorno natural, que no solo debe preservarse como sustrato para el desarrollo social y personal, sino como condición para la conformación del complejo superior, hasta hoy fracturado y hasta contrapuesto, que une indisolublemente individuo, sociedad y naturaleza (derechos colectivos o ecológicos).

De alguna manera, en todas nuestras Constituciones nos encontramos el reconocimiento de estos derechos fundamentales del individuo. Desde luego que, históricamente, el reconocimiento a tales valores, y más aun la práctica concreta de su respeto y aplicación, han evolucionado según la época y variado de país a país. En la actual Constitución colombiana, por ejemplo, el reconocimiento de estos tres tipos de derechos (individuales, sociales y colectivos) es explícita y taxativa. En su momento -primera mitad de este siglo- la inclusión de los económicos y sociales, sufrió de retrasos y dificultades en su reconocimiento y tuvo que ser objeto de importantes movilizaciones sociales y políticas para lograrlo. Algo similar ocurre, aunque con mucho menor dramatismo, con los colectivos o ecológicos. Y, obviamente, el salto del reconocimiento formal de tales derechos a su aplicación real y concreta en la vida cotidiana de la sociedad, supone otro esfuerzo colectivo no solo en el ámbito

institucional y político, sino en el estado o nivel de conciencia social de la comunidad, lo que dice de cambios importantes en la cultura política de la población. En otras palabras, se trata de un largo y complejo proceso histórico que tiene diferentes ritmos, tanto en su concepción como en su realización, en cada momento, país y región; y que supone importantes transformaciones no solo a nivel de legislación e instituciones, sino al de la conciencia social, la cultura y los valores de cada comunidad.

Un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, que buscan prescribir la conducta de los Estados en la materia, han creado un marco conceptual, jurídico e institucional para la protección de esos derechos fundamentales. Destacan la "Declaración Universal de Derechos Humanos", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, la cual fue precedida por la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", aprobada ese mismo año en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, pocos meses antes. Al margen de la cuestión propiamente jurídica del valor y alcance de tales Declaraciones, se trata de instrumentos que al mismo tiempo que reflejan un elevado estadio de desarrollo de la conciencia humana sobre valores de dimensión universal, se convierten en banderas programáticas movilizadoras en toda la comunidad internacional. Esto ha permitido, a su vez, que se hayan podido desarrollar los principios y propósitos básicos que las integran, en convenios internacionales concretos que comprometen legalmente a los Estados que los han suscrito y ratificado. Es así como se logró que se suscribiera el llamado "Pacto de San José" o más precisamente, la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", adoptada en la capital de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Antes, ya habían sido adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dos Pactos de gran importancia y significación: el 16 de diciembre de 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, el llamado "Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos"; y ese mismo día, pero entrando en vi-

gor el 3 de enero de 1976, el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". También rigen el comportamiento de los Estados que las suscribieron y ratificaron, -entre ellos todos los centroamericanos- otras Convenciones como la adoptada por la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1948, "Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio"; la adoptada por ese mismo organismo el 21 de diciembre de 1965 y entrada en vigor el 4 de enero de 1969, "Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial"; la adoptada el 18 de diciembre de 1979, y entrada en vigor el 3 de setiembre de 1981, "Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer"; y de las más recientes, la aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y en vigencia desde el 26 de junio de 1987, "Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes", que se complementa con la "Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura", adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de diciembre de 1985 y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987. Asimismo, el 17 de diciembre de 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 34/169, adoptó el "Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley".

Claro está que el problema de los derechos y su reconocimiento y vigencia, está íntimamente ligado a la cuestión del orden social, político y jurídico interno en cada país. Las posibilidades de la comunidad internacional de imponer el cumplimiento de las obligaciones estatales en esta materia, si bien han mostrado en los últimos tiempos un crecimiento importante y no desdeñable, son cuando menos insuficientes por ahora para garantizar su vigencia y respeto al interior de las fronteras y límites que impone la existencia de los Estados nacionales. Y es por esto que la cuestión de si existe o no un sistema democrático, y la plena vigencia de un estado de derecho en el ámbito nacional, resultan ser las claves esenciales para garantizar el efectivo respeto de los derechos humanos fundamentales en un país determinado. Aun se está muy lejos de cambiar el carácter

supletorio que tienen el control y la sanción jurídicos de la comunidad internacional, con respecto al régimen interno de cada Estado. Lo cual, sin embargo, no debe ser motivo para incurrir en dos errores muy frecuentes: uno, consistente en exigir y esperar del orden internacional respuestas que éste no puede dar todavía. Y otro, de signo contrario, en que se incurre cuando se menosprecia y subestima el rol de la opinión pública internacional y el peso de los organismos colectivos en la vida política interna de los Estados por no contar aun aquéllos con los medios coercitivos necesarios, para imponer sanciones a los que violan sus compromisos internacionales.

IV. La dimensión internacional de la democracia y la vigencia de los derechos humanos

A este respecto es conveniente recordar algunos hechos relevantes en esta materia: en primer término, que en las actuales circunstancias políticas mundiales el aislamiento no es ya ninguna respuesta viable para ningún país; en segundo lugar, que en los procesos de integración regional que tienen lugar en todo el globo, pero particularmente en América del Norte y América Latina, pero sobre todo en Centroamérica, cada vez más la cuestión de los derechos humanos y la vigencia de un orden institucional democrático pasa a ser visto como condición *sine qua non* para el éxito de cualquier proyecto de integración; y, en tercer término, lo que por lo demás adquiere cada vez mayor relevancia, está el hecho de que cada vez es más evidente la imposición de condicionamientos incluso cruzados, entre instituciones internacionales, países y grupos de países, exigiendo democracia, respeto a los derechos humanos y el cumplimiento de requisitos en otros aspectos de carácter político y social, sin cuya realización el acceso a préstamos y financiamientos indispensables, provenientes de tales organismos, se vuelve literalmente imposible⁶. La prensa internacional ha reflejado estas orientaciones no solo para el caso de Centroamérica y América Latina, sino para África y Asia.⁷

Esta dinámica entre la comunidad internacional y el orden interno de cada nación, puede en determinado momento afectar aspectos de carácter nacional que tradicionalmente han sido considerados dentro del ámbito exclusivo de la soberanía nacional de los Estados. Sin embargo, se trata de una práctica política contemporánea en pleno desarrollo, que no puede ser ignorada sobre todo por naciones débiles, económica y militarmente, como lo son las centroamericanas⁸. Por ello mismo, si de verdad se quiere defender la soberanía nacional y la esfera de competencia exclusiva del Estado, la única respuesta viable ante las nuevas circunstancias de la política mundial contemporánea es la apertura democrática de los regímenes políticos y la conformación, a nivel interno de cada país, de verdaderos sistemas políticos democráticos y estados de derecho realmente operantes que garanticen la plena vigencia de los derechos humanos. Las circunstancias prevalecientes en el ámbito de las relaciones internacionales, con el final de la guerra fría y la constitución de fuertes bloques de poder económico y militar; así como los cambios políticos operados y actualmente en proceso de transición en Centroamérica, en los cuales se evidencia una significativa apertura de los sistemas políticos que facilita la participación activa de sectores hasta ahora excluidos, parecen combinarse para apuntar precisamente en esa dirección. Lo cual, a su vez, de una manera hasta ahora sin precedentes, permite abordar la cuestión de la modernización de la sociedad y el Estado nacionales, sin impedir la capacidad competitiva y productiva de los sistemas económicos en sus esfuerzos por acceder al mercado mundial. La pobreza, el autoritarismo y la exclusión antidemocrática son causa y efecto del atraso económico. La ruta democrática verdadera es la única espada que puede cortar ese nudo gordiano.

Los componentes del Estado nacional, en materia social, económica, política e institucional, requieren ser vistos y ubicados en una perspectiva global y coherente, para que puedan operar como sistema y ser efectivamente capaces de dar respuesta a las demandas de la población. Esto supone, en otro sentido, que mecanismos heredados del pasado, y sin otra jus-

tificación que la ausencia de desarrollo en todos los ámbitos, deben ceder el campo a formas de organización y funcionamiento de la sociedad y el Estado, más acordes con las urgencias y perspectivas contemporáneas.

Así, por ejemplo, las fuerzas armadas no pueden seguir jugando un papel que abarca todo, desde la defensa nacional del territorio y la soberanía, hasta las tareas de educación, obras públicas, sanidad, comunicaciones e higiene. O, para usar los términos de "La nota del día" de El Diario de Hoy de El Salvador, del 8 de mayo de 1992, cuando dijo lo siguiente: "Reclutar fue....una forma, cruda si se quiere, de educar, de ir incorporando a los pobladores rurales al siglo veinte. El cuartel no fue nunca un campo de concentración o un sitio donde se frustraban carreras, sino *-mutatis mutandis-* una especie de universidad del pobre, donde se le enseñó a leer, se le disciplinaba, se le hacía conocer más de su país, adquiría destrezas y se capacitaba para defenderse. Literalmente, los reclutas aprendían a bañarse, se cambiaban de ropa, los despiojaban, los curaban de enfermedades. Los muchachos campesinos salían de los cuarteles siendo mejores que cuando entraron....Esa es la tradición que hay que revivir".

Semejante enfoque tiende a perpetuar un rol que no se corresponde ni con la organización racional, especializada y funcional del Estado, sus instituciones y la sociedad, ni con las posibilidades y requerimientos de una modernización de la propia fuerza armada, a la luz de los cambios que se han operado tanto nacionalmente, al interior de cada uno de los países del istmo, como internacionalmente con el final de la guerra fría y la desaparición de la antigua Unión Soviética y el bloque llamado socialista. Las relaciones entre los poderes del Estado y la sociedad, supone una redefinición en sentido democrático del papel de las fuerzas armadas, no como un factor político de poder que interviene a su gusto y antojo, sino como un elemento clave del poder del Estado, que se enmarca en un régimen de derecho. Esto es lo que puede permitirle institucionalmente al ejército ser un organismo profesional, moderno, eficiente y caracterizado en su gestión institucional por el respeto a la

Constitución y la ley. Y lo que crea los espacios institucionales, las competencias funcionales y la responsabilidad política para las otras instituciones del Estado, que deben asumir, cada una a su manera y en su propio ámbito de acción, las responsabilidades del desarrollo y de responder satisfactoriamente a las demandas que le formula la población. Con ello, el ajuste del sistema político a la voluntad mayoritaria de la población; la distribución especializada de funciones y responsabilidades institucionales; la garantía de plena vigencia de los derechos humanos y el respeto debido a los derechos de las minorías, pasan a ser elementos cotidianos de la vida de la comunidad y un factor integral en la formación de una cultura política democrática y no autoritaria.

V. A modo de conclusión

Todo esto demuestra que la cuestión de los derechos humanos, de su reconocimiento, vigencia y eficacia, guarda una relación indisoluble con el tipo de universo institucional en que el individuo debe desenvolverse. Y que no puede tampoco concebirse la posibilidad de vigencia de tales derechos, al margen de las actitudes sociales y culturales prevalecientes en el entorno en que deben desarrollarse.

Sobre lo primero, conviene destacar que según sean las instituciones existentes y su verdadero papel en el funcionamiento del Estado; según sea el control del ciudadano sobre ellas y sus titulares; y según sea la distribución de poder real entre los distintos órganos del Estado, así como la capacidad de actuación independiente del poder judicial y la representación parlamentaria, en su caso, así será el ámbito verdadero de aplicación concreta de esos derechos que se le reconocen al individuo en la Constitución del Estado, en la ley o en las Convenciones Internacionales de la cual el país es signatario.

En cuanto a lo segundo, es decir el entorno constituido por las actitudes sociales y culturales, su condicionamiento es doble: de una parte, por lo que hace a la valoración que la propia

comunidad tiene de ciertos derechos, la importancia que les concede y la correspondiente exigencia de su respeto por parte de funcionarios y poderes públicos, que les otorga. Y por otra, por lo que se refiere específicamente al propio individuo, en la medida en que de su comprensión y asimilación personales del alcance y significado de los derechos que se le reconocen, de las garantías que los protegen y de la universalidad de sus fundamentos, dependerá el que se trate de un sujeto pasivo sin conciencia y sin exigencia, víctima de toda arbitrariedad y abuso, o un ciudadano activo con conciencia y participación, protagonista de su propio destino y del de su país. Esto es una cuestión fundamental que pasa por la educación y formación del ciudadano como un sujeto de derechos y obligaciones, consciente y participativo. Pues como ya bien sabían los pensadores más avanzados del siglo XIX en Centroamérica, no basta tener derechos simplemente consagrados en la Constitución y las leyes. Se necesita acompañar ese reconocimiento con la educación para saber que se poseen tales derechos y poderlos ejercitar no solo en lo que a ellos faculta, sino también dentro de los límites que les impone el reconocimiento de los derechos de los demás. Y se requiere, también, una red institucional que esté puesta al servicio del ciudadano y no éste al servicio de ella. Solo así se podrá garantizar tanto su respeto por parte de quien podría tener el poder político, económico o militar para violar tales derechos, como su pleno ejercicio y vigencia por el conjunto de ciudadanos.

Este contexto democrático es esencial, precisamente, porque combina tres elementos claves de las sociedades y sistemas democráticos modernos:

- a) El respeto y valoración supremos del individuo, como ser humano único e intransferible, y simultáneamente indisoluble del contexto social e histórico en que se desenvuelve y en que está naturalmente inserto.
- b) El complejo institucional en que se ubica ese individuo, tanto desde el punto de vista de su realidad concreta de vida, trabajo, convivencia, ocio y creación, como desde el ángulo de su condición de ciudadano, sujeto de derecho público y actor en

la constitución, integración, funcionamiento, control y renovación de los poderes del Estado.

c) El contexto cultural, mucho más amplio que el referido a la mera instrucción y educación, que determina no solo la escala de valores vigente sino la psicología y motivación individual y colectiva, que hace reales o ilusorios los derechos reconocidos al individuo y otorga un sentido democrático o autoritario a los valores y la distribución de roles y papeles que se reconoce a los distintos integrantes de la sociedad y el Estado.

El sistema democrático no equivoca su fin último, que es la preservación y desarrollo pleno del individuo concreto, de carne y hueso, al cual confiere una valoración suprema. Esta no impide, sin embargo, que ubique a ese individuo en un contexto social e histórico ineludible que marca y determina su existencia como un ser social por excelencia; pero no lo disuelve en ese contexto en el cual está naturalmente inserto, como sí lo pretendieron en su oportunidad las concepciones totalitarias y de otro tipo que desvalorizaban la persona humana y su esencialidad irrepetible, en beneficio de la clase, la raza, el pueblo, la seguridad nacional o el Estado.

El sistema democrático, además, brinda la red institucional y el sistema político que permiten a ese individuo ejercer un control creciente -aunque con importantes variaciones de país a país, y distintos grados de desarrollo y estilos- sobre el Estado, los poderes públicos, los funcionarios y las políticas públicas. Y propone, en correspondencia con ello, un sistema de valores, conductas y psicologías, que permiten no solo la ampliación indefinida de la esfera propiamente civil de la sociedad, sino un proceso cultural de vocación infinita, que consolida como argamasa institucional el sistema político de participación ciudadana y sienta las bases para el florecimiento pleno del individuo como ser humano de vocación universal.

Individuo, instituciones y cultura, resultan así combinados de una manera coherente y fluida, para armonizar persona humana, sociedad, Estado y naturaleza. Lo cual hace de la democracia el sistema político que fluidamente se corresponde, por

fundamento, finalidad y función, con la naturaleza, vigencia y protección de los derechos humanos en la sociedad moderna.

Aunque esa sea una tarea inacabable, una batalla que el ciudadano debe librar día a día y un mañana que tiene que conquistarse cada hoy.

Referencias

- 1 Cfr. John A. Booth and Mitchell A. Seligson (eds) *Elections and Democracy in Central America*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill and London, 1989, p. 11 y siguientes, donde se discuten las diversas orientaciones conceptuales referidas a la definición de democracia. Ver, asimismo, Giovanni Sartori, *Teoría de la Democracia*. Tomo I. El Debate Contemporáneo. Tomo II. Los Problemas Clásicos, REI, Buenos Aires, 1990. David Held, *Models of Democracy*, Polity Press Cambridge, 1990. Carold C. Gould, *Rethinking Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990. Norberto Bobbio, *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989. Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter and Laurence Whitehead, *Transitions from Authoritarian Rule*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1986. IIDH/CAPEL, *Diccionario Electoral*, San José, 1989. Torcuato S. DiTella (Superv.), *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Puntosur Editores, Buenos Aires, 1989.
- 2 Cfr. John A. Booth and Mitchell A. Seligson (eds), obr. cit., ed. cit., p. 11 y ss. Giovanni Sartori, obr. cit., ed. cit., Tomo I, p. 41 y ss.
- 3 Cfr. Held, David, *Models of Democracy*, ed. cit., p. 268.
- 4 *Ibidem*, p. 268.
- 5 Para una discusión detallada de este tema ver de Cerdas, Rodolfo, *El Desencanto Democrático. Crisis de Partidos y Transición Democrática en Centro América y Panamá*, Red Editorial-Iberoamericana. REI Centroamericana, S.A., San José, 1993.
- 6 Eduardo Lizano, expresidente ejecutivo del Banco Central de Costa Rica se ha referido con cierta amplitud al fenómeno. Cfr. "La Condicionalidad Impera en Ambito Internacional", *La Nación*, San José, 1 de febrero de 1993, p. 2D.
- 7 Cfr. Oxford Analytica "Latin America World Brief", November 8, 1991, p.2-3; *International Herald Tribune* "Dutch Halt Jakarta Aid over Timor Massacre", November 22, 1991, p.7; *International Herald Tribune* "Western Bankers Reported to Issue Warning to Kenya on Human Rights", November 26, 1991, p.2.

- 8 Cfr. David Held "Democracy: From City States to a Cosmopolitan Order?" y de Laurence Whitehead "The Alternatives to Liberal Democracy: a Latin American Perspective", en *Prospects for Democracy. Political Studies Special Issue*, XL, Blackwell Publishers, England, 1992. Richard J. Bloomfield "Suppressing the Interventions Impulse: Toward a New Collective Security System in the Americas", en Richard J. Bloomfield y Gregory F. Treventon *Alternative to Intervention*, Lynne Rienner Publishers, Boulder and London, 1990, p. 115 y ss. Abraham F. Lowenthal (ed.) *Exporting Democracy. The United States and Latin America*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1991. Joan M. Nelson with Stephanie J. Eglinton *Encouraging Democracy. What Role for Conditioned AID?*, Overseas Development Council, Washington D.C., 1992.

FUERZAS ARMADAS Y DERECHOS HUMANOS

General Alvaro Valencia Tovar

Introducción

La lucha del hombre por la libertad y la justicia es tan antigua como la especie. Ninguna de estas dos metas ha podido alcanzarse bajo regímenes despóticos, en los que el Estado prevalezca sobre el individuo, no como entidad ordenadora de la vida colectiva, sino como expresión del poder omnímodo de un monarca, un dictador o una oligarquía política.

Términos tales como *derechos naturales*, *derechos civiles*, *derechos del individuo*, *derechos del hombre* o la acepción *derechos humanos* otorgada en la era contemporánea por la Organización de las Naciones Unidas, más que combinación de palabras expresan una inquietud secular: la de obtener respeto por la dignidad de la persona humana y por sus libertades fundamentales.

Cuando se forma parte de la autoridad constituida, la filosofía de los derechos humanos debe formar parte inseparable del criterio y de la conciencia de quien la ejerce. Existe una tendencia, muy humana por cierto, a considerar la autoridad como incontestable. Quien se ve investido de ella, se resiente con facilidad ante los disentimientos, la contradicción, la sim-

ple presencia de una actitud opositora. En esta forma se desdibuja la necesaria separación entre la firmeza para controlar el desorden o evitar la invasión del derecho ajeno por quien sobredimensione los ámbitos del propio, y la intolerancia para admitir la objeción o aceptar el desacuerdo.

Si esta actitud suele acompañar al funcionario civil, con más veras tiende a hacerse presente en las organizaciones militares y de policía, donde la disciplina, el rigor del mando, la subordinación, necesarios dentro de sus marcos respectivos, no pueden ejercitarse de la misma manera cuando se entra en relación con la sociedad civil.

Las anteriores consideraciones preliminares, conducen a realzar la importancia de inculcar en el hombre de armas y en quien desempeña funciones policiales, el respeto inviolable a los derechos humanos. No se trata de una concesión graciosa al ciudadano corriente, sino de un deber consagrado en las Constituciones de los países democráticos, en las leyes que les dan desarrollo, y en convenios internacionales que comprometen al respectivo país con la comunidad internacional.

Trasfondo Histórico

Es conveniente, antes de abordar el tema del militar en el campo del derecho, visualizar el trasfondo histórico de una lucha milenaria, que no termina en la era de la conquista del espacio. El hombre de todas las edades ha buscado su propio lugar en el conglomerado social y, en particular, frente al poder del Estado. No ha sido un proceso fácil. Los gobiernos prefieren la sumisión, sobre todo si están encabezados por personalidades autoritarias o revisten formas monárquicas propensas al despotismo.

Las conquistas logradas en este sensible campo de la vida, merecen ese nombre. No han surgido, las más de las veces, de la transacción y el diálogo, sino de la protesta colectiva, la rebeldía o la más aguda forma del conflicto: la revolución sangrienta. El signo de lucha domina el amplio estadio de las con-

frontaciones individuales y colectivas que, conscientes o no del objetivo que persiguen, han buscado a través de los siglos el goce pleno de la libertad y la justicia.

En el mundo occidental, la penumbra del medioevo deja vislumbrar las primeras claridades, débiles aún, de los derechos individuales. Más atrás, los escritos de filósofos griegos y la ética judeo-cristiana han aceptado la integridad del individuo y su prestancia ante las distintas formas de gobierno. Rebeliones como la de Espartaco en tiempos del Imperio Romano, señalan la explosión de tensiones reprimidas, que estallan cuando la exasperación alcanza su ordenada máxima, o un caudillo se yergue sobre ésta para incendiar la rebeldía.

La Carta Magna de 1215 instauro en Inglaterra la limitación del poder absoluto del rey sobre sus súbditos. Los caballeros, erguidos ante Juan sin Tierra, imponen reglas que constituyen toda una filosofía política de las relaciones entre gobernante y gobernados. Sin embargo, se trata apenas de un acuerdo de la nobleza con el monarca, que no llega al pueblo sino muy diluido. Con todo, es el primero de tres pactos que plantan jalones históricos en la despaciosa marcha del mundo hacia la democracia en su concepción contemporánea: la Petición de Derechos de 1628 y el Código de Derechos de 1689.

En esta forma, cuando los peregrinos del *Mayflower* arriban a la Nueva Inglaterra, en el Massachussets de hoy, traen consigo nociones arraigadas del derecho y de la libertad, que los horizontes dilatados del Nuevo Mundo amplían y consolidan. La emancipación de las Trece Colonias, con el Acta de Independencia de 1776 y el Código de Derechos promulgado ese mismo año, vienen a ser el asentamiento de la primera democracia moderna.

La Revolución Francesa con su estallido de proporciones cataclísmicas para la época, instituye en su Asamblea Constituyente los *Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Aún no se ha desgajado sobre Francia la oleada de la violencia jacobina, pero su grito de *libertad, igualdad, fraternidad*, comunica a la insurgencia contra la monarquía un aliento de tal vigor, que con él

alumbra una nueva era en las relaciones del poder con la comunidad.

Pese a los obstáculos que la Corona Española interponía entre la Francia revolucionaria y sus posesiones de ultramar, los Derechos y el grito que les sirve de pregón cruza el océano. En Santafé del Nuevo Reino de Granada, Antonio Nariño los edita en su propia imprenta y los hace circular en forma clandestina entre sus amigos. Empresa en extremo arriesgada bajo el oscurantismo de la época colonial, le cuesta años de cárcel y persecuciones, pero deja en la conciencia pública de lo que habrá de ser Colombia, la noción de la valía del individuo, que ha de persistir a lo largo de su historia democrática.

En España el reconocimiento de los derechos individuales sigue un proceso más lento y difícil. Cuando Carlos V escucha de los caballeros castellanos -comuneros se autodenominaron- la afirmación desconcertante: "cada uno de nosotros, que vale tanto como vos, pero que unidos valemos mucho más que vos..." queda estupefacto. No le queda otro camino que transigir. Empero el absolutismo monárquico persiste, hasta que el sacudimiento producido por la prisión de los reyes en Bayona y la subsiguiente intervención napoleónica en la península, conducen a la Constitución de Cádiz de 1812 y a la independencia de las colonias de ultramar.

Fernando VII desconoce la Constitución al regresar al trono y abroga cuanto en ausencia ha pretendido disminuir su absolutismo. Lo de las colonias americanas ha sido un desacato y una deslealtad, que no halla mejor manera de anular que mediante el empleo de la fuerza. Una formidable expedición pacificadora cruza el Atlántico y la franja septentrional de Suramérica conoce la Noche del Terror. La emancipación, sin embargo, es ya un hecho irreversible, y las nuevas repúblicas inician su turbulenta marcha hacia la democracia.

En esta forma lo que para los anglosajones fue un proceso, para los iberoamericanos marca un cambio traumático que tardarán mucho tiempo en asimilar. No es fácil pasar de un salto del autoritarismo borbónico y su despótica manera de gober-

nar, a unas repúblicas salidas de la guerra, con los caudillos que la ganaron como gobernantes. La milicia, como la monarquía, es autoritaria. Hace de la disciplina la columna medular de su existencia. No admite objeciones y su drasticidad se transvasa a los pueblos que sus generales entran a gobernar en ausencia de una clase política que la guerra no ha dado tiempo ni ambiente para formar.

Las nuevas naciones no se hallan a sí mismas. Su viacrucis político es una desesperada búsqueda de identidad. Los fugaces períodos de ejercicio de la democracia son apenas pausas en el regreso a las dictaduras, bien de militares, bien de caudillos civiles apoyados en las armas. Y en ese desplazamiento isocrónico pendular, los derechos ciudadanos se consagran en las Constituciones que se suceden unas a otras y se desconocen en la vida cotidiana, regida por las autocracias tiránicas.

Es esta una herencia que, con contadas excepciones, resulta común a Iberoamérica. La democracia es un ideal. La dictadura una realidad. Conculcadas en este dramático contraste las libertades, desconocidos los derechos, el hombre indoamericano de los estratos medios y bajos pervive bajo la misma pesadumbre de los tiempos coloniales.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Las Naciones Unidas, surgidas de la hecatombe de la II Guerra Mundial como una esperanza para la humanidad en la era más conflictiva de su historia, proclamó el 10 de diciembre de 1948 esta declaración, que recogió las grandes contribuciones de Inglaterra, Francia y los Estados Unidos a la causa de los derechos del hombre.

Esta viene a ser la culminación del largo proceso de búsqueda de unos enunciados sobre los derechos y las libertades del ser humano, y comprometió a todos los países signatarios a respetar y hacer respetar en su interior tales derechos. Falta todavía por recorrer el azaroso trecho de hacerlos valer en los conflictos internos o externos que puedan precipitar a los Esta-

dos a conflictos bélicos o que produzcan confrontaciones violentas entre partidos dentro de una misma nación o de unos países contra otros.

Dondequiera se produzca un choque armado, los derechos humanos quedan en entredicho. Desde el momento en que una controversia no halle solución pacífica, la violencia se hace presente, lo normal es que adquiera mayor intensidad durante su desarrollo, y las mutuas inculpaciones sobre violación de tales derechos sirvan en cierta manera de excusa para multiplicar los atropellos.

De todas maneras el reconocimiento universal de los derechos de la persona humana, implica un avance, fija un marco de referencia para la vigilancia de la Organización que los promulgó y obliga en alguna medida a todas las naciones a responder ante las demás y correr el riesgo de sanciones morales o materiales.

Aquí surge una primera responsabilidad de las instituciones armadas ante los derechos humanos. Son ellas las depositarias de la fuerza que el Estado resuelve emplear en apoyo de su política internacional o frente a conmociones internas. Portan las armas de su respectiva nación, pero deben entender que el empleo de esos instrumentos letales no puede hacerse sin sujeción a una ética universal representada en los derechos humanos de la población no combatiente y de los militares enemigos, sean heridos, prisioneros o desertores.

El Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos

La batalla de Solferino librada el 24 de junio de 1859 durante la guerra austro-francesa por la posesión de Cerdeña, constituyó una carnicería atroz. Más de treinta y cinco mil muertos y el doble de heridos impresionaron vivamente al filántropo suizo Henri Dunant que estuvo presente y fue testigo de los sufrimientos de los heridos, particularmente de quienes no podían ser cuidados por sus propios servicios de sanidad

por haber caído en terrenos del enemigo, desentendido de prestarles atención médica.

De sus esfuerzos por humanizar la guerra resultó la primera Conferencia de Ginebra en 1863, que puede considerarse el origen jurídico del Derecho Internacional Humanitario, que tendría influencia decisiva en la concepción modernizada de los Derechos Humanos. Ambos, pues, tienen una cuna castrense, y es hacia los ejércitos que apuntan en el esfuerzo de disminuir los sufrimientos de la población civil en zonas de guerra y de los combatientes heridos y prisioneros.

La Cruz Roja Internacional surge como instrumento para velar por la aplicación de las normas que van configurando ese difícil itinerario de humanización, paralelo a los avances tecnológicos de la destrucción en masa. Se plantea aquí un conflicto entre conceptos contrapuestos, que la Primera Guerra Mundial agudiza con el empleo de la química destructiva, iniciada con los gases asfixiantes de terrible efecto en el organismo humano.

También hacen su aparición en ese primer conflicto global, la aviación y el tanque. Aunque su empleo es todavía limitado, evidencia una capacidad de daño y destrucción que presagia un futuro amenazante. La Segunda Guerra Mundial lleva consigo una hecatombe de proporciones nunca antes imaginadas. Ciudades enteras son arrasadas por las nuevas concepciones de la Guerra Relámpago y hay momentos en que la población civil no combatiente sufre tanto o más que los soldados en el frente de guerra.

La destrucción no reconoce límites. Como tampoco el desconocimiento de los derechos humanos de minorías étnicas o de la población de países conquistados. Los campos de concentración configuran una visión dantesca de la capacidad del hombre para torturar, masacrar, practicar el genocidio, sea por razones étnicas o por un resurgimiento del sentido de conquista con su enorme carga de crueldad, que entregaba al vencedor la suerte de la población vencida.

Terminada la hecatombe se intenta volver por la vigencia del derecho humanitario. La creación de la Organización de

las Naciones Unidas permite avances considerables, contrarrestados en buena medida por la tremenda capacidad destructora de las armas y el surgimiento del terrorismo como arma de intimidación con fines políticos y militares.

Los Derechos Humanos ante la Era de Guerras Ideológicas

El Segundo Conflicto Bélico universal dio a las formas no convencionales de la lucha armada una figuración hasta entonces desconocida. La guerra de guerrillas había sido en el curso de la historia instrumento auxiliar de los ejércitos en campaña, o forma transitoria de neutralizar la superioridad de un contrario mediante una combinación de métodos dispersos, sorpresivos, agregados a las características geográficas favorables y apoyo masivo de la población civil. Reconocida su eficacia en las estepas rusas, en las montañas yugoeslavas o en las ciudades y campiñas francesas, antes y durante la invasión aliada de 1944, comenzó a recibir una dimensión estratégica de perfiles políticos.

La confrontación Este-Oeste de la postguerra, trajo consigo las modalidades de la *Guerra Fría* y, dentro de sus lineamientos, la lucha de guerrillas y el empleo en gran escala del terrorismo, con lo cual la guerra convencional, dominada por el espectro sobrecogedor de la energía nuclear, se reduce a conflictos localizados entre potencias de segundo orden, caracterizados por movilidad, rapidez y corta duración. Como contraste y presencia de la nueva era, las guerras de independencia y descolonización que se libran en Asia y Africa contra las antiguas potencias coloniales, obedecen a patrones irregulares que desgastan, fatigan y terminan derrotando a los ejércitos más poderosos y mejor dotados de Europa.

Estas nuevas formas de lucha, aplicadas con intensidad y a escala nunca antes registradas en este tipo de acción militar, vulnera los derechos humanos, las más de las veces en forma calculada. Crueldad, barbarie, atropello del derecho de gentes, se practican como parte de la lucha, que golpea con parecida

intensidad a los dos bandos enfrentados. Al terrorismo clandestino de la insurgencia se responde con la retaliación de parecida violencia. Golpes y contragolpes se suceden con ferocidad acentuada por la lucha misma, en escalada que solo encuentra fin con el conflicto, resuelto política o militarmente.

En Latinoamérica el conflicto se expresa en términos de subversión política y guerra revolucionaria. Sobre los países enredados en contiendas internas convergieron los intereses de las superpotencias. De un lado el expansionismo global hace propicio el derribamiento de gobiernos como camino para hacerse al dominio de puntos estratégicos. Del otro, se apuntalan regímenes favorables para evitar que los países-escenarios pasen a dominio del enemigo.

Como todo conflicto intestino, estos de tipo ideológico alcanzan grados de ferocidad muy elevados. El terrorismo se practica sin miramientos mientras inflija al régimen todo el daño posible. Este responde con torturas como medio de extraer información y no pocas veces de disuadir a los rebeldes, mientras las dos partes se inculpan recíprocamente de violaciones a los derechos humanos.

El hecho es que esta nueva forma de confrontación engendra sufrimientos inenarrables a la población civil y a los combatientes de ambos bandos. Diversas organizaciones no gubernamentales se crean en países neutrales para evitar abusos de poder, manifestados en desapariciones, torturas, denegación de justicia, castigos sin seguir trámites legales. Sin embargo no llegan con sus esfuerzos al bando sublevado, y el gobierno al cual enjuician los rechaza como proclives a la insurrección.

Politización de los Derechos Humanos

Los esfuerzos internacionales por poner fin a las violaciones hasta evitar su ocurrencia, ha dado lugar a una deformación de los sanos propósitos que inspiran esta cruzada. Se concede demasiada atención a las acusaciones sin verificar a fondo su veracidad. Las organizaciones subversivas se prevalecen de la

preocupación internacional por adelantar acciones no siempre justas contra los gobiernos implicados y las fuerzas armadas que actúan a su servicio.

El resultado ha sido doble: por una parte las organizaciones defensoras de los derechos humanos han perdido credibilidad en los países afectados. Por otra, policías y ejércitos acusados de violaciones aducen parcialización de los organismos que se pronuncian contra ellos. Este efecto dual obra finalmente en contra de la causa, en sí misma noble y bien intencionada las más de las veces, porque la confusión resultante no permite establecer dónde está la verdad. Esto sin contar que algunos de estos organismos no gubernamentales, no son otra cosa que entidades de fachada, parte de la red internacional de apoyo a la subversión.

La revolución ideológica ha creado una terminología propia que termina por hacer carrera. *Guerra sucia* es la que practica cualquier Estado para defenderse de los embates del terrorismo, del secuestro, del chantaje y de la intimidación. El asesinato de un personaje de gobierno es una *ejecución*, así no exista la pena de muerte en el régimen jurídico del respectivo país, en tanto la muerte de un guerrillero en combate es un *asesinato*. El secuestro y privación de la libertad de una persona con fines políticos o económicos -obtención de rescate- se justifica como un derecho, y el sitio donde se le aprisiona es una *cárcel del pueblo*, al paso que las prisiones del Estado se tildan de siniestros establecimientos de represión, tortura y asesinato.

Esta visión distorsionada de las cosas -unas veces exageración, otras realidad, las más presentaciones unilaterales de abusos cometidos por las dos partes- intensifica la violencia de la lucha, confunde a propios y extraños y termina por repercutir desfavorablemente en la protección genuina de los derechos humanos.

Derechos Humanos y Formas Políticas de los Estados

La recurrencia de fenómenos dictatoriales en Latinoamérica ha justificado en muchos casos la insurgencia, como manera de buscar el derrocamiento del régimen arbitrario en favor de un ideal democrático, que tan solo a partir del decenio de los ochenta comienza a tomar forma y permite el surgimiento de una conciencia democrática en varios pueblos, para quienes la dictadura atávica se había convertido en hecho consustancial a la vida nacional.

La dictadura, merced al ejercicio incuestionado del poder, hace de la violación de los derechos humanos parte inherente al sistema. La libertad de palabra es la que primero resulta conculcada por el gobierno cesarista, y con la mordaza se hace posible el abuso sistemático, no cuestionado por cuanto se carece de los medios de expresión para hacerlo. La figura del hombre fuerte, apoyado en un régimen policial en el que el disenso se equipara al delito político, coarta libertades y derechos, a lo cual contribuyen fuerzas armadas y policiales, cuya misma naturaleza contribuye a acentuar los atropellos.

Con el surgimiento de la democracia y la gradual extinción de los alzamientos armados de tipo guerrillero-ideológico, que plagaron los países iberoamericanos a partir de los años cincuenta y se agudizaron con el modelo revolucionario cubano, exportado al subcontinente con la idea de convertir el Ande en una Sierra Maestra hemisférica, el concepto de los derechos humanos cobra nueva expresión. Por parte de las sociedades liberadas del yugo dictatorial, se eleva un clamor para conseguir que nunca más sean vejados y las constituciones democráticas incluyen el enunciado de esos derechos, en veces copia textual de la Declaración de las Naciones Unidas. Y por los movimientos rebeldes supérstites, la manipulación del tema se presenta como excelente recurso para vulnerar los gobiernos y desprestigiar sus organismos militares y policiales.

La democracia lleva en su misma entraña el respeto por la persona humana y por la juridicidad como columna vertebral del poder. Donde más difícil resulta lograr que ese respeto se

traduzca en hechos, es donde subsisten movimientos armados como secuela de las luchas ideológicas, que perdieron justificación al extinguirse los Estados totalitarios comunistas, a causa del fracaso del esquema político-económico que los inspiraba.

En apartes precedentes se ha descrito parcialmente el conflicto en esos países y se ha hecho referencia a sus resultados, resumibles así: derechos humanos violados e intensa politización del tema, convertido en cortina de humo para ocultar la conducta, violatoria también y aun en mayor escala, por las agrupaciones en armas.

Sobre atropellos reales se fabrican otros imaginarios. El desprestigio de los gobiernos buscado por este medio, se internacionaliza en procura de apoyo moral por organizaciones no gubernamentales, cuya influencia en los respectivos gobiernos consigue que estos restrinjan ayuda económica a los países sindicados de violaciones, embarguen el suministro de armamento y lleguen a aplicar sanciones económicas.

Los organismos que primero resultan afectados por estas campañas de descréditos, son los instrumentos armados de la nación. En la intensidad de la lucha, la ofuscación, la reacción primaria, el temperamento muchas veces propenso a la crueldad de comandantes de baja graduación, suelen producir hechos violatorios. Sobre ellos se construye toda una plataforma acusatoria que las organizaciones de fachada magnifican, en connivencia con los movimientos alzados en armas, de donde obtienen "información", en parte verídica pero en mayores proporciones tergiversada o falsificada.

No resulta fácil para los regímenes asediados por ese conjunto de elementos adversos, limpiar su imagen por mucho que se esfuercen en purificar el uso de la fuerza de toda connotación vejatoria de la dignidad humana y en lograr que la conducta represiva de sus fuerzas regulares prescinda de toda arbitrariedad. Entre otras cosas, por la imposibilidad de establecer cuáles organizaciones no gubernamentales actúan de buena fe, pero sin saberlo resultan haciendo eco a acusaciones inveraces, y cuáles actúan en connivencia con las fuerzas insurgentes.

Fuerzas Armadas y Democracia

En buena parte de los países iberoamericanos, las fuerzas armadas y la policía desconocían lo que era actuar dentro de un régimen democrático. Se pasó, pues, de las dictaduras tiránicas y omnipotentes a formas republicanas, sin que hubiese tiempo ni ocasión propicia para "democratizarlas", es decir, para realizar con ellas un proceso de adoctrinamiento que cambiase su actitud frente al Estado de Derecho y a las insurgencias supérstites.

El camino lógico para llegar a la plena observancia de los derechos humanos por miembros de la fuerza pública es la democracia misma. Dentro de este sistema político, basado en la práctica de la libertad y el respeto a la dignidad de la persona humana, los instrumentos militar y policial dependen de la autoridad civil y obran encuadrados en un orden jurídico cuyas bases se asientan en la Carta Constitucional de la que son garantes.

Como en las Constituciones modernas, particularmente de países que hayan padecido eclipses democráticos, los derechos humanos forman parte esencial de su osatura jurídica, la fuerza pública se hace responsable de la vigencia de los mismos al jurar fidelidad a la Constitución. Con ello adquieren compromiso indeclinable de tutelar el pleno ejercicio de derechos y libertades para los miembros de la comunidad nacional.

Resulta, por consiguiente, indispensable que militares y policías se impregnen de la filosofía democrática y la apliquen en sus funciones protectivas del Estado de Derecho. Es también la única forma de obtener crédito internacional para su nación y para ellos mismos.

Para llevar la noción democrática a la mente de los hombres en armas, es importante sentar el principio de que ella debe entenderse más como filosofía y forma de vida que como organización política del Estado. Claro está que esto debe aceptarse en la misma medida por la ciudadanía, pues ello introduce factores básicos de convivencia y de respeto recíproco que

minimizan la acción represiva y la enfocan hacia casos de comportamientos antisociales y delictivos que desbordan el marco de la ley.

Si esta comprensión del sistema democrático se logra dentro de las fuerzas armadas, se puede tener la certeza de que no ocurrirán atropellos a la dignidad de la persona humana y a los derechos que el Estado debe garantizarle. La democracia así entendida es el resultado de un consenso de voluntades para vivir en libertad, con respeto al derecho, dentro de una ética de conducta que responda a principios de concordia social y acatamiento a la ley, con el bien común como resultado y objetivo de todo gobierno que se sustente en la moral pública.

Derechos Humanos y Enfrentamientos Internos

Para fuerzas militares y policías que se enfrentan a levantamientos armados y a otras formas de conflicto interno, la salvaguardia de los derechos humanos de toda violación debe ser guía de conducta institucional y de comportamiento de todos sus integrantes.

Cabe reiterar que la democracia presupone un código de conducta que debe hallar en policías y militares asiduos cumplidores. Ninguna autoridad puede violar la ley so pretexto de defenderla o mantener su vigencia. Si la democracia necesitare de procedimientos repudiables para subsistir frente a rebeldías violentas y otras formas de desafío, sería porque no realiza el bien común y engendra dentro de sí misma fuerzas de rechazo que no hallan formas civilizadas de expresión.

Es claro que este criterio de ninguna manera implica debilidad en la defensa del ordenamiento jurídico. Para proteger el Estado de Derecho, se deben promulgar leyes que permitan a los instrumentos armados reprimir sin innecesarios traumatismos las expresiones desmedidas de grupos o fuerzas de ruptura que puedan amenazar la paz pública. La ley no puede ni desconocerse ni atropellarse, para lo cual existen los llamados

Estados de Excepción en algunos regímenes democráticos, la ley marcial o estado de sitio en otros.

De lo que se trata es de que las interrupciones que puedan suscitarse en el funcionamiento normal de una sociedad, por causa de acciones criminales, subversivas o revolucionarias, o por perturbaciones de cualquier índole, puedan ser atendidas y subsanadas sin recurrir a la arbitrariedad, la violencia innecesaria o el abuso en cualquiera de sus múltiples formas.

La sola presencia de una fuerza pública bien constituida debe bastar para imponer respeto en disturbios que amenacen el orden. La firmeza con que se ejercite la autoridad, debe responder a una jerarquía moral y a la serenidad adecuada para lograr equilibrio y moderación en los procedimientos de control de multitudes y de cualquier forma de alteración.

Como es obvio, esa presencia puede verse desafiada por el fanatismo, la ardentía de las pasiones políticas, la dirigencia de caudillos irresponsables y la acción de agitadores especializados en capitalizar dificultades y dirigir protestas ciudadanas hacia rupturas del orden y aun a propiciar insurgencias. Lo trascendental en tales circunstancias es que un comandante militar o un jefe policial no se dejen arrastrar hacia actuaciones desmedidas o que den pie a que se deslustre el prestigio de las instituciones armadas, se afecte su buen nombre o se golpee la jerarquía moral de los gobiernos que defienden.

Empleo de la Fuerza Frente a las Luchas Insurreccionales

A excepción de los países donde la insurgencia ideológica no terminó con el derrumbamiento de los sistemas políticos que preconizaban el uso de violencia como camino al poder, los levantamientos internos que lleguen a amenazar la supervivencia del Estado pueden motivarse en razones sociales, económicas, de competencias políticas por el poder o de manifiesta incompetencia del régimen para atender y solucionar manifiestas situaciones de marginación, necesidad o urgencias insatisfechas.

Si el desafío presentado por tales motivaciones no puede ser controlado por la fuerza pública en su explosión repentina, ni tampoco en sus etapas iniciales de desenvolvimiento por cuanto subsisten las razones de inconformidad rebelde, lo más probable es que el conflicto llegue a alcanzar dimensiones de guerra civil, en la que ambas partes deberán acogerse al Derecho Internacional Humanitario y a las normas civilizadas de la guerra. No siempre es fácil. Los conflictos internos suelen revestir mayor ferocidad que los internacionales, como lo evidencia en el momento actual la propia Europa, con siglos de civilización en su historia. El caso de Yugoslavia es dramática comprobación de este aserto.

Diferente cuadro es el de los conflictos internos que se proyectan en forma continuada con acciones guerrilleras y terroristas. Allí la confrontación se caracteriza por el choque entre las fuerzas regulares del Estado contra la insurgencia fluida, dispersa, clandestina, sin otro límite para su accionar violento que el trazado por los fines que persigue.

En este segundo tipo de contiendas se presenta una asimetría peculiar. Mientras la insurgencia utiliza métodos condenados por el Derecho Internacional Humanitario y la comunidad internacional poco hace para impedirlo, dado su carácter clandestino y la ilegalidad de sus jefaturas con las que resulta imposible tratar en busca de respeto al derecho de gentes, al Estado que se defiende se le enjuicia por cualquier actuación desmedida, o se le sindicá injustamente con las tergiversaciones calculadas de su adversario.

Por estas razones el empleo de la fuerza, cuando se haga indispensable, debe obedecer a una ética intransgredible. Lo que diferencia al Estado democrático de quienes pretenden vulnerarlo, pertenece a la órbita moral. No hay, no puede haber, excepciones. La fuerza de la ley debe llevarse más allá de situaciones circunstanciales, en las que la fuerza pública puede verse sometida a actos de barbarie que jamás debe ripostar con las mismas armas, so pena de desconceptualizarse.

Entrar por los azarosos caminos de la vindicta y las represalias, no hace sino endurecer el conflicto y será enarbolado por las fuerzas insurgentes como justificación de su lucha contra un Estado brutal, que solo puede sostenerse sobre la fuerza de las armas y no sobre la razón.

Polarización del Caso de los Derechos Humanos

El esfuerzo, las más de las veces exitoso, por desprestigiar a las fuerzas armadas del Estado, puesto en práctica por las organizaciones revolucionarias, apunta a sindicarlas en forma reiterativa de violaciones a los derechos humanos. Saben bien que estas voces acusatorias encuentran eco inmediato en las organizaciones no gubernamentales y en los propios gobiernos amigos, que no ponen en duda la presunta respetabilidad de tales entidades.

La polarización resultante no hace sino perjudicar la causa de los derechos humanos. La insurgencia busca provocar a las fuerzas oficiales, y toma cualquier incidente coyuntural para formar toda una causa de barbarie oficial. La estrategia en tales casos sigue los siguientes lineamientos generales:

- Intensas campañas contra los organismos militares y policiales del Estado, adelantadas por medio de la desinformación que acabe persuadiendo a la opinión pública interna y a los organismos internacionales, de que en verdad existe violación sistemática y generalizada de los derechos humanos.
- Dar alcance global a casos manifiestos de violación ocasional.
- Si existe realmente irrespeto gubernamental por los derechos humanos, o al menos tolerancia con los atropellos cometidos por la fuerza pública -bien por incapacidad de controlarla, bien porque el régimen político cree que eso forma parte de su defensa- se desata una campaña de gran alcance en busca de descalificación internacional, sanciones y embargo de armas.
- Una vez creada la mala fama de un Estado, y así los atropellos se corrijan o al menos se reduzcan a un mínimo, seguir acusándolo mediante magnificación del más pequeño incidente o difamándolo sin base en realidades comprobables.

El objetivo de esta ofensiva estratégica es causar todo el daño posible al Estado y, principalmente, desacreditar sus fuerzas armadas por cuanto ellas constituyen un valladar para el avance revolucionario.

Este conjunto de circunstancias entran a gravitar seriamente sobre el espíritu de los organismos armados, sobre todo por el enfoque unilateral que las entidades internacionales realizan frente al tema. Se crean en esos organismos actitudes de hipersensibilidad y rechazo. Cualquier aproximación de buena voluntad que se realice desde fuera del país afectado, se recibe con animosidad, por considerarlo de antemano viciado de parcialidad hostil.

La polarización da lugar a dos actitudes irreconciliables, igualmente adversas a la causa de los derechos humanos:

La subversión parte de la base de que todos los recursos son válidos en la lucha insurreccional, si contribuyen a la victoria mediante lo que en la terminología revolucionaria se denomina *combinación de todas las formas de lucha*. Las fuerzas gubernamentales les responden en forma tan antiética como ésta, pero más censurable porque emana del Estado que no debería aceptar los términos de ese tipo de contienda, ni desconceptualizarse en sus valores éticos y jurídicos: ante los métodos brutales de lucha del adversario, todo procedimiento se legitima como respuesta. Se pretende plantear así una justificación imposible, porque si en algo se diferencia el Estado legítimo de quienes pretenden derribarlo por medio de la fuerza, es en los órdenes morales de su origen y de la plataforma donde se sustenta.

Esta polarización se traduce en agravamiento progresivo del atropello. Se intensifica la escalada de represalias de parte y parte. Se rivaliza en barbarie y la causa de los derechos humanos sucumbe en el salvajismo de la contienda.

Es aquí donde un verdadero estadista y un comandante militar auténtico, deben poner fin a la insensatez oficial. No importa que prosigan las acusaciones tendenciosas o las condenas de entidades mal informadas o manipuladas de alguna

manera, o las violaciones de los derechos humanos por los contendores en la insurgencia. El deber de la autoridad civil y de sus instrumentos armados en un Estado democrático, es garantizar el respeto a esos derechos inalienables, en particular por los miembros de las fuerzas armadas.

De mantener esa línea de conducta sin concesiones, llegará el momento en que se haga justicia al gobierno que así procede.

Estrategia de Contrainsurgencia

Cuando la naturaleza de la agresión revolucionaria haga inevitable el uso de la fuerza, es importante diseñar una política de Estado y proyectar la estrategia militar apropiada para hacerle frente con éxito. La mayoría de los fracasos gubernamentales obedecen a que el conflicto no ha sido entendido en su verdadera dimensión.

Los movimientos ideológicos -así la ideología sea una careta para ocultar otros propósitos- afianzan sus posibilidades de éxito en el error del gobierno y de sus fuerzas armadas en el tratamiento del problema. Suele ocurrir que un Estado, al enfrentar guerrillas nacies, tan solo advierte el desafío de las armas y no acierta a descifrar lo que se oculta tras la engañosa apariencia de la fuerza. En esa forma la tendencia es enfrentar el desafío como si la guerrilla fuese causa y no consecuencia de otros factores de mayor profundidad.

La idea simplista de que a un hecho de fuerza hay que responderle con otra fuerza superior, lleva a delegar en la policía primero y en el ejército más tarde, cuando se advierta la insuficiencia policial para un problema que la supera en capacidad de lucha, la atención del problema.

Las guerrillas no podrían existir si no hubiese un caldo de cultivo de carácter socioeconómico, en veces combinado con ingredientes políticos, religiosos o étnicos. Por lo tanto la solución simplista de la fuerza reduce la capacidad global del Estado para resolver una situación en la que el esfuerzo militar es

apenas parte, y no la más importante, del tratamiento que debe aplicarse. La fuerza, desprovista de otras soluciones de fondo a una circunstancia múltiple y polifacética, no solo aparece insuficiente sino puede resultar contraproducente.

Dentro de esta estrategia integral, la debida atención a los derechos humanos juega papel preponderante. No se puede entregar esa bandera a la subversión, creando acciones que puedan ser utilizadas para denunciar al régimen por violaciones que acaban por aceptarse sin beneficio de inventario, mirando la causa de la legitimidad.

La Acción Sicológica y los Derechos Humanos

La guerrilla, para sobrevivir y proliferar, requiere el apoyo de la población civil. El aforismo de Mao Tse-Tung lo refleja con elocuencia oriental: la población es a la guerrilla lo que el agua al pez. Ella nutre las filas combatientes, recibe y cura a sus heridos, sirve de alerta oportuna ante la proximidad del ejército regular, atiende necesidades logísticas, actúa como correo, presta servicios de espionaje y hasta combate fugazmente, reasumiendo la inocente apariencia de labriegos una vez cumplida su tarea.

El objetivo de la guerra revolucionaria es la mente del hombre. Quien logre atraerlo y utilizarlo en su favor, define la contienda.

El anterior razonamiento comunica a la causa de los derechos humanos singular importancia. La exasperación por las condiciones fatigantes en que se libra la guerra prolongada, la tendencia a responder a la barbarie terrorista con la barbarie del Estado, la pasión que suele suscitar la contienda contra un enemigo que no vacila en emplear el terrorismo indiscriminado y otros métodos igualmente brutales y descalificados por la filosofía de los derechos humanos, puede inclinar a ciertos comandantes militares a emplear la misma metodología de sus adversarios.

Es el mayor error que puede cometerse, máxime si se aplica contra la población civil afecta a la guerrilla, con miras a disuadirla del brindar apoyo a la insurgencia. Aun la simple acción penal por complicidad con el delito político implícito en la rebelión armada, puede resultar contraproducente. Con mayor razón lo será el atropello a las personas.

Los habitantes de las zonas rurales donde actúa la guerrilla rebelde, se hallan en total indefensión, lo que termina poniéndolos en manos de aquella, por persuasión o por intimidación. En sitios apartados donde no existe presencia gubernamental, tampoco se puede pedir a los pobladores lealtad con el Estado ausente. Más acertado es entender la insurgencia como producto de la inconformidad ante ese distanciamiento, y buscar la atracción del campesino más que la acción punitiva de la ley.

Por otra parte, la insurgencia armada niega la legitimidad del Estado que combate y mueve a hacer lo mismo a la población civil del área bajo su influencia. Nada se obtiene con aplicar una justicia desafiada por el levantamiento, en casos que no constituyan verdaderos delitos.

Las violaciones a los derechos humanos en estas circunstancias, tienen efectos adversos que podrían singularizarse así:

- Descrédito del Estado ante la población civil que lo cuestiona, y que halla en sus procedimientos desacertados una razón más para enfrentársele.
- Solidificación de los pobladores con la guerrilla, en la cual tienden a ver su propio ejército frente a las "fuerzas represivas" como se entra a denominar, haciendo eco a la guerrilla, a los instrumentos de seguridad del Estado.
- Pérdida de imagen internacional, que se traduce en rechazo al régimen legítimo y simpatía hacia los movimientos insurgentes, cuando no en apoyo moral, armado y logístico.
- Orquestación internacional en defensa de los derechos humanos vulnerados y las libertades individuales.
- Polarización e intensificación del conflicto y agravamiento de la crueldad que suele acompañar este tipo de confrontaciones.

Descalificar la insurgencia por sus procedimientos atroces y falta de justificación política, en contraste con la conducta humanitaria, comprensiva y ecuánime de la fuerza pública al servicio del Estado, es mucho más provechoso para la causa que se defiende, que competir con el adversario en crueldad y barbarie.

Por otra parte, la acción de las fuerzas del orden debe entrañar un sentido de justicia social. Si una región entera se subleva, más que condenar a priori la rebeldía interesa identificar sus causas para ver de ponerles remedio. La gente no se subleva porque sí. De producirse un levantamiento generalizado, alguna razón debe existir. De otra manera no podría explicarse que una colectividad emprenda los azarosos caminos de la lucha armada.

Esta lógica que parece bastante elemental, no suele ser ni entendida ni aplicada cuando se produce una confrontación interna. Más bien la tendencia generalizada es responder a la fuerza con la fuerza. Una vez aplicada ésta, el conflicto mal tratado se agudiza, se propaga, contagia a otras comunidades en parecidas circunstancias de marginación y abandono, tornando más complejas y difíciles las soluciones.

Si el conflicto se acrece, habrá que incrementar el poder de ejércitos y policías, lo que consume mayores recursos presupuestales urgidos de aplicación al crecimiento socioeconómico. Se cae entonces en un círculo vicioso. La marginación social requiere inversiones cuantiosas, pero como la guerra consume los dineros del Estado, no se dispone de numerario para realizarlas. Y al no hacerlas, se mantienen los estados de insatisfacción donde ha germinado y permanece la insurgencia.

El Mando Militar y los Derechos Humanos

Al señalar que lo primero que debe hacerse ante un levantamiento armado es entender sus razones, y que debe trazarse una política de Estado para hacerle frente, la estrategia militar para contrarrestar la acción de fuerza de la insurgencia, no es

otra cosa que la aplicación de esa política en las áreas de confrontación.

El mando militar debe revestirse de máxima resolución para aplicar la estrategia prevista, en lo que a derechos humanos se refiere, con el mismo nivel de intensidad de las demás líneas de esfuerzo. Control, supervisión, vigilancia, demanda reiterativa de cumplimiento a las normas éticas de respeto a la dignidad e integridad de las personas, son la base para que los estratos inferiores de la estructura del mando no se desvíen hacia caminos de retaliación ante la barbarie, o de reacción instintiva ante el reto del terrorismo.

Cualquier violación de las normas establecidas en este sentido, debe sancionarse con máxima energía, recordando que basta un atropello impune para que cunda la versión de violaciones sistemáticas, y se revista a la fuerza pública del abominable carácter de horda represiva, violenta, violadora, reproachable de los derechos humanos.

Importante para que esta tarea pueda cumplirse a cabalidad, es la convicción que anime al mando militar en torno a la salvaguarda de los derechos humanos, tanto por certidumbre moral como por el sentido práctico de negarle al adversario el recurso de descrédito contra la fuerza pública, al paso que se atrae a la población civil para convertirla en aliada y no en enemiga.

Docencia Militar sobre Derechos Humanos

La ardentía propia de las luchas internas, las arbitrariedades a que ha dado lugar el concepto simplemente represivo frente a los alzamientos armados, la tradición generada en numerosos ejércitos y fuerzas policiales en torno a un criterio de licitud en la aplicación de métodos contrarios a la dignidad de la persona humana, con el pretexto o la razón de defender un régimen supuesto o realmente legítimo, requieren un cambio de actitud fundamental, dondequiera se hayan introducido prácticas atentadoras contra los derechos humanos.

Este cambio de actitud debe comenzar por la noción nítida y bien asimilada de que desconocer los derechos del individuo y su dignidad humana, es contrario a la Constitución y a la ley que esas fuerzas legítimas están en la obligación de tutelar.

Para que este criterio encuentre cabal aplicación, es necesario inculcarlo en la mentalidad de mandos y tropas, con énfasis en los primeros por cuanto de ellos dependerá la conducta de sus subordinados. Desde las academias de cadetes para la formación de militares y policías, debe inculcarse el respeto por los derechos humanos, que luego se acentuará en los cursos de capacitación y en el servicio de tropas.

Tres ángulos fundamentales de este esfuerzo docente deberán ser:

- *Aspecto moral*

La persona humana es intangible. Aun el peor criminal es un sujeto de derecho que no puede ser atropellado sin situarse en estados delincuenciales.

- *Aspecto jurídico-político*

Existe un ordenamiento jurídico que la fuerza pública está en la obligación de defender y amparar. Se fundamenta en la Constitución nacional, que ejércitos y policías tienen el deber de acatar y hacer cumplir. Por lo tanto, desconocer los derechos humanos o atropellarlos equivale a desobedecer puniblemente el mandato de la Carta Fundamental de la nación.

- *Aspecto práctico en confrontaciones internas*

Las luchas contra las insurgencias internas solo pueden ganarse si se cuenta con el respaldo de la población civil. Por consiguiente, atropellar los derechos de segmentos de esa población, por considerar que puedan ser conniventes o cómplices de la guerrilla, es quebrantar esa necesaria alianza y arrojar los pobladores en las garras de la subversión.

La historia comprueba la validez de las anteriores aseveraciones. Dondequiera procedimientos humanitarios han facilitado la aproximación a los pobladores en áreas de conflicto

hasta ganar su adhesión, la insurgencia armada ha podido ser totalmente erradicada. En cambio donde se ha recurrido al atropello, a la arbitrariedad, al uso de métodos prohibidos para extraer información de los pobladores o de adversarios capturados, el problema se ha agigantado hasta tornarse insoluble.

Liderazgo y Don de Mando

Nada hay más persuasivo sobre los subordinados militares que la conducción por el ejemplo. Una unidad de tropas en campaña por la recuperación de una zona afectada por la presencia de guerrillas, debe hallar en su comandante un modelo en el manejo de la población civil, del sospechoso de pertenecer a la guerrilla o del enemigo aprehendido.

Sobre heridos y prisioneros debe mediar una gestión humanitaria, que el comandante militar debe conducir personalmente, o vigilar cuando subalternos suyos lo hagan, en la certeza de que su personal con mando y las tropas mismas seguirán la misma línea de conducta.

El liderazgo debe hacerse persuasivo y convincente en el manejo de temas de difícil asimilación. La tendencia de oficiales y suboficiales que han actuado por tiempo considerable en misiones de seguridad interior, contra comunidades levantiscas o francamente rebeldes, es impacientarse y acabar violando los derechos del adversario o del simple sospechoso, con más veras si el enemigo recurre a medidas bárbaras en el ánimo de forzar la colaboración de los pobladores con su causa.

COLABORADORES EN ESTE TOMO

PEDRO NIKKEN

Presidente del IIDH. Exjuez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exconsultor jurídico del Secretario General de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz para El Salvador. Miembro del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno.

ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE

Director Ejecutivo del IIDH. Doctor en Derecho Internacional (Cambridge). Profesor Titular de la Universidad de Brasilia y del Instituto Diplomático Rio-Branco del Brasil. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Humanitario. Miembro de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua.

HERNANDO VALENCIA VILLA

Profesor del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Colombia. Cojuez de la Corte Constitucional de Colombia.

ROBERT K. GOLDMAN

Profesor de Derecho y Louis C. James Scholar, y Codirector, Centro para Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Facultad de Derecho, The American University, Washington, D.C., EE.UU. Miembro del Consejo Directivo del IIDH.

ASDRUBAL AGUIAR

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

CLAUDIO GROSSMAN

Profesor y Decano Interino del Washington College of Law, The American University, Washington, D.C., EE.UU. Doctor en Derecho (Amsterdam). Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Consejo Directivo del IIDH.

CARLOS CHIPOCO

Profesor de Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Mayor de San Marcos.

DAVID J. PADILLA

Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

RAFAEL NIETO NAVIA

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia. Presidente del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno. Miembro del Consejo Directivo del IIDH.

JOSE MIGUEL VIVANCO

Director Ejecutivo de CEJIL (Center for Justice and International Law). Director de Human Rights Watch/Americas Watch.

RODOLFO CERDAS

Investigador del Centro de Investigación y Adiestramiento Político-Administrativo (CIAPA). Asesor externo y experto de CAPEL, programa especializado del IIDH.

ALVARO VALENCIA TOVAR

General retirado del Ejército de Colombia.