

# Lectura N°5

## El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Aplicación por el Juez Nacional

Dr. Héctor Faúndez Ledesma  
Abogado

### 1.- El individuo como sujeto del Derecho Internacional

Es probable que, de todos los cambios experimentados por el Derecho Internacional en el curso de su historia, los más notables sean los introducidos por la Carta de la Organización de Naciones Unidas y por el nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos que nació con ella, confiriéndole al individuo la condición de sujeto del Derecho Internacional y generando el concepto de “derechos humanos como categoría jurídica propia del Derecho Internacional”<sup>1</sup>.

Según la doctrina más ortodoxa, hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, algunas de las premisas en que descansaba el Derecho Internacional clásico indicaban: 1) que los únicos sujetos del Derecho Internacional eran los Estados<sup>2</sup>, y 2) que la función del Derecho Internacional era regular las relaciones entre los Estados (no entre los Estados y los individuos); por lo tanto, los Estados podían hacer con sus súbditos lo que estimaran conveniente, cuestión que formaba parte de su competencia exclusiva y que no estaba sujeta a ningún tipo de injerencia por parte de la sociedad internacional<sup>3</sup>.

La Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos abandonaron esas premisas y las sustituyeron por otras nuevas, que han alterado substancialmente tanto el contenido como el propósito del Derecho Internacional contemporáneo; además, en la esfera política estos instrumentos se han traducido en la adopción de un enfoque diferente al tradicional, que en la relación entre el individuo y el Estado enfatiza los derechos del primero como límite a las competencias de este último, y no a la inversa.

Es cierto que, desde mediados del siglo XIX, la tesis de que los Estados podían tratar a sus ciudadanos a su entero arbitrio ya debía enfrentar alguna oposición por parte de los defensores de la doctrina de la intervención humanitaria<sup>4</sup>; pero, por lo menos hasta la adopción de la Carta de la ONU, esa doctrina nunca fue aceptada por la sociedad internacional en su conjunto como una expresión del Derecho Internacional en vigor; en realidad, el debate en torno a su procedencia (o conveniencia) se ha prolongado hasta nuestros días, enfrentando a defensores/as y detractores/as del llamado “derecho de injerencia” o de la “doctrina de la intervención humanitaria”.

Sin lugar a dudas, las atrocidades cometidas en el curso de la Segunda Guerra Mundial fueron determinantes a la hora de señalar algunos de los propósitos de la Organización de Naciones Unidas, e influyeron decisivamente en la decisión de adoptar una Carta de Derechos Humanos, la cual se materializó con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y con la posterior adopción de los pactos internacionales de derechos humanos<sup>5</sup>.

Más allá de las críticas que se le puedan formular, acusándola de ser selectiva y parcializada en el tratamiento de los casos que se le someten, o de decidir en función de las relaciones de poder y de los intereses de las grandes potencias, o de adoptar hipócritamente soluciones meramente retóricas que no resuelven las graves violaciones de derechos humanos en el mundo, hay que convenir en que la ONU ha impulsado el desarrollo del Derecho Internacional, colocando al individuo en el centro de sus preocupaciones. Durante su existencia, se ha gestado y codificado un abundante cuerpo normativo conocido como el Derecho

1 Cfr., del autor de estas líneas, La evolución del Derecho Internacional y la Condición jurídica del individuo, en SUMMA: Homenaje a la procuraduría General de la República, 135° aniversario, Caracas, 1998, pp. 403-479.

2 Cuestión que no era tan cierta, por cuanto ya se reconocía una subjetividad jurídica internacional limitada a los beligerantes, al Comité Internacional de la Cruz Roja, a la Santa Sede, y a la Soberana Orden de Malta. Además, como parte de este proceso evolutivo, casi inmediata-

mente después de la adopción de la Carta de la ONU -en abril de 1949-, la Corte Internacional de Justicia reconoció la subjetividad jurídica internacional de las organizaciones internacionales.

3 En realidad, esta premisa se vio estremecida, poco antes de la Conferencia de San Francisco, con la adopción del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que señaló a los individuos como titulares de deberes internacionales.

4 De acuerdo con esta doctrina, se estimaba que, bajo ciertas circunstancias -y con propósitos humanitarios- otros Estados podían intervenir legítimamente en lo que tradicionalmente se consideraba un asunto del dominio reservado, o de la competencia exclusiva de los Estados.

5 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 23 de marzo de 1976 y desde el 3 de enero de 1976, respectivamente.

Internacional de los Derechos Humanos, y se han diseñado mecanismos políticos y diplomáticos, más o menos efectivos, para la protección de la persona como tal; además, en los últimos años la ONU ha desempeñado un papel cada vez más activo en la protección efectiva de los derechos humanos, incluyendo un redimensionamiento de las tradicionales operaciones de mantenimiento de la paz. Toda esta labor se ha reflejado en la estructura interna de la Organización, y en la evolución experimentada por ella para adecuarse a las tareas que le corresponde ejecutar.

El hecho que el individuo, de ser un mero objeto del Derecho Internacional sometido exclusivamente al ordenamiento jurídico interno, se haya convertido en sujeto del Derecho Internacional y en destinatario directo de sus normas, es el resultado de un proceso que aún no ha concluido y que apunta, fundamentalmente, a cubrir tres aspectos: a) el reconocimiento de *derechos* individuales que derivan directamente del Derecho Internacional, b) la *capacidad procesal* del individuo para hacer valer esos derechos ante instancias internacionales, y c) la consagración de *deberes* internacionales que incumben al individuo como tal, y que pueden comprometer su responsabilidad penal. Aunque su desarrollo no ha sido paralelo, y más bien se ha presentado en etapas sucesivas, estos tres elementos están estrechamente relacionados y permiten detectar cómo ha cambiado la condición jurídica del individuo en el Derecho Internacional. Los dos primeros aspectos son los que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el tercero configura el Derecho Internacional Penal y sirve de complemento al Derecho de los Derechos Humanos. Pero hay diferencias importantes entre una y otra rama del Derecho; en primer lugar, no toda violación de los derechos humanos configura un crimen internacional, del mismo modo que no todo crimen internacional compromete necesariamente la responsabilidad internacional del Estado; en segundo lugar, mientras los tribunales de derechos humanos se pronuncian sobre la responsabilidad internacional de los Estados, los tribunales penales internacionales se pronuncian sobre la responsabilidad penal en que incurrir los individuos por la comisión de crímenes internacionales.

## 2.- La formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Con este epígrafe nos queremos referir tanto a las raíces históricas de los derechos humanos como al proceso de gestación y consolidación de lo que hoy constituye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cuanto a lo primero, si bien la noción de derechos humanos es propia de la modernidad, y como categoría jurídica nace con la Carta de la ONU, sus antecedentes se remontan a muchos siglos antes de la suscripción de esta última.

**a) La doctrina del Derecho Natural.** Uno de los antecedentes más tempranos del Derecho de los derechos humanos es, sin duda, la doctrina del Derecho natural, que a lo largo de la historia ha tenido diversas versiones, comenzando por la filosofía griega, pasando por los escolásticos, el ius naturalismo racionalista, y las teorías más modernas sobre el particular. Cualquiera que sea nuestro punto de referencia, el aporte fundamental del ius naturalismo es el reconocimiento de que el individuo nace dotado de ciertos derechos que le son inherentes, por el solo hecho de ser miembro de la especie humana, y que esos derechos son irrenunciables, imprescriptibles e inderogables. En el siglo V antes de Cristo, la literatura griega registra una de las primeras manifestaciones del pensamiento ius naturalista de que se tenga memoria; en la tragedia de Sófocles, *Antígona*, cuando el rey Creonte increpa a la protagonista de este drama por haber desobedecido su decreto y sepultado a su hermano Polinice, Antígona le responde que, al hacerlo, no pensó que los decretos de un ser mortal pudiesen abrogar las leyes no escritas e inmutables del cielo, que no son de hoy ni de ayer, sino que pertenecen a todos los tiempos, son eternas, y nadie sabe cuando nacieron.

Pero la doctrina del Derecho natural no debe confundirse con el Derecho. Se trata de una tesis que –a partir de la ética o de la política- intenta sugerir que el Derecho no puede tener cualquier contenido; sin embargo, debe observarse que sus defensores difieren considerablemente en cuanto a la identificación de los supuestos derechos naturales. Ese alto grado de subjetivismo parece ser una consecuencia necesaria del ius naturalismo, ya sea que se invoque que lo que alegamos como derecho natural sea el producto de la revelación divina o el fruto de la razón. En este sentido, es bueno recordar que los miembros del coro acusaron a Antígona de querer hacer sus propias leyes.

La tesis del Derecho natural ha sido duramente criticada. En realidad, esta es una ideología que ha servido para justificar casi cualquier cosa; en efecto, a partir del derecho natural se ha justificado la discriminación en contra de la mujer, la esclavitud, las monarquías absolutas, y también –aunque resulte contradictorio- el derecho a rebelarse en contra de gobiernos tiránicos; en algunas de sus versiones, entre los derechos naturales se ha incluido el derecho de propiedad, no obstante que este no es un derecho inherente al ser humano, no es imprescriptible, obviamente no es un derecho inalienable, y ciertamente es de aquellos que se pueden renunciar.

Según Edmund Burke, en la medida en que el Derecho natural es un concepto previo a la vida en sociedad, es una mera especulación, porque los derechos son fruto de la vida social. En el mismo sentido, para Jeremías Bentham, los derechos naturales son un disparate, un absurdo (“tonterías sobre zancos”), pues los derechos son el producto de la sociedad política y, por lo tanto, solo pueden derivar de la voluntad del legislador. Sin embargo, algunas de las versiones del ius naturalismo, además de subrayar el reconocimiento de la dignidad individual, como premisa moral o política, ponen de relieve que el Estado no puede traspasar ciertos límites, y que tiene el deber de respetar ciertos derechos inherentes al ser humano. En este sentido, puede decirse que la doctrina del Derecho natural es una fuente de inspiración de los derechos humanos; pero no es, ni puede ser, nada más que eso.

**b) La filosofía de la Ilustración.** A partir del siglo XVIII, llamado el siglo de las Luces, desde Francia se extendió por toda Europa la lucha en contra del absolutismo y de la nobleza. La Ilustración, que marcó el punto culminante del racionalismo renacentista, fue una reacción en contra de la superstición y la caza de brujas; según los filósofos de la Ilustración, la razón humana podía encontrar solución a los problemas de la humanidad. En consecuencia, a partir de la razón, se propició la tolerancia religiosa, la libertad y la igualdad entre todos los seres humanos.

De esta época datan los alegatos de Christian Thomasius contra la tortura y contra el concepto de herejía, el *Tratado sobre la tolerancia*, de Voltaire, y el libro *De los delitos y de las penas*, de César Beccaria, pronunciándose en contra de la pena de muerte y a favor de la proporcionalidad de las penas; pensadores ilustrados, como Montesquieu, Condorcet, Rousseau, y Pétion, se revelaron en contra de la esclavitud y de lo absurdo que resultaba predicar la libertad en Francia mientras se mantenían colonias de esclavos. Ese pensamiento ilustrado, que según Immanuel Kant era la salida del hombre de su minoría de edad, condujo a la Revolución Francesa y a todo lo que ella trajo consigo, en términos de libertad e igualdad, sustituyendo la arbitrariedad del gobernante por el imperio de la ley; para ello, según Montesquieu, era necesario que el poder detuviera al poder, lo cual solo podía lograrse con la división o separación de poderes dentro del Estado. En este sentido, debe recordarse que fue durante el siglo de las Luces que se desarrolló la teoría de la democracia y que se consolidó el parlamentarismo en Inglaterra, sustituyendo el gobierno del rey por el del Parlamento y sus ministros.

**c) La formación del Derecho Constitucional moderno.** A partir de la Revolución Francesa, el nacimiento del Derecho Constitucional moderno dejó atrás las monarquías absolutas dando paso a un Estado cuyo poder estaba sometido a límites infranqueables. Esos límites no eran otra cosa que los derechos y libertades que se le reconocían al individuo, y que el Estado tenía el deber de respetar y garantizar. De esta forma, junto con la Revolución Francesa nacieron las libertades públicas, entendidas como los derechos del individuo frente al Estado, o como derechos públicos subjetivos.

En el Derecho Constitucional moderno, la ley, como norma de carácter general y permanente orientada al bien común, adquiere una importancia trascendental en la acción del gobierno. Sobre todo, es importante subrayar que la ley es concebida como una garantía de la libertad, en cuanto es aquella la única que, dentro de los límites impuestos por la Constitución, puede coartar los derechos individuales. Además, debe recordarse que la Revolución Francesa incorporó a la Constitución la doctrina de la separación de poderes propiciada por Montesquieu, que es lo que le confiere a la ley toda su importancia como garantía de la libertad. Ello es así porque la función de dictar la ley, de ejecutarla y de interpretarla, no puede estar concentrada en un mismo órgano.

Pero las atrocidades cometidas tanto antes de la Segunda Guerra Mundial como en el curso de la misma demostraron que el Estado, por sí solo, no puede garantizar el respeto a los derechos individuales. Con tales hechos, se hizo evidente que las garantías constitucionales, como antecedente de los derechos humanos, son un elemento importante, pero no suficiente, para el respeto de estos últimos.

**d) La protección brindada por el Derecho Internacional clásico.** No obstante que, en el Derecho Internacional clásico el individuo no era considerado sujeto del mismo, desde sus orígenes se adoptaron tratados o se enunciaron doctrinas que, en el marco de ese Derecho Internacional, estaban diseñadas para proteger al individuo o a grupos de individuos. En este sentido, debe citarse los tratados sobre protección de minorías, las normas sobre el amparo diplomático que permitían -y permiten- al Estado hacer suyas las reclamaciones que un nacional suyo tenga en contra de otro Estado; la doctrina del estándar mínimo internacional para el tratamiento de los extranjeros (según la cual, independientemente del trato que dieran a sus propios ciudadanos, los Estados debían respetar ciertos derechos mínimos respecto de los extranjeros, particularmente en materia de administración de justicia); y la doctrina de la intervención humanitaria. Todas estas son instituciones derivadas del Derecho Internacional clásico que, sin reconocer al individuo la condición de sujeto del Derecho Internacional, le conferían a los Estados la facultad de actuar en defensa de los mismos. Esa circunstancia fue delineando la idea de que, en el ejercicio de sus competencias y en el marco del Derecho Internacional, los Estados no podían hacer cualquier cosa con los individuos sometidos a su jurisdicción; el Derecho Internacional marcaba un límite a la competencia del Estado respecto de los individuos sometidos a su jurisdicción.

Entre estos antecedentes cabe destacar la doctrina de la intervención humanitaria, que permitía -y permite- a un Estado hacer uso de la fuerza para intervenir en otro Estado con el solo propósito de proteger a los habitantes de ese Estado de un trato arbitrario y persistentemente abusivo que exceda los límites de su autoridad. A lo largo de la historia ha habido numerosos incidentes en que los Estados han intervenido militarmente en otro Estado alegando que lo hacen por razones humanitarias. Entre los más recientes, puede citarse la intervención en Liberia en 1990, la intervención en el Norte de Irak en 1991, las intervenciones en Bosnia y en Somalia en 1992, la intervención en Ruanda en 1994, la intervención en Haití entre 1993 y 1994, y la más reciente intervención en Liberia, en 2003. A pesar de los peligros que encierra, puesto que solo puede practicarse por los Estados más poderosos en contra de los más débiles, en un mundo imperfecto, la doctrina de la intervención humanitaria ha sido vista como un último recurso para proteger de la barbarie a quienes son víctimas de un gobierno tiránico.

**e) El Derecho Internacional Humanitario.** En el caso de los conflictos armados, desde hace siglos existe conciencia de que, en la conducción de las hostilidades, hay límites que no se pueden traspasar. En este sentido, en el Estatuto para el Gobierno del Ejército, promulgado en 1386 por el rey Ricardo II de Inglaterra, se establecían límites para la conducción de las hostilidades y se prohibían los actos de violencia contra las mujeres y los sacerdotes desarmados, el incendio de casas y la profanación de iglesias; la comisión de estos actos se encontraba tipificada como delito y se sancionaba con la pena de muerte. Disposiciones similares pueden encontrarse en los códigos promulgados por Ferdinando de Hungría en 1526, por el Emperador Maximiliano II en 1570, y por los Artículos de Guerra decretados por el rey Gustavo Adolfo II de Suecia, en 1621<sup>6</sup>.

En el curso de la guerra de secesión en los Estados Unidos, en abril de 1863, a partir de un texto preparado por Francis Lieber, profesor de Derecho de la Universidad de Columbia, el Presidente Abraham Lincoln promulgó las *Instrucciones para el Mando de los Ejércitos de los Estados Unidos en el Campo de Batalla*, también conocidas como el *Código Lieber*, que constituye el primer intento de codificación de las leyes de la guerra, y que han tenido una gran influencia en los reglamentos militares de otros ejércitos.

Es precisamente ese grado de conciencia el que hizo posible que, en la segunda mitad del siglo XIX, surgiera el Derecho Internacional Humanitario. Este es un conjunto de normas que protegen, en tiempo de conflictos armados, a las personas que no participan en las hostilidades, o que han dejado de hacerlo por estar fuera de combate. Sus antecedentes se remontan a 1859,

<sup>6</sup> Cfr. Edoardo Greppi, La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre 1999, N° 835, pp.531 – 554.

cuando un ciudadano suizo, Henry Dunant, presenció la agonía de los soldados heridos y abandonados a su suerte en el campo de batalla, y redactó un pequeño opúsculo, con el título de *Souvenir de Solferino*, que fue publicado en 1862; en ese folleto, Dunant propuso crear una organización que se ocupara de socorrer a los militares heridos, y celebrar un tratado en el que se garantizara la protección de los heridos en el campo de batalla. Un año después, Henry Dunant y otros cuatro ciudadanos suizos fundaron el Comité Internacional de la Cruz Roja que, con el apoyo del gobierno suizo, en agosto de 1864 logró organizar una conferencia diplomática en la que se suscribió el primer Convenio de Ginebra para proteger a los militares heridos en campaña. En 1899, en el Convenio de La Haya, esa protección se extendió a los miembros de las fuerzas armadas en el mar, a los enfermos, y a los náufragos; posteriormente, en el Convenio de Ginebra de 1929, se incluyó a los prisioneros de guerra. En 1949 se suscribieron, en Ginebra, los cuatro convenios que están actualmente vigentes, y que se refieren a cada una de las categorías de personas protegidas. Estos convenios fueron reforzados, en 1977, con dos protocolos adicionales, referidos a conflictos de carácter internacional y no internacional.

En la actualidad hay una estrecha relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Desde un punto de vista cronológico, el Derecho Internacional Humanitario precedió al Derecho de los derechos humanos; desde un punto de vista conceptual, mientras el Derecho de los Derechos Humanos es el género, el Derecho Internacional Humanitario es la aplicación del primero en las circunstancias excepcionales propias de un conflicto armado en que, sin embargo, los Estados deben respetar ciertos derechos mínimos de los individuos no combatientes o que están fuera de combate.

**f) El nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Luego de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, los antecedentes anteriores, unidos a la convicción de que los Estados no podían, por sí solos, garantizar el respeto a ciertos derechos individuales básicos, condujeron al nacimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta nueva rama del Derecho Internacional, que nació con la Carta de San Francisco que creó la Organización de Naciones Unidas, se ha expandido considerablemente, comprendiendo más de un centenar de tratados que los consagran y que establecen procedimientos internacionales para su protección.

### 3.- Las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En la actualidad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el producto de numerosas fuentes. La referencia que, en el caso del **Estrecho de Corfú**, hace la Corte Internacional de Justicia a las obligaciones que derivan de “consideraciones elementales de humanidad”, incluso más apremiantes en tiempo de paz que en tiempo de guerra,<sup>7</sup> sugiere que algunos derechos humanos podrían derivar de la existencia de principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En sintonía con lo antes expuesto, interpretando el art. 38, N° 1, letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que menciona los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas entre las fuentes que la Corte deberá aplicar, se ha sostenido que “naciones civilizadas” son aquellas que respetan los derechos humanos.

Por otra parte, los derechos humanos también pueden ser el fruto de la costumbre jurídica internacional. En tal sentido, en el caso *Filartiga v. Peña-Irala*, una Corte Federal de los Estados Unidos ha sostenido que la prohibición de la tortura encuentra su origen en el Derecho consuetudinario y que, como tal, constituye una violación del Derecho de las naciones; en consecuencia, de acuerdo con esta sentencia, los actos de tortura perpetrados por cualquier autoridad violan normas universalmente aceptadas como parte del Derecho Internacional de los derechos humanos, independientemente de la nacionalidad de las partes involucradas<sup>8</sup>.

En este sentido, las declaraciones de derechos humanos o las resoluciones de organizaciones internacionales en que se reafirma el deber de respetar los derechos humanos, pueden tener como base las normas de Derecho consuetudinario que hayan cristalizado en la esfera de los derechos humanos.

Pero, sin duda, la principal fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son los tratados ratificados por los Estados:

<sup>7</sup> International Court of Justice, *The Corfu Channel Case (Merits)*, judgment of April 9th, 1949, p. 22.

<sup>8</sup> United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Dolly M. E. Filartiga and Joel Filartiga v. Americo Norberto Pena-Irala*, judgment of June 30th, 1980.

**a) La Carta de la ONU.** Con las numerosas referencias que se hace a los derechos humanos en varias de sus disposiciones, la Carta de San Francisco es el primer instrumento jurídico en el que se reconoció al individuo como titular de derechos consagrados por el Derecho Internacional; con su adopción, se desechó la vieja idea según la cual el Estado podía tratar a sus ciudadanos/as en la forma que considerara conveniente, sin que los demás Estados o la sociedad internacional organizada pudieran intervenir.

En el preámbulo de la Carta se afirma que “los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra... a reafirmar 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 y de las naciones grandes y pequeñas,... a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...” es que decidieron crear la Organización de Naciones Unidas y adoptar su Carta constitutiva. En este sentido, el art. 1, N° 3, de la Carta señala, entre los propósitos de la Organización, “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”.

Pero, sin duda, las disposiciones más trascendentales de la Carta de la ONU son los arts. 55 y 56, que se refieren, respectivamente, a los compromisos adquiridos por la Organización y por los Estados miembros en materia de derechos humanos. Según el art. 55, “con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la organización promoverá: ... c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”. Es decir, se reconoce que el individuo, por el solo hecho de ser humano, es titular de determinados derechos y libertades, los cuales la Organización se compromete a promover y a procurar la efectividad de los mismos. Esta es la disposición que ha proporcionado una base jurídica a la intensa labor desplegada por la ONU en el ámbito de los derechos humanos, tanto en lo que se refiere a difusión y asistencia técnica, o a la preparación de instrumentos normativos, como en lo que concierne a la tarea más delicada de supervisar la forma como los Estados han dado vigencia a esos derechos. Además, es evidente que, en aquellos casos en que la violación de los derechos humanos ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales, la Organización puede asumir un papel más activo, que incidentalmente podría conducir a la protección de los derechos humanos; por ejemplo, cuando el Consejo de seguridad sostuvo que la política de apartheid en Suráfrica conduciría a un conflicto violento “con serias repercusiones internacionales”,<sup>9</sup> ejerciendo las competencias que le confiere el Cap. VII de la Carta -en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión,- impuso un embargo obligatorio a todo tipo de colaboración militar y nuclear con el régimen de Suráfrica,<sup>10</sup> e implícitamente legitimó la acción de cualquier otro Estado que quisiera ayudar a los movimientos de liberación que operaban dentro o fuera de Suráfrica, sin que tales actos pudieran ser considerados como una agresión en contra de dicho país. No cabe duda que el art. 55 de la Carta señala determinadas obligaciones que le incumben a la Organización (no a los Estados miembros), y que, en principio, esa obligación se reduce a “promover” (pero sin llegar a “garantizar”, o a “proteger”) el respeto universal de los derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, en el art. 56 son los miembros de la ONU quienes se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos referidos en el art. 55. No cabe duda que esta disposición puede ofrecer algunas dificultades para su correcta interpretación, inquiriendo sobre cuál es exactamente el compromiso asumido por los Estados, y cuáles son los “*propósitos*” referidos en el artículo 55.

<sup>9</sup> Cfr. la Resolución 417 (1977), adoptada por el Consejo de Seguridad el 31 de octubre de 1977.

<sup>10</sup> Cfr. la Resolución 418 (1977), adoptada por el Consejo de Seguridad el 4 de noviembre de 1977.

En cuanto a la naturaleza de la obligación asumida por los Estados, si bien el art. 56 está básicamente concebido en términos de la “cooperación” internacional que los Estados deben estar dispuestos a brindar y recibir para procurar *-inter alia-* el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin que se haga una referencia explícita al compromiso de “respetar” los derechos humanos, hay que observar que toda la Carta de Naciones Unidas está basada en el reconocimiento de los derechos humanos, y que en ella se da por sentado que los Estados tienen el deber de respetar esos derechos. En este sentido, el preámbulo de la Carta, en donde los Estados expresan su determinación de preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra, reafirmando su fe en los derechos fundamentales del hombre y su disposición a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados “y de otras fuentes del derecho internacional”, da por supuesto que esos mismos Estados asumen el compromiso de respetar los derechos humanos. La cooperación para lograr el respeto universal de los derechos humanos constituye un compromiso adicional en la esfera internacional que no exonera a los Estados de su deber de respeto de los derechos humanos en el ámbito interno.

A las competencias de la Organización en el campo de los derechos humanos se refieren específicamente los artículos 13, 55, 62, 68, y 76 de la Carta; además, a estas disposiciones puede agregarse el texto de los art. 10, 11, 34, 73 y 99, que expresan que algunos de los órganos de la ONU tendrán ciertas competencias sobre “cualquier materia”, o que tendrán competencia para conocer de cualquier asunto que sea susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, cuestión que, como la propia Carta subraya, está estrechamente ligada al respeto de los derechos humanos.

Pero, a pesar de las numerosas disposiciones de la Carta que se refieren a los derechos humanos, hay que observar que ninguna de ellas se ha encargado de precisar cuáles son esos derechos, ni cuáles son sus límites o las posibles restricciones a que ellos pueden estar sometidos. Inicialmente se tuvo la intención de redactar una carta de derechos humanos que, como uno de los anexos de la Carta de la ONU, formara parte integrante de la misma. Sin embargo, en tan breve plazo no fue posible redactar dicho instrumento y, en definitiva, la tarea de prepararlo se le encomendó a la Comisión de Derechos Humanos a que se refiere el art. 68 de la Carta de Naciones Unidas. Mientras tanto, la ausencia de un catálogo, que indicara en forma clara y precisa cuáles eran los derechos humanos a que se referían las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas, se hizo sentir con particular urgencia en los primeros años de la Organización.

**b) La Carta Internacional de Derechos Humanos.** Entre las fuentes del Derecho de los Derechos Humanos, la Carta Internacional de Derechos Humanos ocupa un lugar prominente. Esta es la denominación que se ha dado a un conjunto de cuatro instrumentos internacionales adoptados con el patrocinio de la Organización de Naciones Unidas: i) la Declaración Universal de Derechos Humanos, ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, iii) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y iv) el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta multiplicidad de instrumentos internacionales se debe a que, al momento de adoptarse la Carta de la ONU en la Conferencia de San Francisco, no hubo oportunidad de preparar una “Carta Internacional de Derechos Humanos” que se incorporara como anexo de aquella, como era el deseo de algunos delegados<sup>11</sup>.

En consecuencia, se optó por encomendarle a la Comisión de Derechos Humanos a la cual se refiere el art. 68 de la Carta de la ONU la elaboración del mencionado documento.

Teniendo presente que la idea inicial era elaborar un solo documento, debido a las diferencias culturales e ideológicas propias de un foro mundial tan heterogéneo como la ONU, desde el momento mismo en que la Comisión de Derechos Humanos inició su trabajo, surgieron discrepancias en cuanto al carácter obligatorio o no que debería tener la mencionada “Carta Internacional de Derechos Humanos”; estas diferencias también se referían a la naturaleza de los derechos protegidos, y a los mecanismos adecuados para asegurar la vigencia y el respeto efectivo de tales derechos.

<sup>11</sup> En efecto, en un proyecto de la Carta de la ONU, elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, se incluía una 'Declaración de Derechos' como parte integrante de la Carta. Véase, en este sentido, Louis B. Sohn y Thomas Buergenthal, *International Protection of Human Rights*, The BobbsMerrill Company, Inc., Indianápolis, Kansas City, New York, 1973, pp. 505522.

Es por eso que, asumiendo que podría ser relativamente simple ponerse de acuerdo en las cuestiones de principio y en las ideas generales, pero que el afinar los detalles podría requerir mayor tiempo, la Comisión decidió elaborar primero una Declaración conteniendo los principios generales en que hubiera un amplio grado de consenso, a la que, posteriormente, seguiría un convenio o tratado de derechos humanos<sup>12</sup>.

Mientras este último sería obligatorio para los Estados que lo ratificaran, la Declaración no tendría fuerza vinculante.

**i.- La Declaración Universal de Derechos Humanos.** En el curso de 1947, como parte del trabajo que se le había encomendado, la Comisión de Derechos Humanos sometió a la Asamblea General un proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos, a la cual debería seguir la elaboración de una o más convenciones sobre derechos humanos que regularan el contenido de estos derechos y dispusieran la creación de los órganos y procedimientos internacionales indispensables para su supervisión y puesta en vigor efectivo. Al año siguiente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU aprobó el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos como el primero de los instrumentos previstos por la Comisión. De los cincuenta y ocho Estados miembros de la ONU en ese momento, cuarenta y ocho votaron a favor, ninguno votó en contra, ocho se abstuvieron (Sudáfrica, Arabia Saudita, la URSS, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Bielorrusia y Yugoslavia), y dos Estados (Honduras y Yemen) por razones desconocidas para el autor de estas líneas no participaron en la votación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos constituye un documento histórico, de trascendental importancia, que enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos inherentes a la dignidad humana. Ella es el reflejo del consenso que existe en torno a valores universalmente reconocidos. Pero la Declaración Universal no es un instrumento acabado y definitivo, ni es la culminación de un proceso ya concluido. Ella es, sencillamente, el punto de partida que trazó un camino y definió unos objetivos.

Aunque la preparación de lo que iba a ser un convenio de derechos humanos comenzó inmediatamente después de aprobada la Declaración Universal de Derechos Humanos, dicha empresa se vio retardada por diversas causas y tomó casi veinte años en ser concluida. En efecto, los dos pactos, junto con el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas, sin oposición, el 16 de diciembre de 1966.

**ii.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Este instrumento, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976;<sup>13</sup> en él se consagran los derechos de carácter económico y social que se enuncian en los arts. 22 a 27 de la Declaración, más otros del mismo tipo, y que corresponden a los nuevos derechos humanos. En relación con estos derechos, cada Estado asume la obligación de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos consagrados en el Pacto.

**iii.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Este instrumento fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976;<sup>14</sup> en él se han consagrado los derechos clásicos, o tradicionales, tales como el derecho a la vida, la libertad personal, el derecho a la integridad física, el derecho a un juicio justo, la libertad de expresión, la libertad de conciencia y religión, los derechos de participación política, etc. Respecto a esta categoría de derechos, cada uno de los Estados partes se ha comprometido "a respetar y a garantizar", a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, el goce y disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminaciones odiosas de ninguna naturaleza, y a adoptar las disposiciones que fueren necesarias para hacerlos efectivos<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Este convenio, fundamentalmente por razones de orden ideológico o político, se convirtió en dos: i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales; además, el primero de estos instrumentos se encuentra complementado por un Protocolo Facultativo, que hace que la idea inicial de 'una declaración' seguida de 'un

convenio' se haya convertido en una declaración y 'tres tratados' adicionales.

<sup>13</sup> Hasta el 30 de junio de 1994, había sido ratificado por 129 Estados.

<sup>14</sup> Hasta el 30 de junio de 1994, había sido ratificado por 126 Estados.

<sup>15</sup> Cfr. el art. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

**iv.- El Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.** Este Protocolo fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y entró en vigor simultáneamente con el Pacto a que sirve de complemento, el 23 de marzo de 1976<sup>16</sup>.

Mediante este instrumento, los Estados partes en el Pacto pueden aceptar un mecanismo adicional de supervisión, de carácter cuasijudicial, que obviamente solo resulta aplicable respecto de aquellos Estados que además de ser partes en el Pacto acepten este procedimiento, mediante la ratificación del protocolo que comentamos.

A través del procedimiento de control que contempla el Protocolo, los Estados partes autorizan al Comité de Derechos Humanos para que reciba “comunicaciones” (léase “quejas” o “denuncias”) de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado, y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

**v.- El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.** Recientemente, en 1989, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó un Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, encaminado a la abolición de la pena de muerte<sup>17</sup>. Este protocolo no solo constituye un valioso complemento normativo del art. 6 del Pacto en lo relativo al derecho a la vida, sino que sienta un precedente muy importante en cuanto contempla la posibilidad de introducir reformas a los Pactos de derechos humanos o de incorporar nuevos derechos a los mismos, por vía de instrumentos adicionales de carácter facultativo.

**c) Los otros instrumentos universales de derechos humanos.** Además de los esfuerzos desplegados por la Organización de Naciones Unidas a fin de elaborar una Carta Internacional de Derechos Humanos con un catálogo que comprendiera todos los derechos humanos y que incluyera mecanismos adecuados para garantizar el respeto efectivo de los mismos desde muy temprano, la ONU también se ha ocupado de elaborar normas jurídicas diseñadas para brindar una protección adicional a los derechos humanos, las cuales se pueden clasificar en cuatro categorías: a) aquellas que se refieren a derechos humanos bien específicos (tales como la prohibición de la esclavitud y sus prácticas análogas, la prohibición de la tortura, o el derecho de asilo); b) las relativas al desarrollo de principios compatibles con el respeto de los derechos humanos y aptos para crear un ambiente adecuado en el que tales derechos sean efectivamente respetados (como la prohibición de la discriminación racial en todas sus formas, o la autodeterminación de los pueblos); c) las que se ocupan de la protección de determinadas categorías de seres humanos (por ejemplo, mujeres, o niños); y d) las relativas a la protección de los derechos humanos en circunstancias especiales (como es el caso de las que conciernen al régimen de los derechos humanos en tiempo de conflictos armados).

**i. La protección de derechos específicos.** Hay una extensa lista de derechos que han sido objeto de especial protección por parte de Naciones Unidas. Solo nos referiremos a aquellos que nos parecen más significativos.

**(i) La Convención de Genocidio.** El 9 de diciembre de 1948, un día antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General de la ONU adoptó el texto de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>18</sup>. Anteriormente, en 1946, la misma Asamblea General había condenado el genocidio y había declarado que este es un delito internacional.

<sup>16</sup> Hasta el 30 de junio de 1994, había sido ratificado por 78 Estados.

<sup>17</sup> Resolución 44/128, del 15 de diciembre de 1989. Hasta el 30 de junio de 1994, había recibido 22 ratificaciones.

<sup>18</sup> Esta Convención entró en vigor el 12 de enero de 1951 y, hasta el 30 de junio de 1994, había sido ratificada por 113 Estados.

En el preámbulo de la Convención se sostiene que el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, lo cual demandó fortalecer la determinación de las Naciones Unidas en el sentido de evitar que se repitiera el holocausto del nazismo.

La Convención confirma que el genocidio es un delito internacional, el que las partes contratantes se comprometen a prevenir y sancionar.

El art. II de la Convención define el genocidio como cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

El art. III de la Convención declara punibles el genocidio, la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio, y la complicidad en el genocidio. Además, se expresa que la responsabilidad criminal de quienes hayan cometido cualquiera de los actos previamente referidos se perseguirá en gobernantes, funcionarios o particulares (art. IV). Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos señalados en el art. III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. Hasta la fecha, no se ha creado un tribunal internacional con competencia para juzgar a quienes se acuse de genocidio. El Tribunal Militar de Nuremberg, que operó con anterioridad a la adopción de la Convención, no tuvo carácter permanente, sino meramente transitorio, y su competencia se limitó a los crímenes de guerra cometidos por los nazis en el curso de la Segunda Guerra Mundial; en cuanto a la Corte Internacional de Justicia, si bien ella tiene competencia para conocer de disputas entre Estados (las cuales podrían involucrar actos de genocidio), ella carece de competencia para juzgar y condenar a individuos.

De acuerdo con la Convención, ni el genocidio ni ninguno de los actos prohibidos por ella serán considerados como delitos políticos; en consecuencia, los Estados partes se comprometen a conceder la extradición, conforme a su legislación y a los tratados vigentes, de las personas acusadas de alguno de tales actos.

A tenor de lo dispuesto en el art. VIII de la Convención, toda parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de la ONU, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el art. III de la Convención.

*(ii) Las medidas relativas a la esclavitud y trabajos forzados.* En el área de la esclavitud y los trabajos forzados, ya antes de la creación de la ONU la comunidad internacional había adoptado algunas convenciones sobre la materia. Desde luego, existía la Convención sobre la esclavitud, del 25 de septiembre de 1926<sup>19</sup>, que era la sucesora del Acta General de Berlín, de 1885, del Acta General y la Declaración de Bruselas, de 1890, y de la Convención de Saint Germain en Laye, del 10 de septiembre de 1919. Además, también existía el Convenio sobre el trabajo forzoso, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1930.

Bajo el patrocinio de Naciones Unidas, el 7 de diciembre de 1953 se adoptó el Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud<sup>20</sup>, seguido el 7 de septiembre de 1956 por la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Además, en lo que se refiere a "prácticas análogas a

<sup>19</sup> Esta Convención está en vigor desde el 9 de marzo de 1927 y, hasta el 30 de junio de 1994, había sido ratificada por 73 Estados.

<sup>20</sup> En vigor desde el 7 de julio de 1955, habiendo recibido, hasta el 30 de junio de 1994, la ratificación de 56 Estados.

la esclavitud”,<sup>21</sup> el 2 de diciembre de 1949 la Asamblea General de la ONU había adoptado el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena<sup>22</sup>.

Por otra parte, el 25 de junio de 1957 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó un nuevo Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso.

*(iii) El derecho de asilo.* En cuanto al derecho de asilo, el 14 de diciembre de 1967 la Asamblea General proclamó la Declaración sobre el asilo territorial, en la cual se reitera el derecho que, en caso de persecución, tiene toda persona a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país. Sin embargo, en el marco de la ONU no se ha aprobado, hasta la fecha, un tratado que desarrolle el contenido de este derecho.

*(iv) La protección contra la tortura.* Al margen de la condena de la tortura y sus prácticas análogas, a fines de 1975 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>23</sup>. Al igual que en el caso de la Carta de Derechos Humanos, en donde se aprobó primero una declaración, que luego sería seguida de uno o varios tratados que desarrollaran los principios generales contenidos en ella, la Declaración contra la tortura también fue seguida, en 1984, de una Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>24</sup>.

**ii. Protección de principios inherentes a los derechos humanos.** En el trabajo de Naciones Unidas también se ha brindado especial atención al desarrollo de ciertos principios sin los cuales la vigencia de los derechos humanos es imposible.

*(i) El derecho a la libre determinación de los pueblos.* En diciembre de 1960, reconociendo el deseo apasionado de libertad que abrigan todos los pueblos dependientes, y consciente de los conflictos que genera el negar la libertad a esos pueblos, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, mediante resolución 1514, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. Dicha resolución se adoptó consciente de la necesidad de crear condiciones de estabilidad y bienestar, y de fomentar relaciones pacíficas y amistosas, basadas en el respeto a los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de todos los pueblos, y con la esperanza de asegurar el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

En esta Declaración se expresa que la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales. Se destaca, además, que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, y que en virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. La Declaración sostiene, asimismo, que a fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional. En fin, respecto de los territorios que aún no gozan de independencia, la Declaración dispone que deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas.

El derecho a la libre determinación de los pueblos además de su consagración en el art. 1 común al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha sido reafirmado posteriormente, en particular en la resolución sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales<sup>25</sup>, y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados<sup>26</sup>. En este último instrumento, la Asamblea General se declara convencida de la necesidad de desarrollar un sistema de relaciones económicas internacionales sobre la base de la igualdad soberana de los Estados, las cuales deben estar regidas *inter alia* por los principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados, y por el respeto de los derechos

<sup>21</sup> Esta Convención entró en vigor el 30 de abril de 1957 y, hasta el 30 de junio de 1994, había recibido la ratificación de 112 Estados.

<sup>22</sup> En vigor desde el 25 de julio de 1951. Hasta el 30 de junio de 1994 había sido ratificado por 70 Estados.

<sup>23</sup> Aprobada el 9 de diciembre de 1975, mediante la resolución 3452 de la Asamblea General de la ONU.

<sup>24</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y abierta a la firma de los Estados el 10 de diciembre de 1984. Hasta el 30 de junio de 1994 había sido ratificada por 82 Estados.

<sup>25</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU con fecha 14 de diciembre de 1962.

<sup>26</sup> Aprobada con fecha 12 de diciembre de 1974, mediante la resolución 3281 de la Asamblea General de las ONU.

humanos y de las libertades fundamentales; además, en el art. 1 del cap. II, la Carta expresa que todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenazas externas de ninguna clase.

(ii) *La prevención de la discriminación racial.* Como consecuencia del proceso de descolonización y de la consiguiente incorporación al seno de las Naciones Unidas de un grupo numeroso de países africanos y asiáticos, y también como producto de la inquietud que generaba en algunos la lentitud con que se avanzaba en la elaboración de los Pactos de Derechos Humanos, los nuevos Estados presionaron para que se adoptaran ciertas normas básicas en materia de prevención de la discriminación racial.

Como resultado de lo anterior, el 20 de noviembre de 1963 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Al igual que en el caso de la Declaración Universal y de la Declaración contra la tortura, esta declaración fue seguida, en diciembre de 1965, por la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*<sup>27</sup>.

Además, dentro de este mismo orden de ideas, la Asamblea General adoptó la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid<sup>28</sup>, la cual condena el apartheid como crimen de lesa humanidad, y declara que los actos inhumanos que resulten de las políticas y prácticas de apartheid y las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial indicadas por la misma convención son crímenes que violan los principios del Derecho Internacional y que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Mediante esta convención, sus Estados partes se comprometen a perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables de cualquiera práctica comprendida en el crimen de apartheid.

Otras instituciones de la familia de Naciones Unidas también han contribuido a erradicar la discriminación racial. En efecto, en 1958 la OIT adoptó un Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación<sup>29</sup>, y en 1960 la UNESCO aprobó una Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>30</sup>.

**iii. Protección especial de categorías de personas.** Otro aspecto que ha ocupado la atención de Naciones Unidas es el relativo a la protección de personas especialmente vulnerables, algunas de las cuales son señaladas a continuación.

(i) *La protección del niño.* En diciembre de 1959 la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración de los derechos del niño<sup>31</sup>, en la que expresa que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle, y que este, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, observando que la necesidad de esa protección especial ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño<sup>32</sup>, y en otros instrumentos internacionales que reflejaban igual inquietud.

Continuando con la tradición de adoptar primero una declaración conteniendo principios generales, seguida luego de un tratado que desarrollara esos principios e incluyera mecanismos de supervisión y control, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas designó un grupo de trabajo para que preparara un proyecto de convención sobre los derechos del niño, el cual ya ha sido aprobado por la Asamblea General de la ONU<sup>33</sup>. La Convención sobre los derechos del niño ha tenido en cuenta el carácter demasiado genérico e inadecuado de otros tratados de derechos humanos

**27** Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, y abierta a la firma y ratificación de los Estados, con fecha 21 de diciembre de 1965, mediante resolución 2106 A (XX). En vigor desde el 4 de enero de 1969, y ratificada por 146 Estados.

**28** Adoptada por la Asamblea General de la ONU, y abierta a la firma de los Estados, con fecha 30 de noviembre de 1973, mediante resolución 3068 (XXVIII). En vigor desde el 18 de julio de 1976. Hasta el 30 de junio de 1994 había sido ratificada por 99 Estados.

**29** Convenio No. 111, adoptado por la Conferencia General de la OIT, en su cuadragésimo segundo período de sesiones, con fecha 25 de junio de 1958. En vigor desde el 15 de junio de 1960.

**30** Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO, el 14 de diciembre de 1960. En vigor desde el 22 de mayo de 1962.

**31** Aprobada mediante resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959.

**32** Esta Declaración fue adoptada por la Liga de Naciones, en 1924, respondiendo a un proyecto elaborado por la Unión Internacional para Salvar a los Niños, una organización no gubernamental.

**33** Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General mediante resolución 44/25, y abierta a la firma y ratificación por los Estados, el 20 de noviembre de 1989. No obstante lo reciente de su aprobación, hasta el 30 de junio de 1994.

para la protección de las necesidades del niño; en consecuencia, ha desarrollado esos derechos con referencia al menor y sus especiales requerimientos, haciendo notar que “el mejor interés del niño” deberá ser el principio conductor que siempre se tenga en consideración.

La Convención sobre derechos del niño, define como “niño”, para los propósitos de esta convención, a todo ser humano menor de 18 años, a menos que bajo el Derecho nacional aplicable la mayoría de edad se obtenga antes de los 18 años. Algunos de los aspectos que contempla esta Convención incluyen, *inter alia*, el derecho a preservar su propia identidad<sup>34</sup>, el derecho a no ser separado de los padres, la prohibición del tráfico ilícito de niños, el derecho del niño a ser oído en procedimientos judiciales o administrativos que le conciernan, el tipo de información que debe recibir el niño de los medios de comunicación, la protección del menor de toda forma de maltrato físico o mental, la prohibición de distintas formas de explotación sexual (incluyendo la prostitución, y su utilización en actuaciones o materiales pornográficos), las precauciones que deben tenerse en caso de adopción (y muy particularmente en caso de adopción que involucre su traslado a un país distinto del cual el menor es originario), su protección de prácticas tradicionales pero perniciosas para la salud del menor (tales como la “circuncisión femenina”), la protección del niño de la explotación económica, y el establecimiento de reglas más precisas en lo concerniente a la administración de justicia para menores involucrados en algún delito.

(ii) *La protección de la mujer.* La discriminación basada en el sexo, y la protección de los derechos de la mujer, ha constituido otra preocupación muy importante de la Organización de Naciones Unidas.

En cuanto se refiere a los esfuerzos desplegados en el marco de Naciones Unidas, y siguiendo una relación cronológica, uno de los primeros instrumentos que debemos señalar es la Convención sobre derechos políticos de la mujer<sup>35</sup>. En esta convención, deseando igualar la condición del hombre y la mujer en el disfrute y ejercicio de los derechos políticos, se reconoce a la mujer el derecho a participar en elecciones en condiciones de igualdad con los hombres, como también el derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer funciones públicas en igualdad de condiciones que los hombres.

En una perspectiva más amplia, considerando que la discriminación en contra de la mujer es incompatible con la dignidad humana y constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las posibilidades que tiene la mujer de servir a sus países y a la humanidad, en 1967 la Asamblea General proclamó la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer<sup>36</sup>.

Al igual que en ocasiones anteriores, la adopción de la declaración fue seguida de una Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>37</sup>. En la resolución que aprobó esta Convención, la Asamblea General expresa su convicción de que es necesario asegurar el reconocimiento universal, tanto en el Derecho como en los hechos, del principio de la igualdad de hombres y mujeres. En el texto de la Convención se define la discriminación en contra de la mujer como cualquier distinción, exclusión o restricción hecha sobre la base del sexo, que tiene el efecto o el propósito de impedir o nulificar el reconocimiento, disfrute o ejercicio por parte de las mujeres, independientemente de su estado civil, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural, civil, o en cualquier otro campo.

**34** Este nuevo derecho fue incorporado a proposición de la delegación de Argentina, teniendo como antecedente la horrible experiencia de la dictadura militar de los años 70 y parte de los 80, y la suerte corrida por numerosos niños, hijos de padres que ‘desaparecieron’ como víctimas de la represión.

**35** Adoptada por la Asamblea General de la ONU, y abierta a la firma y ratificación de los Estados, el 20 de diciembre de 1952, mediante su resolución 640 (VII). En vigor desde el 7 de julio de 1954 y, hasta el 30 de junio de 1994, ratificada por 104 Estados.

**36** Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 7 de noviembre de 1967, mediante resolución 2263 (XXII).

**37** Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, y abierta a la firma y ratificación por los Estados, con fecha 18 de diciembre de 1979. En vigor desde el 13 de septiembre de 1981 y ratificada por 127 Estados.

La Organización Internacional del Trabajo y la UNESCO también han adoptado medidas encaminadas a erradicar la discriminación contra la mujer. En el caso de ambas organizaciones, ya hemos citado el Convenio de la OIT que prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación<sup>38</sup>, y la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>39</sup>. Además, el Convenio de la OIT No. 100<sup>40</sup> determina la igualdad de remuneración entre mano de obra femenina y masculina por un trabajo de igual valor.

(iii) *La protección de personas impedidas.* En lo concerniente a la protección de personas física o mentalmente disminuidas, en la Declaración sobre el progreso y el desarrollo social<sup>41</sup> la Asamblea General de la ONU proclamó la necesidad de proteger los derechos de los individuos física y mentalmente desfavorecidos y de asegurar su bienestar y rehabilitación. Además, la misma Asamblea proclamó, en 1971, la Declaración de los derechos del retrasado mental<sup>42</sup>, en la cual enuncia un conjunto de principios que deberían servir de guía para la adopción de medidas, en la esfera nacional e internacional, a fin de asegurar los derechos del retrasado mental. Poco tiempo después, la Asamblea General aprobó la Declaración de los derechos de los impedidos<sup>43</sup>, teniendo presente la necesidad de prevenir la incapacidad física y mental y de ayudar a los impedidos a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como de fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal; en esta Declaración, la Asamblea General pide se adopten medidas, en los planos nacional e internacional, para que se protejan los derechos proclamados en ella.

(iv) *La protección de los refugiados.* Otra categoría de personas que ha merecido la atención de la ONU está constituida por los refugiados.<sup>44</sup> En esta materia, la ONU aprobó, en 1951, una Convención sobre el estatuto de los refugiados; el propósito de esta Convención ha sido, por una parte, codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y, por la otra, resolver el problema de quienes como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial se habían visto desplazados de sus hogares y se encontraban fuera del país de su nacionalidad.

El art. 1 de la Convención define como “refugiado” a toda persona que: a) haya sido considerada como refugiada en virtud de los arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939, o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados; o b) que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

La Convención sobre el estatuto de los refugiados intenta asegurar a estos el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales, y señala las medidas que pueden adoptar los Estados partes para evitar que este se convierta en un problema demasiado oneroso para algunos Estados, y para impedir que se convierta en una causa de tensiones o de conflictos entre Estados.

**38** Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 25 de junio de 1958.

**39** Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

**40** Convenio sobre igualdad de remuneración, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 29 de junio de 1951.

**41** Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1969, mediante resolución 2542 (XXIV).

**42** Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1971, mediante resolución 2856 (XXVI).

**43** Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975, mediante resolución 3447 (XXX).

**44** La Convención fue aprobada, el 28 de julio de 1951, por una conferencia de plenipotenciarios convocada por la Asamblea General de la ONU, para examinar el estatuto de los refugiados y de los apátridas. En vigor desde el 22 de abril de 1954 y, hasta el 30 de junio de 1994, ratificada por 122 Estados.

Por otra parte, en 1966 la Asamblea General de la ONU adoptó un Protocolo sobre el estatuto de los refugiados,<sup>45</sup> cuyo objetivo primordial era ampliar el concepto de refugiado, para lo cual se omitió del art. 1 de la Convención de 1951 la referencia a acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951, excepto en el párrafo 3 del referido artículo.

La Convención y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, junto con el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados<sup>46</sup>, constituyen los instrumentos internacionales fundamentales en materia de protección de refugiados.

*(v) La protección de personas sometidas a detención o prisión.* En lo concerniente a la protección de quienes se encuentran sometidos a cualquier forma de detención o prisión, el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, adoptó un conjunto de normas al que denominó *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, las que posteriormente fueron aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU<sup>47</sup>. Como su nombre lo indica, estas disposiciones representan, en su conjunto, las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas en lo que se refiere al tratamiento del recluso.

*iv. Protección de los derechos humanos en circunstancias especiales.* La labor de la sociedad internacional -y de Naciones Unidas en particular- no se ha reducido a estimular el respeto a los derechos humanos en un clima de paz; en realidad, incluso en el marco de esta breve relación, es necesario mencionar, siquiera al pasar, las normas existentes en materia de protección de los derechos humanos en tiempo de conflictos armados.

Aunque la tarea de codificar el Derecho Internacional Humanitario ha sido tradicionalmente asumida por el Comité Internacional de la Cruz Roja, la ONU no ha sido indiferente ante la suerte de las víctimas de la guerra o de otro tipo de conflictos armados. En este sentido, los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña, los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el trato a los prisioneros de guerra, y la protección de poblaciones civiles en tiempo de guerra, han sido frecuentemente invocados por los órganos de Naciones Unidas<sup>48</sup>.

Dentro de este mismo espíritu, la Asamblea General invitó al secretario General para que, en consulta con el Comité Internacional de la Cruz Roja, estudiara las medidas indispensables para asegurar una mejor aplicación del Derecho Humanitario existente, así como la formulación de otros instrumentos jurídicos necesarios en ese campo<sup>49</sup>.

Como resultado de lo anterior, se convocó a una Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en Conflictos Armados, la cual, el 8 de junio de 1977 aprobó dos protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, el primero relativo a ciertos conflictos armados de carácter internacional (no cubiertos por

<sup>45</sup> Aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 2198 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 4 de octubre de 1967 y, hasta el 30 de junio de 1994, ratificado por 119 Estados.

<sup>46</sup> Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1950, mediante su resolución 428 (V).

<sup>47</sup> Resolución del Consejo Económico y Social No. 663 C (XXIV), del 31 de julio de 1957, y Resolución del ECOSOC No. 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977.

<sup>48</sup> Cfr., por ejemplo, la Resolución 237 (1967), adoptada por el Consejo de Seguridad el 14 de junio de 1967, y la Resolución 2252 (ES-V), adoptada por la Asamblea General el 4 de julio de 1967.

<sup>49</sup> Cfr. la Resolución 2444 (XXIII), aprobada por la Asamblea General el 19 de Diciembre de 1968.

los Convenios de Ginebra de 1949), y el segundo relativo a ciertos conflictos armados de orden interno. Paralelamente a lo que constituye el núcleo central del Derecho Internacional Humanitario, se han adoptado resoluciones relativas a la protección de periodistas que cumplen tareas en áreas de conflictos armados<sup>50</sup>, a la asistencia y cooperación en la búsqueda de personas desaparecidas en conflictos armados<sup>51</sup>, al reclutamiento, uso, financiamiento y entrenamiento de mercenarios,<sup>52</sup> y a la prohibición o restricción del uso de cierto tipo de armas<sup>53</sup>.

**d) Las fuentes regionales.** En el ámbito regional, se han realizado esfuerzos igualmente significativos para proteger los derechos humanos, los cuales, en algunos aspectos, han ido bastante más adelante que lo que se ha logrado en la esfera universal.

**i.- La Convención Europea de Derechos Humanos.** Este tratado, suscrito por los países miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, originalmente atribuía competencias en materia de protección de derechos humanos a una Comisión y a una Corte Europea de Derechos Humanos, además de prever también la intervención del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Con la entrada en vigor del Protocolo N° 11, desde el 1 de noviembre de 1998 se produjo una modificación radical de los mecanismos de supervisión previstos en la Convención, eliminándose la Comisión, y permitiéndose en forma automática el derecho de petición individual ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

**ii.- La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.** De todos los mecanismos regionales para la protección de los derechos humanos, este es, sin duda, el más conservador y el menos elaborado en lo que se refiere al derecho de petición individual. En cuanto órgano de protección, la Carta Africana solo contempla una Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos, cuyo propósito es promover y asegurar la protección de esos derechos en África; esta Comisión está conformada por once personas elegidas por su capacidad personal.

El 9 de junio de 1998 se adoptó en Ouagadougou, Burkina Faso, un Protocolo adicional a la Carta Africana, con el propósito de crear una Corte Africana de derechos humanos y de los pueblos. La entrada en vigor de este protocolo, hecho que aún no ha ocurrido, implicaría una modificación substancial del sistema africano de derechos humanos.

**iii.- El Sistema Interamericano y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** Un componente fundamental del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es el que deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en realidad, este subsistema es el corazón del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Convención fue adoptada el 21 de noviembre de 1969, y está en vigor desde el 18 de julio de 1978.

<sup>50</sup> Cfr. la Resolución 2673 (XXV), adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1970.

<sup>51</sup> Cfr. la Resolución 158 (VII), adoptada por el Consejo Económico y Social el 24 de agosto de 1948.

<sup>52</sup> Cfr. la Resolución 3 (XXXIV), adoptada por la Comisión de Derechos Humanos el 14 de febrero de 1978 y reiterada en su Resolución 1982/16, del 25 de febrero de 1982.

<sup>53</sup> Cfr., por ejemplo, la Resolución 1653 (XVI), adoptada por la Asamblea General el 24 de noviembre de 1961, relativa a la prohibición del uso de armas nucleares y termonucleares, la Resolución 1910 (XVIII), adoptada por la Asamblea General el 27 de noviembre de 1963 y que acogió con beneplácito la suscripción del Tratado sobre prohibición de pruebas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y bajo el agua, la Resolución 3479 (XXX) aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1975, sobre la prohibición del desarrollo y manufactura de nuevos tipos de armas de destrucción masiva, o la Resolución 37/98 B, aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 1982, sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes o venenosos, o de armas bacteriológicas.

En la preparación de la Convención se dio especial importancia a la experiencia europea y, en muchos aspectos, se siguió el esquema adoptado por el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*<sup>54</sup>, utilizando soluciones semejantes a las previstas en esta, especialmente en lo que concierne a los órganos competentes y a los mecanismos a través de los cuales se pone en movimiento su maquinaria institucional.

En su aspecto normativo, el sistema creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha visto complementado por dos protocolos adicionales y por algunas convenciones especiales que tienen el carácter de accesorias de la primera. En efecto, la Asamblea General de la OEA aprobó un *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, conocido como el *Protocolo de San Salvador*<sup>55</sup>, y en su vigésimo período ordinario de sesiones adoptó un segundo protocolo adicional, el *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*<sup>56</sup>.

Además se ha suscrito una *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*<sup>57</sup>, una *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*<sup>58</sup>, una *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, también conocida como la *Convención de Belém do Pará*<sup>59</sup>, y una *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*<sup>60</sup>. Esta constante expansión del Derecho de los derechos humanos -tanto en lo que se refiere a su contenido substancial como a los mecanismos de protección-, y que ha sido descrita como el desarrollo progresivo de los derechos humanos<sup>61</sup>, ha extendido considerablemente los horizontes del sistema interamericano, sirviendo de complemento a las instituciones y normas previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que constituye el corazón, o el eje central, de ese sistema.

Un aspecto digno de destacarse es que el catálogo de derechos protegidos por la Convención Americana es más extenso que el de cualquier otro instrumento internacional sobre protección de derechos humanos. Por otra parte, y sin perjuicio del tratamiento diferenciado a que se somete a unos y otros, la Convención se refiere tanto a los derechos de corte tradicional -los derechos civiles y políticos- como a los derechos económicos, sociales y culturales.

La Convención surte efecto inmediato en el Derecho interno de los Estados, generando directamente derechos para los individuos, y debiendo ser aplicada por los tribunales respectivos sin necesidad de trámites ulteriores; desde luego, esta solución de principio no implica desconocer algunos problemas prácticos que se puedan presentar internamente, con motivo de la aplicación de la Convención. En nuestra opinión, si algunos de los derechos consagrados en la Convención no estuvieren previamente garantizados por el Derecho interno de esos Estados, o si lo estuvieren en una medida menor que la reconocida por la Convención, independientemente de la forma como ésta se haya incorporado en el Derecho interno, los órganos del Estado aún estarían en la obligación de aplicar la Convención; es posible que, en aquellos Estados en que se requiere una transformación previa del Derecho Internacional en disposiciones del Derecho interno, los individuos no puedan invocar directamente la Convención, pero los órganos estatales tienen la obligación de aplicarla.

**54** Suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. En adelante, citado también como la Convención Europea de Derechos Humanos o, simplemente, como la Convención Europea.

**55** Suscrito en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, y en vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

**56** Suscrito en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990. En vigor desde el 28 de agosto de 1991.

**57** Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, y en vigor desde el 28 de febrero de 1987.

**58** Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas, aprobada en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, en junio de 1994. En vigor desde el 28 de marzo de 1996.

**59** Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada en Belém do Pará, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 9 de junio de 1994. En vigor desde el 5 de marzo de 1995.

**60** Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999.

**61** Cfr. Pedro Nikken, *La protección Internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987.

Los Estados partes en la Convención han adquirido el compromiso de “respetar” y “garantizar” el ejercicio de los derechos consagrados en ella, lo cual supone el efecto inmediato de tales derechos<sup>62</sup>, en oposición a disposiciones meramente programáticas que solo requieran una obligación de comportamiento por parte del Estado, pero sin asegurar un resultado. Si a lo anterior se une el carácter autosuficiente de la mayor parte de los derechos a que ella se refiere<sup>63</sup>, hay que concluir que la Convención es de naturaleza autoejecutoria, y que opera por sí misma, sin requerir de ningún acto legislativo interno. El lenguaje de la Convención refleja la intención de las partes en el sentido que sus disposiciones tengan efecto en el Derecho interno inmediatamente después de su ratificación. A mayor abundamiento, la naturaleza misma de los derechos protegidos impone a los Estados, salvo escasas excepciones, una obligación de no hacer, que resalta el carácter autosuficiente de las disposiciones de la Convención. Por consiguiente, para el evento que el Estado no haya adoptado las medidas legislativas o de otro carácter a que se refiere el art. 2, este tiene, por lo menos, el deber de abstenerse de aplicar disposiciones de su Derecho interno que sean incompatibles con la Convención, y con el deber de respeto y garantía de los derechos allí consagrados que el Estado ha asumido en forma inmediata y sin ningún condicionamiento.

#### 4.- Los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En caso de conflicto entre las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho interno de los Estados, debe tenerse presente que el primero es un Derecho mínimo; es decir, es un conjunto de reglas básicas que los Estados deben respetar, pero que no impide que los Estados le puedan brindar un trato más favorable. En tal sentido, el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de permitir que se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades que ella consagra, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, o limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho reconocido en otras normas de Derecho Internacional o interno, o excluir otros derechos que son inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, o excluir o limitar el efecto de otras fuentes del Derecho Internacional. Para asegurarse de que sea así, hay ciertos principios y ciertas reglas de interpretación que deben aplicarse en caso de conflicto de normas.

**a) La prohibición de la discriminación.** Uno de los principios fundamentales del Derecho de los derechos humanos es la prohibición de la discriminación. Esta es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la dignidad individual y del derecho de todos los seres humanos a la igual protección de las leyes; pero la prohibición de la discriminación, más que un derecho humano, es uno de los principios en que se sustenta toda la arquitectura de los derechos humanos. En la Carta de las Naciones Unidas se insiste en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Además, la prohibición de la discriminación ha sido abordada por numerosos tratados, y particularmente por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Pero lo que se prohíbe no es cualquier distinción, sino aquella que se traduzca en una exclusión o preferencia por motivos de raza, sexo, idioma o religión, o por otros motivos igualmente odiosos (tales como color, origen nacional, o clase social), que tenga el efecto de anular el ejercicio de los derechos humanos.

**b) El principio pro homine.** Un principio básico, que sirve de fundamento a todo el Derecho de los derechos humanos, es el que indica que este debe inclinarse siempre a favor del ser humano. En consecuencia, sus normas se deben interpretar de la manera que resulte más favorable al individuo, acogiendo la interpretación más extensiva cuando se trate de normas que consagran derechos individuales, y la interpretación más restrictiva cuando se trate de disposiciones cuyo propósito es restringir o coartar el ejercicio de tales derechos. Esta misma regla debe observarse en caso de pluralidad de fuentes sobre una misma materia, dando prio-

<sup>62</sup> Por contraste, esta obligación se puede comparar con la asumida por los Estados en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que dispone que cada uno de los Estados Partes “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

<sup>63</sup> Sin duda, hay que exceptuar aquellos derechos en que la propia Convención encomienda la regulación de su ejercicio a las leyes internas de los Estados. Cfr., por ejemplo, los arts. 10, 18, y 25 de la Convención. Asimismo, respecto de los derechos económicos, sociales, y culturales, a que se refiere el art. 26, el compromiso de los Estados consiste en “adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de” esos derechos.

ridad a aquellas normas -derivadas del Derecho Internacional o interno, de carácter convencional o consuetudinario- que hacen explícito el contenido de un derecho, o que desarrollan el contenido de un derecho consagrado en un tratado o en una norma de Derecho interno.

**c) El carácter irreversible de los derechos humanos.** Una característica de los derechos humanos es que estos son irreversibles; es decir, una vez conquistados, ya no pueden ser derogados o suprimidos del catálogo de derechos humanos. Todo derecho humano que haya sido reconocido como tal queda irrevocablemente incorporado al *corpus iuris* del Derecho de los derechos humanos sin que posteriormente pueda ser suprimido. Esta circunstancia ha sido reconocida por la doctrina como uno de los principios que orientan el Derecho Internacional de los derechos humanos.

**d) El desarrollo progresivo del Derecho de los derechos humanos.** Íntimamente relacionado con la naturaleza irreversible de los derechos humanos debe mencionarse el carácter acumulativo de los mismos. Esta es una nota distintiva que afecta el desarrollo de todo el Derecho Internacional de los derechos humanos, y que se refleja en diversos aspectos. En primer lugar, a los derechos inicialmente consagrados paulatinamente se van sumando otros; en segundo lugar, se expande el ámbito de protección originalmente acordado respecto de un derecho humano en particular, para comprender esferas que antes no eran objeto de protección; en tercer lugar, desaparecen lo que antes eran restricciones legítimas al ejercicio de un derecho; en fin, se van ampliando las posibilidades que ofrece la protección internacional, ya sea en cuanto se refiere a la protección de grupos especialmente vulnerables, a la creación de instancias jurisdiccionales o de otro tipo, o en cuanto a la posibilidad de acceder directamente a las mismas. En realidad, este desarrollo progresivo de los derechos humanos no es un principio, puesto que el Estado no está en la obligación de adoptar medidas que, paulatinamente, vayan expandiendo el horizonte de los derechos humanos; pero es una constatación histórica que, como producto de las luchas políticas, de la naturaleza irreversible de los derechos humanos, y del carácter acumulativo de los mismos, estos han experimentado un desarrollo progresivo tanto en su contenido sustantivo como en los aspectos procesales.

## 5.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la administración de justicia

Sin duda, el Derecho Internacional de los derechos humanos implica el deber de todos los órganos del Estado, incluido el poder judicial, de respetarlos y garantizarlos. En realidad, es a los jueces y las juezas nacionales a quienes les incumbe la responsabilidad primordial de respetar y garantizar los derechos humanos. No es mera casualidad que la mayor parte de las denuncias sometidas ante instancias internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refieran a violación de garantías judiciales. Después de todo, el Estado debe adoptar las medidas indispensables para asegurar, a través de su sistema de administración de justicia, que los derechos humanos de toda persona sean debidamente respetados.

**a) El deber del Estado de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos.** Como parte de su obligación de garantizar los derechos humanos, el Estado tiene el deber de investigar y sancionar las violaciones a los mismos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental, y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos; por consiguiente, los Estados

deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar 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<sup>64</sup>.

En el marco de esta obligación, de acuerdo con el criterio sustentado por la Corte Interamericana, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, ya sea por tratarse de la obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención<sup>65</sup>.

Según el tribunal, 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, de imponerles a estos las sanciones pertinentes, y de asegurar a la víctima una adecuada reparación<sup>66</sup>.

Cuando las normas de Derecho interno que garantizan los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no son observadas, entonces el Estado debe aplicar las disposiciones previstas para los casos de incumplimiento e imponer las sanciones correspondientes; estas serían las medidas previstas por la Convención para garantizar y hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella<sup>67</sup>.

En el caso Barrios Altos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que eran inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>68</sup>.

Según la Corte, los Estados partes en la Convención Americana tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención; por consiguiente, los Estados que adopten leyes que tengan ese efecto, como lo son las leyes de auto-amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, en concordancia con los artículos 1 N° 1 y 2 de la misma. Según la Corte, las leyes de auto-amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones de derechos humanos, se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia, y se impide a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente<sup>69</sup>.

**b) La prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes.** Un segundo elemento que concierne a la administración de justicia es el límite que le impone a los Estados el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al prohibir las penas crueles, inhumanas o degradantes. En consecuencia, el legislador o legisladora no puede dictar leyes que establezcan ese tipo de penas, ni los jueces ni las juezas pueden aplicarlas.

64 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166, y Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 175.

65 Cfr. ibíd, párrafos 172 y 182 respectivamente.

66 Cfr. ibíd, párrafos 174 y 184 respectivamente.

67 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 71.

68 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 41.

69 Cfr. ibíd, párrafo 43.

**c) Las garantías de la libertad personal.** El Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluye importantes garantías de la libertad personal, en cuya aplicación a los jueces les corresponde un papel decisivo. El art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 7 de la Convención Americana prohíben la privación arbitraria o ilícita de la libertad; en ambos instrumentos se consagra el derecho de la persona afectada a ser informada de las razones de su detención y a ser notificada sin demora de la naturaleza de la acusación formulada contra ella. Además, toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o jueza u otro/a funcionario/a autorizado/a por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Pero el elemento crucial es que, en ambos casos, se contempla el derecho a recurrir ante una autoridad judicial para que esta se pronuncie, sin demora, sobre la legalidad de la detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales; este recurso, que no puede ser restringido ni abolido, es igualmente procedente respecto de las personas que se vean amenazadas de ser privadas de su libertad personal, para que el tribunal se pronuncie sobre la legalidad de tal amenaza.

**d) Las garantías judiciales como un derecho instrumental.** Las garantías judiciales propiamente tales, consagradas en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene un carácter instrumental para la protección de los demás derechos humanos; en ese sentido, puede afirmarse que ellas constituyen un derecho fundamental para la plena vigencia de los derechos humanos.

**i.- Los principios generales de un debido proceso.** El conjunto de garantías judiciales puede resumirse en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías. Esto significa que las garantías específicas incorporadas al texto de las disposiciones que nos ocupan tienen un carácter meramente enunciativo y que ellas no son taxativas. En consecuencia, lo que va a determinar el alcance de esas “debidas garantías” son los principios generales que aseguran la rectitud y corrección de los procedimientos judiciales. Esos principios pueden resumirse en los siguientes: a) la igualdad ante la ley y ante los tribunales, b) el derecho a ser oído antes de emitir un pronunciamiento judicial, c) la igualdad de medios a disposición de las partes, y d) la presunción de inocencia en materia penal, que es el único que se encuentra expresamente enunciado, y que encuentra su equivalente, en materia civil, en el principio según el cual incumbe probar al que afirma y no al que niega.

A pesar de su importancia, no siempre se tiene claro cuáles son las consecuencias que derivan del principio de presunción. En tal sentido, es bueno recordar que este tiene incidencia en los siguientes aspectos: a) la carga de la prueba, b) la calidad de la prueba (que en la jurisprudencia anglosajona se enuncia requiriendo prueba más allá de toda duda razonable), c) la actitud del tribunal (que debe comportarse desprejuiciadamente frente al acusado/a y con imparcialidad frente a las partes), y d) la exclusión de consecuencias negativas para el acusado/a antes de que se dicte sentencia sobre su culpabilidad o inocencia.

**ii.- Las condiciones previas que debe reunir el tribunal.** Al examinar las garantías judiciales, un segundo aspecto de fundamental importancia es el que se refiere a las condiciones previas que debe reunir el tribunal. Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ese tribunal debe estar previamente establecido por la ley (por lo que se rechaza la designación de comisiones especiales con posterioridad al hecho que se va a juzgar), la competencia del tribunal, su independencia, y su imparcialidad.

En cuanto a la independencia del tribunal, esta es una garantía indispensable para que pueda haber una recta administración de justicia, y para que los jueces o las juezas no sean meros amanuenses de decisiones previamente adoptadas por otros poderes públicos, o un instrumento de los caprichos de quienes ostentan el poder real. Pero la independencia de los tribunales debe ser entendida tanto en un sentido horizontal, respecto de otros poderes públicos, como vertical, respecto de tribunales superiores den-

tro de la estructura del poder judicial. Es decir, esta independencia supone la facultad del tribunal de resolver las controversias que se le sometan aplicando exclusivamente el Derecho, sin interferencias externas, y sin recibir instrucciones o verse expuesto a presiones o influencias de cualquier otro ente o persona. Esta es una condición objetiva del tribunal, que comprende tanto la independencia institucional o colectiva del poder judicial, como la independencia personal del juez o jueza en cada caso concreto<sup>70</sup>.

En lo que concierne a la imparcialidad del tribunal, este requisito apunta a la actitud del tribunal en un caso particular. Lo que se espera del tribunal es que este no tenga opiniones preconcebidas sobre el caso que se le somete, que no tenga compromisos con ninguna de las partes, y que no tome partido a favor o en contra de alguna de las partes en el proceso.

Además, la imparcialidad requiere que el tribunal no se deje influir por los sentimientos de la prensa o el público en torno al caso, ni por información distinta a aquella que consta en el proceso. La imparcialidad del tribunal requiere de jueces y juezas probos/as y rectos/as; porque, en definitiva, la autoridad de los jueces y juezas deriva, precisamente, de sus condiciones morales y de su honradez.

**iii.- Las garantías relativas al procedimiento judicial.** Las garantías judiciales también regulan las características que debe reunir el proceso mismo, en lo que concierne a dos aspectos primordiales: i) la publicidad del proceso, y ii) la celeridad procesal.

*(i).- La publicidad del proceso.* La publicidad es una condición esencial de la justicia, porque no basta que se haga justicia si, al mismo tiempo, no se ve que se hace justicia. En este sentido, el art. 14, N° 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que, en la sustanciación de cualquier acusación criminal formulada en contra de ella, o en la determinación de sus derechos u obligaciones civiles, toda persona tiene derecho a ser oída públicamente. Sin embargo, la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por las circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia. Pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Según la Corte Europea de Derechos Humanos, el carácter público de los procedimientos ante órganos judiciales protege a los litigantes de una administración de justicia en secreto, sin escrutinio público, y es uno de los medios por los que se puede mantener la confianza en los tribunales superiores e inferiores; de manera que, al hacer visible la administración de justicia, la publicidad contribuye a lograr un juicio justo<sup>71</sup>.

*(ii).- La celeridad procesal.* Es de la esencia de la administración de justicia el que, para ser justa, esta tiene que ser rápida; la justicia tardía no es justicia. Una justicia lenta, o que se retarde indebidamente, es, por sí sola, injusta. De nada le sirve a las partes en el proceso que después de largo tiempo se acepten sus alegatos y se reconozcan sus derechos, si el mero transcurso del tiempo ya le ha ocasionado un daño irreparable, o si el haberse visto involucrado/a en un largo proceso ha perjudicado sus intereses, o ha perjudicado su reputación y la percepción que de él o ella se tenga en el grupo social. En tal sentido, el art. 8, N° 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que, en la sustanciación de cualquier acusación criminal formulada en contra de ella, o en la determinación de sus derechos u obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otra índole,

<sup>70</sup> Cfr., en este sentido, del autor de estas líneas, Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: El derecho a un juicio justo, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pp. 228 y ss.

<sup>71</sup> Cfr., por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, caso Sutter v. Switzerland, sentencia del 22 de febrero de 1984, p. 8, reiterada en sentencias posteriores.

le, toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable. La determinación de lo que es “razonable” no es susceptible de criterios matemáticamente preestablecidos. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado tres aspectos que deben tenerse en consideración al pronunciarse sobre el particular: a) la complejidad del caso, b) la conducta del propio afectado, y c) la conducta de los tribunales y demás autoridades del Estado; en la jurisprudencia de la Corte Europea, asumida como propia por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este último aspecto es el que resulta decisivo, particularmente cuando los órganos judiciales y las demás autoridades del Estado no observan los plazos estipulados en su propia legislación interna.

Debe observarse que este derecho se refiere tanto a la duración del proceso en su conjunto como a la duración de cada una de las fases del mismo. En todo caso, la determinación de lo que es razonable también debe tener en cuenta el tiempo necesario para la defensa. Es decir, debe haber un equilibrio entre la necesidad de que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas y el derecho de la persona acusada en un proceso penal a disponer del tiempo indispensable para la preparación de su defensa.

**iv.- Las garantías de la defensa en materia penal.** Además de las garantías previamente referidas, que tienen aplicación en cualquier procedimiento judicial, se ha previsto algunas garantías específicas para la persona acusada en un juicio penal. Entre estas garantías debe mencionarse: a) el derecho a ser informado/a sin demora de la naturaleza y causas de la acusación, b) el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa, c) el derecho a defenderse personalmente o a ser asistido/a por un defensor/a de su elección, d) el derecho irrenunciable a ser asistido/a por un defensor/a proporcionado por el Estado si el inculcado/a no se defendiere a sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley, e) el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, f) el derecho a ser asistido/a por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal, g) el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, y h) el derecho a recurrir del fallo ante un juez o jueza o tribunal superior.

**v.- Los derechos y garantías subsecuentes al proceso.** Una vez concluido el proceso, se han previsto garantías adicionales respecto de la persona acusada de un delito. En primer lugar, recogiendo un principio firmemente establecido en el Derecho penal, el Derecho Internacional de los derechos humanos dispone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto (*non bis in idem*).

El art. 8, N° 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala como titular de este derecho al “inculcado absuelto por una sentencia firme”, sugiriendo que el inculcado/a condenado/a sí podría ser nuevamente juzgado/a o sancionado; sin embargo, además de absurda, esta conclusión sería incompatible con lo dispuesto por la misma Convención en el art. 5, N° 2, que, entre otras cosas, prohíbe las penas o tratos crueles e inhumanos.

En segundo lugar, de acuerdo con los artículos 14, N° 6, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando una sentencia condenatoria firme haya sido revocada, o el condenado/a haya sido indultado/a por haberse descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como consecuencia de tal sentencia deberá ser indemnizada, a menos que se demuestre que le es imputable el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

**e) El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna como condición previa para la intervención de las instancias internacionales.** El Derecho Internacional de los derechos humanos, que proporciona mecanismos de naturaleza complementaria a la que ofrece el Derecho interno de los Estados, atribuye una importancia fundamental al funcionamiento apropiado de los tribunales y de los recursos judiciales disponibles en la esfera interna, antes de que los órganos de control previstos por el Derecho Internacional de los derechos humanos puedan operar. En efecto, para que pueda interponerse una denuncia ante las instancias internacionales, se requiere que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

En el contexto de la Convención Americana, de modo concordante con los objetivos de esta institución en el marco del Derecho Internacional clásico, el principio del agotamiento previo de los remedios locales es evitar que se sometan a la jurisdicción internacional reclamaciones que podrían ser resueltas en la instancia nacional; en consecuencia, mientras exista una posibilidad de que ellas puedan ser adecuadamente satisfechas conforme al Derecho interno estatal, tales reclamaciones no pueden ser consideradas como violaciones del Derecho Internacional de los derechos humanos, cuyos mecanismos de protección deben considerarse como meramente *subsidiarios* del Derecho interno, para el caso de que en este no haya recursos disponibles, o que los existentes resulten inadecuados o ineficaces. En el mismo preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se señala que la protección internacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”; esta noción ha sido reiterada y desarrollada por la Corte, al sostener que “la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria “de la interna”<sup>72</sup>.

Dentro de este mismo orden de ideas, la Corte ha expresado que “la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, *antes de haber tenido la ocasión de remediarlos* con sus propios medios”<sup>73</sup>.

**f) El derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido.** Por otra parte, a juicio de la Corte Interamericana, la regla del agotamiento de los recursos internos implica, igualmente, la obligación de los Estados partes en la Convención de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la Convención<sup>74</sup>, sin que algunos de esos recursos -tales como el hábeas corpus o las garantías judiciales- puedan suspenderse ni aun en estado de emergencia<sup>75</sup>. Según este tribunal, el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención; por consiguiente, el artículo 25, que contempla el derecho a ese tipo de recursos, se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1, N° 1, de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 61; Caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 64; y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 85.

<sup>73</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Viviana Gallardo y otras, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 26. Énfasis agregado.

<sup>74</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 91. También, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 90, y Caso Godínez Cruz. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 93.

<sup>75</sup> Cfr., en este sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de

1987, párrafos 27, 36, y 42. También, Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafos 25, y 38.

<sup>76</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú), sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 135.

En consecuencia, el agotamiento de los recursos internos también puede percibirse como un elemento previsto en beneficio del individuo, en cuanto un más eficiente funcionamiento del sistema jurídico del Estado pueda garantizarle una pronta reparación del derecho cuya violación se alega, y no como una medida dilatoria o un mero privilegio a disposición del Estado.

En todo caso, para que exista el deber de agotarlos, los recursos internos deben presentar características que permitan considerarlos como un remedio a la situación jurídica infringida.

En tal sentido, de acuerdo con el art. 46 de la Convención Americana, en la letra a) de su párrafo 1, se requiere que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna “conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos”; a juicio de la Corte Interamericana, esos principios no se refieren solo a la existencia formal de tales recursos, sino que, como se desprende de las excepciones contempladas en el párrafo 2 del art. 46 de la Convención, a que estos recursos también sean “adecuados” y “efectivos”<sup>77</sup>.

De acuerdo con el criterio expuesto por la Corte Interamericana, que los recursos disponibles sean “adecuados” significa “que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”<sup>78</sup>.

En su jurisprudencia más reciente, la Corte ha sostenido que, para que tales recursos existan, no basta con que estén previstos por la Constitución o la ley, o con que sean formalmente admisibles, sino que se requiere que sean realmente idóneos para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarlo<sup>79</sup>.

La Corte Interamericana requiere, además, que los recursos internos cuyo agotamiento previo se demanda, sean ‘efectivos’; es decir, que sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos<sup>80</sup>.

En opinión de la Corte, un recurso “puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente”<sup>81</sup>.

Según el citado tribunal, “la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no solo estar justificada sino ser urgente”<sup>82</sup>.

Pero la regla del agotamiento previo de los recursos internos tampoco puede erigirse en un obstáculo insalvable que impida el acceso a las instancias internacionales de protección de los derechos humanos; en este sentido, la Corte Interamericana ha seña-

**77** Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988, párrafo 63, Caso Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989, párrafo 66, y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, del 15 de marzo de 1989, párrafo 87.

**78** Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 64, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo 67, y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrafo 88.

**79** Cfr., por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 136, Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrafo 164, y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 113.

**80** Cfr. la sentencia de la Corte en el Caso Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988, párrafo 66. Ver, también, la sentencia de la Corte en el Caso Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989, párrafo 69, y la sentencia en el Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, del 15 de marzo de 1989, párrafo 91.

**81** Ídem.

**82** Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 93. También, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, y Caso Godínez Cruz. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 95.

lado que “la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público... De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa Esa es la razón por la cual el art. 46.2 establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional”<sup>83</sup>.

En la disposición antes citada, la Convención Americana señala que el autor de la comunicación está exento del cumplimiento de este requisito en tres circunstancias: a) si en la legislación interna del Estado de que se trata no existe el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) si no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o si se le ha impedido agotarlos; y c) si hay retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos, haciendo que ellos sean simplemente dilatorios. No resultará difícil apreciar que esta última excepción está íntimamente asociada con las características de idoneidad y eficacia que, según la Corte, deben presentar los recursos de la jurisdicción interna.

## 6.- La soberanía de los Estados y el Derecho de los derechos humanos

Actualmente, teniendo presente todas las disposiciones de la Carta de la ONU que, aunque de manera muy precaria, tienden a regular el régimen de los derechos humanos, señalando algunas competencias limitadas a la propia Organización y estableciendo obligaciones internacionales para los Estados partes sin mencionar las numerosas convenciones internacionales que, desde antes o después de la adopción de la Carta de la ONU, han reglamentado tales derechos, sería manifiestamente absurdo pretender que los derechos humanos son un asunto sometido “esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados” y en el cual la Organización no puede intervenir. En efecto, la jurisdicción exclusiva de los Estados es un concepto relativo y dinámico que depende del desarrollo del Derecho Internacional y que varía de un Estado a otro, dependiendo de los compromisos internacionales adquiridos por cada uno de ellos; por consiguiente, el dominio reservado del Estado se ve reducido en la misma medida en que un asunto sea objeto de regulación internacional para ese Estado.

En consecuencia, en términos generales y excepto en aquello que forme parte del orden público internacional<sup>84</sup>, como esta es una cuestión que depende de la naturaleza de las obligaciones internacionales asumidas por cada Estado, una misma materia puede constituir un asunto de la jurisdicción exclusiva respecto de un Estado y estar internacionalmente regulada respecto de otro.

Hoy en día, es tal el cúmulo de convenciones internacionales sobre derechos humanos, para no mencionar normas de Derecho consuetudinario, principios generales de Derecho, o normas de *ius cogens*, que tal vez sería más correcto afirmar que los derechos humanos, en cuanto materia de interés colectivo que ha sido objeto de regulación internacional creando obligaciones internacionales para los Estados, constituyen un asunto propio de la jurisdicción internacional y no del dominio reservado de los Estados. Esta circunstancia constituye un vuelco en ciento ochenta grados respecto del Derecho Internacional en vigor antes de la adopción de la Carta de la ONU. En este sentido, el juez Tanaka, en su opinión disidente en el caso de Africa Sud Occidental (segunda fase), expresó que: “si podemos introducir en la esfera internacional una categoría de Derecho, el *ius cogens*, recientemente examinado por la Comisión de Derecho Internacional, vale decir una especie de Derecho imperativo, que contrasta con el *ius dispositivum* susceptible de ser cambiado a voluntad por los Estados, con seguridad el Derecho relativo a la protección de los derechos humanos puede considerarse como parte integrante del *ius cogens*”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 93. También, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, y Caso Godínez Cruz. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 95.

<sup>84</sup> Lo cual, muy probablemente, incluye el respeto de los derechos humanos.

<sup>85</sup> South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), second phase, judgment of 18 July 1966, ICJ Reports, 1966, p. 293.

Por otra parte, si -según el art. 38, N° 1, letra c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia- una de las fuentes del Derecho Internacional son “los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, el respeto a los derechos humanos es, probablemente, la mejor forma de medir el grado de civilización de cada pueblo, y constituyen normas de orden público internacional que no pueden ser derogadas por la simple voluntad de los Estados.

## 7.- La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito nacional

Uno de los problemas centrales del Derecho Internacional, y que probablemente reviste mayor importancia práctica, es el que se refiere a su efectiva aplicación en el ámbito nacional. La vasta mayoría de los tratados solo pueden ejecutarse si todas las ramas del poder público de los Estados partes están en capacidad de cumplirlos y de hacerlos cumplir<sup>86</sup>.

A fin de cuentas, la aplicación del Derecho Internacional tiene que ver con la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, las cuales, con mucha frecuencia, deben realizarse en el ámbito local. En este sentido, hay que determinar si el Derecho Internacional obliga al legislador/a y al juez o jueza nacional y, en caso afirmativo, cuál es el efecto de leyes dictadas en violación del Derecho Internacional. Pero también es necesario precisar si la respuesta a las interrogantes anteriores tiene un carácter absoluto o si, por el contrario, requiere distinguir entre el Derecho Internacional general y el Derecho Internacional convencional. En último término, si el Derecho Internacional obliga al juez o jueza nacional, falta por saber cómo es que este puede determinar el contenido de las normas de ese sistema, y cómo es que el Derecho Internacional puede hacer valer su superioridad normativa en el orden interno.

Determinar la naturaleza de la relación que existe entre el Derecho Internacional y el Derecho interno es una materia que la doctrina ha abordado desde distintos ángulos, inicialmente sobre la base de concepciones monistas o dualistas, o considerando el método utilizado por el Estado para la aplicación del Derecho Internacional en el ámbito nacional, refiriéndose a esta materia en términos de transformación o, por el contrario, de incorporación automática del Derecho Internacional en el Derecho interno. En el fondo, de lo que se trata es de determinar las condiciones bajo las cuales el Derecho Internacional adquiere vigencia en el ámbito nacional, o las circunstancias en que este encuentra aplicación en la esfera interna. Sin duda, es importante saber si el Derecho Internacional y el Derecho interno forman parte de un solo ordenamiento jurídico o si, por el contrario, conforman dos sistemas normativos separados; pero es más relevante saber si del Derecho Internacional pueden derivar derechos para los individuos, y si, en las controversias que se les sometan, los tribunales nacionales pueden aplicar directamente el Derecho Internacional.

Al margen de lo que pudiera ser la respuesta teórica a este problema, históricamente el Derecho Internacional estaba llamado a regir únicamente relaciones entre Estados y a ser aplicado por los tribunales internacionales; solo excepcionalmente el mismo Derecho Internacional contemplaba su aplicación por parte de los tribunales nacionales, tal como a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX correspondía a los tribunales de presas. El hecho más notable es que, hasta mediados del siglo pasado, no se consideraba al individuo como sujeto del Derecho Internacional y que, en principio, aquel no podía ser titular de derechos u obligaciones que derivaran directamente de este último<sup>87</sup>; sin embargo, el Derecho Internacional contemporáneo presenta características completamente diferentes, debiendo destacar la proliferación de tratados que confieren al individuo -al igual que a personas jurídicas de Derecho interno- derechos que derivan directamente del Derecho Internacional<sup>88</sup>, que le atribuyen obligaciones internacionales<sup>89</sup>, o que le permiten comparecer ante instancias internacionales<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Cfr., en este sentido, Lord Arnold McNair, *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961 (reimpresión de 1986), pp. 78 y sig.

<sup>87</sup> Sin embargo, aunque esta descripción refleje la práctica prevaleciente en esa época y corresponda a la tesis más ortodoxa, tampoco se puede ignorar tratados que se apartaban de la regla y que conferían o reconocían derechos a los individuos. A título ilustrativo, el tratado de Estados Unidos con Holanda, del 8 de octubre de 1782, así como los tratados de Estados Unidos con Suecia, de 1783, y con Prusia, de 1785, contenían disposiciones garantizando la libertad de culto y el derecho de herencia de sus respectivos nacionales.

<sup>88</sup> Especialmente, pero no exclusivamente, en las esferas del Derecho de los derechos humanos, del Derecho de la integración, o de la protección de inversiones extranjeras.

<sup>89</sup> Especialmente en materia de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, o la protección del medio ambiente.

<sup>90</sup> No obstante, a pesar de lo que ellos reconocen como la creciente tendencia a aceptar la aplicación directa del Derecho Internacional a los actos de los individuos, a juicio de Sharon A. Williams y Armand L.C. de Mestral, ésta no es de ninguna manera universalmente aceptada. Cfr. *An Introduction to International Law: Chiefly as interpreted and applied in Canada*, Butterworths, Toronto, 1979, p. 25.

En las últimas tres o cuatro décadas, la necesidad de que los tribunales nacionales apliquen el Derecho Internacional ha crecido en función directamente proporcional a la expansión de las relaciones internacionales y al incremento de los tratados que las regulan; entre estos últimos, los tratados de derechos humanos ocupan un lugar destacado. El crecimiento del comercio internacional, el turismo, el terrorismo, las actividades de grupos transnacionales y, en general, las transformaciones experimentadas por la sociedad internacional, incluso antes del proceso de globalización, además de influir en el contenido de la legislación interna, han producido como resultado que los jueces y juezas nacionales se vean en la frecuente necesidad de tener que aplicar el Derecho Internacional, lo cual supone saber cómo es que sus normas pueden afectar la toma de decisiones judiciales en el ámbito nacional. Esta circunstancia ha venido a subrayar la unidad del Derecho como un sistema normativo que incluye tanto el Derecho nacional como el Derecho Internacional aplicable a cada Estado<sup>91</sup>.

En realidad, el desarrollo reciente del Derecho Internacional ha generado nuevas instituciones<sup>92</sup> y procedimientos que han puesto de relieve la obligación de poner en vigor y aplicar, en el ámbito nacional, normas derivadas del Derecho Internacional.

La vigencia del Derecho Internacional en el interior de los Estados plantea interrogantes referidas tanto a la aplicación de normas de Derecho Internacional general, derivadas ya sea de una costumbre o de principios generales de Derecho, como a la vigencia de los tratados celebrados por los Estados; sin embargo, en la época actual tampoco se puede omitir la consideración del efecto que tienen internamente las resoluciones que emanan de organizaciones internacionales, ni mucho menos la forma como los órganos del Estado deben dar cumplimiento a las sentencias emanadas de tribunales internacionales. Pero nuestra reflexión está principalmente dirigida a examinar las condiciones en que los tratados internacionales encuentran aplicación en el interior de los Estados, el efecto que ellos tienen respecto de gobernantes y gobernados, y las diferencias que, en esta materia, puedan haber introducido los tratados sobre derechos humanos.

No puede escapar a nuestra atención que el Derecho Internacional es un conjunto heterogéneo de normas jurídicas, y que la propia naturaleza de cada una de ellas podrá conducir a una respuesta distinta.

En tal sentido, habrá que examinar si el tratado es autosuficiente y se basta a sí mismo para su ejecución en la esfera nacional, teniendo sus normas un efecto inmediato y directo en el plano interno, llegando incluso a modificar la legislación interna, o si, por el contrario, requiere de una reglamentación o desarrollo adicional, encomendado a las propias partes en el tratado a través de legislación complementaria, o a acuerdos posteriores que se puedan agregar como anexos del tratado inicial.

### ***a) La posición de la doctrina***

***I.- El dualismo.*** La antigua teoría dualista asume que el Derecho Internacional y el Derecho Interno conforman dos ordenamientos jurídicos distintos y separados, que difieren tanto en sus fuentes como en los sujetos a quienes está destinada la norma. Estas diferencias se manifiestan en la naturaleza de las relaciones reguladas por uno y otro ordenamiento jurídico pues, mientras el Derecho Internacional regula relaciones entre Estados soberanos, el Derecho interno regula las relaciones entre individuos y las relaciones entre el Estado y los individuos; en segundo lugar, esas diferencias se manifiestan, también, en la sustancia misma de ambos ordenamientos jurídicos pues, mientras el Derecho interno es impuesto por el Estado a quienes se encuentran sujetos a su autoridad, el Derecho Internacional es un Derecho aceptado por los Estados a quienes está destinada la norma<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Es decir, el Derecho Internacional general y el Derecho Internacional particular que, en virtud de los tratados válidamente concluidos o de una costumbre regional en la cual haya consentido, le es aplicable a cada Estado.

<sup>92</sup> Tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Andino de Justicia, etc.

<sup>93</sup> Cfr., en este sentido, la descripción de la teoría dualista hecha por L. Oppenheim, en Tratado de Derecho Internacional Público, octava edición inglesa a cargo de Sir Hersch Lauterpacht, traducida al español por J. López Oliván y J.M. Castor-Rial, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, Tomo I, vol. I, p.38 y sig.

Teniendo en cuenta las diferencias antes referidas, se puede concluir que, en el esquema de la teoría dualista, el Derecho Internacional y el Derecho interno son dos sistemas normativos que nunca entran en conflicto, y que están en un plano de igualdad, sin que las normas de uno prevalezcan respecto del otro; como ambas categorías de normas no son excluyentes y coexisten dentro de sus ámbitos de aplicación respectivos, mientras los tribunales internacionales son los llamados a aplicar el Derecho Internacional, los jueces y las juezas nacionales solo podrían aplicar el Derecho interno. Para que el Derecho Internacional pueda surtir efectos en la esfera interna, se requiere que sus disposiciones sean adoptadas, total o parcialmente, por el Derecho interno, transformándolas en normas de Derecho nacional mediante un acto jurídico que reproduzca el contenido de la norma de Derecho Internacional y lo transforme en norma obligatoria de Derecho interno. Mientras no ocurra esa transformación, los órganos del Estado no podrían aplicar directamente un tratado u otra norma de Derecho Internacional. En realidad, una vez que se produce esa transformación, convirtiendo la norma de Derecho Internacional en norma de Derecho interno, los órganos estatales terminan aplicando esta última y nunca el Derecho Internacional propiamente.

Como producto de esa concepción dualista, derivada de la idea de soberanía absoluta, según las nociones del Derecho Internacional clásico que prevalecieron hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, los tratados no serían en sí mismos una fuente del Derecho interno; ellos solo crearían obligaciones de Estado a Estado, consagrando reglas que estos deberían observar y ejecutar por todos los medios a su disposición. El efecto inmediato de los tratados sería obligar al Estado a ejecutarlos y a darles cumplimiento, dejando a su discreción la forma de hacerlo; pero, en principio, ellos no crearían derechos para los gobernados, de manera que estos jamás podrían invocarlo directamente ante las instancias jurisdiccionales respectivas como fuente de derechos subjetivos. Desde luego, pretender que el Derecho Internacional obliga a los Estados, pero no a sus órganos ni a los individuos sometidos a su jurisdicción, equivale a descartar de antemano la eficacia de sus normas, y a convertirlo en una mera ficción desprovista de toda relevancia práctica.

De acuerdo con la doctrina y la práctica de los Estados, en lo que concierne a los tratados el procedimiento que se utilizaría para transformar el Derecho Internacional en Derecho Interno sería la promulgación, la proclamación, la publicación del tratado respectivo, o una combinación de los métodos anteriores, no pudiendo entrar en vigor en la esfera nacional sin este especial requisito. Mediante este acto jurídico interno se estaría dando fe de la existencia de un derecho preexistente, con el propósito de permitir su aplicación por los agentes públicos del Estado, pero a título de Derecho interno y no de Derecho Internacional.

Sin embargo, a la luz de esta teoría es difícil explicar las frecuentes referencias que el propio Derecho interno hace al Derecho Internacional, autorizando a sus tribunales para aplicar las reglas de este último; asimismo, cuesta explicar la existencia de una jurisdicción internacional que, para poder operar, requiere del agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna, y que puede pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las normas del Derecho interno con las normas del derecho Internacional, lo cual supone un sistema normativo en que están entrelazados e integrados el Derecho Internacional y el Derecho interno. En todo caso, la doctrina dualista se encuentra obsoleta, y ya no responde a las nuevas realidades impuestas por el constitucionalismo moderno, que han superado la tesis expuesta por sus sostenedores.

**ii.- El monismo.** La teoría monista rechaza las premisas del dualismo. En primer lugar, niega que los sujetos de los dos sistemas jurídicos sean esencialmente distintos y sostiene que en ambos se regula la conducta de los individuos, aunque en el ámbito internacional esa conducta se atribuya al Estado. En segundo lugar, se afirma que, en todo caso, la norma jurídica obliga a los sujetos de Derecho independientemente de su voluntad. Para el monismo, el Derecho Internacional y el Derecho interno, lejos de ser esencialmente distintos, son dos manifestaciones de un mismo fenómeno normativo<sup>94</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. Oppenheim, op. cit., p. 39.

Por consiguiente, el monismo asume que el Derecho Internacional y el Derecho interno de los Estados conforman un solo ordenamiento jurídico y, por lo tanto, el problema no se plantea en términos de transformar las normas del primero en reglas del segundo, sino que, a partir de la premisa antes señalada, incorporar automáticamente el Derecho Internacional en el Derecho interno.

Según Oppenheim, aun aquellos que se inclinan a favor de la teoría dualista admiten presunciones que obligan a los tribunales internos a aplicar reglas de Derecho Internacional no incorporadas de modo expreso al Derecho interno. En efecto, partiendo de la premisa que el Derecho Internacional es el resultado del consenso de los diferentes Estados, toda norma de Derecho interno que parezca estar en contradicción con una norma de Derecho Internacional debe ser interpretada -dentro de lo posible- en forma que se evite ese conflicto; asimismo, si existe un vacío en la legislación interna respecto a ciertas normas exigidas por el Derecho Internacional (por ejemplo, las referidas a inmunidades diplomáticas), los tribunales deben basarse en la presunción de que dichas normas han sido tácitamente aceptadas por el Derecho interno y hay que dar por hecho que un Estado no puede haber querido intencionalmente omitir dichas normas en su Derecho interno. En fin, como el Estado no necesita hacer uso de todos los derechos que le confiere el Derecho Internacional, a falta de una renuncia expresa a los mismos, los tribunales nacionales deben asumir que el Estado conserva plenamente tales prerrogativas; por ejemplo, si la legislación nacional no ha extendido expresamente su jurisdicción al mar territorial, los tribunales nacionales deben asumir que, en virtud del Derecho Internacional general, esta jurisdicción se ha extendido al mar territorial<sup>95</sup>.

Sin embargo, como estas dos esferas normativas se superponen sobre materias que les son comunes, es posible que se presenten conflictos entre ellas, para cuya solución será necesario determinar cuál es la jerarquía de unas normas sobre otras. De acuerdo con el monismo, la relación entre ambos ordenamientos jurídicos se plantea fundamentalmente en términos del rango o la precedencia de unas normas sobre otras, para el caso de que haya discrepancias entre las mismas. Al acoger la tesis monista, en el ámbito del Derecho interno, esa relación ha sido objeto de distintos enfoques, ya sea dando primacía al Derecho interno sobre el Derecho Internacional<sup>96</sup> o, a la inversa, reconociendo la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno. Pero aceptar que el Derecho interno pueda prevalecer sobre el Derecho Internacional, no obstante que este sea el producto del acuerdo de los Estados, pone en duda la buena fe del Estado al momento de asumir compromisos que su propio Derecho interno no le permitirá cumplir, y pone en duda la relevancia del principio *pacta sunt servanda*, que se encuentra en la base misma del Derecho Internacional. Además, ocasionalmente, la forma como se aborda esta materia en algunos textos constitucionales pudiera sugerirnos la ilusión de una supuesta supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno; efectivamente, ya sea mediante disposiciones constitucionales o por vía de interpretación jurisprudencial, a veces se ha otorgado al Derecho Internacional en su conjunto -o a una parte de este- una jerarquía igual o superior a las leyes, y eventualmente se le ha conferido rango constitucional<sup>97</sup>; pero lo que resulta determinante es que, en ese contexto, el Derecho Internacional está subordinado a la Constitución, o sometido a lo que dispongan las leyes nacionales posteriores, o a la cambiante voluntad del poder constituyente. Si el Derecho Internacional verdaderamente tiene primacía sobre el Derecho interno lo será porque así lo disponen principios de Derecho Internacional, o porque así resulta de la lógica jurídica, o por razones prácticas que indican que así lo requiere la convivencia organizada de la sociedad internacional, pero no porque así lo disponga el Derecho interno de cualquier Estado.

**iii.- La doctrina de la armonización o de la coordinación.** Otro enfoque, ofrecido como alternativa al monismo y al dualismo, es el que destaca la integración y coordinación que se puede apreciar entre ambos ordenamientos jurídicos. El frecuente reenvío del Derecho Internacional al Derecho interno, o del Derecho interno al Derecho Internacional, es una evidencia adicional de la articulación de ambos sistemas normativos. Desde luego, es el Derecho Internacional el que define los límites de la jurisdicción estatal; es el Derecho Internacional el que atribuye competencias a los Estados. Pero, al mismo tiempo, y sin prejuzgar sobre el rango o la jerarquía de unas normas sobre otras, suele ser el Derecho interno el que -a través de sus disposiciones constitucionales o de

<sup>95</sup> Cfr. su op. cit., pp. 47 y 48.

<sup>96</sup> Lo cual conduciría a que cada Estado tuviera su propio modelo del Derecho Internacional, y desvirtuaría la esencia misma del Derecho Internacional, que consiste en su capacidad de "regular" la conducta de los Estados. En realidad, esta tesis, que encuentra sus raíces en la concepción del Estado de Hegel y en el pensamiento más reciente de los teóricos del nacional socialismo, constituye la negación del Derecho Internacional.

<sup>97</sup> Cfr., por ejemplo, el art. 122 de la Constitución de Etiopía de 1955, que disponía que "la presente Constitución, integrada conjuntamente con aquellos tratados internacionales, convenciones y compromisos internacionales de los cuales Etiopía sea parte, serán la ley suprema del Imperio, y toda legislación futura, decretos, órdenes, sentencias, decisiones y actos incompatibles con ellos serán nulos y no producirán ningún efecto."

otro carácter- define la forma en que el Derecho Internacional debe ser aplicado en la esfera interna. En segundo lugar, de acuerdo con Oppenheim, con el objeto de cumplir sus obligaciones internacionales, los Estados están obligados a poseer ciertas reglas y a evitar que otras formen parte de su Derecho interno; por ejemplo, el Derecho interno de cada Estado debe poseer reglas que garanticen los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos extranjeros, y debe excluir aquellas reglas contrarias al Derecho Internacional, como las que ignoren las libertades de la alta mar, las que prohíban el paso inocente de los barcos mercantes por las aguas territoriales, o las que nieguen el acceso a la justicia a los extranjeros.<sup>98</sup>

**b) La posición del Derecho Internacional y la práctica de los Estados.** Para el Derecho Internacional Público, cuya función es regular las competencias de los Estados sin estar sometido a la voluntad unilateral de los mismos, su relación con los ordenamientos jurídicos nacionales siempre ha estado muy clara, sin que jamás se haya puesto en duda la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno.

Sobre este particular, las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (particularmente los arts. 26, 27, 42, y 46) no hacen sino confirmar, respecto de los tratados internacionales lo que, como consecuencia del Derecho Internacional general, es igualmente aplicable a otras fuentes del Derecho Internacional. En esta materia, la circunstancia de que la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados someta la validez de los tratados a su correspondencia con las normas de *jus cogens*, que pueden ser el fruto de la costumbre o de los principios generales del derecho, permite extender la supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno a todo el ordenamiento jurídico internacional, y no solamente a los tratados o a las normas de *jus cogens*, cualquiera que sea el origen de estas últimas.

Desde luego que, en función de sus respectivas competencias, cada órgano del Estado asumiría una obligación diferente respecto de los tratados. Además de que, en las controversias que se le sometían, estos pueden ser aplicados directamente por los tribunales nacionales, los propios tratados pueden remitirse a su aplicación por los órganos jurisdiccionales de los Estados<sup>99</sup>.

La práctica de los Estados confirma, en forma suficientemente sólida si no abundante, que los tribunales nacionales pueden -y en determinadas circunstancias deben- aplicar el Derecho Internacional. A título ilustrativo, en el caso de Adolf Eichmann, juzgado por la Corte del Distrito de Jerusalén por delitos cometidos fuera del territorio de Israel, e incluso antes de que existiera dicho Estado, el tribunal basó su competencia precisamente en el derecho Internacional, y lo juzgó de acuerdo con el Derecho Internacional.

**c) La vigencia de los tratados en el ámbito nacional.** De acuerdo con el Derecho Internacional, los tratados internacionales obligan a los Estados partes en razón de su aceptación o ratificación, y no en función de su incorporación al Derecho interno mediante un acto jurídico diseñado expresamente para ese efecto. Sobre este particular, el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados -que en este sentido no hace sino recoger una costumbre jurídica- expresa que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Hasta la adopción de la Convención de Viena, esta regla axiomática formaba parte del Derecho consuetudinario. Esta obligación se extiende a todos los órganos del Estado, incluyendo sus tribunales y sus asambleas legislativas.

La obligación de cumplir lo pactado no depende de lo que se pueda estipular en el derecho interno de los Estados; en tal sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados le atribuye al Derecho Internacional una jerarquía superior a la de los ordenamientos jurídicos nacionales, disponiendo que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado<sup>100</sup>.

98 Cfr. su op. cit., p. 46.

99 Cfr., por ejemplo, el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, suscrito en Tokio el 14 de septiembre 1963, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, suscrito en La Haya el 16 de diciembre de 1970, y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, suscrito en Montreal, el 23 de septiembre de 1971.

100 Cfr., en este sentido, V. D. Degan, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1997, pp. 395 y ss. También, Ernesto de la Guardia, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 195 y ss.

Incluso, el art. 46 de la misma Convención señala que el hecho de que el consentimiento en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Según esta misma disposición, una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

La obligación de cumplir lo pactado, unida a la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, lleva consigo la obligación del Estado de remover todos los obstáculos que interfieran con la aplicación de los tratados en que ese Estado sea parte, y le obligan a adoptar todas las medidas legislativas, judiciales, o de otro carácter, que sean indispensables para su ejecución.

Por otra parte, es evidente que no se pueden establecer fórmulas matemáticas y precisas en cuanto a la incorporación y a los efectos de cada tratado en la esfera del Derecho interno, lo cual dependerá de diversos factores. En primer lugar, según su propósito y el contenido de sus disposiciones, es posible distinguir entre aquellos tratados que crean o reconocen derechos para los individuos y aquellos que no tienen este efecto. En segundo lugar, atendiendo al tipo de obligaciones que las disposiciones del tratado imponen a los órganos del Estado, se puede distinguir entre aquellos que establecen una obligación de comportamiento y los que demandan un resultado específico. En estrecha relación con la clasificación anterior, también se puede distinguir entre aquellos tratados que se bastan a sí mismos y que son autosuficientes (*self-executing*), en cuanto no requieren por parte del Estado ninguna regulación o reglamentación especial, y los que imponen obligaciones programáticas, que suponen por parte del Estado la adopción de medidas legislativas o de otro carácter a fin de alcanzar el resultado esperado. Por su naturaleza, los tratados de esta última categoría no se pueden aplicar de modo automático en la esfera interna y requieren la adopción de normas legislativas de ejecución. Ese no es el caso de los tratados de derechos humanos.

Obviamente, solo tiene sentido incorporar las normas que están destinadas a producir efectos jurídicos en la esfera interna, y que tienen que ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales del Estado; cuando el tratado genera obligaciones únicamente para la administración o para el poder legislativo, esa incorporación no se justifica. En segundo lugar, hay que convenir en que las normas convencionales no siempre generan derechos para los individuos, y como no todas ellas están llamadas a producir los mismos efectos, el resultado de su incorporación al Derecho interno tampoco puede ser idéntico.

**d) La aplicación de los tratados de derechos humanos.** De acuerdo con el desarrollo reciente del Derecho constitucional, se observa la tendencia por parte del constituyente a asumir un compromiso absoluto en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Si bien este compromiso suele limitarse a las obligaciones adquiridas en virtud de tratados internacionales, no faltan casos en que el mismo se ha extendido a instrumentos que en sí mismos no tienen fuerza vinculante, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el caso de la Constitución venezolana de 1999, esta dispone, en su art. 23, que los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional y -en aplicación del principio pro homini- prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

Como es obvio, los tratados sobre derechos humanos, a diferencia de los convenios propios del Derecho Internacional clásico, tienen la particularidad de crear o reconocer derechos cuyo titular es el individuo, lo cual suele ir asociado con la obligación que se impone al Estado en cuanto a crear recursos jurisdiccionales que le permitan al individuo hacer valer esos derechos y exigir el respeto de los mismos tanto ante instancias nacionales como internacionales. En tal sentido, el art. 31 de la Constitución de Venezuela dispone que toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados de derechos humanos, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos.

De manera congruente con lo anterior, la disposición que comentamos agrega que el Estado adoptará las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales a que se hace referencia en este artículo.

El texto de los artículos 23 y 31 de la Constitución de Venezuela no es sino la consecuencia lógica que deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derechos humanos, y que todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe.

Por otra parte, teniendo en cuenta la redacción de los tratados de derechos humanos, es frecuente que las obligaciones que ellos imponen a los Estados estén formuladas en términos de obligaciones de no hacer, o de abstenerse de intervenir en determinadas esferas de la vida individual, razón por la que resultan inmediata y fácilmente exigibles tanto en la esfera interna como en la internacional. En principio, ese es el caso de los compromisos adquiridos por los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo que concierne al “respeto” de los derechos reconocidos en los arts. 2, N° 1, y 1, N° 1, de esos instrumentos respecto de los individuos que se encuentren sometidos a su jurisdicción.

En esas circunstancias, teniendo en cuenta que la obligación de respeto de los derechos humanos es inmediata y cuando los Estados han asumido paralelamente el deber de proporcionar recursos jurisdiccionales para la protección de esos derechos (arts. 2, N° 3, y 25, respectivamente), estos resultan directamente exigibles ante los tribunales nacionales, sin necesidad de ningún requisito distinto de la ratificación del tratado respectivo. En cambio, la obligación de “garantía” de esos derechos (establecida en las mismas disposiciones antes citadas y que impone al Estado obligaciones de hacer), encuentra sus propios límites en lo que razonablemente se puede esperar del Estado como guardián de los derechos individuales.

Pero tampoco es infrecuente que los tratados de derechos humanos reconozcan algunos de estos derechos con carácter meramente programático, en cuanto resultado final que los Estados se proponen alcanzar, para lo cual se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otro carácter para lograr progresivamente la plena efectividad de esos derechos. En particular, ese es el caso del art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que de algunas disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de algunas disposiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y de algunas disposiciones de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes.

**e) La interpretación de los tratados por los tribunales nacionales.** Dado el propósito de la ley que incorpora el tratado al Derecho interno -o que lo transforma en Derecho interno- y la obligación del Estado de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, la interpretación de la ley deberá tener en cuenta el objeto y fin del tratado, la intención original de las partes, los trabajos preparatorios de su adopción, el efecto útil de las disposiciones del mismo, e incluso sin descartar recurrir al examen del texto del tratado en otros idiomas oficiales (distintos del utilizado por el legislador) cuando ello pueda ayudar a precisar mejor el sentido de sus términos. El propósito del acto legislativo que incorpora el tratado al Derecho interno -o que lo transforma en Derecho interno- no puede ser visto como un acto legislativo ordinario; su función es ejecutar el tratado en la esfera interna y, por lo tanto, el contenido material de esa ley debe ser interpretado de acuerdo con las reglas de interpretación generalmente aceptadas por el Derecho Internacional, del mismo modo como lo haría un tribunal internacional. La doctrina de la incorporación tiene la ventaja de presentar al Derecho Internacional y al Derecho interno como un todo integrado y armónico, en que el primero no se diferencia normativamente del segundo, y que es, per se y sin necesidad de ninguna transformación, parte del Derecho del Estado; ciertamente, su incorporación en bloque en el Derecho interno influye en los derechos y obligaciones de los individuos, y obliga a su aplicación inmediata por parte de los tribunales nacionales. En todo caso, la interpretación de las normas de Derecho Internacional debe realizarse de acuerdo con las reglas previstas para ese efecto, teniendo en mente una interpretación uniforme y coherente, que resulte válida para todos los Estados sometidos a esa norma y no solamente para aquel en que los tribunales domésticos están llamados a aplicarla. En última instancia, la interpretación de los tratados de derechos humanos tiene que tener muy en cuenta su objeto y fin, así como los principios propios de esta nueva rama del Derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS MÓDULO II

ABREU, Alirio (2003). Algunas Precisiones sobre la Justicia como Derecho y el Papel de los Jueces. Artículo elaborado para el curso de capacitación de jueces en Derechos Humanos. Caracas, Venezuela.

DUARTE, Eva (2003) El Tratamiento a las Víctimas. Artículo elaborado para el curso de capacitación de jueces en Derechos Humanos. Caracas, Venezuela.

FAÚNDEZ, Héctor (2003). Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su aplicación por el Juez Nacional. Artículo elaborado para el curso de capacitación de jueces en Derechos Humanos. Caracas, Venezuela.