

DERECHOS HUMANOS

Y VIDA INTERNACIONAL

Héctor Gros Espiell



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



COMISIÓN NACIONAL
DE DERECHOS HUMANOS

HÉCTOR GROS ESPIELL

Derechos Humanos y Vida Internacional



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS
MÉXICO, 1995

Primera edición: septiembre, 1995
ISBN 970-644-003-8

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Serie G ESTUDIOS DOCTRINALES, Núm. 176

© **Comisión Nacional
de Derechos Humanos**

Periférico Sur 3469
Esquina Luis Cabrera
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

*A mis hijos Guillermo y Mercedes,
y a mis nietos, Paulina, Guillermo,
Isabel Clara Eugenia y Sofía, todos
ellos orgullo y satisfacción de mi vida.*

París, diciembre de 1993

CONTENIDO

Prólogo	9
Introducción	11
La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano	13
Derechos Humanos: Ética, Derecho y Política	41
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	53
La situación de los Tratados de Derecho Humanitario en el derecho uruguayo.	69
Relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos	83
Democracia y reconciliación	95
El derecho a la paz	115
El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado	137
El <i>Ombudsman</i> en América Latina. Establecimiento de algunas líneas básicas para una legislación uniforme	165
El <i>Ombudsman</i> judicial y la protección internacional de los Derechos Humanos.	179
Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria	193
Una reflexión sobre el Sistema Regional Americano de Protección de los Derechos Humanos	217
Tribunales internacionales y derechos fundamentales. El modelo interamericano y el modelo europeo	233

Derechos Humanos y protección de las minorías	259
El asilo en América Latina. Aspectos jurídicos internos e internacionales	291
Genética y Derechos Humanos	307

PRÓLOGO

Me es sumamente grato redactar unas líneas introductorias a este volumen recopilativo de excelentes estudios elaborados por el notable internacionalista Héctor Gros Espiell, y que, como él mismo lo señala en su Introducción, es el cuarto volumen sobre Derechos Humanos que ha reunido.

Además de esos volúmenes y de su obra clásica, *La Organización Internacional del Trabajo y los Derechos Humanos en América Latina* (primera edición, México, UNAM, 1978; segunda, Buenos Aires, Eudeba, 1986, ediciones que el autor menciona, de las cuales tuve el honor de presentar la segunda) podrían señalarse otros trabajos sobre la materia, pero me limito a destacar su magnífico estudio sobre *La Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

Por supuesto que Héctor Gros Espiell no requiere de ninguna presentación entre los juristas iberoamericanos, entre los cuales es ampliamente conocido y apreciado, no sólo por sus numerosos estudios sobre Derecho, tanto Constitucional como Internacional, en particular sus innovadores y sugestivos análisis en el campo de los Derechos Humanos, sino también en virtud de los numerosos cargos que ha desempeñado con brillantez y dinamismo, tales como el de secretario general de la Organización de Proscripción de Armas Nucleares en América Latina (Tratado de Tlatelolco), con sede en la ciudad de México, presidente del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, miembro del Comité de Libertad Sindical; director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ambos con residencia en la ciudad de San José, Costa Rica, ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, así como numerosas comisiones en organismos internacionales de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos, de la UNESCO, etcétera

Por lo tanto, no se trata de un académico que aborda teóricamente los problemas jurídicos, sino que ha tenido la oportunidad, que ha

aprovechado con admirable dedicación, de emprender en la práctica la defensa y promoción de los Derechos Humanos, en especial en el ámbito internacional. Podemos afirmar, sin exageración, que ha sido uno de los tratadistas que ha contribuido decisivamente a la consolidación de una de las disciplinas jurídicas más trascendentes de los últimos años, es decir, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

En esta ocasión, el autor acopia quince trabajos sobre diversos aspectos de los Derechos Humanos que ha redactado en años recientes, en los que, no obstante sus abrumadoras ocupaciones como ministro de Relaciones Exteriores de su país, ha continuado de manera incansable su labor académica apoyada, como hemos señalado, no sólo en su profundo conocimiento de la materia, sino también en una intensiva vivencia de la realidad cotidiana y permanente de la promoción y de la protección de los Derechos Humanos

Sería sumamente difícil proporcionar un panorama, incluso de manera superficial, acerca de los diversos temas que Héctor Gros Espiell abarca en sus estudios, todos ellos inmersos en la problemática actual de los Derechos Humanos, pero se pueden resaltar aquellos que se refieren a los temas más actuales, tales como los relativos al derecho a la paz; el derecho a la vida y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la protección de las minorías, y a la genética y los Derechos Humanos.

Estoy convencido, como ha ocurrido con los numerosos trabajos elaborados por una pluma tan autorizada, ágil y amena como la del insigne jurista uruguayo, que este volumen será de obligada consulta para los estudiosos iberoamericanos sobre los Derechos Humanos, cada vez más numerosos y entre los cuales ocupa un sitio tan preeminente

Ciudad Universitaria, D F., febrero de 1994

Héctor Fix-Zamudio,
Investigador Emérito del Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
y Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

En tres ocasiones he procedido a reunir artículos y ensayos míos en la materia relativa a los Derechos Humanos.

En 1985 publiqué en Caracas, en la Editorial Jurídica de Venezuela, una primera recopilación hecha con el auspicio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, integrada por trabajos escritos antes de 1984.

En 1988 apareció en Madrid, en la Editorial Civitas, también con el auspicio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, un segundo volumen que contiene 13 estudios redactados entre 1985 y 1988.

En 1991 se publicó en Lima, en la Editorial Cuzco, con el auspicio del Instituto Peruano de Derechos Humanos, un tercer volumen. La característica de este libro es que lo integran 26 ensayos, de los cuales 21 ya habían sido incluidos en los volúmenes I y II. Pero a esta selección hecha de estudios anteriores, utilizando una diferente clasificación de la empleada en los tomos precedentes, se agregaron cinco nuevos trabajos.

Ahora reúno otros estudios, escritos en su mayoría después de 1991.

Es preciso señalar, asimismo, que además de los trabajos reunidos en los tres volúmenes editados y precedentemente enumerados, y de informes y estudios que no fueron incluidos en estas recopilaciones (entre otros muchos el capítulo "La Protection Internationale des Droits de l'Homme, l'OEA", en la obra colectiva de la UNESCO *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme, Manuel pour l'Enseignement* (1978), publiqué en estos años en el *Recueil des Cours*, dos libros, versión de mis cursos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. En 1975, *Le Système Interaméricain comme Régime Régional de Protection Internationale des Droits de l'Homme*, y en 1989, *La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Analyse Comparative*, este último publicado también en español en la Editorial Jurídica de Santiago de Chile (1991). En 1986 se editó otro libro mío sobre los derechos económicos, sociales, culturales en la Editorial Libro Libre, de San José, Costa Rica.

Varios de los escritos ahora recopilados fueron redactados después de haber dejado la Presidencia de la Corte Interamericana de Dere-

chos Humanos, cuando, luego del 1 de marzo de 1990, fui Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay en el Gobierno del presidente doctor Luis Alberto Lacalle.

Enfrentado a la acción, miembro de un gobierno democrático, uno de cuyos objetivos era asegurar el pleno respeto de los Derechos Humanos y el fortalecimiento de la democracia, tuve la gran satisfacción de haber sostenido y aplicado las mismas ideas y los mismos principios que expuse y defendí en mis trabajos y actividades académicas.

Creo que la anterior confesión debe quedar consignada en estas líneas preliminares, escritas como pórtico de este libro que es un testimonio de mis ideas en lo referente a los Derechos Humanos: en un momento de mi vida en la que tuve la excepcional ocasión de aplicar, como ministro de un Gobierno constitucional y democrático, lo que antes había sostenido al respecto como profesor y como juez.

No puedo ahora dejar de recordar que, en 1978, publiqué en México, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el libro *La Organización Internacional del Trabajo y los Derechos Humanos en América Latina*.

Desempeñaba, entonces, la Dirección del Instituto mi querido y admirado amigo, el doctor Héctor Fix-Zamudio, quien fue el que me hizo el honor de proponerme escribir esta obra y publicarla en el Instituto. Años después, en 1986, apareció en Argentina una segunda edición, hecha por Eudeba (Editorial Universitaria de Buenos Aires), la cual incluyó un prólogo del profesor Fix-Zamudio.

Este nuevo libro mío que ahora publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas en coedición con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, es la expresión de la continuidad de mi vinculación con ese tan prestigioso e ilustre Instituto y con muchos de los que han sido o son investigadores en él, entre los que no puedo dejar de recordar a Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés, Jorge Madrazo y José Luis Soberanes.

Al Instituto, al que me vinculé en los años de mi permanencia en México (1973-1981), y en cuyos trabajos, cursos, seminarios, coloquios y mesas redondas he tenido tantas ocasiones, honrosas y agradables, de participar; a sus investigadores y amigos y a la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, vaya mi emocionado y cálido reconocimiento.

Héctor Gros Espiell
París, diciembre de 1993

LA DECLARACIÓN AMERICANA: RAÍCES CONCEPTUALES Y POLÍTICAS EN LA HISTORIA, LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO AMERICANO*

I

1 Un estudio de los antecedentes históricos, políticos y jurídicos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como del proceso que culminó con su adopción en la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948), y el análisis de esta Declaración en función de los otros textos referentes a igual materia o vinculados con ella (Carta de la Organización de Estados Americanos y Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobados también en esa Conferencia) reviste un claro interés. Ese estudio permite, en efecto, comprender la razón de la adopción de la Declaración Americana —meses antes de la proclamación en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración Universal—, su entronque con el pensamiento americano sobre la naturaleza de los derechos y deberes de hombre y su carácter frente al Estado, así como los problemas que planteó la redacción del proyecto y del texto final, con relación a la situación política existente en ese momento en América y ante las cuestiones e interrogantes jurídicas surgidas. Estos extremos son indispensables no sólo para entender el sentido que tuvo, en 1948, la adopción de la Declaración Americana, sino también lo que es aún más importante, para valorarla hoy adecuadamente y, a cuarenta años de su adopción, comprender su real valor y significado, ya que, como tantos otros instrumentos jurídicos, ha adquirido una trascendencia y una virtualidad —derivados de su propio texto, del pensamiento y de la historia que lo nutren y del sentido que resulta de su interpretación en el marco del derecho de hoy—,¹ que va mucho más allá de lo que se

* *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. especial, mayo 1989

¹ En el párrafo 53 de su opinión consultiva del 21 de junio de 1971, la Corte dijo: "De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu" (Consé-

pensó que constituía por quienes la adoptaron en Bogotá, el 30 de abril de 1948.

II

2 No puede haber duda de que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se inscribe en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos inalienables e imprescriptibles, consustanciales con su naturaleza, de que estos derechos coexisten con deberes correlativos y que el Estado, y más aún, la autoridad y el poder, son medios para garantizar el bien común, que necesariamente se integra con el respeto y la existencia efectiva de esos derechos, ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica.² Los apartamientos de hecho de estos principios, las violaciones fácticas de estas ideas, las infracciones a ellas resultantes de algunas realidades políticas, económicas y sociales, han constituido únicamente, y de manera paradójica, confirmaciones de la doctrina americana en materia de Derechos Humanos.

3. En esta teoría, cuyas raíces son anteriores a la Revolución y a la Independencia, pero que se afirma y desarrolla con el movimiento emancipador y se integra con el liberalismo³ que impregna el desarrollo constitucional y político del siglo XIX, tiene sus fuentes en el pensamiento de la Ilustración francesa, en la ideología que cristalizó en la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos, —ya que no puede olvidarse la importante proyección de la Declaración de la Independencia de 1776, de las declaraciones estatales de derechos, en especial las de Virginia y Massachusetts y de las diez primeras enmiendas de la Constitución Federal—, pero también en las ideas tradicionales del derecho español, cuyo aporte y significación en materia

quences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant le résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, Avis Consultatif, CU, Recueil, p. 31)

² Hector Gros Espiell, *La Historia de los Derechos Humanos en América Latina*, IIDH, V Curso Interdisciplinario, San José, 1987. La bibliografía sobre asuntos referidos en las notas 2-7 es enorme. Se encuentra enumerada en la versión de este trabajo mío que publicará la UNESCO, en el libro en prensa sobre la historia de los Derechos Humanos

³ *Idem*.

de derechos de la persona humana no puede desconocerse sin cometer una omisión imperdonable y una injusticia histórica.⁴

4. Pero esta ideología y este pensamiento político y jurídico común a toda América —en cierta forma patrimonio, pese a hondas diferencias, de nuestra América Ibérica, luego denominada Latina, y de la América Sajona, especialmente de los Estados Unidos— no pudo ni puede servir o usarse como telón para ocultar no sólo las realidades negativas que han existido y subsisten en la América nuestra (situación de las poblaciones indígenas, caudillismo, militarismo, explotación económica y social, discriminación, etcétera), sino tampoco para ignorar ese abismo entre el derecho y la realidad, entre la proclamación abstracta de principios y la violación cotidiana de los mismos y la despreciativa ignorancia de la situación real de los Derechos Humanos que ha mostrado casi siempre la historia de estos derechos en nuestro continente.⁵

5. Los caracteres del pensamiento americano en cuanto a los Derechos Humanos, su naturaleza y su relación con la organización política, se encuentran plasmados en lo que podría llamarse el Derecho Constitucional común de nuestros países, desarrollado a partir de la emancipación. Pese a las diferencias entre los diversos textos constitucionales de los distintos Estados, es fácil comprobar una identidad ideológica en los fundamentos del tratamiento normativo de la materia relativa a los derechos del hombre.⁶

6. A esta concepción común de los derechos del hombre, concebidos como derechos de la libertad —que hacía del hombre, de todos los hombres, titular de derechos y deberes—, se sumó más tarde, en especial a partir de la Constitución de México de 1917, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales.⁷

En Latinoamérica, con el transcurso de los años, el concepto común del contenido de los Derechos Humanos pasó a integrarse necesariamente con estos “nuevos” derechos. Hacia 1948 era ya valor adquirido en nuestra América que todos los Derechos Humanos —los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— formaban necesariamente un complejo integral y que, pese a ciertas diferencias, todos eran derechos de la persona humana, enunciación de su dignidad eminente y que todos se condicionaban interdependientemente

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

III

7. Es preciso ahora hacer una breve referencia a los antecedentes en el Derecho Internacional, surgido y desarrollado en América,⁸ de la idea de la necesidad de una aproximación internacional al tema de los Derechos Humanos, a su declaración y enumeración, a su promoción y, eventualmente, como un ideal a alcanzar, a su protección internacional por medio de la acción de órganos internacionales con específicas competencias en la materia.

Estos antecedentes y el progresivo desarrollo de las ideas condujeron, en América, a la conclusión de que los Derechos Humanos no eran una materia exclusivamente reservada a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados y que, por el contrario, de su propia naturaleza, del hecho de ser atributos de la persona humana y no una consecuencia del reconocimiento por el Estado, resultaba la posibilidad de que el Derecho Internacional contribuyera, aunque de manera subsidiaria, a su protección.

El Estado existe por y para la persona humana. En consecuencia, los derechos de esta persona humana, su promoción y protección, no se agotan en el Estado, que está jurídica y políticamente subordinado al bien común general y que no se concibe sin el pleno respeto de todo lo que resulta necesariamente de lo que el hombre es y de los atributos que son la consecuencia de su dignidad.

8. Aunque pueden citarse antecedentes anteriores,⁹ fue en la Conferencia de Chapultepec (Conferencia Interamericana sobre los Pro-

⁸ Preferimos no utilizar la expresión "Derecho Internacional Americano", que dio origen a una histórica polémica, pero que hoy puede considerarse conceptualmente superada.

⁹ El Informe que acompaña al proyecto de Declaración Americana de Derechos del Hombre del Comité Jurídico Interamericano, del 31 de diciembre de 1945, contiene una referencia a ciertos antecedentes (Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes, Documentos Oficiales, 1945-1947*, Río de Janeiro 1960, pp 62-67) Véase *Conferencia Interamericana para la Preservación de la Paz*, Buenos Aires, 1936, *VIII Conferencia Internacional Americana*, Lima, 1938, resoluciones XXVII, XXVIII, XXVI, LXXII, Reunión de Consulta de Panamá, 1939, resolución XI, Reunión de Consulta de La Habana, 1940, resolución VII, Reunión de Consulta de Río de Janeiro, 1942, resolución XVII. Pueden señalarse otros antecedentes más lejanos en la Convención sobre Asilo de 1928, en algunas decisiones de la Conferencia de Montevideo de 1933 e incluso un precedente de 1902 (Robert K. Goldman, *The Protection of Human Rights in the Americas. Past, Present, and Future*, New York University, Center for International Studies, vol 5, núm 5, 1972, pp 2-3),

blemas de la Guerra y de la Paz), en 1945 —que preparó la posición común de las repúblicas americanas ante la próxima conferencia de San Francisco (en realidad repúblicas latinoamericanas, pues Estados Unidos estaba ligado por el texto acordado por las potencias en Dumbarton Oaks)—, en un momento de optimismo idealista y de euforia democrática, que se precisó claramente el criterio americano sobre la protección y promoción internacional de los Derechos Humanos ¹⁰

La resolución XI de la Conferencia de Chapultepec expresó: "El fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la sociedad con los derechos del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad" ¹¹

9 La resolución XL (Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre), de la Conferencia de Chapultepec, proclamó la adhesión de las repúblicas americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre, "pronunciándose en favor de un sistema de protección internacional de los mismos". Se encomendó al Comité Jurídico Interamericano un anteproyecto de Declaración de Derechos y al Consejo Directivo de la Unión Panamericana que convocara una Conferencia de juríconsultos para adoptar la proyectada declaración en forma convencional

Poco después, la nota uruguaya del 21 de noviembre de 1945 abrió un amplio debate sobre la cuestión. Partiendo de la idea de la necesidad de proteger internacionalmente los derechos del hombre, encaró la cuestión proponiendo estudiar un sistema de intervención multilateral. Éste fue el error, ya que en vez de sugerir la elaboración de una declaración y de un convenio internacional que establecieran los procedimientos de protección de los derechos del hombre, optó por la

J. A. Cabranes, "The Protection of Human Rights by the Organization of American States", *American Journal of International Law*, vol. 62, 1968, p. 891, nota 9

¹⁰ En el informe del Comité Jurídico Interamericano antes citado se estudiaron minuciosamente las resoluciones de la Conferencia Chapultepec en esta materia y los proyectos en que se basaron (*op. cit.*, pp. 65-67)

¹¹ Declaración de México (resolución XI) del 6 de marzo de 1945, inciso 12. Este párrafo de la Declaración de México fue citado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 (La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención, párrafo 33.)

proposición de una vía que, por su carácter vago e intervencionista, tenía necesariamente que concitar insalvables oposiciones ¹²

10 En cumplimiento del mandato dado por la Conferencia de Chapultepec, el Comité Jurídico Interamericano procedió a elaborar el proyecto de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El primer proyecto, titulado "Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre", fechado el 31 de diciembre de 1945, está firmado por Francisco Campos, F. Nieto del Río, Charles Fenwick y Antonio Gómez Robledo ¹³

Este proyecto constituye la fuente inicial de la Declaración de 1948 aunque deben señalarse importantes diferencias. Es útil destacar desde ya —sin embargo, que el fundamento ideológico de la Declaración y el concepto de la naturaleza de los Derechos Humanos es la misma en ambos documentos y coincide, naturalmente, con la invariable tradición americana al respecto. Con razón dijo el Comité Jurídico Interamericano

El Estado no tiene una finalidad en sí; es solamente un medio para alcanzar un fin. No es, en sí propio, una fuente de derechos, sino un órgano por cuyo intermedio pueden hacerse efectivos los derechos inherentes a la personalidad humana. El hombre es, sin duda, por su naturaleza, un ser social, el Estado le proporciona la oportunidad para el desenvolvimiento de sus intereses morales y materiales, pero no por eso inviste al Estado de una personalidad mítica, que justifique el crecimiento de su poder y prestigio a expensas de los derechos que son fundamentales a la conservación de la dignidad y valor del hombre. Como se expresa en la Declaración de Principios Sociales de América, adoptada por la Conferencia sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, en la Ciudad de México, "el hombre debe ser el centro de interés de todos los esfuerzos de los pueblos y de los gobiernos". Por lo tanto, no solamente los gobiernos están obligados a respetar los derechos fundamentales del hombre, sino que el Estado no tiene autoridad para sobreponerse a ellos. El hombre, individualmente, es el titular del Derecho, y puede hacer valer sus derechos esenciales tanto contra el Estado como contra los agentes del gobierno, en particular ¹⁴

¹² Hector Gros Espiell, *Le Systemic Interamerican comme regime régional de protection internationale des Droits de l'Homme*. Academie de Droit International, *Recueil des Cours* vol. II, 1975, pp. 14-15. El informe del Comité Jurídico Interamericano, del 31 de diciembre de 1945, contiene un minucioso análisis de lo actuado en la Conferencia de Chapultepec en materia de Derechos Humanos (pp. 65-67).

¹³ Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes, Documentos Oficiales, 1945-1947*. Rio de Janeiro, 1960, pp. 61-115.

¹⁴ Informe citado, pp. 70-71.

El proyecto, aunque se refiere a la relación entre Derechos y Deberes (artículo XIX), no trae una enumeración de los deberes como lo hace la Declaración de 1948 (artículos XXIX - XXXVII).

La gran diferencia entre ambos textos es que el proyecto del Comité está concebido como un instrumento que debe poseer naturaleza convencional y por ello es que se prevé que sus "disposiciones formarán parte de la ley de cada Estado" (artículo XX) ¹⁵ Aún no se había precisado bien la diferencia entre Declaración y Convención en el proceso de elaboración del Derecho Internacional, que se definirá en los años siguientes, tanto en las Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano, ¹⁶ y, por lo demás, fundamentalmente, la resolución pertinente de la Conferencia de Chapultepec (XL) imponía una fórmula convencional. Luego nos referiremos expresamente a esta cuestión

11 Este primer proyecto de 1945 fue revisado por el propio Comité Jurídico, que el 8 de diciembre de 1947, con la firma de Francisco Campos, José Joaquín Caicedo Castillo, E. Arroyo Lanuda y Charles Fenwick, aprobó su proyecto definitivo de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre. ¹⁷

Este proyecto fue acompañado de un informe que explica las reformas introducidas ¹⁸ Introdujo numerosos cambios en el articulado, pero mantuvo el artículo XIX (Derechos y Deberes Correlativos), no incluyó, al igual que el originario, una enumeración de los deberes y suprimió el artículo XX relativo a la incorporación de la Declaración en las leyes nacionales. Dijo el Comité al respecto:

Acordó el Comité suprimir este artículo, porque su primera parte contiene una disposición que el organismo considera obvia, ya que de ser incorporada esta Declaración en un tratado, pasa *ípedo facto* a ser ley de cada Estado, sin necesidad de que así lo prescriba la propia Declaración. Su segunda parte fue también considerada innecesaria, por ser principio universal del derecho que las obligaciones contraídas por acuerdo de las partes no pueden ser abrogadas sino por otro acuerdo. ¹⁹

¹⁵ *Ibid.*, cap. VII, pp. 109-115

¹⁶ Pedro Nikken, *La protección internacional de los Derechos Humanos su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987, pp. 41-46

¹⁷ IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948, *Actas y Documentos*, Bogotá 1953, vol. V, pp. 449-454

¹⁸ *Ibid.*, vol. V, pp. 456-461

¹⁹ *Ibid.*, vol. V, p. 460

Este informe, asimismo, precisaba que:

La Declaración de Derechos debe apenas considerarse como un *mínimum*. Por consiguiente, las legislaciones de los Estados Americanos pueden reconocer otros derechos, o suprimir algunas de las restricciones consignadas en el proyecto, o atribuir a los derechos que contiene una extensión mayor.

En este sentido, la Declaración no constituye una limitación al Derecho Interno, ni un obstáculo para el progreso futuro de las instituciones o para el mantenimiento de aquellas que hoy van más allá que la Declaración ²⁰

12 La Conferencia especial prevista en Chapultepec no llegó a convocarse. La cuestión de la Declaración, en el marco más amplio del tema de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, pasó así a formar parte del temario de la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948).

La cuestión relativa a la Declaración se incluyó en el Capítulo I del Programa de la Conferencia, en la Parte B (Propósitos y Principios Generales del Sistema), punto en el cual, entre otras referencias, se indica lo siguiente "Derechos y Deberes Internacionales del Hombre" (Anteproyecto del Comité Jurídico Interamericano).²¹

13. El tema fue asignado en la Conferencia de Bogotá a la VI Comisión (Asuntos Jurídicos y Políticos).

En la Comisión fue estudiado por un Grupo de Trabajo,²² que elaboró sobre el proyecto final del Comité Jurídico Interamericano un nuevo texto. Este mismo proyecto se preparó teniendo en cuenta las propuestas de diversos países presentadas por escrito, así como las sugerencias formuladas durante el debate en el Grupo de Trabajo.

El proyecto del Grupo fue adoptado por la Comisión VI. Este texto, así como el Informe del Relator, están incluidos en las Actas y Documentos de la Conferencia.²³

El proyecto aprobado por la Comisión fue adoptado sin discusión, al parecer por unanimidad, sin votación expresa, por el Plenario de la Conferencia en la sesión del 30 de abril de 1948. No se introdujeron modificaciones en el texto del proyecto de la Comisión, habiéndose concretado la discusión a la iniciativa de Cuba para agregar un artículo

²⁰ *Ibid.*, vol V, pp 460-461

²¹ *Ibid.*, vol I, p 23

²² *Ibid.*, vol V, pp 474-484

²³ *Ibid.*, vol V pp 494, 504, 510

reconociendo el derecho de resistencia a la opresión o tiranía, que fue pasado a estudio del Comité Jurídico Interamericano.²⁴

IV

14. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre —que hunde sus raíces, como ya vimos, en el pensamiento político tradicional de América—, tiene su fuente más importante en el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano. El informe que acompaña al Proyecto del Comité indica, a su vez, expresamente, las fuentes que éste tuvo. Ellas fueron las resoluciones y proyectos presentados a la Conferencia de Chapultepec en 1945, el proyecto del Instituto de Derecho Internacional de 1929, el proyecto del American Law Institute de 1942, el proyecto de la Comisión de Estudio para la Organización de la Paz y la Declaración de Filadelfia de 1944 de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo.²⁵

15. El Proyecto elaborado por la VI Comisión de la Conferencia de Bogotá se basó, como ya hemos visto, en el del Comité Jurídico Interamericano, pero se consideraron otras iniciativas y proyectos

Parecería que se tuvo en cuenta el proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos ya preparado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que sería modificado y finalmente aprobado por la Asamblea General en París, en diciembre de 1948. La Delegación de México en Bogotá presentó un proyecto al comienzo de los trabajos de la VI Comisión, para que se tuviera en cuenta expresamente el proyecto de Declaración Universal.²⁶ Sin embargo, un examen comparado de los textos de la Declaración Universal y de la Declaración Americana muestra que fueron pocas las enmiendas aprobadas en Bogotá que se fundaron en el proyecto de las Naciones Unidas. Casi

²⁴ *Ibid.*, vol. I, p. 253. Votaron a favor del proyecto de Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Finalmente el proyecto cubano se remitió a estudio del Comité Jurídico Interamericano (*op. cit.*, pp. 243-244) (Resolución XXXVII, Derecho de Resistencia). La cuestión de la existencia del derecho de resistencia a la opresión o la tiranía podría renacer en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si se considera que este derecho es inherente al ser humano o se deriva de la forma democrática representativa de Gobierno.

²⁵ Comité Jurídico, *Recomendaciones e Informes*, *cit.*, 1945-1947, pp. 64-69.

²⁶ *IX Conferencia Internacional Americana*, *cit.*, vol. V, p. 462.

todos los cambios introducidos respondieron o a proyectos de enmiendas al texto del Comité Jurídico presentados por diversos Estados Americanos,²⁷ o a iniciativas surgidas durante la discusión, en el curso de los debates

V

16 El nombre de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sufrió, durante el proceso de elaboración del texto, una evolución que interesa reseñar

El primer anteproyecto del Comité Jurídico Interamericano, del 31 de diciembre de 1945, la denominaba Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre. El informe que acompaña el proyecto no explicaba la razón del título adoptado.

El segundo proyecto, del 8 de diciembre de 1947, mantuvo el mismo nombre

El grupo de trabajo de la VI Comisión de la Conferencia lo cambió por Declaración Americana de Derechos y Deberes Esenciales del Hombre²⁸ Este nombre se mantuvo en la Comisión²⁹ hasta la adopción final de la Declaración por la Resolución XXX del Acta Final, que la denominó Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Los cambios introducidos fueron adecuados. Los derechos y deberes del hombre no son nacionales o internacionales. Los derechos y deberes nacen de la condición de persona humana que vive en sociedad, y es su protección la que puede ser nacional o internacional. El Comité Jurídico siguió la terminología de Chapultepec, aunque señaló el error en el párrafo 29 de su informe de 1947. Por eso fue correcta la supresión de la palabra "internacionales" con referencia a los derechos

²⁷ *Ibid.* vol V. Brasil. Proyecto de Creación de una Corte Interamericana de Derechos del Hombre (p. 464), Brasil. Proyecto de Enmienda al Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes del Hombre (p. 467), Bolivia. Proyecto de Enmienda (p. 468), Panamá. Proyecto de Enmienda (p. 468), Perú. Proyecto sobre Deberes Internacionales del Hombre (p. 484), Haití. Propuesta de Modificación al artículo 1 de la Declaración, (p. 485), Uruguay. Propuesta sobre organización de la competencia internacional para la garantía de los derechos de la persona humana (p. 461)

²⁸ *Ibid.* vol V pp. 494 (Proyecto de Declaración), aprobado por la Comisión el 27 de abril (pp. 503-504-510). El informe del Relator de la Comisión (pp. 510-516). Algunas partes de este informe son de especial relevancia

²⁹ *Ibid.* vol V p. 485

y deberes. Fue también correcto el agregado del vocablo "americano" para calificar a la Declaración. Ésta es una Declaración Regional, aplicable a un sistema regional de promoción y protección de los Derechos Humanos, compatible y coordinada con el sistema universal que, en lo pertinente, se concretó también, en 1948, en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Y fue asimismo acertada la eliminación de la palabra "esenciales" que se había incluido por el Grupo de Trabajo de la Comisión. La existencia de esta palabra —que se mantuvo, sin embargo, en algunos párrafos del Preámbulo— que podía tener incidencias sobre la cuestión de la pretendida jerarquía entre los diversos Derechos Humanos, era, por lo menos, discutible en su significación. La *Declaración Americana* enuncia en su articulado determinados Derechos Humanos (artículos I a XXVII), pero se refiere y es aplicable a todos los derechos del hombre —los enunciados y otros—, ya que todos ellos emanan de la esencial dignidad de la persona. No cierra así la posibilidad de ampliación de la nómina de derechos del hombre, porque otros pueden surgir y desarrollarse en el proceso siempre abierto de evolución social. Los que la Declaración del 48 enumera son algunos, si se quiere, los esenciales —tanto civiles y políticos, como sociales y culturales—, pero no es excluyente de otros, también inherentes a la naturaleza humana o que se derivan de la forma democrática de Gobierno, como sabiamente expresa el artículo 29 c) del Pacto de San José.

17 La Declaración contiene un Preámbulo propiamente dicho, denominado así en el texto, y una parte considerativa que expresa las razones por las que la IX Conferencia Internacional Americana adoptó la Declaración.

No analizaremos en detalle estos dos elementos preliminares del texto. Sin embargo, es necesario decir algo, porque contribuye a precisar los conceptos en cuanto a la naturaleza de la Declaración, su ubicación en el Sistema Regional Americano de Protección de los Derechos Humanos y respecto del concepto de los Derechos y Deberes del Hombre en el pasado y en el presente de América. La parte considerativa precisa muy bien el carácter de los Derechos Humanos como inherentes a la persona, que la protección internacional de estos derechos debe ser guía del Derecho Americano en evolución y que la etapa que resulta de la Declaración, unida a la que deriva de "las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados", establece el sistema mundial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que

deberían fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que estas circunstancias vayan siendo más propicias

La Declaración Universal de Derechos Humanos no tiene una parte análoga a ésta de la Declaración Americana

En cuanto al Preámbulo de la Declaración Americana, su párrafo 1 es la reproducción del texto del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas que se encuentra en el artículo 1 de la Declaración Universal.

Los restantes párrafos del Preámbulo de la Declaración Americana se refieren esencialmente a los deberes.

En el párrafo 2 se expresa que "Derechos y Deberes se integran correlativamente. ." La idea, correcta, deriva del artículo XIX del primer proyecto del Comité Jurídico, mantenido en el artículo XIX del proyecto de 1947. En el Grupo de Trabajo la idea pasó del articulado al Preámbulo.

El resto del Preámbulo trata sólo de los deberes, en una mezcla poco feliz de conceptos morales y jurídicos, poco clara, confusa e inútil.

La responsabilidad por este Preámbulo corresponde al Grupo de Trabajo de la VI Comisión de la Conferencia de Bogotá, ya que el Comité Jurídico no redactó un proyecto de Preámbulo.

La diferencia con el Preámbulo de la Declaración Universal es enorme. Éste es inspirado y profundo, provoca y emociona. Sólo se refiere la Declaración Universal a los deberes en el artículo 29.1.

La verdad es que el Preámbulo de la Declaración Americana no está a la altura de los grandes textos que se encuentran en la tradición jurídica de América

18 Los artículos I a XXVII enumeran los derechos proclamados. El artículo XXVIII fija los límites a que éstos se encuentran sometidos ("alcance de los derechos del hombre").

Estos derechos son: derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, igualdad ante la ley, libertad religiosa y de culto, libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, derecho a la protección de la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar, derecho a la constitución y a la protección de la familia, derecho a la protección a la maternidad y a la infancia, derecho de residencia y de tránsito, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia, derecho a la prevención a la salud y al bienestar, derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura, derecho al trabajo y a una justa retribución, derecho al descanso y a su aprovechamiento, derecho a la seguridad social, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los

derechos civiles, derecho de justicia (amparo), derecho de nacionalidad, derecho al sufragio y de participación en el Gobierno, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho de propiedad, derecho de petición, derecho de protección contra la detención arbitraria, derecho a proceso regular, derecho de asilo.

La virtud de esta enumeración de derechos está en que incluye los civiles y políticos, los económicos, los sociales y los culturales. Su principal defecto es la falta de un orden enumerativo sistemático y claro. La Declaración Universal es muy superior en este sentido. Sin embargo, la Declaración Americana enumera con mejor precisión los económicos, sociales y culturales, que la Declaración Universal resume excesivamente (artículos 22-27)

Obviamente no podemos estudiar la forma en que la Declaración Americana trata cada derecho. Sólo queremos referirnos a ciertas graves carencias. El artículo 1 es igual al artículo 3 de la Declaración Universal. Pero, en América era posible avanzar algo en cuanto al inicio del derecho a la vida, como lo hicieron los dos proyectos del Comité Jurídico Interamericano (CJI) (artículo 1). Nada dice la Declaración Americana sobre la pena de muerte. La omisión fue salvada en parte por la Convención Americana y será objeto de regulación especial en un futuro Protocolo, ya en elaboración, destinado a prescribirla. Lo más grave de esta omisión es que fue deliberada, porque la cuestión estaba en los dos proyectos del CJI y fue objeto de un proyecto de enmienda de Haití. Fue, pues, un claro retroceso.

Nada dice sobre la tortura, la esclavitud y la servidumbre, proscritas por el proyecto de la Declaración Universal (artículos 4 y 5), cuyo texto ya se conocía en Bogotá en abril de 1948.

Y en cuanto al derechos de propiedad (artículo XXIII), no se hace referencia a ninguna de sus limitaciones posibles, "por motivos de interés público o social", como lo hacían los Proyectos del Comité Jurídico (artículo VIII), tradición latinoamericana que, felizmente, retomó y consagró el artículo 21 del Pacto de San José.

En cuanto al artículo XXVII, en una fórmula muy concreta, expresa "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático". Aunque este artículo tiene una fuente indirecta en los artículos XIX de los dos proyectos del Comité Jurídico, es similar al párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal. Pero en este caso fue el texto americano el que influyó en el de Naciones Unidas, ya que el artículo 29 se redactó en París en septiembre-diciembre de 1948

El artículo XXVIII, asimismo, sirvió de fuente al artículo 32 2 del Pacto de San José que lo mejoró sustituyendo "bienestar general" por "bien común", y que, en cuanto al alcance de las limitaciones o restricciones posibles, incluyó el artículo 30, que obliga a que éstas deriven de la ley dictada por razones del interés general y con el propósito para el que fueron establecidas.³⁰

19 Los artículos XXIX a XXXVIII tratan de los Deberes del Hombre. Es necesario recordar que el primer proyecto del Comité Jurídico no contenía una enumeración de deberes. Sólo incluía un artículo, el XIX, que expresaba: "Los derechos y los deberes son correlativos, y el deber de respetar los derechos de los otros será, en todo tiempo, una restricción al ejercicio arbitrario de los derechos". Explicó el Comité esta norma en los términos siguientes:

El principio amplio de que todos los derechos y deberes son correlativos es, como el principio de igualdad ante la ley, una condición esencial para el ejercicio de los Derechos Humanos. El derecho de una implica el deber correlativo de parte de otros de respetarlo, así como a él le corresponde el deber recíproco de respetar el derecho de los otros. La función primordial del Estado es armonizar los derechos de los unos con los de los otros, y prescribir penalidades para la violación de esos derechos.

El proyecto de Declaración simplemente repite una condición necesaria de la ley y del orden, sin la cual resultaría vana toda reclamación con respecto a la violación de algún derecho.

Los deberes del individuo con relación a los de los otros, y con relación a la comunidad como conjunto, son, por lo tanto, consecuencia lógica de los derechos que el individuo posee. Si de tiempo en tiempo es necesario reafirmar los Derechos Humanos fundamentales, como parece serlo en la actualidad, ello deberá hacerse teniendo en consideración los deberes correlativos. Como miembro de un Estado democrático, el hombre debe estar preparado para cooperar en la protección de los derechos de sus semejantes, con una firmeza no inferior a la que emplearía para detender los propios. Su derecho a la vida no es mayor que el de los otros. Su libertad debe ser una libertad que permita a los otros ser igualmente libres.³¹

El segundo proyecto seguía la misma estructura y su artículo XIX disponía "Los derechos y los deberes son correlativos y el deber de respetar los derechos de los otros determina, en todo tiempo, el alcance

³⁰ Opinión Consultiva OC 6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹ Comité Jurídico Interamericano, *Recomendaciones e Informes, 1945-1947*, Río de Janeiro, 1950, pp. 106-107.

de los derechos propios" En el comentario a este artículo sólo se agrega que la nueva redacción es más lógica y clara para expresar la idea fundamental que la norma regula.³² La afirmación del carácter correlativo de los derechos y deberes pasó al Preámbulo de la Declaración Americana y se recogió en el artículo 32 del Pacto de San José.

El Grupo de Trabajo de la VI Comisión de la Conferencia de Bogotá prefirió no incluir el artículo proyectado por el CJI, y aunque reconoció y aceptó la idea de la correlatividad, quiso enumerar los derechos y hacer por separado lo mismo con los deberes.³³ Igual criterio fue seguido por la Comisión VI y por la Conferencia.³⁴

La correlatividad de los derechos y deberes del hombre es un criterio tradicional de la filosofía política y del derecho americanos, que se encuentra en todo el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano desde comienzos del siglo XIX.

20 La enumeración de los deberes en forma individualizante caracteriza a la Declaración Americana y la distingue de la Declaración Universal, que siguió otro criterio (artículo 29 I). En cambio, puede decirse que la Declaración Americana, en este aspecto, ha sido una de las fuentes de la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos, de 1981 (artículos 27-29, Capítulo 2).

La fórmula, o mejor dicho, el sistema seguido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es interesante y digno de atención. Sin perjuicio de reservas en cuanto a la redacción del articulado al respecto y de la forma en que la cuestión de los deberes está enunciada en el Preámbulo, no hay duda de que fue un acierto encarar esta cuestión en la Declaración, cuestión, por lo demás, que no podía ser objeto de igual tratamiento en la futura Convención, es decir, lo que fue luego el Pacto de San José. La doctrina ha prestado, por ello, especial atención a este aspecto de la Declaración Americana.³⁵

Sin embargo, pienso que la enumeración de deberes en la Declaración Americana es inútilmente extensa. Debía haber sido más concreta y precisa, destacando la correlatividad de derechos y deberes, y con

³² IX Conferencia Internacional Americana *op cit*, vol V, p. 462.

³³ *Ibid*, vol V, p. 477.

³⁴ *Ibid*, vol V, p. 513.

³⁵ René Cassin, *De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*. *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Pédone, Paris, 1968, pp. 179-489; Eric-Heinrich Daus, *Los deberes de toda persona respecto de la comunidad y las limitaciones de los derechos y libertades humanas según el artículo 29 de la Declaración Universal*. Naciones Unidas, Nueva York, 1990, pp. 66 y ss.

respecto a quiénes existen los deberes. De todos modos, la enumeración de deberes hecha por la Declaración es importante, ya que, mientras que con relación a los Derechos Humanos, la Convención Americana de 1969 los ha vuelto a numerar, estableciendo las obligaciones de los Estados parte a su respecto y organizando el mecanismo internacional de aplicación y protección; en cuanto a los deberes del hombre no hay otro texto posterior, con excepción del artículo 32 de la Convención. Es por ello que la Declaración guarda una significación especial con relación a los deberes del hombre en el Sistema Interamericano.

Es asimismo útil, y hasta necesario, señalar que la enumeración expresa de los deberes del hombre y la afirmación de su correlatividad con los derechos, no significa subordinar los derechos a los deberes, ni situar a los Derechos Humanos en un nivel inferior a los deberes, o de condicionamiento para su existencia al pleno conocimiento de éstos.

Sólo importa aceptar las consecuencias de la correlatividad de derechos y deberes del hombre para la existencia de un orden jurídico, en el que el equilibrio armónico de derechos y deberes es la garantía de la existencia de una comunidad libre, justa y pacífica.

21. El primer proyecto del CJI contenía, como ya vimos, un artículo XX sobre la incorporación de la Declaración a las leyes internas, fundado en la idea de que la Declaración debía tener una forma convencional.

El segundo proyecto eliminó esta propuesta, por considerarla obvia si la Declaración revestía la forma de un tratado.

Tal como fue aprobada en 1948, la Declaración se concibió como una proclama de principios, con valor político y moral,³⁶ como el primer paso de un proceso

Hay que hacer constar que Brasil, Colombia y Uruguay presentaron un proyecto de creación de una jurisdicción internacional para la protección de los Derechos Humanos.³⁷ La resolución XXXI encomendó al CJI la elaboración de un proyecto de Estatuto para una Corte Interamericana, pero la cuestión quedaría para su inclusión en lo que luego fue el proyecto de Convención en la materia, elaborado a partir de 1959, que después fue el Pacto de San José de 1969

³⁶ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Los Derechos Humanos*, Editorial Temis, Bogotá, 1980, p. 103

³⁷ *IX Conferencia Internacional Americana, op. cit., Actas y Documentos*, vol. V, Uruguay, p. 463, Brasil, p. 464. Sobre el proyecto de Colombia véase informe del Relator de la VI Comisión

22 No hemos de entrar al tema de la fuerza jurídica de la Declaración Americana, ni de su valor como fuente de Derecho Internacional, tema que ha de ser tratado por otros expositores. Sin embargo, no puedo ocultar que personalmente estimo que, en cierta forma, ha superado hoy la asignación de un carácter únicamente moral y político.

A los efectos de esta disertación sólo cabe decir que la duda inicial, que existía en los proyectos del CJI, en el sentido de que pese a llamarse Declaración debía ser parte de un tratado o convención, quedó superada en Bogotá en donde se optó por un texto meramente declarativo, aprobado por una resolución XL de la Conferencia de Chapultepec que se refería a "una Declaración adoptada en forma de Convención por los Estados"

En Bogotá, como resulta claramente del Preámbulo de la Declaración, se concibió a la Declaración como un primer paso que debía ser complementado después por un instrumento convencional, que estableciera las obligaciones de los Estados, determinara los órganos de aplicación y ejecución y precisara las sanciones por la violación de las normas internacionales.

23. Esta fórmula exclusivamente declarativa no se adoptó por unanimidad. Bolivia, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras y Uruguay votaron a favor de un Tratado ³⁸ Algunos votos en contra de la fórmula convencional, como los de Chile, Costa Rica y Venezuela, sólo pueden explicarse por la naturaleza de los gobiernos que entonces había en esos países.

24 La doctrina no prestó una atención muy especial a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y a su valor jurídico. La verdad es que si se exceptúa el excelente comentario que ya en 1949 hizo Dardo Regules,³⁹ quien fuera presidente de la delegación del Uruguay en Bogotá, con una interpretación progresista y adelantada, poco es lo que se escribió en los años siguientes a su adopción.

³⁸ El Relator de la IV Comisión de la Conferencia de Bogotá trató extensamente la cuestión Véase, vol V, p 512

³⁹ Dardo Regules, *op cit*, pp 97-109 Véase también Germán Fernández del Castillo, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", en la *IX Conferencia Internacional Americana*, México, 1948. Muy posteriormente Luis Díaz Müller, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos la Declaración y la Convención Americana", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año I, núm 1, 1986, p 35

Posteriormente, las obras generales sobre el Sistema Interamericano poco dicen al respecto.⁴⁰ Los libros o trabajos sobre el Sistema Interamericano en materia de Derechos Humanos, de esa época, tampoco agregaron mucho. Yo mismo, aunque me he referido a estas cuestiones en anteriores estudios míos, no lo he tratado con la profundidad requerida.

En años recientes, este estudio de la Declaración y de su valor jurídico como fuente del Derecho ha progresado mucho, sobre todo por los trabajos de los profesores Thomas Buergenthal, Rafael Nieto, Pedro Nikken y Ernesto J. Rey Caro.⁴¹

25. Hoy, la Declaración Americana —y sin entrar al tema general de su valor y fuerza jurídicos— está citada y referida en un tratado internacional multilateral, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo Preambulo (párrafo 3) afirma que “los principios” relativos a la relación entre la democracia y el respeto de los Derechos Humanos y a que estos derechos son consustanciales con la persona humana, razón por la cual se justifica su protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria del derecho interno, han sido “consagrados”, entre otros instrumentos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y cuyo artículo 29 d) prohíbe interpretar la Convención en el sentido de “excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”.⁴²

⁴⁰ José Joaquín Cordero Castillo, *El Derecho Internacional en el Sistema Interamericano*, Madrid, 1970, pp. 77 y 202; Ann Van Wyck y Thomas y A. J. Thomas, *La Organización de los Estados Americanos*, México, 1968, p. 274 y John C. Dreier, *The Organization of American States*, New York, 1962, p. 103; Diego Uribe Vargas, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, 1972, pp. 216-224; Charles Fenwick, *The Organization of American States*, Washington, 1963, p. 163, y Gordon Connel-Smith, *The Inter-American System*, London, 1961, p. 289; Margaret Ball, *The OAS in Transition*, Durham, 1969, pp. 504-505.

⁴¹ Pedro Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, 1987, pp. 281-308; Thomas Buergenthal, ‘The Inter-American Court of Human Rights’, *American Journal of International Law*, Washington, vol. 76, 1982, p. 243; Ernesto J. Rey Caro, *Los Derechos Humanos a Treinta Años de la Declaración Universal. Estudios de Derecho Internacional*, Córdoba, 1980; Rafael Nieto Navia, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Bogotá, 1988.

⁴² Hector Gros Espiell, *Introducción a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Recopilación de Instrumentos Básicos IIDH*, San José, 1987, pp. VIII-IX.

VI

26 La Declaración Americana posee como fundamento el concepto tradicional del pensamiento americano de que las instituciones políticas en general y del Estado en particular "tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad" (Preámbulo, párrafo I)

El Estado está al servicio del hombre y los derechos de la persona humana no derivan de una atribución del Estado, sino que son inherentes a la naturaleza del hombre que resultan de su dignidad

De tal modo toda concepción transpersonalista, fundamento siempre del autoritarismo totalitario, es incompatible con la Declaración. De igual manera, la Declaración es inconciliable con los fundamentos de la doctrina de la seguridad del Estado y con unos pretendidos "derechos de la Nación", que nada tienen que ver con las competencias legítimas de los órganos, ejercidas dentro del marco constitucional

La justificación del Estado resulta de su aptitud para defender y proteger los Derechos Humanos mediante el establecimiento de un orden público —fundado en el bien común— en el que los "derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" (Declaración, artículo XXVIII).

De tal modo, el bien común,⁴³ entendido en el marco del respeto de los Derechos Humanos y de las exigencias de una sociedad democrática, pluralista, libre y abierta al cambio, es el objetivo del hacer estatal

27 Corolario de lo anterior es la relación que, en la Declaración, existe entre la Democracia y los Derechos Humanos.

Ello resulta del contenido general de la Declaración, del artículo sobre los derechos políticos, que exige que las elecciones populares se realicen por voto secreto y sean genuinas, periódicas y libres (artículos XX y XXXII) y de la referencia al "desenvolvimiento democrático" (artículo XXVIII)

Sin la democracia no puede existir realmente una sociedad política en la que los Derechos Humanos existan efectivamente. Y sin Derechos Humanos no puede haber democracia

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párrafos 29-30

Esta concepción fue reafirmada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Preámbulo, párrafo primero, artículos 23, 29 e) y 32 2).

VII

28. La Declaración Americana se adoptó en Bogotá, en abril de 1948. La Declaración Universal en París, en diciembre del mismo año. La influencia del proyecto de Declaración Universal —ya ampliamente difundido en los primeros meses de 1948—, en la Declaración Americana pese a la resolución de la VI Comisión de Bogotá, a la que ya nos hemos referido, no fue determinante. Algún párrafo del Preámbulo y algunos artículos (como por ejemplo el primero que sigue el proyecto de las Naciones Unidas [artículo 3] y no los del CJI), pueden citarse, pero es evidente que esta influencia no fue capital.

29. De igual modo, la influencia de la Declaración Americana en la Universal no fue muy grande. El Anteproyecto de ésta ya estaba listo cuando se adoptó la Americana y sólo era posible que este texto influyera en las etapas finales de redacción del último proyecto de la Comisión de Derechos Humanos y durante los trabajos de la Tercera Comisión de la Asamblea General que empezó en septiembre de 1948.

El Comité Especial de Redacción de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se reunió en mayo de 1948 y tomó oficialmente conocimiento de la Declaración Americana. La Comisión de Derechos Humanos se reunió poco después (III Período de Sesiones). Pero el anteproyecto ya preparado no se modificó en nada esencial para tomar en cuenta la Declaración Americana.

En cambio, en la III Comisión de la Asamblea General, la cuestión se planteó en términos distintos, ya que Cuba propuso que se adoptara como documento de base la Declaración Americana y no el proyecto elaborado por la Comisión de Derechos Humanos. Esta propuesta fue apoyada por muchos países americanos. Pero finalmente fue descartada, básicamente por la oposición de Chile y de algunas delegaciones europeas ⁴⁴

⁴⁴ Hernán Santa Cruz, *Cooperar o Perecer, 1941-1960*, Buenos Aires, 1984, tomo I, pp. 185-186, René Cassin, "La Déclaration Universelle", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, tomo 79, 1951, párrafos 20-29.

La Declaración Universal siguió las líneas generales del proyecto de la Comisión de Derechos Humanos. Se introdujeron, sin embargo, varios cambios a propuesta de delegaciones latinoamericanas, entre los cuales, el más significativo fue el concerniente a la modificación del artículo 29, a iniciativa del delegado de Uruguay, Justino Jiménez de Aréchaga, quien recoge una idea contenida en el artículo XXVII de la Declaración Americana ⁴⁵

30. La Declaración Americana debe estudiarse e interpretarse dentro del marco de los textos adoptados en la Conferencia de Bogotá. En efecto, no puede olvidarse que en la IX Conferencia se adoptó la Carta de la Organización, que contenía expresas referencias a la cuestión de los Derechos Humanos.

El Preámbulo de la Carta expresaba que "la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad..." (párrafo 1) y "que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre" (párrafo 3)

En el artículo 5, los Estados Americanos reafirman determinados principios y, entre ellos, la necesidad de que la organización política se realice "sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa" y la proclamación de los derechos fundamentales de la persona humana "sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo" [párrafos d) y j)] Y el artículo 13 relativo al derecho de cada Estado al desarrollo libre y espontáneo de su vida cultural, política y económica, establece que "en este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal"

La Declaración debe entenderse, por tanto, como el texto en materia de Derechos Humanos aprobado por la misma Conferencia que adoptó la Carta y, en tal sentido, es pertinente sostener que constituye una interpretación y un desarrollo de la misma, aunque su naturaleza jurídica sea diversa y no constituya un texto convencional

Aunque la interpretación del artículo 5, párrafos d) y j) de la Carta de Bogotá hecha por el Comité Jurídico Interamericano fue tímida y limi-

⁴⁵ Hernán Santa Cruz, *op. cit.*, p. 192, Erica-Irene A. Daes, *Los deberes de toda persona*, *op. cit.*, Naciones Unidas, 1990. Una minuciosa comparación de la Declaración Americana con la Declaración Universal, puede encontrarse en Carlos García Bauer, *Los Derechos Humanos, Preocupación Universal*, Guatemala, 1960, pp. 108 y ss

tativa y no le dio a estas normas el efecto que era posible atribuirles, la Declaración Americana adquiere una nueva significación y sentido, entendida en el marco del desarrollo y aplicación de la Carta de Bogotá.

31 La Declaración ha de ser comprendida, asimismo, teniendo en cuenta otras resoluciones y convenciones adoptadas en la Conferencia de Bogotá que contribuyen a fijar el marco conceptual necesario en materia de Derechos Humanos. Cabe citar al respecto la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer y las resoluciones del Acta Final XXII (Justicia Social), XXXI (Carta Interamericana de Derechos del Hombre), XXXII (Preservación y Defensa de la Democracia en América) y XXXVIII (Derecho de Resistencia). Nos referiremos por separado a la XXIX (Carta Internacional Americana de Garantías Sociales).

32 Es preciso relacionar la Declaración Americana con la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La Declaración, como vimos, enumera no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales (artículos VI, VII, XI, XII, XIII, XIV, y XV). La Carta Internacional Americana, texto adoptado también en Bogotá, en 1948, posee igual naturaleza jurídica que la Declaración. No es un tratado internacional, sino otra declaración adoptada por medio de una resolución de la Conferencia. Este hecho, la simultaneidad de la adopción y la identidad de los principios en que ambos textos se fundamentan, explican por qué la Carta es un instrumento que debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana sobre los Derechos Sociales.

La Declaración fue adoptada por unanimidad en el Plenario de la Conferencia. La Carta de Garantías Sociales no contó con el voto de los Estados Unidos. Todos los países latinoamericanos coincidieron en el apoyo de los dos textos.

33 Ya hemos visto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), se refiere a la Declaración Americana en el Preámbulo y en el artículo 29. Señalamos asimismo las consecuencias jurídicas que la referencia a la Declaración en el párrafo d) del artículo 29 de la Convención puede tener para comprender el actual valor jurídico de la Declaración. Pero el artículo 29, d) se refiere no sólo a la Declaración, sino también a "otros actos internacionales de la misma naturaleza". Y entre estos actos puede incluirse a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

34 De tal modo, la Carta de la Organización —ahora en su versión reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, y mañana, cuando entre en vigencia, por el Protocolo de Cartagena de Indias—, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, forma un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que la componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente, y en la cual cada uno de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros

35 Después de años en que el tema del progreso de la protección regional de los Derechos Humanos sufrió una desaceleración, la Declaración Americana adquirió nuevas posibilidades y renovado sentido con la creación, en 1959, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959, Resolución VIII), decidió crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta misma resolución, en su parte preambular, recuerda que “once años después de proclamada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre un Convenio”

La creación de un órgano, la Comisión, encargado de “promover el respeto de los Derechos Humanos” tuvo una importancia primordial para la aplicación de la Declaración, porque estos derechos eran los Derechos Humanos enumerados en la Declaración (artículo 2 del primer Estatuto de la Comisión, 8 de junio de 25 de mayo de 1960)

Todavía hoy, luego de entrada en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para los Estados no partes en ella, los derechos que la Comisión promueve y protege son los enunciados en la Declaración (artículos 2 b y 20 a del Estatuto en vigor desde 1979)

36. No corresponde a nuestro trabajo estudiar la aplicación de la Declaración Americana por la Comisión, tema que será analizado por otro expositor, pero es pertinente adelantar la significación que ha tenido la Declaración en las labores de la Comisión, ya que, entre 1960 y 1969 la Declaración fue el único texto aplicable —sin perjuicio de la Carta de la Organización— y después de 1969 ha seguido siendo el aplicable a los Estados no partes en la Convención. El número de Estados no partes en ésta disminuye constantemente, pero entre éstos se ubicaron en su momento Argentina, Chile (aún no es parte), Para-

guay (aún no es parte), Surinam, Bolivia, Brasil (aún no es parte), Cuba (aún no es parte), Nicaragua, Guatemala y Uruguay

37. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los dos órganos competentes "para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes" en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 33 b) En principio, por tanto, su competencia se limita a la aplicación de la Convención. Sin embargo, puede llegar a tener que considerar lo dispuesto en la Declaración Americana, tanto en el ejercicio de su competencia consultiva (artículo 64), como de la contenciosa, en especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 29, letras c) y d) de la Convención La Corte no ha estudiado hasta hoy la cuestión de manera directa e inmediata. Pero lo hará en la Opinión Consultiva OC-10, para contestar la solicitud hecha por el Gobierno de Colombia.

La Corte ha citado varias veces la Declaración En la OC-1, en cuanto al propósito de integrar el sistema regional con el universal en materia de protección de los Derechos Humanos ⁴⁶

En la Opinión Consultiva OC-6 se citó el Preámbulo de la Declaración Americana para precisar el concepto de bien común en el artículo 32 2 de la Convención, sosteniendo que ha de concebirse como elemento integrante el orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es "la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad".⁴⁷ Y volvió a citar la Declaración en el párrafo 30, al afirmar que los derechos del hombre "tienen como fundamento los atributos de la persona humana" ⁴⁸

VIII

38 Cuarenta años después de adoptada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es necesario intentar algunas reflexiones sobre lo que este texto ha significado y significa hoy.

⁴⁶ Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982 Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte, párrafo 43

⁴⁷ Declaración, Considerando, párrafo 1, Opinión Consultiva OC-6 del 9 de mayo de 1986 La expresión leyes párrafo 29

⁴⁸ Declaración, Considerando, párrafo 2

Entre 1948 y 1959, la Declaración no tuvo una significación importante ni influyó en el progreso del respeto de los Derechos Humanos en el continente. En la X Conferencia Interamericana (Caracas, 1954), se adoptaron algunas resoluciones que invocaron la Declaración,⁴⁹ pero nada se adelantó realmente. El entusiasmo idealista y democrático de Chapultepec, ya algo disminuido en Bogotá, siguió un proceso de declinación. La guerra fría y el retroceso democrático en América Latina hacían que no existieran condiciones para una valoración de la Declaración, traducida en su acatamiento efectivo —y no sólo verbalista— y en la impulsión de un proceso ascendente en cuanto a la promoción y protección regional de los Derechos Humanos. La Conferencia de Caracas fue el mejor ejemplo de este retroceso político respecto de los Derechos y Deberes del Hombre en el Sistema Interamericano. El clima comenzó a cambiar a fines de la década de los 50. La Conferencia de Cancilleres de Santiago (1959) —ya que la XI Conferencia Interamericana nunca llegó a celebrarse—, marcó un hito en este proceso de recuperación, ya que la creación de la Comisión Interamericana de Derechos, la Declaración de Santiago sobre la Democracia y la decisión de proceder a elaborar un proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituyeron las bases para la aplicación, por primera vez realmente posible, de la Declaración Americana de 1948.

Entre 1959 y 1969, el establecimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, su primer Estatuto de 1960, el comienzo de sus actividades y la referencia a las normas de la Declaración en el trabajo de promoción y protección a cargo de la Comisión, hicieron que la Declaración adquiriera nuevas posibilidades e importancia.

La elaboración del Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río, 1965)⁵⁰ y el Protocolo de Buenos Aires de Reforma a la Carta de la OEA (1967),⁵¹ significaron la aceleración de este proceso. La Declaración

⁴⁹ Resolución IV, Proyecto de Carta Cultural de América I b), Resolución XXXVII, Fortalecimiento del Sistema de Protección de los Derechos Humanos, párrafo 1, Resolución de Caracas, Resolución XV, Preámbulo, párrafos 1 y 3.

⁵⁰ La II Conferencia Interamericana Extraordinaria amplió las competencias de la Comisión, modificó su Estatuto e impulsó el proceso de elaboración de la futura Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵¹ Héctor Gros Espiell, "L'OEA" en UNESCO, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. Paris, 1978, p. 611, Thomas Buergenthal, "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", *American Journal of International Law*, Washington, vol. 69, núm. 4, pp. 826-836.

Americana de Derechos del Hombre constituyó el derecho positivo aplicable por la Comisión para tipificar la violación de esos derechos cometida por los Estados Americanos miembros de la OEA. Por lo demás, continuando el ejemplo de las Naciones Unidas —en el que la Declaración Universal, luego de un largo proceso de elaboración cumplido entre 1949 y 1966, fue seguida por los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y por el Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos—, la Declaración fue una de las fuentes, junto a la Convención Europea de 1950 y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José en 1969.

Entre 1969 y 1978, en que entró en vigencia el Pacto de San José, la Declaración Americana siguió siendo el texto internacional aplicable por la Comisión Interamericana según sus Estatutos de 1960 y 1968,⁵² para ejercer sus competencias de promoción y protección (artículos 51, 112, y 150 de la Carta Reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967). Éste fue un periodo difícil, en el que, en un nuevo *ricorsi* se asistió a la violación masiva de los derechos proclamados por la Declaración Americana, con intentos teóricos de justificación (guerra anti-subversiva doctrina de la seguridad nacional, etcétera).

Después de 1978, la coexistencia de la Declaración con la Convención Americana, ya en vigor, planteó nuevos problemas, por el hecho de que la Convención es aplicable sólo a los países parte (grupo de países que se ha ido ampliando gradualmente hasta llegar hoy al número de 21). Esto no significa, sin embargo, que la declaración haya perdido toda importancia para los países parte en la convención, ya que, en cuanto a los deberes del hombre, es el único texto de referencia que hay que considerar, ya que la Convención sólo contiene la norma genérica del artículo 32 1 y, además, porque la propia Convención, en cuanto a los derechos, se refiere a la Declaración en su artículo 29 d), prohibiendo toda interpretación del Pacto de San José que excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración.

Políticamente estos años posteriores a 1978 han visto, sobre todo a partir de 1984, el ocaso y el fin de muchos gobiernos caracterizados por graves violaciones de los Derechos Humanos. Si el proceso de democratización se afirma y se extiende y continúa aumentando el nú-

⁵² Estatuto reformado por la Resolución XXII de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria y por el Consejo de la Organización, el 24 de abril de 1968, artículos 2 y 9 bis a)

mero de Estados parte en la Convención, la Declaración dentro de este marco, tendrá una nueva y generalizada importancia.

39 El camino iniciado en Bogotá, en 1948, en materia de Derechos Humanos, no ha sido rectilíneo, ni siempre ascendente. Pero nadie duda de que la línea general, pese a retrocesos circunstanciales, ha sido de progreso y avance. El "paso inicial" dado en 1948 ha permitido adelantos que entonces parecían imposibles.

La conciencia del necesario respeto de los Derechos Humanos se ha afirmado como un extremo ineludible y necesario, sin el cual no puede haber ni desarrollo político ni económico, ni social. La convicción de que sin efectividad de los Derechos Humanos no puede haber democracia, es hoy una verdad axiomática en América.

La existencia de un sistema regional de protección de los Derechos Humanos, a cargo de la Comisión y de la Corte, con todo lo que implica el control jurisdiccional a cargo de ésta, significa una conquista trascendente de proyecciones enormes.

La realidad presenta aún graves elementos negativos en la materia. La guerra, el terrorismo, la subversión, la prepotencia estatal, el autoritarismo, la injusticia, la miseria, la incultura son, entre otros, elementos que habrá que vencer y reducir en su significación para llegar a una situación medianamente aceptable en cuanto al respeto de los Derechos Humanos.

Pero el camino recorrido ha sido muy importante, y el progreso conceptual, jurídico, político y práctico, innegable.

En esta empresa por el respeto de los Derechos Humanos, abierta e inacabada, que es en sí misma un acicate para la lucha y un motivo de fe y de confianza en el hombre, en su libertad y en la justicia dentro de un orden democrático, la Declaración Americana ha cumplido y tiene aún que cumplir un papel de importancia trascendente.

40. Si hoy hubiera que hacer un juicio sobre la significación que ha tenido y tiene la Declaración Americana, esta opinión tendría necesariamente que señalar elementos diferentes que tienen que ser valorados en forma distinta. Por lo demás, no puede olvidarse que la conmemoración de un aniversario no debe llevar al elogio y al ditirambo, dejando de lado la verdad y la justicia crítica.

El texto y la estructura de la Declaración Americana dejan mucho que desear. Sin perjuicio de algunos aciertos, la redacción es menos precisa y cuidada que el proyecto final del Comité Jurídico. El Preámbulo es objetable en muchos aspectos. El orden de la enumeración de los derechos es caótico y se han omitido, como ya señalamos, algunos

temas que debían haber sido incluidos. La enunciación de los deberes es excesivamente extensa y discursiva, confundiendo elementos morales y jurídicos.

La Declaración Universal está mucho mejor redactada, es más concreta y coherente, y su Preámbulo tiene una grandeza conceptual y política de la que carece el de la Americana

En cambio, debe destacarse positivamente, en la Declaración Americana, la amplia enunciación de los derechos económicos, sociales y culturales, la afirmación de la correlatividad entre derechos y deberes y el criterio general sustentado respecto de las posibles limitaciones a los derechos proclamados.

41 Pero más allá de las objeciones formales de carácter general y a las salvedades por algunas omisiones no justificadas, no puede olvidarse que la Declaración tuvo, y tiene, histórica y políticamente, una importancia destacadísima.

En 1948 hubiera sido imposible, en América, adoptar una Convención sobre Derechos Humanos. Pensar que la Declaración hubiera podido tener forma convencional era entonces una peligrosa utopía. Peligrosa porque si se hubiera adoptado entonces un tratado hubiera sido incompleto, defectuoso, sin un adecuado sistema de aplicación, y lo que es peor, no hubiera entrado en vigencia por falta de firmas y ratificaciones.

La Declaración, concebida como un primer paso, en cambio, inició un proceso, hizo posible comenzar el camino hacia la Convención, ya con precedentes a utilizar y con el beneficio de la evolución política cumplida. Pero, además, la Declaración, aplicable a todos los países americanos —cualquiera que fuera el valor jurídico que se le asignaba—, permitió citarla y referirla a todas las violaciones de los Derechos Humanos en América, cosa que con un tratado hubiera sido imposible, y tomarla como enunciación del derecho a utilizar por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos después de su creación en 1959.

Por último, la Declaración Americana tiene la gran importancia de haber sido el primer texto de este tipo adoptado en el mundo. Es, pues, un documento de valor histórico eminente, que se sitúa en el inicio del proceso hacia el reconocimiento y protección internacional de los Derechos Humanos

Esta virtud de haber abierto un camino, en una materia tan fundamental y determinante, es lo que le asigna su mayor valor y justifica plenamente la recordación de que hoy es objeto.

DERECHOS HUMANOS: ÉTICA, DERECHO Y POLÍTICA*

I

1 La importancia determinante que hoy poseen los Derechos Humanos, tanto a nivel interno como a nivel internacional, justifica plenamente que se le estudie desde los puntos de vista ético, jurídico y político.¹

Las breves reflexiones que hacemos al respecto están referidas al tema, considerándolo desde un ángulo internacional. Sin embargo, es evidente que lo esencial de las ideas que hemos de exponer se aplica también, por la naturaleza misma del tema, a la cuestión de los Derechos Humanos ante el Derecho Interno y ante la política interior.

II

2. El problema de las relaciones entre la materia relativa a los Derechos Humanos y la ética puede ser encarada de diversas maneras.

En primer término, dándose cuenta de que hoy, ante lo que es la moral social de nuestros días, uno de cuyos aspectos es la moral internacional, es imposible concebir una ética que no se base en el respeto de los derechos de cada ser humano, por el Estado y por los demás hombres, en la comprensión de que su naturaleza es el resultado de una idea de lo que es el hombre en su relación con la organización política, de que estos derechos son una emanación de la dignidad² emi-

* *Revista del Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos*, núm 9, enero-junio, 1989

¹ N Politis, *La Morale Internationale*, Neuchatel, 1943, p. 31; H Krauss, "La Morale Internationale", *Académie de Droit Internationale, Recueil des Cours*, vol 16, 1927

² Arturo Ardao, "El hombre como objeto axiológico", en *Estudios en honor de Rusteri Frondizi*, Barcelona, 1980, p 74, dice: "Pero en todo momento cualquiera que sea su grado de dignidad o de indignidad moral, ostenta aquella anterior dignidad que le viene, no de ser un hombre de dignidad, sino de tener la dignidad de hombre. Semejante dignidad, anterior e independiente de la dignidad, que ni se conquista ni se pierde, es una dignidad, a

nementemente de la persona y qué derechos y deberes se han de integrar correlativamente para asegurar un orden de libertad, paz y justicia.

El respeto de los derechos de los demás, como un deber que asegura mis propios derechos y el respeto de los derechos de todos, es un presupuesto necesario, a su vez, para que el Estado y el Gobierno encuentren su justificación. Puede decirse que esto es hoy un principio ético fundamental

3 Entrando ya a la relación entre Ética y Derechos Humanos, derechos que están reconocidos y garantizados por un orden jurídico, es obvio que moral y derecho deben prestarse recíproco sostén y que "la moral debe ser la base más firme y segura del derecho"³ Como se ha dicho con razón, gran parte del derecho "está dominado por la ley moral".

El Derecho de los Derechos Humanos, por ende, ha de fundarse, y se funda efectivamente, en una moral, sin la cual no le es posible sustentarse y no puede aplicarse eficazmente.

4. Pero, además, no hay que olvidar que múltiples conceptos utilizados en el derecho positivo son conceptos morales, cuya acepción sólo puede ser dada por la ética⁴

Es esto lo que se ha llamado el reenvío por parte del derecho a conceptos morales, que en virtud de este recurso pasan a integrar la normativa jurídica⁵

5. Algunos de estos reenvíos tienen carácter genérico y se refieren a instituciones del Derecho que se encuentran recogidas tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno

La idea misma de Justicia —que impregna, da sentido, legitimidad y validez a todo el Derecho— es en el fondo, "una noción moral"⁶

No hemos de enumerar naturalmente, todos los conceptos morales de tipo general que han pasado a integrar la normatividad jurídica

Pero puede ser útil dar algunos ejemplos de casos de particular importancia en el Derecho Internacional y, en especial, en el Derecho In-

— — —
diferencia de aquella, ontológica tanto como axiológica. En otros términos, no ya axioética como la dignidad moral, sino, originariamente, axio ontológica"

³ N. Covello, *Doctrina General del Derecho Civil*, México, 1938, p. 5

⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1914, p. 1

⁵ Santi Romano, Diritto e Morale, en *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milán, 1947, p. 75, Giorgio del Vecchio, Unità fondamentale dell'Etica nelle forme della morale e del diritto, en *Nuova Silloge de Temi Giuridice e Filosofici*, Turin, 1963, p. 25

⁶ Henry Bergson, Les Deux Sources de la Morale et de la Religion, en *Oeuvres*, París, 1970, p. 1033

ternacional de los Derechos Humanos. Señalaremos tres: *pacta sunt servanda*, abuso del derecho y buena fe.

El principio fundamental del Derecho Internacional, *pacta sunt servanda*, es, en el fondo, una idea moral ⁷

La idea de abuso del derecho sólo puede comprenderse recurriendo a criterios éticos.⁸

Y en cuanto a la buena fe⁹ de tan honda significación en el tema que nos ocupa,¹⁰ ha tenido una recepción jurídica expresa en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.2) y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 3.c).

Inútil es señalar qué enorme importancia en materia de Derechos Humanos, de su respeto y garantía, tiene la aplicación de los conceptos de *pacta sunt servanda*, abuso del derecho y de buena fe, entendidos en función de las exigencias de la ética de nuestros días.

6 Naturalmente otros muchos ejemplos podrían citarse, específicamente en el Derecho Interno, con referencia al Derecho Civil y al Derecho Penal, en particular de reenvío a conceptos morales. Pero ello es imposible en este breve trabajo y, además, nos alejaría de la consideración del tema de los Derechos Humanos y de la ética con referencia a su reconocimiento y protección internacionales.

7 En Derecho Internacional además de estos "reenvíos" genéricos por la utilización en textos jurídicos de conceptos que sólo pueden ser entendidos con relación a la moral, hay también otros muchos casos en que hay un reenvío, expreso y específico, a la moral en cuanto tal.

Daremos algunos muy pocos ejemplos con relación específica a nuestro tema

⁷ Rolando Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, 5a ed., Nápoles, 1968, p. 37

⁸ Louis Josserrand, *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité, Théorie dite de l'abus des Droits*, París, 1939, pp. 4-5, N. Politis, "Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux", *Académie de Droit International Recueil des Cours*, vol. 5, 1924

⁹ Giorgio del Vecchio, "La verità nella Morale e nel Diritto", en *Studi sul Diritto*, Milán, 1958, vol. II, pp. 220-221

¹⁰ Jules Basdevant, "Règles Générales de Droit de la Paix", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, 1936, IV, vol. 58, "Le principe de la bonne foi", pp. 520-522, Elizabeth Zoller, *La Bonne foi en Droit International*, París, 1978, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1978, artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales, 1986, artículo 31.1, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General (Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional) el principio de que los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones que han asumido conforme a la Carta

8. La Carta de la Organización de Estados Americanos,¹¹ en su Preámbulo, expresa que “la seguridad y la paz” han de estar fundadas “en el orden moral y en la justicia”

De tal modo se afirma no sólo la necesaria “convergencia” del Derecho y la moral, la impuesta “coherencia” de ambos órdenes normativos,¹² sino que se da a la organización jurídica de la paz y la seguridad un fundamento moral, extremo imprescindible para que la paz no sea un concepto meramente negativo y para que, por el contrario, se sustente en una voluntad de justicia, condición para que aspire a ser permanente y adquiera su verdadero sentido¹³

Esta referencia al “orden moral”, en el Preámbulo de la Carta de la OEA, es especialmente significativo, porque entre “los principios” que los Estados Americanos reafirman, se encuentran los de buena fe (artículo 3.c), la democracia representativa (artículo 3.d.) y el respeto “de los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo” (artículo 3.j).

El artículo 16 de la Carta de la OEA dispone: “Cada Estado tiene el derecho de desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural y política. En este libre desenvolvimiento respetar los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.

De tal modo, el derecho soberano de cada Estado a organizarse libremente está limitado por los derechos de la persona humana, que deben siempre respetarse, en base al principio de que el Estado está al servicio del hombre y de la moral universal, que impregna, da sentido y fundamento a todo el orden jurídico

9 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Preámbulo, al referirse a los “deberes de orden jurídico”, dice que éstos “presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan” (párrafo 3), llegando a sostener que “el

¹¹ Adoptada en la Conferencia de Bogotá (1948) y reformada por el Protocolo de Buenos Aires (1967)

¹² Giorgio del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Milán, 1946, pp 207-208

¹³ Pío XII, Encíclica *Summi Pontificatus*, 20/X/1939, párrafo 11, en que dice: “Y ante todo es cierto que la raíz profunda y última de los males que deploramos en la sociedad moderna es el negar y rechazar una norma de moralidad universal, así en la vida individual como en la social y en las relaciones internacionales” Juan XXIII; Encíclica *Pacem in Terris*, 1963 “Una ordenación jurídica en armonía con el orden moral y que responda, al grado de madurez de la comunidad política, constituye, no hay duda, un elemento fundamental para la actuación del bien común” (Tipografía Poliglota Vaticana, p 20)

deber del hombre es acatar siempre la moral y las buenas costumbres" (párrafo 5).

Y el artículo XII contiene asimismo una expresa referencia a la moral cuando expresa: "toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, *moralidad* y *solidaridad* humanas".

10 En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), aunque de forma no explícita, se encuentra también este recurso a conceptos de naturaleza moral. No sólo por la referencia a la Declaración Americana (artículo 29.a) sino por la utilización de fórmulas que implican conceptos de moral ("deberes para con la familia", por ejemplo, en el artículo 32.1)

11. Podría seguirse este mismo método, reparando lo que se encuentra al respecto en otros instrumentos universales o regionales en materia de Derechos Humanos.

Es imposible hacerlo ahora, salvo en lo que se refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo 40o. Aniversario nos encontramos conmemorando.

12 La Declaración Universal no se refiere a la moral en su Preámbulo, pero sí a la Justicia —noción eminentemente moral— que está en la base de todo orden jurídico

El artículo 1, al hacer del comportamiento "fraternal" una de las bases de la convivencia entre seres dotados de razón y conciencia, invoca una idea que, como la de fraternidad, sólo puede comprenderse en el marco de la moral.

Y el artículo 29, relativo a los límites posibles de los Derechos Humanos, afirma que estos límites sólo pueden ser establecidos "por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática". De tal modo, en la Declaración Universal, de la moral, así como del orden público y el bienestar general en una sociedad democrática, resultan "justas exigencias" que la ley puede tener en cuenta para limitar los Derechos Humanos de cada hombre con la finalidad de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás.

13 Puede entenderse, por tanto, que hoy día el respeto de los Derechos Humanos no sólo es una exigencia ética, que se impone incluso internacionalmente, sino que la aplicación de los instrumentos relativos a su reconocimiento y garantía internacionales está condicionada, expresa o implícitamente, por conceptos y criterios morales.

No se comprende, por ende, actualmente, la cuestión de los Derechos Humanos, sin esta conjunción; coherencia e imbricación entre moral y derecho.

III

14. El Derecho de nuestros días, en especial en el Estado de Derecho Democrático, es un Derecho destinado a asegurar el respeto de los Derechos Humanos, dentro de un orden de paz y justicia que asegure la armónica libertad de todos.

Y éste es un objetivo del Derecho todo, del Derecho Interno y del Derecho Internacional.

15. La protección jurídica internacional de los Derechos Humanos sigue siendo subsidiaria de la protección internacional. El principio del previo agotamiento de los recursos internos continúa siendo de necesario acatamiento, pero, al mismo tiempo, se ha comprendido que debe regularse y aplicarse de forma tal que no sea una fórmula para escamotear o impedir el control internacional¹⁴

16. La materia relativa a los Derechos Humanos ha dejado de ser una cuestión reservada exclusivamente a la jurisdicción interna. La interpretación actual del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, afirmada incluso por la Corte Internacional de Justicia, permite concluir que la protección internacional de los Derechos Humanos, cuando resulta del Derecho Internacional en vigor, puede legítimamente estar a cargo de una jurisdicción internacional¹⁵

Los sistemas vigentes de protección, como el europeo, el americano y el africano —y obviamente la existencia y funcionamiento del Sistema Universal de Naciones Unidas— son la mejor prueba práctica de la precedente afirmación.

17. El ser humano ha pasado a ser un verdadero, aunque limitado aún, sujeto de Derecho Internacional. El proceso para la generaliza-

¹⁴ Antonio Augusto Cançado Trindade "O Esgotamento dos Recursos Internos em Experimentos Contemporâneos das Nações Unidas da proteção dos Direitos Humanos", en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, año, 20, núm. 77, 1983. Del mismo autor, en el "Sistema europeo", en *Osterr. Z. öffentl. Recht und Völkerrecht*, 29, 211-231 (1978) y en el "Sistema Interamericano", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* núm. 3, 1986.

¹⁵ Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Caracas, 1985, vol. I, pp. 19, 24-25.

ción de su subjetividad internacional continúa abierto y en pleno desarrollo.¹⁶ No sólo el hombre es un centro de imputación directa de derechos y obligaciones enunciados por el Derecho Internacional, sino que, en muchos casos, posee la titularidad procesal para denunciar y actuar internacionalmente frente a violaciones de Derechos Humanos por el Estado.¹⁷

18 En este 40o Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, debe destacarse lo que la Declaración significa hoy como instrumento jurídico obligatorio, ejemplo del desarrollo evolutivo del Derecho Internacional. Lo que al principio fue un texto al que se le atribuyó solamente un valor político y moral,¹⁸ ha llegado a ser un instrumento al que, sin ser un tratado, la Comunidad Internacional le atribuye un valor y una fuerza jurídica vinculante, ya sea como cristalización de una costumbre, como interpretación de la Carta o como enunciación de un principio general de Derecho.¹⁹

19 Hoy el Derecho Internacional, en sus vertientes universal y regional,²⁰ presenta instituciones, órganos y procedimientos para promover y proteger internacionalmente los Derechos Humanos.

Todos estos sistemas y procedimientos se basan en la común concepción universal, de que los Derechos Humanos deben ser objeto de protección jurídica internacional.²¹

¹⁶ G. Sperduti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milán, 1950, Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1956, vol. 90, Julio Baburís, *The international Personality of the Individual*, *Studi in Onore di G. Sperduti*, Milán, 1984.

¹⁷ Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, op. cit., vol. I, pp. 29-31.

¹⁸ Eduardo Vítá, "La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo" en *Codice degli Atti Internazionali sui Diritti dell'Uomo*, Milán, pp. 20-23.

¹⁹ Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, op. cit., vol. I pp. 25-26, Jorge Castañeda, "Valeur Juridique des Resolutions des Nations Unies", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 1970, tomo 129, J. A. Camillo, *Universal Declaration of Human Rights*, en R. Bernhardt (ed.) *Encyclopedia of Public International Law*, Installement 8, 1985, pp. 306-307, Marc Schuber, "Réflexions à l'occasion de la commémoration du vingt-cinquième anniversaire de l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", *Annales de Droit*, Bruselas, tomo XXXIV núms. 1-2, 1974, G. Sperduti, "La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo" en *La Comunità Internazionale*, 1950, G. Sperduti, *Nel trentesimo anniversario della Dichiarazione Universale*, *Comunicazioni e Studi*, 1978, p. 33.

²⁰ Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, op. cit., pp. 77-95, Thomas Buergenthal, "International and Regional Human Rights Law and Institutions", en *Texas Law International Journal*, vol. 12, núm. 2-2, 1977.

²¹ René Jean Dupuy, "L'Universalité des Droits de l'Homme", *Studi in Onore de G. Sperduti*, Milán, 1984.

20. Estos sistemas —universal en el caso de las Naciones Unidas, regionales en los casos de Europa, América y África— constituyen uno de los elementos más importantes de la realidad jurídica del mundo de hoy.

21 Esta protección jurídica internacional de los Derechos Humanos presenta luces y sombras. Luces en cuanto al progreso realizado, el cual ha sido evidente. Luces por la acción de los órganos técnicos, integrados por expertos y, especialmente, por los de tipo cuasijurisdiccional o jurisdiccional como, por ejemplo: a nivel universal, el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; y a nivel regional, la Comisión y la Corte Europeas y la Comisión y la Corte Interamericanas.

Sombras en cuanto a que la efectividad del control, —salvo quizás en Europa—, no ha podido ser aún plenamente satisfactoria, pese al progreso logrado. Sombras por la subsistencia, en muchos casos, de condiciones de base —económicas, sociales y culturales— que hacen imposible la existencia real de los Derechos Humanos. Sombras, en fin, porque muchas veces la consideración de las violaciones de Derechos Humanos se hace en órganos de tipo político, con criterios esencialmente políticos y discriminatorios.

Sin embargo, incluso en estos caos, la consideración selectiva y discriminatoria del tema tiende a disminuir gradualmente y, por lo demás, la opinión pública, informada y cada vez más crítica, desempeña un papel, muchas veces por medio de las ONG, que impulsa, corrige y encauza la acción internacional

22 El grado eminente de trascendencia de las normas jurídicas que reconocen y garantizan internacionalmente los más esenciales Derechos Humanos, ha hecho que hoy se considere mayoritariamente que el reconocimiento y garantía internacional de estos derechos es uno de los casos de *jus cogens* en el Derecho de Gentes de nuestros días, con todas las consecuencias que se derivan de esta especialísima imperatividad ²²

²² Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, op. cit. pp 26-29, José Antonio Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el *Jus Cogens* Internacional", *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Prof. Micaela de la Muela*, Madrid, 1979, Erik Suy, *Le Droit des Traités et les Droits de l'Homme*, Institut International des Droits de l'Homme, 1979, Roberto Ago, *Droit des Traités à la lumière de la Convention de Vienne*, 1971. III, vol. 134, p. 1324, nota 37, Roberto Ago, "V Informe sobre la Responsabilidad de los Estados", en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, 1ª parte, Proyecto de artículo 18.3 b, p. 59

23. Los Derechos Humanos deben ser protegidos y garantizados por un orden jurídico. Sin Derecho y sin sanción jurídica, no puede haber protección eficaz y verdadera

Por eso, el progreso en materia de Derechos Humanos está indisolublemente unido, a nivel internacional, al progreso del Derecho de Gentes

IV

24. Al referirnos a los Derechos Humanos y la política, no estamos usando la acepción científica del vocablo política. La política, científicamente concebida, es, o por lo menos debe ser, algo que, como toda actividad humana tiene el bien como último objetivo.

Usamos la expresión política en el sentido de acción política exterior real de los Estados en materia de Derechos Humanos, con todo lo que ello significa de confrontación en el marco del mundo internacional de nuestros días

En mi estudio, *Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional*, he dicho al respecto

La cuestión de los Derechos Humanos constituye hoy uno de los mejores ejemplos de una materia que tradicionalmente había sido considerada como perteneciente a la jurisdicción doméstica de los Estados que, al internacionalizarse progresivamente, en especial después de la entrada en vigencia de la Carta de las Naciones Unidas, pasó a ser uno de los capítulos necesarios del nuevo Derecho Internacional, pero también un tema esencial de la Política Internacional de nuestros días²³

Es éste uno de los casos que pueden servir como muestra de las estrechas relaciones del Derecho Internacional con la Política Internacional, de cómo el Derecho se proyecta en la política y da elementos para presentar y conceptualizar jurídicamente situaciones que se dan en la realidad internacional, de cómo el Derecho condiciona parcialmente las opiniones políticas internacionales en la materia, pero, también, de cómo la política incide en el Derecho Internacional en su formación, en su formulación y en su aplicación a situaciones políticas específicas y concretas

Nadie duda hoy de que la cuestión de los Derechos Humanos es un elemento esencial de la política exterior de los Estados. Todos, incluso en aquellos países que son objeto de censura de la opinión pública

²³ Manuel Fraga Iribarne, *La política, la razón y la moral*, Madrid, 1955, p. 15

internacional por la violación de los Derechos Humanos, y en esta categoría de países se encuentran, en mayor o menor grado, regímenes pertenecientes a todas las regiones geográficas y que incluyen todos los sistemas políticos e ideológicos, y que afirman que son objeto de imputaciones inciertas, distorsiones provocadas por razones políticas o tratamiento discriminatorio, tiene que aceptar y reconocer que el tema de los Derechos Humanos es actualmente, en un sentido o en otro, un componente necesario e ineludible de la política exterior de todos los Estados, sin excepción alguna

Este hecho es la manifestación, la prueba irrefutable, de que la cuestión de los Derechos Humanos ha tomado actualmente tal relevancia internacional, que constituye, junto con asuntos como la carrera armamentista, las violaciones a los principios de no uso de la fuerza y no intervención, la guerrilla y el terrorismo, uno de los temas clave del mundo internacional de hoy

No sólo la opinión pública, libre o manipulada, desempeña un papel esencial en la manifestación de este fenómeno de la relevancia internacional de la cuestión de los Derechos Humanos, sino que todos los Estados, en mayor o en menor grado, positiva o negativamente, expresa o tácitamente, usan esta cuestión como uno de los elementos de su política exterior

Este hecho hace que el tema se maneje generalmente sobre la base de criterios y determinantes políticos y sólo subsidiariamente jurídicos, como arma de ataque o de defensa política, de forma discriminatoria y selectiva.

La politización del tema es tan intensa y en él influyen tantos factores, que no sólo se asiste a la consideración discriminatoria y selectiva en el caso de los integrantes de uno de los grandes bloques con respecto a los del otro, y viceversa, sino que la discriminación se produce, en muchas ocasiones, respecto de casos situados dentro de uno de los bloques

La triste realidad es que mientras que la acción de protección y garantía internacional de los Derechos Humanos cumplida por órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales a cargo, por ejemplo, de la Comisión y de la Corte Europea de la Comisión y la Corte Americana y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el caso de los países parte del Tratado de Roma, del Pacto de San José y del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, se hace generalmente de manera equitativa y no discriminatoria, lo que también ocurre en caso de algunos órganos de los organismos especializados en las Naciones Unidas, la acción de los órganos políticos, en cambio, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derechos

Humanos, las Conferencias Generales de los Organismos Especializados encaran, muchas veces, el tema con criterio político y selectivo en función de los intereses del momento y sobre la base de las mayorías predominantes en una determinada época

Pero, sin embargo, este fenómeno de la politización internacional de los Derechos Humanos y de su consideración discriminatoria, que presenta aspectos tan criticables, no es absoluta y totalmente negativo. Hay que tener en cuenta que constituye una manifestación de la internacionalización del tema de los Derechos Humanos —con todo lo que ello necesariamente implica. Y este fenómeno ha provocado una sensibilización general de la opinión pública —impulsado muchas veces por organizaciones internacionales no gubernamentales de gran importancia y significación— y de Estados que integran la Comunidad Internacional ante las violaciones de los Derechos Humanos. Estas violaciones han dejado hace ya tiempo de ser un tema que únicamente interesa en cuanto fenómeno interno y que sólo provocaba, fuera de las fronteras del Estado en donde se producía, una moderada atención de élites o minorías políticas o intelectuales.²⁴

El interés general por el tema, su real y efectiva internacionalización, su acentuada politización, con sus consiguientes elementos negativos, son manifestaciones concretas, en el mundo en que vivimos, de la importancia del asunto de los Derechos Humanos.

La conciencia de las violaciones que se cometen por sensibilidad frente a estas situaciones y la crítica contra regímenes que desconocen los derechos del hombre, aunque haya quienes pretenden ignorar estos extremos o justificar tales actitudes en razones políticas, estratégicas o ideológicas, han generado actualmente una situación muy diferente de la que existía ayer. Hoy las violaciones cometidas, pese a la gravedad, intensidad y carácter masivo que poseen en muchas ocasiones, son menores, estadística y universalmente consideradas, que las que se han dado en el pasado, y sobre todo, provocan siempre en la opinión pública internacional repudio y reacción. La ignorancia, la indiferencia o pasividad que en otras épocas se dieron frente a violaciones terribles de los Derechos Humanos, son hoy difíciles de concebir.

Los progresos relativos logrados —mucho más efectivos, hay que reconocerlo, en lo que se refiere a la concientización frente al problema de los Derechos Humanos, que en cuanto a la situación real de su vigencia y respeto— constituyen sólo el inicio, la primera etapa, del proceso. Es este un proceso ineluctable hacia el reconocimiento y el respeto real de los derechos del hombre, un proceso que nunca ha de terminar y en el que nunca se ha de alcanzar una situación final definitiva y óptima, pero que asegura la fundamentación y la razón para seguir luchando por el progreso, lento y difícil, del respeto de la libertad bajo el Derecho de todo el mundo.

²⁴ Héctor Gros Espiell *Estudios sobre Derechos Humanos op. cit.*, pp. 43, 44, 49, 50 y 51

V

25 Sólo la consideración global del tema de los Derechos Humanos en el mundo de hoy, tomando en cuenta sus elementos éticos, jurídicos y políticos, permite su comprensión sistemática y adecuada

Sin la consideración ética, el análisis jurídico es incompleto, impide la necesaria valoración y hace imposible la justa aplicación de las normas del Derecho

Sin la percepción de los elementos políticos de la materia de los Derechos Humanos,²⁵ no se puede comprender su compleja realidad y el necesario esfuerzo para asumir lo que resulta de bueno de esta politización (opinión pública, impulso renovador, creciente internacionalización, etcétera), y lo malo de ella (tratamientos discriminatorios por órganos de integración política de temas que por su contenido y naturaleza deberían ser considerados por órganos de expertos o de tipo jurisdiccional)

El mejoramiento de la cuestión de los Derechos Humanos en el mundo entero depende, en gran parte, del adecuado equilibrio y de la correcta comprensión de los elementos éticos, jurídicos y políticos del tema

²⁵ R. Higgins, 'Human Rights and Foreign Policy', en *Rivista di Studi Politici Internazionali* año LJV, num. 4, octubre-diciembre, 1987

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

I

1 Ésta es la primera recopilación de instrumentos del sistema regional americano de promoción y protección de los Derechos Humanos que se publica en Uruguay. Aunque son varias las recopilaciones de estos textos que se han editado en fecha reciente en varios países del continente, entre las que es preciso recordar la hecha oficialmente por la OEA,¹ y la muy completa y sistemática que próximamente dará a conocer el Instituto Interamericano de Derechos Humanos,² la verdad es que en el Uruguay estos documentos son de difícil acceso y escaso conocimiento. Puede decirse que, con excepción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el *Diario Oficial*, como parte integrante de la ley del 8 de marzo de 1985,³ es prácticamente imposible manejar estos textos. De aquí la importancia que la presente recopilación está destinada a tener en la República.

2 Se han seleccionado para integrar este volumen algunos de indispensable conocimiento: la Declaración Americana de Derechos y De-

* Introducción al libro *Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, FCU, Montevideo, 1989.

¹ *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano* (Actualizado al 1 de julio de 1985), Organización de Estados Americanos, Washington, 1985, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1985, Nijhoff, 1987. Entre ellas puede recordarse Genaro Carrió (compilador), *El sistema Americano de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1987. Entre las recopilaciones generales editadas en América Latina, que incluyen los textos del Sistema Interamericano Raúl E. Vinuesa (compilador), *Derechos Humanos, Instrumentos Internacionales*, Buenos Aires, 1986 y Máximo Pacheco, *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987. Muchas obras recientes contienen un apéndice con los principales textos en la materia. Por ejemplo, Félix Lavina, *Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*, Depalina, Buenos Aires, 1987.

² *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, Recopilación de Instrumentos Básicos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1987.

³ Ley 15.737 de 8/3/85, publicada en el D.O. el 22/3/85 Núm. 21. 906.

beres del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el instrumento de ratificación depositado por Uruguay, el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el Estatuto y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una selección y no de una recopilación integral. Faltan la Carta Reformada de la Organización de Estados Americanos de 1967 (por el interés que sobre la cuestión de la protección regional de los Derechos Humanos tienen los artículos 5, 51, 112 y 150), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948) y las resoluciones de la Asamblea General, el Consejo Permanente y la Reunión de Consulta sobre la materia.⁴ La presente recopilación incluye también el cuadro, actualizado a diciembre de 1987, de las firmas, ratificaciones, adhesiones, declaraciones y reservas a la Convención. De tal modo se podrá tener una correcta información sobre la actual vigencia espacial de la Convención y de los países parte.

3 Esta brevisima y elemental Introducción sólo quiere presentar un esquema de la Convención, enmarcándola en el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalar la participación eminente del Uruguay en el proceso de su elaboración, la trascendencia jurídica y política del hecho de que la República sea parte en la Convención y de que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte y mostrar, aunque sea en mínima parte, la abrumadora bibliografía existente hasta hoy sobre el Sistema Interamericano en esta materia. No pretende obviamente, hacer una descripción minuciosa del texto ni entrar a los problemas interpretativos que plantea. Desea, tan sólo, ser una presentación somerísima capaz de mostrar el estado actual de los problemas que plantea en América el sistema regional de protección de los Derechos Humanos y la situación del Uruguay al respecto.

II

4 La cuestión relativa a los Derechos Humanos no es ya una materia reservada a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados.⁵ Es

⁴ Todos estos textos están incluidos en la recopilación que publicó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

⁵ Un amplio desarrollo de este tema en Héctor Gros Espiell "Derechos Humanos: Derecho Internacional y Política Internacional", en *Estudios sobre Derechos Humanos I*, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, 1985, pp. 18 y ss. y 21 ss.

una materia, regulada internacionalmente, en la que coexisten competencias estatales y competencias internacionales

Aunque la competencia internacional es, en general y en principio, subsidiaria respecto a la protección interna de los Derechos Humanos, derechos que los Estados tienen el deber, impuesto por el Derecho Internacional, de respetar y de garantizar

5 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, rama nueva y de asombrosa fuerza expansiva del Derecho Internacional contemporáneo, ha incidido en toda la temática del actual Derecho de Gentes, especialmente en cuanto a la subjetividad internacional del hombre, la responsabilidad internacional y el derecho de los tratados, modificando fórmulas y criterios del Derecho Internacional clásico, incompatibles con la realidad jurídica, filosófica y política del mundo actual.⁶

III

6 El sistema regional americano de protección de los Derechos Humanos coexiste con el sistema universal en la materia Universalismo y Regionalismo en cuanto a la promoción y protección de los Derechos Humanos no constituye una opción que obligue a la elección del sistema universal o del regional, sino fórmulas necesariamente armonizables en función de la mejor, más adecuada y eficaz protección de los Derechos Humanos.⁷ Son muchos los problemas y dificultades de una adecuada coordinación. Sin posibilidades, por razones de espacio, ni siquiera para enunciar los problemas que este asunto plantea, es de hacer notar que hoy la doctrina es unánime en cuanto a la posibilidad jurídica y el interés político de que esta coexistencia armonica exista y se desarrolle.⁸

La Convención Americana afirma expresamente esta coexistencia del universalismo y el regionalismo en materia de protección de los Derechos Humanos en su Preámbulo (párrafo cuarto) y la Corte Interame-

⁶ Héctor Gros Espinell, *op. cit.* pp. 26-31

⁷ *Ibid.* "Universalismo y Regionalismo en la Protección Internacional de los Derechos Humanos", *op. cit.*, pp. 77

⁸ Un planteo posterior a mi antes citado trabajo puede verse en *L'Universalité est-elle Menace Nations Unies*, 1987, especialmente los trabajos de Philips Alston (p. 51) y Georges Abi Saab (p. 35)

ricana la ha fundado clara y definitivamente en su Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982⁹

7 El regionalismo americano en la materia es uno de los tres que hoy existen en el mundo, junto con el europeo, fundado en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950) y la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), que ha entrado en vigencia en 1986.

El regionalismo americano, así como el europeo, y a diferencia del africano, supone una relación directa y entrañable entre la democracia representativa y pluralista y el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.¹⁰ Esta relación que caracteriza a los sistemas europeo y americano, y que no es posible a escala universal dada la realidad de una sociedad internacional en la que coexisten sistemas y formas políticas de naturaleza esencialmente distinta, fundadas en concepciones ideológicas diferentes, ha sido señalada reiteradamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como característica esencial de nuestro sistema regional, que proyecta sus consecuencias en la idea misma de lo que son los Derechos Humanos, de su reconocimiento y protección, así como de sus posibles limitaciones y restricciones¹¹

IV

8 No se puede comprender el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos si no se tiene en cuenta que, en realidad, todavía hoy este sistema incluye dos regímenes distintos, tanto en cuanto a los derechos protegidos como con respecto al órgano u órganos de protección

9 Uno es aplicable a los Estados Americanos que no son todavía partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si se

⁹ Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte, OC-1/82, 24/IX/82, párrafos 40 y 41

¹⁰ Héctor Gros Espiell, *La Democracia y la Protección de los Derechos Humanos en América*, *Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, Washington 1985

¹¹ Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafos 27-34. Véase también Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985, párrafos 66 y 67

tiene en cuenta que los Estados Unidos, el Brasil (aunque el proceso legislativo para la adhesión ya está casi finalizado), Paraguay, Chile y muchos países de habla inglesa del Caribe no son parte todavía en el Pacto de San José, se comprende la importancia actual —residual si se quiere, pero real— de este subsistema

A este grupo de países, en cuanto a la promoción y protección de los Derechos Humanos, se les aplica la Carta Reformada de la Organización de Estados Americanos (artículos 5, 51, 112 y 150), los derechos protegidos son los enunciados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹² y el órgano principal de protección —sin perjuicio de las competencias de la Asamblea General y, eventualmente, del Consejo Permanente— es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y cuyas competencias resultan de esta resolución, de la adoptada en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro 1965), de la Carta de la OEA Reformada en 1967 y del propio Estatuto de la Comisión, aprobado por la Asamblea General de la Organización.¹³

El Estatuto de la Comisión caracteriza con claridad esta situación en sus artículos 18 y 20, —ya que la Comisión tiene competencia respecto de todos los Estados miembros de la OEA (artículo 18), de los Estados parte en la Convención (artículo 19) y de los Estados no parte (artículo 20)— y especialmente se refiere a la aplicación a los Estados no parte, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículos 2b) y 20 a) Esta Declaración, aprobada en la Conferencia de Bogotá (1948), en lo que se refiere a su valor y fuerza jurídica plantea problemas muy complejos, análogos, aunque no iguales a los que, en una época, provocó la Declaración Universal de Derechos Humanos. La cuestión ha sido analizada por la doctrina¹⁴ y por la Comisión Interamericana¹⁵ y no es difícil prever que en el futuro pueda haber un pronunciamiento de la Corte Interamericana al respecto

10 El otro subsistema es el aplicable a los veinte Estados actualmente parte en la Convención Americana. Para éstos, sus obligaciones

¹² *Anuario Interamericano op cit*, pp 7, 9, 29, Buergenthal, Norris and Shelton, *Protecting Human Rights in Americas. Selected Problems*, 2nd edition, 1986, pp 31, 85

¹³ *Anuario Interamericano, op cit*, pp 13 y ss, Héctor Gros Espiell, "Le Système Interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", *Académie de Droit International, Recueil des Cours*, vol II, 1975

¹⁴ Véase nota 12

¹⁵ Véase nota 12

derivan de la Carta de la OEA Reformada y de la propia Convención, así como de los estatutos de la Comisión y de la Corte y, en cierta medida, de los Reglamentos de ambos órganos.

Los derechos protegidos son los derechos reconocidos directa o implícitamente por la Convención¹⁶ y los órganos de protección son la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero mientras que la Comisión tiene competencias respecto de todos los Estados parte en la Convención (Estatuto de la Comisión, artículo 18), la Corte tiene una competencia consultiva que deriva directamente de la propia Convención (artículo 64), mientras que su competencia contenciosa requiere un reconocimiento expreso en el marco de lo dispuesto por el artículo 62 de la Convención. Hasta hoy 10 de los 20 Estados parte en la Convención han reconocido esta competencia contenciosa obligatoria.¹⁷

V

11 El proceso de elaboración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se inicia en 1959, cuando el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, reunido en Santiago de Chile, aprobó un primer proyecto de Convención. Este proyecto, fundado en una iniciativa de Uruguay¹⁸ no conoció avances ni progresos hacia su adopción como un tratado multilateral hasta 1965 en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria. A esta Conferencia se presentaron dos nuevos proyectos, uno del Uruguay que recogió las propuestas del histórico coloquio realizado en 1959 en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad¹⁹ y otro de Chile. Los tres proyectos fueron sometidos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que después de un largo y complejo proceso elaboró un proyecto sustitutivo único.²⁰ Este proyecto fue sometido a la Conferencia Especializada que se reunió en Costa

¹⁶ Convención Americana, artículos 4, 25, 26, 27, 29-31.

¹⁷ El último reconocimiento hasta el momento de escribir estas líneas fue el de Surinam en diciembre de 1987. Poco antes lo había hecho Guatemala.

¹⁸ Sobre el proceso de elaboración de la Convención: Héctor Gros Espiell, "Le système", *op. cit.*, *Anuario Interamericano*, *op. cit.*

¹⁹ Simposio sobre el proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1959.

²⁰ Véase nota 18.

Rica en 1969, la cual adoptó el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ²¹

12 El proceso de entrada en vigencia fue lento. Sólo se lograron las 11 ratificaciones o adhesiones requeridas por el artículo 74.2 de la Convención para su entrada en vigencia, en 1976. Las perspectivas de la década de los 70 eran muy malas ²²

Fue factor importante para la obtención de las ratificaciones o adhesiones requeridas, la política del Presidente Carter, que hizo posible varias ratificaciones centroamericanas y del Caribe. El Presidente Carter firmó personalmente la Convención en 1977 y solicitó el acuerdo del Senado para su ratificación, pero ese acuerdo no se ha producido al día de hoy. Entre 1969 y 1976 se obtuvieron 11 ratificaciones o adhesiones. Entre 1976 y 1987, otras nueve. Faltan aún 12 para que el número de Estados parte coincida con el número de Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

VI

13. La Convención Americana tiene como fuente y modelo a la Convención Europea. El plan general, muchas de las fórmulas que adopta el Pacto de San José y el sistema de aplicación, sobre la base de la actuación de dos órganos, una Comisión y una Corte, son análogos. Pero hay importantes diferencias de texto. La Convención Americana tuvo en cuenta lagunas que presenta la Convención Europea, consideró la jurisprudencia que fue jaloneando la aplicación de ésta y, además, incluyó un conjunto importante de innovaciones normativas, tanto en cuanto a los derechos reconocidos como referencia a las competencias y los procedimientos de los dos órganos de aplicación, en especial de la Corte ²³. Por lo demás la Convención Europea atribuye competen-

²¹ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Washington, 1973.

²² Hector Gros Espiell, 'Le système', *op. cit.*, p. 47; Justino Jimenez de Aréchaga, 'La Convención Americana de Derechos Humanos y las posibilidades de su ratificación por los Estados Americanos', en *Revista de Derechos Humanos*, Puerto Rico, vol. IV, núm. 2-3, 1976.

²³ A. Cancado Trindade, 'I diritti dell'Uomo nella prassi della Commissione Europea e della Commissione Interamericana', en *Bollettino degli Interessi Sacidi*, núm. 1, 1983; Hector Gros Espiell, 'Le système', *op. cit.*, p. 36; Thomas Buergenthal, *Las Convenciones*

cias en la materia a un órgano que no existe en el Sistema Interamericano: el Consejo de Ministros.

14. Pero más importante aún que estas diferencias de las normas de las dos convenciones, son las diversidades que resultan del distinto marco institucional en el que los dos tratados actúan (El Consejo de Europa en un caso, la Organización de los Estados Americanos en otro), de la estabilidad político-democrática, con alguna excepción pasada, de los países europeos frente a la realidad política latinoamericana, a los golpes de Estado y a las dictaduras pasadas y residualmente subsistentes y de las diferentes situaciones económicas, sociales y culturales a la que las dos convenciones han de aplicarse. Estas diversidades, de derecho y de hecho, hacen que dos textos normativos análogos hayan encontrado una aplicación no siempre similar o parecida y que el Sistema Interamericano, sobre todo, teniendo en cuenta el subsistema aplicable a los países aún no partes en la Convención, presente diferencias no desdeñables con respecto al Sistema europeo ²⁴

VII

15. Interesa destacar que en la Convención Americana hay que distinguir cuatro partes fundamentales.

a) Las normas relativas a las obligaciones que los Estados parte adquieren (artículos 1 y 2). De ellas resulta, en América Latina, la aplicabilidad directa de la Convención en el derecho interno,²⁵ con la jerarquía normativa que le asignan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.²⁶ La adecuada interpretación de los artículos 1 y 2 es esencial para la eficaz y correcta aplicación del Pacto de San José, que requiere que se descarte una hermenéutica del artículo 2 que su-

Europea y Americana. Algunas similitudes y diferencias, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Washington, 1980

La comparación de los dos textos, será el tema de mi nuevo curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1989

²⁴ Héctor Gros Espiell. *Los Derechos Humanos en América Latina*.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta, Héctor Gros Espiell, "La Constitución y los Tratados Internacionales", en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*

²⁶ Héctor Gros Espiell, "Los tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 2

bordine la aplicación del artículo 1, y consiguientemente de la Convención, a la existencia de adecuadas normas de derecho interno;²⁷

b) Las normas que enumeran, definen y reconocen los derechos internacionalmente protegidos de las personas, es decir, de los seres humanos (artículo 1.2) Estos derechos son los derechos civiles y políticos. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, si bien se puede decir que en el Sistema Interamericano, al igual que en las Naciones Unidas, todos los Derechos Humanos son interdependientes y están recíprocamente condicionados,²⁸ sólo existe en la Convención una vaga y defectuosa norma que impone una genérica e inefectiva obligación de: "lograr progresivamente la plena efectividad" —de estos derechos—, sin una enumeración autónoma de tales derechos ni un mecanismo de protección (artículo 26). El sistema europeo, en cambio, completa la Convención con la Carta Social Europea, que es un tratado multilateral. Un próximo protocolo adicional a la Convención Americana, ya en proceso de adopción remediará esta carencia.²⁹

La enumeración de derechos hecha por la Convención no excluye "otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno" (artículo 29 c), norma análoga al artículo 72 de nuestra Constitución que establece que "la enumeración de derechos, deberes y garantías .. no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno"

Pueden incluirse en el "régimen de protección" de la Convención otros derechos y libertades (artículos 31, 76 y 77)

La Convención se refiere a las posibles restricciones del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ella, que sólo pueden resultar de "leyes" que posean determinadas características (artículo 30),³⁰ entre las que se encuentra la mención del "interés general", expresión usada con igual finalidad en el artículo 7 de nuestra Constitución, y a la posible suspensión de estos derechos y libertades en

²⁷ Hector Gros Espiell, Opinión Separada en la Opinión Consultiva OC-7/86

²⁸ *Idem*, "Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 16-17

²⁹ *Idem*, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*, Editorial Libro Libre, San José, 1985, véase la opinión de la Corte sobre el proyecto de Protocolo Adicional fechado en 1986 en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, num. 3, 1986, p. 115

³⁰ Opinión Consultiva OC 6/86 del 9 de mayo de 1986, la expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

situaciones de emergencia (guerra, estado de sitio, medidas prontas de seguridad, etcétera), con sujeción estricta a expresas condicionantes formales y materiales (artículo 27 1) Determinados derechos y las garantías judiciales indispensables para su protección no pueden suspenderse nunca (artículo 27 2) ³¹

c) Las normas relativas a los órganos de protección que son.

ñ) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 34-51) La Comisión es un órgano de la Organización de Estados Americanos (artículo 51 Carta Reformada) y un órgano de aplicación de la Convención (artículo 33, a) ³² A la Comisión pueden acceder las personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la Organización (artículo 44). Es el régimen más amplio e incondicionado que conoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta norma ha superado la noción de víctima, para poder presentar una comunicación o demanda y no requiere ser parte en un tratado especial (régimen del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), ni hacer una declaración especial (régimen de la Convención Europea)

También pueden presentar comunicaciones a la Comisión los Estados parte que hagan esa declaración especial de reconocimiento de la

³¹ *Idem*, OC-8/87 del 30 de enero de 1987, El *Habeas Corpus* bajo suspensión de garantías, *idem*, OC 9/87 del 6 de octubre de 1987

³² Además del libro clásico de Karel Vasak (*La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, París, 1968) puede verse lo dicho en mi curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1975, en mi trabajo el *Manual de la UNESCO (Les dimensions internationales des droits de l'homme)*, París, 1978, *L'Organisation des Etats Américains*

Apreciaciones más actualizadas se encuentran en los estudios publicados en el volumen editado por la OEA en memoria de C. Duushee de Abranches y en los estudios recientes de César Sepúlveda: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo de evolución y empeño", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XIX, núm. 56, mayo-agosto 1986 y la "Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)", *Boletín*, *op. cit.*, Nueva Serie, año XVI, núm. 46, enero-abril 1982. Es preciso consultar las publicaciones oficiales de la Comisión: *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos, 1960-1970*, OEA, Washington, 1972, *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos, 1969-1970*, OEA, Washington, 1976, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, OEA, Washington, 1973, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades 1971-1981*, Washington, 1982.

Asimismo están publicados los informes anuales y los informes especiales por países. Todo este riquísimo material muestra la realidad de una acción excepcional en función de la promoción y protección regional de los Derechos Humanos.

Comisión para ello (artículo 45).³³ Mientras que en el sistema europeo han sucedido casos de este contencioso interestatal en materia de Derechos Humanos, nunca se ha planteado esta posibilidad, hasta hoy, en aplicación de la Convención Americana

La admisibilidad de las comunicaciones está subordinada a determinados requisitos, en especial el previo agotamiento de los recursos de jurisdicción interna (artículo 46, 1.a),³⁴ ya que la protección internacional es, en cierto aspecto, subsidiaria de la protección nacional,³⁵ aunque esta exigencia es renunciable por los Estados³⁶ y no es absoluta, para evitar que pueda ser esgrimida sólo como una excusa para impedir el acceso a la protección internacional.³⁷

ii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de aplicación de la Convención (artículo 33b)³⁸

El reconocimiento de su competencia contenciosa requiere una declaración expresa del Estado parte que la acepta (artículo 62). Diez Estados han hecho hasta hoy este reconocimiento.³⁹ Sólo los Estados parte y la Comisión pueden llevar un caso ante la Corte (artículo 61. 1). Para que la Corte pueda conocer en cualquier caso se requiere que se hayan agotado los procedimientos ante la Comisión (artículo 61. 2).⁴⁰

³³ Hasta hoy nueve Estados parte han hecho esta declaración

³⁴ Sobre esta cuestión, en general Antonio Augusto Cançado Trindade "O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de 'vítima' no direito internacional dos Direitos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José, núm. 3, enero-junio, 1986

La Corte ha hecho una primera aproximación al tema en las tres sentencias del 26 de junio de 1987, que decidieron las excepciones preliminares opuestas por Honduras en los casos Godínez y Cruz (párrafos 80-97), Fairen Garbí y Solís Corrales (párrafos 78-95) y Velázquez Rodríguez (párrafos 78-95)

³⁵ Antonio Augusto Cançado Trindade, "O contencioso internacional - análise comparativa das exceções de domínio reservado dos Estados e de não-esgotamento dos recursos de direito interno", en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, núm. 75, jul./set 1982

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Viviana Gallardo y otra, Héctor Gros Espiell, "El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1985, 2

³⁷ Artículo 46, 2, de la Convención

³⁸ Héctor Gros Espiell, "Estructura y Funcionamiento de los Órganos que tutelan los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 1, enero-junio 1985, p. 15. Véase asimismo el libro *La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Estudios y Documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1986

³⁹ Véase nota 17

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Viviana Gallardo y otra, sentencias del 22 de junio de 1986 (párrafos 50-77)

La Corte, órgano jurisdiccional, que puede adoptar medidas provisionales en los asuntos en que está conociendo, e incluso en casos pendientes ante la Comisión a pedido de ésta (artículo 63 2), resuelve el caso mediante una sentencia definitiva e inapelable, de cumplimiento obligatorio (artículos 66-69, artículo 62)

La Corte posee, además, competencias consultivas (artículo 64) en términos excepcionalmente amplios.⁴¹

Mientras que, por diversas causas,⁴² la competencia contenciosa recién ha comenzado a funcionar regularmente,⁴³ la competencia consultiva ha sido de importancia determinante en el trabajo llevado a cabo hasta hoy por la Corte.⁴⁴ No puede conocerse absolutamente la Convención y su significado sin recurrir a las interpretaciones de la Corte en sus opiniones consultivas, que, incluso, pese a no ser obligatorias en sí mismas, han producido importantes consecuencias prácticas

d) Las disposiciones generales. Firmas, ratificaciones, adhesiones, entrada en vigencia (artículo 74), reservas (artículo 75), enmiendas (artículos 76 y 77) y denuncia (artículo 78).

VIII

16 Actualmente (diciembre de 1987) 20 Estados son parte de la Convención. Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Haití, Honduras, Grenada, Ecuador, El Salvador, Panamá, Perú, México, Jamaica, Guatemala, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Surinam

17 A la misma fecha nueve Estados han reconocido la competencia de la Comisión para recibir comunicaciones de un Estado parte contra otro por violación de la Convención (artículo 45)

18 A la misma fecha 10 Estados parte han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Guatemala, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Todos estos reconocimientos han sido hechos con carácter general, sin lími-

⁴¹ Thomas Burgenthal

⁴² Héctor Gros Espiell. "La protección internacional de los Derechos Humanos y la eficacia de las estructuras de protección en el ámbito regional americano", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Granada, 1984, núm. 4

⁴³ Héctor Gros Espiell. *op. cit.*

⁴⁴ Thomas Burgenthal. "Human Rights in the Americas: View from the Interamerican Court", en *Connecticut Journal of International Law*, vol. 2, núm. 2, Spring 1987

te temporal para el futuro. Algunos, sin embargo, han sido hechos bajo condición de reciprocidad, extremo que sólo tiene aplicación en el caso de un asunto llevado a la Corte por un Estado parte, que deberá también, para poder hacerlo, haber reconocido la competencia de la Corte. Es una exigencia que no tiene sentido frente a la competencia de la Comisión Interamericana de someter casos a la Corte.

19. Nueve han reconocido la competencia de la Comisión para recibir comunicaciones de un Estado parte contra otro Estado parte signatario de la Convención (artículo 45). Estos Estados son: Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Jamaica, Perú, Uruguay, Venezuela y Colombia.

IX

20. El Uruguay fue uno de los artífices del Pacto de San José. Con ello continuó una tradición excepcionalmente rica en materia de Derechos Humanos y de su protección internacional.⁴⁵ Presentó el primer proyecto en 1959 —que fue seguido casi en su totalidad en el texto adoptado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos— presentó un segundo proyecto a la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965)⁴⁶ y colaboró activamente en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante los dos miembros de nacionalidad uruguaya que actuaron en esos años,⁴⁷ en la preparación del texto final.

⁴⁵ Héctor Gros Espiell, "El Uruguay y la Protección de los Derechos Humanos", en *Hoy es Historia*, año IV, núm. 21, mayo-junio 1987.

⁴⁶ Este proyecto fue el elaborado en el Coloquio de la Facultad de Derecho (1959), que el gobierno uruguayo hizo suyo.

⁴⁷ Daniel Hugo Martins (1964-1968) y Justino Jiménez de Aréchaga (1968-1972, 1972-1976). Véanse algunos de los trabajos realizados por ellos en la Comisión D H M, "La Protección de los Derechos Humanos frente a la suspensión de garantías constitucionales". La delegación uruguaya al Consejo Interamericano de Jurisconsultos estuvo integrada por Eduardo Jiménez de Aréchaga, Juan Pedro Zaballos y Aparicio Mendez. Los uruguayos que intervinieron en el coloquio de 1959 (véase nota 19) fueron Dardo Regules, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Juan José Carvajal Victorica, Quintín Altosín, Aníbal Luis Barbagelata, Hugo Estrázulas, Héctor Gros Espiell, Alberto Domínguez Càmpora y Alberto Ramón Real. El delegado uruguayo en la Comisión pertinente de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (1965), fue el doctor Héctor Gros Espiell. Justino Jiménez de Aréchaga era miembro de la Comisión cuando se adoptó en 1969, en San José, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Intervino activamente en los trabajos de la Conferencia Especializada de San José⁴⁸ y la firmó el 22 de noviembre de 1969. Lamentablemente no fue posible su inmediata ratificación, y la dictadura (1973-1984) era evidente que no iba a hacer nada para que el Uruguay pasara a ser Estado parte.

La ratificación se produjo por la ley del 8 de marzo de 1985, inmediatamente después de la restauración democrática y constitucional, y como un símbolo de la nueva situación de la República.

21. El Uruguay firmó y ratificó con una reserva que dice:

El artículo 80, numeral 2 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay establece que la ciudadanía se suspende "por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaria". Esta limitación al ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Convención no está contemplada entre las circunstancias que al respecto prevé el parágrafo 2 de dicho artículo 23 por lo que la delegación del Uruguay formula la reserva pertinente.

22. El instrumento de ratificación, fechado el 22 de marzo de 1985 y depositado el 19 de abril, reitera dicha reserva. Además, hace la

expresa declaración que se reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, bajo la condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos cuarenta y cinco, párrafo tres y sesenta y dos, párrafo dos.

Pese a la no muy clara redacción entiendo que tanto la competencia de la Comisión (artículo 45) como la de la Corte se hacen por tiempo indefinido.

En cuanto a lo que significa la condición de reciprocidad en lo que se refiere a la competencia de la Corte, estimo que sólo tiene sentido cuando el caso es llevado a la Corte por un Estado parte, lo que sólo se acepta si ese Estado ha reconocido también la competencia de la Corte. Pero no puede aplicarse a la situación en que un caso fuera llevado a la Corte por la Comisión, pues la reciprocidad en tal hipótesis no puede existir.

23. La Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha incorporado al Derecho uruguayo, es parte de él, y se aplica directamen-

⁴⁸ El delegado del Uruguay fue el doctor Julio César Lupinacci.

te en el país, como consecuencia de su vigencia a partir del depósito del instrumento de ratificación (19 de abril de 1985)

Las normas de la Convención en el Derecho Interno tienen una jerarquía igual a la de la ley. Derogan, en consecuencia, a la legislación anterior incompatible con ellas, pero sin que la Convención, a la vez, pueda ser derogada, en cuanto acto unilateral, por una ley posterior.⁴⁹ El Uruguay sólo puede desvincularse de la Convención a efectos de que sus normas no se apliquen en el Derecho Interno, si procediendo de acuerdo con el Derecho Internacional, realiza su denuncia en los términos exigidos por el artículo 78 del Pacto de San José

24 La inclusión del texto de la Convención en la ley del 8 de marzo de 1987, constituyó evidentemente una actitud dirigida a mostrar la consustanciación del Uruguay democrático, devuelto a la vida constitucional, con la Convención y una expresión del deseo de que el texto del Pacto de San José estuviera integralmente en una ley que era el símbolo del retorno del país a la vida republicana y el fin de la larga dictadura. Pero no tiene una significación jurídica especial. Con o sin inclusión de la Convención en la ley, como consecuencia del depósito del instrumento de ratificación y de la vigencia de la Convención, ésta pasó a formar parte del Derecho uruguayo y se produjo la directa aplicación en él de sus normas y el deber de la República de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción" (artículo 1 1), en todos los casos excepto en aquellos en que la propia Convención condiciona la aplicación de sus normas al dictado o a la existencia de una determinada ley, u otro acto jurídico pertinente, en el Derecho Interno.

X

25. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), tiene una importancia determinante en la realidad actual y

⁴⁹ Héctor Gros Espiell, "El Uruguay y los Tratados Internacionales", *op. cit.*. . "Los tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, núm. 2, Montevideo, E. R. Zaffaroni, *El sistema Penal y la Comisión Americana sobre Derechos Humanos. Discrepancia*, Buenos Aires, 1986; Bernadette Mui-vielle, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 2.

en el futuro de la democracia en América. Progreso democrático y respeto de los Derechos Humanos son inseparables. Por eso el proceso de democratización y la afirmación de la democracia están necesariamente unidos a la vigencia de los Derechos Humanos y a su efectiva y eficaz defensa y protección.

Es de esperar que aumente el número de ratificaciones y adhesiones a la Convención —que mantiene un cierto paralelismo con el proceso de progreso democrático— y que algún día coincida el número de Estados miembros de la OEA con el de los Estados parte en el Pacto y que crezca el número de Estados que reconocen la competencia de la Corte y que este número se acerque al de los Estados parte.

26 Todo el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos es progresivo⁵⁰ y su aplicación, hacia una eficacia e integralidad cada día más completa, ha de ser gradual.

La próxima adopción del Protocolo Adicional I permitirá avanzar en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, extremo indispensable, dada la interdependencia y condicionamiento de todos los Derechos Humanos, para progresar en la protección de la libertad y de la dignidad del hombre.

El proyecto del Uruguay, recordado con aplausos en la Asamblea de la OEA de diciembre de 1987, de un nuevo Protocolo Adicional (el II) para prohibir la aplicación, para los países parte en él, de la pena de muerte, hará avanzar en el camino de la mejor y más completa protección del derecho a la vida

27. Por lo demás, la efectividad del respeto de los Derechos Humanos en América sólo progresará si se afirma la democracia pluralista y representativa y si el desarrollo económico, social y cultural asegura la existencia de condiciones materiales que permitan la plena y real existencia de los Derechos Humanos, no como fórmulas jurídicas, o vagas promesas para el futuro, sino como verdades vitales.

Ojalá que esta recopilación, al permitir el conocimiento de los instrumentos jurídicos regionales para la protección de los Derechos Humanos, haga posible, en el Uruguay, su mejor y más eficaz aplicación.

⁵⁰ Pedro Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, Rafael Nieto Navia, "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Revista Universitas Juridicas*, "The Evolution of the Organization of American States System of Human Rights Protection: An Appraisal", *German Yearbook of International Law*, vol. 25, 1982.

LA SITUACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHO HUMANITARIO EN EL DERECHO URUGUAYO*

Esta exposición está destinada a presentar, en forma muy breve y esquemática, lo relativo a la situación de Uruguay con referencia a las Convenciones de Derecho Humanitario y de otros tratados que contienen normas de Derecho Internacional Humanitario. No se trata, en consecuencia, de un estudio sobre el Derecho Humanitario en general con relación a la República, sino, estrictamente, del Derecho Internacional Humanitario con base convencional y referencia a la situación, a su respecto, del Estado uruguayo

La primera cuestión que es preciso encaminar es la de la aplicación interna en la República de los tratados en vigor y ratificados por Uruguay. Naturalmente, las conclusiones a las que se llegue son aplicables respecto de la implantación de los tratados de Derecho Internacional Humanitario en el ámbito interno nacional

Este análisis de la cuestión creo que interesa hacerlo aquí, en este foro, exclusivamente desde el punto de vista de la solución dada por el Derecho Constitucional uruguayo respecto de la aplicación interna del Derecho Internacional convencional del que la República es parte. Así planteada, en estos términos estrictos, la cuestión puede ser encarada sin necesidad de tomar posición respecto del monismo o del dualismo o del tema de la superioridad o preeminencia del Derecho Internacional.

A diferencia de otros países latinoamericanos, no existe en nuestro sistema jurídico una norma expresa que resuelva el problema. Pero es indudable —y así lo ha reconocido siempre— la doctrina que, en principio, es un tratado en vigencia, ratificado por la República, salvo que el propio tratado disponga lo contrario o que por la estructura de la norma internacional ello sea imposible, se aplica directamente en el Derecho Interno y puede ser invocado ante los jueces nacionales.

Para mí esta conclusión es clarísima. No voy a abundar en su fundamentación. El tema fue desarrollado en la Introducción que escribí

* Simposio sobre la Implementación del Derecho Internacional Humanitario, Montevideo, septiembre de 1989

para la *Recopilación de los Instrumentos Interamericanos en Materia de Derechos Humanos* hecha por la Fundación de Cultura Universitaria. En forma absolutamente coincidente con mi punto de vista está el estudio de Eduardo Jiménez de Aréchaga, que se incluye también en este libro, estudio titulado "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno"

En principio, desde el punto de vista del Derecho Constitucional uruguayo, una norma internacional incluida en un tratado en vigor del cual Uruguay es parte, ya sea por la ratificación o por la adhesión, se aplica en el Derecho Interno sin necesidad de una complementación legislativa posterior, salvo que el propio tratado se remita a la ley o que la norma internacional, por su estructura misma, sea de aplicación directa imposible

Esta conclusión a la que se puede arribar sin necesidad de pronunciarse sobre la cuestión del monismo o del dualismo, ya que se llega a ella en función del análisis del Derecho Constitucional uruguayo, ha sido aceptada por la jurisprudencia y la doctrina uruguayas.

Otra cuestión distinta es la de la jerarquía normativa del tratado, ratificado y en vigor, en el Derecho Interno uruguayo

He dicho al respecto, en un reciente trabajo que acaba de ser publicado en Argentina, *Estudios de Homenaje de Frida Fister de Armas Barea*, lo siguiente

Después de analizar toda la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, he dicho en mi libro *La Constitución y los tratados internacionales* (1963). Desde el momento en que un tratado internacional entra en vigencia tiene con respecto al ordenamiento jurídico uruguayo una jerarquía equivalente a la de una ley

La solución que señalamos es la única aceptable. No puede pensarse en nuestro sistema constitucional que el tratado tiene una jerarquía superior o igual al texto constitucional.

No puede tampoco afirmarse que un conjunto normativo aprobado mediante una ley, tenga una jerarquía inferior a la de una ley.

Por ello la única solución lógica y jurídica es admitir que las normas de los tratados internacionales regularmente aprobados tienen en el derecho público interno uruguayo la jerarquía atribuida a las leyes.

Esta posición respecto de la jerarquía de los tratados ratificados en el Derecho Interno uruguayo tampoco es motivo de polémica. En Uruguay es aceptada pacíficamente. Pero es importante señalar que clasificando los sistemas jurídicos latinoamericanos en la materia, podemos encontrar los siguientes grupos:

Primer grupo de países Aquellos que mediante un texto expreso le dan al tratado ratificado jerarquía igual a la ley ordinaria. Se incluyen en este grupo: Argentina y México La nueva Constitución brasileña —que entró en vigencia en octubre de 1988—, lo dice en un texto expreso y, además, al regular la acción de inconstitucionalidad de las leyes a cargo del Supremo Tribunal Federal, establece que: “compete al Supremo Tribunal Federal declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de los tratados internacionales contrarios a la Constitución”

Hay otro grupo de países, entre los cuales se encuentra Uruguay, en los que la solución no resulta de un texto expreso, pero a ella se ha arribado por la vía del análisis sistemático del texto constitucional.

En un tercer grupo de países se le atribuye al tratado ratificado una jerarquía superior a la ley, pero inferior a la Constitución, un ejemplo en este sentido es el caso de Costa Rica (artículo 7 de la Constitución) También puede incluirse al Paraguay y a Venezuela

Cuarto grupo de países Aquellos que en virtud de una norma constitucional, le atribuyen a los tratados en materia de Derechos Humanos o a las convenciones humanitarias —no a todos los tratados sino a los tratados en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario— una jerarquía constitucional o supraconstitucional.

Son ejemplos de esta fórmula, que presenta variantes dentro de ella, Perú y Guatemala

Quinto grupo Es la solución más novedosa, la posición de la Constitución nicaragüense vigente y de la Constitución chilena aprobada en el plebiscito del 30 de julio de este año, que no le dan a los tratados en materia de Derechos Humanos una jerarquía constitucional o supraconstitucional, sino que atribuyen a los Derechos Humanos reconocidos en tratados ratificados y en vigor en Nicaragua o en Chile, una jerarquía constitucional.

Volviendo al caso uruguayo, en el cual el tratado ratificado tiene una jerarquía normativa interna igual a la ley ordinaria, ¿qué consecuencias se derivan de esto respecto de la relación entre el tratado y la ley, incompatibles entre sí y que se suceden cronológicamente?

Un tratado deroga la ley anterior incompatible con él. Estando al mismo nivel jerárquico, se aplica el principio general de Derecho, en virtud del cual la norma posterior deroga a la anterior de igual jerarquía Sobre esto no hay problema. Frente a un tratado incompatible con una ley anterior, el juez nacional no debe tener dudas y simplemente tiene que aplicar la norma posterior que es, en el caso, el tratado

¿Qué pasa en la situación inversa? Es decir, una ley posterior incompatible con un tratado anterior o que hace una derogación expresa del tratado. Yo creo que hay que distinguir diversas situaciones. Es imposible dar una respuesta global y absoluta.

A los efectos internos, y de la aplicación del Derecho por el juez nacional, o cualquier autoridad pública, no tiene otro camino que aplicar la ley posterior. No se trataría exactamente de derogación, pero sí de inaplicabilidad interna del tratado incompatible con una ley posterior.

Pero, en cambio, desde el punto de vista internacional, la ley interna no tiene ningún efecto. El tratado como acto jurídico internacional sigue vigente y el país continúa internacionalmente obligado a respetarlo y cumplirlo. Los tratados sólo finalizan, terminan, se extinguen o se suspende su aplicación según lo dispuesto por el Derecho Internacional, de acuerdo con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (sección 3, artículo 54-75), a menos que el propio tratado disponga otra cosa. Incluso no sólo una ley interna que fuera incompatible, o que produjera una derogación implícita o tácita, sino una ley que dijera "derógase el tratado tal y tal", podría tener efectos internos, pero internacionalmente no tendría ninguna consecuencia y, en ese sentido, Uruguay seguiría vinculado por ese tratado. Sin perjuicio de que el Estado uruguayo pudiera ser internacionalmente responsable por el incumplimiento de las obligaciones internacionales que resultan del tratado.

Hasta aquí parece que no hay discrepancias. También aquí coinciden los planteamientos de Jiménez de Aréchaga y el mío. Pero yo daría todavía un paso más y me atrevería a decir que ese tratado, y esto es importante en tratados de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, por el hecho de estar internacionalmente vigente para Uruguay es aplicable, sigue siendo aplicable a los casos de violaciones que a sus disposiciones sean cometidas en el Uruguay o por autoridades uruguayas. Y estas violaciones podrán ser denunciadas por los procedimientos y ante los órganos previstos en el propio tratado, con las consecuencias determinadas en este instrumento internacional. Esto es nuevo. Éste es un tema que no había sido tratado hasta ahora.

Ejemplo. La Convención Americana de Derechos Humanos (Uruguay es parte). Supongamos, en hipótesis, que una ley interna dijera "Derógase la Convención Americana de Derechos Humanos". Sería un disparate jurídico impensable. Pero teóricamente podría existir esa situación. Un juez nacional no podría aplicar la Convención. Pero si Uru-

guay viola sus derechos reconocidos por la Convención que continúa estando internacionalmente vigente, creo que cualquier persona física, jurídica u organización no gubernamental, de acuerdo con el artículo 44 de la Convención, podría recurrir ante el órgano competente establecido por ella, es decir, la Comisión para denunciar la violación, en un caso concreto, de las normas de la Convención Americana. Y si se comprobase la violación, Uruguay podría ser declarado violador por la Comisión y eventualmente, luego, por sentencia de la Corte.

Esto es nada más la continuación del razonamiento de que internacionalmente el tratado sigue vigente, pese a lo que disponga la ley interna.

Cada vez se avanza más en el sentido de ir definiendo elementos diferenciales entre los tratados internacionales en general y los tratados en materia de Derechos Humanos y de Derecho Humanitario. Estas características propias de los tratados humanitarios y de Derechos Humanos se esbozó ya, y quizás fue el primer momento en que la jurisprudencia internacional señaló esta diferencia, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio

Los tratados clásicos de Derechos Humanos están esencialmente dirigidos a regular hechos y obligaciones entre Estados, los nuevos tratados en materia humanitaria, sin perjuicio de que regulan derechos y obligaciones entre Estados, tienen una fundamental proyección interna. Éste es el elemento fundamental caracterizante de estos modernos tratados

El siguiente paso fue dado por la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y luego la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC2, fechada el 24 de septiembre de 1982, y titulada "El efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana" (artículos 74 y 75). En el párrafo 29 de esta Opinión Consultiva se dijo

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre Derechos Humanos en general, y en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del

cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Esta distinción ha sido reconocida por la doctrina y últimamente señalada en relación con el Derecho Internacional Humanitario, y su evolución a partir de la Convención del 22 de agosto de 1864.

También dicha distinción está contenida en la propia Convención de Viena, sobre Derecho de los Tratados, ya que en su artículo 60, párrafo 5, excepciona del régimen general relativo a la terminación de un tratado o suspensión de la aplicación como consecuencia de su violación, "a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenida en los tratados de carácter humanitario" Este párrafo 5, que no se encontraba en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, fue incluido durante la Conferencia de Viena, a propuesta de la Delegación de Suiza, sugerida por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Este carácter especial de los tratados de Derechos Humanos y de Derecho Humanitario ha tenido, en Latinoamérica, una proyección constitucional (Constituciones de Guatemala, Perú, Chile, Nicaragua y Brasil) En la nueva Constitución brasileña se dispone que Brasil guiará su política exterior por el principio, entre otros, de la "prevalencia de los Derechos Humanos". Es una norma aún no interpretada de una manera sistemática y completa, pero hay una tendencia que lleva a que haya un sector de la doctrina que estima que este concepto de la prevalencia de los Derechos Humanos no es solamente una línea de política exterior que el Brasil debe mantener, sino que es una norma que puede tener una proyección interna respecto al nivel jerárquico de los tratados de los Derechos Humanos

Pasemos ahora al punto central de esta disertación, que es la cuestión del Uruguay y las Convenciones de Derecho Humanitario. En realidad todo lo que antecede constituye una introducción al tema, la determinación del marco jurídico, internacional o interno, dentro del que habré de situarme

Creo que hay, inicialmente, que hacer una referencia al aporte de América Latina al Derecho Internacional Humanitario. Primero al aporte doctrinario. En un excelente trabajo de José María Ruda incluido en el libro publicado por el Instituto Henry Dunant *Les Dimensions Internationales du Droit Humanitaire*, sobre la concepción latinoamericana del Derecho Internacional Humanitario, se citan seis juristas latinoamericanos que en el siglo XIX hicieron un gran aporte al respecto: Andrés Bello, venezolano-chileno; Carlos Calvo, argentino, Tremoya y Nadal,

cubano; Rodríguez Saráchaga, argentino, y Gregorio Pérez Gomar, uruguayo. Pérez Gomar es el autor del *Curso Elemental de Derecho de Gentes*, el primero escrito en el Uruguay, lamentablemente muy poco conocido, pero que merece una relectura actual. Su *Curso Elemental de Derecho de Gentes* publicado en 1866, fue reeditado hace pocos años por la Biblioteca Artigas de "Clásicos uruguayos", lamentablemente con un prólogo que no ahondó en la concepción jurídica internacional de Gregorio Pérez Gomar, y que se limitó a exponer generalidades sin interés. En 1866, Pérez Gomar escribió unas páginas muy interesantes y, en momentos en que el Uruguay estaba llevando a cabo la guerra del Paraguay, analizó la necesidad, en el inicio mismo de la evolución convencional del Derecho Internacional Humanitario, dos años después de la Convención de 1864, de resolver humanitariamente la situación de los prisioneros de guerra, la protección de las poblaciones civiles y la necesidad de cubrir mediante normas jurídicas todos los aspectos de la guerra en su proyección humana.

Cuando hablamos del Uruguay y las Convenciones de Derecho Humanitario, usamos la expresión en sentido amplio, no referida solamente al llamado Derecho de Ginebra, sino incluyendo también algunas de las disposiciones del denominado Derecho de La Haya, ya que ambas vertientes, la dirigida a la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados y la que tiene por objeto la limitación de los medios y de los métodos de combate, constituyen, *lato sensu*, en el Derecho Internacional Humanitario, expresión actual de *jus in bello*.

Si bien el Derecho de Ginebra concierne especialmente a la protección de las personas contra el abuso de la fuerza, mientras que el de La Haya se refiere a las reglas que prohíben o limitan el uso de ciertas armas y el empleo de determinados métodos de combate, no hay duda de que la entrañable e indivisible relación que une a estas dos ramas —hecho de que la división no es absoluta y tajante del carácter humanitario que en el fondo las une—, exige que al presentar la posición de un Estado ante el Derecho Internacional Humanitario de raíz convencional, se haga referencia a ambas como integrantes del moderno *jus in bello*.

¿Cuál ha sido y es la participación uruguaya en este derecho?

a) Como es sabido, el Derecho Internacional Humanitario tiene una de sus primeras expresiones en la Convención para mejorar la condición de los militares heridos en los ejércitos de campaña, de 1864. Uruguay no participó en la Conferencia que la adoptó, pero haciendo uso del artículo 9 de la Convención de 1864, que preveía un procedi-

miento especial para la adhesión, se adhirió. La aprobación legislativa fue dada por la ley núm. 2631 de 6 de abril de 1900. La República depositó el instrumento de adhesión el 3 de mayo de 1900. Es decir, que Uruguay es parte de la Convención de 1864 por la vía de la adhesión.

b) Artículos adicionales a la Convención de 1864, de 5 de octubre de 1868, Uruguay tampoco participó en esta Conferencia, pero se adhirió a estos artículos adicionales, por la misma ley de abril de 1900 y el depósito del instrumento de adhesión se hizo, igual que en el caso anterior, el 3 de mayo de 1900.

c) Las Convenciones de La Haya de 1899. Fundamentalmente dos interesan desde el punto de vista del Derecho Humanitario. Son relativas a las leyes y costumbres de la guerra y a la adaptación a la guerra marítima de los principios de la Convención de Ginebra de 22 de agosto de 1864. A estas dos Convenciones de La Haya del 99, se adhirió Uruguay. La aprobación legislativa de la adhesión se hizo por Ley núm. 2782, del 10 de noviembre de 1902, y el depósito del instrumento de adhesión se realizó el 21 de junio de 1906. La ley núm. 6185, del 6 de julio de 1918, aprobó la adhesión uruguaya a la Convención de Ginebra de 1906.

d) Las Convenciones de La Haya de 1907. El Uruguay participó en la Conferencia de La Haya de 1907, lo que no había hecho en la Conferencia del 99. Las cuatro Convenciones de La Haya de 1907 tienen especial referencia a normas de Derecho Humanitario. Estas convenciones son: la relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra y a la adaptación a la guerra marítima de los principios de la Convención de Ginebra.

En este caso de las Convenciones de La Haya de 1907, a diferencia de las anteriores, Uruguay las firmó, ya que estaba presente en la Conferencia. Hizo uso, por tanto, de su derecho a firmarlas. Pero nunca fueron ratificadas por la República. Uruguay no es parte de las Convenciones de La Haya de 1907, a diferencia de lo que sucede con las de 1899.

e) Convención de Ginebra de 27 de julio de 1929, relativa al mejoramiento de las condiciones de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y al tratamiento de los prisioneros de guerra. No ha sido firmada ni ratificada por Uruguay, ni la República formó parte de ellas por la vía de la adhesión. Carece hoy de todo interés marcar la cuestión, ya que ha sido reemplazada por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949.

f) Protocolo de Ginebra, del 17 de junio de 1925, relativo a la prohibición del empleo en guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares o de medios bacteriológicos.

Uruguay es parte del Protocolo de Ginebra de 1925

g) Las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949. Uruguay participó en la Conferencia de Ginebra de 1949 de Derecho Internacional Humanitario y es parte de las cuatro Convenciones. La República las firmó el mismo día de la apertura a la firma, el 12 de agosto de 1949. El trámite legislativo fue muy largo. Hubo un primer mensaje del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo pidiendo la aprobación parlamentaria para la ratificación, el 26 de junio de 1953. Luego un segundo mensaje solicitando la autorización del 22 de septiembre de 1955. Siguió un tercer mensaje el 28 de enero de 1960 y un cuarto y último mensaje el 2 de julio de 1964.

Fue este último el que puso en marcha el procedimiento legislativo de aprobación necesario para que el Poder Ejecutivo pudiera ratificar, según lo dispuesto en la Constitución de 1952, entonces vigente.

El informe de la Comisión de Asuntos Internacionales de la Cámara de Representantes está fechado el 11 de agosto de 1965. La Cámara de Representantes lo aprueba. Va a la Cámara de Senadores, que aprueba el proyecto mucho después, en la siguiente legislatura, el 28 de junio de 1968. Debe, por tanto, volver a la Cámara de Representantes. Hay un segundo informe de la Comisión de Asuntos Internacionales de la Cámara de Representantes, fechado el 5 de agosto de 1968 y, finalmente, la ley aprobatoria se promulga el 17 de septiembre de 1968.

Es un caso de ratificación, no de adhesión, porque Uruguay había firmado las cuatro convenciones. Se depositó el instrumento de ratificación el 5 de marzo de 1969. Quiere decir que el Uruguay es parte de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 desde el 5 de marzo de 1969.

Pero Uruguay es parte con reservas a estas Convenciones. La Ley aprobatoria y el posterior decreto del Poder Ejecutivo hacen "expresa reserva de los artículos 87, 100 y 101, de la Ley mencionada en tercer término, y del artículo 68 de la mencionada en último término (se está refiriendo a las Convenciones), en cuanto suponen la posibilidad de la aplicación y ejecución de la pena de muerte".

Creo que el sentido de esta reserva debe ser el de que el Uruguay renuncia a la posibilidad de aplicación, por él, de la pena de muerte prevista, como una posibilidad fáctica, en las Convenciones de Ginebra de 1949.

h) Los dos Protocolos de 1977. Uruguay participó durante todo el proceso de la conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. Por las circunstancias políticas por las que pasaba la República en ese difícil momento de la vida nacional, el Uruguay no firmó los Protocolos y la delegación de la República que participó señaló discrepancias y salvedades. El gobierno constitucional y democrático, iniciado el 1 de marzo de 1985, no compartió esos criterios y el mensaje del 27 de marzo de 1985 enviado al Poder Legislativo no hace referencia a ninguna salvedad, reparo o reserva, ni a la anterior posición de la Delegación uruguaya y del Ministerio de Relaciones Exteriores

El mensaje del Poder Ejecutivo del 27 de marzo de 1985 se encuentra incluido en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes* del 20 de agosto de 1985, en la página 253. El informe de la Comisión de Asuntos Internacionales del Senado recomendando la adopción del proyecto de ley por el cual se autoriza la adhesión de Uruguay a los dos Protocolos, sin ninguna salvedad o reserva, está fechado el 22 de mayo de 1985. Es un informe unánime. Está firmado por Juan Raúl Ferreira, miembro informante, Enrique Martínez Moreno, Carminillo Mederos, Eduardo Paz Aguirre, Américo Ricaldoni, Francisco Rodríguez Camusso y Juan A. Singer, y el pleno del Senado lo aprobó por 16 votos de 17. No consta quién fue el senador que votó en contra. Hubo en el Plenario un informe verbal del senador Juan Raúl Ferreira, que consta en las páginas 314 y 315. Después de la aprobación del Senado, el proyecto pasó a la Cámara de Representantes. El informe favorable a la Comisión de Asuntos Internacionales de la Cámara de Representantes es también unánime. Está firmado por Yamandú Fau, miembro informante, Javier Barrios Anza, Roberto Asian, Julio Daverede, León Morelli, Juan Pintos Pereira y Guillermo Stirling. Prácticamente no hubo discusión en el Plenario. Hay sólo una intervención del diputado Ope Pasquet que tiene referencia expresa, muy elogiosa para la doctora Alma Baccino Estrada.

La aprobación se realizó por la Cámara de Representantes el 20 de agosto de 1985. La promulgación en la ley por el Poder Ejecutivo se produjo el 13 de septiembre de 1985. Uruguay se adhirió, ya que no los podía ratificar porque no los había firmado, y oportunamente se designa un plenipotenciario para que realice el depósito del instrumento de adhesión.

i) Convención sobre prohibición, desarrollo y almacenamiento de armas bacteriológicas, biológicas y tóxicas de 1971. Es el complemento

en cierta forma y la actualización del Protocolo de Ginebra del 25. Uruguay se adhirió el 6 de junio de 1981.

j) Luego la Convención, la más moderna, fruto del trabajo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre "Prohibiciones o Restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados", del 10 de octubre de 1980. Uruguay no es parte

Por último, hay otros tratados vinculados al Derecho Humanitario, siempre en sentido amplio, pero que generalmente no se incluyen ni en el derecho de Ginebra, ni en el Derecho de La Haya

Por ejemplo, en materia de desarme hay un tratado muy importante, relativo a la proscripción de las armas nucleares, del que Uruguay es parte, que es el Tratado de Tlatelolco. Este tratado tiene una proyección humanitaria porque la cuestión de las armas nucleares, tema al que no son ajenas las Convenciones de 1949 y los Protocolos de 1977, posee una incidencia innegable en el Derecho Internacional Humanitario

Por último creo que hay que hacer una referencia a la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, no con carácter general, sino en relación con el Uruguay

Uruguay es parte de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos

Entiendo que es fundamental el problema de la relación entre Derechos Humanos y Derecho Humanitario, tema que cada día adquiere más importancia. Pero además de esta cuestión general, hay que tener en cuenta el hecho de que tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27) contienen normas respecto del caso de guerra, en cuanto situación de emergencia, y cuáles Derechos Humanos cuya protección internacional puede suspenderse y en cuáles no puede suspenderse ni siquiera en las situaciones de emergencia a las que se refieren esas normas internacionales

Es decir, que hoy día ningún enfoque, para Uruguay, del problema de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario puede dejar de tener en cuenta la relación de las convenciones de Ginebra de 1949 y de los Protocolos de 1977 con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y con la Convención Americana sobre De-

rechos Humanos en lo que se refiere, en caso de guerra, a la aplicación del artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 27 de la Convención Americana.

¿Qué aplicaciones ha tenido el Derecho Internacional Humanitario Convencional en la historia de Uruguay?

En primer lugar, es preciso tener en cuenta cuantas veces Uruguay ha tomado parte en una guerra internacional. Uruguay ha estado tres veces en una situación de guerra internacional. La primera fue la guerra autorizada por el decreto del 16 de marzo de 1839, que declaró a la "República en estado de perfecta guerra con el actual gobierno de la Provincia de Buenos Aires y con todos los que lo sostengan desde que su excelencia el General en Jefe del ejército constitucional había aceptado, el día 24, la guerra que le declaró de hecho aquel gobierno". Es ésta la primera ocasión en que el Uruguay, luego de ser independiente, ha estado en situación de guerra internacional

Segunda guerra internacional. En la guerra del Paraguay, declarada por decreto de 9 de mayo de 1865, con base en la ley núm. 811 dictada por el General Flores, en uso de facultades ordinarias y extraordinarias que investía. Esta guerra fue la consecuencia del tratado de la Triple Alianza (Argentina, Brasil, Uruguay)

La tercera situación bélica externa del Uruguay se produjo en 1945, como consecuencia de la declaración de guerra a Alemania y Japón.

Uruguay dictó dos decretos de neutralidad en los cuales se invocaron expresamente las Convenciones de La Haya. Fueron el decreto de neutralidad de 1914 y el decreto de 1939, adoptados inmediatamente después del inicio de las dos guerras mundiales. El primer decreto fue revocado parcialmente, como consecuencia de la ruptura de relaciones en el caso de la Primera Guerra Mundial. La ley de 7 de octubre de 1917 autorizó al Poder Ejecutivo a romper relaciones diplomáticas con Alemania y Austria-Hungría. El mismo día se dictó el decreto de ruptura de relaciones diplomáticas y revocó el que había dictado la neutralidad. Durante la Segunda Guerra Mundial, en 1945, antes de la Declaración de la guerra, hubo por decreto ruptura de relaciones.

El otro antecedente en el cual se citan normas de Derecho Internacional Humanitario, es relativo al Graf Spee en diciembre de 1939, luego de la batalla de Montevideo. El decreto por el cual se fija al acorazado alemán un plazo de 72 horas para salir del puerto de Montevideo hace referencia expresa a la Convención de La Haya de 1899.

Para terminar. Yo dividiría las conclusiones de este trabajo en la siguiente forma:

1 Internacionalmente Uruguay está prácticamente al día, con una excepción, en cuanto a su situación respecto al Derecho Internacional Humanitario convencional. Creo que no se debe pensar en el retiro de la reserva sobre la pena de muerte a las Convenciones de 1949. Pienso que con la interpretación que le doy a esa reserva, debe mantenerse.

No tenemos problemas con relación a los Protocolos de 1977. No tiene sentido plantear un proceso de adhesión a textos anteriores que ya han sido superados por las Convenciones y los Protocolos. La única cuestión que habría que resolver es la adhesión de Uruguay a la Convención sobre Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados, de 1980.

2 Internamente, como consecuencia de que Uruguay no ha estado vinculado en los últimos años a situaciones bélicas externas directas, hemos sido omisos en la reglamentación legislativa o reglamentaria de las obligaciones que nos imponen las Convenciones de 1949 y los Protocolos de 1977.

Pienso que, sin perjuicio de afirmar el criterio de la aplicabilidad directa, en lo pertinente, de las Convenciones de 1949 y los Protocolos de 1977, es preciso iniciar una minuciosa y científica labor de punteo de estas Convenciones y Protocolos, para determinar qué medidas legislativas y administrativas internas es necesario adoptar.

Es un principio general de Derecho que todo Estado Parte de un tratado está obligado a adoptar las medidas legislativas requeridas para la plena aplicación de este Tratado en el Derecho Interno, sin perjuicio de la posibilidad de aplicación directa. Creo que estamos en omisión en esta materia. No es una omisión dolosa, ni una omisión grave. Pero pienso que es muy útil corregirla, cubrir este vacío, y que este Simposio debe estar en el inicio de un proceso de revelamiento que pueda llevar, en el momento oportuno, a que el Poder Ejecutivo presente los proyectos de ley necesarios en la materia o que, por la vía correspondiente, en las autoridades que tengan atribuciones en cada esfera se adopten las medidas y las disposiciones pertinentes.

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS*

Creo que en primer lugar hay que comenzar por una precisión terminológica, incluso respecto al título de esta disertación. Me voy a referir, no a las relaciones de Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos, porque no se pueden establecer relaciones, entre cosas, de orden conceptual diferentes. No podemos relacionar un sistema de Derecho como el Derecho Internacional Humanitario, con lo que no es un sistema de Derecho, que es atributo de la persona humana, como son los Derechos Humanos. En cambio, sí podemos comparar y establecer las relaciones entre dos figuras análogas, entre dos ramas del Derecho, como son el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos, sea en su vertiente interna, sea en su vertiente internacional

Para poder comparar estas dos ramas del Derecho, hay que comenzar por tener una idea clara de qué es el Derecho de los Derechos Humanos y qué es el Derecho Internacional Humanitario.

En cuanto al primer punto, ¿qué es el Derecho de los Derechos Humanos?

Es el conjunto de normas, de diferentes jerarquías y principios que tienen por objeto o por finalidad lograr el respeto y la garantía de los derechos de la persona humana, emanación en su proyección jurídica de la dignidad esencial que todo hombre posee. Así concebido, el Derecho de los Derechos Humanos tiene una vertiente interna, fundamentalmente nacida de la Constitución y del orden jurídico nacional que deriva de ésta y una vertiente internacional que a su vez, en el mundo actual, se integra con dos líneas fundamentales; el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de carácter universal, que deriva del sistema de las Naciones Unidas y el regional que resulta del sistema regional, en el cual se encuentra el país pertinente.

En el caso del Paraguay, como país americano, este sistema es el sistema regional americano, fundado en la Carta de los Estados Ame-

* *La Ley*, Revista Jurídica Paraguaya, núm. 1, año XIII, enero-marzo, 1990

ricanos, en la Declaración de los Deberes y Derechos del Hombre y, fundamentalmente, para los Estados Partes, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José

Ahora bien, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que está dirigido a lograr la protección internacional, sea regional o universal, de estos Derechos, es todavía en el mundo en que vivimos, quizás por largos años, un derecho subsidiario del derecho interno, porque la protección internacional de los Derechos Humanos es subsidiaria de la protección interna. Si bien todo Estado —encarado el asunto desde el punto de vista del Derecho Internacional— tiene el deber, la obligación jurídica de respetar y garantizar los Derechos Humanos y es responsable internacionalmente si no los respeta y si no los garantiza, la posibilidad de actuar internacionalmente a este respecto es subsidiaria. Solamente si no existe, si es defectuoso o no se ejerce por retardo o por incompetencia la protección interna del individuo por el Estado, este individuo tiene derecho de reclamar internacionalmente, por las vías previstas por el Derecho Internacional, la protección internacional

Hay, por lo tanto, una relación conceptual directa e inmediata entre la naturaleza subsidiaria de la protección internacional y la exigencia de que, para poder acudir a un sistema internacional de protección, haya que agotar los procedimientos previstos en la jurisdicción interna.

Este Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene diversas fuentes.

La más importante, hoy día, la primera por lo menos, es la fuente convencional. Es la que deriva de las obligaciones que resultan para los Estados Partes en los tratados pertinentes, que imponen a estos Estados la obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos

La fuente convencional en materia de Derechos Humanos es, hoy, de una amplitud enorme. Basta recordar que los instrumentos convencionales de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos superan los 30

Los más importantes, los que en cierta forma están en la base, no por orden cronológico, sino conceptual, de todos los demás, son los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Protocolo Facultativo anexo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Pero hay otras muchísimas Convenciones de las Naciones Unidas relativas a la protección de los Derechos Humanos, en general o en

particular, Convención sobre la Tortura, Convención sobre Discriminación, Convención sobre Genocidio, etcétera.

En el ámbito regional americano, la principal fuente convencional es la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de la cual derivan, en cierta forma, aunque de una manera muy general, obligaciones para los Estados en materia de Derechos Humanos y respecto a los órganos, por lo menos de los de protección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Además, como tratado específico, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José y el Protocolo I, que no ha entrado aún en vigencia, sobre los derechos económicos, sociales y culturales, llamado el Protocolo de San Salvador, la Convención Americana sobre la Tortura y, en cierta forma, los tratados sobre asilo pueden considerarse también como tratados vinculados con el tema de los Derechos Humanos y esperamos que pronto la Asamblea General de la OEA pueda adoptar el Protocolo II, relativo a la prohibición de la pena de muerte y adelantarse en el proceso de elaboración de la Convención relativa a las desapariciones involuntarias de personas.

Pero, junto a esta fuente convencional, sea universal o regional, se incluye la fuente que resulta de resoluciones de los organismos internacionales, que por sus características, tanto en razón de materia o por la forma que fueron adoptadas, se han transformado no solamente en una enumeración de principios de carácter político-moral, sino en verdaderas fuentes de Derecho Internacional.

En el ámbito universal, esta fuente, esencial hoy día, está en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se considera ahora como fuente jurídica de obligaciones para todos los Estados y para la Comunidad Internacional.

Esto es sumamente importante porque hay muchos Estados que no son parte de los Pactos. Si no llegáramos a esta conclusión, habría Estados que tendrían el deber internacional de respetar los Derechos Humanos. Pues este deber deriva de la Carta de las Naciones Unidas que, más que como un tratado, hoy día, se le conceptúa como una Constitución de la Comunidad Internacional, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No vamos a entrar en el problema, en que se fundamenta, en la doctrina y en la jurisprudencia actual esta afirmación de que la Declaración Universal es fuente de derechos y obligaciones jurídicamente imperativos para los Estados. Es una conclusión que hoy no se discute. Pero costó mucho arribar a ella.

Paralelamente a esta Declaración Universal, hay una Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948. La

Corte Interamericana, muy recientemente, en su Opinión Consultiva (OC 10) acaba de expresar la opinión que, en cuanto la Declaración está en cierta forma integrada a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, adquiere, por esta vía, fuerza obligatoria y es fuente de derecho

Es una conclusión importante porque en el sistema interamericano —que tiene 30 o 31 miembros según se considere que Cuba sigue siendo o no miembro— solamente hay 21 Estados Partes en la Convención Americana. Por consiguiente, para los 10 u 11 Estados todavía no Partes, los derechos reconocidos, que hoy están obligados a respetar, son los enumerados en la Declaración Americana de 1948.

Los principios fundamentales del Derecho Internacional constituyen fuente de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, como lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en sus Opiniones Consultivas o en sentencias de la más alta importancia, tales como la "Opinión Consultiva sobre Namibia", las sentencias en el caso de los rehenes americanos, en Teherán y en el "Caso Nicaragua contra los Estados Unidos"

Por último, en lo que se refiere al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hay que señalar que hoy la tendencia doctrinaria predominante y, en cierta forma, también la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, estima que aquellos derechos absolutamente esenciales que constituyen el "núcleo inderogable" o no suspendible de los Derechos Humanos rigen en toda situación y en todo momento; son casos de *ius cogens*, es decir, de normas imperativas de derecho internacional general para usar la expresión que utiliza la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; se sitúan en la más alta jerarquía normativa, cuya violación apareja la nulidad de cualquier acto internacional convencional y, para mí, además, de cualquier acto jurídico internacional violatorio de principios esenciales de aquel *ius cogens*

Junto al Derecho de los Derechos Humanos, está el Derecho Internacional Humanitario

¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?

Para no repetir mal una definición muy buena, voy a leer la definición, que con gran precisión hizo el doctor Swinarski en su *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, dice así.

Es el cuerpo de normas internacionales de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales y que limita, por razones hu-

manitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra o que protege a las personas y los bienes afectados o que pueden estar afectados por el conflicto.

Esta definición, con diferentes palabras, concuerda con la que yo mismo expreso en la página 704, de los *Estudios en honor de Jean Pictet*, en el trabajo que escribí sobre los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Refugiados.

Digo que es muy importante tener una idea muy precisa para evitar confusiones, porque hay una tendencia natural, quizás derivada de la terminología empleada, a pensar que el Derecho Internacional Humanitario es el derecho de la humanidad, es el derecho que deriva de la condición de ser humano, que es un derecho que se refiere a cualquier cosa internacionalmente tratada con un espíritu o con una finalidad humanitaria. Esto constituye un error garrafal.

El Derecho Internacional Humanitario es ese derecho, de origen convencional y consuetudinario, cuyo objeto es la protección de la persona, por razones de humanidad, durante los conflictos armados, internacionales o internos

Tradicionalmente se ha dividido este Derecho Internacional Humanitario, concebido *lato sensu*, en dos grandes ramas que, por facilidad terminológica, se han llamado el "Derecho de Ginebra" y el "Derecho de La Haya". El "Derecho de Ginebra" es el derecho fundamentalmente dirigido a la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados y su fuente se encuentra en el proceso de evolución que se inicia con el Convenio de Ginebra de 1864. Pero sus fuentes convencionales son hoy los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977

Junto al "Derecho de Ginebra" está el "Derecho de La Haya", que es el Derecho dirigido a la limitación de los medios y de los métodos de combate, es decir, un derecho que limita la guerra, en el sentido de determinar qué armas se pueden utilizar, qué métodos y en qué forma. *Lato sensu* ambos pueden considerarse integrantes del Derecho Internacional Humanitario, el "Derecho de Ginebra" siéndolo *stricto sensu*.

Para comprender el sentido actual del Derecho Internacional Humanitario, es necesario tener en cuenta que el "Derecho de Ginebra" no está opuesto al "Derecho de La Haya". Ambos se interrelacionan recíprocamente. El Derecho Internacional Humanitario podía ser concebido como una expresión del *ius in bello*, es decir, es el derecho que resulta de la existencia de conflictos armados, para proteger humani-

ariamente a las víctimas de esos conflictos o para limitar los métodos y procedimientos utilizados en el conflicto

Junto al *ius in bello*, estaba el *ius ad bellum*, es decir, el derecho a la utilización de la fuerza

La guerra era un derecho, por lo tanto este derecho a la guerra estaba regulado por *ius ad bellum* y, producido el conflicto, por el *ius in bello*. Hoy el conflicto armado, como hecho, como realidad, subsiste y, en consecuencia, tiene que haber un derecho dirigido a que, frente a esa realidad hayan criterios humanitarios para disminuir el sufrimiento de las personas afectadas por esos conflictos o para limitar esos procedimientos y métodos de combate

En el Derecho Internacional actual el uso de la fuerza está proscrito. Así de acuerdo con el sistema de la Carta de las Naciones Unidas, y con los desarrollos posteriores hechos por la Asamblea General, solamente la fuerza es lícita cuando se utiliza por el Consejo de Seguridad, dentro del marco de lo dispuesto por la Carta de las Naciones Unidas, en los casos de legítima defensa individual o colectiva, y en la lucha de los pueblos en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, contra una dominación colonial o extranjera.

Podría decirse que el *ius ad bellum* ha quedado reducido a estos casos. No hay uso lícito de la fuerza, pero hay conflictos armados que superan este marco. Frente a los conflictos armados ilícitos, pero que son realidades internacionales, o a los conflictos armados internos, el Derecho Internacional Humanitario constituye la expresión del *ius in bello*, que como resulta de la definición que hemos leído, tiene bases convencionales —los Convenios de Ginebra, los Protocolos Adicionales, los Convenios de La Haya, algunas otras Convenciones posteriores— y tiene, además, una base consuetudinaria.

El gran interés para la comprensión jurídica de los Convenios de Ginebra de 1949 radica en que constituyen una expresión de la conciencia jurídica y moral de la humanidad entera y, por lo tanto, son fuente de obligaciones convencionales, pero también, en su conjunto y en su esencia, son la manifestación de Principios Generales de Derecho Internacional, aplicables a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Estos principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son aplicables siempre, en toda circunstancia en que haya un conflicto armado o un uso de la fuerza, como lo fue señalado por la Corte Internacional de Justicia, ya en el "Caso del canal de Cortú", en 1949, entre Gran Bretaña y Albania y fundamentalmente en la sentencia reciente en el "Caso de Nicaragua contra Estados Unidos"

Pienso que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario no se diferencian por tener uno contenido político y otro no, por que uno tenga ya proyección interna y otro no. Estimo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un Derecho Internacional sin contenido político, a pesar de que se le quiera a veces utilizar políticamente. Los Derechos Humanos, no tienen una divisa, ni de izquierda, ni de derecha, no son la pertenencia de una ideología o de unos países. Son la proyección jurídica de algo que toda persona humana posee en todo momento. No veo ninguna posibilidad de hacer una distinción basada en una conceptualización política de una rama del derecho respecto a la otra.

¿Cuáles son las relaciones entre estas dos ramas del Derecho? El doctor Swinarski, con muy buen criterio, ha clasificado las diferentes formas de encarar estas relaciones en tres grupos, lo que él llama la tesis integracionista, la tesis separatista y la tesis complementarista. Esta clasificación se encuentra en las páginas 16 y 17 de su *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*.

Me parece un adecuado intento de clasificación. La tesis integracionista, es decir, la integración del Derecho Internacional Humanitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos me parece inadmisibles. Después expondré mi posición al respecto. Pero creo que no puede subsumirse una de estas ramas del Derecho en la otra, sin perjuicio de que haya principios comunes y objetivos, en cierta forma, comunes.

La tesis separatista la estimo aún más inadmisibles. Es la expresión de una concepción totalmente obsoleta y muerta, que predominó en ciertos comentaristas del Derecho Humanitario en un momento. Pero que hoy me parece absolutamente insostenible. Es desconocer la naturaleza actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. No son ramas separadas y no relacionadas entre sí, sino dos ramas del Derecho estrechamente vinculadas y condicionadas entre sí.

Creo que la única tesis admisible, aunque dentro de ellas hay muchas variantes, es lo que el doctor Swinarski llama tesis complementarista; es decir, son dos ramas del derecho diferentes, pero estrechamente unidas, complementarias, que tienden a proteger en diferentes situaciones, por diferentes procedimientos y con la actuación de diferentes órganos, a la persona humana.

Veamos algunos ejemplos de la tesis complementarista. No voy a exponer, por lo tanto, el pensamiento de Jean Pictet, quien ha escrito mu-

cho y muy bien sobre el tema, sino exclusivamente con textos de que ustedes pueden aquí disponer.

En este excelente trabajo del Profesor Schindler que ha sido distribuido "El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos", en las páginas 8 y 9, hay un cuidadoso análisis de la relación entre el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, dentro de una línea que creo que se sitúa en el marco de la tesis complementarista. El autor termina el párrafo final, en el cual resume su pensamiento, diciendo: "los Convenios de Ginebra y los Convenios de los Derechos Humanos pueden y, con frecuencia, deben aplicarse de manera acumulativa". Es decir, la complementariedad, la interdependencia y la acumulación de las dos ramas del Derecho en función de un objetivo en común. El doctor Swinarski le ha dedicado al tema en su "Introducción", un análisis muy correcto en las páginas 17 y 18, que concluye con el párrafo 1, que voy a leer:

Debemos pues concluir que el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos son complementarios, desde el punto de vista del respectivo ámbito de aplicación. Tampoco se debe olvidar, en la perspectiva más amplia de la finalidad primordial común de estos dos cuerpos de reglas, que ambos proceden de una misma preocupación de la dignidad humana.

Suscribo sin ninguna reserva este pensamiento. Yo mismo, en el trabajo, al que me he referido antes, trato ampliamente el problema de las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. No voy a leer estas cuatro o cinco páginas, que parten de que hay una zona común entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, pero también un campo de aplicación material, personal y orgánico, que no coincide plenamente; lo que determina la necesidad de mecanismos de aplicación, de control y de órganos distintos para las diferentes situaciones.

Así concebido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se comprende, ni tiene toda su real significación y proyección, si no se le complementa con el Derecho Internacional Humanitario y, a la inversa, el Derecho Internacional Humanitario no se comprendería hoy plenamente, si no se le integrara y complementara con el Derecho de los Derechos Humanos.

Ésta es una línea de pensamiento que se va acentuando cada vez más porque en los últimos años en las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y también en las resoluciones de la Asamblea General,

se hace referencia reiterada a los Derechos Humanos y, en el caso de la Asamblea General de las Naciones Unidas, al Derecho Internacional Humanitario. Son vías, por lo tanto, paralelas, dos ramas del derecho pensadas y normativizadas en función de un objetivo común para situaciones distintas de aplicación y con órganos de aplicación diferentes.

Tienen, en primer lugar, un ámbito personal distinto de aplicación, porque los Derechos Humanos son derechos que pertenecen a todos los hombres, sin ningún tipo de discriminación; en cambio, el Derecho Internacional Humanitario está dirigido a la protección de grupos especiales de personas, es decir, las poblaciones civiles en los conflictos bélicos, las víctimas de los conflictos armados, los prisioneros de guerra, los naufragos, los heridos, etcétera.

Es decir, que mientras uno tiene una generalización total, en función de la persona humana, otro está referido a ciertas personas en determinadas situaciones de emergencia.

El Derecho Internacional Humanitario está pensado en función de la existencia de conflictos armados internacionales o internos, eventualmente en su proyección de los disturbios internos. Por lo tanto, ámbito personal distinto, aunque en cierta forma parcialmente superpuesto; ámbito, en razón de materia, también distinto. En un caso siempre, en otro caso sólo en los conflictos armados.

Los órganos de aplicación, a su vez, son distintos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene un sistema orgánico propio, el Derecho Internacional Humanitario, también, sin perjuicio de lo cual, cuando se revisan las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se ve que hay reiteradas referencias a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en ciertos casos, como los territorios ocupados por Israel, el caso del conflicto Irán-Irak, etcétera. Quiere decir que los órganos políticos de las Naciones Unidas están haciendo referencia al Derecho Internacional Humanitario y señalando sus violaciones.

Decíamos recién que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es un derecho para regir siempre en toda situación. Esto es así. Pero hay que precisar que todas las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, sean de carácter universal, o regional, por ejemplo, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 27 de la Convención Americana, establecen que, en caso de guerras, o de situaciones excepcionales que pongan en peligro la existencia o la vida de la nación, siguen vigentes. Ciertos Derechos Huma-

nos pueden ser suspendidos, por un tiempo determinado, en proporción a la intensidad del peligro y mediante un procedimiento formal precisamente establecido. Pero hay otros Derechos Humanos que no pueden ser suspendidos y derogados, tales como, por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, el derecho a no sufrir tratamientos inhumanos o degradantes. Quiere decir que estos Derechos Humanos de todos los seres subsisten, incluso en tiempo de guerra, y, por lo tanto, aquí vemos una nueva superposición *ratione personae* y *ratione materiae* entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Hay, por último, una serie de disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y de los Protocolos Adicionales que hacen referencia expresa a que los Derechos Humanos no pueden ser violados en ningún caso, por ejemplo, se puede al respecto citar el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra.

Pero hay un tema que evidentemente presenta un interés fundamental y que no puede estar ajeno a una reflexión sobre la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Es el problema del derecho a la vida y del derecho a matar.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene como afirmación esencial el reconocimiento del derecho a la vida, aunque no se haya llegado, a nivel universal, a la prohibición de la pena de muerte (en Europa, sí, ya está en vigencia el Protocolo Adicional 6, que prohíbe la pena de muerte, y en América Latina espero que se apruebe al Protocolo Adicional 2 a la Convención Americana, que asimismo prohíbe la pena de muerte).

El Derecho Internacional Humanitario parte del presupuesto de que no es ilícito matar durante un conflicto armado, y lo que prohíbe es matar a determinadas personas y utilizar determinados procedimientos.

En este libro tan interesante, *Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales*, se dice "Las personas fuera de combate y las que no participan directamente de las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida, su integridad física y moral".

Estas personas serán, en consecuencia, protegidas y tratadas con dignidad, sin distinción alguna de índole desfavorable. *A contrario sensu*, las personas muertas en combate y las que participan directamente en las hostilidades pueden ser aniquiladas, puede violarse su

derecho a la vida, sin que el Derecho Internacional Humanitario tenga, al respecto, ninguna prevención.

Es lógico, porque el objeto del Derecho Internacional Humanitario es la protección de determinadas personas fuera de combate o de las que no participan en las hostilidades. Pero, señalo que es un enfoque distinto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no ha encarado el problema, hasta ahora, de que el conflicto armado sea al mismo tiempo, en muchos casos, un ilícito internacional, en cuanto el uso de la fuerza está proscrito, salvo los tres casos a los cuales nos referimos, pero que, además, provoca la violación del derecho a la vida reconocido sin excepción —salvo la pena de muerte—, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Nadie se ha atrevido, sin embargo, a plasmar en un texto normativo internacional una frase que diga que se autoriza a matar cuando la muerte se produce en un conflicto armado entre los combatientes. Ésta es la consecuencia; no obstante, no hay ninguna norma que lo diga de manera positiva. El Derecho Internacional Humanitario lo ha dicho de manera negativa, la persona fuera de combate y la que no participa directamente en las hostilidades tiene derecho a que se respete su vida. Se prohíbe matar o herir a un adversario que se rinda o que esté fuera de combate. En consecuencia, se puede matar a un adversario que no se rinde o que está en combate.

Éste es el enfoque del Derecho Internacional Humanitario. Lógico. Pero señalo que hay una zona en la cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no ha penetrado y no se ha establecido la relación entre el Derecho Internacional general y el problema de en qué caso la guerra es lícita y en qué caso es ilícita, con las consecuencias que se derivan del reconocimiento del derecho a la vida a nivel internacional, sin excepción alguna (salvo el caso de la pena de muerte para los países, en los cuales subsiste)

Por eso, el Derecho Internacional Humanitario ha dado un paso, no solamente prohibiendo la muerte del adversario que ya es un prisionero o en los casos en que esté fuera de combate, para los que no participan en las hostilidades, sino prohibiendo, además, la muerte ocasionada por medios perversos. Así, el artículo 37 del Protocolo Adicional I (prohibición de la perfidia), dice: "Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios perversos". Es un avance más del Derecho Internacional Humanitario. No sólo prohíbe la muerte de los que están fuera de combate, prisioneros de guerra o los que no participan en el enfrentamiento, sino también declara la

ilicitud de la muerte provocada, incluso en combate, por medios péfidos. Es un nuevo logro, sumamente interesante, que se encuentra en el Protocolo I y que responde a un principio general.

Pienso que el Derecho Internacional, cada día más, avanza en esta concepción complementaria del Derecho Internacional Humanitario y que, hoy día, cuando se habla de los tratados humanitarios, se hace referencia tanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como al propio Derecho Internacional Humanitario. Voy a poner solamente dos ejemplos: en la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos se emplea la expresión "tratados humanitarios" en ambos sentidos.

Por último, hay otro ejemplo sumamente importante en favor de esta tesis. Es el que deriva del artículo 60, párrafo 5, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Este artículo 60 establece los casos de terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. El párrafo cinco, que fue un párrafo incluido a propuesta de la Delegación de Suiza en la Conferencia de Viena, sugerida por el Comité Internacional de la Cruz Roja, dice que lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana, contenidas en tratados de carácter humanitario. Toda la doctrina que se ha comentado en este párrafo, en especial dos libros recientes de muy alta importancia, el del Juez Elías de Nigeria y el del Embajador Rosenne, de Israel, interpretan este párrafo y esta referencia a los tratados de carácter humanitario, como a los tratados de Derechos Humanos en general y de los tratados de Derecho Internacional Humanitario *stricto sensu*.

Conforme a esto, creo que hoy es posible afirmar que la tesis de la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario tiene ahora una base convencional y un reconocimiento jurisprudencial y doctrinal.

DEMOCRACIA Y RECONCILIACIÓN*

1. Hablar en la Universidad de Salamanca sobre Democracia y Reconciliación constituye para mí un doble motivo de orgullo y satisfacción. Orgullo y satisfacción por estar en esta casa ilustre cuya significación no puede escapar a nadie que se precie de vivir en el mundo de la cultura, orgullo y satisfacción por el honor —que obliga a mi profundo reconocimiento— que es exponer, hoy y aquí, algunas reflexiones en torno a uno de los temas esenciales para comprender la situación de América Latina en este momento de su historia.

Éste es un tema —discutido apasionadamente en el marco del proceso de transición y afirmación democrática que vive Latinoamérica, con relación a la cuestión de los Derechos Humanos y de la voluntad de construir democracias verdaderas y estables—, que involucra cuestiones políticas, éticas y jurídicas de capital importancia, que han existido y existen en todas las sociedades y que han provocado siempre difíciles interrogantes a la teoría política y al análisis filosófico. Plantea complejos problemas y muchas veces divergentes opciones al político, al gobernante y al ciudadano, en una palabra a todos los seres humanos, que tienen la necesidad de juzgar la situación, decidirse y actuar. Es por eso que antes de entrar concretamente a exponer la experiencia uruguaya en esta materia, es necesario esbozar algunas ideas generales respecto a la forma en que se ha planteado y se plantea esta cuestión en el marco de la ética y de la política. Luego relataré, con la mayor objetividad posible, el caso uruguayo y su solución, es decir, cómo se ha encarado en mi patria en función de su historia reciente, el tema "Democracia y Reconciliación"

Y, por último, reseñaré mi posición como uruguayo, como universitario y como político, pero esencialmente como ser humano, que sufrió la experiencia vivida por su patria en los largos 12 años que transcurrieron entre 1973 y 1985 y que no puede admitir que tal experiencia vuelva a repetirse.

* Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, en julio de 1991

2 El pasaje o transición de un sistema autoritario, autocrático o totalitario —y no interesa a los efectos de esta disertación entrar a precisar las diferencias de estos tres conceptos, sin perjuicio de comprender que estas diferencias existen, caracterizadas por la inexistencia de una legitimidad democrática (que sólo puede darse cuando las autoridades gubernamentales son el resultado de elecciones libres y auténticas), por un origen constitucionalmente espúreo y por la falta superviviente de toda legitimidad— a un sistema democrático ha planteado siempre difíciles problemas

Entre estos problemas se ubica en lugar destacado la forma de solucionar la cuestión de la persecución y castigo de los responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos cometidas por las autoridades o agentes del régimen justamente abolido por el advenimiento democrático

Poco importa, para encarar esta cuestión, la forma en que se ha cumplido la restauración de la legitimidad democrática, poco importa si el cambio ha sido inmediato y total o ha sido, por el contrario, el resultado de un proceso de transición. Poco importa, también, sin perjuicio de necesarias distinciones para determinar lo esencial de la actitud a adoptar, si las anteriores violaciones de los Derechos Humanos fueron resultado del hacer gubernamental o de hechos imputables al gobierno, de funcionarios o de gentes que actuaron en su nombre o con la complicidad o la tolerancia de las autoridades o, en cambio, fueron consecuencia de la violencia terrorista

Lo que importa, lo que es capital, es la respuesta a dar al terrible dilema que se plantea a las nuevas autoridades democráticas.

¿Debe castigarse —por aplicación estricta de la ley, con procedimientos rodeados de todas las garantías judiciales— a todos los que violaron gravemente los Derechos Humanos durante el régimen felizmente superado, o, en cambio, con matizaciones ineludibles y distinciones imprescindibles, es preciso dejar de lado ciertas situaciones —amnistiendo, indultando, perdonando judicialmente o aplicando institutos análogos— en función de una reconciliación política sobre la que se asiente la restauración democrática y la permanencia de una legitimidad fundada en un consenso de amplia base?

¡Difícil, tremenda disyuntiva!

3 Toda consideración del tema ha de partir del hecho de que en el régimen no democrático anterior, el adversario político era el enemigo al que había que abatir o eliminar, un ser al que se odiaba y se despreciaba, que había incurrido en un error que había que extirpar. En

cambio, en la democracia el adversario no es enemigo, la discrepancia ideológica es normal y esencialmente tolerable y el odio al pensamiento o al hombre ha de ser sustituido por la voluntad de comprensión y por el esfuerzo para conciliar y reconciliar.

Aun partiendo de esta realidad, es preciso reconocer que ninguna respuesta a la pregunta que nos hemos hecho puede ser absoluta y total, ni en términos éticos, ni en términos políticos, ni en términos jurídicos. Es necesario hacer una serie de distinciones y comprender que es imposible dar una respuesta única y global. No puede, en efecto, ser absolutamente igual la forma de encarar y resolver las violaciones de los Derechos Humanos no provenientes de la actividad terrorista de origen no gubernamental, que la utilizada para hacer frente a aquellas otras relacionadas directa o indirectamente, por su origen o ejercicio, con el hacer estatal, ni tiene por qué ser necesariamente igual el tratamiento a funcionarios civiles involucrados, que el relativo a la actividad de integrantes de las fuerzas armadas o policiales, ni puede ser idéntica la actitud ante hechos de sangre, muertes, desapariciones o torturas que frente a otras acciones menos graves o de diferente naturaleza.

Pero todas estas necesarias distinciones, que se han de traducir o pueden traducirse en diferentes tratamientos políticos o normativos de la cuestión, no pueden hacer olvidar dos extremos de ineludible consideración.

Prunero. Que toda violación grave de los Derechos Humanos, cualquiera que sea su origen, cumplida durante el régimen anterior a la restauración democrática, debe dar origen a una sanción o a una respuesta jurídica. Esta sanción o esta respuesta podrá ser penal o civil, podrá tener distinta entidad o relevancia, podrá generar distintas formas de responsabilidad —individualizada en los autores a cargo del Estado—, pero siempre deberá existir.

Segundo. Que exonerar —por medio de la aplicación de uno o de alguno de los medios— lo que es jurídicamente posible de la verdad de lo ocurrido.

4. Antes de continuar es preciso comprender que hablar de “Democracia y Reconciliación” es prácticamente lo mismo que considerar el tema “Derechos Humanos y Reconciliación.” En efecto, sólo hay democracia si los Derechos Humanos existen, si son una realidad vital además de una realidad jurídica. Y a la inversa, que los Derechos Humanos sólo pueden existir, y sólo son garantizados y respetados, en un Estado democrático de Derecho

Esta precisión es indispensable para situar el problema, porque permite comprender que lo esencial es asegurar hoy, y para mañana la existencia y la vida del Estado democrático, única forma de que hoy, y en el futuro, vivan los Derechos Humanos. Si en función del pasado, de lo que ocurrió se crean elementos capaces de desestabilizar la democracia y contribuir a la posible caída del gobierno legítimo, se está generando una situación que traerá, ineludiblemente, la violación de los Derechos Humanos

5 Por esto es que las medidas para encarar una solución de lo que se derivó de hechos repudiables ocurridos en el pasado, no implican el olvido o el perdón moral. Son medidas políticas, de prudencia, de equilibrio, dirigidas a reconciliar al país y hacer plenamente seguro el futuro, estable y firme la democracia y, por ende, el pleno imperio de los Derechos Humanos

Como hace pocos meses dijo el Presidente Lacalle, "no es que queramos olvidar, sino que no queremos seguir atados a un pasado, pero sobre todo condicionados por un pasado que nos impide, si no lo superamos, construir el futuro".

6 El tema que estamos desarrollando supone necesariamente resolver un problema fundamental de ética política

¿Puede ser, en efecto, justo, éticamente admisible, que un gobierno democrático perdone jurídicamente —cualquiera que sea la forma o la tipificación jurídica del acto— a quienes en el anterior régimen fueron responsables de graves atentados contra la legitimidad democrática, de la instauración de gobiernos en violación de la Constitución y de inadmisibles violaciones de los Derechos Humanos?

La respuesta a este interrogante supone optar por una de dos concepciones posibles de la ética y, por ende, de la política.

Una, absoluta, que sólo tiene en cuenta a un elemento de la cuestión, la necesaria responsabilidad, individual y humana, por un acto intrínsecamente inmoral, cometido por un ser humano en ejercicio de su libre arbitrio. Esta responsabilidad debe hacerse efectiva, cualesquiera que sean las consecuencias sociales o políticas de la sanción *Fiat justitia et pereat mundus*.

Otra, relativa, política matizada, que, sin perjuicio de la sanción de la conciencia moral, tiene en cuenta las consecuencias y toma en consideración también el mantenimiento y la defensa de otros valores, cuya vigencia está en la base de la existencia de la democracia y del Estado de Derecho.

Sin tiempo de hacer un estudio a fondo de este problema ético que, en su generalidad, ha sido analizado tantas veces en la historia del pensamiento filosófico —y que en nuestros tiempos dio origen a fundamentales enfoques, desde Max Weber a Raymond Aron—, no puedo eludir referirme específicamente a él

Para no citar sino a un autor de innegable jerarquía, recordemos lo que Max Weber dice al respecto en su ensayo *La política como vocación*

Tenemos que ver con claridad que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a dos máximas fundamentalmente distintas entre sí e irremediablemente opuestas desde orientarse conforme a la "ética de la convicción" o conforme a la "ética de la responsabilidad" (*gesinnungsethusch* o *verantwortungsethusch*). No es que la ética de la convicción sea idéntica a falta de responsabilidad o la ética de la responsabilidad a la falta de convicción. No se trata en absoluto de esto. Pero sí hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) "el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios", o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción

Cuando las consecuencias de una acción realizada conforme a una ética de la convicción son malas, quien la ejecutó no se siente responsable de ellas sino que responsabiliza al mundo a la estupidez de los hombres o la voluntad de Dios que los hizo así. Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta todos los defectos del hombre medio. Como dice Fichte, no tiene ningún derecho a suponer que el hombre es bueno y perfecto y no se siente en situación de poder descargar sobre otros aquellas consecuencias de su acción que él pudo prever. Se dirá siempre que esas consecuencias son imputables a su acción. Quien actúa según una ética de la convicción, por el contrario, sólo se siente responsable de que no flamee la llama de la pura convicción.

Un tema como el que nos ocupa debe ser encarado con una ética de la prudencia, de la responsabilidad, de la razonabilidad, que sabe que toda solución a este tipo de cuestiones no es plenamente satisfactoria en términos de justicia absoluta, de una "ética de la convicción", pero que, honestamente, en términos políticos, busca el mejor compromiso posible en función de la realidad de hoy y del mañana, sobre la base del bien común, que comprende que hay que tomar en consideración —no de manera única y excluyente, pero sí en relación con otros elementos—, las consecuencias para el futuro del sistema político, de los actos y de las actitudes gubernamentales, con relación a anteriores violaciones de Derechos Humanos

José Luis Aranguren, en su libro *Ética y Política*, ha insistido en la necesidad de que la ética de la responsabilidad no sea únicamente una pseudoética con algo de cinismo, una ética que tenga en cuenta sólo los resultados, sino una ética de la realidad, indispensable en la política y en el político, que reconquiste el valor social y "saque a la ética de su subjetivista confinamiento moral". Es ésta —y sigo citando a Aranguren— la tradicional moral de la prudencia, entendida esta palabra en su acepción política, que se remonta a Aristóteles y a la que la escuela española brindó aportes esenciales, entre los que no puede dejarse de recordar a Saavedra Fajardo, a Pedro Rivadeneyra y a Juan de Salazar.

En la tradición de la ética de Aristóteles, en Santo Tomás y en la escolástica del Siglo de Oro, la prudencia es la primera de las virtudes cardinales. ¿Qué significa la supremacía de la prudencia? Que la realización del bien exige un conocimiento de la realidad. "Lo primero que se exige de quien obra es que conozca", dice Santo Tomás. La prudencia se refiere al conocimiento de la realidad histórica en su contingencia, donde elige los medios concretos para la realización del fin. Se mueve en el plano de los "caminos y los medios".

Según esta tradición ética, como dijo Josef Pieper: "Quien ignora cómo son y están verdaderamente las cosas no puede obrar bien, pues el bien es lo que está conforme con la realidad. El conocimiento objetivo de la realidad es, pues, decisivo para obrar con prudencia".

Y continúa haciendo esta distinción fundamental:

La esencia del moralismo consiste en que se disgrega el ser del deber; predica un "deber", sin observar y marcar la correlación de este deber con el ser. Sin embargo, el núcleo y la finalidad propia de la doctrina de la prudencia estriba precisamente en demostrar la necesidad de esta conexión entre el deber y el ser, pues en el acto de prudencia el deber viene determinado por el ser. El moralismo dice: el bien es el deber, porque es el deber. La doctrina de la prudencia, por el contrario, dice: el bien es aquello que está conforme con la realidad.

La realización del bien presupone la conformidad de nuestra acción a la situación real, esto es, al complejo de realidades concretas que "circunstancian" la operación humana singular y, por consiguiente, una atenta, rigurosa y objetiva consideración por nuestra parte de tales realidades concretas.

Con razón, en 1619, Juan de Salazar, en su *Política Española*, refiriéndose a la prudencia con respecto al juicio sobre los actos del pasado como virtud del Gobernante para asegurar el bien común, decía: "La prudencia es clemente y jurídica".

Esta forma equilibrada, prudente, *sage*; —en la acepción francesa, que es mucho más sugerente y exacta que la que resulta de la palabra española “sabia”— y responsable en términos políticos, referida a los actos del pasado, es lo que, en múltiples variantes, en diferentes formas, con distinta intensidad, ha sido seguida, en general, en América Latina. Por lo menos es la que ha sido seguida, como veremos, en el Uruguay.

Nada tiene esto que ver con la existencia de democracias mediatizadas, condicionadas o tuteladas por los anteriores detentadores del poder político. Los que han hablado de estas democracias tuteladas, controladas, mediatizadas o vigiladas, nada han comprendido y, sobre todo, nada han aprendido.

La prudencia política con el objetivo esencial de salvaguardar la democracia, que implica la necesaria reconciliación y una responsable actitud ante lo ocurrido en el pasado, no es la consecuencia de ninguna innoble abdicación, de ninguna carencia en cuanto a la idea de justicia, o de una falta de valor. Es, por el contrario, el fruto del deseo de actuar en términos realísticamente justos y, sin olvidar el pasado, aprendiendo de él, y con las precisiones antes expuestas, construir un futuro democrático estable, en el que la violación de los Derechos Humanos ha de ser imposible.

7. Este planteo ético de la cuestión —que necesariamente se encuentra en el fundamento de su consideración política y jurídica— estuvo presente en el debate sobre el tema en el Uruguay.

Cabe recordar algunos ejemplos.

En 1983, antes, en consecuencia, de la restauración democrática, Carlos Quijano, en sus *Reflexiones sobre Uruguay*, decía:

Algo más obliga a andar con pies de plomo. Weber distinguía, como se sabe, entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. Esta última debe ser la de los políticos o de los mejores de ellos. No tiene por qué ser la nuestra. Pero no hay que despreciarla

Pero el gran debate, con invocación de estos aspectos ético-políticos, se efectuó en ocasión de su adopción, en 1986, de la llamada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. En el debate en el Senado, el 20/21 de diciembre de 1986, el senador Gonzalo Aguirre, luego de referir la opinión de Quijano y reiterar la cita de Max Weber, decía: “Yo no creo contarme entre los mejores políticos, pero, por lo menos, quiero ajustarme a esta regla de conducta. Me parece que el patrón ético por el cual debemos regirnos es el de responsabilidad”.

Poco después, y en pleno proceso de discusión del referéndum contra la ley número 15848, Fernando González Guyer, en un agudo artículo titulado "El Referéndum o la maldad de los Puritanos", expresaba,

No parece éticamente sostenible —como tampoco parece lógico o razonable— declararse dispuesto a batallar por la justicia aunque para ello sea menester sacrificar la libertad, la democracia, los Derechos Humanos y la mismísima justicia de aquí al año 2000. Las cosas de la vida colectiva no son jamás sencillas sino arduas y complicadas: el hombre a menudo elige A y obtiene Z. Es el "efecto perverso", que los sociólogos le llaman

Digamos en este sentido que una de las confusiones de más trágicas consecuencias que registra la vida de los pueblos —y que con pavorosa frecuencia viene a alimentar a ese "efecto perverso" del que hablamos— es la que se da entre el púlpito y la tribuna, entre la ética abstracta y la ética política. La ética abstracta, que se difunde con brío desde ciertos pulpitos, juzga la acción según su conformidad con la Ley Moral. La ética política, en cambio, la que se cultiva desde la tribuna, aunque inspirada en convicciones que trascienden el orden de lo útil, juzga la acción por sus consecuencias políticas.

Nada más peligroso para la empresa colectiva que la ética política se desbarranque en el moralismo —que se vuelva ética abstracta— porque, como cualquiera sabe, no alcanza con tener buenas intenciones ni buenos motivos para hacer una política a la vez buena y eficaz.

Y muy recientemente en el libro del doctor Julio María Sanguinetti —que como Presidente de la República entre marzo de 1985 y marzo de 1990 dirigió la transición hacia la Democracia y el proceso de reconciliación— titulado *El temor y la impaciencia*, en el capítulo "Moral para transiciones", se dice,

Nuestra experiencia ha sido la de la historia, a grandes males, grandes remedios, a grandes odios, grandes perdones, a profundos dolores, la mayor generosidad posible. Podrá a veces no bastar. Pero donde no pudo el perdón tampoco hubiera podido la justicia a todo trance, porque son casos en los que el conflicto no estaba terminado y no cabía entonces otra cosa que negociar un armisticio o dilucidar el conflicto.

Naturalmente, esa experiencia no es una receta milagrosa, aplicable con sus soluciones específicas a todos los casos. La particularidad política es una condición propia de cada configuración nacional y debe reconocerse para encontrar también la solución que responda a la sensibilidad de esa sociedad, a su tradición y a la relación de fuerzas que ella muestra. Lo que sí es universal es el espíritu de reconciliación y auténtica voluntad de perdón así como la voluntad de sacrificio, resulta muy difícil alcanzar la paz. Todos hemos de estar dispuestos a renunciar a algo de nuestro punto de vista, y nadie tiene derecho a pretender sacarse las ganas.

La ética en juego es política y no individual, o esto lo entendemos como tal o nos perdemos en el camino

8 La forma en que los diversos gobiernos democráticos han encarado la cuestión de los Derechos Humanos violados por el régimen anterior, en función del imperio del Derecho y de la necesaria reconciliación nacional, ha sido, obviamente, distinta en cada experiencia histórica. No sólo por los diferentes institutos jurídicos utilizados (amnistía, autoamnistía, indulto, gracia, ley de obediencia debida, caducidad de la pretensión punitiva del Estado, reparaciones pecuniarias, reintegración a la función pública, etcétera), en los diversos países, —y no pueden dejarse de recordar especialmente los casos de Argentina, Brasil, Chile, España y Uruguay—, sino también por el hecho esencial de que cada pasaje o cada proceso de transición a la Democracia —sin perjuicio de la existencia de principios éticos y políticos de general aplicación— es diferente, por meludibles razones históricas, políticas y jurídicas

Nos es imposible hacer un estudio comparado de cada experiencia nacional con relación al problema que nos ocupa. Sólo nos hemos de ocupar del caso uruguayo, pero recordando que en su solución —y en nuestro punto de vista— han incidido, con naturales limitaciones, los ejemplos y experiencias antes mencionados

9 Veamos ahora cómo la cuestión de la Democracia y la Reconciliación se ha planteado y ha sido resuelta en el Uruguay.

Comencemos por un brevisimo esquema histórico para poder estudiar el tema

En 1973 la tradicional y orgullosa democracia uruguaya, debilitada y atacada por la ciega e irracional ofensiva terrorista tupamara, que con la violencia intentó hacer caer un sistema que, pese a sus deficiencias, era perfectible en la libertad y en el orden, fue abatida —cuando ya lo peor del peligro terrorista había pasado— por el golpe militar que, en violación de la Constitución, instauró un mal llamado gobierno cívico militar. De la Constitución no quedó casi nada. Sin Parlamento, prohibida la actuación de los partidos políticos, proscritos los dirigentes políticos, sin elecciones, subsistió sólo un cascarón vacío, en el que se incluyeron, en 11 años, 19 Actos Institucionales

Un régimen contrario a todas las tradiciones políticas del país, en el que se violaron todos los Derechos Humanos —como los habían violado antes los tupamaros— se unplantó entre 1973 y 1984. En 1980, el régimen pretendió institucionalizar su futuro desarrollo presentando un proyecto de Reforma Constitucional

Este proyecto fue sometido a plebiscito popular y rechazado por 885.824 votos por el no (58%) y 643.858 votos por el sí (42%). Fue un caso excepcional, de un plebiscito organizado y realizado por un régimen *de facto* —que dominaba toda la información y toda la propaganda— y que, sin embargo, resultó en una derrota para el gobierno.

El plebiscito marcó una etapa. Señaló el comienzo de la acelerada decadencia del régimen nacido de la violación de la Constitución y el comienzo de la apertura política.

Esta apertura se hizo efectiva en un proceso negociado, que culminó con el llamado Pacto del Club Naval, acordado entre las Fuerzas Armadas, el Partido Colorado y el Frente Amplio. El Partido Nacional no fue parte de ese Pacto.

Cualesquiera que sean las reservas sobre ese Pacto —y personal y políticamente tengo muchas— no puede desconocerse que abrió el camino e hizo posible avanzar en la senda de la transición política. Como consecuencia de su aplicación se inició la actividad política electoral y se pudieron realizar las elecciones de noviembre de 1984, que pusieron fin al sistema iniciado con el golpe de Estado de 1973.

En noviembre de ese año, como consecuencia de un proceso político que no cabe relatar ahora en sus detalles, se realizaron elecciones correctas y sin fraude, aunque todavía con algunos importantes proscritos políticos.

En 1985, el 1 de marzo, se inició un gobierno constitucional, se puso fin al gobierno *de facto*, se restableció plenamente la Constitución de 1966 y se derogaron los Actos Institucionales. Se inició así la transición hacia la Democracia, culminada con las elecciones ejemplares de noviembre de 1989.

A partir del 1 de marzo de 1985 se planteó el problema de la reconciliación nacional y de las responsabilidades anteriores, en función de la afirmación de la Democracia, felizmente restablecida.

10. En marzo de 1985, pocos días después de iniciado el gobierno democrático, se promulgó la Ley número 15636, conocida como la Ley de Pacificación Nacional, que decretó la amnistía de todos los delitos, comunes y militares conexos con éstos, cometidos a partir del 1 de enero de 1962 (artículo 1)

Imposible resumir esta extensa ley que determina, a sus efectos, qué se entiende por delito político (artículo 2); qué fija el ámbito de la amnistía (artículos 3 y 4); excluyendo de la misma a los delitos cometidos por funcionarios policiales o militares por tratamientos inhumanos o degradantes y detención de personas desaparecidas (artículo 5); dicta

normas complementarias para la aplicación de la amnistía (artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14), se refiere a la gracia otorgada por la Suprema Corte de Justicia (artículos 20, 23); regula el reingreso al país, facilitando y ayudando a todos aquellos uruguayos que deseen hacerlo (artículo 24) y declara el derecho de todos los funcionarios públicos destituidos en aplicación del Acta Institucional número 7 a ser restituidos en sus respectivos cargos (artículo 25). Esta ley de amnistía inició legislativamente el proceso de reconciliación nacional. Marcó una línea de acción, seguida luego por otros textos legislativos y reglamentarios, dirigida a enterrar un pasado de dolor, para edificar, en cambio, un presente y un futuro de solidaridad y participación.

La amnistía, prevista en todas las Constituciones que han regido en el Uruguay (de 1830, artículo 17; de 1918, artículo 18; de 1934, artículo 75, número 14; de 1942, artículo 75, número 14; de 1952, artículo 15, número 14; de 1966, artículo 85, número 14), ha sido un instituto aplicado reiteradamente en la historia política de la República para poner fin a los enfrentamientos internos, pacificar al país y reconciliar al pueblo oriental.

Juan E. Pivel Devoto, en su libro *La amnistía en la tradición nacional*, publicado en 1974 en una edición que no pudo circular durante el gobierno *de facto*, y reeditado en 1984 en actitud de "homenaje a todos los que sufrieron el rigor y los excesos de un sistema represivo, que invocando la seguridad del Estado, sirvió en esencia para instaurar una dictadura que arrasó los más preciados valores del acervo nacional", luego de hacer una minuciosa historia de la aplicación de la institución, concluye así: "En síntesis: la amnistía ha sido la solución tradicional en nuestro país. La frecuencia con que se ha empleado, la adhesión entusiasta con que se recibió en todas las ocasiones, prueban suficientemente que responde a una faceta de nuestra propia psicología nacional"

Esta amnistía, amplia y generosa, era necesaria para pacificar al país. Fue precedida y seguida por importantes medidas administrativas dirigidas a ese fin.

Así, por ejemplo, se clausuraron, por gracia presidencial, los expedientes iniciados por la justicia militar contra Wilson Ferreira Aldunate, el general Liber Seregni y otros líderes políticos. Se restituyó el grado militar al general Seregni, que le había sido quitado por el gobierno *de facto*. Se dejaron sin efecto todas las expulsiones del país de ciudadanos uruguayos y extranjeros. Asimismo, se derogó la disposición que permitía retirar coactivamente a oficiales superiores de las fuer-

zas armadas. Se procuró así reparar el daño moral a los militares sancionados por su adhesión a las instituciones y al sistema democrático.

No es posible dejar de destacar la creación y labor de la Comisión Nacional de Repatriación, que promovió la repatriación de los uruguayos expatriados y atendió su situación luego del retorno.

La Ley número 15783, de 28 de noviembre de 1985, sobre reincorporación de destituidos, dispuso en su artículo 1

Establécese el derecho de todas las personas que prestaron servicios en organismos estatales o personas públicas no estatales en relación de dependencia funcional, como presupuestadas o contratadas y que, entre el 9 de febrero de 1973 y el 28 de febrero de 1985 inclusive, hubieran sido destituidas por motivos políticos, ideológicos o gremiales, o por mera arbitrariedad, a ser reincorporadas al organismo correspondiente y a la recomposición de su carrera administrativa, así como a la jubilación o la reforma de ésta, en su caso, todo ello de conformidad con las normas de la presente ley.

Esta ley, amplia y generosa, tuvo excelentes efectos reconciliatorios. Significó una pesada carga financiera para el Estado, pero contribuyó de manera decisiva a borrar odios y resentimientos y a aplacar el dolor provocado por injustas exclusiones discriminatorias.

Pero quedaba aún por resolver —entre otros extremos— la cuestión más difícil, la situación de los militares y policías involucrados en actos de violación de Derechos Humanos que habían sido excluidos de la ley de amnistía.

Su situación no era evidentemente igual a la de los amnistiados. Era, en términos jurídicos, esencialmente distinta, pero en términos políticos constituía un problema análogo, que debía ser resuelto con voluntad de lograr una simetría, un cierto paralelismo, con la solución de situaciones que si no eran iguales, poseían una evidente conexión, para asegurar la reconciliación nacional y evitar toda posibilidad de quiebra del sistema democrático en proceso de afirmación, para que lograra su plena y segura estabilidad.

A solucionar esta cuestión se dirigió la llamada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que provocó una fervorosa discusión, que dividió a la opinión —a diferencia de las otras dos leyes ya citadas— y luego de un complejo proceso, permitió cerrar el ciclo polémico y crítico de la transición a la Democracia.

Este proyecto de ley estuvo motivado no sólo en la consideración de razones generales que estaban en la raíz de la necesaria reconciliación

nacional, sino en una crisis que podía afectar seriamente la continuidad constitucional y democrática.

Esta crisis se planteó en términos muy graves —sin perjuicio de que estaba latente y había tenido algunas manifestaciones anteriores— a fines de 1986. En efecto, el 9 de noviembre de ese año, la Suprema Corte de Justicia, reiterando una jurisprudencia que había tenido ya expresión en la sentencia del 28 de julio de 1966, por cuatro votos contra dos (los votos de los conjuces militares) declaró que en los casos sometidos a su decisión, era competente la justicia ordinaria y no la militar. Esto traía aparejado la citación ante la justicia ordinaria de varios militares involucrados en violaciones de los Derechos Humanos cometidas durante el Gobierno *de facto*. El anuncio de la negativa a concurrir, apoyada por las jerarquías militares, provocó así una grave crisis político-militar.

A resolverla y a terminar definitivamente con este asunto estuvo dirigida la presentación de un proyecto de ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, ya que anteriores proyectos de amnistia propiamente dicha, para estas situaciones, no habían logrado apoyo parlamentario suficiente. Motivó un debate parlamentario reflexivo, hondo y trascendente, expresión de enfoques disímiles y encontrados.

Predominó en el Parlamento la idea de que esta ley era necesaria para cerrar un ciclo histórico. La ley fue aprobada en el Senado por 22 de 31, y en la Cámara de Representantes por 60 contra 37.

Como dijo el entonces senador Luis Alberto Lacalle en la Cámara Alta:

Tenemos la sensación de que con esto cerramos un tiempo y, en ese sentido, el país necesita definitivamente cerrar el de las memorias sombrías, convertirlas en un recuerdo que por definición se va a ir desvaneciendo. Tal es la sabiduría de la vida privada individual, pero también la de las colectividades, de las naciones y de los pueblos.

La Ley número 15848, del 22 de diciembre de 1986, dispuso en su artículo 1:

Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984, y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión

de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el periodo de *facto*

No es nuestra intención hacer ahora la exégesis jurídica de esa norma ni examinar las otras disposiciones complementarias del artículo 1 (artículos 1, 2, 3 y 4). Sólo cabe expresar que no extingue del delito, ni es un indulto o una "gracia" judicial, ni implica eliminar los efectos jurídicos en otras esferas o ámbitos jurídicos de los delitos originarios. No es, en modo alguno, una ley de impunidad general y absoluta, como resulta claramente de todos los artículos que siguen al primero. Establece a este respecto un régimen parcial, restringido y limitado a los casos de ineludible solución, en función de los objetivos de la ley. No trata de la acción civil. Tanto es así, que con anterioridad a ella, aquellos que han recibido daños de tipo personal y moral por violaciones de Derechos Humanos cometidas por autoridades o personas conectadas o amparadas por autoridades, han deducido acción ante tribunales ordinarios uruguayos y ya hay sentencias que contemplan en el plano civil el pago de indemnizaciones reparatorias respecto de acciones deducidas en tiempo y forma y en otros muchos casos, como luego veremos, se han formalizado transacciones, desde que el Estado uruguayo no ha declarado prescrita la acción de las personas para reclamar. Lo único que declaró caducada fue la facultad de acusar en la esfera penal por parte del poder público, desde que el Estado a través de sus autoridades legítimas y competentes es el dueño de ejercer o no la pretensión punitiva.

Esta ley fue impugnada ante la Suprema Corte de Justicia, sobre la base de su pretendida inconstitucionalidad. La Corte, en su sentencia del 2 de mayo de 1988, por tres votos contra dos, desestimó el planteamiento de inconstitucionalidad.

Algunos conceptos de la parte considerativa de esta sentencia deben ser recordados. Dijo la Corte

Es una ley que, como muchas, atiende a una situación fáctica determinada, previa a ella, y procura darle una solución normativa.

Al igual que en el caso de las leyes de amnistía a los presos políticos y a los presos comunes, se reconoce la existencia de una realidad social problematizada, que pone en peligro el propósito de institucionalizar la democracia en paz, para lo cual el legislador estima conveniente adoptar un cuerpo de normas a tal fin.

La necesidad de favorecer la pacificación nacional ha sido indicada, según ya se ha dicho y es notorio, por los votantes de la ley, como justificación de la misma.

Por sus características generales, la motivación de la ley y las "circunstancias extraordinarias" de orden político-social que impulsaron su sanción, constituye una auténtica amnistía, a la luz de los principales reguladores del instituto, conforme a la doctrina constitucional y penal de más prestigio.

Y agregó

La precedente reseña doctrinaria ha sido determinada por el propósito de caracterizar a la Ley número 15848, en sus dos artículos iniciales, decretada en las condiciones previstas por el constituyente, y revestida de todas y cada una de sus características esenciales incluso en cuanto ha exceptuado a determinados ilícitos y situaciones de la extinción decretada en el propio estatuto (artículos 1o y 2o.). Esta conclusión reviste una trascendencia inculcable, a los fines de fundar el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad de la ley

Personalmente estimo que la Ley número 15848 no es inconstitucional, aunque por distintos fundamentos de los sostenidos por la mayoría de la Corte. En especial, no estoy de acuerdo con la consideración de esta ley como una ley de amnistía.

La Constitución uruguaya establece la posibilidad de un referéndum abrogante contra determinadas leyes (artículo 79, número 2). Sobre la base de esta norma, el 25% de los inscriptos habilitados para votar interpusieron el recurso de referéndum contra la Ley número 15848.

El referéndum se realizó el 16 de abril de 1989, y 1'016,887 ciudadanos se pronunciaron por el mantenimiento de la ley (es decir el 52,25%); 778,062 (el 40,19%), por dejarla sin efecto.

Este pronunciamiento directo del Cuerpo Electoral cerró la cuestión. El efecto pacificador fue inmediato y unánimemente aceptado. ¡Ejemplar demostración de madurez cívica, de prudencia política y de sabiduría popular!

Además de estas tres leyes esenciales para mostrar la forma en que se encaró el tema de la Democracia y la Reconciliación de las medidas gubernamentales ya reseñadas, hay que hacer referencia a la forma como se solucionó durante el gobierno del Presidente Lacalle, iniciado el 1 de marzo de 1990, la cuestión de los militares desvinculados de las fuerzas armadas durante el gobierno *de facto*, otros asuntos de tipo militar y el tema de los juicios por responsabilidad pecuniaria como consecuencia de las violaciones de Derechos Humanos cometidos durante esos años.

En cuanto al primer punto, por instructivo del 23 de abril de 1991 del Ministro de Defensa Nacional, se estableció un sistema para resolver, con espíritu amplio, las peticiones referentes a militares desvinculados durante el periodo *de facto*.

Sobre los otros asuntos se dictaron, con el mismo espíritu, normas sobre los Tribunales de Honor y su actuación en el caso de militares por actos referidos a este periodo

El tercer asunto tiene especial importancia

A partir de 1985 se presentaron múltiples demandas contra el Estado por daños y perjuicios derivados de violación de los Derechos Humanos

El Poder Ejecutivo tomó la decisión política de transar en casi todos los juicios, reconociendo así la aceptabilidad de la pretensión y con voluntad de solucionar de inmediato la cuestión con un espíritu de honesta aceptación de los hechos y de las responsabilidades que generaron.

Estas transacciones se han caracterizado por los siguientes elementos:

Se efectúan en vía judicial, mediante autorización del Poder Ejecutivo, se someten a la homologación del juez de la causa, a partir de cuyo momento corren los plazos para el pago.

Se sitúan aproximadamente en la tercera parte la suma reclamada. Hasta hoy se han transado 22 juicios. Quedan aún 12 juicios, la mayoría de los cuales se llegarán a transar

Pero, además, se adoptaron, en su momento, un conjunto de decisiones para mostrar que no quedaba nada del odio anterior. Se dieron así, a varias calles, nombres de personalidades perseguidas o eliminadas por el gobierno *de facto*. A este ejemplo puede agregarse la significación simbólica que tuvo la repatriación de los restos de Carlos Quijano, muerto en el exilio, en México

Todo esto muestra la forma cómo el Uruguay ha encarado la cuestión de la reconciliación, sobre la base de asegurar, con prudencia y razonabilidad, los Derechos Humanos, reconocer en lo esencial las consecuencias de las violaciones producidas en el pasado, sin permitir que el pasado impida construir el futuro y afirmar la estabilidad y la continuidad del proceso democrático, para afirmar la vigencia futura de la democracia y de los Derechos Humanos.

La prueba del éxito de los esfuerzos para la reconciliación está en la situación política social lograda. Clima de paz, de participación, de es-

tabilidad, de concordia, con erradicación total de la violencia, sin terrorismo ni atentados de ninguna clase, son las características de la realidad uruguaya al 1 de marzo de 1985.

11 La manera en que el Uruguay ha encarado la defensa de la democracia y la efectividad de la reconciliación, ha sido el resultado de fórmulas éticas admisibles, basadas en la responsabilidad y en la prudencia. Las leyes que al efecto se han dictado lo han sido de acuerdo con lo que dispone la Constitución, como resulta de la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia y de la voluntad política del pueblo uruguayo expresada directamente en el referéndum del 16 de abril.

Se ha afirmado, por algunos, que esta política, en especial la ley del 22 de diciembre de 1966, podría violar obligaciones internacionales de la República, en particular el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos.

No coincido con esta opinión.

El Derecho Internacional, como el Derecho Interno, está dirigido a asegurar la convivencia armónica y pacífica, en un sistema en que coexistan la libertad y el orden.

Por eso es que al Derecho Internacional, en especial al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de tan preeminente aplicación directa en el Derecho Interno, no es ajena la voluntad de hacer posible la subsistencia y afirmación de un régimen político, de un Estado de Derecho, que asegure el presente y el futuro de los Derechos Humanos. Es decir, que al dictar las leyes en que se funda la reconciliación nacional, en especial la ley de caducidad de la acción punitiva del Estado, el gobierno democrático del Uruguay, dentro de su marco constitucional, coadyuvó en el logro de un objetivo que constituye uno de los fines del sistema internacional —universal o regional— de protección de los Derechos Humanos.

El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que prevé específicamente las instituciones del indulto y la amnistía (artículos 6 4 y 14 5) no contiene ninguna disposición expresa que pueda invocarse como impidiendo la adopción de una ley como la Ley uruguaya número 15848.

Lo mismo puede decirse de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es más, la significación que la Convención atribuye a la vigencia de la democracia como fundamento de los Derechos Humanos y condición ineludible para su existencia, refuerza el criterio interpretativo, en función del objeto y el fin, que se ha expuesto precedentemente. La Convención prevé también los institutos de la amnistía y el

indulto como medios jurídicos de necesario reconocimiento en el Derecho moderno (artículo 4.6). El Derecho a la protección judicial, a que toda persona tiene acceso (artículo 25), no puede significar que el Estado se haya desprendido de su derecho, inmanente y necesario, de amnistiar, indultar, perdonar o declarar caducada la pretensión punitiva del Estado. En función de estos objetivos de afirmación, estabilidad y permanencia democrática en tanto de que ello es necesario para que los Derechos Humanos existan y subsistan. Por lo demás, ninguna norma legal uruguaya ha impedido demandar la protección judicial por anteriores violaciones de los Derechos Humanos.

De tal modo es posible afirmar que de la misma manera que la Ley número 15848 no fue violatoria de la Constitución uruguaya, tampoco infringió el Derecho Internacional aplicable.

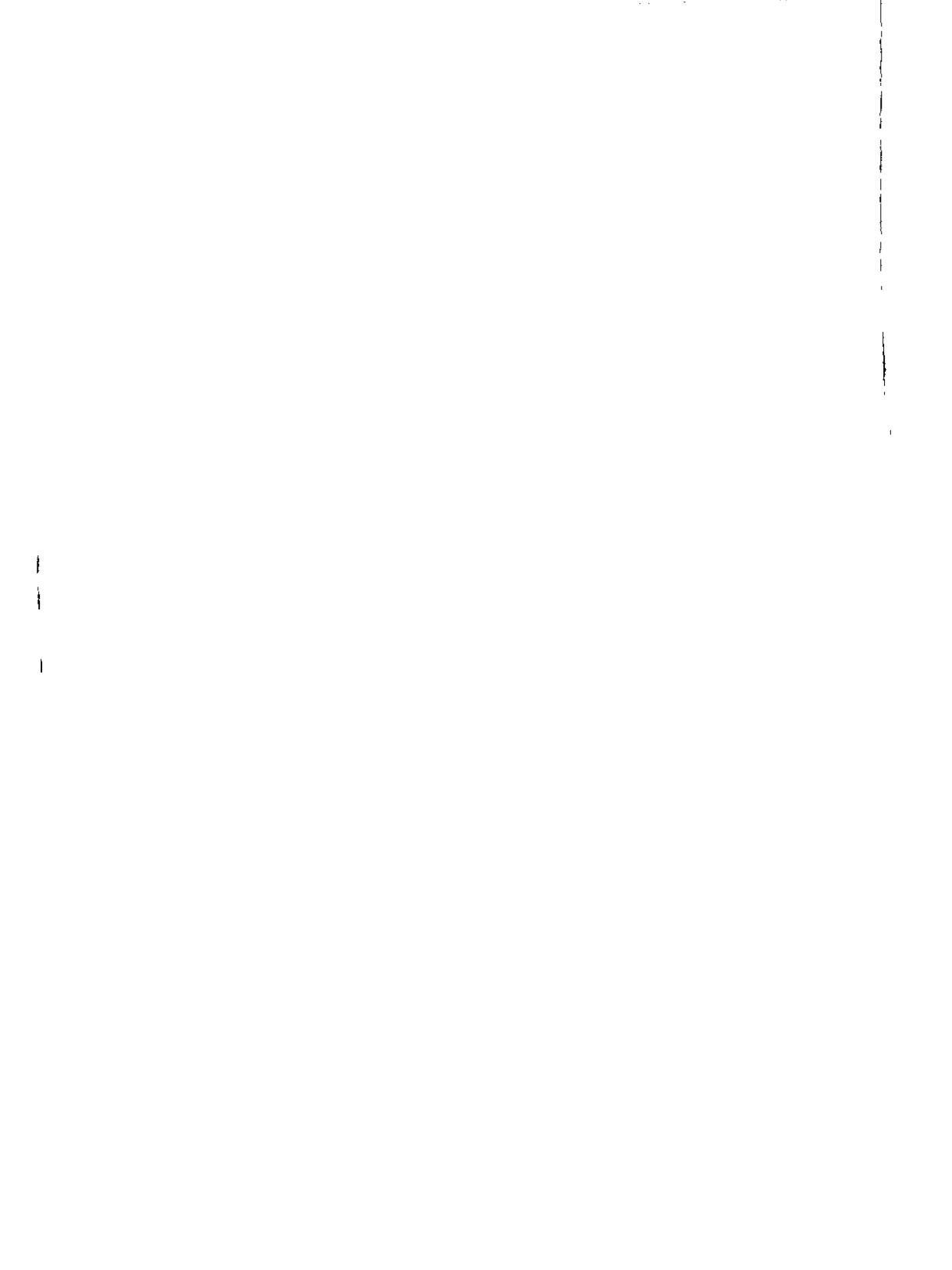
12. No puede haber duda, después de haber seguido el curso de los anteriores razonamientos, sobre mi posición respecto de la cuestión en estudio y de la forma en que la encararon, para solucionarla, los gobiernos democráticos y constitucionales del Uruguay posteriores al 1 de marzo de 1985.

No puedo dejar de reconocer que la solución de la Ley número 15848 —que hoy la veo como inteligente e ineludible en sí misma, y, plausible en los efectos que ha producido—, la consideré inicialmente como necesaria, pero como dolorosa y desgarradoramente necesaria. Me enfrentó mi opinión con algunas de las personas más próximas a mí en el análisis intelectual y político, en el cariño y en la afinidad humana, de cuya buena fe, inteligencia, sano criterio y firme ideología democrática, estaba convencido. Pero nunca dudé, pese al efecto traumático que tuvo su presentación, de que era necesaria y de que, superado el periodo de discusión, afirmada su vigencia y salvada la crisis institucional que la hizo imprescindible, tendría efectos positivos. Y estos resultados, en efecto, se comprobaron con la estabilidad democrática lograda y el clima de paz y de pacífica convivencia remanente. Se logró, sin olvidar el pasado, evitar que ese pasado impidiera la construcción de un futuro común y solidario de todos en el Estado Democrático de Derecho.

Lo que pasó después —las elecciones de 1989, la realidad del Uruguay y de hoy, la paz que impera y la ausencia del terrorismo— ha confirmado la corrección de las ideas de los que fuimos favorables a la Ley número 15848 y, en general, a la forma como se encaró y llevó adelante el proceso de reconciliación nacional. En particular, con respecto a la Ley número 15848, ésta sólo se comprende y sólo tiene pleno

sentido analizada e interpretada en el marco de todo el proceso de pacificación y reconciliación que se inició el 1 de marzo de 1985. Pasado el tiempo, mis dolorosas dudas iniciales —que no me impidieron tomar la decisión de apoyar la Ley— se han desvanecido. Hoy ya nadie discute ni la conveniencia, ni la constitucionalidad de la Ley número 15848 y sus beneficiosos efectos.

13 La vigencia y respeto efectivo de los Derechos Humanos, sin los cuales no puede haber democracia —como sin democracia no es posible la existencia real y plena de los Derechos Humanos— exige la reconciliación. Derechos Humanos y reconciliación no son términos antagónicos que deban confrontarse. No hay que optar por la vigencia de los Derechos Humanos o por la reconciliación. Ésta es posible siempre que el tema de la violación anterior de los Derechos Humanos se encare y se resuelva con prudencia y con justicia, con responsabilidad y realismo, resolviendo la cuestión de las consecuencias de las anteriores violaciones de los Derechos Humanos de manera equilibrada, para enterrar el odio y la venganza, sin renunciar a lo esencial de una justicia, que no puede ni debe cerrar los ojos a la realidad y al hecho esencial de que lo fundamental es salvaguardar, en función del hombre y de sus derechos, la democracia de hoy y la democracia del mañana.



EL DERECHO A LA PAZ*

I

Ubicar el derecho a la paz entre los "nuevos Derechos Humanos", entre los llamados "derechos de la tercera generación", o "derechos de la solidaridad", implica aceptar la existencia de esta categoría de Derechos Humanos.

No entraremos al estudio concreto de este punto. Sólo quiero adelantar que de estos derechos, de los que se dice que son al mismo tiempo individuales y colectivos, pueden ser titulares los individuos y las entidades colectivas. El análisis de esta compleja y controvertida cuestión, a la que Karel Vasak brindó las ideas iniciales, y que yo he estudiado ampliamente en otra ocasión ("Los nuevos Derechos Humanos", *Estudios sobre Derechos Humanos*, Caracas, 1985, tomo I, pp. 12-14; 137-167, 168-193; 193-212, 212-273), ha dividido a la doctrina y acaba de ser objeto de un nuevo planteamiento crítico (Y. Cohen Jonathan, "René Cassin et la conception des droits del de l'homme", *Revue des Droits de l'Homme*, Pedone, París, diciembre, 1985).

Con todas las reservas que yo adelanto en mi trabajo, y sin compartir la crítica de fondo de Cohen Jonathan, estimo que hoy ya es un valor adquirido, jurídica y políticamente, la existencia y la posibilidad doctrinal y teórica, de estos nuevos derechos. No es factible estudiar el derecho a la paz, en su conceptualización actual, sin ubicarlo entre los nuevos Derechos Humanos que, correspondiendo a la exigencia de las necesidades siempre renovadas del hombre y de la humanidad, han surgido y se han desarrollado en los últimos años.

II

En primer lugar, quiero señalar que, en especial para los no juristas, puede parecer un exceso o abstracción hablar del derecho a la paz en

* Congreso Internacional sobre la Paz, UNAM, México, 1987, tomo I

un mundo en el que predomina la violencia, ya sea en las relaciones individuales, como en las colectivas y en las interestatales

Sin embargo, como en toda la temática jurídica, creo que es justamente en momentos en que la violación de un derecho es más aguda y más honda, cuando parece quebrarse esa tensión entre el ser y el deber ser que constituye la esencia de la relación dialéctica entre el derecho y la realidad, la más adecuada ocasión para insistir en el análisis y en los caracteres de los principios y de las normas jurídicas violadas, en su comparación y relación con la realidad fáctica a la que el derecho ha de aplicarse

III

No puede iniciarse el estudio del derecho a la paz sin la enunciación de algunos conceptos previos

La idea de paz es consustancial con la idea del Derecho. Yo siempre recuerdo que un magnífico libro que publicó Hans Kelsen en 1945, titulado *Derecho y paz*, en momentos en que reinaba el optimismo ante las perspectivas de creación de un nuevo orden internacional después de la Segunda Guerra Mundial, comenzaba con una frase que siempre me pareció muy acertada para servir de preámbulo a toda la consideración de este tema. "El Derecho es, por esencia, un orden para preservar la Paz"

Este concepto es obvio, evidentemente cierto, pero pienso que igual hay que repetirlo, agregando, sin embargo, que la paz no puede caracterizarse sólo por ausencia de violencia, de que la paz se integra necesariamente con una idea de justicia. La paz no puede ser el orden de los cementerios, sino un orden armónico de libertad, en un equilibrio de derechos y deberes. Por eso, al decir que el Derecho es por esencia un orden para preservar la paz, estamos diciendo que el Derecho es por esencia un orden para preservar una paz justa, una paz que suponga un adecuado, equilibrado y no discriminatorio sistema de derechos y deberes en función del bien común. Si paz y derecho son conceptos ineludiblemente unidos, si paz y justicia se integran recíprocamente, si paz y seguridad también son conceptos necesariamente relacionados, lo mismo pasa con las ideas de paz y de desarrollo. Fue Pablo VI quien, en la encíclica *Populorum Progressio*, afirmó que "el desarrollo es el nuevo nombre de paz", porque en el mundo en que vivimos es

imposible concebir la paz sin el desarrollo, y al mismo tiempo, el desarrollo sin la paz

Todo esto nos lleva a la afirmación preambular de esta clase: paz y Derechos Humanos son conceptos ineludiblemente ligados. No puede haber respeto de los Derechos Humanos sin la paz y no puede haber paz sin respeto de los Derechos Humanos. Hay una doble relación entre ambos conceptos, entre los conceptos de paz y Derechos Humanos. La guerra es la más monstruosa violación de los Derechos Humanos. Y, a la inversa, la paz es el presupuesto necesario, pero no suficiente, para el respeto de los derechos del hombre. Juan Pablo II ha dicho recientemente que la "paz nace del respeto de los derechos inviolables del hombre, mientras que la guerra brota de la violación de estos derechos y acarrea violaciones aún más graves".

Aplicando estos conceptos generales en la actual situación internacional ha expresado Joaquín Ruiz-Giménez

Sin el reconocimiento y la tutela de todos los Derechos Humanos —los derechos de libertad y los de promoción económica, social y cultural de los individuos, de las minorías y de los pueblos—, no habrá plena y estable paz auténtica. Habrá solamente equilibrio externo de fuerzas bélicas, engañosas y enfrentadas seguridades nacionales, opresiones domésticas, rebeldías sofocadas, ansias de liberación. Pero recíprocamente, sin un tenaz esfuerzo de todos los gobiernos para impulsar un proceso de distensión y desarme (gradual, simultáneo y fiscalizado por organizaciones internacionales) y de recuperación de credibilidad y confianza colectivas, será imposible superar la crisis actual de los derechos fundamentales en casi todas las regiones del mundo y evitar el choque sangriento con el definitivo holocausto de la tragedia nuclear. Sin salvar una situación de armisticio, por precaria que todavía sea y como tránsito a una paz verdadera, todos los Derechos Humanos están en vilo. Y si la guerra caliente llegase a estallar estos derechos, desde el radical derecho a la vida hasta los derechos de la libertad, de igualdad y de participación, se ahogarían en sangre y fuego.

IV

La segunda afirmación preambular que debe hacerse es la referente a la existencia actual de un completo y exhaustivo análisis del concepto del derecho a la paz. Hay aportes interesantes y agudos, algunos de gran jerarquía. Pero el carácter novedoso y reciente del tema ha imposibilitado hasta hoy la aparición de una obra de análisis y de re-

flexión jurídica sobre la materia, que pueda conceptuarse definitiva y completa

El derecho a la paz es un derecho tanto en el ámbito nacional o interno como en el campo internacional. Es tan cierta la afirmación de que no puede haber paz sin Derechos Humanos y de que no puede haber Derechos Humanos sin paz referida a la vida interior de los Estados como a la situación internacional. Constituyen una violación flagrante del derecho a la paz, tanto la violencia del y en el Estado, en lo interno, como la violencia externa resultado de la existencia de un conflicto armado internacional. Por eso es que un verdadero y sistemático estudio del derecho a la paz implica el análisis del derecho a la paz en el ámbito del derecho interno y del derecho a la paz en el campo del Derecho Internacional

En nuestra exposición de hoy nos vamos a referir exclusivamente al problema del derecho a la paz, tal como está embrionariamente regulado en el Derecho Internacional.

Pero eso no supone de ninguna manera desconocer que es imprescindible el análisis de la otra vertiente, de la cara interna de la cuestión. Curiosamente se da la situación, a la inversa de lo que ocurre en otros casos, de que mientras el derecho a la paz en lo internacional tiene ya algunas bases normativas importantes y ha sido objeto de estudios doctrinarios, sobre el derecho a la paz en el ámbito interno prácticamente no existe nada en la gran mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. Es evidente, sin embargo, que todo reconocimiento y protección de los Derechos Humanos en el ámbito interno tiene como objetivo garantizar un orden de paz, libertad y justicia interior. No es común encontrar en los textos constitucionales una norma específica relativa al derecho a la paz interna. Pero, en cambio, en lo que se refiere a la paz externa internacional, es posible hallar un ejemplo en la Constitución soviética de 1977, que afirma el principio de que el Estado soviético debe realizar una política internacional pacífica. Pero se refiere a la política externa. El único ejemplo que yo conozco de un texto que declara el derecho a la paz con una proyección interna es el proyecto elaborado por la Comisión Especial sobre Derechos y Libertades de la Asamblea Nacional Francesa en 1977, que lo reconoce como Derecho Interno de los franceses con respecto al orden jurídico francés. Pero esta carta no ha sido todavía aprobada y no existe, consiguientemente, como norma vigente.

V

En lo internacional, los textos que pueden servir de base a la afirmación de la existencia de un derecho a la paz son básicamente los siguientes: la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto proclama como propósito fundamental del Sistema de Naciones Unidas la paz y la seguridad internacionales basadas en dos pilares esenciales: la solución pacífica de controversias y la renuncia al uso de la fuerza.

En segundo lugar, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos que, en un texto que ha sido objeto de muy opuestos comentarios por la doctrina da, sin embargo, a mi juicio, una base muy importante para afirmar que reconoce el derecho a la paz como un Derecho Humano. El artículo 28 de la Declaración Universal dice: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden internacional en que los derechos proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos".

Si el concepto de orden internacional incluye necesariamente la idea de paz, debe deducirse que toda persona tiene el derecho a que exista un orden internacional capaz de asegurar y garantizar la paz.

Existen, además, dos resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas indispensables para el análisis del tema del derecho a la paz.

Una resolución fue adoptada, en 1978, por la Asamblea General, titulada Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz (33/73 del 15 de diciembre de 1978), en la cual se sostiene que el derecho a vivir en paz es un derecho de todas las naciones y de todos los individuos. Su artículo I 1, dice:

Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz. El respeto de ese derecho, así como de los demás Derechos Humanos, redundan en el interés común de toda la humanidad y es una condición indispensable para el adelanto de todas las naciones, grandes y pequeñas, en todas las esferas.

Este artículo encuentra su explicación y fundamentación en un extenso preámbulo, que vale la pena citar, porque recuerda de manera adecuada los antecedentes de la cuestión y los otros textos internacionales aplicables.

La Asamblea General,

Recordando que en la Carta los pueblos de las Naciones Unidas proclamaron que estaban resueltos a preservar a las generaciones venideras

del flagelo de la guerra y que uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas es el de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Reafirmando que, con arreglo a la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General, los actos de planificar, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión son crímenes contra la paz y que, con arreglo a la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970, y a la Definición de la agresión, del 14 de diciembre de 1974, la guerra de agresión constituye un crimen contra la paz,

Reafirmando el derecho de las personas, los Estados y toda la humanidad a vivir en paz,

Consciente de que, puesto que las guerras comienzan en la mente de los hombres, es allí donde debe construirse la defensa de la paz.

Recordando la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos del 7 de diciembre de 1965

Recordando asimismo la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, y teniendo presente que en este último se establece, entre otras cosas, que toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

Después de esta resolución del año 1978, en 1984 la Asamblea General adoptó una importante declaración, no muy conocida aún porque no ha sido todavía comentada por la doctrina. Es la resolución de la Asamblea General 39/11 del 12 de noviembre de 1984, que aprueba la declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz. Fue la primera vez que la Asamblea General se refirió expresa y textualmente al derecho a la paz. Antes, en la resolución de 1978, se había usado la expresión "Derecho a Vivir en Paz".

Esta declaración de 1984 de la Asamblea General dice en su párrafo primero "1 Proclama solemnemente que los pueblos de la tierra tienen un derecho sagrado a la paz"

El párrafo cuarto del Preámbulo expresa

Convaincue que l'absence de guerre est, au niveau international, une condition primordiale du bien-être, de la prospérité matérielle et du progrès des États, ainsi que de la réalisation complète des droits et des libertés fondamentaux de l'homme proclamés par l'Organisation des Nations Unies.

Y el artículo 2 dispone.

Déclare solennellement que préserver le droit des peuples à la paix et promouvoir la réalisation de ce droit constituent une obligation fondamentale pour chaque État;

Souligne que, pour assurer l'exercice du droit des peuples à la paix, il est indispensable que la politique des États tende à l'élimination des menaces de guerre, surtout de guerre nucléaire, à l'abandon du recours à la force dans les relations internationales et au règlement pacifique des différends internationaux sur la base de la Charte des Nations Unies.

En tercer término, la Conferencia General de la UNESCO, en dos ocasiones, en la Declaración sobre la Enseñanza de los Derechos Humanos y en la Declaración sobre los Medios de Información, proclamó también el derecho a la paz como un derecho de todos los hombres.

En el ámbito regional americano existe, asimismo, la proclamación del derecho a la paz. Este reconocimiento fue hecho por una resolución de la Conferencia General del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina, adoptada en la Conferencia de Quito en 1979 (R. 128 (VI), que proclamó, compartiendo lo expresado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 33/73, el derecho de "todas las personas, los Estados y la Humanidad a Vivir en Paz"

Regionalmente hay otro ejemplo de proclamación del derecho a la paz. La Carta Africana sobre los Derechos de los Hombres y de los Pueblos —el equivalente africano de la Convención de San José, que todavía no ha entrado en vigencia por no haber obtenido el número de ratificaciones necesarias—, es un texto que no solamente proclama, enumera y garantiza la protección de los derechos de los individuos, sino también los derechos de los pueblos. Esta carta se refiere al derecho a la paz. El artículo 23 de la Carta Africana dice: "Todos los pueblos tendrán Derecho a la Paz y a la seguridad nacional e internacional".

Además de estas fuentes normativas del derecho a la paz, debemos hacer mención a la doctrina, en cuanto ésta puede, en algunas circunstancias y bajo determinadas condiciones, llegar a ser fuente supletoria del Derecho Internacional.

La cuestión del derecho a la paz ha sido estudiada doctrinariamente en una serie de conferencias dedicadas específicamente al tema: las conferencias tituladas "Paz= Derechos Humanos, Derechos Humanos= Paz" de la fundación Armand Hammer.

La primera conferencia Armand Hammer se realizó en Oslo en 1978, y el documento final de esta Conferencia dice así en su artículo primero:

El Derecho a la Paz es uno de los derechos fundamentales del hombre. Toda nación y todo ser humano, sin consideración de raza y credo, de len-

guas o de sexo, posee un derecho inherente de vivir en paz. El respeto de este derecho, así como de los otros derechos del hombre, en el común interés de la humanidad, constituye una condición indispensable para el progreso de todas las naciones grandes y pequeñas en todos los sectores, en todos los dominios

La segunda conferencia se llevó a cabo en Campobello en 1979. En lo pertinente el documento final dice

La Seconde Conférence Armand Hammer sur "Paix et droits de l'homme=Droits de l'homme et paix", réunie du 24 au 26 août 1979 à Campobello (Canada), île à laquelle s'attachera toujours la présence historique de Franklin D. Roosevelt dont le nom est inséparable de celui de son épouse Eleanor, un des principaux auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Considérant qu'il convient de réitérer l'invitation à tous les États membres de la communauté internationale.

a) De ratifier, et, s'ils l'ont déjà fait, de mettre pleinement en œuvre les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme des Nations Unies ainsi que le Protocole facultatif concernant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques,

b) De réaliser les diverses propositions et recommandations contenues dans le document final de la Session extraordinaire de l'Assemblée Générale des Nations Unies consacrée au désarmement par des mesures tant bilatérales, telle que l'Accord SALT II, que régionales et universelles,

Notant avec satisfaction la décision du Sommet de Monrovia de l'Organisation de l'Unité Africaine de créer un comité d'experts chargé d'étudier et de proposer des mesures et mécanismes destinés à mettre en œuvre et à promouvoir effectivement les droits de l'homme sur le continent africain;

Notant également que le fossé qui existe entre les nations riches et pauvres constitue une menace sérieuse et croissante contre la paix;

Réaffirmant solennellement que le droit à la paix devrait être reconnu comme un droit de l'homme, droit à la définition duquel la Déclaration des Nations unies sur la préparation des sociétés à vivre dans la paix apporte une contribution essentielle.

1. Propose que soient prises les mesures suivantes visant à souligner et à renforcer l'interdépendance entre les droits de l'homme et la paix

1 Tous les traités visant au désarmement ou à la limitation des armements devraient être suivis par une déclaration d'intensité engageant les États Contractants à organiser et à promouvoir une éducation pour la paix et le désarmement dans la perspective de la mise en œuvre du droit à la paix en tant que droit de l'homme

2 Tout comme les droits économiques, sociaux et culturels contenus dans le Pacte international correspondant son développés et approfondis dans les Conventions de l'Organisation Internationale du Travail et de l'Unesco, il

convient de développer et d'approfondir, par des normes internationales appropriées, les droits civils et politiques énumérés dans le Pacte international qui s'y rapporte.

3. Il importe qu'en cette Année internationale de l'Enfant soit entreprise l'élaboration de manuels scolaires en vue l'éducation des enfants dans l'esprit des droits de l'homme, de la paix et du développement.

4. Étant donné que les organisations du système des Nations Unies, ainsi que les organisations régionaux, ont établi et font fonctionner diverses procédures de mise en oeuvre des droits de l'homme permettant notamment d'examiner les plaintes en violation des droits de l'homme, il convient que des procédures et mécanismes effectifs soient institués pour ce qui est des violations du droit à la paix.

II. Propose que, dans la perspective de la nécessaire interdépendance entre les droits de l'homme et la paix, soient étudiées les questions suivantes:

1. Les droits de l'homme se devant de répondre aux besoins et aux aspirations de tous les homes et de tous les peuples, il faut qu'après les droits de l'homme de la première génération —droits civils et politiques— et les droits de l'homme de la deuxième génération —droits économiques, sociaux et culturels— soit étudiée la possibilité de définir les droits de l'homme de la troisième génération inspirés par l'idée de fraternité et de solidarité entre les peuples, tels que le droit au développement, le droit à la paix et le droit au patrimoine commun de l'humanité qui contribuent à l'établissement d'un nouvel ordre international juste.

2. Le droit à la paix en tant que droit de l'homme étant en voie de formation en droit international, il faut que ce nouveau droit de l'homme soit étudié en relation avec l'élaboration d'un code des crimes contre la paix et la sécurité internationale et en tenant compte des devoirs des individus ainsi que des obligations des États prescrites par la Charte des Nations Unies.

3. La création d'Académies ou Instituts nationaux de la paix et des droits de l'homme ou d'institutions similaires devrait être encouragée.

4 Il convient d'étudier la possibilité de recommander au Secrétaire Général des Nations Unies de s'adjoindre, pour exercer les bons offices en faveur du respect des droits de l'homme, une ou plusieurs éminentes personnalités, expérimentées dans les affaires internationales.

5. L'élaboration d'une Déclaration solennelle sur "Paix et droits de l'homme=Droits de l'homme et paix", destinée à améliorer la consciencie qu'a l'opinion publique des liens qui existent entre les droits de l'homme et la paix, devrait être entreprise.

III. Accepte avec gratitude les invitations de tenir en Pologne la Troisième Conférence Armand Hammer sur Paix et droits de l'homme = Droits de l'homme et paix en 1980, et, en Egypte, la Quatrième Conférence, en 1981.

Décide que les travaux de la Conférence de 1980 seront préparés par un comité de cinq membres qui examinera également la possibilité d'institutionnaliser la Conférence sur Paix et droits de l'homme = Droits de l'homme et paix.

Décide qu'un document de travail sera préparé qui traitera du droit à la paix dans ses diverses dimensions, individuelle et collective, nationale et internationale, et en relation avec le désarmement et le développement.

Y la Conferencia de Varsovia de 1981, en el llamado Manifiesto de Varsovia, afirmó la necesaria e indisoluble relación entre los conceptos de paz y Derechos Humanos. En el preámbulo se dice:

Nous affirmons aussi l'interdépendance des droits de l'homme et du droit de l'individu à la paix: de même que la guerre voile inévitablement les droits de l'homme, il ne peut y avoir de vraie paix dans une société où les droits de l'homme et les libertés fondamentaux sont violés. La paix ne doit pas être la paix des cimetières, elle doit être une paix dans laquelle la personnalité humaine et sa dignité peuvent se développer et s'épanouir.

Y el párrafo 9 establece:

Décidons de créer deux groupes de travail chargés de soumettre à la prochaine Conférence des rapports traitant respectivement:

a) *Du nécessaire lien qui existe entre la paix et les droits de l'homme dans leurs relations réciproques;*

b) *De la définition et du contenu du droit à la paix en tant que droit fondamental de l'homme, étant entendu que ces groupes de travail seront composés de membres choisis en consultation avec les participants à la Conférence et en prenant en considération les différentes régions géographiques et les différents systèmes juridiques.*

En esta conferencia de Varsovia se presentaron dos excelentes trabajos sobre el derecho a la paz, su naturaleza y caracteres. Uno fue elaborado por el profesor Asbjorn Eide de Noruega, y el otro fue un estudio del profesor Luis Petiti de Francia, juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, titulado "¿Es el derecho a la paz un derecho humano?"

Además de lo que resulta de los trabajos de las conferencias Armand Hammer, no es posible dejar de citar los estudios del profesor Adam Lopatka, de Polonia. Hay uno que es fácilmente accesible, porque fue publicado en México, en 1983, en el volumen editado por la UNAM sobre *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, titulado "El derecho a vivir en paz como un derecho humano"

Merece también recordarse el trabajo de Alfonso Ruiz Miguel, "¿Tenemos derecho a la paz?", publicado en el *Anuario de Derechos Humanos* de la Universidad Complutense de Madrid (vol. III). En español se ha editado el libro de Diego Uribe Vargas, del que hay también edición

francesa (*La troisième génération des droits de l'homme et la Paix*, París, CIEM, 1985), que estudia la cuestión del derecho a la paz dentro del marco de lo que algunos llaman derechos de la tercera generación.

A estas brevisimas referencias hay que agregar las monografías de Karel Vasak, Philippe Alston, Tomasevski, Hannikainen, Halsicht, Sokalski, Tichonow y Marchs, de las que no hay traducción española, pero que son imprescindibles para el conocimiento actual del tema. Más recientemente aún, en junio de 1985, apareció el trabajo del profesor Bernhard Graetrath, "Priority to the Right to Peace" (*GDR Committee for Human Rights, Bulletin*, 2/85). La reseña de esta bibliografía puede encontrarse en mi libro *Estudio sobre Derechos Humanos*, t. I, Caracas, 1985, p. 12, nota 7). Cabe agregar los trabajos de Stephen Maiks, "Peace, Development, Disarmament and Human Rights", en *Revue Internationale de Pédagogie*, XXX, 1983 y de Lauri Hanniken, "Prohibition of War Propaganda", en Kaarle Nordenshing, *The Mass Media Declarations of Unesco*, New Jersey, 1984.

VI

Ahora bien, ya nos hemos referido a la materia, al contenido y al objeto del derecho a la paz. Hemos intentado precisar el concepto de paz y hemos intentado determinar las fuentes de este derecho a la paz en el Derecho Internacional actual.

Debemos ahora responder a la pregunta: ¿Cuáles son los titulares del derecho a la paz?

Todo derecho implica una relación jurídica. Es por eso que es preciso determinar, en este caso, los sujetos de la relación jurídica, y en especial el o los destinatarios del derecho, que poseen la potestad jurídica de invocarlo y de exigir las correlativas obligaciones o deberes.

El derecho a la paz, en este sentido, en uno de los derechos más complejos y que plantea más interrogantes al jurista. ¿Por qué? Porque el derecho a la paz hoy día se ha intentado conceptuar como un derecho del cual pueden ser titulares, según los diferentes casos o situaciones, los Estados, los pueblos, los individuos y la humanidad. Como otros "nuevos" derechos, el derecho a la paz es un derecho a la vez individual y colectivo. En cuanto derecho individual es un Derecho Humano. En cuanto derecho colectivo puede ser un derecho de distintos sujetos colectivos: el Estado, los pueblos, las naciones, la humanidad. Se ha podido decir, de tal modo, como lo ha hecho Petití, que como

derecho individual tiene efectos internos e internacionales y como derecho colectivo tiene también efectos internos e internacionales.

VII

Los Estados como sujetos del derecho a la paz es una cuestión nueva, pero puede ser encarada con un planteamiento tradicional. Vivimos en una sociedad internacional básicamente integrada por Estados, en la cual éstos, en cuanto son miembros de las Naciones Unidas, han renunciado —por mandato de la Carta—, al uso de la fuerza, uso que es ilícito, con excepción de los casos previstos expresa o implícitamente por la propia Carta. Los Estados, que tienen el deber de resolver sus controversias por medios pacíficos, poseen el derecho a actuar, a vivir y a desarrollarse en una comunidad internacional pacífica. La existencia de este derecho resulta de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, aprobada por Resolución 2625/XXV de la Asamblea General y de la Declaración sobre la Definición de la Agresión, aprobada en 1974 por la Asamblea General. Es decir, puede afirmarse que los Estados tienen un derecho a la paz, en cuanto derecho a convivir y a desarrollarse en una comunidad internacional pacífica, en la que es ilícito el uso de la fuerza por los Estados, salvo el caso de legítima defensa y en la que es preciso solucionar los conflictos y las diferencias por medios pacíficos.

La contrapartida de reconocimiento de un Derecho Internacional a la paz, cuyos titulares serían de todos los Estados que integran la comunidad internacional, es la existencia de un conjunto de deberes correlativos, que los Estados poseen a ese respecto. Si hay un derecho a la paz existen los deberes que son su contrapartida. El más importante de estos deberes correlativos es el deber de no recurrir a la fuerza ni a la amenaza del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de los otros Estados, de acuerdo con lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional (Resolución 2625 (XXV)), a resolver las controversias internacionales por medios pacíficos y a cumplir de buena fe las obligaciones internacionales. Como en tantos otros sectores del Derecho Internacional, estos principios clave, estos principios que son la columna vertebral del Derecho Internacional moderno, y que, además, como por ejemplo, en el caso del no uso de la

fuerza, han sido reconocidos como *ius cogens*, sufren en estos momentos una crisis tremenda, resultado de su constante violación que ahonda la brecha entre el ser y el deber ser, entre la normatividad y la realidad.

Como consecuencia de este deber esencial, resultado de un principio básico, de no hacer uso de la fuerza de manera ilícita, resulta la obligación de no cometer actos de agresión y el deber de no intervenir en los asuntos internos de los Estados. La existencia de un derecho a la paz como un derecho de los Estados se basa en el desarrollo normativo y la actividad de las Naciones Unidas en favor del desarme, ya sea de la etapa de limitación y control de armamentos o del objetivo final de un desarme general y completo, bajo el adecuado control internacional. También, en este caso, lamentablemente, el abismo entre la realidad y los principios, entre lo que es la vida internacional real y lo que resulta de los documentos, las palabras y las proclamas, es angustiosamente grande.

Yo no creo que sea incompatible el intento de fundar la existencia de un derecho a la paz por parte de los Estados con el esfuerzo para edificar la conceptualización del derecho a la paz como un Derecho Humano. Karel Vasak tiene una idea distinta a la mía al respecto. Debatimos la cuestión en la Conferencia Hammer de Varsovia. Dije entonces:

States have the right to exist in a peaceful international community which has renounced war and recourse to violence in international relations, in a community based on the principle that all states are equal in their sovereignty, on nonintervention, on respect for territorial integrity and on the obligation to peaceful means to settle international conflicts.

Coincido, pues, con Eide, que en su trabajo ya citado, presentado a la Conferencia de Varsovia, dice que el derecho a la paz es un derecho "for individuals, nations, states, and mankind as a whole".

Y agrega.

5.5. *The right for states and mankind as a whole to live in peace has been partly realized by the following instruments in international law:*

- * *The 1928 Briand-Kellog Pact.*
- * *The United Nations Charter, article 2.4*
- * *The 1965 declaration on the inadmissibility of intervention in domestic affairs of states and the protection of their independence and sovereignty;*
- * *The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among states.*
- * *The 1974 definition of aggression.*

The right to peace has been greatly strengthened by the Declaration on Preparing Societies to Live in Peace, adopted at the initiative of Poland by the United Nations General Assembly at its thirty-third session.

5.6 The freedom of states to live in peace includes the freedom to organize their own political systems, without being subjected to external military threats or interventions.

This Will allow small states to decide on their own uses of natural resources without threats of external intervention or intimidation.

Yo estimo que si el derecho a la paz es un derecho a la vez colectivo e individual es antihistórico e irrealista, pero, además, negativo y contraproducente, no incluir entre los sujetos del derecho colectivo a la paz a los Estados. Los Estados siguen siendo los sujetos primarios del Derecho Internacional. Los derechos y obligaciones internacionales que poseen con respecto a la paz, según la Carta, constituyen la base de la posibilidad real de la existencia de la paz internacional. Y si los Estados tienen un derecho a la paz, ello no es incompatible con la posibilidad jurídica de que otros entes colectivos sean también sujetos de ese derecho y de que los individuos que integran los Estados, que constituyen el elemento humano indispensable para su existencia, y que hoy son también sujetos de Derecho Internacional, puedan ser también titulares del derecho a la paz. Todo esto, por lo demás, resulta de una interpretación correcta de la Declaración 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la relación que afirma entre la paz y la seguridad internacional (interestatal) y el derecho individual a vivir en paz. La misma idea se encuentra en la Declaración 39/11.

VIII

En segundo lugar, el derecho a la paz es un derecho de los pueblos. El concepto de pueblo, que sigue siendo vago, es de difícil definición. Pero lo que es indudable es que constituye uno de los puntos esenciales de todo el desarrollo del Derecho Internacional actual. Los pueblos, ya sea en cuanto titulares del derecho a la libre determinación —cuando luchan contra una dominación colonial o extranjera— o como titulares del derecho a la paz, se conceptúan hoy como sujetos de Derecho Internacional en el marco de las resoluciones de la Asamblea General. Ahora bien, la resolución de la Asamblea General a la cual me referí hace un momento, la resolución del año 1984, proclama solemnemen-

te el derecho de todos los pueblos de la Tierra, el derecho sagrado, lo califica la Asamblea General, a la paz. Y la realización de este derecho constituye una obligación fundamental para cada Estado. Quiere decir que al concepto de derecho de los pueblos a la paz contraponen el deber de los Estados de respetar y promover esta paz. También esto daría para un análisis jurídico, que todavía nadie ha intentado, de la compleja situación de que en un mismo derecho el titular del derecho son los pueblos y el deber correlativo son los Estados, concepto lógicamente distinto al de pueblo y sujeto de Derecho Internacional diferente al de Estado del pueblo. Pero de cualquier manera, creo que esta resolución de la Asamblea General abre un campo al análisis jurídico interesantísimo y absolutamente novedoso.

Los pueblos, pues, son titulares del derecho a la paz además de los Estados. Esto implica que, cuando un pueblo está constituido en Estado, serán el Estado y el pueblo los titulares del derecho a la paz. No obstante, puede haber pueblos que no se hayan constituido en Estado, pero que igualmente tienen derecho a la paz, reconocido internacionalmente. Por ejemplo, un pueblo que lucha contra una dominación colonial y extranjera, un pueblo colonizado, no está constituido en Estado, pero tiene derecho a la paz. ¿Cómo puede entenderse esto? A mi juicio, es preciso relacionar el derecho a la paz con el derecho de ese mismo pueblo a la libre determinación. El colonialismo en todas sus formas constituye por naturaleza una violación de la paz. La paz es un orden de justicia y no solamente la ausencia de violencia. Una situación colonial, en un determinado momento, puede aparecer como una situación que asegura una paz fáctica, una aparente paz. Pero esa paz, en cuanto no incluye un contenido de justicia, no es verdadera paz. Por eso los pueblos que luchan contra el colonialismo y que aún no se han constituido en Estados, ejercen su derecho a la libre determinación y hacen uso, asimismo, de su derecho a la paz.

IX

En tercer lugar, los individuos, todos los seres humanos, tienen el derecho a la paz. Esto está especialmente reconocido en la resolución de la Asamblea General del año 1978, la Declaración sobre el Derecho a vivir en Paz. Y quizás sea este aspecto del problema, el derecho de los individuos, reconocido por el Derecho Internacional a vivir en paz, uno

de los aspectos más interesantes de la cuestión, porque supone, en primer lugar, y sin que volvamos a entrar al problema de la subjetividad internacional del individuo, la evidente conclusión de que hay una atribución directa de un derecho a los individuos, hecha por el derecho internacional

Este Derecho Humano a la paz, para existir realmente, debe integrarse en el marco del reconocimiento, protección y garantía de todos los demás Derechos Humanos. Como dije en la Conferencia de Varsovia

The right to peace is conceivable solely under a general system respecting and guaranteeing all human rights. And I do mean all human rights. Economic, Social and Cultural rights can exist only if civil and political rights and freedom in its widest sense are acknowledged as belonging to all human beings. All rights depend on one another, and it is unacceptable to deny civil and political rights on the grounds of furthering progress. It is also unacceptable to recognize freedom formally while denying economic and social rights. The same way may be said of the rights to solidarity, the right to advancement, the right to peace and the right to enjoy the collective heritage of humanity.

¿Qué consecuencias tiene la afirmación de que los individuos poseen el derecho a la paz? Esto es una cantera de posibilidades, apenas abiertas inicialmente por alguna doctrina. Eide ha hecho una muy buena sistematización del tema en su ya citado trabajo. Para él, del reconocimiento de que los individuos tienen el derecho a la paz, atribuido por el Derecho Internacional, se deriva la posible consecuencia de que todo individuo tendría el derecho a negarse a participar en una violación de la paz, en una política agresiva, incluso cuando fuera promovida o realizada por el propio Estado del cual es nacional. Es esto una conclusión revolucionaria, en cuanto le daría al individuo el derecho a negarse a participar en una agresión cometida por el Estado al que está sometido en razón de su nacionalidad

Reconocer el derecho a la paz a los individuos significa reconocerles el derecho a ser agentes activos en la lucha por la paz, a integrar movimientos pacifistas y a realizar actividades de promoción para la paz

En estas primeras conclusiones coincide toda la doctrina y, en particular, tanto los autores escandinavos como autores de países comunistas

Sin embargo, hay un tercer desarrollo de la cuestión en el cual existen discrepancias doctrinarias muy grandes. Nos referimos al derecho

a la objeción de conciencia, que derivaría de que el individuo es titular de un derecho a la paz y que, por tanto, como objeción de conciencia, que derivaría de que el individuo es titular de un derecho a la paz y que por tanto, como objeción de conciencia, puede decir: me niego a hacer el servicio militar obligatorio porque considero que el servicio militar obligatorio constituye una preparación para la guerra y yo tengo el derecho a no actuar en nada que pueda significar una promoción bélica. Para muchos el derecho a la objeción de conciencia, esté o no reconocido por el orden interno de los Estados, deriva directamente del Derecho Internacional en cuanto que éste atribuye a los individuos el derecho a la paz. Es más, y aquí ya las discrepancias son más grandes, algunos dicen que no sólo es lícita la objeción de conciencia y la negativa a hacer el servicio militar, sino incluso el derecho a negarse a combatir formando parte de las fuerzas armadas del país al cual se pertenece.

Aquí hay que hacer una matización, en el sentido de que hay que distinguir entre una guerra agresiva y la legítima defensa. Parece necesario proyectar esta distinción al ámbito de la relación individuo-Estado en función del derecho de todo ser humano a la paz.

Puede ser útil citar, como ejemplo, lo que Eide dice al respecto

5.9. Freedom of individuals: The right to peace includes freedom of individuals to refuse to be involved in aggressive warfare or illegal intervention, or to be involved in military preparations of potentially aggressive application. Individuals should consequently be free to refuse to undertake military service, not only on purely pacifist grounds, but also on the ground that the kind of military preparation taking place within their own country goes beyond what is required for defense proper.

5.10. Individuals may even be under obligations such as that to disobey orders which, if they were carried out, would constitute a violation of the right to peace, including an obligation to disobey orders to engage in aggressive warfare or illegal intervention.

Such obligations for individuals will have to be somewhat limited until such time as further detailed legal provisions are negotiated, since it will be difficult for an individual to determine whether the military preparations being undertaken by his state are illegal.

In many events it must in international law be incumbent upon individuals not to participate in warfare deemed by the Security.

Council to be aggressive warfare or illegal intervention.

Where such warfare or intervention have been endorsed by the United Nations General Assembly, individuals must at least be free to abstain from taking part in such warfare or intervention.

Es evidente que, fuera cual fuere la concepción que se tenga, es decir, la idea amplia y total de los autores escandinavos y de algunos otros estudiosos occidentales —que extraen múltiples consecuencias internas de la existencia de un derecho a la paz por parte de los individuos—, o la concepción un poco más restringida de los autores socialistas, que parten siempre del deber sagrado de defender a la patria frente a una agresión —la afirmación que los individuos tienen derecho a la paz—, posee y produce consecuencias en el ámbito interno y en la relación individuo-Estado de significativa importancia. Sin duda, el tema ha de provocar en los próximos años amplios y provocativos desarrollos.

En un trabajo mio publicado hace algún tiempo ("Derechos Humanos y pacifismo", *Estudios sobre Derechos Humanos*, Caracas, 1985, tomo I, p. 108) expresé que el derecho a la paz, como derecho individual y como derecho colectivo, es un derecho síntesis. ¿Por qué? Porque incluye y engloba a otros muchos derechos y cuya realización efectiva, mediante el logro de su objetivo de bregar por una paz integrada por el concepto de justicia, supone la posibilidad real de ejercicio de todos los Derechos Humanos, ya que la guerra apareja la violación esencial de estos derechos y la paz, por el contrario, es la condición necesaria para su realización. La guerra, en efecto, supone la violación más flagrante y más total de los Derechos Humanos y al mismo tiempo la paz es la condición necesaria, pero no suficiente, para la realización de los Derechos Humanos.

En ese mismo trabajo expuse los conceptos que a continuación transcribo, porque creo que son importantes para precisar el contenido del derecho a la paz y del derecho a luchar por ésta. Dije entonces:

El Pacifismo, en cuanto voluntad de paz y acción encaminada a promoverla, si bien supone necesariamente una actitud contraria a la carrera armamentista no significa una postura irrealista e ingenua que pregona, *a priori*, la necesidad de un desarme unilateral, total e incondicionado. Tal posición que a veces, con error y mala intención, se asimila necesariamente con el pacifismo, sería contraria a una concepción racional de la seguridad nacional, implicaría privar al Estado de los medios de ejercer su "derecho immanente de legítima defensa" en caso de ataque armado (artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas) y nada aportaría hoy, en la actual situación internacional, de positivo, pero, en cambio, la expresión de un pensamiento contrario al armamentismo y favorable a un concepto racional de desarme y a la limitación y equilibrio de los medios bélicos, constituye una manifestación plausible de un pacifismo lógico y realista y un aporte a la

causa de la paz, ya que ésta depende, en gran parte, de la fuerza de opinión pública tanto a nivel nacional como internacional

El verdadero pacifismo no es cobardía, ni abdicación, ni idealismo ciego e irreal, ni renuncia a la negociación firme y enérgica. Es una noble manifestación de idealismo, en cuanto tiene como objetivo el ideal de la paz. Pero es realista y actual, en cuanto necesariamente debe fundarse en los datos de la actual realidad internacional, tanto política como normativa

Denigrar el pacifismo, calificarlo negativamente de manera falaz, confundirlo con la política de apaciguamiento de la última preguerra, como hacen algunos 'políticos' e 'intelectuales' de hoy, patrocinadores de la fuerza y de la ruptura del equilibrio en favor de su bando, es una actitud no sólo negativa, sino que puede llegar a ser suicida

El verdadero pacifismo no significa renuncia al uso legítimo de la fuerza en los casos previstos por el Derecho Internacional, se vincula necesariamente con la voluntad de lograr un sistema de control y limitación de armamentos, supone un conocimiento correcto de la situación militar, especialmente de las superpotencias y de sus aliados directos e implica una realista y objetiva comprensión de la actual situación internacional. Nada tiene que ver con el apaciguamiento de los años treinta, como nada tiene que ver la guerra convencional entonces posible con la hecatombe nuclear, un conflicto bélico tradicional con un enfrentamiento actual entre las superpotencias, que abarcaría no sólo nuestro planeta, sino también el espacio ultraterrestre, y que haría desaparecer prácticamente a la humanidad entera.

El pacifismo de hoy se fundamenta en el convencimiento de la imposibilidad lógica, estratégica y política de guerras nucleares limitadas o localizadas, y del absurdo de la hipótesis de la factibilidad de empleo de armas atómicas tácticas de efecto circunscrito o parcial que no provocarían una escalada que conduciría al empleo final de armas nucleares estratégicas y al enfrentamiento bélico total de las superpotencias.

Por ello es que el ataque global e indiscriminado al pacifismo, que se está poniendo de moda en ciertos círculos, constituye una forma indirecta y velada de apología de la guerra, con todo lo que esto apareja de ilicitud en el Derecho Internacional de hoy de actitud demencial, injustificable política y éticamente. En cambio, la práctica pacifista, y sobre todo las campañas de información —objetiva, cierta y responsable— sobre el fenómeno bélico, los conflictos armados, el concepto de paz y los niveles, tendencias y naturaleza del armamentismo de nuestros días, constituyen el ejercicio de un Derecho Humano esencial, efectuado con la finalidad de lograr la posibilidad de vigencia real de la totalidad de esos derechos —que solo pueden lograr en la Paz— y de contribuir a impedir el fenómeno de la Guerra, situación en sí misma incompatible con el respeto pleno de los derechos del hombre

X

Y por último —también de acuerdo con la resolución de la Asamblea General de 1978—, la humanidad es titular del derecho a la paz. Este ingreso de la humanidad en el Derecho Internacional se produce en 1967, en la Resolución 2749 de la Asamblea General que aprobó el tratado sobre el espacio ultraterrestre, en cuanto en el texto se afirma que la humanidad es el titular de los derechos sobre el espacio ultraterrestre. Es decir, que a partir del 67, la humanidad pasó a tener una configuración jurídica, a ser titular de derechos y obligaciones y se transformó así en un nuevo sujeto de Derecho Internacional. Y se avanzó más. Poco después se empezó a hablar del patrimonio común de la humanidad referido a los fondos marinos y ya no solamente al espacio ultraterrestre. Un gran jurista francés, René Jean Dupuy, en un trabajo excelente, en el que reelabora y amplía anteriores estudios suyos sobre la cuestión, titulado "Réflexions sur le Patrimoine Commun de l'Humanité" (*Droit, Revue Française de Théorie Juridique*, núm. 1, 1985), ha desarrollado la idea de que a partir de la regulación jurídica de la cuestión de los fondos marinos y del espacio ultraterrestre, la humanidad ha pasado a ser titular directo de derechos y de deberes y, como tal, a ser sujeto de Derecho Internacional. Es una idea que ha desarrollado también de manera brillante el actual juez de la Corte Internacional de Justicia, M. Bedjaoui, en su libro *Pour un nouvel ordre économique international*, pp 243-247, y el gran jurista mexicano Antonio Gómez Robledo en su obra sobre el *ius cogens* ("*Le ius cogens international*", *Recueil des Cours*, 1981, III, pp 205-206). No pueden olvidarse tampoco, al respecto, las ideas precursoras de Luis Legaz y Lacambra en su monografía "La humanidad, sujeto de derecho" en (*Estudios en honor de Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, 1970, vol. II, pp 549-559).

Yo mismo he analizado el tema en mi estudio "No discriminación y libre determinación como normas imperativas de Derecho Internacional". *Anuario IHLADI*, vol. 6, p 74. Y, más recientemente, en mi trabajo "La idea de comunidad internacional en Vitoria, Grocio y Suárez", publicado en los *Estudios en honor de Antonio Truyol y Serra*.

La Resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1978, expresa claramente esta titularidad de la humanidad con respecto al derecho a la paz, al reafirmar en el párrafo cuatro del Preámbulo "el derecho de las personas, los Estados y toda la Humanidad a vivir en paz"

Pero, ¿qué es la humanidad jurídicamente? He dicho, en un trabajo antes citado, que este nuevo sujeto de Derecho Internacional constituye, en cierta forma, una manera de darle carácter jurídico a la comunidad internacional, ya que no sería desacertado decir que la comunidad internacional ha sido calificada como humanidad en cuanto sujeto de Derecho Internacional. Es ésta una noción distinta de la comunidad interestatal, ya que la humanidad no constituye sólo una suma de Estados sino que se integra con otros sujetos de Derecho Internacional. Este nuevo concepto jurídico de humanidad, tipificación de una determinada acepción de lo que es la comunidad internacional, no coincide tampoco con ninguno de los sentidos que la expresión humanidad tiene vulgarmente en las lenguas modernas. Humanidad es para éstas, cito la definición de la Academia Española, el género humano, los hombres en general considerados como formando un ser colectivo. Esta acepción recogida, por ejemplo, en los diccionarios españoles, franceses e ingleses, aunque vinculada directamente con el sentido jurídico que antes le hemos dado a la palabra humanidad, no coincide plenamente con él. Repito que la única forma de darle sentido jurídico al concepto de humanidad está en la relación de las ideas de humanidad y comunidad internacional. Al tener la humanidad la posibilidad de actuar internacionalmente, ya que en cierta forma las Naciones Unidas son la expresión institucional de la comunidad internacional, la humanidad se configura como un sujeto de Derecho Internacional, al que el orden jurídico ha atribuido derechos y deberes y se expresa institucionalmente a través de la comunidad internacional, cuya voz son las Naciones Unidas. La humanidad es un sujeto distinto de los Estados, distinto de los pueblos y distinto de los individuos.

La fórmula adoptada por la resolución de la Asamblea General en 1978, en cuanto se refiere a la humanidad en su relación con el derecho a la paz, es muy importante, ya que contribuye a afirmar, a clarificar y a precisar la idea de la humanidad como sujeto de Derecho.

XI

Todo esto, como les digo, constituye una materia prácticamente nueva, absolutamente revolucionaria para la conceptualización del Derecho Internacional. Creo que, en los años por venir, este análisis del derecho a la paz, en función del derecho de los Estados, del derecho de los individuos, del derecho de los pueblos y del derecho de la humanidad,

producirá cambios realmente revolucionarios en la temática y en el análisis de temas capitales del Derecho Internacional.

Esto será posible lógicamente si existe paz para poder seguir estudiando y dialogando sobre estas cuestiones. El derecho a la paz ha sido calificado por algunos de los autores que lo han analizado como el primero y fundamental, en cuanto si no existe paz, sobre todo si se quiebra la relativa y discutible paz agónica, en medio de la cual vivimos —y viene la hecatombe nuclear, que significará el fin de la humanidad—, no solamente no habrá paz, sino que no existirá la más remota posibilidad de subsistencia real de ningún Derecho Humano, comenzando por el derecho a la vida.

Creo que aunque esta exposición puede haber adolecido de un excesivo formalismo —al tratar de un tema tan interesante jurídica y políticamente, pero en el cual la normatividad está tan alejada de la realidad internacional que vivimos—, el esfuerzo no ha de ser infecundo o inútil. Por el contrario, para volver a lo que dije al comienzo, pienso que en momentos difíciles de tensión internacional como el actual, en que coexisten guerras internacionales periféricas, de distinto carácter y naturaleza y conflictos bélicos internos, en que asistimos a masivas violaciones de los Derechos Humanos en un mundo en que domina la violencia, como consecuencia de todo lo cual hay una terrible carencia de la verdadera paz, es cuando más se debe insistir en que la paz, integrada con la idea de justicia, es un derecho que todos debemos reivindicar, tanto a nivel individual como colectivo, para luchar por la existencia de un orden pacífico, expresión de una convivencia libre y justa

EL DERECHO A VIVIR Y EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO*

Il faut changer car la plus funeste de toutes les innovations serait de ne pas innover. On ne doit pas céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes

Jean Etienne MARIE PORTALIS (1804)

I

1 Sería un imperdonable alejamiento de la realidad escribir estas líneas, concebidas en momentos en que se desarrollan con toda intensidad operaciones bélicas en la zona del Golfo Pérsico y en el Cercano Oriente, sin tener presente que este conflicto armado, sin duda militarmente el más grave y peligroso desde el fin de la II Guerra Mundial, se ha desarrollado hasta hoy sin el empleo de armas nucleares, químicas o bacteriológicas

No sabemos lo que ocurriría en las próximas semanas o meses, pero este extremo permite reflexionar sobre el hecho de que, a partir del momento en que por primera vez se utilizaron bélicamente armas nucleares en 1945, y, sobre todo, desde que los Estados Unidos, Unión Soviética, China, Gran Bretaña y Francia dispusieron de armas atómicas, el mundo ha vivido en una paz precaria caracterizada por el equilibrio del terror. El posible uso de armas nucleares trajo consigo la presencia diaria del espectro de la muerte generalizada y la posibilidad real de destrucción del planeta y del fin de la humanidad sobre la Tie-

* Trabajo preparado en 1991, ante la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (Río, 1992), publicado en Uruguay, España y Argentina

rra. Sin que la eventualidad de ese posible apocalipsis haya pasado o haya terminado —aunque los cambios acaecidos en los dos últimos años parecen haber hecho disminuir ese peligro— otro peligro, más real, más inmediato y más fatal se cierne sobre nosotros la destrucción del equilibrio ecológico y, por ende, el fin de la posibilidad de vida sobre el planeta

Más real, porque parece que estamos en un camino ineluctable, en el que avanzamos casi automáticamente, sin que sea preciso para continuar acercándonos a la catástrofe una decisión determinante, como la que, en cambio, se requiere para utilizar un arma nuclear.

Más inmediato, porque los efectos han comenzado a producirse y ya vivimos en un ambiente deteriorado y crítico, en un proceso que se ahonda y acelera constantemente, y que advierte y anuncia el desastre ecológico que puede producirse mañana, “en un planeta que se ha hecho bruscamente frágil y perecedero”¹

Más fatal porque, pese a la creciente conciencia sobre la gravedad de este problema, son tantas, tan trascendentales y tan revolucionarias las medidas que se deben tomar, en todos los países, a todos los niveles, por todos los seres humanos, y es tan poco lo que realmente se hace, que en momentos de desaliento nos inclinamos a pensar que es fatal el camino hacia la destrucción del equilibrio ecológico en el que se basa la posibilidad de vida

Sin embargo, hay que rechazar este enfoque negativo y pesimista. Por más real, inmediato y aparentemente fatal que sea el peligro, el hombre y la humanidad han de poder vencerlo

La fe en el hombre y en la vida nos impone esta conclusión positiva y optimista y nos exige el pensamiento y la acción necesarios para la empresa a cumplir

II

2 No serían completos —y sobre todo pecarían de imperdonable falta de actualidad— los conceptos antes expuestos, si no se agregara algo relativo a la relación de los conflictos bélicos con la preservación del ambiente y de la paz, y con las posibilidades de encarar su defensa.

¹ UOU IAZÓN ha dicho René Jean Dupuy, *La interdépendance écologique est évidente. La Déclaration de Stockholm de 1972 reconnaît cette communauté de destin qui rassemble les peuples sur une planète devenue brusquement fragile. (Leçon Inaugurale au Collège de France, 22 de febrero de 1980, p. 13)*

3. La paz es la condición necesaria, aunque no suficiente, para organizar y ejecutar una política a nivel global y universal en defensa del equilibrio ecológico, y contra el crecimiento y constante deterioro del medio ambiente.

Es condición necesaria, pero no suficiente. Condición necesaria porque sin paz, en medio de los conflictos bélicos; es imposible realizar esa defensa. Pero, además, porque los conflictos bélicos en sí mismos son necesariamente factores negativos para el equilibrio ecológico, pudiendo, como en el caso de los derrames voluntarios de petróleo en el Golfo Pérsico, empleados como arma y como instrumento bélico, provocar sin perjuicio de consecuencias sobre el desarrollo del conflicto, generar resultados en sí mismos catastróficos, con proyecciones regionales e incluso universales. El caso ocurrido en el Golfo, con la actitud tomada por Irak con respecto del petróleo de Kuwait, puede ser calificado como terrorismo ecológico.

Lo que se ha llamado la posible "guerra ambiental" es un fenómeno ya encarado en la Conferencia sobre Desarme de las Naciones Unidas y estudiado por la doctrina.² La realidad actual, superviviente a estos planteamientos, ha demostrado trágicamente su factibilidad. En el discurso que pronuncié el 21 de febrero de 1991 en la Conferencia sobre Desarme, en Ginebra, evoqué esta cuestión y señalé la necesidad de aplicar estrictamente —para luego actualizarla y modernizarla, recogiendo la experiencia— la actual "Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles".

4. Pero la paz en sí misma no es suficiente para organizar y ejecutar una política ecológica. Constituye el presupuesto que la hace posible. Además, se requiere la voluntad para delinearla y ejecutarla de manera seria e inflexible, con conciencia de la catástrofe que está ante nosotros. Y eso es lo que, pese a la creciente, aunque gradual, toma de conciencia al respecto, así como las medidas parciales tomadas, no se ha hecho todavía plenamente.

5. De tal modo, así como el derecho a vivir se relaciona con el derecho a la paz, porque los conflictos armados constituyen la más grave excepción a la generalización de este derecho, ya que suponen la licitud de la muerte resultado de operaciones bélicas, autorizadas por la Carta de las Naciones Unidas; el derecho a la paz, derecho individual

² Antonio Linares Fleytas, "Prohibición de la guerra ambiental", en *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 1981, pp. 83-146.

y colectivo, está entrañablemente unido al derecho, también individual y colectivo, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado

III

6. Es evidente la relación necesaria, entrañable y determinante entre el derecho a vivir y un "nuevo" derecho —el "derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado". "Nuevo" derecho, no porque este derecho, que es un aspecto o proyección del derecho a vivir, no existiera antes, ya que resultaba naturalmente del derecho a vivir, sino porque su declaración o reconocimiento jurídico, independiente o autónomo, es el resultado, como lo es respecto de todos los "nuevos" derechos, de las cambiantes y renovadas necesidades humanas que surgen, en el devenir histórico, de las modificaciones en el entorno natural, político, social, económico y cultural en medio del cual el hombre vive.³

7 Frente a esta relación entre ambos derechos —expresión concreta del nexo que existe entre la protección ambiental y los Derechos Humanos en general—⁴ nos ha parecido útil hacer algunas precisiones sobre su naturaleza y caracteres.

8 El equilibrio ecológico, la existencia de un medio ambiente sano y equilibrado, es la condición para la vida humana. Si no hay vida no hay Derecho. Y de la vida y de la necesidad de protegerle y garantizarla

³ Hector Gros Espiell, "El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, I, Caracas, 1985, pp 140-142, UNESCO, *Réunion d'Experts sur les Droits de l'Homme et les Besoins Humains*, 1979, 55 78/Conf 630/1979

⁴ El excelente informe del Grupo de Expertos jurídicos reunido para examinar el concepto de *Common Concern of Mankind* (con relación a la protección global del medio ambiente (Malta, 13-15 de diciembre de 1990), dice en su parágrafo 11

The third round of discussions centered on the relationships between environmental protection and human rights protection. It was initially pointed out that resort to the concept of common concern of mankind besides disclosing the link with the human rights framework, warned that one was here before a crucial question of survival, which brought to the fore the fundamental right of all to live in a clean, safe and healthy environment. Hence the fundamental importance of human rights framework also for environmental protection. Some participants recommended that the theory of 'generations of human rights', in particular, was preferably to be avoided in view of its inadequacies. There was on the main issue general agreement that environmental protection and human rights protection were in fact linked and could not be divorced from each other, and that emphasis should here be laid on fundamental rights.

integralmente resulta la ineludible conclusión de que el vivir es un derecho. La vida —que supone necesariamente la conciencia de la vida como elemento constituyente del concepto mismo de la vida⁵ y del derecho que resulta de ella— es el fundamento de todos los demás Derechos Humanos

IV

9. Derecho a la vida y derecho a vivir no son dos expresiones o, mejor dicho, no deben ser dos expresiones, con un sentido precisamente distinto y con un contenido jurídico necesariamente diferente. Por el contrario, constituyen dos fórmulas que expresan conceptos preceptivamente análogos que, en el grado actual de desarrollo jurídico y político de la humanidad, deben considerarse como relativamente equivalentes, interdependientes y condicionantes. Es más, hoy el derecho a la vida, en su acepción integral, es la manifestación del derecho a vivir, y el derecho a vivir existe y se realiza como consecuencia del reconocimiento y el respeto del derecho a la vida.

Para comprender y valorar esta afirmación, es preciso considerar que, aunque en términos generales y abstractos, puede estimarse que esto ha sido siempre así, ya que todo estudio de la cuestión que parta de su análisis conceptual debe llevar a esta conclusión; en términos jurídicos ello no se ha planteado en forma igual. Por el contrario, se ha ido evolucionando para pasar conceptualmente de una acepción restringida del derecho a la vida, como sinónimo de la afirmación de su inviolabilidad, a una idea amplia y global, que le da al derecho a la vida el carácter de presupuesto jurídico de todos los demás Derechos Humanos, pero que también le atribuye, como contenido necesario, el de integrarse con todos los derechos, cualquiera que sea su naturaleza, requeridos para que el ser humano que vive, pueda tener acceso a todos los bienes y servicios requeridos para que su existencia se desarrolle material, moral, espiritual y psíquicamente de manera acorde con la eminente dignidad del hombre. Cuando se ha llegado a comprender y a reconocer este concepto, amplio e integral del derecho a la

⁵ Héctor Gros Espiell, "Clase inaugural de los Cursos de Derecho de la Universidad Católica", en *Dos Lecciones Inaugurales*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo 1990, p. 26, Luis Recasens Siches, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 59.

vida, como es la situación en que hoy puede encontrarse el pensamiento jurídico —y en que mañana sin duda estará— se arriba a un estadio en que, *lato sensu*, derecho a la vida y derecho a vivir pueden llegarse a considerar jurídicamente como sinónimos.

El derecho a vivir, expresión genérica y comprensiva para referirse a ese derecho síntesis, cuya existencia y reconocimiento debe considerarse implícito en todo ordenamiento jurídico actual, democrático y social es, en cierta forma, el derecho al libre y pleno desenvolvimiento de la personalidad, al que aluden algunas constituciones de nuestros días, el derecho al desarrollo en cuanto derecho de la persona humana.⁶

Señalar esta asimilación de ambas expresiones no significa desconocer que *stricto sensu*, el derecho a la vida tiene, en su acepción generalmente usada, un sentido preciso y concreto como equivalente en términos jurídicos del derecho a la inviolabilidad de la vida. Pero este sentido no agota el contenido, particularmente necesario hoy, del derecho a la vida, que se enriquece y se nutre incluyendo en él todos los elementos necesarios para que la vida que debe proteger y garantizar el Derecho, sea la manifestación integral del derecho de todo ser humano a existir digna y plenamente.⁷ Con razón se ha dicho que “el derecho a la vida no puede circunscribirse a la mera subsistencia, al simple hecho de vivir, sino a un modo de vida humano.”⁸

10. Ni el derecho a la vida ni el derecho a vivir pueden implicar, obviamente, el derecho a no morir. La vida individual es un proceso que se inicia, se cumple y se extingue en un marco temporal ineludible. La vida de cada individuo está necesariamente limitada en el tiempo y termina siempre con la muerte. Por ello, el reconocimiento del derecho a la vida y la afirmación del derecho a vivir sólo pueden significar la

⁶ En mi estudio *El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana*, he dicho al respecto: “El derecho al desarrollo como derecho humano es la síntesis de todos los derechos del hombre. Si los derechos del individuo no son respetados, y si la convivencia de los individuos no transcurre en el orden y la seguridad fundados en la libertad y la justicia, el desarrollo es imposible y el derecho que todo hombre tiene al respecto no puede considerarse verdaderamente existente. Todos los derechos del hombre son interdependientes y cada uno condiciona a los restantes. Esta verdad encuentra en el caso del Derecho Humano al desarrollo una nueva y definitiva demostración.”

⁷ Gonzalo Rodríguez Mourullo, “Artículo 15. Derecho a la vida. El derecho a la vida como derecho a un mínimo económico para la subsistencia físico-biológica”, en *Constitución Española de 1978*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, tomo II, p. 313.

⁸ Martínez Marín, “El Derecho a la vida en la Constitución Española de 1978”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1979, p. 14.

protección por el derecho de la inviolabilidad de la vida humana ante todo atentado o ataque dirigido voluntariamente a ponerle fin de manera ilícita⁹ y a la acción del poder público para que esa vida pueda desarrollarse natural y dignamente, brindándosele a la persona, a ese efecto, todos los elementos y medios requeridos, y que sean racionalmente posibles, para que ese objetivo o fin pueda lograrse¹⁰

11 Sin entrar a la consideración de muchas de las cuestiones que plantea el problema del inicio de la vida, lo que apareja el tema del momento en que comienza la protección jurídica de la existencia del ser, ni el asunto de la disponibilidad por la persona de su vida, ni lo referente al derecho a morir dignamente y a rechazar formas inhumanas de prolongación momentánea de la vida (cuestiones todas que, junto con otras conexas,¹¹ son hoy motivo de apasionadas reflexiones cien-

⁹ "De este derecho a la vida constitucionalmente consagrado derivan para el Estado dos clases de deberes: el deber de respetar las vidas humanas (*actungsflicht*) y el deber de proteger las vidas humanas frente a los ataques homicidas procedentes de otros particulares" (Mauriz Gurig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, München, 1970, p. 81)

¹⁰ El Grupo de Trabajo designado por las Naciones Unidas para estudiar la cuestión de "El Balance que debe existir entre el progreso científico y tecnológico y el avance intelectual, espiritual, cultural y moral de la Humanidad", que tuvo el honor de integrar junto con los profesores René Mahen, Kazukito Astumi, Bentley Grars, Peter Kapitsa y Thomas A. Lambú, expresó en su comentario del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "*Chapter three has dealt with the following aspects of the rights to life and the right to security of person: The question of the risk run by living donors in transplant operations in the light of the likely benefit of each operation; the right to life as applied to donors in transplant operation which donor cannot survive, viewed in the right of suggested new medical definition a donor cannot survive, viewed in the right of suggested new medical definition of dead, a child right to life, as apposed to the burden borne by a child subject to genetica defect, viewed in the light of the development of genetica diagnosis and counselling measures necessary to safeguard the health safety and life of patiens who are exposed to electrical, electronic, mechanical and other technical devices during diagnostic or therapeutic procedures, and the very delicate question of whether there is a point beyond which intensive methods to keep incurably ill or very elderly patients alive should no longer be applied*" (*Human Rights and Scientific and Technological Developments*, United Nations, New York, 1982, p. 79)

¹¹ Al precisar que se trata de ataques ilícitos a la vida humana se excluyen naturalmente, entre otros muchos, aquellos en que se pone fin a una vida como consecuencia de un acto de legítima defensa, o de otras situaciones previstas por la ley penal, en que no se tipifica el delito de homicidio. En los casos de delito en que la ley exonera de la aplicación de una pena, no se elimina la ilicitud del acto. Del mismo modo en los Estados en que existe la pena de muerte, el acto cometido por el verdugo, aunque trae como consecuencia la supresión de una vida humana, no puede constituir una conducta delictiva

tíficas, técnicas, éticas y jurídicas, nos limitaremos a estudiar algunos aspectos del proceso que ha llevado al reconocimiento inicial del derecho a la vida *stricto sensu*, al enriquecimiento jurídico del contenido de este derecho, nutrido por todo lo que resulta de la convicción de la necesidad de que se garantice la inviolabilidad de la vida, pero también a que esa vida sea vivida plena y dignamente. Es decir, el derecho a vivir.

12. Pero antes es preciso recordar que los Derechos Humanos, en cuanto tales, son derechos de las personas, es decir, de todos y de cada uno de los seres humanos, sin discriminación de especie alguna. Es la persona —concepto vital, pero también necesariamente jurídico— el titular del derecho a la vida y del derecho a vivir. Desde el momento en que hay “persona”, sin perjuicio de que el Derecho puede y debe proteger determinados bienes jurídicos desde antes, hay derecho a la vida y derecho a vivir, y cuando deja de existir la persona se extingue correlativa, automática y necesariamente, el derecho a la protección de esa vida y del derecho a vivir de que esa persona era titular ante el pertinente orden jurídico.

La persona titular del derecho a la vida y del derecho a vivir es el ser humano. No lo es el ciudadano o el nacional, con exclusión del extranjero o el apátrida, no lo es el hombre —en una acepción restringida, como sinónimo de ser humano de sexo masculino, que no es la acepción primera del vocablo, que “comprende a todo el género humano” como dice el *Diccionario de la Real Academia Española*—, con exclusión de la mujer. Es el ser humano, cualquiera que sea su nacionalidad, su sexo, su raza, su idioma, su religión, su domicilio, su residencia, su situación económica o social o su ideología.

13. Si, como consecuencia del reconocimiento del derecho a la vida, el que atenta contra la inviolabilidad de la vida humana comete un acto ilícito, plenamente punible, y el Estado puede llegar a autolimitarse, prohibiendo la pena de muerte, la verdad es que de este derecho a la vida, para ser realmente tal, con real generalidad, debería estar protegido también en caso de que la supresión de la vida fuera la consecuencia de una actividad bélica. Pero la relatividad y la limitación de su reconocimiento se pone trágicamente de manifiesto por esta tradicional, histórica y aún hoy insuperable falta de protección del derecho a la vida en estos casos. Así, por ejemplo, en el Derecho Internacional, la supresión de la vida humana como consecuencia de la guerra y de los conflictos bélicos en general es un extremo admitido y respecto del

que la regulación normativa es excepcional y existe sólo frente algunas situaciones laterales de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario (artículos 12 y 50 del Convenio número 1 de Ginebra de 1949; artículos 12 y 50 del Convenio número 2, artículos 13 y 21 del Convenio número 3, artículos 8 y 75 del Convenio número 4, artículos 37 y 85 del Protocolo número 1 de 1977, artículo 4 del Protocolo número 2 de 1977). Pero parecería que en el Derecho Internacional de hoy, la proscripción del uso de la fuerza y la limitación de su licitud a unos casos, precisamente determinados por el Derecho, da base para avanzar en el sentido de que, fuera del marco que resulta de estas situaciones, todo atentado a la vida que sea consecuencia de una actividad bélica ilícita podría llegar a constituir una forma de homicidio.

Pero esto es todavía hoy una anticipación meramente posible y no ciertamente probable

Muy lejano parece estar el momento en que la inviolabilidad de la vida y el reconocimiento del derecho a la vida, afirmados por el Derecho Interno —con base en las disposiciones constitucionales y en los principios a los que en seguida nos referiremos—, se proyecte plenamente al Derecho Internacional, yendo más allá de las escasísimas previsiones normativas hoy existentes.

V

14 En el Derecho Constitucional comparado puede hacerse un estudio descriptivo del que resulta que, en general, se ha hecho referencia expresa sólo al derecho a la vida, *stricto sensu*, como sinónimo del derecho a que el Estado proteja y garantice la inviolabilidad de la vida humana, tanto frente a los atentados que contra este bien jurídico fundamental pueden resultar como consecuencia de los ataques ilícitos de otra u otras personas, cualquiera que sea su situación jurídica y actúe como particular o como agente público, lo que trae como uno de sus resultados la tipificación y sanción del delito de homicidio, o la proscripción, en ciertos sistemas constitucionales o legales, de la pena de muerte, es decir, de la supresión de la vida humana por obra del Estado, en cumplimiento de una sanción penal.

15 No nos interesa ahora hacer una reseña más o menos completa de cómo el Derecho Constitucional ha encarado el reconocimiento del derecho a la vida. Aunque podrían citarse muchos ejemplos constitu-

cionales, la verdad es que este reconocimiento, en general, sólo se efectúa, en términos claros y expuestos, en algunos textos, a partir de fines del siglo XVIII. E incluso en el Derecho Constitucional latinoamericano contienen, naturalmente, de manera implícita, el reconocimiento del derecho a la vida, pero no a la referencia concreta y específica. En cambio, hay una mención textual a este derecho en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776.¹² La Constitución uruguaya de 1830 no prohibió la pena de muerte, la que sólo se proscribió constitucionalmente en 1918 (artículo 163), aunque la ley lo había hecho en 1909. La Constitución actual (1967) mantiene estos dos preceptos (artículos 7 y 26).

El artículo 7 de la Constitución del Uruguay dispone:

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Esta norma constitucional, al declarar y garantizar el derecho de todas las personas a ser "protegidas" "en el goce de su vida", emplea una terminología que, pese a que se remonta a 1830,¹³ es de increíble mo-

¹² Este magnífico texto, de insuperable fuerza revolucionaria y política, dice en lo pertinente: "Mantenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que su Creador les atribuye determinados derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la busca de la felicidad, que para defender estos derechos los hombres establecen sus Gobiernos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados, que cuando cualquier forma de gobierno tienda a destruir estos fines, el pueblo tiene derecho de alterarla o abolirla y establecer un nuevo Gobierno, basado en dichos principios y organizar sus poderes de la forma que le parezca más adecuada para lograr su seguridad y felicidad".

¹³ En realidad la expresión tiene un origen anterior e integra una tradición del Derecho Constitucional de las Provincias Unidas del Río de la Plata. El Decreto de Seguridad Individual, lechado en Buenos Aires el 23 de noviembre de 1811, dice así en la parte pertinente: "Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica de 1819 se refiere también al deber de proteger a los miembros del Estado en el goce de los derechos de su vida" (artículo XIX), e igual fórmula emplea la Constitución de la República Argentina de 1826 (artículo 159). El derecho a la vida declarado en el Estatuto Provisional de 1815 (artículo 1) y en el Reglamento Provisorio de 1817 (artículo 1). Esta tradición, que se recogió después en el Derecho Constitucional del Uruguay a partir de 1830, no pasó, en cambio, a las Constituciones argentinas de 1853, 1860 y 1949.

derinidad, porque no sólo incluye de manera expresa el reconocimiento del derecho estricto a la vida, sino también del derecho a vivir en su sentido más amplio y comprensivo, que antes hemos expuesto. Es posible así entender que este derecho a la protección en el goce de su vida se integra con todos los derechos que la Constitución enumera normativamente en un amplio desarrollo que incluye los clásicos derechos de la libertad y toda la gama de los derechos económicos sociales y culturales (artículos 7-39, 40-71), enumeración que, además, no es cerrada ni conclusiva, porque permanece abierta y viva, en cuanto al artículo 72 expresa "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno"

16 La Constitución española de 1978 dispone en su artículo 15: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares en tiempo de guerra"

Es de señalar que las Constituciones españolas de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1931 no contenían ninguna referencia expresa al derecho a la vida. En cambio, el proyecto de Constitución Federal de la República española de 1873 comenzaba su Título Preliminar en la siguiente forma "Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni hay ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales: 1o. El derecho a la vida y a la seguridad, y a la dignidad de la vida".

Este olvidado texto es el que en el Derecho Constitucional moderno, al referirse al derecho a la dignidad de la vida, incluye, quizá por vez primera, el concepto actual del derecho a vivir. Merece, pues, elogiosa recordación este artículo del proyecto de Constitución Republicana Española de 1873, que va más allá que la Constitución Republicana de 1931 —que no se refería al derecho a la vida y que la Constitución actual que se mantiene en el marco tradicional del reconocimiento expreso del derecho a la vida y no del más amplio e integral del derecho a vivir con plenitud y dignidad.

17. La Constitución de Portugal (1976), bajo el título de "Derecho a la vida", establece "La vida humana es inviolable" "En ningún caso existirá pena de muerte".

18 La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 dice en su artículo 2.2 "Todos tienen derecho a la vida y a la

integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser limitados en virtud de una ley”.

Otras Constituciones no invocan expresamente el derecho a la vida, pero sí, en cambio, se refieren a la cuestión de la pena de muerte. Es el caso de Italia, que en el artículo 27 de la Constitución de 1949 dice: “No se admite la pena de muerte más que en los casos previstos por las leyes militares en guerra”.

19. Estas tres constituciones nacidas después de la última guerra, dos de éstas en los últimos años, se refieren al derecho a la vida en sentido estricto, pero por las razones que ya hemos expuesto suponen e implican necesariamente, por la temática que desarrollan y por el amplio reconocimiento de todos los demás derechos que resultan jurídicamente de la existencia de la vida, el reconocimiento del derecho a vivir.

Muchos otros ejemplos podrían decirse. Pero no es necesario para tener una idea de cómo el Derecho Constitucional, en sus diversas variantes, encara la cuestión.

20. Ya en la regulación normativa del derecho a la vida, en su formulación tradicional, e incluso antes del reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, puede decirse que estaba implícitamente reconocido el derecho a vivir, porque el derecho a la vida no es únicamente el reconocimiento del derecho a que no se suprima o elimine esa vida, sino también a que esa vida sea material y espiritualmente posible, sea una expresión de la dignidad humana y a que, mientras la persona viva, se le reconozcan todos los derechos de los cuales es titular.

Por lo demás hay que señalar, reiterando algo que ya hemos dicho, que incluso en los textos constitucionales en los que no se dice nada de manera expresa sobre el derecho a la vida, pero en los que existe una Declaración de Derechos, este derecho está necesariamente referido, porque todos los derechos suponen la existencia de una persona, es decir, de un ser humano vivo como titular de ellos.

Asimismo, y aunque la expresión “derecho a vivir” no está utilizada generalmente en las constituciones, es evidente que el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial a partir del proceso constitucional posterior a 1917, significó atribuir a la persona un conjunto de derechos dirigidos al objetivo de asegurar que la vida no sea, únicamente una manifestación biológica del ser durante un periodo de tiempo, sino también, y necesariamente, el goce de bie-

nes económicos, de prestaciones sociales, de servicios culturales y el pleno ejercicio de todos los demás Derechos Humanos, de manera que esa persona pueda vivir, dentro de los términos relativos que se dan necesariamente en toda existencia humana que se cumpla históricamente en un marco social, de forma digna e integral

VI

21 Si a esta conclusión se puede llegar considerando el problema en el Derecho Constitucional, al mismo resultado se puede arribar estudiando los textos internacionales relativos a la promoción y protección de los Derechos Humanos.

22 El antecedente quizá más antiguo de reconocimiento del "igual derecho a la vida" de "todos los individuos" (artículo 6) es la Declaración aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Nueva York (1929).

23 La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el "derecho a la vida" (artículo 3), que el artículo 6.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos garantiza en los siguientes términos "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

Los párrafos 2, 4, 5 y 6 se refieren a la pena de muerte, que se limita y considera en sus posibilidades, sin que se le proscriba, y el párrafo 3, al delito de genocidio. Otros instrumentos internacionales convencionales de las Naciones Unidas tienen como objeto la defensa y protección de la vida humana, como es el caso de la Convención para la represión y prevención del genocidio, calificado como un crimen internacional

24 El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales dispone en su artículo 2

1 El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. La muerte no puede ser infligida intencionalmente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un tribunal en el caso en que el delito esté castigado con esta pena por la ley.

2 La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario.

a) Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;

b) Para efectuar una detención ilegal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente,

c) Para reprimir, de conformidad con la ley, una revuelta o una insurrección

25 El artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"

26 El artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Los párrafos 2, 3, 4, 5 y 6 se refieren a la posibilidad de la pena de muerte que, sin ser prohibida, es regulada con un criterio limitativo.

27. El artículo 4 de la Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos dispone "La persona humana es inviolable. Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser arbitrariamente privado de este derecho"

28 Aunque en todos estos textos se habla de derecho a la vida y de derecho al respeto de su vida, y no se encuentra una referencia expresa y actual al derecho a vivir, no puede haber duda de que este derecho —en el sentido que ya antes hemos desarrollado— está implícito en una hermenéutica general y sistemática de todos estos instrumentos internacionales que se refieren y garantizan todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) de todos los seres humanos, sin discriminación de especie alguna, derechos que suponen necesariamente la existencia de la vida, que sólo existe plenamente, con el contenido de dignidad que le es consustancial, si se realiza en un vivir pleno que supone que todos los derechos que el hombre posee pueden coexistir en la plenitud del ser.

29 Esta conclusión es aún más clara si se examinan las normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales. Tanto la Declaración Universal, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como los principios y normas relativos al derecho a la alimentación y el derecho a la salud, la Carta Social Europea, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Carta Americana de Garantías Sociales, el Pacto de San José y la Carta Africana, al promover, proteger y garantizar internacionalmente los derechos que, junto a todos los otros, dan contenido y sentido a

la vida humana, pueden considerarse el fundamento de la regulación normativa, para la comunidad internacional, del derecho a vivir.

30 Puede, pues, concluirse con la reiteración de los criterios que expresamos al comenzar el desarrollo del tema y que podrían resumirse diciendo que el derecho a la vida y el derecho a vivir son dos expresiones que implican conceptos necesariamente imbricados y dialécticamente relacionados y que hoy no pueden comprenderse plenamente sin su referencia recíproca. El derecho a la vida en su acepción integral es la manifestación del derecho a vivir y el derecho a vivir existe y se realiza como consecuencia del reconocimiento y el respeto del derecho a la vida.

VII

31 El derecho a vivir, presupuesto, soporte, fundamento y razón de todos los demás Derechos Humanos, implica y apareja, como consecuencia necesaria, el reconocimiento del derecho a la protección de la salud.

32 Este derecho, declarado en múltiples textos del moderno Derecho Constitucional, está implícito en el artículo 44 de la Constitución uruguaya. Si el Estado está obligado a legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud, para promover el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país, es porque se reconoce el derecho a esa salud, derecho que deberá ejercerse y está condicionado por lo dispuesto en la cláusula final del párrafo segundo de dicha norma. Implica el deber correlativo de cuidar la salud y de asistirse en caso de enfermedad como expresión de solidaridad y cooperación para la preservación de la salud de la comunidad. Deber, en consecuencia, frente al Estado que garantiza el ejercicio del derecho a la salud, pero deber también ante la comunidad y ante todos sus integrantes, porque la preservación y el cuidado de la salud individual es condición necesaria de la salud colectiva.

33 El derecho a la salud, o mejor dicho, a los medios para el "goce del grado máximo de salud que se puede lograr", como dice la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, está reconocido hoy en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴

¹⁴ Scalabrino Spadea, "Le Droit a la Santé Inventaire de Normes et Principes de Droit International", en *Le Médecin Face aux Droits de l'Homme*, Cedam, Padua, 1990. El párrafo

La salud, que no es solamente "la ausencia de afecciones o enfermedades", sino "un estado de bienestar físico, mental y social"¹⁵ expresión misma de la plenitud de la vida, requiere un ambiente sano. Sin este ambiente, la salud no es posible y la vida misma se ve imposibilitada de existir

VIII

34 El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado ha sido ubicado entre los llamados derechos de la tercera generación, derechos de la solidaridad, nuevos Derechos Humanos o derechos de vocación comunitaria.

35. ¿Qué son estos derechos? ¿Cuál es su naturaleza, su significación y su lugar en el Derecho de los Derechos Humanos?

No es posible hoy limitar la consideración de la materia relativa a los Derechos Humanos, tal como se presenta en el Derecho Internacional de nuestros días, a los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales y a los procedimientos y mecanismos internacionales, universales y regionales, de protección de esos derechos.

Este enfoque limitado sería parcial e incompleto. Y sería incompleto y parcial aunque incluyera, el estudio concreto y específico de los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos sociales y culturales y de los procedimientos y mecanismos internacionales de protección, el análisis de los problemas de la naturaleza e historia de los Derechos Humanos, de la existencia al respecto de una concepción común de la humanidad entera,¹⁶ de la necesaria interdependencia e indivisibilidad de todos ellos,¹⁷ de las condiciones económicas, socia-

tercero del Preambulo de la Constitución de la OMS dice "El goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política y condición economico social"

¹⁵ Constitución de la OMS, párrafo segundo del Preámbulo

¹⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, párrafo 7, Héctor Gros Espiell, "Concepción universal y diversidades políticas e ideológicas en materia de Derechos Humanos", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, p. 21, Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 311-313

¹⁷ Resolución 32/150, del 16 de diciembre de 1977, de la Asamblea General de las Naciones Unidas

les, culturales y políticas requeridas para su vigencia efectiva y existencia real,¹⁸ y de su relación con el *ius cogens*¹⁹

En realidad, el número y el contenido de los Derechos Humanos varía y cambia con el proceso de desarrollo de la Humanidad. La cuestión de los Derechos Humanos es una materia abierta, en constante evolución, que se alimenta de las siempre cambiantes necesidades humanas y de la necesidad de satisfacerlas adecuadamente. La idea de los Derechos Humanos —que son expresión de la dignidad eminente de todo hombre, sin que sea posible aceptar discriminación de especie alguna a su respecto— se revalora, se enriquece y se diversifica día a día.

36. Por eso es necesario complementar e integrar el estudio tradicional de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales con los que aquí denominamos derechos de vocación comunitaria

¿Qué significa esta expresión para individualizar, entre otros, a derechos como el derecho al desarrollo, el derecho a la libre determinación, el derecho a la paz y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado?

La razón del calificativo se encuentra en que estos derechos, aunque son también Derechos Humanos, tienen asimismo como titulares a otros sujetos colectivos y se proyectan, en consecuencia, de una manera determinante, en cuanto a la protección y defensa de intereses comunitarios globalmente considerados. Estos derechos, de tal modo, sin perjuicio de ser Derechos Humanos y condiciones y presupuestos para la posibilidad de existencia y ejercicio de todos los Derechos Humanos, son, además, derechos de los pueblos, en cuanto los pueblos puedan conceptuarse hoy día como uno de los sujetos de Derecho Internacional²⁰

¹⁸ Héctor Gros Espiell, "La Eficacia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 3, 1985

¹⁹ *Idem*, "Self Determination and *Ius Cogens*", en *Fundamental Rights*, Edited by Antonio Cassese, Sijthoff, Leyden, 1979, Héctor Gros Espiell, "No discriminación y libre determinación como normas imperativas de Derecho Internacional", en *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 6, Madrid, 1980

²⁰ Eloy Ruiloba, "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional, el concepto de pueblo", en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Maja de la Muela*, Madrid, 1979, vol. 1, José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1986

37 Este tipo de derechos ha recibido, desde el momento en que comenzó a hablarse de ellos en la década de los sesenta, diversas denominaciones, ninguna de las cuales logró una aceptación unánime como para quedar definitivamente incorporada a la terminología del Derecho Internacional

38 Se les ha llamado así, por ejemplo, derechos de la tercera generación²¹ para distinguirlos de los de la primera (los civiles y políticos) y los de la segunda (los económicos, sociales y culturales)

Esta denominación no sería errónea si su empleo estuviera dirigido a señalar tan sólo que estos derechos aparecen cronológicamente con posterioridad a la configuración internacional del reconocimiento y protección de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales. En cambio, no puede aceptarse esta terminología si de ella se desprende, como resultado del uso del concepto de generación, que los derechos de la tercera han sustituido o suplantado a los de la segunda o primera —en cuanto una generación sigue a otra anterior que decae, para luego desaparecer a su vez—, o que los derechos de las distintas generaciones tienen diferentes niveles jerárquicos.

Al respecto he dicho hace años estas palabras, que hoy sigo conceptualizando correctas

Es necesario afirmar que no debe confundirse un intento de clasificación de los Derechos Humanos con un criterio favorable a una categorización jerarquizada de ellos o a la aceptación de que poseen, en lo esencial, una naturaleza diferente. Todos los derechos del hombre tienen, por razones ontológicas y materiales, una naturaleza igual, aunque puedan tener caracteres diferentes y distintos sistemas de protección. No es admisible ninguna jerarquización entre ellos ni puede admitirse el reconocimiento de que es lícita la violación y el desconocimiento de una categoría de derechos sobre la base de que es preciso dar preeminencia a otra u otras categorías. Todos los Derechos Humanos, cualquiera que sea el tipo a que pertenecen, se interrelacionan necesariamente entre sí, y son indivisibles e interdependientes, como con razón lo afirmó la Resolución 32/130 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²¹ Digno Uribe Vargas, *La Troisième Generation des Droits de l'Homme et la Pax*, París, 1985, Karel Vasak, "La larga lucha por los Derechos Humanos", en *El Correo de la UNESCO*, noviembre 1977, UNESCO, *Colloque sur les Nouveaux Droits de l'Homme*, México, agosto, 1980, doc SS/Conf, 860/4, Karel Vasak, "Le Droit International des Droits de l'Homme", *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, *Generation des Droits de l'Homme, Études et Essais en l'Honneur de Jean Pictet*, Ginebra-La Haya, 1984.

Es preciso comprender que indicar la posibilidad de la existencia de una tercera generación de Derechos Humanos no implica, en modo alguno, desconocer y olvidar la necesidad de continuar inflexiblemente, sin pereza y sin decaimiento, en la lucha por el reconocimiento y la vigencia real de los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales.²²

39 Se les ha denominado también "derechos de la solidaridad"²³ Tampoco esta terminología es incorrecta en sí misma, aunque sería inaceptable si se adoptara con la significación de que la solidaridad es un elemento constitutivo únicamente de estos derechos —que no se da ni se requiere—, en los civiles y políticos ni en los económicos, sociales y culturales. Hay que comprender que, como lo señalé en un trabajo anterior:

la solidaridad social es un elemento necesario e integrante de cualquier sistema dirigido a hacer posible la vigencia de todos los Derechos Humanos La totalidad de los derechos del hombre son derechos del ser humano viviendo en sociedad, y todos ellos requieren para su existencia real un medio social y político solidario, un orden en el que se equilibren derechos y deberes entrelazados, y sustentados por y en la solidaridad social. Pero esto es así, sin perjuicio de que se reconozca como cierto que algunos derechos, como los llamados de "la tercera generación" pueden requerir, para su existencia de este elemento de solidaridad con un grado de mayor intensidad que otros Derechos Humanos.²⁴

40 Se les ha calificado, asimismo, como "nuevos Derechos Humanos".²⁵ Al igual que en los casos anteriores, la denominación no es incorrecta, dado que son derechos que han surgido y han comenzado a ser regulados jurídicamente, atrayendo la atención de la doctrina, con posterioridad a los otros Pero individualizarlos sólo con el calificativo

²² Hector Gros Espiell, "El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad", en *Estudios de Derechos Humanos*, op. cit., p. 143

²³ Informe de Peter O'Brien, Relator de la Réunion d'Experts sur les Droits de l'Homme, *Les Besoins Humaines et l'Instauration d'un Nouvel Ordre Économique I*, UNESCO, Paris, 1979, doc. SS-78/Conf. 630, Daniel Zovatto, "Contenido de los Derechos Humanos. Tipología", en *Educación y Derechos Humanos*, IIDH-Libro Libre, San José, 1986, y el Anteproyecto del Pacto sobre Derechos de la Solidaridad, presentado a la Conferencia Armand Hammer (Hyde Park, 1979)

²⁴ Héctor Gros Espiell, op. cit., p. 144

²⁵ Jorge Carpizo, "Los Nuevos Derechos Humanos", en *Le Monde Diplomatique*, edición en español, México, mayo, 1985 Esta terminología la emplean otros muchos autores

de "nuevos", tiene el defecto de que no se les denomina con un nombre que indique o sugiera su naturaleza y contenido

41. Llamar a estos derechos "derechos de vocación comunitaria" no significa repudiar los tres nombres antes recordados, en el entendido y con las precisiones que hemos hecho. Pero el calificativo que utilizamos aquí tiene la ventaja de eliminar las críticas que podrían aparejar las otras denominaciones, destacando de manera especial su naturaleza, sus elementos constitutivos y su carácter comunitario, y con ello el elemento internacional indispensable para su existencia y configuración. No pueden existir, en efecto, ni el derecho al desarrollo,²⁶ ni el derecho a la libre determinación,²⁷ ni el derecho a la paz,²⁸ ni el derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado,²⁹ ni el de-

²⁶ Héctor Gros Espiell, "El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana", en *Estudios de Derechos Humanos*, op. cit., p. 167, Keba, M. Baye, "Le Droit au Développement comme un Droit de l'Homme", en *Revue des Droits de l'Homme*, Paris, vol. V, núm. 23, Juan Antonio Carrillo Salcedo, "El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana" en *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XXV, 1972, Nations Unies, *Les Dimensions Internationales des Droits au Développement Comme un Droit de l'Homme*, E/CN.4/1334, 1978, Jean Rivero, *Sur le Droit au Développement comme un Droit de l'Homme*, UNESCO, doc. 55-78/Conf. 630, supp. 2, *Emergence du Droit au Développement comme un Droit de l'Homme*, UNESCO doc. 55-78/Conf. 630/8, Luis Díaz Müller, "El Derecho al Desarrollo y los Derechos Humanos", en *Revista IIDH*, San José, núm. 4, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio/diciembre, 1986, Juan Alvarez Vita, *Derecho al Desarrollo*, Lima, 1988, F. V. García Amador, *El Derecho Internacional del Desarrollo*, Madrid 1987, Héctor Gros Espiell, "Développement et Droit du Développement", en Albert Tevoedje, *Compagnons d'aventure*, Paris 1988.

²⁷ Héctor Gros Espiell, *El Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos. Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas*, Naciones Unidas, New York 1979, *Idem*, "El Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos y los Derechos Humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, núm. 3, 1985.

²⁸ *Idem*, "El Derecho a la Paz como un Derecho Humano", en *Revista IIDH*, San José, núm. 3 enero/junio 1986, A. Tichonov, *Le Droit a la Paix*, UNESCO, 1978, Reunión de Expertos, op. cit., A. Lopatka "El derecho a la Paz", *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Balance y Perspectivas*, UNAM, México, 1980, Philip Alston, *Le Droit a la Paix* UNESCO, SS/80/Conf. 806/7, 1980, Jorge Reinaldo Vanossi, "Hacia un Derecho Constitucional de la Paz", *La Ley* Buenos Aires, 15 de mayo de 1987.

²⁹ Alexandre Kiss, "Les Protocoles Additionnels aux Conventions de Genève de 1977 et la Protection de Biens de l'Environnement", *Études et Essais en l'Honneur de Jean Pictet*, CICR, Ginebra, La Haya, 1984.

recho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad,³⁰ en el marco exclusivamente interno del Estado. Requieren necesariamente un ámbito metaestatal: el de la comunidad internacional. Los otros derechos, los de las dos primeras generaciones, pueden tipificarse en el interior de cada Estado, sin perjuicio, naturalmente, de que su promoción y protección interesen internacionalmente, de que puedan existir sistemas internacionales dirigidos a hacer efectiva esa protección internacional y de que, en mayor o menor grado, su desarrollo y eficacia requiera de la cooperación y la solidaridad internacionales.

42. Estos nuevos derechos, estos derechos de la tercera generación, estos derechos de la solidaridad, en cambio, a diferencia de los otros, sólo pueden existir en función de la comunidad, "sólo pueden adquirir existencia real mediante los esfuerzos conjuntos de todos los componentes de la sociedad".³¹ Su esencia es la consecuencia del hecho de que si no existiera esta comunidad internacional organizada hoy jurídicamente, e integrada por Estados, pero no únicamente por Estados,³² estos derechos no podrían haber nacido en su conceptualización jurídica y no podrían haberse desarrollado.

43. Años atrás, cuando la denominación de "derechos de vocación comunitaria" no había sido consagrada aún para calificar a los derechos a que nos estamos refiriendo, escribí algo en que se encuentra el germen de este nuevo enfoque. Creo que es útil, ahora, recordar lo que entonces expresé.

Se ha dicho, como ya vimos, que mientras los derechos civiles y políticos suponen en lo esencial un deber de abstención del Estado, los económicos, sociales y culturales implican un hacer estatal que brinde los servicios, las prestaciones y los medios necesarios para que puedan existir.

Los de la tercera generación combinan ambos elementos, ya que requieren un no hacer de la autoridad a efectos de no inhibir su libre ejercicio, pero necesitan también un hacer estatal (políticas de desarrollo, de paz, de defensa del ambiente, etcétera). Pero exigen también una acción de la comunidad internacional, ya que no puede haber desarrollo, ni protección del medio ambiente, ni paz, ni reconocimiento del "patrimonio co-

³⁰ Héctor Gros Espiell "El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad", en *Estudios de Derechos Humanos*, IIDH, Editorial Jurídica Venezolana, *op. cit.*, p. 137

³¹ UNESCO, Reunión de Expertos, 1979, *op. cit.*, doc. SS-78/Conf 630

³² Hector Gros Espiell, "La Idea de Comunidad Internacional", en *Estudios en Honor a Antonio Truyol y Serra*, Madrid, 1986

mún de la humanidad", ni consiguientemente vigencia efectiva de estos derechos de la tercera generación, sin una acción internacional correlativa. Este necesario intencionalismo de los derechos de la tercera generación —problema distinto de la cuestión de la protección internacional de los Derechos Humanos encarada hasta hoy con referencia a las primeras dos categorías de derechos— es un aspecto prácticamente inédito del análisis de los llamados "derechos de la solidaridad" Planteamos el problema, dejándolo abierto a necesarios estudios y análisis futuros ³³

44 Estos derechos son, al mismo tiempo, individuales y colectivos. Es decir, que ser titular puede ser, simultáneamente, la persona humana y una entidad colectiva.

Hace años se afirmaba la imposibilidad jurídica de que un derecho pudiera ser al mismo tiempo individual y colectivo. Hoy esa obsoleta posición está totalmente superada ³⁴

45 Estos derechos pueden considerarse jurídicamente en estado naciente:

Ello hace que su regulación jurídica sea casi embrionaria e imperfecta y que en el campo internacional, aunque ya se ha hecho mención de ellos en algunos instrumentos internacionales y en ciertas resoluciones de organismos internacionales, no están reglamentados en la forma en que lo están los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales ³⁵

Esta regulación deriva de algunas normas internacionales convencionales ³⁶ y de las numerosas resoluciones de diferentes órganos de las Naciones Unidas, especialmente de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos, ³⁷ que han ido creando el Derecho

³³ *Idem*, 'El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad', *op cit*, pp 144-145

³⁴ *Idem*, 'Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional', en *Estudios de Derechos Humanos, op cit*, p 14. Jean Rivero, *Sur le Droit du Développement* UNESCO, doc 55 78, Conf 630/2, Wild D Verwey, *The Right to Development as a Collective and a Individual Right*, G/50, 216/3 (32), HR/Genève, 1980/1983, párrafos 3-16

³⁵ Hector Gros Espiell, 'Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional', *op cit* p 14

³⁶ Carta de las Naciones Unidas, artículos 1, 2 y 55 Pactos Internacionales de Derechos Humanos, artículo 1, de ambos Pactos, Carta Africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos, artículos 20, 22 y 23

³⁷ Entre otras muchas, Derecho al Desarrollo Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Asamblea General, Resolución A/41/128, 4 de diciembre de 1986, Comisión de

Internacional en la materia. Aunque puede decirse que el reconocimiento y determinación conceptual de éstos deriva de la Carta de las Naciones Unidas y es la consecuencia de una interpretación global y sistemática de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos, no hay duda de que no existe respecto de ellos un régimen internacional de base convencional, preciso y concreto, que enumere y defina los derechos protegidos, determine las obligaciones internacionales de los Estados a su respeto y establezca un sistema orgánico y procesal para su protección internacional.

46 Pero el proceso está abierto y no es aventurado pensar que en el mañana pueda llegarse, si es necesario, a la adopción de tratados, convenciones o protocolos que superando la etapa declarativa basada esencialmente, aunque no de manera exclusiva, en resoluciones de organismos internacionales en lo referente a estos derechos y a su protección y defensa internacional.

El carácter embrionario, incompleto y parcial que tiene la regulación normativa de estos derechos hace que la determinación de su estatuto, los caracteres de la relación jurídica que de ellos deriva y la naturaleza de las obligaciones que resultan de estos derechos, no estén aún plenamente determinados en el Derecho Internacional actual³⁸. Es esta una cuestión abierta al futuro, cuyo progreso y desarrollo está determinado por el proceso hacia la instauración de un nuevo orden internacional³⁹. Pero, de todos modos, lo que no puede negarse, incluso hoy, es el carácter jurídico de estos derechos y la aplicación a ellos del principio de la necesaria interdependencia e indivisibilidad entre todos los Derechos Humanos.

Derechos Humanos, Resolución 4, (XXXIII) y Resolución 1987/23, Derecho a la Libre Determinación Resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV), Derecho a la Paz Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para vivir en Paz, Resolución 33/73 del 15 de diciembre de 1978, Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, Resolución 39/11 del 12 de noviembre de 1984 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

³⁸ Héctor Gros Espiell, "El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana", *op. cit.*, p. 187

³⁹ Mohammed Bedjaoui, *Hacia un Nuevo Orden Económico Internacional*, UNESCO, Salamanca, 1979

IX

47 Hoy es imposible reflexionar sobre estos derechos, sin señalar expresa y separadamente la existencia del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.⁴⁰

Ya hemos indicado, en el capítulo III, la relación necesaria y entrañable entre el derecho a vivir y el derecho al medio ambiente.

48 Pero es también preciso destacar la relación entre este derecho al medio ambiente, con el derecho a la paz y con el derecho al desarrollo.

49. La paz, como se precisó en el capítulo II, es condición necesaria pero no suficiente de la existencia de un medio ambiente adecuado y para que el derecho correspondiente pueda ser una realidad.

50. El derecho al medio ambiente se relaciona también con el derecho al desarrollo. El derecho al desarrollo no puede significar el derecho a destruir el sistema ecológico en aras del progreso material. Pero la defensa del medio ambiente no puede, a su vez, traducirse en el impedimento en especial para los países en desarrollo, de luchar racionalmente por su desenvolvimiento integral. La destrucción del equilibrio ecológico, consecuencia en lo esencial de las políticas de crecimiento indiscriminado e incontrolado de los países industriales desarrollados, obliga a reconocer la responsabilidad que esto implica y a no negar la posibilidad de un desarrollo racional equilibrado, controlado y humano —lo que hoy se llama un desarrollo ambientalmente sustentable— a los países y a los pueblos en desarrollo.

X

51 El derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado ha de ser garantizado, desde el punto de vista jurídico, por el Derecho Ambiental, tanto Interno e Internacional, fundado en iguales principios.⁴¹

⁴⁰ Párrafos 34 y 41 del capítulo VIII, Victoria Chipeto, "Human Rights and the Environment", *Les Droits de l'Homme, 1948-1988*, UNESCO, 8-9-10 diciembre, 1988, UNESCO, Réunion Internationale d'Experts sur l'Approfondissement de la réflexion sur le Concept de Droits des Peuples, Paris, 27-30 novembre 1989, Rapport Final, SHS-89/Conf 602/7, p. 9, párrafo 27, b

⁴¹ Jacqueline Morand-Devillier, *Le Droit de L'Environnement*, PVF, Paris, 1987, Edgardo Barreda, *El medio Humano y el Derecho Internacional*, Guatemala, 1976, Alexandre Kiss,

52 Este Derecho impone un pensamiento totalizante, que considere a la Tierra como un ecosistema único y que razone necesariamente en términos globales.⁴²

53 Todo Derecho se establece para regir no sólo en el momento de su creación, sino también para ser aplicado en el futuro, mientras se mantenga su vigencia

Pero el Derecho Ambiental posee hoy la característica individualizante de que, más que ningún otro, está fundado en la necesidad de su plena, inmediata y eficaz aplicación, como condición indispensable de que, en el mañana, pueda haber vida humana, es decir Derecho.

La existencia de normas adecuadas y operantes de Derecho Ambiental constituye así el presupuesto para que las futuras generaciones humanas puedan existir y ser una segura realidad vital en el proceso del devenir histórico

54. El Derecho al Medio Ambiente, especialmente el Derecho Internacional del Medio Ambiente como ya se ha dicho en los párrafos finales del capítulo VII, un Derecho en formación, en surgimiento. Con respecto a él puede expresarse lo que en otra ocasión recordamos. El jurista no sólo ha de comprobar, exponer y contribuir a aplicar el Derecho establecido. En los periodos en que el Derecho se forma, es indispensable que analice la situación de hecho existente y las posibilidades y exigencias de su regulación normativa, para impulsar y generar el proceso de creación de un nuevo Derecho. El verdadero jurista no puede ser sólo un esclavo del Derecho vigente, es también un creador del nuevo Derecho que vislumbra las necesidades de hoy y del mañana y

"Le Droit de l'Environnement", en *Per un Tribunale Internazionale dell'Ambiente*, Guiffrè, 1990, Michel Prieur, "Le Droit International de l'Environnement est-il un droit nouveau?" en *Per un Tribunale*, op. cit., P. Lunel, P. Braun, P. Flandin et P. Tixier, "Pour une histoire du Droit de l'Environnement", en *Revue Juridique de l'Environnement*, Strasbourg, 1986, 1, el excelente informe presentado a la International Law Association (58 Conference), Manila (1978), sobre "Legal Aspect of the Conservation of the Environment" por el Comité presidido por el profesor R. St. J. Macdonal, del que fue redactor el profesor H. F. Kütz, constituye un agudo análisis del tema del derecho ambiental, que incluye una exhaustiva bibliografía (Report of the Fifty Eight Conference, 1978, pp. 383-422), el artículo de Lothar Gundling, "Environment and international Law", La Haya, 1975, y los libros L. A. Teclaff and A. E. Utton (eds.), *International Environmental Law* (1974), J. Schneider, *World Public Order and the Environment: Towards and International Ecological Law and Organization* (1979), A. L. Springer, *The International Law of Pollution*

⁴² Enrico Alleva, "Scienze Biologiche e Diritti dell'Umanità" en *Il Diritto Humano a 40 Anni della Dichiarazione Universale*, Cedam, Padua, 1987

el papel que el Derecho ha de jugar para encararlas y contribuir a regularlas, con espíritu de justicia y de audaz creatividad.

56. Este Derecho está llamado a producir, por su carácter mismo y por el momento angustioso en que se ha de concebir, elaborar y aplicar, un efecto y una transformación enorme sobre todos los capítulos del derecho positivo, tan importante o mayor que la que se produjo en las últimas décadas, en especial como consecuencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ⁴³

XI

57 La cuestión ambiental concierne globalmente a la Humanidad entera. Es por eso que se ha acuñado a su respecto la expresión *common concern of mankind* usada ya en la Resolución 43/53 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1988, y que podría traducirse por "interés común de la Humanidad". Esta expresión, que ha sido analizada en todos sus sentidos y proyecciones por el Grupo de Expertos reunido en Malta del 13 al 15 de diciembre de 1990, y del que fue redactor el profesor Antonio Cançado Trindade, es distinta en su significado a la fórmula "patrimonio común de la Humanidad" nacida y referida a casos concretos diferentes y está unida, en cuanto al concepto que expresa, a las nociones de obligaciones *erga omnes* y *ius cogens*. Enfatiza, asimismo, la necesidad de un adecuado balance "entre los derechos soberanos de los Estados con los intereses de la comunidad internacional con respecto a la protección ambiental" (Principio 21 de la Declaración de Estocolmo).

58. En un reciente trabajo se recordaba, con razón, que "la crisis ecológica es, en principio, un problema moral. Es la imagen misma de la falta de respeto a la vida, como se puede apreciar en muchos comportamientos contaminantes" ⁴⁴

Este determinante humano, moral y espiritual de la cuestión ecológica no puede olvidarse nunca. Con verdad, Juan Pablo II decía recientemente:

⁴³ Héctor Gros Espiell, "El Derecho Internacional y los Derechos Humanos", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 24-43

⁴⁴ Inés Rodríguez, "La cuestión ecológica, una responsabilidad de todos", en *Revista Diplomática*, Montevideo num. 9, 1990

El problema ecológico ya ha cobrado unas dimensiones que obligan a reflexionar con atención y a comprometerse activamente, no sólo en el plano de la ciencia, sino también en el de las decisiones políticas. En la raíz de este dramático problema se halla en muchas ocasiones *una concepción del mundo y de la persona humana inspirada en un profundo egoísmo*. No se podrá recuperar el equilibrio ambiental si no es volviendo al *genuino concepto de dominio del hombre sobre el ambiente*. Como recordé en la primera encíclica de mi pontificado, el sentido esencial de esta realeza y de este dominio del hombre sobre el mundo visible, asignado a él como cometido por el mismo Creador, consiste en la prioridad de la ética sobre la técnica, en el primado de la persona sobre las cosas, en la superioridad del espíritu sobre la materia (*Redemptor Hominis* 16).

El problema ecológico, por tanto, *se refiere al mismo tiempo a la naturaleza y al hombre*, y no se podrá alcanzar una adecuada defensa del ambiente sin promover al mismo tiempo una acertada ecología del espíritu. Sólo con esta perspectiva más amplia lo que se programa para el restablecimiento del equilibrio ambiental al servicio de la vida humana podrá alcanzar plenamente los objetivos deseados. Por consiguiente, será importante que los congresos y las asambleas científicas se muevan a la luz de la convicción motivada de que el progreso tecnológico o *se orienta al progreso de la civilización*, es decir, de una vida a la medida de la persona humana y de su dignidad, o *puede volverse, como ya sucede, contra el hombre*.⁴⁵

59 El Derecho Internacional ha dejado, progresivamente, de ser un Derecho destinado a regular de manera exclusiva las relaciones entre los Estados para transformarse en un Derecho dirigido también a aplicarse en el interior de los Estados para garantizar los derechos de la persona humana.

Por eso, aunque no es necesario adoptar otra denominación, si se le da a la expresión Derecho Internacional un nuevo y renovado contenido, han surgido en los últimos años iniciativas para darle un nombre más acorde con su naturaleza o sustancia actual, por ejemplo, Derecho Transnacional.⁴⁶

60. Ahora la cuestión ambiental plantea, con renovada fuerza e intensidad, el imperativo de este carácter global y omnicomprensivo del Derecho Internacional, lo que debe tener también como objetivo regu-

⁴⁵ Discurso en el Congreso organizado por la Asociación Omnia Homini, en *L'Osservatore Romano*, edición española, 23 de septiembre de 1990, p. 2

⁴⁶ Philip C. Jessup, *A Modern Law of Nations*, Anchor Books, Nueva York, 1968. Por ejemplo, la designación con el nombre de Derecho Transnacional

lar conductas de los individuos y no sólo de los Estados y de los organismos internacionales.⁴⁷

Readquiere así el carácter original del Derecho de Gentes, en el sentido vitoriano, como el Derecho destinado a regular la vida de la comunidad internacional en su conjunto, vislumbrado conceptualmente por Francisco de Vitoria, que está en el fundamento y en el fin del *Ius Gentium*.⁴⁸

⁴⁷ Con razón ha dicho René Jean Dupuy "De ce fait, la fonction du droit international se diversifie alors que, dans le système classique, il apparaissait surtout comme un droit de procédure, propre à faciliter les relations entre États, il es aussi aujourd'hui un droit réglementaire, définissant le comportement attendu des gouvernements pour assurer la protection de l'environnement comme tout, aussi bien, pour prévenir la diffusion des épidémies" (*Leçon Inaugurale au College de France. Chaire de Droit International, vendredi, 22 février 1980*, p. 13).

⁴⁸ Héctor Gros Espiell, "En el IV Centenario de Hugo Grocio El nacimiento del Derecho de Gentes y la idea de la Comunidad Internacional", en *Estudios en honor de Antonio Truyol y Serra*, op. cit., Madrid, 1986, Héctor Gros Espiell, "Vitoria y América", en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1984, I, p. 35

EL OMBUDSMAN EN AMÉRICA LATINA. ESTABLECIMIENTO DE ALGUNAS LÍNEAS BÁSICAS PARA UNA LEGISLACIÓN UNIFORME*

I

1. Aunque la institución del *Ombudsman* no es de reciente establecimiento, ya que la primera ley sobre la materia y su más lejano precedente directo se remonta a 1809, no puede discutirse que su infusión y adopción, con este u otro nombre, en países de muy diversos grados de cultura, tradición jurídica y ubicación geográfica, es reciente. Por eso puede decirse que es un tema novedosamente actual. Cada día se comprende mejor que su establecimiento responde excepcionalmente bien a muchas de las circunstancias que caracterizan hoy las consecuencias del creciente desbordamiento de la actividad administrativa, de la crisis de los sistemas tradicionales de control jurisdiccional y de la necesidad de una mejor, más simple, menos formal, más rápida y más eficaz defensa de los derechos de los individuos frente al poder público.¹

Sin embargo, si pasamos lista a los sistemas jurídicos que han recogido la institución del *Ombudsman*, con este nombre u otro, y entre

* Ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del *Ombudsman* (Buenos Aires, noviembre de 1985), publicado posteriormente en la *Revista Uruguaya del Derecho Procesal*.

¹ Aunque no es el objeto de este documento presentar un panorama de la legislación y de la doctrina actual sobre el *Ombudsman*, es útil recordar que en el libro de Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El Control Parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, 2a edición, Madrid, 1981, se encuentra una completísima bibliografía (pp 433-455). Incluso se han publicado libros dedicados exclusivamente a la bibliografía sobre el tema. Por ejemplo Kenyon y Carleton, *The Ombudsman A Bibliography*, Sacramento, California. A estos trabajos es conveniente agregar los estudios e informes presentados en la Mesa Redonda de Madrid organizada por el Consejo de Europa con los *Ombudsman* europeos (5-6 de junio de 1985) y los estudios monográficos y textos incluidos en el libro "Notas sobre la 3a. Conferencia Internacional de Ombudsman, (Estocolmo) y el Sumario Internacional del Ombudsman (Helsinki), Madrid, 1984

ellos podemos citar a: Suecia, Finlandia, Noruega, Dinamarca, Israel, Australia, Nueva Zelanda, Portugal, República Federal de Alemania, Inglaterra, Francia, Italia, Japón, España, y a algunos casos provinciales, estatales o municipales en Estados Unidos, Canadá y Suiza, vemos que casi todos ellos —con las excepciones a que luego nos referiremos, especialmente en Latinoamérica— son ejemplos que se dan en países del mundo desarrollado, que aceptan, además, una particular concepción política y económica.²

En primer término, la inexistencia en la lista de países comunistas es el resultado de las particularidades de su sistema institucional y político en los que se refiere a la defensa y garantía de la "legalidad socialista", atribuida en lo esencial, aunque no de manera exclusiva, en muchos de ellos, a un órgano esencialmente distinto del *Ombudsman*, la *Prokuratúra*.

En segundo término, el hecho de que pocos países del Tercer Mundo han adoptado al *Ombudsman*, es resultado de una situación distinta que debe hacernos meditar, pero que no significa la no recepción de la idea de la posibilidad de su existencia, la imposibilidad, *a priori*, de su adopción futura. Creo que en muchos casos este fenómeno de la inexistencia de la figura del *Ombudsman*, en la mayoría de los países del Tercer Mundo, puede ser la consecuencia de que la institución fue originariamente ajena a la tradición jurídica de los sistemas en que se basó la organización constitucional de los países en desarrollo. Pero, además, puede haber sido también el resultado del error, predominante en los años sesenta, pero actualmente ya superado, de creer que una política de desarrollo económico y social es incompatible con un sistema estricto de contralor jurídico de la administración y con un régimen muy riguroso de protección y garantía de los Derechos Humanos. Hoy, por el contrario, se estima que el verdadero desarrollo sólo es posible si se realiza aceptando los contralores jurídicos y si se armoniza con la protección esencial de la libertad del hombre.

De tal modo la concepción generalmente aceptada en nuestros días, que ve el desarrollo económico y social de los países jóvenes como un

² Es interesante, a este respecto, comprobar que el "Apéndice legislativo" del libro de Gil, Robles, no contiene ningún ejemplo constitucional, legislativo o administrativo latinoamericano. V. Fairén Guillén, "El *Ombudsman* y sus posibilidades en España y países iberoamericanos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1979, p. 11, D. Barrios de Angelis, "Estudio genético-funcional del *Ombudsman*", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1980, p. 209.

proceso que debe cumplirse dentro del Derecho, de la Justicia y de la Libertad y la existencia de nuevos modelos asimilables, en función de la tradición histórica de los sistemas jurídicos de muchos de estos Estados del Tercer Mundo, permite pensar en la posibilidad de que la institución del *Ombudsman* pueda llegar a ser adoptada en gran parte de los países en vías de desarrollo. El caso particular de la América Latina y las perspectivas y posibilidades de la adopción en ella del *Ombudsman* lo trataremos de manera especial más adelante.³ Sin embargo, puede adelantarse que en nuestra América la inexistencia del *Ombudsman* fue el resultado de nuestra herencia jurídica, de una tradición constitucional, influida básicamente por los modelos francés, estadounidense y español, que ignoraban esta institución y por la presencia de otras figuras más o menos análogas (Fiscal General, Procurador General, etcétera), que podían considerarse como aptas para cumplir atribuciones del tipo de las que posee el *Ombudsman*. Actualmente, sobre todo después de lo que al respecto resulta del precedente de las nuevas constituciones de España y de Portugal y de los modelos

³ Entre la doctrina latinoamericana puede recordarse Juventino Castro, "El *Ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano", en su obra *Ensayos constitucionales*, México, 1977, pp. 113 y ss.; H. Fix-Zamudio, *Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman*, Ed. del Colegio Nacional, México, 1980. *Memoria del Colegio Nacional*, tomo IV, número 2, año 1979; Carlos Restrepo Piedrahíta, "La idea del *Ombudsman* en Colombia", en *El Control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, pp. 434 y ss.; Humberto La Roche, "El *Ombudsman* en los países nórdicos y el caso de Venezuela", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, Maracaybo, núm. 10, 1976; Eduardo Soto-Kloss, "El *Ombudsman* Nórdico. Sajón: un control de confianza", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, 1970-1971, Caracas, vol. II, 1972, p. 355 y ss.; Nuria Vidal y Ortiz, *El Ombudsman y el amparo mexicano*, tesis, México, 1969; Justo José Prieto, "El Defensor del Pueblo u *Ombudsman*", *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, octubre-diciembre, 1984; Miguel Padilla, "El *Ombudsman* y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Dos Instituciones Diferentes", en *La Ley*, Buenos Aires, 1983; Miguel Padilla, *La Constitución y el Ombudsman*, Buenos Aires; Hugo Muñoz, "La Procuraduría en Derechos Humanos", en *Derecho Constitucional*, Ed. Juricentro, San José, Osvaldo Alfredo Gozaini, "Ombudsman", en *La Ley*, 1983; Enrique Rojas, "El *Ombudsman*", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Costa Rica, núm. 30, 1976; Hugo Alfonso Muñoz y Carlos Rivera, "El *Ombudsman*. Posibilidad de mencionarlo en Costa Rica", en *Revista Judicial*, Costa Rica, año III, núm. 10, 1978; E. Vescovi, "El ministerio Público por la tutela de los intereses difusos en el proceso civil", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1976, núm. 2, p. 69; A. Landoni Sosa, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1981, p. 350.

ya existentes en el Derecho francés y en el Derecho anglosajón, es posible pensar que los obstáculos iniciales de tipo histórico han dejado de existir

2 A mi juicio, todo análisis de la institución del *Ombudsman* debe comenzar por situarla dentro del conjunto de regímenes, sistemas o procedimientos destinados a asegurar el control jurídico del poder público en general y de la administración en particular. Estos sistemas o procedimientos, por diferentes vías o mediante distintas fórmulas, tienen como objetivo esencial el de hacer realidad la existencia de un Estado de Derecho en el que la seguridad jurídica sirva de fundamento a la libertad en un orden integral de justicia.

El contralor de la constitucionalidad de las leyes, que en sus variadísimas formas es un sistema que se encuentra ampliamente difundido en el Derecho Comparado y el control jurisdiccional de la administración, ya sea en sus formas judiciales, atribuido a los Tribunales del Poder Judicial o a Tribunales especiales que no integran este poder o en las fórmulas inspiradas en el modelo francés de la competencia anulatoria del Consejo de Estado, se consideran hoy elementos indispensables para la existencia real de un Estado de Derecho.

A estos sistemas orgánicos se une la existencia de procedimientos tradicionales, cuyo conocimiento es atribuido generalmente a los órganos del Poder Judicial o a Tribunales especiales, destinados a proteger y garantizar los derechos y libertades de la persona humana, especialmente los derechos llamados de la libertad. El *habeas corpus*, en su acepción restringida, como garantía específica de la libertad física, o en su concepto amplio de garantía genérica de los Derechos Humanos, el recurso de amparo y el mandado de seguridad, son ejemplos de instituciones que han prestado un gran servicio a la causa del imperio del Derecho y a la defensa de la libertad

A estos sistemas, procedimientos o recursos, se unen, en muchos casos, las competencias ejercidas por las Fiscalías o Procuradurías

3. La creación del *Ombudsman* no significa renunciar a estos sistemas ni eliminar estos recursos. Es, por el contrario, algo que debe adicionarse a todas o a algunas de estas instituciones o recursos, según los distintos sistemas jurídicos, para complementar, desde un punto de vista distinto, actual y diferente, el control de la administración y la protección del individuo. Por eso, no se trata de plantear una opción, sino de resolver un problema de armonización y coordinación en función del objetivo esencial: fortalecer y hacer más eficaz el sistema institucional para que el Estado de Derecho sea una realidad veraz y viva

II

4 En esencia el *Ombudsman* es un órgano encargado de asegurar el desarrollo correcto de la actividad administrativa y la tutela de los derechos de los administrados. Por eso, las atribuciones que se le asignan son, con preferencia, de vigilancia y de control. Pese a que muchas veces sus competencias pueden tener carácter parajurisdiccional, el órgano, generalmente, se han encuadrado dentro del Poder Legislativo. Se le ha considerado como un delegado del Parlamento, pero sin que esto afecte su amplia autonomía y su completa independencia. No es titular de poderes de orientación política. Su acción se dirige a lograr, mediante la denuncia, el planteamiento, el consejo, y la mediación, la corrección del mal uso del poder administrativo y a evitar o a reparar, en igual forma, y por los mismos procedimientos, la lesión de los derechos individuales, sin que pueda llegar a sustituir, con su acción, a la administración pública.

La verdad es que la institución se ha desarrollado con gran empuje en los últimos tiempos, como consecuencia de la ineficiencia del sistema tradicional de garantías jurisdiccionales, frente a la acción progresivamente creciente — en intensidad y en amplitud— de la administración.

5 Por lo demás, el *Ombudsman* ha tendido, en muchos sistemas políticos, a asegurar la eficiencia del control parlamentario, frente a las consecuencias negativas que resultan de la coincidencia y estrecha relación política de la mayoría del Parlamento con el Gobierno, ejercido por titulares pertenecientes al mismo partido político que controla la mayoría del Congreso. Ante este extremo, los procedimientos tradicionales de control a cargo de la oposición parlamentaria, se han visto fundamentalmente disminuidos y ha sido preciso pensar en una nueva e indirecta forma de control del Parlamento, pero a cargo de una persona absolutamente independiente de la mayoría o de las minorías. De tal modo el *Ombudsman* tiende hoy a asegurar la existencia de un control parlamentario —más allá de las contraposiciones entre intereses de la mayoría y de las minorías—, sobre el funcionamiento de la administración pública.

6. El *Ombudsman* ejerce un control no sólo sobre el aspecto objetivo de la acción administrativa. Actúa asimismo para tutelar las situaciones individuales frente a la actuación de la administración.

7 Por todo lo que antecede, se podría decir, como síntesis provisoria, que el *Ombudsman* es un órgano vinculado al Poder Legislativo,

sin atribuciones estrictas de control político, garante del correcto uso del poder administrativo, que asegura el buen proceder de la administración y la defensa de los derechos lesionados por la actividad administrativa

8. Sus poderes no son de revisión ni de anulación. Consisten en el poder que deriva de la persuasión, razonada y seria, y de la influencia respecto de la autoridad administrativa, en su competencia para adoptar iniciativas dirigidas a plantear la corrección de los actos jurídicos irregulares o lesivos, en su capacidad para mediar entre los administrados y la administración y en su atribución de dar a conocer sus críticas y sugerencias, con todo lo que esto significa, en un régimen democrático de opinión

Con relación a esto último, hay que señalar la importancia que puede tener la atribución de pedir la anulación de los actos administrativos ilegales y que tenga capacidad para demandar, ciertos supuestos muy precisos, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

9 El *Ombudsman* no integra el Parlamento, no está sometido a la instrucción de éste, es apolítico, imparcial y objetivo, tanto por el régimen de su designación, que en general obliga a un acuerdo interpartidario, como por lo relativo a la duración de su mandato y a la independencia de sus funciones. Su autonomía de acción está, en general, reforzada por la discrecionalidad de que goza en la organización de su despacho, en la elección de sus colaboradores y en la dirección y desempeño de sus actividades

10. Hay otras características del *Ombudsman* que lo transforman en una institución particularmente útil y hasta diría yo que especialmente necesaria hoy. Se trata de su aptitud para promover y proteger, frente a la administración, no sólo los derechos civiles y políticos de los individuos, sino también sus derechos económicos, sociales y culturales. Esta categoría de derechos, cada día más importante, si se quiere pasar de una democracia formal a una democracia integral, cierta y estable, constituyen verdaderos derechos, es decir; que poseen una innegable juridicidad y resultan de la misma raíz que los otros, ya que todos derivan de la esencial dignidad del ser humano. Pero estos derechos económicos, sociales y culturales, requieren para realizarse un hacer positivo del Estado, una actitud del poder que brinde los medios materiales para que, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la salud, al bienestar social, a la vivienda y a la seguridad social, se realicen efectivamente. De aquí que el control de la administración, para evitar que no cumpla o cumpla mal o cumpla discriminatoriamente con sus obligaciones para dar vida a esos derechos, es esencial en nuestros días

Esta vigilancia del hacer de la administración, no puede ser obra de los sistemas tradicionales de control jurídico, pensados en la mayoría de los casos para hacer frente a las violaciones de los derechos políticos y civiles. En esta materia, pues, el *Ombudsman* puede tener que cumplir un papel capital. Y si esto es así en todos los sistemas políticos, es obvio que es mucho más importante en los países en vías de desarrollo, en que la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales tiene una relevancia fáctica y una trascendencia política mucho mayor que en los países desarrollados, con niveles de vida altos y administraciones competentes y bien organizadas.

11. El *Ombudsman* puede tener hoy, asimismo, una tarea esencial para afirmar la seguridad jurídica, integrada con la idea de justicia. Es sabido que una maléfica doctrina, surgida, o mejor dicho, difundida en los años sesenta y setenta, especialmente en América Latina, pretendió hacer de la llamada seguridad nacional o seguridad del Estado, la clave y la esencia del quehacer político

La doctrina de la seguridad nacional afirmó que la defensa del Estado se sobreponía a cualquier otro principio y que para destruir a los enemigos del Estado no hay límites éticos ni jurídicos. Esta absurda tesis, que tanto mal ha hecho en nuestra América Latina, está hoy en retroceso, pero aún tiene cultores. Es nefasta, porque supone la destrucción de la esencia del Estado democrático, y el Estado democrático ha de defenderse con medios democráticos, dentro del Derecho, con energía, decisión y firmeza, pero con las armas de la ley. Por eso hay que crear una teoría democrática de la seguridad nacional: la libertad, y que comprenda que la mejor protección de la seguridad del Estado está en actuar mediante el Derecho, dentro de los límites fijados por el Derecho.

El *Ombudsman* puede brindar una esencial cooperación para que la doctrina de la seguridad nacional, en su versión antidemocrática, perezca definitivamente y se elabore y aplique, una teoría democrática de la seguridad que, fundamentada en la justicia, garantice el orden en la libertad.

III

12 Pasemos ahora a la cuestión del *Ombudsman* en América Latina. En ciertos países latinoamericanos pueden encontrarse instituciones análogas y hay algunos pocos ejemplos de esta institución en el continente. Existen también figuras tradicionales de nuestros siste-

mas jurídicos, como los Procuradores Generales o los Fiscales Generales, quienes presentan significativas semejanzas y que pueden poseer objetivos y competencias similares. Pero no puede negarse que, en general, se carece en los países de América Latina (con muy pocas excepciones), de una institución como la del *Ombudsman*, tal como se da en los sistemas constitucionales o en los países que, con éste u otro nombre, lo han establecido.

Creo con sinceridad que, especialmente hoy, —ante las características, algunas generales, otras específicas, de una subregión o de un país, que se dan en América Latina— es necesario encarar con un esfuerzo de generalización, el estudio de la posibilidad de su creación por los sistemas constitucionales o legales de la América nuestra.

Los preceptos de las nuevas Constituciones del Perú, de 1979 (artículo 250, 4) y de Guatemala de 1985 (artículo 275); las normas vigentes en Costa Rica y Puerto Rico, los proyectos existentes en Argentina, Costa Rica, Colombia y Venezuela,⁴ son ejemplos de la importancia del tema y del interés que se le atribuye hoy en nuestra América.

⁴ El Proyecto de Ley creado en la Argentina la "Defensoría del Pueblo", fue presentado al Senado el 22 de marzo de 1985 y aprobado por esta Cámara en agosto de 1985.

El texto de la ley española del defensor del pueblo se publica en la *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1982, p. 492.

En Costa Rica el decreto del 21 de agosto de 1985 creó tres "defensores" (de los Derechos Humanos de los Refugiados, de los Derechos Humanos de los Internos del Sistema Penitenciario y de los Usuarios del Registro Nacional). Éstos se suman a los Procuradores de Derechos Humanos y del Consumidor creados por la Ley número 6 815 del 28 de septiembre de 1982. Está en elaboración un proyecto de ley, de carácter general, creando el Defensor de los Habitantes. Se presentó también en Costa Rica un Proyecto de Reforma Parcial por Adición al artículo 48 de la Constitución, en el que se establece un *Ombudsman* o "Defensor del Pueblo". El proyecto fue informado negativamente por mayoría de una Comisión especial de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, el 12 de septiembre de 1983.

En Venezuela se ha elaborado un muy estudiado anteproyecto de la ley que fue presentado, con sus antecedentes, al Primer Coloquio sobre el Proyecto de *Ombudsman* para América Latina (Caracas, 2 al 4 de junio de 1983).

La ponencia venezolana a este coloquio constituye un trabajo colectivo muy completo, que comprende los siguientes capítulos: "Introducción" (profesor Carlos Gueron), "Fundamentación de la necesidad del *Ombudsman* en Venezuela" (doctor Feddy Muñoz), "Revisión de las Instituciones y Leyes Existentes" (doctora Cecilia Sosa), "El *Ombudsman* en el Derecho Comparado" (doctor Raúl Arrieta), "Determinación de las Funciones del *Ombudsman* en Venezuela" (profesor María Helena Fernández y profesor Carlos Gueron), "El Fiscal General y el *Ombudsman*" (doctora Marisol García), "Conclusiones" (María Helena Fernández y profesor Carlos Gueron).

13. La difusión del *Ombudsman* en los sistemas jurídicos latinoamericanos actuales, se explica y justifica, por las razones y motivos que ya hemos adelantado.

Pero tiene, además, fundamentos especiales en ciertas situaciones o casos. Así, por ejemplo, en el tránsito de los regímenes autoritarios a la democracia, en que debe realizarse la ardua tarea de restaurar el concepto y la realidad del Estado de Derecho que, después de su pasajero eclipse en muchos de nuestros países, ha renacido o ha de renacer, ajustado a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales

Evidentemente, no puede pensarse, sólo para estos casos, en la creación en América Latina de la institución del *Ombudsman*, pero sin perjuicio de que se estudie la cuestión con referencia a todos los Estados de la región, pienso que el tema presenta un interés y una actualidad especiales, frente al proceso de retorno a la democracia que se da o se insinúa en muchos de los Estados de la América del Sur.

En los países en los que acaban de terminar los regímenes autoritarios, el *Ombudsman* puede cumplir una tarea esencial para asegurar que este tránsito se haga bajo el imperio de la ley, que la transición política sea pacífica, justa, sin venganzas ni revanchismos injustificables y que se realice con la seriedad y la prudencia que aseguren la estabilidad y la duración de la democracia que se reinstaura

14. El *Ombudsman*, como todos los sistemas de Contralor, pero especialmente por el hecho de ser una emanación del Parlamento, órgano que desaparece en los Gobiernos *de facto* o en las dictaduras de Latinoamérica, únicamente puede funcionar bajo un régimen constitucional que sea realmente tal y no una máscara de un dictador, adueñando del poder, luego de la violación de la Constitución. Pero esto ocurre también con todos los procedimientos de Contralor, incluso en aquellos que aparentemente subsisten luego del derrocamiento del orden legítimo.

15. Pero no sólo en estos casos de retorno al sistema democrático el *Ombudsman* posee una utilidad especialísima. En las democracias latinoamericanas que se presentan como estables, el control de la administración a cargo de un *Ombudsman* puede ser un elemento coadyuvante para asegurar la estabilidad y la permanencia del sistema.

Lo que hemos dicho en términos generales en el capítulo II es aplicable a estos casos

16. En especial no hay que olvidar que, teniendo en cuenta la generalización y frecuencia con que en América Latina se recurre a los es-

tados de excepción o de emergencia, en estas situaciones la existencia de un *Ombudsman* puede ser un elemento muy importante para evitar el desbordamiento del poder, manteniéndolo en los límites constitucionales y evitando, o contribuyendo a evitar, las violaciones de los Derechos Humanos que generalmente se dan en estos casos.

17. En otras regiones de América Latina, en donde la guerra civil y los conflictos armados internos generan focos de tensión gravísimos, aprovechados para la confrontación de las superpotencias, el *Ombudsman* puede ayudar a restaurar la idea de la democracia, la fe en el Derecho y la esencia de la libertad y así ser un factor esencial de pacificación.

18 En todos estos casos, pero con especial fuerza en algunas situaciones que existen en la realidad política de América Latina, la figura del *Ombudsman* puede ser un elemento para devolver la perdida credibilidad popular en el Estado de Derecho y en la protección honesta y no discriminatoria de los derechos del hombre, frente a una administración tradicionalmente ensoberbecida por su omnipotencia.

IV

19. Como consecuencia de todo lo dicho ¿qué conclusiones es posible extraer sobre la forma en que puede realizarse la "recepción" de la institución del *Ombudsman* en América Latina? ¿Qué líneas generales podrían recomendarse para su regulación constitucional o legal, tanto en lo que respecta a su designación como en lo relativo a sus competencias?

En primer término creo que hay que partir de que no debe intentarse presentar un posible proyecto de ley uniforme que pueda servir como modelo único para todos los países latinoamericanos. Hay que respetar las particularidades jurídicas de cada sistema nacional, las especificidades de su tradición jurídica, los requerimientos propios de cada situación, las características individualizantes de cada administración.

Un intento de legislación uniforme, sería antihistórico, regresivo y peligroso.

Lo que hay que hacer es afirmar los conceptos, los principios básicos y las grandes líneas que resultan del Derecho Comparado y de la experiencia, para que puedan servir de fuente de inspiración, de posible y eventual, aunque flexible modelo de referencia, para la elaboración de los proyectos nacionales pertinentes

20. En cuanto a que si el *Ombudsman* debe ser creado por la Constitución o por la Ley

Creo que el ideal es que lo relativo al *Ombudsman* y a lo esencial de su estatuto jurídico esté previsto, en la Constitución. En ese sentido la nueva Constitución de Guatemala en cuanto a la existencia, designación y competencias del "Procurador de Derechos Humanos" (artículos 274-275), es un ejemplo de interés y un antecedente a considerar

Pero si bien es aconsejable que sea la Constitución la que establezca el *Ombudsman*, para lo cual pueden aprovecharse los actuales procesos de reforma constitucional en curso que se dan en muchos países latinoamericanos, no pienso que sea políticamente recomendable que, en general, se plantee una reforma constitucional con ese único objeto, ni que se subordine su creación a que su establecimiento deba tener necesariamente base constitucional.

Es útil para asegurar el prestigio, la permanencia y la jerarquía del órgano, que la creación del *Ombudsman* resulte de una norma constitucional. Pero puede no ser aconsejable una reforma con ese único objeto y por ello, si es posible ir a su creación inmediata por vía legislativa, no debe diferirse su establecimiento.

21. Pero si bien no hay objeción esencial para que el *Ombudsman* sea creado por Ley —aunque sería preferible que su creación derivara de la Constitución—, estimo que no debe reputarse aceptable su creación por vía administrativa. El *Ombudsman* de la administración no puede resultar, ni debe resultar, de un acto emanado de la propia administración. Ni por su origen normativo, ni por el sistema de designación posible, ni por las competencias que se le puedan atribuir, el *Ombudsman* debe ser creado por decreto.

22. No hay duda de que los principales elementos a tener en cuenta en una legislación sobre el *Ombudsman* en Latinoamérica derivan de todo lo que he dicho precedentemente, en especial de lo expuesto en los párrafos 4 al 16. A esas afirmaciones me remito

23. Pero, en especial, esta legislación debe tener en cuenta.

a) En cuanto a la designación. Debe ser hecha por el Parlamento, con un régimen que asegure su plena independencia

b) En cuanto a sus competencias. Los modelos existentes, y en especial el ejemplo de la Constitución de España y de la Ley vigente 3/1981, aseguran la posibilidad de una adecuada regulación normativa. Sin duda habrá que tener en cuenta las particularidades de cada país, lo que resulta de su sistema contencioso administrativo y del régimen en materia de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Pero no es

hoy difícil elaborar un proyecto al respecto, en particular luego de los textos preparados en Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Argentina. Estas competencias resultan de la naturaleza de la institución y de lo que podría calificarse como sus atribuciones naturales (párrafos 4, 5, 6, 8, 9, y 10).

24. Más importante que pretender esquematizar las características que debe poseer la institución, en una palabra las líneas esenciales de su estatuto jurídico, es pronunciarse sobre algunos problemas sobre los cuales es necesario tomar posición previa

a) ¿Debe haber un defensor del pueblo u *Ombudsman*, o varios, por sectores o tipo de actividades?

El Derecho Comparado, incluso el latinoamericano, presenta las dos fórmulas o posibilidades. Hay argumentos de peso para defender uno u otro criterio. Me inclino, sin embargo, por una institución única. Solo así puede lograrse la seriedad, el prestigio y la coherencia que aseguren que los objetivos que se buscan con la creación del *Ombudsman* puedan alcanzarse

Cosa distinta, admisible y lógica, es que dentro de los servicios del *Ombudsman* haya funcionarios especializados en la protección de ciertos derechos o encargados de determinados sectores de la actividad administrativa.

b) ¿Es posible en los regímenes federales o en los que reconocen autonomías regionales, que haya *Ombudsman* locales?

Si el régimen constitucional lo permite, no veo objeción a esta fórmula. El caso español, con los "Defensores" que muchas comunidades autónomas han establecido, es un precedente de interés.

Pero lo importante en Latinoamérica, hoy, es que se encare la creación de *Ombudsman* o Defensores del Pueblo, con competencias referidas a toda la administración estatal. Y esto debe ser así, tratándose de sistemas federales o unitarios. Los problemas constitucionales pueden ser complejos. No entraré en su análisis. Pero la complejidad de estas cuestiones y la necesidad de buscar una efectiva eficacia de la institución, no alteran de forma alguna el criterio que sustento sobre la necesidad inicial de que se cree un *Ombudsman* con competencias nacionales

25. Son estas algunas reflexiones preliminares sobre el tema. El debate del foro ha de aportar, sin duda, nuevos y más valiosos elementos de juicio.

Creo que el impulso hacia la creación de *Ombudsman* o Defensores del Pueblo en América Latina, por responder a ineludibles necesida-

des actuales. llevará en pocos años a la generalización de la institución. Y estoy seguro de que con ello se habrá dado un paso adelante en el necesario esfuerzo para afirmar la democracia, fortalecer y defender el Estado de Derecho, contribuir a la protección de los Derechos Humanos, ayudar al efectivo contralor de la administración y mantener el funcionamiento de los servicios públicos dentro de las esferas de eficacia, no discriminación y respeto a la ley que son exigibles en el Estado moderno.

EL OMBUDSMAN JUDICIAL Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*

I

1. Mi intervención se diferenciará totalmente de las magníficas ponencias que hemos escuchado. Todas éstas han analizado el concepto, naturaleza y competencias del *Ombudsman* Judicial en general y en relación con los casos de México, Argentina, España, Canadá, Austria, Gran Bretaña y Puerto Rico.

La mía, en cambio, no está referida a ningún sistema particular y concreto de organización del *Ombudsman*. Tampoco tratará en profundidad de los conceptos generales sobre el *Ombudsman* y la Justicia, ya que a su respecto me remito a lo que han dicho los ilustres ponentes que me han precedido.

Mi ponencia encara estrictamente la relación entre el *Ombudsman* Judicial y la protección internacional de los Derechos Humanos. Esta cuestión es, en términos generales, un tema nuevo y, por eso, mis páginas son una primera aproximación al tema.

2. Nadie puede dudar hoy que la institución del *Ombudsman* (defensor del pueblo, defensor de los ciudadanos, defensor de los habitantes, mediador de la República, etcétera), constituye, en el Derecho Comparado y en la realidad política actual, uno de los medios más eficaces para contribuir a que la administración pública actúe en el marco del Derecho, para que sea eficaz y no discriminatoria y para que los Derechos Humanos encuentren una forma adicional de protección y defensa.¹

En 1986 publiqué en la *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*² un trabajo sobre el *Ombudsman* en América Latina, que fue una reelabo-

* *El Ombudsman Judicial. Perspectivas internacionales*, CNDH, México, 1993.

¹ Una excelente enumeración comentada de los distintos sistemas existentes, puede encontrarse en "Médiateurs et Ombudsman", en *Revue Française d'Administration Publique*, París, núm. 64, octubre-diciembre 1992.

² Héctor Gros Espicell, "El Ombudsman en América Latina", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1, 1986, pp. 73-39.

ración de la ponencia que presenté en el Primer Simposio Latinoamericano del *Ombudsman*, celebrado en Buenos Aires, en noviembre de 1985.

Al releer ahora ese antiguo trabajo, pienso que las afirmaciones que hice en 1985 pueden servir de base a los criterios que sustentaré ahora, en 1993, respecto del *Ombudsman* Judicial y la protección internacional de los Derechos Humanos, tema que entonces no encaré

Dije entonces:

Cada día se comprende mejor que su establecimiento responde excepcionalmente bien a muchas de las circunstancias que caracterizan hoy las consecuencias del creciente desbordamiento de la actividad administrativa, de la crisis de los sistemas de control jurisdiccional y de la necesidad de una mejor, más simple, menos formal, más rápida y más eficaz defensa de los derechos de los individuos frente al poder público.

En esencia, el *Ombudsman* es un órgano encargado de asegurar el desarrollo correcto de la actividad administrativa y la tutela de los derechos de los administrados. Por eso, las atribuciones que se le asignan son, con preferencia, de vigilancia y control. Pese a que muchas veces sus competencias pueden tener carácter parajurisdiccional, el órgano generalmente se ha encuadrado dentro del Poder Legislativo. Se le ha considerado como un delegado del Parlamento, pero sin que esto afecte su amplia autonomía y su completa independencia. No es titular de poderes de orientación pública. Su acción se dirige a lograr, mediante la denuncia, el planteamiento, el consejo, la mediación, la corrección del mal uso del poder administrativo y a evitar o reparar, en igual forma, y por los mismos procedimientos, la lesión de los derechos individuales, sin que pueda llegar a sustituir con su acción, a la administración pública.

Por todo lo que antecede se podría decir, como síntesis provisional, que el *Ombudsman* es un órgano vinculado al Poder Legislativo, sin atribuciones estrictas de control político, garante del correcto uso del poder administrativo, que asegura el buen proceder de la administración y la defensa de los derechos lesionados por la actividad administrativa.

Sus poderes no son de revisión ni de anulación. Consisten en la fuerza que deriva de la persuasión, razonada y seria, de la influencia respecto de la autoridad administrativa, en su competencia para adoptar iniciativas desiguales a plantear la corrección de los actos jurídicos irregulares o lesivos, en su capacidad para mediar entre los administrados y la administración y en su atribución de dar a conocer sus críticas y sugerencias, con todo lo que esto significa, en un régimen democrático de opinión. Con relación a lo último, hay que señalar la importancia que puede tener la atribución de pedir la anulación de los actos administrativos ilegales y que tenga capacidad para demandar, en ciertos supuestos muy precisos, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

3 La conciencia de la utilidad y la comprobación de la eficacia del tipo de acción desarrollada por el *Ombudsman* ha llevado, en muchos sistemas jurídicos, a crear y establecer, incluso de manera complementaria, fórmulas análogas para controlar el ejercicio de las competencias de sectores específicos y particularmente sensibles de la administración, como por ejemplo la policía, las comunicaciones o la seguridad y la asistencia social, o dirigidas a funcionar en sectores públicos autónomos,³ como es el caso, entre otros muchos, de las universidades

A mi juicio, esta proliferación de *Ombudsman*, si bien es demostrativa de la necesidad de la existencia de la institución y de los beneficios que produce su actuación, puede ser peligrosa. No soy partidario, por ello, de la creación de múltiples *Ombudsman* sectoriales. Me pronuncio decisivamente porque, a nivel nacional, haya un sólo *Ombudsman*, aunque pueda ser útil que sectores especializados dentro de la institución atiendan la vigilancia de manifestaciones específicas y distintas de la actividad administrativa.

Naturalmente, no hemos de entrar al análisis de esta proyección sectorial de la idea que ha servido tradicionalmente de fundamento al establecimiento del *Ombudsman*.⁴ Sólo hemos de destacar, por la incidencia que esto tiene en el tema que hemos de desarrollar, que los *Ombudsman* sectoriales, defensores de la regularidad jurídica y de los Derechos Humanos, no han de significar, ni por su forma de designación, ni por sus atribuciones, ni por sus relaciones orgánicas o funcionales, un atentado o una forma de injerencia inadecuada de otros centros de autoridad, en la autonomía o en el estatuto jurídico propio y específico que esos servicios poseen

Hay que señalar que, asimismo, junto a los *Ombudsman* de carácter nacional, con un ámbito espacial de competencia que cubre todo el territorio del Estado, se han creado, en ocasiones, *Ombudsman* regionales (para las regiones, las provincias, Estados) y para los municipios, departamentos o ciudades

4 La feliz idea que llevó a crear y desarrollar esta forma específica de control en el marco de la administración pública estatal y en sectores

³ En mi trabajo antes citado analice esta cuestión pronunciandome, pese a reconocer los importantes argumentos para defender la tesis contraria, por la existencia de un *Ombudsman* único, pero con funcionarios especializados en la protección de ciertos derechos o encargados de determinados sectores de la actividad administrativa (p. 73)

⁴ En el libro citado, la nota 1 agrupa los estudios dedicados a este asunto bajo el rotulo de "La Médiation hors l'Etat"

administrativos específicos de la actividad del Estado, tenía necesariamente que proyectarse en actividades privadas, de especialísima sensibilidad en cuanto a su incidencia en la vida colectiva, en la opinión pública, y por su capacidad para poder afectar derechos y libertades fundamentales.

Es así, y también como ejemplo, seleccionado entre otros muchos posibles, que algunos grandes periódicos y otros medios de información masiva, como es el caso del diario *El País* de Madrid, han creado verdaderos *Ombudsman*, para que los individuos puedan dirigirse a ellos señalando los errores, las desviaciones informativas y las actuaciones de esos órganos, violatorias del derecho o de la ética o lesivas de los derechos y libertades de la persona humana

5 Antes de entrar al tema de la relación entre los *Ombudsman* que actúan internamente y la protección internacional de los Derechos Humanos, es necesario referirse a algunas figuras que existen o que se proyectan en el ámbito internacional, que por su forma de actuación presentan algunas analogías —sin perjuicio de sus diferencias— con la institución del *Ombudsman*.

Aunque el estudio de estas figuras y su actuación respecto de los Derechos Humanos no constituyen la materia propia de esta ponencia, no es posible dejar de referirse a ellas

A nivel internacional, hace años que se viene hablando de crear un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁵ La forma como se ha encarado la cuestión de las competencias que tendría este funcionario —recibir denuncias individuales o colectivas, analizar situaciones, aconsejar, recomendar y hacer públicos sus juicios, pero sin competencias resolutorias, anulatorias o sancionatorias, en un sistema de coexistencia con los otros procedimientos jurisdiccionales, existentes a nivel universal y regional—, lo hacen en cierta forma asimilable a lo que es en el ámbito interno, el *Ombudsman*.

La reciente decisión del Gobierno del Presidente Clinton de replantear la idea —ya formalizada hace unos años en los proyectos, entre otros, del Uruguay, Costa Rica y de los Países Bajos y la actual situación internacional, luego de todo lo acaecido después de 1990—, permite pensar en la posibilidad de que se llegue en el futuro a la creación de este Alto Comisionado

⁵ Héctor Gros Espiell, "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, II, Madrid, 1988, párrafo 26, p 55

En la Conferencia de Derechos Humanos de Viena, que finaliza hoy, parecería que se ha podido lograr un consenso dirigido a proponer el establecimiento de ese Alto Comisionado.

6 Se ha previsto, asimismo, en el Tratado de Maestrich, es decir, regionalmente, un Defensor del Pueblo Europeo, con objetivos y competencias, a nivel comunitario y con respecto al funcionamiento de los órganos comunitarios, en cierta forma análogos a los de los *Ombudsmen* o mediadores nacionales.⁶ Para evitar todo error, hay que precisar que este mediador no controlaría la actuación de las administraciones internas de los Estados Partes, sino únicamente lo relativo al funcionamiento de los órganos de la Comunidad Europea

⁶ Ricardo Gosbaldo Bono, "Maestrich et les Citoyens, le Médiateur Européen", en *Médiateurs et Ombudsmen*, op. cit., pp 639-649. El artículo G 41 del Tratado de Maestrich agrega al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea un artículo 138 E que dice

1 El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales

En el desempeño de su misión, el Defensor del Pueblo llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo los hechos jurisdiccionales. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución interesada, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Este remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución interesada o persona de quien emane la reclamación, la cual será informada del resultado de estas investigaciones

El Defensor del Pueblo presentará cada año al Parlamento Europeo un informe sobre el resultado de sus investigaciones

2 El Defensor del Pueblo será nombrado después de cada elección del Parlamento Europeo para toda la legislatura. Su mandato será renovable

A petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia podrá destituir al Defensor del Pueblo si éste dejare de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubiere cometido una falta grave.

3 El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones con total independencia. En el ejercicio de tales funciones no solicitará ni admitirá instrucciones de ningún organismo. Durante su mandato, el Defensor del Pueblo no podrá desempeñar ninguna otra actividad profesional, sea o no retribuida

4 El Parlamento Europeo fijará el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo, por mayoría cualificada

II

7 Finalmente, y con esto ya salimos de los criterios introductorios para entrar en nuestro tema concreto, es preciso recordar que hemos asistido en los últimos años al nacimiento y desarrollo de la idea de la conveniencia de establecer un *Ombudsman* Judicial a nivel interno, es decir, en el interior de los Estados.⁷

¿Por qué?

Porque la actividad que desarrolla el Poder Judicial, de importancia esencial y de volumen y complejidad crecientes, implica la existencia de problemas difíciles de resolver, arduas cuestiones administrativas, delicados asuntos vinculados con relaciones funcionales y humanas con quienes esperan justicia y no fáciles temas de tipo laboral

La eficiencia del trabajo y el crítico retardo, cada día más grave, en la tarea de dar justicia, con la proyección que esto tiene en la adecuada y eficaz protección y defensa de los Derechos Humanos, justifican plenamente esta idea y estas iniciativas.

Naturalmente, el respeto a la independencia del Poder Judicial, la necesidad de que el *Ombudsman* Judicial sea designado por las autoridades de ese poder y sus competencias fijadas por ellas, y de que sus actividades, por tanto, no afecten el exclusivo y excluyente ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces, son extremos que han de ser estrictamente garantizados.⁸

⁷ La tesis que sostuve en mi trabajo de 1985 no me impide hoy reconocer que las características especialísimas que debería tener —por razones de todo tipo— un *Ombudsman* Judicial no harían quizás aconsejable que el control que éste debe ejercer fuera cumplido por el *Ombudsman* que desempeña funciones con respecto a la administración en general

⁸ Con razón ha dicho Álvaro Gil-Robles en su trabajo "Le Défenseur du peuple Espagnol et la Justice", en *Médiateurs et Ombudsman*, op. cit., pp 664-665:

L'application de ces principes se traduit par l'interdiction faite au Défenseur du Peuple d'intervenir dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Par contre, lorsque c'est l'administration judiciaire qui est en cause, le Défenseur du Peuple doit impérativement intervenir. L'article 54 de la Constitution lui recommande de veiller des droits de la personne garantis par l'article 24 (intégré dans le titre premier)

L'un de ces droits fondamentaux est que "toutes les personnes ont le droit d'obtenir une protection effective des juges et tribunaux dans l'exercice de leurs droits et intérêts légitimes" sans aucune exception. Le fondement juridique de l'intervention du Défenseur du Peuple dans ce domaine est donc incontestable.

Les motifs d'intervention du Défenseur du Peuple sont très variés: plaintes sur des comportements imputables à des juges et à des magistrats pris individuellement ou aux fonction-

III

8. Ahora bien, en la hipótesis de la existencia de este tipo de *Ombudsman*, del *Ombudsman* Judicial, ¿cómo incidiría tal hecho en la cuestión de la protección internacional de los Derechos Humanos, tal como hoy está regulada, tanto a nivel universal como a escala regional?

Es necesario hacer esta distinción entre las fórmulas universal y regional, porque sin perjuicio de la existencia de valores y principios necesariamente universales en lo que se refiere a la promoción y protección internacional de los Derechos Humanos,⁹ hoy día, especialmente en cuanto a nuestra América, los procedimientos de protección pueden ser universales o regionales. Universalismo y regionalismo coexisten actualmente —referidos a la promoción y protección de los Derechos Humanos, en una forma coordinada y armónica.¹⁰

9 En primer lugar, el *Ombudsman* puede cumplir una eficaz tarea, recordando a la administración el deber de aplicar las normas y los principios internacionales en vigencia, relativos a la garantía y protección internacional, tanto a nivel universal como regional, de los Derechos Humanos. Es lo que han hecho y hacen ya muchos *Ombudsman*.

Este tipo de actuación, que puede desarrollarse fácilmente, es capaz de contribuir al progreso de la situación de los Derechos Humanos.

10 Sin duda, el asunto más interesante y más difícil en el tema de la relación entre el *Ombudsman* Judicial y la protección internacional —universal o regional— de los Derechos Humanos, es la cuestión de cómo juega la exigencia del agotamiento de los recursos internos, im-

naires de la justice en général, plaintes concernant des retards dans les procédures judiciaires et qui sont la conséquence directe d'une situation objective de manque de moyens ou de tribunaux saturés, certaines plaintes soulèvent de la stricte responsabilité du ministère de la justice (comme toutes celles qui concernent les prisons), d'autres affaires mettent simplement en cause le comportement d'un avocat ou d'un procureur.

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Héctor Gros Espiell, "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos", *op cit*, p. 30, "La evolución del Concepto de los Derechos Humanos, Criterios occidentales, socialistas y del Tercer Mundo", en *Estudios I*, *op cit*, p. 291.

¹⁰ Héctor Gros Espiell, "Universalismo y regionalismo en la protección internacional de los Derechos Humanos", en *Estudios de Derechos Humanos*, I. Caracas-San José, 1985, pp. 77-95. Una actualización de la cuestión fue hecha en mi curso, en 1989, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya ("La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Analyse Comparative", *Receuil des Cours*, 218, 1989, VI, La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991).

puesta hoy como condición o requisito para acceder a la protección internacional

11 Sin embargo, y antes de entrar al análisis de este problema, es preciso decir claramente que la mera existencia de un *Ombudsman* Judicial —que a través de su control impulsa a la justicia a que cumpla con sus cometidos de una manera eficiente y rápida— constituye de por sí un elemento positivo que va a facilitar y promover la protección internacional de los Derechos Humanos, necesariamente subsidiaria,¹¹ en el grado de evolución actual de la comunidad internacional y del Derecho de Gentes, de la protección interna o nacional.¹²

12. La exigencia de agotamiento de los recursos internos para acceder a la protección internacional —sea universal o regional— de los Derechos Humanos, constituye un criterio general, uno de los principios esenciales sobre los que, todavía hoy, reposa esa protección.

En el ámbito universal dicha exigencia está impuesta en el artículo 41.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y en el artículo 5.b del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

En el ámbito regional americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en el artículo 46, exige como condición de admisibilidad de las peticiones (artículo 44) o comunicaciones (artículo 45) de personas o entidades gubernamentales o de Estados Partes, presentadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de juris-

¹¹ El principio de la subsidiaridad tiene un sentido distinto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el derecho comunitario. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos significa que la protección internacional —universal o regional— es subsidiaria, consecutiva, de la protección nacional, es decir, posterior o subsiguiente. En el derecho comunitario, en cambio, quiere decir que, en virtud de la subsidiaridad, existe o nace una competencia comunitaria cuando no se ha ejercido la competencia nacional correspondiente.

Es un criterio dirigido a complementar o ampliar las competencias comunitarias exclusivas, en virtud del cual pueden ejercerse competencias comunitarias que no son exclusivas. La cuestión ha sido incluso objeto de regulación en el Tratado de Maestrich (artículo 3b del Título II). Véase Marie France Christophe Tchkaloff, “La subsidiarité du vice et de la vertu de l’ambiguïté”, en *Revue Politique et Parlementaire*, año 95, núm. 964, marzo-abril, 1993, pp. 70-78; Chantal Millon Delson, *Ingérence et non ingérence de l’État, le Principe de Subsidiarité*, PUF, París, 1992.

¹² Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Analisis Comparativo*, op. cit., 1991, párrafo 18, p. 29.

dicción interna, conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Esta condición de admisibilidad determina, asimismo, la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 61 1)

En el sistema europeo, el agotamiento de los recursos internos está exigido en el artículo 26 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950)

En el sistema africano la misma exigencia se encuentra en el artículo 56 de la Carta Africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos, como condición de admisibilidad de las comunicaciones dirigidas a la Comisión

13 La exigencia del agotamiento de los recursos internos, como condición de la admisibilidad para acceder a los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos, en especial a los que contienen un régimen jurisdiccional a cargo de una Corte o Tribunal, como el americano y el europeo, provoca necesariamente una honda transformación de antiguas y arraigadas ideas del Derecho Procesal interno tradicional.

En efecto, la cosa juzgada interna ya no es más, en estos casos y ante estos sistemas, una expresión de la verdad jurídica inmutable. Es sólo un presupuesto procesal para poder recurrir a un régimen internacional, de cuya intervención puede resultar un fallo que desconozca o decida de manera opuesta a lo resuelto en virtud de una sentencia interna, que constituye la expresión de la cosa juzgada según el derecho nacional. De tal modo, la cosa juzgada interna no puede oponerse a la revisión de lo decidido por la instancia nacional en el proceso del asunto ante la jurisdicción internacional.

14 El agotamiento de los recursos internos no es exigible, según el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención Americana, cuando:

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trate el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados,

b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos,

c) Hay un retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos

Aunque estas excepciones no se encuentran enumeradas en la Convención Europea, se puede considerar que implícitamente existen en el sistema europeo, porque constituye una expresión de lo que al respecto reconocen los principios de derechos internacionales generalmente reconocidos, a los que se remite el artículo 26 de esta Convención. La solución adoptada por la Convención Americana es evidentemente mejor. Elimina posibles dudas y se adelanta a eventuales observaciones —teniendo en cuenta que los Estados tratan casi siempre de escudarse en el no agotamiento de los recursos internos para eludir el control internacional de las violaciones de los Derechos Humanos—, manteniendo siempre abierta la puerta a un desarrollo progresivo y progresista mediante la remisión "a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos", que hace el párrafo 1 a del artículo 46, al exigir que "se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos"

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una cuidadosa aplicación de esta exigencia de agotamiento de los recursos internos que, por ser menos conocida que la efectuada por la Comisión y la Corte Europea, merece ser expresamente referida.

La Corte Interamericana ha señalado, con razón, que el Estado involucrado puede renunciar al agotamiento de los recursos internos, pues esta regla del agotamiento está puesta por el interés del Estado. La Corte Interamericana citó en su decisión la jurisprudencia coincidente de la Corte Europea en los casos *Vagrancy*.

La Corte Interamericana, siguiendo una posición ya sostenida por la doctrina, y afirmada asimismo en Europa, entendió que la Corte puede revisar el criterio de la Comisión respecto del agotamiento de los recursos internos.

La Corte, al interpretar este artículo de la Convención, ha enumerado una serie de criterios que deben destacarse porque, fijados al inicio de su jurisprudencia contenciosa, se proyectarán en los próximos años, no sólo por la fuerza de la tradición, sino también porque resultan de una interpretación correcta, racional y realista de los textos pertinentes.

Ha sostenido así que la remisión a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos es relevante, no sólo para determinar en qué situaciones se exime el agotamiento de los recursos, sino también porque esos principios son elementos necesarios para el análisis que la Corte haga al interpretar las reglas establecidas en el

artículo 46.1 a Es decir, que no únicamente por la vía de la aplicación de esos principios de Derecho Internacional se abre una vía no evolutiva que permite darle a la enumeración del artículo 46.2 un carácter no taxativo ni cerrado, sino que, en principio, han de ser utilizados para interpretar el artículo 46.1 en cuanto, por ejemplo, a la prueba de agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba y el concepto mismo de recursos internos

Ha estimado, en cuanto a la carga de la prueba, que el Estado que alega el no agotamiento tiene en su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad

Agregó luego, que si un Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados, o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2.

Ha precisado que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse renuncia tácita a valerse de la misma por el Estado interesado.

Ha considerado que los recursos que deben agotarse son los "adecuados" y "efectivos" o eficaces, es decir, capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos.

En el caso americano, como ya lo señalamos, la Corte Interamericana ha afirmado criterios amplios y progresistas que, respetando el principio del agotamiento de los recursos internos, expresión necesaria de carácter subsidiario de la protección internacional de los Derechos Humanos frente a la protección nacional brindada por el Derecho interno, están dirigidos a evitar que esa exigencia se transforme en un escudo de impunidad y en una valla ilegítima para impedir la protección internacional de los Derechos Humanos.

15 El sistema de las Naciones Unidas es análogo, aunque menos evolucionado

El artículo 4.1.c del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dice

El Comité conocerá del asunto que se someta, después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer de conformidad con los principios del Derecho Internacional generalmente admitidos. No se aplicará esa regla cuando la terminación de los mencionados recursos se prolongue injustificablemente

Y el artículo 5 2 b del Protocolo Facultativo dispone que el Comité no examinará ninguna comunicación, a menos que se haya cerciorado de que: "El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificablemente".

El Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha hecho una interpretación progresista de estas normas, lo que ha permitido la existencia de un régimen al respecto, análogo al existente en los sistemas regionales de Europa y de América.

16 En el sistema regional africano, los párrafos 5 y 6 del artículo 56 de la Carta Africana determinan que las comunicaciones dirigidas a la Comisión, para ser examinadas, deben llenar la condición de

Être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure des ces cours se prolonge d'une façon anormale;

Être introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine.

17 Cinco cuestiones son, a mi juicio, especialmente relevantes en cuanto a la relación del tema del *Ombudsman* Judicial con la cuestión del agotamiento de los recursos internos en función de la protección internacional de los Derechos Humanos

Prunero. Teniendo en cuenta el principio general, reconocido especialmente por la Convención Americana, que el retardo justificado en la decisión sobre los recursos internos permite acceder a la protección internacional sin necesidad de que esos recursos se hayan formalmente agotado, el *Ombudsman* Judicial puede cumplir una tarea esencial para cooperar en que no haya retardos injustificados o para la constatación de que esos retardos han existido

En efecto, el *Ombudsman* Judicial, de oficio o a petición de los interesados, podrá incitar o impulsar a los jueces a una actividad jurisdiccional más rápida, para evitar que se configure un retardo injustificado. Pero, además, y esto puede llegar a ser de importancia determinante, podrá comprobar dicho retardo, elemento que será capital en la posterior decisión de la Comisión o de la Corte sobre la admisibilidad

Segundo. El *Ombudsman* podrá denunciar que no existe en la legislación interna el debido proceso legal para la protección de los derechos que se alega han sido violados y, asimismo, podrá comprobar y

señalar públicamente que no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de jurisdicción interna o que haya sido impedido de agotarlos.

Estos extremos, al igual que en el punto primero, facilitarían de una manera excepcionalmente destacable la posibilidad de que la Comisión o la Corte declaren admisible la protección o comunicación, pese al no agotamiento formal de los recursos internos

Tercero. Los recursos internos que deben ser agotados para recurrir a la protección internacional son, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹³ los “adecuados”, “efectivos” o eficaces para producir el resultado para el que han sido concebidos. No es necesario que haya un pronunciamiento al respecto del más alto órgano de la jerarquía judicial interna. Basta con que haya interpuesto el recurso requerido, según el sistema jurídico nacional, para prevenir, sancionar o responsabilizar por la violación del derecho presuntamente violado y que, con relación al tipo de acción emprendida, se hayan agotado los recursos procesalmente pertinentes. La opinión del *Ombudsman* Judicial, frente a denuncias presentadas ante él sobre este punto, puede ser importante para clarificar este tipo de análisis.

Cuarto. La actuación del *Ombudsman* Judicial, ante denuncias o planteamientos por el mal, ineficaz o lento funcionamiento de la justicia, no constituye un recurso que pueda ser exigible para considerar que se han agotado los recursos internos

Quinto. La carencia de medios económicos y la no disposición de defensa letrada suministrada por el Estado en casos de indigencia, puede constituir, como lo han dicho la Corte Americana y la Corte Europea, un extremo que puede permitir aceptar, en esos casos, el no del agotamiento de los recursos internos. La existencia y actuación de un *Ombudsman* Judicial es capaz de ayudar a clarificar las situaciones en que estos extremos se dan, con las consecuencias antes señaladas.

18. Una reflexión final. Creo que sería sumamente interesante estudiar, —y por el momento me limito a señalar el interés de análisis previo, sin atreverme a proponer una fórmula por la complejidad muy grande de los problemas que involucra— la posibilidad de que los *Ombudsman* puedan presentar peticiones o comunicaciones relativas a violaciones de los Derechos Humanos cometidas en los países que actúan, ante las Comisiones de Derechos Humanos, creadas por los tra-

¹³ *Ibid.*, p. 150, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 60-68

tados existentes en la materia en Europa y en América. Esto requeriría que las leyes internas atribuyeran esta competencia al *Ombudsman* y que por una reforma o un Protocolo Adicional al Tratado de Roma y al Pacto de San José se hiciera posible la presentación de peticiones o comunicaciones por los *Ombudsman*. Si se aceptara esta fórmula, se agregaría una tercera vía de acceso a las dos actualmente previstas en el sistema europeo y en el sistema americano de protección de los Derechos Humanos.

Sería necesario también estudiar la posibilidad de presentar comunicaciones o peticiones a los órganos de protección de los Derechos Humanos del sistema universal de las Naciones Unidas.

La complejidad de todo esto hace imposible pensar en su instrumentación a breve plazo. Es sólo, hoy, un asunto a estudiar.

19 Conclusión. Todo lo que antecede demuestra, a mi juicio, que la existencia de un *Ombudsman* Judicial no interfiere con el funcionamiento de sistemas de control o protección internacional —universal o regional, jurisdiccional o cuasijurisdiccional—, de los Derechos Humanos.

Pero, además, creo que, por las razones expuestas, la actuación de un *Ombudsman* de este tipo contribuye a mejorar y hacer más eficaces los regímenes de protección internacional de los Derechos Humanos, en especial para ayudar a impedir que la exigencia del agotamiento de los recursos internos sea una valla, muchas veces utilizada de mala fe, para impedir o dificultar, irregularmente, el acceso a la protección internacional.

Estimo que debe estudiarse la posibilidad de dar a los *Ombudsman* la competencia de presentar comunicaciones o peticiones a las Comisiones de Derechos Humanos ya que esas Comisiones, creadas por convenciones multilaterales, como en Europa y en América, tienen la atribución de recibir y tramitar denuncias por violación de los Derechos Humanos.

Pienso, por último, que a nivel universal o regional puede ser conveniente la creación de figuras como el Defensor del Pueblo, previsto en el Tratado de Maestrich, o del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y DERECHO A LA ASISTENCIA HUMANITARIA*

Héctor: Mon cher Busirus, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination.

Jamais poète n'a plus interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.

Jean Giraudoux, La Guerre de Troie n'aura pas lieu, acto II, escena 5

I

1 En los últimos tiempos se ha hablado mucho de la llamada intervención humanitaria, calificándola a veces como un deber de injerencia humanitaria.¹

Las trágicas situaciones que se han dado en Irak, Somalia, Haití y en Bosnia, por ejemplo, —casos desgarrantes, pero no únicos, de gravísi-

* Trabajo incluido en los *Estudios en Honor de Eduardo Jiménez de Aréchaga* Montevideo, 1993

¹ Sobre este tema se ha escrito mucho en los últimos años. La bibliografía, por lo demás parcial, que damos a continuación, es la mejor demostración. Sin embargo, es de señalar, con extrañeza, que no hay, hasta hoy, bibliografía latinoamericana al respecto.

Maurice Torrelli, "De l'assistance à l'ingérence humanitaires?", en *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, núm. 795, mayo-junio 1992, Philippe Moreau Defarges "Assistance politique, ingérence humanitaire", en *Défense Nationale*, 49, 2, 1993, Christopher Greenwood, "Is there a Right of Humanitarian Intervention?", en *World Today*, 49, 1993 Djene Wemibou, "Le Droit d'ingérence humanitaire: un droit aux fondements incertains, au contenu imprécis et à géométrie variable", en *Revue Africaine de Politique Internationale* núm. 11, 1992, Barry M. Benjamin, "Unilateral Humanitarian Intervention: Legalizing the Use of Force to Prevent Human Rights Atrocities", en *Fordham International Law Journal*, 16 1992/1993, Olivier Corten, "Dévoir d'ingérence ou Droit de Réaction armée collective? Les possibilités d'actions armées visant à assurer le respect des droits de la personne face

mas realidades de carencias y sufrimientos que conmueven la conciencia de la humanidad y afectan el sentido ético y solidario de todo ser humano— han llevado a intentar fundar la ayuda para disminuir esas carencias y esos sufrimientos, que constituyen violaciones de los derechos más elementales de los hombres y de los pueblos, en la existencia de un pretendido deber de injerencia humanitaria, generadora de un derecho a intervenir por razones humanitarias.

Un sector de la doctrina del Derecho Internacional ha hecho importantes aportes al respecto.

au principe de non-ingérence", en *Revue Belge de Droit International*, 24, 1991, Mario Bettati, "Droit d'Ingérence ou Droit de Assistance?", en *Le Trimestre du Monde*, 1993, Bernard Holzer, "Le Droit d'Ingérence Humanitaire: Nouveau Droit en gestation ou nouvel avatar colonial?", en *Transnational Associations*, 43, 1992, Richard B. Lillich, *Humanitarian Intervention and the United Nations*, University Press of Virginia, 1973, Marc Bonnefous, "L'Ingérence Droit et Politique", en *Défense Nationale*, 48, 1992, Mario Bettati, "Ingérence Humanitaire et Démocratisation du Droit International", en *Trimestre du Monde*, 17, 1992, Olivier Corten et Pierre Klein, "Droit d'Ingérence ou obligation de réaction non armée les possibilités d'actions non armées visant à assurer le respect des droits de la personne", en *Revue Belge de Droit International*, 23, 1990, René-Jean Dupuy, "L'Ingérence Internationale, jusqu'où le Droit d'Assistance Humanitaire", en *Études*, 1992; Theodor Meron, "Commentary on Humanitarian Intervention", en *Law and Force in the New International Order*, Boulder, Colorado, 1991, Vladimir Kartashkin, "Human Rights and Humanitarian Intervention", en *Law and Force*, op. cit., Tom J. Farer, "An Inquiry into the Legitimacy of Humanitarian Intervention", en *Law and Force*, op. cit.; Claude-Pierre, "Du Devoir d'Assistance à la tentation d'Ingérence", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 349, 1991; Philippe Moreau Defarges, "Le Devoir d'Ingérence", en *Défense Nationale*, 47, 1991, Scott Firley, "State Actors. Humanitarian Intervention and International Law Reopening Pandora Box", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 10, 1980, Farrokl Jhabvala, "Unilateral Humanitarian Intervention and International Law", en *Indian Journal of International Law*, 21, 1981; N. Sornarajah, "Internal Colonialism and Humanitarian Intervention", en *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 11, 1981, Wil O. Verwey, "Humanitarian Intervention under International Law", en *Netherlands International Law Review*, 32, 1985; Wil O. Verwey, "Humanitarian Intervention", en *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Nijhoff, 1986, Michael J. Bazylar, "Reexamine the Doctrine of Humanitarian Intervention in Light of the Atrocities in Kampuchea and Ethiopia", en *Stanford Journal of International Law*, 23, 1987; Fernando R. Tesón, *Humanitarian Intervention: an Inquiry into Law and Morality*, New York, 1988; Nigel S. Rodley, "Human Rights and Humanitarian Intervention The Case Law of the World Court", en *International and Comparative Law Quarterly*, 38, 1989, Daniel Wolf, "Humanitarian Intervention", en *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 9, 1988, Michel Levinet, "Réflexions sur la resurgence de l'Intervention d'Humanité", en *Trimestre du Monde*, 10, 1990, Mario Bettati et Bernard Kouchner, *Le devoir d'ingérence*, Éditions Denoël, Paris, 1992; Action Humanitaire, "Devoir d'Ingérence, Nais-

Por lo demás, algunas recientes resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, así como declaraciones del Secretario General de las Naciones Unidas,² dan elementos de significación e importancia para encarar la cuestión y situar correctamente el tema en los términos actuales

II

2 En primer término, hay que tener bien presente que el llamado derecho a la intervención humanitaria o deber de injerencia humanitaria, no es algo totalmente nuevo. No constituye, en efecto, una terminología innovadora ni un concepto totalmente novedoso, creado para casos como los de Irak, Haití, Bosnia o Somalia

Por el contrario, la llamada intervención humanitaria en el Derecho Internacional se utilizó ampliamente en el siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX y se invocó reiteradamente para tratar de fundar en ella el ejercicio — en principio ilegítimo, de la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro u otros. Naturalmente, fueron siempre las grandes potencias coloniales las que invocaron las razones de humanidad para intervenir por la fuerza. No hubo un solo caso en que un Estado, que no fuera una potencia colonizadora y poderosa, pretendiera intervenir por razones de humanidad ante violaciones de Derechos Humanos, matanzas o situaciones de hambre y desolación, como las que tantas veces ocurrieron en las grandes potencias que constituían entonces *las naciones civilizadas*

sance d'un nouveau Droit', en *Les Cahiers de l'Express*, núm. 20, París, 1993. Mario Bettati, 'Coherence ou irrégularité', en *Cahier op. cit.*, Bernard Kouchner, 'Un Appel à l'ingérence humanitaire, Réfugiés', en *Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés*, Ginebra, 1992. Mario Bettati, 'Souveraineté et assistance humanitaire', en *Humante et Droit International, Mélanges René Jean Dupuy*, Pedone, París, 1991. Mario Bettati, 'Un Droit d'ingérence?', en *Revue Générale de Droit International Public*, 1991, M. J. Domestic-Met, 'Aspects juridiques récents de l'Assistance Humanitaire', en *Annuaire Français de Droit International* 1989, Yasuhiko Saito, *Second Generation Humanitarian Assistance and New Type of un Peace-Keeping Forces*, The United Nations University, Tokio, 1993.

² Asamblea General, resoluciones 43/131, 45/100 y 46/182. Consejo de Seguridad, resoluciones 688, 706, 733, 746, 794, 752, 758, 764, 770, 771, 787 y 798. Secretario General, Informe sobre la Actividad de la Organización 1991, Secretario General, Boutros Boutros Ghali, *Agenda pour la Paix*, Nueva York, 1992, pp. 20-21.

Fueron únicamente las potencias colonizadoras las que invocaron este pretendido derecho.

La doctrina del Derecho Internacional estudió en su momento ese fenómeno intervencionista, que se pretendió justificar llamándolo intervención humanitaria

En 1910, A. Rougier, dedicó al tema un exhaustivo estudio en la *Revue Générale de Droit International Public*.³ En este trabajo, luego de definir la intervención humanitaria, el autor la considera incompatible con ciertos "elementos tradicionales del Derecho Internacional especialmente la independencia y la igualdad de los Estados". Pero reconoce que su desarrollo puede significar la evolución "hacia una concepción de la sociedad internacional en que las naciones estrechamente solidarias y dependientes unas de otras, se agruparán bajo una autoridad jurisdiccional o, al menos, bajo un poder jerárquico encargado de asegurar entre ellas el respeto de la justicia".⁴

Los autores latinoamericanos que estudiaron la cuestión, con referencia al Derecho Internacional de esa época, repudiaron unánimemente la pretendida juridicidad de esta llamada intervención humanitaria.⁵

Estos criterios contrarios a la aceptación de la llamada intervención humanitaria, contrastaron con el enfoque cerrado, irrealista y euro-peísta de otros autores de esa época.⁶

Sin embargo, incluso estos autores reconocen que los "abusos" cometidos invocando la intervención humanitaria ejercida por "Estados individuales", han impedido que ese tipo de intervención se haya transformado en una regla de Derecho Internacional, especificando Oppenheim, por ejemplo, que esta conclusión no se aplica al caso de la *intervención colectiva*.⁷

3 Con posterioridad, algunos autores situados en la misma línea de pensamiento han estimado que

³ A. Rougier, 'La Théorie de l'Intervention d'Humanité', en *Revue Générale de Droit International Public*, París, 1910, p. 468

⁴ A. Rougier *op. cit.*, p. 468. Varios años antes, A. Rougier había estudiado ya el tema, aunque con menor precisión y agudeza, en su libro *Les Guerres et le Droit de Gens*, París, 1903

⁵ Isidro Fabella, *Intervention*, Publications de la Revue Générale de Droit International Public, Pedone, París, 1961 p. 40

⁶ Por ejemplo, Oppenheim, *International Law*, p. 272, párrafo 134, p. 276, párrafos 135-136 y p. 280, párrafo 138

⁷ Oppenheim, *op. cit.*, p. 280 párrafo 138

al reconocer la promoción del respeto de los derechos y libertades del hombre como uno de los principales objetivos de las Naciones Unidas, se ha dado un paso en la dirección de elevar el principio de la intervención humanitaria a la categoría de una regla básica de la sociedad internacional organizada.⁸

4 La doctrina actual, la de estos últimos años, al tratar el tema de la tradicional intervención humanitaria, ha encarado el tema con más equilibrio, perspectiva histórica y realismo político

Veamos algunos ejemplos

Benedetto Conforti, en su estudio sobre el Principio de No Intervención, después de plantear el problema, hacer la historia de la cuestión y situar el tema en el marco actual del Derecho Internacional, se pregunta si es lícito para un Estado intervenir militarmente para proteger a sus nacionales en el extranjero o los nacionales del Estado extranjero, contra violaciones graves de los Derechos Humanos. Su respuesta es negativa

no sólo sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas que no autoriza ninguna intervención de este tipo sino igualmente ante el derecho consuetudinario. Sólo los sostiene aún un grupo restringido de Estados, precisamente algunos Estados occidentales que han admitido las intervenciones humanitarias y las han efectuado pese a las protestas de los países en desarrollo, lo que hace que la tesis según la cual se habría formado una costumbre al respeto sea absolutamente inaceptable.⁹

La cuestión está estudiada con gran precisión y objetividad por Nguyen Quoc Dink, Patrick Duhier y Allain Pellet en su libro *Droit International Public*. Estos autores comienzan por expresar, antes de hacer un excelente análisis del tema, con razón, lo siguiente:

La exclusión, indiscutible, de los derechos del hombre, del dominio reservado a los Estados ha conducido a ciertos autores y a ciertos Estados a proponer la consagración de un deber o de un derecho de injerencia o de intervención humanitaria, en virtud del que los Estados o las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) podrían aportar una ayuda urgente a las poblaciones en estado de miseria o desamparo. Las incertidumbres termi-

⁸ *Idem*

⁹ Benedetto Conforti, *Le Principe de non Intervention*, capítulo XXII, en *Droit International. Bilan et Perspectives*, Mohammed Bedjaoui, Redacteur General, Pcdome-Huesco, París, 1991, tomo I, pp 491-492

nológicas, la ambigüedad de los objetivos, las dudas de numerosos Estados ante los términos (injerencia e intervención), que tienen para ellos una connotación negativa, han impedido hasta el presente que la noción reciba una consagración jurídica indiscutible.¹⁰

III

5 Pero, ¿qué fue, en el Derecho Internacional clásico y en la realidad internacional de la época, el pretendido derecho de intervención humanitaria?

La invocación de razones de humanidad fue una de las causales utilizadas para intentar justificar jurídicamente una intervención, ya que sin esa invocación la intervención era, en principio, ilícita.¹¹

El diccionario de Basdevant, siguiendo a Rougier, define la intervención humanitaria como: "La acción ejercida por un Estado sobre un gobierno extranjero con el fin de hacer cesar los tratamientos contrarios a la ley de la humanidad que inflige a particulares, aunque ellos sean sus propios nacionales".¹²

La causal humanitaria de la intervención, capaz de transformar, para algunos autores pertenecientes a las grandes potencias colonialistas, un acto contrario al Derecho Internacional, en una interferencia lícita, nunca fue aceptada universal y unánimemente.

Este tipo de intervención llamada humanitaria sólo se utilizó para proteger intereses económicos, comerciales o estratégicos de las grandes potencias de la época, encubiertos o disimulados por pretendidos valores humanitarios.

Nunca se aceptó la licitud de tal intervención por los que tuvieron que padecerla y jamás se mejoró la situación de un grupo de seres humanos o de un pueblo, en el pasado, como consecuencia de estas intervenciones. América Latina que las sufrió y conoció, con la hipócrita invocación de las razones de humanidad, las denunció siempre. La doctrina Drago¹³ y la evolución de la lucha para la vigencia del

¹⁰ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit International Public*, 4a ed., París, 1992, pp 424-425

¹¹ Thomas Opperman, "Intervention, Bernhard", en *Encyclopedia of Public International Law*, vol 3, p 233

¹² Jules Basdevant, *Dictionnaire de la Terminologie de Droit International*, París, p 349

¹³ Oppenheim estudia la "So-called Drago Doctrine", al tratar lo referente a la intervención (*op cit*, pp 276 y 277, párrafo 135, núm. 6)

principio de la no intervención¹⁴ constituyen el mejor ejemplo histórico de esto

IV

6. ¿Cómo se plantea ahora, en el Derecho Internacional actual, la cuestión del deber de no intervención en los asuntos internos o externos¹⁵ de los Estados?

La no intervención continúa siendo un principio fundamental de Derecho Internacional.

Y esto es así tanto con un enfoque general o universal basado en la Carta de las Naciones Unidas, como en el Derecho Internacional regional,¹⁶ en lo que nos interesa, americano

“La igualdad soberana” de todos los miembros de la Organización (artículo 2, párrafo 1), la “prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado” (artículo 2, párrafo 4) y la prohibición de las Naciones Unidas de “intervenir en los asuntos que son exclusivamente de la jurisdicción interna de los Estados” (artículo 2, párrafo 7), constituyen “principios” (artículo 2, *acápites*), de los que resulta la ilicitud de la intervención de las Naciones Unidas en los asuntos que son exclusivamente de jurisdicción interna de los Estados, y, asimismo, la intervención de un Estado, o de varios Estados, en los asuntos de otro

¹⁴ Posteriormente analizaremos esta evolución, en especial mediante de la consagración del principio en las VI y VII Conferencias Panamericanas (La Habana, 1928, y Montevideo, 1933), en la Conferencia de Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 1936) y en la Conferencia de Bogotá (1948), que elaboró la Carta de la Organización de Estados Americanos

¹⁵ La Carta de la Organización de los Estados Americanos proscribió la intervención en los “asuntos internos o externos”. Esta referencia a asuntos externos ha sido criticada por Arango Ruiz (*Recueil de Cours*, vol. 137, p. 554), pero Jiménez de Aréchaga le ha replicado con razón que “la experiencia latinoamericana ha demostrado que existen asuntos externos, por ejemplo, el reconocimiento de un nuevo Gobierno o el mantenimiento o ruptura de relaciones diplomáticas con otro Estado, en lo que, en principio, cada Estado es único juez y son así de carácter doméstico, y, sin embargo, han existido actos o tentativas de intervención a su respecto.” (*El Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 138-139)

¹⁶ Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 16), Carta de la Organización de Unidad Africana (artículo 3)

u otros Estados Y, como consecuencia, el necesario respeto de la no intervención.¹⁷

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha declarado, reiterada y solemnemente, la inadmisibilidad de la intervención y de la injerencia en los asuntos internos o externos de los Estados, en especial en las resoluciones 2131-XX de 1965 y en la 36/104 de 1981.

Pero fue en la resolución 2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, que la Asamblea General, en ocasión de veinticinco aniversario de las Naciones Unidas, en la Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones Amistosas y a la Cooperación entre los Estados, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, calificó como principio " el deber de no intervención en los asuntos relativos a la competencia nacional de un Estado, conforme a la Carta" Al determinar el contenido de este principio, la Asamblea General estableció que

Ningún Estado o grupo de Estados tiene el derecho de intervenir directa o indirectamente, por ninguna razón, en los asuntos interiores o exteriores de otro Estado. En consecuencia, no sólo la intervención armada, sino también toda otra forma de injerencia o toda amenaza dirigida contra la personalidad de un Estado o contra sus elementos políticos, económicos y culturales son contrarios al Derecho Internacional.

Basta leer este texto para darse cuenta de que tuvo como fuente directa los artículos 16 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos

Este principio, así entendido, ha sido declarado por la Asamblea General, en la resolución 2625 (XXV), como uno de los "principios fundamentales del Derecho Internacional".

Interesa destacar que la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución citada ha repudiado la intervención cualquiera que sea la razón o el motivo invocado y que la intervención es ilegítima,

¹⁷ Hay que señalar, sin embargo, que la intervención humanitaria siguió siendo estorbada por la doctrina, después de la Carta de las Naciones Unidas y antes de que se comenzara a hablar del deber de injerencia o intervención humanitaria. Véase, por ejemplo Thomas Oppetman, "Intervention", *op. cit.*, T. M. Frank y N. S. Rodley, "After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by military forces", en *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, pp. 275-305, y F. Ermacora, "Geiselsbefreiung als Humanitäre Intervention im Lichte der UN Charta", en *Um Recht un Freiheit, Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydt*, 1977 y gran parte de la bibliografía citada en la nota 1

tanto cuando es individual como cuando es colectiva, es decir hecha por un grupo de Estados

La Corte Internacional de Justicia ha precisado reiteradamente el carácter no jurídico, mera expresión de una política de fuerza, de la intervención.

En 1949 dijo:

El pretendido derecho de intervención no puede ser encarado por ella (la Corte), sino como la manifestación de una política de la fuerza, política que en el pasado ha dado lugar a los abusos más graves y que no encuentra, sean cuales fueran las diferencias presentes de la organización internacional, ningún lugar en el Derecho Internacional¹⁸

7. Veamos ahora la cuestión en el Derecho Internacional Americano

La consagración política y jurídica del principio de no intervención fue en América la culminación de un largo, constante y profundo esfuerzo latinoamericano para lograr por parte de Estados Unidos la aceptación convencional, de este principio. Ante la dolorosa experiencia de las intervenciones armadas de Estados Unidos, especialmente en México, Centroamérica y el Caribe, hechas casi siempre invocando razones de humanidad, en las cuales nadie creía, y que no eran el verdadero y real fundamento de esas acciones armadas, América Latina canalizó su esfuerzo internacional en el sentido de intentar el logro del respeto político y el acatamiento jurídico del principio de no intervención, por parte de Estados Unidos por medio de su reconocimiento convencional

Los esfuerzos latinoamericanos fracasaron durante mucho tiempo ante la reiterada oposición de los Estados Unidos. En 1928, en la Conferencia de La Habana, no triunfó el intento de incluir expresamente entre los principios del panamericanismo, el de la no intervención.¹⁹ En 1933, en Montevideo, en el VII Congreso Panamericano, en cambio, aunque con algunas reservas de los Estados Unidos, el principio se aceptó y se incluyó en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados.²⁰ En 1936, en la Conferencia de Consolidación de la Paz, en Buenos Aires, el principio de no intervención se reiteró en un Protocolo Adicional, sin ninguna reserva ya de los Es-

¹⁸ CIJ *Recueil*, 1949, p. 35

¹⁹ *Ibid.* Fabela, "Intervention", *op. cit.*, pp. 146-151

²⁰ *Ibid.*, pp. 152-153

tados Unidos ²¹ La Conferencia Panamericana de Lima de 1938 reiteró el principio en la Declaración de Lima ²²

Finalmente, en 1948, en la Conferencia de Bogotá,²³ el principio se incluyó en la Carta de Organización de los Estados Americanos. Desde entonces el sistema regional americano, el primero de los Acuerdos Regionales a que se refiere la Carta de Naciones Unidas (capítulo VIII, artículos 52-54), reposa en el principio de la no intervención.

A este principio se refieren los artículos 16, 17 y 18 de la Carta de la Organización

El primero de ellos, de trascendental importancia, en sí mismo, pero también por haber sido la fuente directa²⁴ de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios de Derecho Internacional (Resolución 2625 XXV), dice

Ningún Estado o grupo de Estados tiene el derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de otro Estado. Este principio excluye no solamente el uso de la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia que pueda atentar contra la personalidad del Estado y sus elementos políticos, económicos y culturales

De este artículo fundamental es preciso destacar, por su relación con la cuestión de las intervenciones o injerencias humanitarias, dos extremos

Primero Que proscribe la intervención tanto individual (de un Estado), como de la colectiva (un grupo de Estados). La proscripción de la intervención colectiva es adecuada y correcta, ya que la ilicitud de una conducta no cambia porque el acto ilícito sea el resultado de la concertación de varios Estados, en vez de serlo de un único sujeto (un Estado) Como luego veremos, nada tiene que ver la prohibición de intervención colectiva con la licitud de acción de la comunidad internacional, jurídicamente organizada, en los casos en que ello sea pertinente, según el Derecho Internacional.

Segundo Que proscribe la intervención cualquiera que fuera el motivo invocado Esta importantísima precisión no fue obra del azar El repudio a la intervención —en su regulación normativa en el Derecho regional — entre 1933 y 1948 llevó a mejorar el texto del artículo 8 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, de forma tal

²¹ *Ibid.*, pp. 154-161

²² *Ibid.*, pp. 162-164

²³ *Ibid.* pp. 170-174

de prohibir la intervención cualquiera que fuera la razón o el motivo invocado para llevarla a cabo. Es altamente ilustrativo al respecto el estudio del proceso de elaboración de la Carta de la OEA. Como se dijo expresamente entonces, una de las razones o motivos invocados para pretender justificar algunas de las peores y más crueles intervenciones fue la razón o el motivo pretendidamente humanitario, el ropaje de la invocación humanitaria para cubrir y distraer el ejercicio brutal de la política de fuerza y poder.

V

8 La adecuada consideración del principio de no intervención va unida a la necesaria precisión de lo que es hoy el dominio reservado de los Estados, materia que supone una correcta conceptualización del tema de la jurisdicción interna e, incluso, de lo que significa actualmente la idea de la soberanía.

En efecto, la intervención es ilícita cuando hay una injerencia externa en una materia que es del dominio reservado de los Estados, de la jurisdicción interna de éstos. Hay que comenzar recordando que este dominio reservado, esta jurisdicción interna, sin la expresión de lo que va quedando momentáneamente como irreductible de la soberanía estatal.

La soberanía no es hoy, no puede ser, en un mundo interdependiente y solidario, una idea absoluta, un poder ilimitado, un ámbito cristalizado en el que cada Estado es omnipotente.

No, la soberanía, expresión del principio de la igualdad soberana de los Estados, es una expresión que califica el poder estatal, que se ejerce de acuerdo con el Derecho Internacional y, en lo pertinente, con el Derecho Interno, en un ámbito espacial predeterminado. Es la manifestación de la competencia del Estado. Un Estado es soberano bajo el Derecho y de acuerdo con lo que dispone el Derecho Internacional.

El concepto de dominio reservado, el ámbito de la jurisdicción interna, no es absoluto e invariable. Es, por el contrario, esencialmente relativo y cambiante.

La extensión del dominio reservado y la determinación de las materias que son o no propias a la jurisdicción interna, varía con las exigencias de la evolución histórica, de acuerdo con lo que resulta del Derecho Internacional.

La idea actual de lo que es la comunidad internacional, el aumento constante de las materias —cuya regulación es vital para la vida de la

humanidad en su conjunto— y el cambio de las ideas respecto de las cuales son las cuestiones que no pueden estar reservadas exclusiva ni esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados, ha llevado y seguirá llevando en el futuro al Derecho Internacional a ser competente y a regular asuntos que en una época anterior estaban en el dominio reservado a los Estados

La jurisprudencia internacional descartó desde muy temprano la doctrina del dominio reservado *par nature*. Ya en su Opinión Consultiva número 4, del 7 de febrero de 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional asimiló el dominio reservado a la noción de competencia, dependiente del Derecho Internacional.²⁵

La Corte Internacional de Justicia ha mantenido y desarrollado esta misma tesis.²⁶

VI

9 Hoy día es discutible que la materia de los Derechos Humanos no es un tema perteneciente al dominio reservado de los Estados

Esta afirmación es compartida prácticamente por la unanimidad de la doctrina²⁷ y por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,²⁸ de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁹

²⁴ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op cit.*, p. 138

²⁵ C P J I, *Décrets de Nationalité en la Tunisie et au Maroc*, serie B, núm. 4, pp. 23-24

²⁶ C I J, Asunto Interhandel, *Recueil*, 1959, p. 24, Asunto Nettebohm, *Recueil*, 1955, pp. 20-21, Asunto Droit de Passage en Territoire Indien, *Recueil*, 1960, p. 33

²⁷ Eduardo Jiménez de Aréchaga "El Derecho Internacional Contemporáneo", *op cit.*, p. 139, Héctor Gros Espiell, "Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interna de los Estados", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, p. 24, "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, II, Madrid, 1988, pp. 26, 52 y 57, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailly y Alain Pellet, *Droit International Public*, 4a ed., París, 1992, p. 424, Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid

²⁸ Sobre la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y los Derechos Humanos, veanse las sentencias y opiniones consultivas anotadas en mi estudio ya señalado "Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos," *op cit.*, pp. 52, 53 y 54 y la jurisprudencia y doctrina allí citada

²⁹ Héctor Gros Espiell, "La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Analyse Comparative", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*,

Pero, además, la no pertenencia de la materia relativa de los Derechos Humanos al dominio reservado es una realidad política, que resulta de la práctica de las Naciones Unidas y que sólo en alguna aislada ocasión se pretende desconocer por un Estado solitario

VII

10 Asentadas todas las premisas es posible pasar a los puntos centrales que deseamos tratar

En primer lugar, responder a la cuestión de si, en el estado actual del Derecho Internacional y de la realidad política de nuestros tiempos, es posible considerar que existe, para los individuos y para los pueblos, un derecho a la asistencia humanitaria

Pensamos que hoy es correcto, pero, además, ineludible y necesario, dar una respuesta afirmativa a esta pregunta

Es cierto que este derecho no ha sido aún regulado convencionalmente. Pero no es menos cierto que al igual que en el caso de otros nuevos derechos,³⁰ esto no es *a priori* un impedimento para su existencia conceptual, si ello es posible en el marco del actual Derecho Internacional y si resulta de la conjunción, de la confluencia, de otros derechos ya consagrados³¹

Es cierto que no ha sido reconocido todavía, de una manera formal y expresa, como un derecho humano,³² pero no es menos cierto que, consecuencia de una *necesidad humana*³³ esencial, son cada vez mayores las referencias que a él se hacen en las resoluciones de los organismos internacionales, en la práctica internacional y en la doctrina³⁴

tomio 218, 1989, 6, párrafo 18, p 192, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, párrafo 18, p 28

³⁰ Héctor Gros Espiell, "Los Nuevos Derechos Humanos", *Estudios sobre Derechos Humanos*, I, *op cit*, p 12, con la bibliografía pertinente

³¹ *Ibid.*, "El Derecho al Desarrollo", *Estudios sobre Derechos Humanos*, I, *op cit*, p 187

³² J. Patrignic y B. Jakovljevic, *International Humanitarian Law in the Contemporary World*, IIHL, San Remo, 1991, p 45

³³ Unesco, "Réunion d'Experts sur les Droits de l'Homme et les Besoins Humaines", 55-78/Conf 630/13

³⁴ Bosko Jakovljevic, "The Right of Humanitarian Assistance, Legal Aspects", en *International Review of the Red Cross*, ICRC, Ginebra, septiembere-octubre 1987, pp 469-484, J. Patrignic and Bosko Jakovljevic, *Protection of Human Being in Disaster Situation*, International Institute of Humanitarian Law, 1989.

Al igual que otros derechos que han ido surgiendo en los últimos años, aparecidos como resultado de la proyección jurídica de nuevas necesidades humanas, que van exigiendo protección y regulación normativa, en el devenir inextinguible, siempre renovado y cambiante de la historia, este derecho a la asistencia o a la protección humanitaria debe considerarse como un derecho existente, aunque en estado naciente.³⁵

11 Este derecho a la asistencia o a la protección humanitaria es un nuevo derecho, un derecho de la tercera generación, un derecho fundado esencialmente en la solidaridad humana, que por sus caracteres tiene una ineludible vocación comunitaria.

En cuanto derecho de la tercera generación —y como todos estos derechos surgidos en los últimos años por las exigencias de las nuevas necesidades humanas, por ejemplo el derecho a la libre determinación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, el derecho al patrimonio común de la humanidad y el derecho del medio ambiente— es un derecho a la vez individual y colectivo. Es decir, que sus titulares son, simultáneamente, los individuos, los seres humanos y los pueblos. En cuanto derecho colectivo, sus titulares pueden llegar a ser no sólo pueblos sino otras entidades colectivas.

La afirmación de la existencia de estos nuevos derechos reposa en el necesario reconocimiento de que los otros derechos, los de la primera y de la segunda generación ya reconocidos y regulados convencionalmente, subsisten, viven y deben continuar siendo respetados y garantizados.

Del mismo modo que los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales son interdependientes e intercondicionados entre sí, los nuevos derechos, y, por tanto, el derecho a la asistencia y a la protección humanitaria, es interdependiente y está intercondicionado con el reconocimiento, la protección y la realidad de todos los demás derechos.

12. El reconocimiento del derecho a la asistencia o a la protección humanitaria, implica la aceptación de que este derecho, como todos los demás Derechos Humanos, debe ser garantizado y salvaguardado por el Derecho Interno y por el Derecho Internacional, y que los procedimientos y formas para alcanzar tal garantía y tal protección interna-

³⁵ Eduardo Jiménez de Aréchaga "El Derecho Internacional Contemporáneo", *op. cit.*, p. 39.

cionales, en el ámbito universal o en el ámbito regional, no son violatorios del principio de no intervención y no afectan ni lesionan lo que es el dominio reservado, siempre que se realicen en el respeto escrupuloso del Derecho Internacional, tal como hoy es en el Derecho de Gentes

13 La existencia de este derecho implica necesariamente el reconocimiento de deberes correlativos

Los Derechos Humanos, en cuanto resultan de una relación jurídica que une a dos o más sujetos traen como consecuencia la existencia de deberes correlativos ³⁶

De estos deberes no sólo son titulares los otros seres humanos, que deben respetar el derecho a la asistencia humanitaria de todos los otros hombres, sino el Estado en que viven los titulares del derecho, los terceros Estados y la comunidad internacional.

Naturalmente el derecho a la asistencia humanitaria, como todo derecho "está limitado por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en esas sociedades democráticas", para usar la feliz expresión del artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho a la asistencia humanitaria sólo se comprende adecuadamente si se tiene en cuenta que los titulares de este derecho, tienen, a su vez, deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad (artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículos 32 de la Convención Americana y 27 de la Convención Africana sobre Derechos Humanos)

Es preciso recordar a este respecto que la correlación de derechos y deberes no supone que la existencia y el reconocimiento de un derecho está condicionado al cumplimiento previo de los deberes hacia la familia y a la comunidad. El derecho a la asistencia humanitaria de todos los seres humanos, en consecuencia, no depende, en su existencia, de que sus titulares concretos y específicos hayan demostrado que han cumplido los deberes que, como hombres, tienen con respecto a las otras personas, a la familia y a la humanidad.

³⁶ Héctor Gros Espiell, "Derechos y Deberes Humanos", en *Estudios*, op. cit., II, p. 321. René Cassin, "De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", *Mélanges en l'Honneur de Georges Scelle*. Irene-Erica A. Daes, *Los Deberes de todas las Personas respecto de la Comunidad y las limitaciones de los Derechos y Libertades Humanos según el artículo 29 de la Declaración Universal*, Naciones Unidas, 1990.

14. El derecho a la asistencia humanitaria es, como ya indicamos, un nuevo derecho, un derecho de la tercera generación, individual y colectivo

Esto significa que, nacido de las nuevas necesidades humanas, en función de las características actuales de las sociedades nacionales, de la comunidad internacional, de la humanidad, de la situación económica y social del mundo y de lo que el Derecho y la Ética son, tiene que ser concebido y aplicado en todas sus consecuencias como un derecho que es, simultáneamente, individual y colectivo

Hoy ya no se duda de que un derecho pueda ser a la vez individual y colectivo, es decir, que sus titulares puedan ser seres humanos, individualmente considerados, y sujetos de derecho de carácter colectivo

Oponer los derechos individuales a los colectivos, como dos tipos de derechos que no pueden conjugarse en un nuevo derecho, del que podrán ser titulares diferentes sujetos de derecho, constituye un "falso dilema", para usar la expresión de Jean Rivero³⁷

Del derecho a la asistencia humanitaria, individual y colectiva, son titulares todos los seres humanos y todos los pueblos.

15. ¿Qué es lo que constituye el objeto de este derecho cuando se tipifica?

El objeto del derecho es la facultad de pedir asistencia humanitaria, a tener acceso y a recibir asistencia. Y ese derecho genera el deber de, en el marco y con las limitaciones de las posibilidades jurídicas y materiales, brindar esa asistencia y no impedir ni obstaculizar su suministro

Del mismo modo que el derecho es individual y colectivo, el deber correlativo es exigible a todos los seres humanos, al Estado y a la comunidad internacional

Es un derecho que nace cuando la asistencia humanitaria es necesaria, imprescindible, como consecuencia de una situación generada por graves desastres naturales (terremotos, maremotos, huracanes, inundaciones, sequías, etcétera), por el hambre y las epidemias y las catástrofes resultantes de situaciones generadas en construcciones o en obras realizadas por el hombre (ruptura de diques, accidentes en centrales nucleares, etcétera).

³⁷ Justino Jiménez de Aréchaga, *Una Nueva Trinchera*, A René Cassin, Montevideo, 1973, Jean Rivero, *Sur le Droit au Développement*, Unesco, Doc 55/78, Conf 630 sup 2. Hector Gros Espiell, *Los Nuevos Derechos Humanos*, en *Estudios*, op cit . I, pp 12 y 177

VIII

16. El derecho a la asistencia humanitaria, al generar el deber correlativo de no impedir dicha asistencia y de, respetando el Derecho Internacional y las posibilidades materiales, prestar, suministrar o contribuir a brindar esa asistencia, está en el fundamento de la licitud jurídica de una acción humanitaria que, en lo que nos interesa, y sin perjuicio de lo que resulta de la actividad interna del Estado concernido, ha de ser una acción internacional

Pero esta acción no puede constituir una intervención ilícita, una injerencia indebida en los asuntos internos, y no puede realizarse sin el consentimiento del Estado, haya o no sido solicitada por su Gobierno.

Luego volveremos sobre estos extremos, analizándolos en función de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, de las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad y de las declaraciones del Secretario de las Naciones Unidas

17. El reconocimiento del derecho de asistencia humanitaria no genera correlativamente un derecho, y mucho menos un deber, de intervención por razones humanitarias, del que podrían ser titulares terceros Estados actuando individual o colectivamente.

Sostengo firmemente la existencia de un derecho humano y colectivo a la asistencia humanitaria. Pero este derecho no genera el nacimiento de un derecho correlativo, ni de un deber de terceros Estados, a tener una injerencia o una intervención al respecto

Afirmar, en esos términos, la existencia de un derecho y de un deber es, además de incurrir en un gran error jurídico y conceptual, violar el verdadero, actual y válido principio de la no intervención, entendido en su verdadero y actual sentido y hacer posible, con la invocación de razones de humanidad, que todos los Estados, pero en los hechos solamente los más poderosos, intervengan en los asuntos de otros Estados, cuando deseen y en la forma y con los procedimientos que quieran.

América Latina tiene una dolorosa experiencia de las intervenciones que se pretendieron justificar con la invocación de motivos de humanidad. La intervención humanitaria, que se quiso presentar como una forma lícita de intervención, fue siempre repudiada por América Latina. América rechazó y condenó, rechaza y condena, la intervención *sea cual fuere el motivo*, como dice, con fuerza histórica, el artículo 16 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos

Pero esto no significa negar la necesidad, el imperativo, de afirmar la existencia de un deber de acción humanitaria, a cargo de la comunidad internacional, jurídicamente organizada.

Al derecho a la asistencia humanitaria corresponde el deber de acción humanitaria, expresión de la ineludible cooperación y solidaridad internacional en los momentos que vive la humanidad

Pero el titular de este deber y de este derecho no son los Estados individual y colectivamente considerados. Sólo la comunidad internacional, jurídicamente organizada, con base en el Derecho Internacional, al margen de toda intervención o injerencia ilegítima, puede ejercer este deber e invocar este derecho.

18. Este deber de acción humanitaria, para responder al derecho a la asistencia humanitaria, es exigible e irrenunciable

Si no se ejerce, si hay una inacción injustificada, se podrán extraer de esta omisión, aplicando los principios generales del Derecho, todas las consecuencias necesarias

19 Sin el reconocimiento del derecho y del deber de acción humanitaria, la afirmación de que existiría un derecho a la asistencia humanitaria, sería algo que carecería de toda trascendencia o proyección jurídica y práctica. En efecto, afirmar la existencia de un derecho a recibir asistencia humanitaria y no extraer de ello la consecuencia de que tal derecho puede generar el deber —que es, a su vez, un derecho— de brindar esa asistencia, en el marco de sus posibilidades jurídicas lícitas según el Derecho, sería inaceptable, lógica y racionalmente inadmisibles. Si hay un derecho a la asistencia humanitaria tiene que haber, es preciso que haya, la respuesta a ese derecho, para que exista la posibilidad real y verdadera de recibir la asistencia a la que se tiene derecho.

20 Para que este derecho pueda llevar a cabo una acción humanitaria —expresión de un deber fundado en razones de la cooperación y solidaridad, consustanciados con los fundamentos éticos, jurídicos y políticos de la comunidad internacional—, manifestado en la obligación de actuar para prestar asistencia humanitaria, pueda ser lícito y admisible, debe respetar estrictamente el Derecho Internacional contemporáneo, y, como consecuencia, no constituir una intervención o una injerencia ilegítima.

21 ¿En qué consiste, cómo se manifiesta, este respeto del Derecho Internacional?

Más allá de algunas afirmaciones hechas en algún sector minoritario de la doctrina, la actual práctica internacional ha fijado claramen-

te el marco de las posibilidades lícitas, según el Derecho de Gentes, de la acción humanitaria para responder al derecho de asistencia humanitaria.

Esta acción debe, en primer lugar, constituir “una ayuda estrictamente humanitaria”,³⁸ es decir, que no debe responder a otras razones o motivos y no ha de ejercerse por medio de métodos o procedimientos incompatibles con esa naturaleza. Naturalmente, para que se respete ese carácter humanitario, debe prodigarse sin discriminación³⁹ a todos los titulares del derecho a la asistencia humanitaria.

Esta acción, es decir, la asistencia humanitaria, debe fundarse en el respeto del principio de la igualdad soberana de los Estados,⁴⁰ ser pedida o consentida por éstos,⁴¹ hecha con respeto a los principios de *humanidad, neutralidad e imparcialidad*, de manera tal que la sobera-

³⁸ C I. J., *Recueil*, 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Nicaragua v. USA, Sentencia del 27 de junio de 1986, pp 124-125

³⁹ C I. J., *Recueil*, 1986, *op. cit.*, pp 124-125

⁴⁰ Con razón ha dicho Boutros Boutros Ghali “*La pierre angulaire de l'edifice est et doit demeurer l'État et le respect de sa souveraineté et de son intégrité constitue des conditions de tout progrès international. La souveraineté absolue et exclusive n'est cependant plus de mise si la pratique a jamais égalé la théorie. C'est aux dirigeants politiques qu'il appartient maintenant de comprendre cette évolution et de trouver un équilibre entre la nécessité d'assurer au mieux la direction des affaires intérieures, d'une part, et de l'autre les exigences d'un monde toujours plus interdépendant. Le commerce, les communications et les menaces sur l'environnement ne connaissent pas les frontières administratives, celles-ci n'en circonscrivent pas moins l'espace où les individus vivent, dans sa plus grande part, leur vie économique, politique et sociale. L'ONU n'a pas fermé ses portes. Il reste que si chacun des groupes ethniques, religieux ou linguistiques prétendait au statut d'État la fragmentation ne connaîtrait plus de limite et la paix, la sécurité et le progrès économique pour tous deviendraient toujours plus difficiles à assurer*”

Y ha agregado con palabras certeras “*Il n'est pas dit que nationalisme et internationalisme constituent des tendances opposées qui doivent ineluctablement se porter mutuellement à leurs points extrêmes. La mondialisation de la vie contemporaine exige avant tout, pour rester salubre, que les identités soient solidement établies et l'exercice des libertés fondamentaux assuré. La souveraineté, l'intégrité territoriale et l'indépendance des États dans le cadre du système international existant et le principe de l'autodétermination des peuples, principes parmi les plus précieux et importants qui soient, ne devront jamais se trouver en opposition à l'avenir. Le respect des principes démocratiques à tous les niveaux de l'entité sociale —colectivités, États, communauté des États— est essentiel. Le devoir qui nous incombe en l'ocurrence est de maintenir l'intégrité de chacune de ces composantes, tout en assurant la cohésion de toutes*”.

⁴¹ Boutros Boutros Ghali, *Agenda pour la Paix*, *op. cit.*, p. 19

nia, la integridad territorial y la unidad nacional no sean violadas o afectadas ⁴²

Estos criterios, que coinciden con los expresados por el Secretario General de las Naciones Unidas, concuerdan también con los expuestos por el Presidente del Consejo de Seguridad, hablando en nombre de éste, el 26 de febrero de 1993. ⁴³

Son, asimismo, los criterios recogidos en la excelente "Guía de los principios relativos al derecho de asistencia humanitaria", adoptada por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, en San Remo, en septiembre de 1992 ⁴⁴

⁴² Todos estos criterios, que compartimos sin reservas, se encuentran en el siguiente párrafo de la *Agenda pour la Paix*: "Dans de telles situations de crise interne, l'ONU devra respecter la souveraineté de l'État concerné. agir différemment ne serait pas conforme à l'interprétation retenue par les États Membres lorsqu'ils ont accepté les principes de la Charte. L'Organisation doit toujours veiller à respecter l'équilibre soigneusement négocié des principes directeurs annexés à la résolution 46/182 de l'Assemblée Générale, en date du 19 décembre 1991. Ces principes soulignent notamment que l'aide humanitaire doit être fournie conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, que la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des États doivent être pleinement respectées en conformité avec la Charte des Nations Unies et que, dans ce contexte, l'aide humanitaire devrait être fournie avec le consentement du pays touché et, en principe, sur la base d'un appel de ce pays. Ils mettent également l'accent sur la responsabilité qu'à chaque État de prendre soin des victimes de situations d'urgence se produisant sur son territoire ainsi que sur la nécessité d'assurer l'accès aux personnes qui ont besoin d'une aide humanitaire. Compte tenu de ces principes, le fait qu'un gouvernement demande une intervention de l'ONU ou y donne son consentement ne constituerait pas une atteinte à la souveraineté de l'État concerné, ni ne serait contraire au paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte qui se rapporte aux affaires relevant essentiellement de la compétence nationale des États"

⁴³ Dijo el Presidente del Consejo: "Le Conseil de sécurité a poursuivi l'examen du rapport du Secrétaire Général intitulé *Agenda pour la Paix* (S/24111). Le Conseil de sécurité accueille favorablement les observations contenues dans l'*Agenda pour la paix* au sujet de l'assistance humanitaire et de ses rapports avec le rétablissement de la paix, le maintien de la paix et la consolidation de la paix, notamment les observations formulées dans les paragraphes 29, 40 et 56 à 59. Il note que, dans certains cas particuliers, il peut y avoir un lien étroit qui existe entre les besoins critiques d'assistance humanitaire et les menaces à la paix et à la sécurité internationales. À cet égard, le Conseil de sécurité note l'opinion du Secrétaire Général selon laquelle une assistance humanitaire consentie de façon impartiale pourrait revêtir une importance déterminante pour la diplomatie préventive"

⁴⁴ Es necesario destacar la importancia, precisión y correcta tesis de esta Guía, que se refiere al derecho a la asistencia humanitaria, para regularlo adecuadamente, no invocarla ni intentar fundar ningún derecho de intervención o un deber de injerencia

ese carácter humanitario, debe prodigarse sin discriminación³⁹ a todos los titulares del derecho a la asistencia humanitaria.

Esta acción, es decir, la asistencia humanitaria, debe fundarse en el respeto del principio de la igualdad soberana de los Estados,⁴⁰ ser pedida o consentida por éstos,⁴¹ hecha con respeto a los principios de *humanidad, neutralidad e imparcialidad*, de manera tal que la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional no sean violadas o afectadas⁴²

Estos criterios, que coinciden con los expresados por el Secretario General de las Naciones Unidas, concuerdan también con los expuestos por el Presidente del Consejo de Seguridad, hablando en nombre de éste, el 26 de febrero de 1993.⁴³

Son, asimismo, los criterios recogidos en la excelente "Guía de los principios relativos al derecho de asistencia humanitaria", adoptada

⁴⁵ Dijo el Santo Padre "Este amplio recorrido por el escenario internacional, ya tradicional en el marco de nuestro encuentro anual, ha puesto de relieve sobre todo que el núcleo del mismo de la vida internacional no lo constituyen tanto los Estados cuanto el hombre. Comprendemos aquí que se trata, sin duda, de una de las evoluciones más significativas del Derecho de Gentes en el curso del siglo XX. El relieve que se da a la persona es la base de lo que se llama 'Derecho Humanitario'. Existen intereses que trascienden los Estados: son los intereses de la persona humana y sus derechos. Hoy como ayer, desgraciadamente, el hombre y sus necesidades están amenazados, a pesar de los textos más o menos apremiantes del Derecho Internacional, hasta el punto de que un concepto nuevo se ha impuesto durante estos últimos meses: el de 'injerencia humanitaria'. Esta expresión habla a las claras sobre el estado de precariedad del hombre y de las sociedades que éste ha constituido. Tuve oportunidad de pronunciarme sobre este tema de la asistencia humanitaria durante mi visita a la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el 5 de diciembre del año pasado. Una vez que se han intentado todas las posibilidades ofrecidas por las negociaciones diplomáticas y los procesos establecidos por las convenciones y las organizaciones internacionales y que, a pesar de ello, las poblaciones corren el riesgo de sucumbir a causa de los ataques de un agresor injusto, los Estados ya no tienen el derecho a la indiferencia'. Parece más bien que su deber es el de desarmar a ese agresor, si todos los otros medios se han mostrado ineficaces. Los principios de la soberanía de los Estados y de la no injerencia en sus asuntos internos —que conservan todo su valor— no pueden, sin embargo, constituir una pantalla detrás de la cual se tortura y se asesina. Porque de eso se trata precisamente. Desde luego, los juristas deberán seguir estudiando esa realidad nueva y afinar sus límites. De cualquier forma, como la Santa Sede suele recordar frecuentemente en las instancias internacionales en las que participa, la organización de las sociedades solo tiene sentido si se hace de la dimensión humana su preocupación central, en un mundo hecho por el hombre y hecho para el hombre" (*L'Osservatore Romano*, núm. 4, 22 de enero de 1993, p. 8).

cha asistencia, de graves conflictos bélicos internos y de beligerancia entre grupos o facciones enfrentadas, la forma de decidir la acción humanitaria y la manera y los procedimientos de llevarla a cabo, todo lo cual puede ser sumamente difícil.

Pero estas dificultades no pueden hacer que no se dé la respuesta al derecho a la asistencia humanitaria. Dependerá de la sabiduría y fineza política y jurídica de los órganos competentes de la comunidad internacional, la forma de acción que se ha de emprender o se ha de autorizar.

23 Esta acción nunca podrá ser el resultado de la voluntad de un Estado o de un grupo de Estados fuera del marco de las competencias de los organismos internacionales y del ejercicio lícito de atribuciones permitidas por el Derecho Internacional.

Podrá ser llevada a cabo directamente por los organismos internacionales competentes o por uno o varios Estados, pero en este caso con base —y con necesario fundamento— en una habilitación dada por un organismo internacional competente, según el Derecho Internacional.

Habrá de ser siempre, para ser jurídicamente lícita, humanamente cierta y éticamente aceptable, resultado de una acción ajustada al Derecho de Gentes.

24 Hoy es ineludible el reconocimiento del derecho a la asistencia humanitaria. Y a este derecho debe corresponder, para que su existencia tenga sentido, la afirmación de que hay un deber de asistir —que es también un derecho—, fundado en razones humanitarias, a cargo de la comunidad internacional, en el marco regulado por el actual Derecho Internacional.

La forma y los procedimientos de acuerdo con los cuales se ha de ejercer el deber —y el derecho— de prestar asistencia humanitaria han de evolucionar como consecuencia del momento que vive la realidad internacional y de las exigencias del progreso. Pero este proceso abierto, esta práctica fundada, en lo esencial, en acciones desarrolladas de acuerdo con o sobre la base de resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, nunca crearán un derecho consuetudinario de acuerdo con, y no en violación, de los principios fundamentales del Derecho Internacional, tal como han sido determinados en la Carta de las Naciones Unidas, es decir en la Constitución de la comunidad internacional.⁴⁶ Podrá ha-

⁴⁶ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas* Madrid 1958.

cer evolucionar, desarrollar y progresar al Derecho Internacional, dando nuevo sentido, modernizando y adaptando los textos de la Carta a las nuevas realidades y a las nuevas exigencias sin derogar normas de la Carta, en especial aquellas que expresan los principios fundamentales de la organización internacional.

25 El Derecho de Gentes es inseparable de su fundamento ético. La moral internacional está ínsita en la existencia del Derecho y en los procedimientos dirigidos a su aplicación.

La atención al sufrimiento de los seres humanos y la convicción de que hay valores superiores que atañen a la humanidad entera, y están en el fundamento del reconocimiento del derecho a la asistencia humanitaria, son criterios éticos, —inseparables del Derecho— que sustentan la necesidad actual de unir este derecho a la asistencia humanitaria al deber jurídico de actuar para responder a esas ineludibles e inaplazables necesidades humanas.

IX

26. La discutida cuestión del mal llamado “deber de intervención” o “injerencia humanitaria” ha dado lugar, además de su discusión en el plano jurídico, a importantes controversias políticas.

No entraremos, naturalmente, en ellas,⁴⁷ pero es del caso señalarlas como expresión del profundo interés actual del tema, de los diferentes criterios o puntos de vista que genera y de la coincidencia que provoca en cuanto a la necesidad de encarar la aplicación y respeto del derecho a la asistencia humanitaria con un criterio global, universal, que tenga en cuenta, primordialmente, los intereses de la persona humana y de la humanidad, con un enfoque solidarista, fundado en que hay valores primordiales que es necesario defender y que no conocen fronteras ni límites estatales.

⁴⁷ Por ejemplo, en Francia no pueden dejarse de tener en cuenta las críticas al planteamiento de la cuestión tal como se le encaro en Yugoslavia (Michel Floquet Bertrand Coq, *Les Tribulations de Bernard K. en Yougoslavie ou l'imposture humanitaire*, Albin Michel, Paris, 1993). Al tomar posesión del cargo de Ministro Delegado para la Acción Humanitaria y los Derechos Humanos, la señora Lucette Michaux-Chievy dijo el 31 de marzo de 1993: “La acción humanitaria no puede consistir en hacer caridad. Debe ser hecha de manera secreta y no puede confundirse con la injerencia política” (*Le Monde*, 2 de mayo de 1993). Véase, asimismo, Jean Christophe Rulin, *Le Piège Humanitaire. Humanitaire et Politique depuis la Chute du Mur*, Pluriel, Paris, 1986 y Pierre Hassner, “Plaidoyer pur les interventions ambiguës”, *Commentaire*, Paris, núm. 61, primavera de 1993.

UNA REFLEXIÓN SOBRE EL SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

*Chaque homme porte la forme
entière de l'humaine condition.
Montaigne, Essais, III, 2*

1. Estas páginas no constituyen un estudio dirigido a presentar el Sistema Interamericano de Protección Regional de los Derechos Humanos. En otras ocasiones he intentado realizar una descripción, ya sea con carácter general o con relación a algunas de sus características y elementos específicos y concretos. Ahora sólo deseo, basado en mi experiencia académica, en mi actividad como juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986-1990), en mi trabajo como Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1984-1989), en mis labores durante largos años como Relator Especial de la Subcomisión de Protección de Minorías y Prevención de las Discriminaciones de las Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y como Ministro de Relacio-

* Por cuanto este trabajo constituye una reflexión, en función de la realidad de hoy, sobre ideas y criterios que he sostenido reiteradamente en el pasado, he prescindido de toda cita o referencia bibliográfica. Me remito a mis libros sobre el tema de los Derechos Humanos, en los que se encuentran desarrolladas y fundadas mis ideas al respecto, con las ineludibles referencias bibliográficas: "Le Système Interaméricain comme Régime Régional de Protection International des Droits de l'Homme", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, volumen II, 1975, *La Organización Internacional del Trabajo y los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1978, 2a edición, Eudeba, Buenos Aires, 1986, *L'Organisation des États en Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, UNESCO, París, 1978, *Estudios sobre Derechos Humanos*, vol. I, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, 1985, vol. II, Editorial Civitas, Madrid, 1988, vol. III, Editorial Cuzco, 1991, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, Editorial Libro Libre, San José, 1986, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, "La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Analyse Comparative", Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, vol. VI, 1989.

nes Exteriores de mi país (1990-1993), exponer algunas breves consideraciones sobre una materia que, en sus aspectos humanos, éticos, jurídicos y políticos, constituye uno de los temas más nobles a los que puede dedicarse la actividad de un ser humano

2. Los Derechos Humanos responden necesariamente a una concepción universal. Estos Derechos emanan de la idea de la dignidad del hombre, aceptada en todas las culturas y en todas las civilizaciones.

Sin perjuicio del reconocimiento de la trascendencia de la existencia de diversas civilizaciones y culturas de diferentes religiones y de sistemas políticos, económicos, sociales y jurídicos distintos —que coexisten en un mundo que ha tomado conciencia de su integralidad—, es preciso afirmar la existencia de su respeto y protección en toda la humanidad.

Esta idea, que se encuentra ya en el fundamento de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, debe ser defendida, para evitar que ciertas tendencias peligrosas que se muestran en estos días, puedan atentar contra este principio, en la Conferencia de Viena, celebrada en junio de 1993.

La protección regional de los Derechos Humanos, tal como existe en Europa y en América, no contradice ni afecta esta concepción universal.

Los sistemas europeo y americano de protección regional de los Derechos Humanos constituyen sólo fórmulas orgánicas y procesales aplicables en un ámbito geográfico determinado, para hacer posible una protección más eficaz y más profunda de los Derechos Humanos, que todos los hombres, en todo lugar y circunstancias, poseen.

3. Los Derechos Humanos —todos los Derechos Humanos, los civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales y los “nuevos” derechos— constituyen una integralidad. Todos ellos son interdependientes y se condicionan recíprocamente.

Por eso es errado centrar la protección de los Derechos Humanos sólo en la defensa de los civiles y políticos, como es asimismo inadmisibles dejar de lado éstos en función de pretendidas exigencias del desarrollo económico.

En la concepción adoptada por el Sistema Interamericano, todos los Derechos Humanos deben estar garantizados y protegidos. A este objetivo se dirige la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos

Humanos) y el Protocolo de San Salvador relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹

4 No puede realizarse una reflexión sobre este tema sin recordar que actualmente la protección internacional de los Derechos Humanos presupone la protección nacional previa, es decir, la que resulta de la aplicación del orden jurídico nacional, y que la protección internacional —sea de carácter universal o regional— es, aunque necesaria, subsidiaria.

De aquí la necesidad de tener en cuenta que, en América, esta protección interna se basa en la existencia de sistemas constitucionales democráticos que, tanto en su vertiente anglosajona como en la latinoamericana, declaran y protegen los derechos de la persona humana, establecen sistemas procesales de protección y determinan sus garantías, considerando al hombre —al individuo— como un ser dotado de derechos innatos.

5 El régimen internacional de protección aplicable puede ser de carácter universal —es decir, el que resulta del sistema de las Naciones Unidas y, en lo pertinente, de sus organismos especializados—, o de carácter regional, que, en el caso de América, emana de la Carta de la Organización de Estados Americanos, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en lo pertinente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² y del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto sistema de protección subsidiario, todo sistema internacional requiere el previo agotamiento de los recursos internos, condición que está regulada de forma tal que esa exigencia no constituya un impedimento o una trampa para obstruir a la protección internacional.

6. En América Latina se comprende unánimemente hoy que la materia relativa a los Derechos Humanos no está reservada a la jurisdicción interna de los Estados. Es un asunto en que coexisten la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional. No puede invocarse la

¹ El Protocolo de San Salvador no está aun en vigencia. Firmado hasta hoy por 15 Estados, solo ha sido ratificado por tres (Ecuador, Panamá y Surinam)

² Al día de hoy son Estados Partes en la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela

soberanía o el principio de la no intervención para impedir el ejercicio de la protección internacional de los Derechos Humanos cuando se ejerce en el marco y en la forma determinados por el Derecho Internacional y, en especial, según los tratados o convenciones vigentes que regulan la materia

7. Aunque esta reflexión se refiere a las instituciones de protección de los Derechos Humanos en América (OEA), hay que señalar que es muy distinta la situación de los Estados Unidos y de los países de América Latina y del Caribe.

No sólo por los diferentes sistemas jurídicos —que en términos muy generales existen en los Estados Unidos, Canadá y el Caribe de lengua inglesa y en América Latina que, sin embargo, pese a sus grandes diversidades, tienen el mismo objetivo de protección de los Derechos Humanos—, sino porque los Estados Unidos no son parte ni de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ni de la Convención Americana de Derechos Humanos,³ ni puede estimarse que en breve plazo lleguen a serlo. En cambio, los países latinoamericanos lo son o lo serán en lo inmediato (con la excepción de Cuba por razones muy especiales)

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, basado en la Convención Americana (Pacto de San José), debería incluir a Estados Unidos y a Canadá —que son miembros de la OEA—, pero no los incluye, en virtud de que no son parte en la Convención Americana. Canadá es muy posible que llegue a serlo, Estados Unidos, no.

De tal modo, debido, además, a razones de hecho vinculadas con situaciones históricas, políticas, económicas, sociales y culturales, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos funciona como un sistema que no incluye en lo esencial a los Estados Unidos, pese a que este país es Estado Parte en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y miembro de la Organización, le es aplicable la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948, hay un miembro de nacionalidad estadounidense en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y hubo un juez estadounidense en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³ Los Estados Unidos firmaron la Convención Americana en 1977, pero el Senado no ha dado aún su acuerdo constitucional necesario para la ratificación. Nada permite esperar que en los próximos años esta ratificación se produzca.

8. En los países latinoamericanos se acepta unánimemente la aplicación directa en el Derecho Interno del Derecho Internacional en los Derechos Humanos de base convencional. Este extremo de excepcional importancia, en especial por las consecuencias de la aplicación directa en la esfera interna de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se efectúa con diferentes modalidades en cuanto a la jerarquía normativa interna de los tratados de Derechos Humanos ratificados o en vigencia (para algunos países tienen rango constitucional o supraconstitucional, para otros supralegal y para otros jerarquía legal).

9. No sólo del Estado provienen las violaciones de los Derechos Humanos. El Estado es —mejor aún, debe ser— la primera y esencial forma de promoción, respeto y garantía de los Derechos Humanos. Pero, asimismo, el Estado ha sido la fuente principal de las violaciones de los Derechos Humanos. Sólo en el Estado democrático, en el Estado de Derecho, se encuentra una actividad estatal dirigida a garantizar y no a violar los Derechos Humanos. Esto no quiere decir, naturalmente, que en el Estado democrático no se encuentren, no existan, violaciones de los Derechos Humanos. Pero son, no la expresión de una política, una consecuencia de la forma de Estado, sino expresiones del hacer de personas, en violación del Derecho y del sistema político, que se imputan al Estado en cuanto a su responsabilidad internacional.

10. Todos los sistemas internacionales existentes de protección de los Derechos Humanos se organizan sobre la base de responsabilizar internacionalmente al Estado por las violaciones de los Derechos Humanos cometidas en el ámbito de su jurisdicción.

Del mismo modo que aún no hay una responsabilidad penal internacional, ante una jurisdicción no estatal, pues los delitos que tipificados como tales constituyen una violación de los Derechos Humanos, no existe tampoco un régimen internacional al que se pueda recurrir contra las violaciones de los Derechos Humanos cometidas como consecuencia, por ejemplo, del terrorismo o del narcotráfico, para responsabilizar a sus autores, coautores o cómplices.

11. Pero el hecho de que sólo el Estado puede ser responsabilizado internacionalmente por la violación de los Derechos Humanos —ya que la obligación internacional del Estado es “respetar los derechos y las libertades” y “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), no significa desconocer que hoy, en América Latina, en la actual situación existente, superadas las dicta-

duras militares, las violaciones más graves a los Derechos Humanos provienen del terrorismo y del narcotráfico.

Este extremo es fundamental y no puede olvidarse —y es inexcusable que se deje de lado— en la lucha por los Derechos Humanos en Latinoamérica.

12. Esta gravedad actual —gravedad creciente— de la criminalidad internacional directamente relacionada con los Derechos Humanos (terrorismo, narcotráfico, crímenes de guerra, en especial en los conflictos bélicos internos, etcétera), obliga a completar el sistema regional actual de protección de los Derechos Humanos, con un régimen que haga posible la responsabilidad penal internacional, ante un órgano jurisdiccional, por la comisión de delitos internacionales tipificados convencionalmente como tales.

Sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por las violaciones de los Derechos Humanos cometidas en el ámbito de su jurisdicción, es preciso que las personas físicas culpables de gravísimos atentados contra los Derechos Humanos, especialmente calificados como crímenes o delitos, puedan ser llevados ante una jurisdicción internacional, si no han sido penalizados en el orden interno o en ciertas circunstancias especiales, para recibir la pena consiguiente.

Sin este complemento, el sistema regional americano, aunque ya relativamente apto —y sin olvidar sus necesarios desarrollos y perfeccionamientos futuros—, no alcanzará la eficacia que los tiempos actuales, y sobre todo el futuro, requieren.

13 Para que los Derechos Humanos sean una realidad se requieren condiciones materiales, presupuestos de hecho, que aseguren que sean no solamente fórmulas jurídicas fundadas en el derecho vigente, sino verdades vitales

14. Hay en primer lugar condiciones políticas. En el Sistema Interamericano los Derechos Humanos sólo pueden existir realmente en la democracia, y sólo puede haber democracia cuando se respetan plenamente los Derechos Humanos. Derechos Humanos y democracia son conceptos entrañablemente unidos y coordinados recíprocamente. Este criterio, que resulta de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y por la doctrina. Pero hay que destacar que es, asimismo, el resultado de la experiencia histórica y política. La evolución hacia la democracia es hoy, con sus dificultades y problemas, una tendencia real de la situación política de América Latina.

Actualmente, con algunas excepciones muy concretas, la democracia impera en América Latina. Quedaron atrás los años sombríos de la década de los setenta y murieron los regímenes conculcadores sistemáticos de los Derechos Humanos. Hay que adaptar el funcionamiento del sistema de protección regional de los Derechos Humanos a esta nueva realidad, comprendiendo que hoy se impone la reconciliación para acabar con los odios del pasado y para asegurar la supervivencia firme de los regímenes democráticos, nacidos de complejas situaciones de transición. Asimismo, esto implica comprender que en todo gobierno, incluso en los mejores y más puros regímenes democráticos, hay violaciones a los Derechos Humanos, no sistemáticas ni globales, no como expresión de una política, pero sí como hechos resultantes del hacer, como condenables expresiones de antijuridicidad, que han de ser encaradas como tales por el orden jurídico, tanto interno como internacional.

15. Existen, en segundo término, condiciones sociales. La realidad de los Derechos Humanos exige sociedades relativamente homogéneas, sin marginaciones, igualitarias, sin discriminaciones, fundadas en padrones comunes de tolerancia y de respeto. En América Latina, o por lo menos en muchos lugares de América Latina, estas condiciones no existen. De aquí surgen muchos de los problemas de los Derechos Humanos en la región. Pero hay una tendencia positiva, una gradual evolución y, sobre todo, la conciencia de la existencia del problema. La pobreza crítica, la marginalización, la falta de servicios para la protección de la salud y de una adecuada seguridad social, así como el fenómeno gravísimo de las poblaciones indígenas, son cuestiones que en muchas regiones —aunque hay extensas zonas en que estos fenómenos no se dan— hacen muy difícil y condicionan negativamente, la verdadera existencia de los Derechos Humanos.

16. En especial hay que destacar el problema de las poblaciones indígenas. No es un problema que existe en toda América Latina, pero en cuatro o cinco países tiene una gravedad determinante.

Esas poblaciones, marginalizadas, no integradas al Estado nacional, con lengua, religión, costumbres, sistema jurídico y tradiciones distintas a las del Estado en que viven, y en el que a veces son mayoría, —generalmente sumergidas en lamentables condiciones económicas, de alimentación, sanitaria y educativas— constituyen elementos negativos a la existencia de una realidad de los Derechos Humanos, de todos, igualitariamente y sin discriminación.

Hasta que una solución no se logre o esté encaminada, no puede hablarse de la existencia de una realidad de respeto de los Derechos Humanos en toda América Latina, sino tan sólo en algunas partes de Latinoamérica

17. La situación social mejora lentamente. Su solución, que está unida al progreso jurídico, económico y cultural, habrá de permitir, en su momento, el cambio de la situación real de los Derechos Humanos en Latinoamérica

18. En tercer lugar, se requieren condiciones económicas. Sin estas condiciones, que aseguren un desarrollo sustentable, y la capacidad de vencer la pobreza crítica y que permitan una vida digna, los Derechos Humanos no pueden ser una realidad. Un crecimiento económico generalizado —que no se concentre sólo en grupos privilegiados, generando así mayor desequilibrio y confrontación social— es posible. Después de la década perdida, América Latina ha entrado ahora en un periodo de crecimiento económico que permite avizorar mejores horizontes. Si la tendencia de crecimiento existente hoy se mantiene, se habrá de producir un cambio positivo de todas las condiciones económicas que se reflejará en lo social y se manifestará —teniendo en cuenta la situación política democrática existente— en un mejoramiento de hecho de la realidad de los Derechos Humanos en América Latina.

19. En cuarto lugar, las condiciones culturales, que no pueden dejarse de lado en este enfoque del tema de los Derechos Humanos en Latinoamérica.

La realidad de los Derechos Humanos supone una cultura de los Derechos Humanos, opuesta a la intolerancia, al odio y a la violencia. Estos extremos negativos, que han existido y existen aún en América Latina, en ciertos sectores, regiones y momentos, persisten todavía en algunos lugares. En ellos encontró campo fértil la negativa teoría de la seguridad nacional, que predominó en los momentos de crisis democrática de los años setenta. Hoy todo esto está en proceso de superación. Una cultura de la tolerancia y de la comprensión está en camino de aceptación general. Sin una cultura de los Derechos Humanos y sin una cultura de la paz, los Derechos Humanos no pueden ser una realidad.

Pero, además, las condiciones culturales exigidas por la democracia requieren la erradicación del analfabetismo y una capacidad general de aceptación de los valores de la dignidad humana, de la libertad y de la convivencia democrática.

El camino a recorrer a este respecto es largo y difícil. Pero lo que se ha logrado en algunos países latinoamericanos que lo han emprendido, es el mejor ejemplo de lo que puede y debe lograrse.

20 El juridicismo latinoamericano —que tanto mal hizo, pese al sano idealismo que lo inspiraba— está en franco retroceso.

Hoy todos comprenden que la norma, el sistema normativo, es importante, es necesaria y es imprescindible. Pero que no es todo. El Derecho debe aplicarse a una realidad y sólo alcanza su verdadero fin cuando su ejercicio es una verdad e incide efectivamente en esa realidad. Derecho y realidad en materia de Derechos Humanos en América Latina no pueden ser campos separados y opuestos

No basta con sistemas internos e internacionales de protección a los Derechos Humanos. Éstos son necesarios. Son indispensables. Pero hay que aplicarlos con firme decisión, en el marco de políticas generales, democráticas y efectivas, para mejorar las condiciones económicas, sociales y culturales.

El objetivo es que los Derechos Humanos sean una verdad vital. Éste es el gran desafío para el siglo XXI. Y no es tarea sólo para juristas e internacionalistas. Todos estamos involucrados y todos debemos participar en esta tarea.

21 El regionalismo americano en materia de protección internacional de los Derechos Humanos reposa en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero como todavía todos los Estados americanos no son parte en la Convención Americana, es preciso tener en cuenta también el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que los Estados no Parte en la Convención poseen asimismo el deber de respetar los Derechos Humanos enunciados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el órgano de control respecto de ellos —sin perjuicio de las competencias que este mismo órgano tiene con referencia a los Estados Parte— es la Comisión Interamericana.

22 El regionalismo americano referido a los Derechos Humanos, compatible y armonizable con el sistema internacional universal de las Naciones Unidas, es uno de los tres sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos hoy existentes en el mundo con base convencional: Europa, América y África.

El Sistema Interamericano establecido por la Convención Americana es análogo al sistema europeo. Los derechos protegidos son, en li-

neas generales, los mismos y el régimen orgánico y procesal de protección es similar

Sin embargo, más allá de la comparación jurídica de los textos y de la consideración de la distinta membresía entre los casos europeo y americano (con respecto a la relación entre los que pertenecen a la Organización, la situación de las partes en las Convenciones y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte en las dos Convenciones),⁴ es necesario tener en cuenta todas las consecuencias que se derivan de las hondas diferencias económicas, sociales y culturales, entre la realidad latinoamericana y la realidad europea.

23 Para que los Derechos Humanos sean una verdad en el futuro de América —y aunque esta reflexión se refiere al Sistema Interamericano que incluye a los Estados Unidos y Canadá, queremos referirnos ahora expresamente a América Latina—, se requiere en primer término la continuidad del actual proceso de cambio político, económico, social y cultural.

Se necesita que la democracia política se afirme y se profundice, que se asegure su continuidad sin crisis de ruptura, se requiere que el terrorismo sea vencido con medios democráticos y se precisa que las poblaciones indígenas se integren al sistema político y no constituyan grupos discriminados y/o marginados, que se consideran a sí mismos como elementos extraños al Estado nacional moderno, excluidos y explotados desde el siglo XV hasta nuestros días.

Se requiere el progreso económico, la eliminación de la pobreza extrema, del desempleo masivo y de la marginación de amplios sectores humanos del proceso económico.

Se necesita el desarrollo social, la redoblada lucha contra la injusticia, la miseria, la explotación y la insalubridad.

Se precisa el progreso cultural. No sólo para vencer al analfabetismo y abrir a todos las posibilidades de acceder a la cultura y a la modernidad, sino también para poder fundar una cultura de los Derechos Humanos, en la que la tolerancia detenga la violencia y el odio y en la que

⁴ En efecto, la democracia predomina en toda América Latina. La eficaz acción de la OEA en Perú y Guatemala, junto al factor indispensable de lucha de los pueblos, ha permitido revitalizar el proceso democrático. En Haití, con la acción mediadora de las Naciones Unidas y de la OEA, se logró restablecer el proceso democrático. En muchos países, entre otros Venezuela, los intentos de desestabilización o de ruptura del orden constitucional han fracasado. La diferencia es enorme si se le compara con lo que ocurría en décadas pasadas.

todos conciban como posible la convivencia en la libertad y en la discrepancia, bajo instituciones democráticas que aseguren el gobierno de la mayoría, los derechos y la participación de las minorías, el respeto de la voluntad del pueblo y la vida y la seguridad de todas las poblaciones

Para todo esto se requieren Estados democráticos justos y modernos, capaces de impulsar el bien común y de hacer posibles las condiciones en las que las fuerzas sociales y económicas puedan actuar hacia el objetivo de un Estado no hipertrofiado, pero eficaz: un Estado Social de Derecho.

24 Jurídicamente se necesita, en lo internacional, que todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos sean parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si Estados Unidos no lo hace, hay que asimilar este extremo y extraer de él todas sus consecuencias. Pero Canadá tiene que ser parte y Cuba, rescatada para la democracia, en paz y por obra de su pueblo, deberá también serlo.

Es necesario que todos los Estados reconozcan la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.⁵

25. En el Derecho, en la actuación de jueces internacionales independientes, que sepan, comprendan y apliquen el Derecho, está la mejor garantía de la protección de los Derechos Humanos. La más eficaz protección de los Derechos Humanos es la que resulta del funcionamiento de tribunales o cortes internacionales, órganos jurisdiccionales, que apliquen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los órganos políticos o constituidos por expertos, pero no jurisdiccionales, pueden ayudar a complementar, pero jamás a sustituir a la protección jurisdiccional.

26 La Comisión ha cumplido un gran papel en la promoción y protección de los Derechos Humanos en América en general y, en especial, en América Latina. Entre 1960 y 1978 fue el único órgano existente en el Sistema Interamericano. Su obra fue excepcional. Integrada por grandes personalidades, independientes y enérgicas, de só-

⁵ En América, la Organización de Estados Americanos tiene 33 Estados miembros. Son parte en la Convención de San José 24 Estados. Y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, 15 Estados. En deseable hipótesis los tres números (Estados miembros de la OEA, Estados Parte de la Convención y Estados que han reconocido la competencia de la Corte) deberían coincidir. Pero ello, por el momento, es políticamente imposible.

lida formación jurídica, su trabajo fue valioso e inició de la nada, una tradición invaluable. Esta tarea se proyectó positivamente —dentro de las limitadas posibilidades existentes, condicionadas por las realidades económicas y sociales— en la situación de los Derechos Humanos. Pero, sobre todo, preparó a la opinión pública y a los gobiernos para asimilar luego un sistema internacional regional, de base convencional, de protección de los Derechos Humanos

A partir de 1978 —entrado ya en vigencia el Pacto de San José— la Comisión fue uno de los dos órganos de protección. Pero, para los Estados americanos no parte en la Convención, entre ellos Cuba, Estados Unidos, Canadá y muchas islas del Caribe, y para los Estados Parte que aun no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte (entre otros, Brasil, México, Bolivia, Haití, El Salvador, Jamaica), la Comisión sigue siendo el único órgano de protección regional

En cambio, para 15 Estados, este sistema resulta de la acción conjunta, que debe ser coordinada y armónica, de la Comisión y de la Corte

El trabajo coordinado de estos dos órganos no ha sido fácil de iniciar ni de desarrollar

La dificultad de adaptación de la Comisión a su nuevo papel, de aplicación estricta de la Convención, el desnivel jurídico entre la labor de la Comisión y de la Corte —integrada ésta por hombres de Derecho, estrictos y precisos—, y la diferencia en sus métodos de trabajo, basados en el estudio y la redacción personal por parte de los jueces en el caso de la Corte, resultado casi siempre de la actuación de la burocracia secretarial en la Comisión, ha creado no pocos problemas.

En la superación de estos problemas y en el trabajo de ambos órganos en el marco estricto de la Convención, es decir, en el respeto del Derecho Internacional, en la objetividad, en el equilibrio y en la independencia, sabiendo estar por encima de ciertos requerimientos gubernamentales, pero también de los poderosos grupos de presión no gubernamentales que desean influir, está uno de los elementos del desarrollo —además de los extremos jurídicos indicados en el párrafo 24—, eficaz y correcto, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

27 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida como consecuencia de la entrada en vigencia de la Convención, en 1978, pero que, de hecho, comenzó sus labores sólo años después, ha tenido una actuación de importancia dominante para la protección de los Derechos Humanos en la región

Mediante el ejercicio de su competencia consultiva, expresada hoy por 12 opiniones solicitadas en algunos casos por Estados Miembros de la Organización y, en otros, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha fijado los criterios interpretados fundamentales respecto de la Convención Americana, que no pueden comprenderse ni aplicarse hoy sin conocer ni tener en cuenta lo que la Corte ha dicho

Y por medio de su competencia contenciosa, que comenzó a ejercer mucho más tarde, ya que requiere el previo reconocimiento expreso de la misma por los Estados Parte de la Convención, ha fijado en múltiples casos y continuará haciéndolo en el futuro, como consecuencia de los fallos que se han de pronunciar en los asuntos que tiene para sentencia, la responsabilidad de los Estados Parte, denunciados por la Comisión o por otros Estados Parte, por la alegada violación de los Derechos Humanos

Esta acción de la Corte, a través de las dos vertientes de su competencia (la consultiva y la contenciosa), constituye hoy la mejor expresión de los avances jurídicos del sistema regional americano de protección internacional de los Derechos Humanos

28 A la Corte Interamericana en el ejercicio de su competencia contenciosa, pueden acceder los Estados o la Comisión Americana, como última etapa del proceso de protección regional. Su fallo es definitivo e inapelable y los Estados están obligados a cumplirlo

La etapa de la Comisión es necesariamente previa a la de la Corte. A la Comisión, órgano no jurisdiccional, cuyos informes no tienen carácter de sentencias, pueden presentar comunicaciones o peticiones relativas a violaciones de Derechos Humanos, no sólo las víctimas de estas violaciones, sino también cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, y los Estados Parte. Este régimen, amplio y generoso es un ejemplo en el Derecho Internacional

29. En términos generales la Convención Americana constituye una buena base para el desarrollo de la protección regional de los Derechos Humanos en América.

No se han encontrado dificultades mayores en su aplicación y no es necesario, por ende, encarar una reforma importante de su sistema orgánico y procesal de protección. Su complemento por medio de protocolos, como el de San Salvador, relativo a los derechos económicos,

sociales y culturales, permite su actualización y la ampliación de los derechos enunciados y protegidos

Es lo que la Comisión y la Corte sostuvieron en la nota del 16 de noviembre de 1992 dirigida al Presidente del Consejo Permanente de la OEA.

Sin embargo, no puede olvidarse que la equivocada redacción de los artículos 40, 50 y 51 de la Convención, resultado de la errónea adaptación de los artículos 30, 31 y 32 del Convenio Europeo, así como la inexistencia de un órgano análogo al que en el sistema europeo desempeña un papel importante (el Comité de Ministros), son cuestiones que han creado problemas y es posible que los sigan creando en el futuro.

Ello significaría, en su momento, una reforma a su respecto de la Convención, destinada a que la última etapa de la actividad de la Comisión Interamericana, y su entronque con el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte, sea objeto de normas precisas, claras y operativas

30 En el funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos desempeñan un importante papel las organizaciones no gubernamentales, de actuación nacional o internacional, dedicadas a los Derechos Humanos. No sólo por su labor para presentar denuncias o peticiones ante la Comisión Interamericana, sino por su participación en el procedimiento ante la Comisión y, con limitaciones procesales emanadas de la Convención, también ante la Corte Interamericana

Pese a las exageraciones que a veces pone de manifiesto su actuación, a pesar de la pasión con que trabajan, justificada muchas veces, pero que quita objetividad a su labor, pese a la satanización del Estado que cultivan en general, con la injusticia de no reconocer que el Estado democrático de Derecho constituye la mejor garantía de los Derechos Humanos en América Latina, esas organizaciones no gubernamentales son el mecanismo motor indispensable para el funcionamiento del sistema

Hay que saber lo que son y lo que significan —hay que situarlas—, pero hay que reconocer que sin ellas la protección regional de los Derechos Humanos carecería de un elemento esencial

31 La Corte Interamericana no ejerce una jurisdicción de tipo penal dirigida a castigar a los individuos que han cometido violaciones de los Derechos Humanos. Su competencia contenciosa está encaminada a determinar la responsabilidad de los Estados por las violaciones de los

Derechos Humanos Su competencia contenciosa está dirigida a fijar la responsabilidad de los Estados por las violaciones cometidas en el ámbito espacial de su jurisdicción⁶

La cuestión de la responsabilidad penal internacional por violación de los Derechos Humanos es un asunto abierto al futuro, y que hoy sólo conoce un principio de regulación con el establecimiento por el Consejo de Seguridad del Tribunal para juzgar los delitos contra los Derechos Humanos cometidos en la ex Yugoslavia Pero este Tribunal, aunque creado, no ha comenzado aún a funcionar y no puede admitirse que en el futuro esta materia sea atribuida a tribunales que actúen *ex post facto*

El tema, de evidente interés para el futuro de la protección internacional de los Derechos Humanos, es por el momento únicamente una posibilidad que quizás se concrete en el mañana

32. Es preciso para el futuro del Sistema Interamericano que, el Protocolo de San Salvador, relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sea ratificado y entre en vigencia

33. Es necesario que todos los Derechos Humanos, declarados y protegidos internacionalmente a nivel regional, y que lo están también a nivel universal, se incluyan en un régimen, que hay que reelaborar y perfeccionar, de adecuada coordinación del universalismo y del regionalismo, evitando superposiciones orgánicas y procesales, pero permitiendo la armónica suma de las garantías y, por ende, la eficacia mayor de los regímenes de protección.

34. Se requiere, finalmente, incluir todo esto en una nueva y renovada visión temática de los Derechos Humanos, que tenga en cuenta a los nuevos derechos, por ejemplo, el derecho al desarrollo, el derecho a la libre determinación, el derecho a la paz, el derecho a la asistencia humanitaria y, entre ellos, el derecho al medio ambiente, expresión actual del núcleo mismo del primero de los derechos el derecho a vivir. Sin un ambiente sano y ecológicamente equilibrado no puede ha-

⁶ Como ya dijimos 15 Estados han reconocido esta competencia. Lo han hecho en las siguientes fechas: Argentina, 5/9/84, Colombia, 21/6/85, Costa Rica, 2/7/80, Chile, 21/8/90, Ecuador, 24/7/84, Guatemala, 9/3/87, Honduras, 9/9/81, Nicaragua, 12/2/91, Panamá, 9/5/90, Paraguay, 26/3/93, Surinam, 12/11/87, Trinidad y Tobago, 26/5/91, Uruguay, 19/1/85 y Venezuela, 24/6/81. Barbados, Bolivia, Brasil, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Jamaica, México y República Dominicana, integrantes de la Convención, no han reconocido todavía la competencia contenciosa de la Corte.

ber vida. Y sin vida, y sin conciencia de la vida, no puede haber ni Derecho ni derechos

35. Por último, es preciso comprender que todo esto, el esfuerzo para sustentar lo que deseamos que sea la situación de los Derechos Humanos en el siglo XXI, supone necesariamente una base filosófica y un fundamento ético. Implica una concepción del hombre, la conciencia moral de su dignidad y la convicción de que sin la protección y defensa de estos valores supremos no es concebible, de una manera que valga la pena, el mundo de mañana.

TRIBUNALES INTERNACIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES EL MODELO INTERAMERICANO Y EL MODELO EUROPEO*

He estudiado este tema en mis libros “La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l’Homme, Analyse Comparative”, Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, tomo 213, 1989, VI, Nijhof, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991; *Estudios sobre Derechos Humanos*, I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985; *Estudio sobre Derechos Humanos*, II, Civitas, Madrid, 1988; *Derechos Humanos*, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Editorial Cuzco, Lima, 1991

I

Introducción

1 El análisis del tema que he de desarrollar supone necesariamente la precisión de ciertos conceptos y criterios previos, imprescindibles para situar la cuestión, integrándola en la materia general de los Derechos Humanos y de su protección internacional, tal como se presenta hoy y como se puede pensar —y desear— que se dé en el mañana

Desde ya —aún antes de enumerar estos conceptos y criterios preliminares— debo decir que, a mi juicio, la protección internacional de los Derechos Humanos, sea a nivel universal o regional, es incompleta y no puede ser plenamente eficaz, si no culmina, o no puede llegar a culminar, con la protección a cargo de una Corte o Tribunal que aplique con independencia, sólo en función del Derecho y de su objetivo de justicia, las normas y los principios jurídicos pertinentes.

La protección internacional basada en la acción de órganos políticos, en el funcionamiento de cuerpos integrados por expertos, pero

* Trabajo preparado como relator de la Conferencia de Presidentes de Cortes Supremas de España, Portugal e Iberoamérica, Madrid, 4-7 de octubre de 1993

que no poseen carácter jurisdiccional, o en novedosas figuras, como puede ser la de un Alto Comisionado de los Derechos Humanos, es útil e importante. Hay que bregar por la creación de órganos de ese tipo y cuando ya existen, por su desarrollo y fortalecimiento

Pero jamás esas fórmulas de tipo político o semipolítico constituirán un régimen plenamente eficaz, adecuado a los requerimientos de hoy y, sobre todo, a las previsibles exigencias del mañana

Por eso no creo que se pueda concebir la acción eficaz y el progreso efectivo de la protección internacional de los Derechos Humanos, especialmente en su forma regional, sin la actuación de órganos jurisdiccionales, integrados por magistrados independientes, que apliquen el Derecho en función de la justicia

2. Para que exista la posibilidad de creación de estos órganos jurisdiccionales de protección internacional de los Derechos Humanos. —y en especial para que esa acción pueda ser exitosa— se requiere, como luego precisaremos, condiciones que no se dan todavía hoy ni a nivel universal ni en todas las regiones del mundo. El sistema jurisdiccional internacional regional de protección sólo existe actualmente en Europa y en América. Y no parece posible que, en lo inmediato, esta fórmula jurisdiccional pueda aplicarse universalmente ni a los países de la cuenca del Pacífico, ni a los de Asia y África. Sin embargo, esta extensión del sistema jurisdiccional de protección debe mantenerse como un objetivo general, para concretarlo y realizarlo cuando sea posible

II

Conceptos Preliminares

3. Entremos ahora al tondo exponiendo los criterios o conceptos que, estimo, es necesario señalar con carácter preliminar.

4 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se confunde necesariamente con el Derecho de los Tratados

Como en todo el Derecho de Gentes, los tratados no son la única fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Pero en este caso, y sin perjuicio de la consideración de todas las fuentes a que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hay que tener en cuenta, además, dos elementos adicionales

Primero. Que la obligatoriedad universal y regional del respeto de los Derechos Humanos resulta de la Carta de las Naciones Unidas —que es cierto que es un tratado multilateral, pero que lo es también de la Constitución de la comunidad internacional—, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Estos dos últimos instrumentos no son tratados, no son convenciones multilaterales, pero su obligatoriedad, hoy indiscutible, resulta de su carácter declarativo de obligaciones aceptadas por la comunidad internacional, a los niveles universal y regional. La idea de que sólo establecen principios políticos u obligaciones morales y no deberes jurídicos, es algo ya obsoleto e inaceptable. Son documentos que cristalizan una obligatoriedad, emanada de los principios fundamentales que proclaman y de una aceptación general y reiterada, que les ha dado fuerza consuetudinaria, como fuentes no convencionales de Derecho Internacional.

Segundo. El carácter de *ius cogens*, es decir, de Derecho imperativo, que posee el deber de respetar y garantizar los Derechos Humanos.

Sin perjuicio de la importancia de las fuentes convencionales —de los tratados en materia de Derechos Humanos—, los instrumentos de este tipo no agotan el Derecho Internacional relativo a la cuestión. Con tratados o sin ellos, un Estado, sea parte o no, por ejemplo, de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, está obligado, ante el Derecho Internacional, a respetar y garantizar los Derechos Humanos.

Naturalmente, lo que acaba de decirse no significa desconocer la utilidad de la existencia de tratados en esta materia, que prevean y concreten las obligaciones de los Estados respecto de los Derechos Humanos y que establezcan los mecanismos y sistemas orgánicos y procesales para su protección y defensa.

5. La protección internacional de los Derechos Humanos puede ser de carácter universal o de carácter regional. Universalismo y regionalismo no son fórmulas opuestas ni excluyentes en la materia.

Por el contrario, como se entiende hoy unánimemente, se complementan. Su necesaria armonización y coordinación es un elemento importante para mejorar y ahondar la protección internacional de los Derechos Humanos. En Europa y en América —y en cierta forma en África, aunque de una manera aún embrionaria y limitada— la existencia de sistemas regionales, de base convencional, de protección regional, exige e impone su coordinación armónica en el sistema universal de protección basado en la acción de las Naciones Unidas.

6 Los Derechos Humanos que deben ser garantizados y protegidos son todos los Derechos Humanos —de los que son titulares todos los seres humanos, todas las personas—, los civiles y los políticos, los económicos, sociales y culturales y los llamados nuevos Derechos Humanos, denominados, por algunos, de la tercera generación.

Todos los Derechos Humanos, que constituyen una globalidad integral, son interdependientes y se condicionan recíprocamente.

La forma de su protección y los procedimientos por medio de los cuales esta protección se ejerce podrá ser distinta, en función de los diferentes caracteres de cada "generación" de derechos. Pero todos deben ser garantizados y protegidos por sistemas institucionales —universales o regionales—, adecuados y conducentes.

7 Estos derechos no son creados ni por el Derecho Internacional ni por el Derecho Constitucional. Nacen de la dignidad humana. El Derecho, Interno e Internacional, sólo los garantiza y protege.

8 Los Derechos Humanos constituyen un valor en sí mismos. Emanación de la dignidad eminente de todos los seres humanos; su efectividad, su respeto, su garantía y su protección no pueden estar subordinados a exigencias políticas ni a imperativos económicos. Afirmar que el respeto de los Derechos Humanos se ha de dejar para cuando las crisis se superen, para cuando se haya alcanzado un determinado grado de cultura y de estabilidad políticas o para cuando se haya logrado el desarrollo económico, es inadmisibles. Esa intolerable y errónea afirmación equivale a negar, desconocer y despreciar los Derechos Humanos, conculcándolos y hollándolos.

9. La existencia de regímenes regionales de protección de los Derechos Humanos no afecta la necesidad ni la realidad de una concepción universal de la naturaleza y de los elementos constitutivos de estos derechos, así como de su carácter y extensión. Esta concepción universal —que emana de la idea de dignidad humana común a todos los hombres y a todas las civilizaciones y culturas que merezcan el nombre de tales— es esencial para el presente y el futuro de los Derechos Humanos.

Las diversidades regionales y las diferencias culturales y religiosas pueden permitir formas orgánicas y procesales distintas. Pero ello no afecta, no puede ni debe afectar, la concepción universal de los derechos ni los principios en que se funda la acción internacional para salvaguardar y proteger los Derechos del Hombre.

En Europa y en América, los sistemas regionales de protección, fundados en convenciones absolutamente compatibles con la existencia

de una concepción universal de los Derechos Humanos, constituyen regímenes convencionales dirigidos a lograr una protección más eficaz, más directa y más inmediata, fundada en el funcionamiento de sistemas en los que es posible una mayor efectividad, en especial, por la existencia de una acción jurisdiccional —a cargo de una Corte o Tribunal integrado por jueces independientes—, lo que no existe a nivel universal y que no se presenta tampoco en el sistema regional africano.

10. La protección internacional de Derechos Humanos, sea a nivel universal o a nivel regional, requiere aceptar una idea actual y moderna de lo que es la soberanía y de lo que significa hoy el dominio reservado y la no intervención

La soberanía no es ya poder estatal absoluto e ilimitado. La soberanía es el carácter del poder estático que lo hace supremo en el ámbito espacial del Estado en que se ejerce, pero sometido al Derecho y a la justicia. La soberanía de cada Estado coexiste y está limitada por la soberanía de los otros Estados, integrantes todos de una comunidad, y está condicionada y regulada por el Derecho Internacional

La soberanía, en la acepción antigua y obsoleta, se proyectaba en la existencia de un dominio reservado de una jurisdicción interna, que no podía ser alcanzada por el Derecho Internacional. Hoy ese dominio reservado y esa jurisdicción interna, así concebidos, no existen más. No hay un dominio reservado o una jurisdicción interna *ad materiam*. El límite entre ese dominio o esa jurisdicción, cambiante y movable, está determinado por el Derecho Internacional que lo fija de acuerdo con las condiciones y circunstancias del momento histórico. Pero, naturalmente, ese límite está determinado por el Derecho Internacional, válido y vigente, y no por la voluntad política de un Estado o de varias potencias en función de sus intereses y de sus objetivos individuales o colectivos, que no son necesariamente los de la comunidad internacional en su conjunto.

La grandeza o el poder, sea de la naturaleza que fuere, de una o varias grandes potencias, no se confunde con la voluntad de la comunidad internacional ni necesariamente con los intereses de la humanidad.

Los Derechos Humanos, en el estado actual de evolución del Derecho Internacional y de la realidad, no forman parte del dominio reservado o de la jurisdicción exclusiva o esencialmente interna.

Constituyen una materia en que coexisten la jurisdicción interna y la internacional, en función de su mejor garantía y protección.

De tal modo, no es posible invocar la soberanía, ni la jurisdicción interna o el dominio reservado, para impedir la acción internacional de garantía o protección de los Derechos Humanos, siempre que ésta se ejerza en la forma determinada por el Derecho Internacional, en función de los objetivos y los fines en virtud de los cuales existe hoy esta jurisdicción internacional.

No constituye intervención —y por lo tanto actividad lícita condenada por el Derecho de Gentes— el ejercicio de competencias internacionales para la defensa y protección de los Derechos Humanos, en el marco de lo que puede hacerse según el Derecho Internacional.

11 Actualmente, la protección internacional de los Derechos Humanos es, tanto a nivel universal como regional, subsidiaria de la protección interna o nacional

Los Estados tienen, ante el Derecho Internacional, el deber jurídico de garantizar y proteger los Derechos Humanos

Es a ellos a los que corresponde, en primer término, su protección con base en la aplicación del Derecho Interno.

Si esta protección no se ha ejercido, o se ha ejercido en forma incorrecta o si no ha dado cumplimiento al deber de garantizar esos derechos, sin violarlos e impidiendo su violación, entra a jugar la protección internacional

De tal modo la protección internacional es subsidiaria de la protección interna. El criterio de la subsidiaridad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —que tiene hoy un sentido totalmente distinto del ambiguo principio de la subsidiaridad en el Derecho Comunitario Europeo— constituye así un criterio esencial para comprender el sentido y la forma de ejercicio de la protección internacional de los Derechos Humanos.

La subsidiaridad implica la necesidad del agotamiento previo de los recursos internos

Esta exigencia existente a nivel universal y regional, en Europa, en América y en África, se interpreta hoy en un sentido flexible y lato, de acuerdo con el Derecho Internacional, para evitar que un formalismo excesivo —que no tenga en cuenta las denegatorias de la justicia, la imposibilidad de hecho o de derecho de acceder a la protección interna o los retardos injustificados e irracionales de la justicia interna—, impida el acceso a la garantía de la protección internacional subsidiaria.

Todo esto ha significado un cambio muy importante en conceptos jurídicos tradicionales. Por ejemplo, la cosa juzgada interna, en materia de Derechos Humanos, ya no es más expresión de la verdad jurídi-

ca inmutable. Es sólo un presupuesto procesal requiendo para acceder a la protección internacional que, en los casos en que exista, como en Europa y en América, una etapa jurisdiccional, puede hacer posible que la Corte o el Tribunal internacional regional, europeo o americano, juzgue y falle de manera contraria a los casos resueltos judicialmente en el ámbito interno.

12. En el estado actual de la situación internacional, puede decirse que la promoción, garantía y protección de los Derechos Humanos se intenta lograr por medios o procedimientos políticos, cuasijurisdiccionales y jurisdiccionales

Los procedimientos o medios políticos existen o pueden existir a nivel universal o regional. La acción de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización y las conferencias de Derechos Humanos (Teherán 1968 y Viena 1993) son, entre otros, ejemplos de este posible enfoque político. Esta acción es indispensable, es el motor necesario, pero, sin perjuicio de los elementos positivos e insustituibles, tiene aspectos negativos, consustanciales con el enfoque político, que lleva a incluir en el tema de los Derechos Humanos elementos ajenos a ellos y a introducir criterios de valoración selectivos y motivaciones metajurídicas

Los medios o procedimientos no políticos, pero que tampoco llegan a tener una estricta y precisa naturaleza jurisdiccional, son sumamente importantes y constituyen hoy un necesario complemento de los sistemas de tipo político, tanto a nivel universal como regional. Los órganos constituidos por expertos, designados a título personal, aunque a propuesta de los gobiernos, podría decirse que ejercen una actividad cuasijurisdiccional. A nivel universal, el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los Comités de otras Convenciones de las Naciones Unidas en la materia (Discriminación Racial, Tortura, etcétera), ciertas formas de actuación de la Subcomisión de Protección de Minorías y Prevención de Discriminaciones, los Relatores Especiales, Enviados Especiales y Expertos y, el día que se cree, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, constituyen, o pueden llegar a constituir, manifestaciones de este tipo de protección

En el ámbito regional, la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y la Comisión Africana son, asimismo, ejemplos de esta forma no estrictamente política de protección. Pero mientras en Europa y en América la actuación de las Comisiones está ligada e integrada a un sistema que puede culminar con el funciona-

miento de un órgano de tipo jurisdiccional encargado de la protección (Corte Europea y Corte Interamericana), en África, la Comisión es el único órgano de protección, sin una posterior etapa jurisdiccional.

Por último, existen los medios o procedimientos jurisdiccionales. No hay aún un tribunal o una corte para la protección de los Derechos Humanos a nivel universal. El medio internacional, a nivel universal, no posee todavía las características y las condiciones para que pueda crearse una Corte Internacional de Derechos Humanos.

En cambio, a nivel regional, la protección jurisdiccional, a cargo de una Corte o de un Tribunal, existe en Europa y en América. No se ha previsto en el sistema africano, ya que la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos se ha limitado a establecer una Comisión, la Comisión Africana de Derechos Humanos

Nada existe, ya que no hay sistemas regionales de protección, en Asia y el Pacífico

13. Para mí, la existencia de una protección jurisdiccional encomendada a una Corte o Tribunal independiente, que aplique el Derecho en función de la justicia, con base en un régimen procesal estricto —regido por los grandes principios jurídicos que la Humanidad civilizada ha decantado a lo largo de su historia—, es la culminación deseable de todo sistema internacional de protección de los Derechos Humanos. Es cierto que requiere condiciones y presupuestos de hechos y de Derecho para poder existir, condiciones que no se dan todavía a nivel universal, ni a nivel regional en África, Asia y el Pacífico. Es verdad que el sistema jurisdiccional debe ser complementado con formas políticas o semipolíticas de promoción y garantía, y por sistemas cuajurisdiccionales de protección y control. Pero no es menos cierto que sin un régimen jurisdiccional, —aplicado por jueces independientes, con base en el empleo estricto del Derecho y con procedimientos que garanticen la serena e imparcial objetividad de la decisión—, la protección de los Derechos Humanos, a nivel internacional, no poseerá nunca las características capaces de asegurar la justicia, la juridicidad y la eficacia.

14 No podría finalizar esta enumeración de conceptos o criterios introductorios, sin señalar que si bien la protección internacional de los Derechos Humanos, tanto en sus formas universales como regionales, se efectúa en el marco de organizaciones internacionales intergubernamentales o por órganos y procedimientos creados por acuerdos (tratados o convenciones) interestatales, y esta protección es subsiguiente o subsidiaria de la protección nacional, que se ejerce en

el marco de los Estados, no puede dejarse de considerar el importante papel que, en la materia, desempeñan las organizaciones no gubernamentales

La sociedad no se agota en el Estado, ni la Humanidad es sólo la suma de los Estados que integran la comunidad internacional. De aquí la significación de la acción de estas organizaciones no gubernamentales, entre las que no puede dejarse de citar a Amnistía Internacional, la Comisión Internacional de Juristas, American Watch, etcétera. Muchas veces estas organizaciones son el motor de la protección internacional, por medio de sus comunicaciones, de sus denuncias y de sus planteamientos. La exageración, en ocasiones, de sus tomas de posición, la falta de comprobación en muchos casos de sus alegaciones, la actitud generalmente contraria a los Estados y a los gobiernos que adoptan, no puede impedir reconocer que desempeñan un papel trascendente para impulsar el funcionamiento de los procedimientos de protección y para crear y promover un estado de opinión pública, una concientización en la materia, sin la cual la protección internacional de los Derechos Humanos se debilitaría.

La exageración y la pasión, en el caso de la defensa de los Derechos Humanos, pueden ser elementos positivos —pese a sus peligros eventuales— si funcionan en el marco de un sistema jurídico capaz de recibir su impulso y su entusiasmo, pero destinado a decidir, finalmente, por la acción de una Corte o Tribunal de naturaleza jurisdiccional, con equilibrio, objetividad y justicia, con base en hechos probados contradictoriamente y en aplicación del Derecho.

III

El Sistema Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos en Europa y en América

15 Hechas estas necesarias precisiones introductorias, aunque con un estilo casi telegráfico y sin ningún desarrollo expositivo, entremos concretamente al análisis comparativo del modelo europeo y del modelo interamericano en lo que se refiere a la protección de los Derechos Humanos, mediante la acción de Tribunales Internacionales.

Como hemos señalado, estos dos sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos son los únicos que, en el estado actual de

evolución del Derecho Internacional, han previsto la existencia y el funcionamiento de tribunales para actuar en la materia.

El Sistema Europeo y el Sistema Americano

16. El Sistema Europeo, basado en el Tratado de Roma de 1950 y en sus posteriores Protocolos adicionales, y el Sistema Americano, fundado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Parto de San José de 1969), son análogos, aunque no iguales. Ambos muestran los dos únicos casos de existencia de una Corte de Derechos Humanos (Tratado de Roma, artículos 38-56. Convención Interamericana, artículos 52-69), como uno de los dos órganos de protección previstos (Comisión y Corte)

La actuación de la Comisión —ante la cual pueden presentarse peticiones o comunicaciones, por los individuos, las organizaciones no gubernamentales, los Estados Parte (artículos, 24-25 de la Convención Europea, y artículos 44-45 de la Convención Interamericana)— requiere el previo agotamiento de los recursos internos de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho Internacional (artículos 26 de la Convención Europea, y 46 de la Convención Americana).

La actuación de la Comisión es necesariamente previa a la de la Corte. Termina con un informe, que no es una sentencia, que abre la posibilidad de acceder a la Corte, a la cual pueden ir la Comisión o los Estados Parte (artículo 44 de la Convención Europea y artículo 61 de la Convención Americana). Pese a la existencia de diferencias en lo que se refiere a estos aspectos del funcionamiento de los dos, son sistemas esencialmente similares, y las ideas y principios que los inspiran son los mismos.

Hay que destacar que ambos reposan en la afirmación de la necesaria organización democrática de los Estados miembros, en la convicción de que es imposible concebir los Derechos Humanos sin la existencia de regímenes democráticos y que democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho son los tres pilares necesarios del sistema político, interno e internacional, deseado por los países de Europa y América.

Pero si esta analogía esencial existe entre los principios ideológicos y políticos de los dos sistemas y entre las dos Convenciones, no es menos cierto que no hay que caer en la fácil tentación de hacer una comparación fundada únicamente en la confrontación formal de los

textos. Es necesario tener en cuenta también las diferencias culturales, las diversidades económicas y sociales y el distinto grado de desarrollo político real entre Europa y América Latina, que en cierta forma condicionan la aplicación de las normas convencionales existentes en ambos regímenes para la protección internacional de los Derechos Humanos.

17. Incluso jurídicamente hay diferencias que es necesario destacar.

Todos los países miembros del Consejo de Europa son parte en la Convención Europea, aunque el número de partes en sus protocolos varía.

En cambio, en América, sobre 33 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, sólo 24 son parte en la Convención Americana. No son parte los Estados Unidos (pese a que la firmó en 1977), Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Dominica, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente, así como las Granadinas y Cuba.

No puede pensarse que los Estados Unidos ratifiquen el Pacto de San José a breve plazo. Canadá es posible que se adhiera próximamente. La ausencia de la mayoría de los países de habla inglesa del Caribe es demostrativa de los graves problemas derivados de la diferencia de sus sistemas jurídicos con el de Latinoamérica. La situación peculiar de Cuba se mantendrá mientras dure su actual situación política.

Todos los miembros de la OEA tienen el deber de respetar los Derechos Humanos, de acuerdo con la Carta de la Organización y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y están sometidos a la competencia de la Comisión según su Estatuto. Pero hasta que todos ellos no sean parte en la Convención, subsistirá una diferencia negativa respecto de su comparación con el régimen europeo.

18. Entre las muchas otras diferencias de los dos textos, diferencias que no hemos de entrar a estudiar, hay una, sin embargo, que es necesario destacar. Se trata de la existencia en el sistema europeo de un tercer órgano —además de los dos indicados en el artículo 19 del Tratado de Roma—, el Comité de Ministros (artículos 30, 31, 32 y 54).

El Comité no sólo vigila el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y de la Corte (artículos 30 y 54), sino que puede llegar a cumplir un papel fundamental, si la Comisión no obtiene un acuerdo amistoso (artículos 31 y 32), para la solución del asunto.

Esta fórmula, inteligente y práctica, no existe en el Sistema Interamericano, ya que no hay en él un órgano igual al Comité de Ministros.

Constituye esto una carencia del Sistema Americano, que ha afectado su eficacia y distorsionado la redacción de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana, de muy difícil interpretación, que inspirados en los artículos 31 y 32 del Convenio Europeo, debieron omitir toda referencia a la actuación del órgano previsto en estas normas, pero inexistente en América

19. Ya hemos dicho que para que pueda existir un sistema de protección jurisdiccional de tipo internacional de los Derechos Humanos, se requieren condiciones especiales que hoy sólo se dan, de hecho y de Derecho, en Europa y en América.

Se precisa, en efecto, de hecho, una homogeneidad cultural relativa y una común concepción del Derecho y de la justicia, de la naturaleza y elementos de la función jurisdiccional y de los efectos y caracteres de la sentencia judicial.

Estos elementos existen en el interior de Europa y en el interior de América. Se dan también, comparativamente, en el Derecho europeo y americano. No existen, en cambio, aún a nivel universal, ni regional, en África y en Asia

Se requiere también, *de iure*, condiciones que sólo se dan por ahora en Europa y en América, la existencia de convenciones multilaterales regionales que establezcan la acción, la integración y la competencia de la Corte o Tribunal de protección internacional de los Derechos Humanos. Una Convención de tal tipo no existe a nivel universal, y no es probable que, pese a los debates habidos en Viena en la Conferencia de Derechos Humanos, pueda existir hasta dentro de bastantes años. No existe ni es pensable que se adopte en Asia y el Pacífico, en donde se hallan las más disímiles y diversas "civilizaciones y sistemas jurídicos del mundo". Y en África, en donde está en vigor una Carta o Convención de los Derechos Humanos, se optó —quizás con razón, en virtud de las condiciones y realidades existentes— por instituir sólo una Comisión que no actúa en un marco jurisdiccional.

IV

La Corte Europea

20. Digamos ahora unas palabras sobre la Corte Europea de Derechos Humanos

De acuerdo con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, el Tribunal o Corte Europea de Derechos Humanos es uno de los dos órganos encargados “de asegurar el respeto de los compromisos que para las partes resultan del Convenio” (artículo 19)

21. La Corte tiene su sede en Estrasburgo.

22. La Corte se compone de un número de magistrados igual al de miembros del Consejo de Europa, no pudiendo haber dos magistrados que sean nacionales de un mismo Estado (artículo 38). Son elegidos por la Asamblea Consultiva, por mayoría de votos, debiendo cada uno de ellos presentar tres candidatos de los cuales, al menos dos, han de ser de su misma nacionalidad (artículo 39). Son elegidos por nueve años y son reelegibles (artículo 40)

El Tribunal trabaja en salas integradas por siete jueces (artículo 43).

23. La Corte Europea tiene dos tipos de competencias. La contenciosa (artículo 45) —que constituye la expresión jurisdiccional de las funciones que cumple y que reposa en el reconocimiento expreso de dicha competencia por las partes contratantes (artículo 46)— y la consultiva (artículo 7 del Protocolo adicional 2)

24. El reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Europea requiere una declaración expresa (artículo 46)

Actualmente, todos los Estados Parte en la Convención Europea han reconocido “la jurisdicción del Tribunal”.

Es ésta una realidad altamente positiva, que distingue el Sistema Europeo del Americano, en el que ese extremo, como veremos, no se ha dado lamentablemente aún

25. La competencia contenciosa se ejerce con base en la facultad de las altas partes contratantes de la Convención de someter un asunto al Tribunal (artículo 44).

Es decir, que las personas físicas, las organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación, y que son competentes para presentar una demanda a la Comisión (artículo 25), no pueden hacerlo ante la Corte

Sin embargo, como consecuencia de una evolución jurisprudencial y de lo dispuesto en el último Reglamento de la Corte, la demanda será comunicada a las personas físicas, organización no gubernamental o grupo de particulares que hayan acudido a la Comisión, en virtud del artículo 25 (artículo 33, 1 d del Reglamento), y esas personas, organi-

zaciones o grupos de particulares, pueden participar en el procedimiento ante el Tribunal (artículo 33 2 d del Reglamento)

26. Luego veremos lo relativo al procedimiento contencioso en el caso de la Corte Interamericana.

Ahora interesa destacar una importante diferencia entre ambos sistemas en lo que se refiere al recurso individual.

En el Pacto de San José puede presentarse ante la Comisión "cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización" (artículo 44).

La diferencia del Sistema Interamericano con el Europeo se centra en dos elementos:

a) El recurso individual no requiere en el Pacto de San José una declaración expresa de aceptación por los Estados Parte. Es automático y consustancial con la calidad de parte contratante. Es evidente la superioridad del Pacto de San José a este respecto sobre el Tratado de Roma

b) El Sistema Interamericano ha eliminado la exigencia del carácter de víctima con relación a la presentación del recurso ante la Comisión. Es un derecho de cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental. Segunda, y también clara, superioridad del Sistema Americano sobre el Europeo.

En cuanto a las diferencias entre ambos sistemas en lo que se refiere a la actuación de las personas, organizaciones o grupos en el procedimiento, serán examinadas más adelante

27 La Corte Europea posee también competencia consultiva, pero las opiniones consultivas sólo pueden ser pedidas por el Comité de Ministros y deben tratar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de los Protocolos (artículo 1.1 del Protocolo 2) No pueden referirse a las cuestiones que traten del contenido o de la extensión de los derechos y libertades definidas en el título I del Convenio y en sus Protocolos, ni a las demás cuestiones que, en virtud de un recurso permitido por el Convenio, podrían ser sometidas a la Comisión, al Tribunal o al Comité de Ministros (artículos 1, 2 del Protocolo 2)

Como luego se verá, este régimen es muchísimo más limitado que el existente al respecto en el Pacto de San José

28. La obra de la Corte Europea debe ser juzgada en función de la realidad actual de los Derechos Humanos y con referencia a los tipos de competencias que posee

Con respecto al primer punto, es necesario tener presente que la existencia de regímenes democráticos estables, de sistemas constitucionales que habían organizado verdaderos "Estados de Derecho", de sociedades aceptablemente homogéneas, con alto grado de desarrollo económico, social y cultural, hizo que la labor de la Corte se dirigiera esencialmente a cuestiones jurídicas de interpretación, sin graves, masivas y reiteradas violaciones de los derechos fundamentales y sin la existencia de políticas denigrantes e inhumanas

Su trabajo —excelente, necesario y condicionante— ha sido una labor jurídica que no ha debido enfrentar políticas de violación de Derechos Humanos, sino sólo actos individuales, nacidos de la prepotencia o de la irresponsabilidad o de decisiones —gubernamentales, administrativas, legislativas o judiciales— violatorias del Convenio Europeo. En este último aspecto se ha dado el curioso y no previsto fenómeno de que el Tribunal ha llegado a veces a ser una cámara juzgadora de la legislación interna y de los fallos de Tribunales Supremos y de los Tribunales Constitucionales de los Estados Parte

Todo esto puede llegar a ponerse en cuestión. La crisis económica, la desocupación, la xenofobia, el odio, la violencia, el terrorismo, la exacerbación de los problemas de las minorías, las políticas restrictivas de la inmigración y la situación de los países de Europa Central y Oriental, miembros del Consejo de Europa, elementos demostrativos de la existencia de una nueva y compleja realidad europea —en impreciso proceso de nacimiento, luego del fin del ciclo iniciado después del fin de la Segunda Guerra Mundial— puede llegar a incidir en toda la problemática de los Derechos Humanos en Europa y, por ende, en el futuro de la Corte

En lo que se refiere a la competencia consultiva, no ha sido ejercida. El carácter limitativo del texto y otras circunstancias la han hecho inútil. La norma pertinente del Protocolo 2 ha quedado como letra muerta

V

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas

29. Sería un error creer que la protección internacional mediante la creación de Tribunales o Cortes de Derechos Humanos en Europa, o por lo menos en los Estados que son al mismo tiempo miembros del

Consejo de Europa y partes en el Tratado de Roma de 1950, y miembros de las Comunidades Europeas y de sus instrumentos constitutivos, radica únicamente en la Corte Europea de Derechos Humanos.

Aunque la Corte Europea de Derechos Humanos es el único tribunal que en Europa tiene por objetivo específico la protección regional de los Derechos Humanos, la otra Corte, la de las Comunidades, desempeña también un cierto papel en esta protección. En efecto, "el respeto de los Derechos Humanos forma parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya aplicación asegura la Corte de Justicia", ha dicho el Tribunal de Luxemburgo.

Como consecuencia de este hecho, con respecto a los 12 países que integran hoy la Comunidad Europea y que al mismo tiempo son miembros del Consejo de Europa y partes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales, se da la situación única actualmente en el regionalismo en la materia de coexistencia de dos sistemas regionales que, en una u otra forma, ejercen competencias relativas a la protección internacional de tales derechos.

Son evidentes los problemas que esto puede plantear y la posibilidad de existencia de criterios jurisprudenciales diferentes, sin la existencia de otro órgano jurisdiccional con competencias para decidir sobre el desacuerdo.

El Tratado de Maestricht, para establecer la Unión Europea, dispone que "la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario".

El Tribunal de las Comunidades (artículo 6 que modifica al artículo 4), mantiene en el Tratado de Maestricht sus amplísimas competencias (artículos 10, 11, 12 y 13, que modifican los artículos 137, 140 a 143 y 146)

El asunto no se plantea en América porque el único tribunal interregional en materia de integración existente hasta hoy, el del Acuerdo de Cartagena, no ha considerado en su jurisprudencia la materia relativa a los Derechos Humanos, y no es imposible que pueda llegar a hacerlo en el futuro.

30 La Corte de las Comunidades tiene su sede en Luxemburgo.

VI

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

31 Según la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la Corte Interamericana es uno de los dos órganos encargados de conocer en los asuntos relacionados con los compromisos adquiridos por los Estados Parte en la Convención (artículo 33).

32 La Corte Interamericana tiene su sede en San José Costa Rica.

33 El reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana requiere una declaración expresa (artículo 62)

Actualmente, 15 de los Estados Parte en la Convención han reconocido "la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención".

Estos Estados son Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Es decir, que nueve Estados Parte en la Convención no han reconocido aún la competencia contenciosa de la Corte (Barbados, Bolivia, Brasil, El Salvador, Granada, Haití, Jamaica, México y República Dominicana)

Como ya señalamos en el párrafo 26, es ésta una gran diferencia entre el Sistema Europeo y el Sistema Americano, que se traduce en una limitación actual de derecho a la protección internacional de carácter regional en América y hace que el sistema sea aún incompleto e imperfecto

Es de esperar que el progreso ideológico, político y jurídico permita en el futuro, que todos o casi todos los Estados americanos Parte en la Convención reconozcan la competencia de la Corte

34 La Corte Interamericana se compone de siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal por los Estados Parte en la Convención, en la Asamblea General de la Organización de una lista propuesta por los Estados Parte. Cada Estado puede proponer hasta tres candidatos, de los cuales por lo menos uno deberá ser nacional de un Estado distinto del propuesto (artículos 52 y 53)

Son elegidos por seis años y sólo pueden ser reelegidos una vez (artículo 54)

La Corte actúa siempre en pleno no se prevé la existencia de salas

En la Corte Interamericana está reconocida la posibilidad de la existencia de jueces *ad hoc*, para el caso de que uno de los jueces llamado a conocer del asunto fuera de la nacionalidad de uno de los Estados Parte. En tal situación el otro Estado Parte en el caso podrá designar a un juez de su elección para que integre la Corte (artículo 55.2 de la Convención Americana). Asimismo, si ninguno de los jueces fuere de la nacionalidad del Estado o Estados Parte en el caso a someterse a la Corte, podrá designar un juez *ad hoc* (artículo 53.3).

Los jueces *ad hoc* existen en la Corte Europea de acuerdo con la Reglamentación (artículo 23). En virtud de que se compone de tantos magistrados como países parte y sin que pueda haber más de un juez de la misma nacionalidad, el presupuesto de su actuación es distinto del previsto por la Convención Americana.

35 La Corte Interamericana tiene dos tipos de competencias. La contenciosa (artículos 61 y 63), que descansa en el reconocimiento de dicha competencia por los Estados Parte en la Convención (artículo 62) y la consultiva (artículo 64).

36. La competencia contenciosa se ejerce con base en la facultad de las partes contratantes y de la Comisión de someter un asunto a la Corte (artículo 61).

Es decir, que las personas, organizaciones o grupos que son competentes para presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención (artículo 44), no pueden hacerlo ante la Corte.

En el procedimiento, el Reglamento no prevé expresamente la comparecencia o actuación de quienes han presentado la denuncia o queja inicial. Hay en esto, todavía, una diferencia con la fórmula lograda en el Reglamento de la Corte Europea. Pero por la vía de la designación de representantes de estas personas u organizaciones como asesores o peritos, por la Comisión, se ha logrado una fórmula inicial de participación que ha de evolucionar hacia formas más amplias en el futuro mediante la jurisprudencia o de la reforma del Reglamento de la Corte Interamericana.

37 El procedimiento contencioso en ambas Cortes es análogo.

Hay que recordar, en primer lugar, que la presentación inicial puede ser hecha ante la Comisión por personas, organizaciones o grupos (artículos 25 del Convenio Europeo y 44 de la Convención Americana), o por Estados Parte (artículo 24 de la Convención Europea y artículo 45 de la Convención Americana). Pero sólo los Estados y la Comisión tie-

nen el derecho de someter casos a la decisión de la Corte (artículo 44 del Convenio Europeo y artículo 51 de la Convención Americana).

En cuanto al procedimiento en sí mismo, el Convenio Europeo remite la cuestión al Reglamento (artículo 55). Éste lo regula en su título II con base en un procedimiento escrito, seguido de una parte oral. El régimen interamericano es análogo (artículo 60 de la Convención: artículo 25 del Estatuto y título II del Reglamento).

38 En lo que se refiere a la sentencia de la Corte Interamericana, debe estar motivada (artículo 66). Es definitiva e inapelable, sin perjuicio del recurso de interpretación (artículo 67 de la Convención Americana).

Los Estados Parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte. La indemnización se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado (artículo 68).

39. La Corte Interamericana posee también una competencia consultiva (artículo 64)

La Corte puede ser consultada por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos y por los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta reformada de la OEA

Puede ser objeto de la consulta la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos

Asimismo, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, la Corte podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre sus leyes internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados relativos a la protección de tales derechos en los países americanos.

La competencia consultiva posee así una amplitud, tanto respecto de quienes pueden solicitar la consulta, como sobre la materia consultada, de enorme extensión.

Hasta hoy, han solicitado opiniones consultivas sólo cinco Estados miembros de la Organización (Argentina, Colombia, Costa Rica, Perú y Uruguay) y únicamente uno de los órganos de la Organización: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Estado, que de hecho la consulta, o el órgano que la ha pedido, no tiene el deber jurídico de acatarla.

Pero por el peso y el valor de su razonamiento y por el prestigio del órgano y de los jueces que lo integran, las opiniones consultivas constituyen la ineludible guía interpretativa de la Convención y la fuente

de los principios y criterios que, en materia de protección regional de los Derechos Humanos, deben aplicarse en el continente.

40 La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue abierta a la firma el 22 de noviembre de 1969.

Entró en vigencia el 18 de julio de 1978, al haber obtenido 11 ratificaciones o adhesiones, luego de un largo y difícil proceso.

Como consecuencia de esta entrada en vigencia, se procedió a constituir e integrar la Corte

41 En sus 15 años de vida, la Corte ha cumplido ya una importante y trascendente labor

En los primeros años —y luego, en una actividad que no ha decrecido—, mediante el ejercicio de su competencia consultiva, ha fijado —con precisión jurídica y claro sentido de su papel y objetivos— la correcta interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En cuanto a la competencia contenciosa, su inicio ha sido tardío. La necesidad del reconocimiento expreso de la competencia de la Corte a este respecto, la inexistencia de demandas interestatales y la reticencia durante muchos años de la Comisión a enviar casos contenciosos a la Corte, explican este retardo.

Pero, a partir de 1987, la presentación por la Comisión de tres casos contra Honduras, culminados con la condena de este Estado, abrió la actividad de la Corte. Estas tres primeras sentencias tienen un valor histórico para el desarrollo del sistema de protección regional a cargo de la Corte. Fueron acatadas y cumplidas. De tal modo se inició una tradición que honra a América, tal como ha honrado a Europa, de cumplimiento irrestricto de buena fe y sin excepciones, de las sentencias de las Cortes de Derechos Humanos.

Hoy día, hay casos en trámite contra los gobiernos del Perú, Surinam y Colombia

No hay duda de que la Corte Interamericana ha cumplido ya —y seguirá estando llamada a cumplir— una gran labor. Ha completado la tarea que desde 1960 venía llevando a cabo la Comisión, primero, como único órgano de promoción y protección y, luego de 1978, como uno de los dos previstos en el Pacto de San José

Pero, además, ha precisado el carácter estrictamente jurídico de la protección dando garantías totales de independencia y objetividad, con la convicción de que sólo un órgano jurisdiccional, integrado por jueces, es capaz de dar la seguridad jurídica y la certeza que deriva de una sentencia obligatoria y ejecutable.

42. No hay duda de que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue, en lo que se refiere al sistema orgánico y al régimen procesal de la Comisión y de la Corte, la principal fuente tenida en cuenta al elaborar el Pacto de San José.

En otras partes, la Convención Americana tuvo en cuenta otras fuentes (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Europea, etcétera) Pero en lo que se refiere a la Corte, a su organización y funcionamiento, la fuente directa —sin perjuicio de reconocer alguna incidencia del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia— fue el Tratado de Roma de 1950

VII

43. Ya hemos destacado la analogía esencial, la similitud evidente entre el sistema de protección jurisdiccional de los Derechos Humanos, a cargo de una Corte o Tribunal, entre Europa y América

Señalaremos ahora algunas —sólo algunas— diferencias, dejando de lado las diversidades menores, que resultan de textos y de redacciones distintas:

a) La competencia contenciosa de la Corte Europea ha sido reconocida por todos los Estados Parte en el Convenio Europeo

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana, en cambio, sólo ha sido reconocida hoy por 15 de los 24 Estados Parte en el Pacto de San José.

b) La Corte Europea se integra con tantos jueces como Estados Parte.

La Corte Interamericana sólo con siete jueces.

Esta diferencia se traduce en sus distintos procedimientos de elección.

c) La Corte Europea trabaja y falla dividida en salas.

La Corte Interamericana actúa y sentencia siempre con integración plena.

d) La competencia contenciosa de la Corte Europea ha constituido el objeto único de su actividad. No ha llegado a ejercer su limitada e intranscendente competencia consultiva.

El ejercicio de la competencia consultiva de la Corte Interamericana, en cambio, ha sido hasta hoy su labor predominante.

Sólo muy tarde ha comenzado a funcionar su jurisdicción contenciosa que, sin duda, está llamada a tener un gran desarrollo futuro

e) La participación procesal ante la Corte de los que han hecho la petición, denuncia o demanda inicial ante la Comisión, es diferente en ambos Tribunales. El régimen más evolucionado y liberal, reorganizado en el último Reglamento de la Corte Europea, está llamado a servir de modelo a un futuro cambio en el procedimiento al respecto de la Corte Interamericana.

VIII

Conclusiones

44 El ejemplo dado por el funcionamiento de los sistemas de protección de los Derechos Humanos, que incluyen como elemento final y definitivo la actuación de una Corte o Tribunal internacional —como es el caso de Europa y América—, muestra que este sistema es el mejor, más seguro, más justo y más eficaz para controlar el deber de los Estados en cuanto a su obligación de respetar y garantizar los Derechos Humanos.

Pero un sistema de este tipo, que no existe aún a nivel universal y que sólo se da a nivel regional en Europa y en América, requiere, para poder funcionar, condiciones de hecho y de Derecho que no es fácil encontrar

La homogeneidad de cultura y civilización, la existencia de una común concepción jurídica de la naturaleza y elementos de la función jurisdiccional y de los principios y criterios del procedimiento parecen ser, en efecto, condiciones requeridas

Es posible que el progreso en el camino de la aceptación de todo lo que significa la existencia de una concepción universal de los Derechos Humanos, el desarrollo de otros medios no jurisdiccionales de protección internacional de los Derechos Humanos y de la admisión de lo que hoy deben significar los conceptos de soberanía, de dominio reservado y de jurisdicción interna, permita un día llegar a formas jurisdiccionales de protección de los Derechos Humanos a cargo de Cortes o Tribunales, a nivel universal o en regiones en que aún no existen.

Pero, hoy, la situación adecuada para establecer regímenes jurisdiccionales de protección, por medio de Cortes o Tribunales internacionales, sólo se da en Europa y América

Lo que cabe, en consecuencia, sin perjuicio de bregar a mediano y a largo plazos por la extensión de sistemas de este tipo, es desarrollar y profundizar la acción de las Cortes o Tribunales ya existentes, en Europa y en América.

45 La experiencia ha demostrado que un sistema exclusivamente jurisdiccional, basado en la sola actuación de un Tribunal o de una Corte, sin una etapa previa, no es lo más conveniente

La fórmula del Tratado de Roma, estructurada en 1950, de la necesaria actuación en una primera etapa de una Comisión de Derechos Humanos, de naturaleza cuasijurisdiccional, que actúa sobre la base de la posibilidad de presentación de denuncias por parte de personas u organizaciones que se consideran víctimas de violaciones, o por Estados, con un procedimiento capaz de asegurar las garantías requeridas, pero más flexible, y que puede llegar a un arreglo amistoso o a un dictamen final, fue pragmáticamente adecuada. Parece ser la más conveniente en una etapa, en un momento del proceso de protección internacional de los Derechos Humanos.

En América se da la misma situación, aunque históricamente las etapas fueron distintas. Primero se creó la Comisión, en 1959, que actuó sola, como único órgano de promoción y protección, hasta que en 1978 entró en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como consecuencia, junto a la Comisión, comenzó a actuar la Corte. Pero la Comisión continúa siendo hoy, en América, el único órgano encargado de la protección regional de los Derechos Humanos para los Estados miembros de la OEA, que no son aún Parte en el Pacto de San José.

46. La situación que resulta de la actuación sucesiva de dos órganos, Comisión y Corte, aunque produce demoras y retarda las soluciones, fue la mejor en una etapa de la historia de la protección regional de los Derechos Humanos.

Es todavía, dadas las circunstancias actuales, la más adecuada en América

En Europa es posible que se pueda encarar ya —y existen al respecto proyectos concretos— la posibilidad de existencia de un sólo órgano de protección. Es decir, la perspectiva de que actúe sólo una Corte o Tribunal, al que podrían presentarse directamente las denuncias, y que la protección regional de los Derechos Humanos sea exclusivamente el resultado de la existencia de un régimen de tipo jurisdiccional. Pero el asunto no es fácil. A las exigencias de reducción del tiempo de la tramitación, y a la necesidad de tratar de evitar la duplicación de

tareas por la actuación sucesiva de dos órganos, se contraponen la consideración de la determinante utilidad de un filtraje previo a la actuación de la Corte, que de otra manera se vería sumergida ante la avalancha de demandas.

47. La existencia de un sistema de tipo jurisdiccional de protección, a cargo de un Tribunal o de una Corte, no debe excluir la coexistencia con otras formas de promoción de tipo político o semipolítico, como la que se cumple en el ámbito de las Naciones Unidas por la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Con todos sus defectos, sus excesos y sus desequilibrios, esta forma de encarar internacionalmente la promoción y la defensa de los Derechos Humanos tiene la ventaja de que se proyecta directamente en la opinión pública y agita la conciencia de la Humanidad sobre el tema de los Derechos Humanos y sus violaciones. Y sin opinión pública no puede haber progreso en la materia.

Estas formas de promoción y defensa no jurisdiccionales de los Derechos Humanos son secundarias ante la protección a cargo de un Tribunal o Corte, única manera, en definitiva, de asegurar la verdad jurídica, el equilibrio, el respeto de los derechos de las partes y la justicia

48. Los Derechos protegidos y garantizados por un sistema de tipo jurisdiccional con base en el funcionamiento de Tribunales o Cortes son, en general, los derechos civiles y políticos

Ello es así, tanto en el Convenio Europeo como en la Convención Americana (artículos 1, 2-18 y 1, 3-25 y 26, respectivamente).

Los derechos económicos, sociales y culturales, por su propia naturaleza, son de más difícil protección jurisdiccional. En general, tanto en Europa, en la Carta Social Europea de Turín de 1960, como en América, en el Protocolo de San Salvador de 1988, que todavía no está en vigencia, se ha estructurado un sistema de control diferente, con otro régimen orgánico y procesal, sin la actuación de un Tribunal.

Pero si esto es así en términos generales, no hay que olvidar que algunos derechos económicos, sociales y culturales, por sus características peculiares, permiten una protección de tipo jurisdiccional. Frente a esta realidad, en Europa ya se ha proyectado un Protocolo Adicional al Convenio de 1950, que encara la protección de estos Derechos en la misma forma que los derechos civiles y políticos.

En cuanto a los nuevos derechos, que algunos llaman de la tercera generación (derecho a la paz, derecho al desarrollo, derecho al medio

ambiente, derecho a la asistencia humanitaria, etcétera), en estado naciente desde el punto de vista jurídico internacional, no tienen aún un sistema propio, concreto y específico, de protección, ni a nivel universal ni a nivel regional

49 La protección internacional de tipo jurisdiccional de los Derechos Humanos, tal como existe hoy, está dirigida a que una Corte o Tribunal declare, con todas sus consecuencias, que un Estado mediante la existencia de actos o hechos que le son imputables, ha violado sus obligaciones internacionales en cuanto a respetar y garantizar los Derechos Humanos declarados en el Convenio Europeo o en la Convención Americana

No es, en ninguno de los dos casos, un sistema jurisdiccional de tipo penal. No se trata de determinar si las personas que han violado los Derechos Humanos, han cometido un ilícito penal tipificado por el Derecho Internacional

Con excepción del Tribunal creado por el Consejo de Seguridad para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia —y cuyo proceso de establecimiento recién ha comenzado— no existe hoy en el Derecho Internacional un sistema para hacer efectiva la responsabilidad penal individual por la violación de los Derechos Humanos.

La cuestión fue concretamente evocada en la reciente Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos.

Pienso que en el proceso de desarrollo y progreso del Derecho Internacional, en un mañana que llegará si se dan las condiciones de hecho necesarias, será preciso completar el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de protección regional de los Derechos Humanos, con un régimen que atienda a la cuestión de la responsabilidad penal de las personas físicas culpables de violaciones graves y específicamente tipificadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero esto es, hoy, sólo una nebulosa posibilidad, probablemente deseable, abierta al futuro.

DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS*

I *Introducción*

Conceptos Preliminares

1 Es indudable la íntima relación que existe entre la cuestión de los Derechos Humanos y el tema de los derechos de las minorías. El problema de las minorías excede, ya que contiene otros elementos y se integra con otros componentes —políticos, económicos, sociales y culturales— a una consideración basada únicamente en el análisis, los Derechos Humanos de que gozan las personas que forman parte de esa minoría. Pero, en el fondo, es evidente que —y sin dejar de tener en cuenta otros elementos de diversa naturaleza unidos al concepto, la vida y la realidad de las minorías—, el asunto de las minorías y su *status* finaliza por ser el asunto de los Derechos Humanos de los individuos que las integran, derechos que todos ellos tienen en cuanto personas, derechos iguales a los de todas las demás personas, pero, además, derechos específicos y propios que poseen en cuanto forman parte de una minoría.

2. Asimismo, las minorías en cuanto agrupaciones humanas unidas por vínculos especiales, que viven en el seno de comunidades mayoritarias más amplias, poseen, deben poseer, derechos en cuanto tales. Son estos derechos de una comunidad humana denominada minoría, derechos de carácter colectivo.

Los Derechos de los seres humanos que integran la minoría y los derechos de la minoría en cuanto tal, en sí misma, se condicionan recíprocamente y son interdependientes entre sí.

Hoy no podría concebirse, en el grado actual de desarrollo de la civilización, la existencia de derechos de las minorías relativos a cada una

* Conferencia dictada en San Francisco, California, el 31 de agosto de 1943.

de esas comunidades, sin el reconocimiento, paralelo y simultáneo, de derechos de los seres humanos que las forman. Y a la inversa, es impensable concebir, en nuestros días, la realidad de los Derechos Humanos de personas integrantes de minorías que se saben y se sienten parte de ellas, sin que la minoría de la que forman parte no posea, en sí misma, derechos reconocidos por el orden jurídico.

3. Un enfoque correcto de la cuestión de las minorías obliga, en consecuencia, a tener en cuenta dos tipos de derechos: los de los integrantes de esas minorías en cuanto seres humanos, teniendo en consideración la incidencia específica que tiene, en su situación, la posición de esas personas en el seno de la minoría que integran, y los derechos de la minoría, como grupo humano, como ente colectivo, en cuanto tal.

El primer tipo de derechos es una expresión específica de los Derechos Humanos en su manifestación clásica.

Un ejemplo a nivel internacional de este enfoque es el artículo 27, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que reconoce, "a las personas" que integran las minorías, el derecho "en común con los demás miembros de ese grupo, a hacer su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". Derecho éste que se suma e integra a todos los otros derechos que esas personas poseen en cuanto seres humanos, en condiciones de igualdad y sin que sea permitida ninguna forma de discriminación, como lo establece el artículo 26 del mismo Pacto.

Podrían citarse otros muchos ejemplos en instrumentos internacionales de este enfoque de la cuestión. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo al goce no discriminatorio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, se refiere a la prohibición de hacer cualquier distinción por la pertenencia a una "minoría nacional". Las disposiciones correspondientes de la Convención Americana (artículos 1 y 24) no contienen una referencia análoga. Tampoco se encuentra en la Carta Africana (artículos 1 y 2).

Es difícil encontrar en el Derecho Internacional actual ejemplos de reconocimiento de los derechos de las minorías en cuanto tales, como derechos colectivos de este tipo de agrupación humana.

La Declaración adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 18 de diciembre de 1992, es, probablemente, el primer ejemplo de un instrumento internacional destinado a encarar total y globalmente la cuestión.

Las carencias que ha presentado tradicionalmente la regulación internacional de la cuestión de los derechos de las minorías, se explican por la dificultad jurídica, pero sobre todo por los graves problemas políticos que apareaja reconocer a las minorías derechos en cuanto tales. De aquí la importancia de la Declaración de la Asamblea General, de diciembre de 1992, "primer instrumento normativo completo de alcance internacional" sobre las minorías.¹

4. El Derecho Internacional actual ha reconocido, en múltiples textos internacionales, derechos a los pueblos, que se sitúan, paralelamente, junto a los derechos del individuo.² Entre estos derechos colectivos, objeto de múltiples análisis doctrinarios,³ está el derecho a la libre determinación de los pueblos.⁴ Todos estos instrumentos, aunque con el límite vago del respeto de la unidad e integridad del Estado,⁵ reconocen a los pueblos el derecho a la libre determinación, lo que implica el derecho de todo pueblo a determinar libremente su *status* jurídico, político, económico, social y cultural, incluso su independencia y su constitución como Estado soberano.⁶

Sin duda, este derecho —afirmado o negado en cada caso que pretende hacerse efectivo cuando un pueblo se separa de la estructura estatal bajo la cual vivía para constituirse en Estado independiente— se consagra cuando, de hecho, esa independencia, cualquiera que sea el medio utilizado, se ha conseguido y consolidado en la realidad. Podría decirse, en consecuencia, con un poco de cinismo, que el derecho a la libre determinación de los pueblos más allá de la invocación de su

¹ Janusz Symonides, "Protección Internacional", en *El Correo de la UNESCO*, junio de 1993, p. 45.

² Por ejemplo, Carta Africana de los Derechos de los Hombres y de los Pueblos, una enumeración de los textos de las Naciones Unidas y otros instrumentos, puede encontrarse en Edmond Jouve, *Le Droit des Peuples*, 2ª ed., PUF, París, 1992, pp. 13-29.

³ Un excelente resumen, con amplia bibliografía, en Edmond Jouve, *op. cit.*

⁴ Héctor Gros Espiell, *El Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos*, Aplicación de las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, Nueva York, 1979.

⁵ Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1960, párrafo 6, Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas, Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General del 24 de octubre de 1970.

⁶ Resoluciones citadas en la nota anterior y, además, entre otras muchas, Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General y Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Resolución 3281 (XXII), de la Asamblea General de 1974.

fundamento jurídico, se consigue cuando el movimiento que lo proclama triunfa y la secesión y la independencia logran una existencia real. Y, al contrario, cuando ese movimiento es derrotado, el derecho a la libre determinación es dejado de lado, desplazado y preterido por la realidad victoriosa de la integridad o la unidad territorial del Estado.

Pero si teóricamente se reconore a los pueblos el derecho a la libre determinación, este reconocimiento no se ha afirmado jurídicamente con respecto a las minorías.⁷

El derecho a la libre determinación de la minoría alemana en Checoslovaquia, en 1937 y 1938, fue invocado para la unión de esa minoría al III Reich. Los trágicos errores que culminaron en el Acuerdo de Munich y en la desintegración y muerte de Checoslovaquia antes de la guerra de 1939, explican la reticencia que existió en una parte de la doctrina de la posguerra al reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos y, por ende, de las minorías.

La confusión entre minorías y pueblos en la Europa de la preguerra y su utilización política por el nazismo permiten comprender la razón por la cual ningún instrumento internacional se refiere al derecho a la libre determinación de las minorías y sólo lo hacen con respecto a los pueblos.

Si una minoría fuera un pueblo, tendría, jurídicamente, el derecho a la libre determinación.

Es por esto que no se ha tenido el atrevimiento de entrar a precisar, en un texto internacional, cuando una minoría es un pueblo y cuando no lo es. Pero hay que reconocer que esta inhibición, académicamente objetable, es explicable, y hasta lógica y sabia, desde el punto de vista político.

Es también por esto que los instrumentos internacionales, tanto universales como regionales, relativos a los derechos de los pueblos, no mencionan los derechos de las minorías en cuanto agrupación humana.⁸

No hay duda de que es difícilísimo distinguir conceptualmente a un pueblo de una minoría. Sin embargo, es posible adelantar un criterio aceptable de distinción.

El pueblo es una agrupación humana consciente de su individualidad, unido por lazos históricos, de cultura, de lengua o de religión,

⁷ Hector Gros Espiell, *op. cit.*, p. 9, párrafo 56. Véase asimismo Guy Heraud, *L'Europe des Ethnies*. Bruyant, Bruselas, 1993, p. 190.

⁸ Instrumentos citados en las notas 4 y 5.

que expresa un querer vivir colectivo ⁹ Un pueblo no se considera nunca parte de otro pueblo

En cambio, una minoría, aunque siente su individualidad y diferencia en medio del Estado en el que vive frente a la población mayoritaria, se considera parte de un pueblo que habita en otro u otros Estados. Así, como minoría, se conceptúa parte de un pueblo que constituye la población de otro Estado, generalmente vecino al Estado en el que se encuentra esa minoría, o parte de un pueblo que vive dividido entre varios Estados, en todos los cuales existe una minoría que es una porción de ese pueblo.

Como consecuencia de ello, una minoría no aspira generalmente a constituir un nuevo Estado libre e independiente, sino al reconocimiento de todos sus derechos y a seguir viviendo dentro del Estado en el que existe, o a reintegrarse al Estado en el que viven mayoritariamente los seres humanos con caracteres étnicos, religiosos, culturales o idiomáticos análogos, o a unirse con las otras minorías iguales dispersas entre otros Estados, para formar conjuntamente, todas ellas, una nueva unidad política

La complejidad conceptual de todo esto, los peligros para la estabilidad internacional que la cuestión acarrea, el temor de los Estados ante un fenómeno como éste, que puede generar disociaciones y rupturas de la unidad e integridad estatal, así como las proyecciones del asunto sobre la seguridad y eventualmente para la paz,¹⁰ explican la razón por la cual el tema de la relación entre los conceptos de "pueblo" y "minoría" haya sido, e incluso será, un asunto casi vedado y, como consecuencia, los instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos no se refieren a las minorías

5 La distinción entre minorías y nacionalidades presenta asimismo múltiples dificultades

La expresión "nacionalidades", que no se encuentra en el Derecho Internacional, se halla, en cambio, en algunas ocasiones, en el Dere-

⁹ Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, p. 9, párrafo 56. En este trabajo di una idea del concepto de pueblo diciendo que es una comunidad humana unida por la conciencia y la voluntad de constituir una entidad capaz de actuar en función de un futuro común. Esta definición es retomada por Jouve, *op. cit.*, p. 8

¹⁰ La Corte Permanente de Justicia Internacional, en su opinión consultiva sobre las comunidades greco-búlgaras, señaló expresamente el vínculo entre la paz y la protección de las minorías, en el artículo 56 del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Bulgaria (CPJI, Serie B, num. 17, 1930, p. 19)

cho Constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, de España, cuya Constitución de 1978 habla de ellas en su artículo 2, garantizándoles el derecho a la "autonomía" y al uso de sus lenguas como oficiales, sin perjuicio de que el castellano es la lengua oficial del Estado (artículo 3). El Estado asegura a las nacionalidades y regiones la solidaridad entre todas ellas (artículos 2 y 218)

Estas nacionalidades, que el Preámbulo de la Constitución califica como "pueblos de España", a los que la nación española protege "en el ejercicio de los Derechos Humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones" (cuarto párrafo), no pueden ser estrictamente calificadas como minorías. Ni por sus caracteres, ni por los antecedentes históricos, ni por la naturaleza de su integración secular en el Estado español, poseen los elementos constitutivos del concepto de lo que es una minoría. Son pueblos, pero no minorías *stricto sensu*.

6 Han sido múltiples y diversos los intentos de definir el concepto de minoría.¹¹

No hemos de entrar al análisis detallado de todas esas definiciones, de sus analogías y diferencias, porque más allá de las divergencias entre ellas, existe un núcleo central de coincidencia, un consenso respecto del contenido de la idea misma, que alcanza sobradamente a los efectos de lo que deseamos presentar y proponer en esta ponencia.

En efecto, considerar que un grupo humano constituye una minoría, supone la existencia de un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, expresa o implícitamente, la voluntad de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.¹²

¹¹ Una cuidadosa enumeración de diversas definiciones puede encontrarse en Francesco Capotorti, *Estudio sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*, Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York, 1991, pp 5-11 y 100-101. Este estudio fue escrito y publicado por primera vez por las Naciones Unidas en 1977. 16 años después es revelador comparar la definición propuesta por el profesor Capotorti, es decir, por un jurista italiano, con la aportada hoy por una antropóloga canadiense, Deirdre Meintel ("¿Qué es una Minoría?", en *El Correo de la UNESCO*, junio 1993, p. 10). Véase asimismo, Alain Gresh, "Genèse et Évolution d'un Concept", en *Confluences, Face à l'État, La Permanence des Minorités*, núm. 4, Harmattan, Paris, 1992.

¹² Francesco Capotorti, *op. cit.*, pp 100-101.

Este concepto de minoría se integra con su contenido material (el carácter numéricamente minoritario del grupo humano, su situación no dominante y sus elementos aglutinantes, étnicos, religiosos o lingüísticos) y con un contenido subjetivo de naturaleza volitivo-política: la voluntad de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma

Este tan discutido elemento subjetivo, cuya existencia no requiere obviamente una manifestación formal o expresa, me parece esencial. Con razón la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva, del 31 de julio de 1930, sobre las comunidades greco-búlgaras, previó la necesidad de la existencia de "un sentimiento de solidaridad para conservar sus tradiciones, mantener su culto, asegurar la instrucción y educación de sus hijos de acuerdo al genio de su raza y ayudarse mutuamente".¹³

7. Toda consideración actual del tema de las minorías obliga a tener en cuenta el peligro de caer en una concepción del Estado fundada en la necesidad de una pretendida homogeneidad lingüística, étnica o religiosa, es decir, en la erradicación de la diversidad y de las minorías.

Este enfoque, esta tendencia antihistórica contraria a la democracia y a los Derechos Humanos, negadora en su esencia del concepto verdadero del actual Estado de Derecho, lleva a aberraciones monstruosas como la de la "purificación étnica", la segregación del "otro", la exclusión de los que son diferentes.

Las trágicas y terribles consecuencias que se pueden derivar de esta anacrónica concepción del Estado, que excluye la diversidad y posible existencia de minorías en su seno, manifestada, por ejemplo, en la idea nacional-socialista del Estado y del Derecho, se ha mostrado hoy en el proceso de disgregación de la ex Yugoslavia.¹⁴

8 Es preciso, también, no dejar de considerar el hecho de que las minorías no pueden ser entidades cerradas y cristalizadas. Sin perjuicio del reconocimiento de sus derechos y de la necesidad de salvaguardar su cultura, sus costumbres, su idioma y su religión, es necesario siempre tener en cuenta el carácter abierto y evolutivo de toda cultura, las posibilidades de variación y de interacción y el elemento no nece-

¹³ CPJI, Serie B, núm. 17, pp. 19, 21, 22 y 23. Véase, con un enfoque actual, Yves Plasseraud, "La conciencia de ser diferente", en *El Correo de la UNESCO*, junio de 1993, p. 36.

¹⁴ Véase a este respecto, René Lemarchand, "El espejismo de la autodeterminación", en *El Correo de la UNESCO*, junio de 1993, pp. 29, 30 y 31.

sarriamente homogéneo de las minorías, integradas por seres humanos que tienen el derecho a cambiar y a no sentirse parte de la minoría en la cual nacieron y se formaron.¹⁵

Es tan peligroso un Estado que no reconoce los derechos de las minorías en su seno, como una minoría que no tolera dentro de ella la diversidad, el derecho a ser diferente y a discrepar.

Ambas actitudes son fuente del miedo "Miedo al otro, a lo diferente y a lo nuevo, a cambiar y a innovar, al movimiento de la historia y a la plena soberanía del individuo que es incompatible con toda reducción colectivista, miedo al mestizaje, al pluralismo, a la coexistencia en la diversidad que es principio básico de la cultura democrática"¹⁶

9. Del mismo modo que es necesario que los Estados respeten y garanticen los derechos de las minorías que existen en su territorio y los derechos de los individuos que integran esas minorías, éstas deben respetar los derechos de los grupos que pueda haber dentro del ámbito espacial en el que ellas se asientan y de los seres humanos que, viviendo allí, no forman parte, no se sienten integrantes de las minorías.

Lo que no puede tolerarse al Estado es la discriminación y la injustificable desigualdad de trato respecto de los individuos integrantes de una minoría y la falta de consideración por las características y manifestaciones étnicas, religiosas, culturales o lingüísticas de esa minoría, tampoco se puede admitir en lo que se refiere a las minorías, si éstas tienen una actitud discriminatoria frente a los individuos o a los grupos distintos que pueden vivir en el interior de ellas.

El odio al "otro", el repudio al que es diferente, la falta de respeto por la lengua, la cultura o la religión distinta, es tan negativo desde el punto de vista humano, así como política y jurídicamente, cuando se trata de una actitud del Estado o de la población mayoritaria hacia la o las minorías que viven en él, como es el caso de las minorías, o de sus integrantes, frente a los grupos distintos y a los individuos diferentes en lo que concierne a etnia, lengua, cultura o religión.

Lamentablemente, la historia y la realidad actual muestran casos de este tipo de actitudes. Muchas confrontaciones y conflictos, incluso de naturaleza bélica, han sido, y son, la consecuencia de ello.

¹⁵ Sobre este tema, el agudo análisis de Mauro Peressini, "Las dos caras de la identidad", en *El Correo de la UNESCO*, junio de 1993, pp. 14, 15 y 16

¹⁶ "Cuestión de Fondo" en *El País*, Madrid, 8 de agosto de 1993, p. 9

10. Se requiere señalar que puede haber grupos minoritarios, política o económicamente dominantes, y a veces hasta gobernantes, que no es posible considerar como minorías

Ésta es la situación, por ejemplo, que existió en África Meridional¹⁷ hasta que se produjo el cambio que llevó al proceso en curso, en el que es difícil aún determinar, claramente, cómo se da la cuestión de las minorías y cómo se presentará en el futuro

11 A la cuestión de las minorías existentes, se agrega hoy la compleja situación que resulta en Europa de fenómenos migratorios que, por sus características, pueden conducir a la formación de nuevas minorías, religiosas, lingüísticas o étnicas que no existían antes en esos países.

En Francia y en Alemania, por ejemplo, parece que se asiste a un proceso constitutivo de minorías turcas u originarias de otros países musulmanes, que rechazan toda integración y que, encerrándose en sí mismas, forman nuevas minorías étnicas, religiosas o lingüísticas

Las inmigraciones musulmanas no son las únicas que generan este nuevo fenómeno. Ciertos desplazamientos migratorios africanos y otros provenientes de Europa Oriental y de la ex Unión Soviética pueden plantear situaciones análogas

Este fenómeno, consecuencia de la inmigración masiva e incontrolada, de importancia creciente en los últimos años, generadora de tensiones, de odios y de xenofobias, agrega a la clásica cuestión de las minorías, tal como se planteaba tradicionalmente, elementos nuevos de muy compleja solución y de consecuencias potencialmente gravísimas

12 Otra situación atípica es la de las poblaciones indígenas,¹⁸ tal como existe, por ejemplo, en algunos países de América Latina, en Canadá, Australia Nueva Zelanda o en Estados Unidos Estas poblaciones están formadas por aborígenes o poblaciones que vivían en territorios conquistados o colonizados por la expansión occidental desde antes de esa conquista o colonización

En algunos casos se puede conceputar que poseen algunos de los elementos caracterizados de las minorías En consecuencia, podrían serles aplicables las conclusiones respecto al reconocimiento de los derechos específicos y propios de los individuos que integran esos

¹⁷ Francesco Capotorti, *op cit*, p. 10, párrafo 48

¹⁸ José R. Martínez Cobo, *Estudio del problema de la discriminación entre las poblaciones indígenas*, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1986/7, 3 vols

grupos minoritarios y distintos, así como de los derechos del grupo como tal.

En otros casos, como los que se dan en algunos países de América Latina (Bolivia, Ecuador y Guatemala, por ejemplo), esas poblaciones indígenas, tradicionalmente marginalizadas social y culturalmente, ajenas al poder político y económico, pueden llegar a constituir verdaderas mayorías.

Tanto en estos casos, como en otros en los que las poblaciones indígenas no son mayoritarias, pero tienen una importancia numérica grande (México y Perú, por ejemplo), el fenómeno se ubica junto con un intenso proceso de mestizaje, fruto de una realidad de cinco siglos, que no se da en general en las minorías tradicionalmente estudiadas como tales

Existen también pueblos indígenas de menor entidad numérica frente a la población total del país en algunos países centroamericanos, en Brasil, Paraguay, Colombia, Venezuela, y en algunas zonas de Argentina y de Chile, lugares todos éstos en que el mestizaje es asimismo un fenómeno significativo.

Tradicionalmente, se ha entendido que no existen poblaciones indígenas de entidad en ninguna parte de los territorios de Costa Rica y del Uruguay

Los problemas que tienen las poblaciones indígenas, a veces análogos pero con diferencias con los de las minorías, en los lugares en los que existen, sobre todo cuando esas poblaciones poseen una gran magnitud, una importancia muy grande, deben ser encarados frontalmente, mediante una adecuada política económica y de Derechos Humanos que elimine la marginalización y la exclusión social y cultural.

II

El Derecho y la Protección de las Minorías

13. ¿Cómo deben ser enunciados y garantizados los derechos de los individuos que integran las minorías, y los derechos de las minorías en sí mismas, en el marco del Estado en que existen?

Es posible considerar que este enunciado y estas garantías deben emanar del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional.

14. En lo que se refiere al Derecho Constitucional, en muchas Constituciones no se encuentran normas expresas sobre las minorías y sus

derechos y los de sus integrantes. Una excepción entre las constituciones europeas y occidentales es la de Italia de 1947, en la que uno de sus artículos dispone que: "La República protege por medio de normas especiales las minorías lingüísticas".

No hay que olvidar, sin embargo, que, prácticamente todas las Constituciones actualmente vigentes se encuentran disposiciones sobre la igualdad de derechos de todas las personas y la prohibición de discriminaciones por razón de raza, situación económica, social, cultural, política o religiosa o por cualquier otro motivo. Este tipo de disposiciones, obviamente, tienen una incidencia directa en lo que se refiere a los derechos de los integrantes de las minorías.

Pero parece claro que en ciertos casos este enfoque no basta. Hoy, en los países en que existen difíciles problemas de minorías, se requiere su protección constitucional, mediante normas que se refieran directa y específicamente a la cuestión. Por eso es tan interesante el proyecto de un grupo de expertos¹⁹ sobre lo que podría ser, en el caso de la ex Yugoslavia, una ley constitucional sobre las minorías. Este proyecto, completo y preciso, encara los dos tipos de cuestiones: los derechos de las minorías en cuanto tales y los de los individuos pertenecientes a esas minorías.²⁰

Algunos textos constitucionales en América Latina tratan de los pueblos indígenas y de sus derechos.²¹ Es posible también encontrar encarada la cuestión en constituciones de otros continentes.²²

¹⁹ Elizabeth Kopp (Zurich), Jean François Aubert (Ginebra), Alois Riklin (Saint Gall), Kurt Rotschild (Linz) y Vojislav Stanovic (Belgrado).

²⁰ Boris I. Vukobrat, *Propositions pour une Nouvelle Communauté des Républiques de l'Ancienne Yugoslavia*, París, 1993, pp. 43-60.

²¹ La Constitución de Colombia de 1991 se refiere a los "grupos étnicos" con respecto a su idioma (artículo 10), a sus tierras comunales (artículo 63), a su identidad cultural (artículo 68) y a su representación política (artículo 176). (Manuel José Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991*, Bogotá, 1993, p. 36), Constitución del Paraguay de 1992 (artículos 62-67). Estos pueblos son "definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo". También la reforma constitucional de México, de enero de 1992, agregó al artículo 4 un párrafo que afirma que "la Nación Mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas". Como se ha dicho en un reciente comentario, este párrafo no sólo se refiere a los derechos de los individuos que integran los pueblos indígenas, sino también a los derechos de esos pueblos "como grupo social" (Santiago Barajas Montes de Oca y Jorge Madrazo, Comentario al artículo 4, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993, p. 24). La cuestión ha encontrado asimismo regulación normativa en las Constituciones de Gua-

15 El tratamiento de la cuestión de las minorías tiene una especial relevancia en el Derecho Internacional.

No es el objetivo de este trabajo poner de relieve las normas internacionales en la materia. Sin perjuicio de que más adelante nos referiremos a la historia y evolución del tema de las minorías —lo que obliga a señalar los grandes textos que se han ocupado de la cuestión en la historia del Derecho de Gentes—, no puede omitirse decir desde ahora que, en el Derecho Internacional actual, la cuestión de las minorías es objeto de una particular atención.

Hay que citar, en especial, el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas —que “reconoce los derechos de los integrantes de las minorías aunque no los de las minorías mismas”,²³ que como ya señalamos en los párrafos 1, 2 y 3, son cosas distintas—, la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Enseñanza, de 1960, la Declaración de la UNESCO sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 1978 —que encara ya las dos cuestiones— y la Declaración de la UNESCO sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional. Siempre en el ámbito de las Naciones Unidas, el proceso ha culminado hasta hoy con la Declaración de 1992 de la Asamblea General sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas. Evidentemente, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, así como todos los instrumentos relativos a los Derechos Humanos y a la no discriminación, tienen una relación directa, y una importante aplicación, en el tema de las minorías.

En el ámbito de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa, hay que destacar la evolución cumplida desde el Acta de Helsinki, en 1975, —en que la cuestión se encaró como un asunto solamente de derechos de los individuos, así como de no discriminación—, hasta la Carta de París de 1990, y la nueva reunión de Helsinki (1992), en la que el tema se enfrentó ya de manera integral, confirman-

temala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela y Brasil (Humberto Quiroga Lavie *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México 1991, pp 123-125)

²² Isse Omanga, Bokatola *L'Organisation des Nations Unies et la Protection des Minorités*, Bruylant Bruselas, 1992

²³ Janusz Symonides, “Protección Internacional”, *op. cit.*, junio de 1993, p. 44

do la necesidad de proteger y promover la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías nacionales.

Existen iniciativas en curso, en Europa y América, dirigidas a la adopción de nuevos instrumentos internacionales relativos a las minorías y poblaciones indígenas.

III

Evolución Histórica de la Protección Jurídica de las Minorías

16. Corresponde ahora indicar, de manera muy breve, cómo el Derecho Internacional ha encarado históricamente la cuestión de las minorías y la incidencia de este proceso en la evolución del Derecho

Pero antes hay que destacar que, del mismo modo que se considera actualmente que el núcleo esencial relativo al respeto y garantía de los Derechos Humanos constituye un caso de Derecho Imperativo de *ius cogens*, comienza a abrirse camino el criterio de que el deber de los Estados de asegurar el respeto de los derechos de las minorías constituye, asimismo, un caso más del *ius cogens* de nuestros días²⁴

17. La cuestión de las minorías tiene una larga historia. No es, ni ha sido, un fenómeno exclusivamente europeo. Pero, durante siglos, las minorías en Europa han estado en el centro de la atención, han provocado conflictos internos, cambios de fronteras, alteraciones limítrofes y hasta contiendas bélicas. Consideradas originariamente por el fenómeno de las minorías religiosas, durante el difícil proceso de surgimiento y consolidación de los Estados, adquiriendo luego una proyección más amplia como consecuencia de la existencia de minorías, no sólo religiosas, sino también étnicas, lingüísticas o nacionales, unidas a la formación del mapa político, siempre cambiante y frágil de gran parte de Europa — y no únicamente en Europa Central, Oriental y en los Balcanes—, las minorías han sido y son un fenómeno sin el cual no puede entenderse la historia y el presente, así como tampoco el análisis del futuro previsible

²⁴ Comisión de Arbitraje de la Conferencia Europea para la Paz en Yugoslavia, *avis* núm. 2, de 11 de enero de 1992 (*Revue Générale de Droit International Public*, 1992, p. 265), *Annuaire Français de Droit International*, 1991, p. 338, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit International Public*, 4a ed., Paris, 1992, pp. 201, 415 y 490

18. Veamos ahora algunos datos concretos y precisos al respecto

La existencia de una minoría en el interior de un Estado constituye un fenómeno que afecta la homogeneidad de la población del Estado. No fue fácil lograr la garantía internacional contra los ataques a los derechos de los integrantes de la minoría, o de la minoría en sí misma, en cuanto supone una regulación internacional de un tipo de asunto que se entendía tradicionalmente reservado a la jurisdicción interna del Estado, una parte de su reducto soberano. Y más difícil aún, por el hecho de que la efectividad de un sistema internacional de ese tipo hacía necesario conferir a los integrantes de las minorías, o a los representantes de las mismas, el derecho de recurrir a instancias internacionales

19. Las minorías que por vez primera fueron objeto de protección, a nivel nacional y a escala internacional, fueron las religiosas

20. Los edictos que en diversos países europeos, en la época de las guerras de religión, en los siglos XVI, XVII y XVIII, garantizaron los derechos de las minorías, generalmente protestantes, los cuales constituyen un ejemplo del inicio del proceso de su protección interna.

Entre ellos, puede citarse, en Francia, el Edicto de Nantes de 1598, y en Inglaterra la Toleration Act de 1698

En los siglos XVIII y XIX, el constitucionalismo moderno, luego de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia y la Declaración de la Independencia, así como las diez primeras enmiendas a la Constitución, en los Estados Unidos, encaró la cuestión desde otro ángulo, sobre la base del denominador genérico de la igualdad y la no discriminación y del principio de la libertad religiosa, pero sin referirse a los derechos de los integrantes de las minorías ni a las minorías en cuanto tales.

Como excepciones puede citarse la Ley constitucional de Austria del 21 de octubre de 1867 y la Ley de Hungría de 1868, ejemplos dignos de recordar por su amplitud y precisión.

El artículo 116 de la Constitución de la Confederación Suiza de 1874 reconocía la igualdad de los principales idiomas de Suiza. Y, en Bélgica, las Leyes del 22 de mayo de 1878 y del 18 de abril de 1898 hicieron lo propio con el francés y el flamenco.²⁵

21. La protección internacional de las minorías religiosas en estos siglos reviste especial interés. Entre los múltiples tratados existentes

²⁵ Francesco Capotorti, *op. cit.*, pp. 1, 2 y 3, con amplia y excelente bibliografía (Notas de la 1 a la 22)

pueden citarse el de 1606, entre el rey de Hungría y el príncipe de Transilvania sobre los derechos de la minoría protestante; el Tratado de Westfalia, de 1648, sobre la libertad de ejercer la religión protestante en Alemania, el Tratado de Olson, de 1660, entre Suecia y Polonia sobre el ejercicio de la religión católica en el territorio de Livonia; el Tratado de Nimega, de 1678, entre Francia y Holanda sobre la libertad religiosa de los católicos en los territorios cedidos por Francia, el Tratado de Ryswick, de 1697, entre las mismas partes, y el Tratado de París, de 1763, entre Francia, España y Gran Bretaña, sobre la libertad religiosa de los católicos en los territorios cedidos por Francia en Canadá, y en las convenciones ruso-polacas de 1768 y 1775

El Tratado de Viena de 1815, en lo relativo a la unificación de Bélgica y Holanda, contenía cláusulas que incluían garantías en favor de la minoría católica belga ²⁶

22. En el siglo XIX, el Derecho Internacional dio un paso para garantizar derechos no solamente a ciertas minorías religiosas, sino también a las entonces llamadas minorías nacionales

Entre estos textos merecen recordarse el Acta del Congreso de Viena, del 9 de julio de 1815, referente a las minorías polacas en Austria, Prusia y Rusia; el Tratado de París de 1856, relativo a las minorías cristianas en el imperio otomano, el Tratado de Berlín, de 1878, sobre las minorías religiosas y étnicas en los Estados balcánicos, y la Convención de Constantinopla, de 1881.

Pero estos instrumentos eran incompletos e imperfectos. No se referían a todo tipo de minoría, no estaban dirigidos a proteger todos los derechos de las personas integrantes de estas minorías y los de las minorías en sí mismas, no se referían, salvo alguna excepción, a la protección de la lengua. Pero, además, sólo establecían una protección teórica e ilusoria, sin mecanismos ni procedimientos para hacerla efectiva. ²⁷

23. Pero fue en el proceso internacional que siguió a la Primera Guerra Mundial cuando la cuestión de la protección de algunas minorías en Europa adquirió por primera vez un tratamiento que se creyó serio, efectivo y eficaz

En plena guerra, diversas instituciones privadas y algunos gobiernos habían planteado ya que en la organización internacional de la paz debía incluirse la cuestión de la protección de las minorías

²⁶ FRANCESCO CAPOTORTI, *op. cit.*, pp. 1, 2 y 3, también sobre este aspecto con exhaustiva bibliografía, JANUSZ SYMONIDES, *Proteccion Internacional*, *op. cit.*, pp. 44-45

²⁷ FRANCESCO CAPOTORTI *op. cit.*

Durante el proceso de elaboración del Pacto de la Sociedad de Naciones, el tema fue objeto de reiterada consideración.

Los proyectos del Presidente Wilson incluían una cláusula, en virtud de la cual los nuevos Estados, a cambio del reconocimiento de su independencia, debían comprometerse a garantizar la igualdad de trato a sus "minorías de raza o de nacionalidad". En el tercer proyecto americano se incluyó también una referencia a la libertad de creencias y a la no discriminación por motivos de religión. Pero prevaleció el criterio británico de que la cuestión de las minorías debía incluirse en los diversos tratados de paz con los países en que existieran minorías. En consecuencia, en el proyecto conjunto anglonorteamericano que finalmente sirvió de base al Pacto, las primitivas propuestas de Wilson fueron eliminadas.

24 La Conferencia de la Paz decidió crear un sistema de protección de las minorías en el marco de cinco tratados celebrados entre las potencias aliadas y asociadas con los Estados recientemente creados o recreados que no habían sido enemigos (Polonia, Checoslovaquia, Serbia, Rumanía y Grecia), y en los tratados de paz con algunos de los ex enemigos Austria, Bulgaria, Hungría y Turquía

Es decir, que se incluyeron cláusulas idénticas en los tratados de Versalles, de Saint Germain, Neuilly y Trianon. A estos textos se agregaron los cinco Tratados sobre minorías, celebrados entre 1919 y 1920 (Polonia, Checoslovaquia, Serbia, Rumanía y Grecia); los cuatro Tratados ulteriores (Polonia-Danzig; Suecia-Finlandia; Alemania-Polonia y potencias aliadas y asociadas-Lituania), y en cinco declaraciones unilaterales hechas ante el Consejo de la Sociedad de Naciones (Albania, Lituania, Letonia, Estonia e Irak).²⁸

De tal modo las minorías étnicas, de religión y de lengua que pudieron beneficiarse del régimen de protección fueron las existentes en Austria, Polonia, Estado Serbo-Croata-Esloveno, Checoslovaquia, Bulgaria, Rumanía, Hungría, Grecia, ciudad libre de Dantzig, Islas Aaland, Albania, Estonia, Lituania, Letonia, Turquía, Memel e Irak

Todos estos tratados y estas declaraciones unilaterales sobre las minorías eran análogas y se inspiraban en iguales criterios y principios. Las diferencias eran esencialmente operativas y secundarias

²⁸ En su opinión consultiva, del 6 de abril de 1935, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto de las escuelas de la minoría griega en Albatia, afirmó que estas declaraciones unilaterales tenían la misma fuerza obligatoria de los compromisos convencionales (C.P.J.I., Serie AB, 64/69)

Como dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva, del 6 de abril de 1935, sobre la cuestión de las escuelas griegas en Albania,

estos textos tenían dos objetivos: por una parte, garantizar la plena igualdad de trato entre los individuos pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y los demás ciudadanos del Estado, y, por otra parte, asegurar a los miembros de esos grupos minoritarios los medios apropiados para la salvaguardia de sus caracteres étnicos propios, sus tradiciones e idiosincrasias nacionales. Las dos cuestiones están estrictamente relacionadas, pues no cabe hablar de igualdad real entre la mayoría y la minoría si se priva a ésta de sus instituciones y se le obliga a renunciar a lo que constituye la esencia misma de su vida como minoría.

Algunos de estos instrumentos internacionales preveían la protección de minorías especiales, además de las antes indicadas (minoría judía en Grecia, Polonia y Rumania), los valaquios en Grecia, las comunidades monásticas no griegas del Monte Alto (Grecia), las minorías musulmanas en Albania, Grecia y el Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos, las comunidades de sículos y sajones en Transilvania (Rumania), y los rutinos en los Cárpatos (Checoslovaquia).

En general, la protección estaba dirigida a los individuos integrantes de los grupos minoritarios y no a los grupos en sí mismos, quizás ante el temor de que ella pudiera constituir un riesgo de posible desmembración de los Estados en los cuales existían grupos minoritarios.²⁹

25. Estos instrumentos no imponían deberes a las minorías como contrapartida de los derechos que se les atribuían. Ante ello, la Asamblea de la Sociedad de Naciones en su resolución del 21 de septiembre de 1922 señaló que "reconociendo el derecho fundamental de las minorías a la protección de la SDN, insiste en el deber que incumbe a las personas pertenecientes a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, de cooperar como ciudadanos leales con la nación a la que ahora pertenecen".

26. Los diversos instrumentos contenían una doble garantía de Derecho Interno y de Derecho Internacional.³⁰

En virtud de la garantía de Derecho Interno, el Estado involucrado se comprometía a que las estipulaciones relativas a las minorías fueran reconocidas como leyes fundamentales, en el sentido de que nin-

²⁹ M. Sibert, *Traité de Droit International Public*, Dalloz, París, 1951, tomo I, p. 498.

³⁰ Charles Rousseau, *Droit International Public*, Sirey, París, pp. 218-219.

guna ley o reglamento podría estar en contradicción con estas estipulaciones.

En virtud de la garantía internacional, estas obligaciones se consideraban de interés internacional y estaban bajo la tutela de la Sociedad de Naciones. El Consejo podría intervenir en caso de violación o peligro de violación de las normas relativas a la protección de las minorías. En caso de controversia entre un Estado en el que existe una minoría y un Estado miembro del Consejo, la Corte Permanente de Justicia Internacional tendría jurisdicción obligatoria.

27. El Consejo de la SDN, al desarrollar su competencia, estableció el derecho de petición en favor de las minorías.

Este derecho de petición se concedió a las minorías por la resolución del Consejo del 22 de octubre de 1920. Este procedimiento fue revisado por las resoluciones del 5 de septiembre de 1923 y 27 de junio de 1931.

Dicho procedimiento no exigía el agotamiento de los recursos internos como condición de admisibilidad de las peticiones.

Las peticiones no tenían el carácter de demandas. Eran fuentes de información para que el Consejo pudiera tomar las decisiones pertinentes.

28. El régimen de protección relativo a ciertas minorías, creado después de la Primera Guerra Mundial, constituyó un gran progreso, aunque tuvo el defecto mayor de su falta de generalidad.³¹

29. Pero, pese a la forma en general correcta en que funcionó, así como a la actuación del Consejo, aceptable en algunos casos, y de los órganos especializados que se crearon en la SDN, y, sobre todo, pese a la gran tarea que cumplió la Corte Permanente de Justicia Internacional,³² no dejó resultados sólidos, durables y satisfactorios ni para

³¹ I H Bagley, *General Principles and Problems in the Protection of Minorities*, Ginebra, 1950, p. 68; Yves L. Claude, *National Minorities: An International Problem*, Harvard University Press, Cambridge, 1955, pp. 35-36.

³² El aporte de la Corte fue especialmente rico: opinión consultiva del 10 de septiembre de 1923 sobre la cuestión de las colonias alemanas en Polonia (CPJI, Serie B, núm. 6); opinión consultiva del 15 de septiembre de 1923 sobre la cuestión de la adquisición de la nacionalidad polaca (CPJI, Serie B, núm. 7); opinión consultiva del 21 de febrero de 1925 sobre el canje de poblaciones griegas y turcas (CPJI, Serie B, núm. 10); opinión consultiva del 28 de agosto de 1928, sobre la interpretación del acuerdo greco-turco del 1 de diciembre de 1926 (CPJI, Serie B, núm. 16); opinión consultiva del 31 de julio de 1930 sobre la cuestión de las comunidades greco-búlgaras (CPJI, Serie B, núm. 17); opinión consultiva del 15 de mayo de 1931 sobre la cuestión del acceso a las escuelas mino-

los Estados, ni para las minorías, ni para la paz y la seguridad en Europa³³

El fracaso final del sistema, pese a sus parciales elementos positivos, a las enseñanzas útiles que dejó y a los precedentes que estableció, en especial respecto de las peticiones individuales, estuvo unido a la situación internacional general. Con razón se ha dicho que es injusto condenar el fracaso del sistema de la Sociedad de Naciones para las minorías con independencia de la situación internacional general de su época. El sistema de protección a las minorías sólo era una parte de la estructura mundial que se había establecido. El sistema para las minorías dependía forzosamente del estado del orden y de las relaciones internacionales. Y cuando ese orden se desintegró, el sistema se desplomó. Entre las dos grandes guerras, el mundo fue testigo de un impresionante fenómeno de regresión y de un relajamiento de la moral y de la política. Las dictaduras reemplazaron a las democracias, florecieron el odio y la intolerancia, la fuerza se impuso sobre la razón y un nacionalismo apasionado aplastó el surgimiento de la cooperación internacional. Era inevitable que las minorías sufrieran en ese ambiente. A medida que declinaba el respeto de las obligaciones internacionales y que la autoridad de la Sociedad de Naciones pasaba al olvido, la capacidad de la Organización para cumplir sus funciones en materia de minorías también declinaba, y el fracaso definitivo del sistema acompañó el fracaso de la sociedad.³⁴

30. Si todo esto es cierto, no lo es inenon también que la existencia de minorías en Europa, la situación especialísima de algunas de ellas, la explotación del problema en función de las ambiciones expansionistas de varios Estados —en particular de la Alemania nazi— y los problemas de disgregación estatal que en ocasiones generaron ciertas minorías que aspiraban a su reintegración a otro Estado con el que se sentían étnica, cultural y tradicionalmente unidas,³⁵ son elementos

ritarias alemanas en Alta Silesia (CPJI, Serie A-B, núm. 40) y opinión consultiva del 6 de abril de 1935 sobre la cuestión de las escuelas minoritarias en Albania (CPJI, Serie A-B, núm. 64). Sobre toda esta cuestión Nathan Feinberg, *La Jurisdiction de la Cour Permanente de Justice dans le Système de la Protection Internationale des Minorités*, Paris, 1931.

³³ P. de Azcárate, *League of Nations and National Minorities; an Experiment*, Washington, 1945, p. 130.

³⁴ I. H. Bagley, *op cit*, p. 126.

³⁵ La posición contraria a la conceptualización de la libre determinación de los pueblos como un derecho, expuesta por varios autores en la década de los 50, fue la consecuencia de la triste experiencia para el orden internacional y la paz con respecto a la invocación de

necesariamente vinculados a las causas que provocaron la Segunda Guerra Mundial ³⁶

31 En lo que se refiere a los Derechos Humanos, hay que destacar que el establecimiento por el Consejo de la SDN de un sistema de peticiones o comunicaciones emanadas de las minorías, para denunciar o informar respecto de la violación de sus derechos, está en el origen de los regímenes actuales que reconocen en materia de Derechos Humanos, en mayor o menor grado, el recurso individual o de grupos de personas (por ejemplo. Protocolo Adicional al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Convención Americana sobre Derechos Humanos y Carta Africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos).

En este sentido, este importante precedente está unido a los orígenes del proceso dirigido a hacer del ser humano un sujeto de Derecho Internacional

32 Este régimen terminó jurídicamente y perdió su vigencia con el fin de la Sociedad de Naciones y el establecimiento del sistema internacional que siguió a la paz, consecuencia de la victoria de 1945.³⁷

33 El nuevo Sistema Internacional, basado en la Carta de las Naciones Unidas, tenía que encarar el tema de las minorías en forma distinta.³⁸

En primer término, no podía hacerlo teniendo sólo en cuenta los problemas territoriales nacidos de los tratados de paz de 1919-1920.

En segundo lugar, el carácter universal de los principios de la Carta tenía que reflejarse en la manera de encarar la cuestión. El sistema había de inspirarse en una filosofía distinta, en el marco de la cual ya no son únicamente las minorías de determinados países, sino todos los seres humanos, de todos los países, los que posean los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

La Carta de las Naciones Unidas, al igual que el Pacto de la SDN, no contiene ninguna norma específica sobre minorías. Pero, a diferencia

la libre determinación de las minorías nacionales, debida a la política hitlerista para justificar su expansionismo (Véase Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, p. 9, párrafo 52)

³⁶ El análisis de la situación de las minorías europeas ante el Derecho Internacional entre las dos guerras que he hecho, sigue en general el excelente estudio de Francesco Capotorti, *op. cit.*, pp. 17-28. Véase también Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailier, Alain Pellet, *op. cit.*, p. 643, párrafo 438

³⁷ Naciones Unidas, Secretaría General, *Estudio sobre la Validez Jurídica de las Obligaciones Asumidas con Respecto a las Minorías*, (E/CN.4/367 y Add. 1, 1950)

³⁸ Francesco Capotorti, *op. cit.*, pp. 28-29, párrafos 135-139

del Pacto, la Carta proclama solemnemente en varias disposiciones el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, la igualdad y la no discriminación (Preámbulo, artículos 1 3, 13, 55, 56, 62 y 76)

El principio de no discriminación está establecido en función de la salvaguardia de los Derechos Humanos y no en el contexto específico de la protección de las minorías. Se pensó, en 1945, que la protección de los Derechos Humanos para todos, sin discriminación alguna, hacia superflua la adopción de normas especiales para las minorías

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, no contiene ninguna norma sobre las minorías. Pero hay que recordar que se discutió la cuestión de la inclusión de un artículo relativo a los derechos de las minorías nacionales,³⁹ que la Unión Soviética presentó formalmente un proyecto para "garantizar a las minorías nacionales el derecho a emplear su propio idioma y poseer sus propias escuelas, bibliotecas, museos y otras instituciones nacionales de educación y cultura",⁴⁰ y que la Asamblea General adoptó el mismo día de la aprobación de la Declaración Universal la resolución 217c (III), declarando que las Naciones Unidas no podían permanecer indiferentes a la suerte de las minorías, pero que una solución uniforme era difícil

34. Los tratados de Paz de 1947 no establecieron tampoco un sistema análogo al de la Penguerra. Sólo se encuentran algunos acuerdos bilaterales entre los Estados interesados (Declaración germano-danesa del 29 de marzo de 1955 para el Slesvig, Acuerdo italo-austriaco del 5 de septiembre de 1946 sobre el Sud Tyrol; Memorándum cuadrpartito del 5 de octubre de 1954; Acuerdo italo-yugoslavo de 1976 relativo a Trieste, y el acuerdo de 1959)⁴¹

35. Las Naciones Unidas, especialmente la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, han realizado un gran trabajo para individualizar y precisar el concepto y los problemas de las minorías y señalar los posibles caminos a seguir para resolverlos⁴²

³⁹ Véase nota 36.

⁴⁰ Documentos Oficiales de la Asamblea General, III Período de Sesiones, I Parte, Anexos, a/784

⁴¹ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *op. cit.*, p. 643.

⁴² Una enumeración detallada de esos trabajos y estudios se encuentra en Francesco Capotorti, *op. cit.*, pp. 29-31, párrafos 145-153.

Pero lo importante es señalar que en la Declaración Universal, de manera implícita, y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de forma expresa en su artículo 27, la cuestión de las minorías fue encarada como un problema de los derechos de las personas que las integran, de igualdad y de no discriminación, y nunca como un asunto de la minoría en sí misma, con derechos propios como tal y, en consecuencia, beneficiaria de la protección.

Este enfoque —fruto de una concepción jurídica y de un principismo doctrinario, que pensaba que los problemas de las minorías eran en el fondo sólo cuestiones de los Derechos Humanos de las personas que las integraban— era en el fondo antihistórico e impolítico.

36 Sin perjuicio de la simpatía y de la adhesión apriorística que puede provocar, sin dejar de reconocer que en parte se basaba en el temor fundado de encarar un tema que podía alterar las delimitaciones territoriales de los Estados y el equilibrio, al parecer logrado luego de la Segunda Guerra Mundial, no puede desconocerse que fue un enfoque incompleto y parcial

La cuestión de las minorías implica un problema de Derechos Humanos, de igualdad y de no discriminación. Éste no puede desconocerse, y, en tal sentido, lo realizado por las Naciones Unidas, por algunos de sus organismos especializados, en particular la Organización Internacional del Trabajo y la UNESCO, por el Consejo de Europa y por la Organización de Unidad Africana, es plausible

Pero, además, es necesario no rehuir el tema de los derechos —y deberes— de las minorías en cuanto tales. Es una imposición de la realidad y de la historia. Sin este enfoque, la regulación internacional de la cuestión será insuficiente y, por ende, ineficaz

37 La existencia y multiplicación de los Estados multiétnicos en Europa, a partir de 1945, y los problemas cada vez más graves de las minorías en el Medio Oriente —como el caso de los kurdos, que afecta a varios Estados, de las minorías en varios de los Estados que formaban la Unión Soviética, y el caso desgarrante de las minorías en Croacia, en Serbia y Bosnia— han centrado una vez más la atención internacional sobre el tema y planteado nuevamente la necesidad de encararlo objetivamente con nuevos instrumentos internacionales, adecuados a la época, que tengan en cuenta la experiencia cumplida y, al mismo tiempo, hagan posible una acción internacional humanitaria para que se respeten en el terreno todos los derechos involucrados.

38 En la Unión Soviética y en las llamadas democracias populares, entre 1945 y 1989-1990, la cuestión de las minorías fue ocultada e

imperó una opresión forzada, dirigida a la sujeción y a la persecución de las minorías, pese a que la propaganda oficial y los textos jurídicos presentaban la cuestión como resuelta. Una calma aparente, fruto de la represión y no de la solución de los problemas, fue el espectáculo que se mostró

El fin del comunismo y la democratización de los países de Europa Oriental trajo como consecuencia las esperanzas de progreso en el reconocimiento real y en el goce efectivo de los derechos de las minorías en la Unión Soviética y en los países de Europa Oriental y Central

Pero junto a esta esperanza se asistió a la explosión violenta, muchas veces incontrolada, de la cuestión de las minorías, demostración que la realidad y la historia triunfan sobre las ficciones jurídicas e ideológicas. En la ex Yugoslavia, en muchas regiones de la ex Unión Soviética, en Irak, en Turquía y en otros tantos lugares, el tema de las minorías posee hoy una importancia que nunca dejó de tener, pero que ha vuelto a la superficie y al conocimiento general de la opinión pública. Ello obliga a encarar nuevos criterios de solución y adecuadas acciones para aplicarlos.

39 Aunque la existencia de minorías es un fenómeno prácticamente universal, los problemas generados por las minorías, especialmente en Europa Oriental y Central, en los Balcanes, en el Cercano y Medio Oriente, en África y en algunas regiones del Pacífico y Asia,⁴³ son elementos generadores de graves conflictos en el interior de los Estados, a veces con proyección internacional, por las implicaciones de las minorías en otras poblaciones con las que están ligadas, creando en ocasiones situaciones bélicas que enfrentan directamente a dos o más Estados

La gravedad de estas situaciones no es de hoy, su existencia es muy antigua y tiene raíces que se hunden en la historia. Pero a un periodo de relativa y aparente tranquilidad, en el que el tema de las minorías pareció controlado y no generaba confrontaciones bélicas y sangrientos y desgarradores dramas humanos, individuales y colectivos, ha seguido un periodo en que esas confrontaciones y esos conflictos han explotado con particular violencia, poniendo en peligro la paz y la seguridad en numerosas regiones

La agravación y reaparición de las manifestaciones externas de la existencia de minorías parece ser un fenómeno cíclico en el curso de la historia.

⁴³ Héctor Gros Espiell, "Derecho a la Asistencia Humanitaria e Intervención Humanitaria", en *Estudios en Honor de Eduardo Jimenez de Aréchaga*, 1993

40. Además de lo que se encuentra en algunos de los textos ya citados, la Carta de París, de 1990, adoptada por la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, afirma la necesidad de "proteger la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías nacionales", asegurando a cada uno "el goce de recursos efectivos sobre los planos nacional e internacional".

41. Hay que destacar un nuevo enfoque en lo que se refiere a la protección de las minorías que resulta, entre otros, de las decisiones 688, 770, y 771 del Consejo de Seguridad, actuando en virtud del artículo VII de la Carta, y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General a partir de 1992, condenatorias de la depuración étnica y destinadas a asegurar la efectividad, incluso mediante el uso de medios militares, de la ayuda humanitaria.

De tal modo, el derecho a la asistencia humanitaria⁴⁴ queda unido a la cuestión de las minorías, a la ayuda prestada a éstas por la comunidad internacional en situaciones de crisis, pero también como medio de contribuir a garantizar su identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa. Esta asistencia y esta ayuda, naturalmente, sólo pueden darse en el marco del Derecho Internacional, como acción jurídicamente lícita y nunca por la vía de intervenciones ilícitas según el Derecho de Gentes, sean individuales o colectivas.

42. Hoy estamos, sin duda, en uno de los periodos más difíciles, graves y violentos de este proceso tan antiguo como cambiante. Esta gravedad ha estado unida a los grandes cambios ocurridos en el mundo en los últimos años, a la mutación de muchos regímenes políticos, al

⁴⁴ En el estudio encargado por las Naciones Unidas al profesor Francesco Capotorti se "seleccionaron" los siguientes países entre los que existen "grupos étnicos, religiosos y lingüísticos dentro de la población": Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Birmania, Brasil, Canadá, Checoslovaquia (en el año 1977), Chile, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Finlandia, Guyana, Hungría, India, Indonesia, Irak, Israel, Italia, Líbano, Malasia, Nigeria, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, R S S de Ucrania, República Unida de Tanzania, Rumania, Senegal, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (en 1977), Venezuela, Yugoslavia y Zaire (*op. cit.*, pp. 116-120).

Obviamente, por el momento en que se redactó este estudio en las Naciones Unidas, no se incluyó a China, en donde existen importantes minorías. Hoy no podría omitirse a Irán y a Turquía, además de los Estados resultantes del desmembramiento de Yugoslavia, de Checoslovaquia, de Rumania (Moldavia) y, en especial, de la antigua Unión Soviética. Esta selección no incluye, asimismo, casos muy importantes de minorías en Estados africanos.

fin de los gobiernos comunistas autoritarios y opresivos en la Unión Soviética y en Europa Oriental, a la explosión y división de la ex Unión Soviética y al panorama internacional general.

Esta situación actual es un desafío. Provoca la necesidad de una acción para volver a encarar, en función de la paz, la seguridad y la justicia del eterno y, hasta hoy, insoluble problema de la protección de las minorías y de sus integrantes.

IV

La Situación Actual

43. Ya hemos señalado la gravedad actual de la cuestión de las minorías, para ellas mismas, para su vida y para los derechos de sus integrantes. Pero, además, el momento actual es especialmente peligroso en cuanto los problemas de las minorías por la violencia que han generado, y generan, por los conflictos bélicos, internos e internacionales, que han provocado ya, y aún pueden provocar, en el mañana. Esto hace que el tema tenga hoy una especialísima incidencia sobre la paz y la seguridad.

44. Es imposible, en la limitada extensión de esta comunicación hacer una referencia, ni siquiera de carácter únicamente enunciativo, a todos los casos de minorías actualmente existentes en las distintas partes del mundo, ya que la existencia de minorías es un fenómeno prácticamente universal.

Por eso, sin desconocer la realidad actual de todas esas minorías, nos referiremos únicamente a los casos más notorios hoy, los cuales tienen una mayor recepción en el interés de la opinión pública actual.

45. Hoy día, la situación creada, en el espacio geográfico que cubría antes la antigua Yugoslavia, en lo que se refiere a las minorías existentes allí, es particularmente grave.⁴⁵ Serbios, en Croacia, croatas, en Serbia, albaneses, en Serbia, serbios, en Bosnia, ortodoxos en tierras

⁴⁵ Además de lo que expresa Capotorti respecto de Yugoslavia en 1977 (*op. cit.*, p. 120), que cita el libro de Nada Dragić, *Nations and Nationalities of Yugoslavia*, Medjunardodna Politika, Belgrado, 1974, posteriormente, ya con la situación actual Guy Heraud, *L'Europe des Ethnies*, Bruylant, Bruselas, 1993, pp. 1976-1985; *Le Monde Diplomatique*, *Manière de Voir*, núm. 17, *Nationalismes, La Tragédie Yougoslave*, París, febrero 1993, Stéphane Yerasimos, *Questions d'Orient, Frontières et Minorités des Balkans au Caucase*, Éditions La Découverte, París, 1993.

de mayoría musulmana; musulmanes en lugares de mayoría cristiana ortodoxa, todo esto forma un *puzzle* intrincado, difícil y generador de constantes enfrentamientos y conflictos. Odios ancestrales, resentimientos, oposiciones religiosas, reivindicaciones territoriales, todo se une para crear un clima de violencia, intolerancia y xenofobia.

La explotación de esto, por grupos políticos que esperan beneficiarse del momento, haciendo renacer y fomentando sentimientos primitivos, sembrando la cizaña, así como atizando las oposiciones religiosas, ha provocado una situación gravísima, caracterizada por conflictos bélicos internos y externos, con el peligro de constituirse en un detonador de otros posibles conflictos análogos en otros Estados de la región, así como de conflictos militares de proyección más amplia y de naturaleza distinta.

46 Conceptos como el de "limpieza étnica", "unidad religiosa" y "homogeneidad racial", como elementos indispensables para la constitución de los Estados, que parecían superados y obsoletos, han reaparecido, pretendiendo contraponerlos a la idea del Estado de Derecho, tolerante y liberal, pluralista, multiétnico y laico, respetuoso de todas las tradiciones, de todas las religiones y de todas las ideas, garante de los derechos de todos los seres humanos —sin discriminación alguna— y de todos los grupos que, respetuosos del Derecho, viven en su seno.

Este complejo conflicto actual, en el que se entremezclan e inciden los más diversos factores, sólo podrá terminar con el retorno al respeto de los principios en que se basa el moderno Estado de Derecho Democrático, en el acatamiento del Derecho Internacional y en un enfoque de la cuestión de las minorías que garantice los Derechos Humanos de todos sus integrantes y los derechos de las minorías en cuanto tales.

47 En los Balcanes, la existencia de minorías raciales, étnicas, religiosas y lingüísticas en el interior de los Estados ha sido tradicionalmente, y es hoy, una de las características tipificantes de la región.⁴⁶ Causa y consecuencia de conflictos bélicos a través de los siglos —conflictos que muchas veces generados en la zona, se proyectaron luego en ámbitos o espacios más amplios—, esta situación se dio con especial gravedad en la preguerra de 1939, con respecto a las minorías ale-

⁴⁶ Guy Heraud, en su reciente libro *L'Europe des Ethnies*, individualiza minorías en la región, en Albania, Bulgaria, Hungría, Moldavia, Polonia, Rumanía, La República Checa y Eslovaquia. Véase también Stéphane Yerasimos, *Questions D'Orient, Frontières et Minorités des Balkans au Caucase*, Éditions La Découverte, Paris, 1993.

manas en Checoslovaquia (Sudetes), y en Polonia. El cambio político ocurrido en Europa Central y Oriental, luego del fin de la Segunda Guerra Mundial, trajo como resultado la soviétización de toda la región y la constitución de las llamadas democracias populares. Éstas quisieron ocultar la subsistencia de la cuestión de las minorías. Pero el asunto, disimulado apenas por Estados autoritarios, en los que la libertad de información y la comunicación con el exterior había dejado de existir, mantuvo toda su virulencia, incluso aumentada por la represión y la discriminación constitucional, por el sistema político constitucional de estos Estados. La situación de la minoría húngara en Rumania y de la minoría rumana en Hungría tuvo, sin embargo, y llegó a presentar, un carácter tan grave que se mostró internacionalmente como un ejemplo capaz de generar un conflicto grave entre dos "Democracias Populares"

La caída y el fin del imperio soviético y de los Estados satélites de la Europa Central y Oriental, con la consiguiente democratización y la aplicación de criterios de no discriminación e igualdad en el tratamiento de las minorías, sobre la base de los principios reconocidos en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales están en el fundamento de la idea del Estado Democrático de Derecho, pueden haber incidido favorablemente en la situación de las minorías en la región, así como generar un conflicto grave entre dos "Democracias Populares"

Pero, el tema, obviamente, sigue vivo y su peligrosidad, latente, no se ha extinguido.

Lo que pasa en el caso de las minorías existentes en el territorio en que se asentó la ex Yugoslavia sirve de antecedente y de ejemplo. Este antecedente y este ejemplo pueden estar en el inicio de un camino de normalización pacífica o, por el contrario, de confrontación.

48 Naturalmente éstos no son los únicos casos de minorías en Europa. Hay minorías en Alemania, Dinamarca, Austria, Bélgica, España (donde la cuestión de las "nacionalidades", en especial catalana y vasca, tienen una situación histórica, política y jurídica particular), Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Noruega, Italia (sobre todo por el caso, el más importante, pero no único, de la minoría de lengua alemana en el Tirol del Sur), Suecia y Suiza.

Pero en estos casos, aunque con alguna excepción, no se dan situaciones capaces de provocar hoy conflictos graves con proyección internacional. Esto no quiere decir que los problemas de estas minorías estén totalmente resueltos, ni que no haya que continuar en el camino

democrático de resolver prácticamente la efectividad del reconocimiento de todos sus derechos

49. Siempre en Europa, la situación de minorías en Chipre, Grecia, Lituania, Letonia, Estonia y Moldavia presenta caracteres más difíciles, en algunos casos preocupantemente conflictivos, muchos de ellos ligados con problemas derivados del desmembramiento de la antigua Unión Soviética

También en Europa, no se pueden dejar de mencionar las cuestiones ligadas a las minorías en la parte europea de la Federación Rusa, en Ucrania⁴⁷ y en Bielorrusia.

50. Otro u otros focos de gravísima tensión, ligada entrañablemente a la existencia de minorías, se sitúa en los nuevos Estados surgidos del desmembramiento de la antigua Unión Soviética, en la parte no europea de la ex Unión.

En toda la gran zona del Cáucaso y en el espacio geográfico que se sitúa más al este, en los Estados, entre otros, de Uzbekistán, Kirghizistán, Tadjikistán, Azerbaijón, Georgia y Armenia, la actual conflictividad y los enfrentamientos bélicos están unidos a intrincados problemas de minorías étnicas, religiosas y lingüísticas en el interior de esos Estados

La gravedad de estas situaciones, en una zona que estaba fuera del foco de atención tradicional de la opinión pública occidental, es muy grande.

51. En Turquía, Irak e Irán, las cuestiones vinculadas con las minorías son hoy particularmente difíciles.

No sólo el asunto de los kurdos —que ha adquirido apasionante interés, y que afecta a estos tres Estados—, sino también el tema de los armenios y los problemas de las diversas tendencias o sectas religiosas musulmanas son cuestiones que implican, además del tema de las minorías y de sus integrantes, elementos de proyección internacional con consecuencias para la paz y la seguridad.

52. No puede omitirse una referencia al Cercano Oriente y la cuestión de las minorías en los Estados de la región, en especial —aunque no únicamente—, en el Líbano y en Israel. En estos Estados, el asunto posee una proyección interna y una gravedad internacional que no se puede ignorar

⁴⁷ Maurice Zinovieff, 'A Propos des Minorités en Europe, L'Europe des Unités, Nouvel Art du Français', en *Revue Lettres, Arts, Science*, París, mayo, 1993

53. Es imposible seguir enumerando e individualizando situaciones en las que el tema de las minorías presenta hoy importancia particular.

Dejamos así, al margen, toda referencia —sin que ella implique desconocer su significación— a las cuestiones de minorías en Estados africanos y asiáticos.

54. En América Latina, no puede hablarse estrictamente de la existencia de minorías. El tema importante en América Latina es el de las poblaciones indígenas y no el de las minorías.

El hecho de que la población latinoamericana actual se haya formado esencialmente, y en algunos países casi exclusivamente, como consecuencia del aporte de las inmigraciones de origen europeo, en un proceso que va del siglo XV al XX —poblaciones parecidas con una cultura en términos generales común y sin oposiciones de tipo religioso—, así como el intenso fenómeno del mestizaje, explican hoy la inexistencia de fenómenos de minorías en América Latina

Hay que reconocer, en cambio, que en algunos países latinoamericanos hay poblaciones indígenas, mayoritarias o minoritarias, que plantean problemas muy complejos, que pueden llegar a ser graves. Pero, en los últimos años, la conciencia de la existencia de estos problemas, la voluntad de encararlos de una manera franca y realista y el inicio de la regulación jurídica del tema, incluso por la vía de normas constitucionales, han significado el comienzo del difícil y largo camino hacia su solución

55. A pesar de que en ciertos países latinoamericanos viven importantes grupos de personas de nacionalidad o de origen diferente al del resto de la población, no puede decirse que por ello exista, por ejemplo, una minoría chilena en Argentina, o una minoría colombiana en Venezuela, o una minoría uruguaya en Argentina, o una argentina en Chile, o una guatemalteca en México, o una salvadoreña en Honduras. Entre otras causas, la comunidad de lengua, de creencias y de civilización, ha impedido —como ya señalamos— la formación de este tipo de minorías en Latinoamérica. Un problema algo distinto pudieron plantear, por ejemplo, los grupos de origen japonés existentes en Brasil o en Perú, por tratarse de personas de un origen étnico, cultural y religioso diferente. Pero, en general, luego de una generación, se han integrado con la población mayoritaria y hoy no se sienten ni actúan como minorías.

En los años de la Alemania nazi, el particularismo de los grupos de inmigrantes alemanes, explotado políticamente por el hitlerismo, con una intensa propaganda, pudo generar el peligro de la creación de mi-

norias germánicas, en especial en Venezuela, Chile, Argentina y Uruguay. Pero la derrota y la desaparición del nazismo puso fin a ese peligro y hoy esos grupos están totalmente integrados, sin perjuicio, en algunos casos, de la conservación de sus tradiciones.

V

Conclusiones

56 La importancia y la gravedad de la cuestión de las minorías es innegable

Constituye la expresión de un fenómeno que no es ni circunstancial ni momentáneo

Su permanencia y su vitalidad son la mejor demostración de que hay que encarar el fenómeno frontalmente, con espíritu de justicia, en función de la salvaguardia de los Derechos Humanos, de la preservación de los derechos de las minorías y de sus integrantes, en el marco de la existencia de Estados pluralistas que repudian toda política discriminatoria, toda marginalización y toda pretendida limpieza o unidad étnica, religiosa o lingüística. Pero, al mismo tiempo, se requiere educar a las minorías en la tolerancia, en la comprensión de sus deberes y en el reconocimiento del derecho al cambio de sus integrantes y a la elección democrática de su vida y de su destino.

Todo esto requiere medidas del más diverso tipo: políticas, económicas, sociales y culturales.

En lo jurídico se necesita un tratamiento adecuado del asunto por el Derecho Interno y por el Derecho Internacional, que recientemente, a partir de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1992, ha encarado la cuestión de una manera global y totalizante.

Este tratamiento internacional no podrá fundarse exclusivamente en instrumentos de tipo universal. Se requieren también textos de tipo regional. En Europa, en África y en América Latina —con respecto a las poblaciones indígenas—, ello es posible por la existencia de organizaciones regionales: el Consejo de Europa, la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, la Organización de Estados Americanos, la Organización de Unidad Africana, así como la Liga de Estados Árabes. En Asia y el Pacífico, dada la inexistencia de organiza-

ciones regionales, es más difícil prever la forma de adopción de instrumentos regionales de este tipo

Pero hoy la cuestión de las minorías, aunque precisamente unida a una materia relativa a los Derechos Humanos, tiene una importancia internacional y una incidencia para la paz y la seguridad, que no puede desconocerse. Es por eso que no es posible olvidar este aspecto del asunto, y que toda política, regional o internacional, es materia de minorías, y debe considerar los conflictos existentes y potenciales para intentar su solución e impedir que subsistan y se expandan, como núcleos de violencia y de confrontación bélica

EL ASILO EN AMÉRICA LATINA ASPECTOS JURÍDICOS INTERNOS E INTERNACIONALES'

I

El tema global que debo introducir incluye, en verdad, tres subtemas diferentes, aunque íntima y entrañablemente relacionados

Estos tres subtemas son:

a) El análisis jurídico comparativo de las legislaciones sobre asilo territorial en América Latina y los instrumentos internacionales y regionales sobre refugiados,

b) La vigencia de la Declaración de Cartagena,

c) Las perspectivas de asilo en América Latina.

Los tres temas implican, necesariamente, una clara conceptualización previa de la relación y diferencias entre dos institutos jurídicos distintos, pero necesariamente relacionados hoy asilo y refugio. Por eso comenzamos por hacer unas precisiones al respecto. La representación tendrá no sólo una finalidad descriptiva, sino que se hace como un aporte al debate y a la posible elaboración de conclusiones

II

El asilo y el refugio son dos institutos diferentes, con una regulación internacional distinta y que, en el Derecho Comparado Internacional, las legislaciones muchas veces reglamentan de manera diversa

Ambos institutos jurídicos derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos *lato sensu*.

Al respecto he dicho en un trabajo escrito hace unos años

Si bien es cierto que los refugiados poseen un régimen jurídico internacional específico que se deriva, entre otros instrumentos, de la Convención

* Conferencia dictada en el coloquio organizado por el ACNUR en Montevideo, en mayo de 1993

antes citada, que la vigencia de la aplicación de estas disposiciones se atribuye a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (artículo 35 de la Convención) y que se prevé un sistema propio para la solución de las controversias que puedan resultar de la interpretación o de la aplicación de la Convención (artículo 38), no es menos cierto que los principios y criterios normativos en que se funda este régimen se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 13 y 14), en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 13), en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Protocolo número 4 del 16 de septiembre de 1969 (artículos 2, 3 y 4), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22). Por lo demás, el primer párrafo preambular de la Convención de 1951 invoca expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, al reafirmar el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna, deben gozar de los derechos y libertades fundamentales.

Lo mismo puede decirse respecto del asilo

En el Derecho Internacional Universal, el asilo territorial se funda en lo establecido en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No se ha logrado aún elaborar una Convención al respecto, luego del fracaso de la Conferencia de Ginebra de 1977.

En América, el asilo territorial tiene su fundamento en diversas fuentes normativas. Cabe citar entre ellas:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá 1948, artículo XXVII

Convención sobre Asilo Territorial, adoptada en la X Conferencia Internacional Americana, Caracas 1954.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969, artículo 22, párrafos 7, 8 y 9.

Tratado sobre Derecho Penal Internacional, Montevideo 1989, título II artículos 15, 16 y 18

Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos, Montevideo 1939, capítulo II

Es preciso no confundir al asilado territorial con el de refugiado, según la Convención de 1951. Los conceptos están ligados, a veces se implican, pero no son iguales ni se superponen. Dije al respecto

La aceptación de una persona como asilado territorial no la transforma automáticamente en refugiado a los efectos de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 pero, sin duda, constituye un elemento de juicio impor-

tante a considerar por las autoridades que deben calificar al refugio político. Y a la inversa, la clasificación de una persona como refugiado político, según el sistema de las Naciones Unidas, no significa que *ipso iure*, deba ser considerada como asilado territorial.

La dicotomía entre asilado territorial y refugiado político (según el Estatuto de las Naciones Unidas), que no es pensable a corto o mediano plazo que se supere en América Latina, en teoría crea problemas de difícil solución. Pero la verdad es que, en la práctica, como consecuencia de la decadencia del asilo territorial, estos problemas no son tan graves, ya que, en general, las grandes cuestiones de refugiados en América Latina se encaran y resuelven por aplicación del sistema de refugiados políticos de las Naciones Unidas y por acción del Alto Comisionado.

Lo más importante es que hay que tratar que el objetivo común que tienen el instituto del asilo territorial en América Latina y el refugio político en las Naciones Unidas, haga posible el planeamiento y ejecución de una política coherente y sistemática para proteger no solo a los perseguidos por delitos políticos, sino también a los perseguidos por razones o motivos políticos, aunque no haya delito, y para que éstos tengan en el Estado territorial un adecuado *status* de protección económica, social y cultural.

Me atrevo a pensar que, hoy, es esencial garantizar el asilo territorial no sólo a los delincuentes políticos. En efecto, la mayoría de los que actualmente buscan asilo territorial o refugio, son perseguidos que no han cometido infracción alguna ni tampoco están procesados por ningún tipo de delito político.

Con respecto a la forma de encarar los problemas económicos, sociales y culturales que plantea el asentamiento de los refugiados, así como por el hecho de que existe un sistema orgánico (la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), que se encarga directamente de estas cuestiones y también del tema cada vez más importante de los desplazamientos de los primeros lugares de refugio definitivo y de la cuestión de los refugiados en órbita, el derecho de las Naciones Unidas es mucho más moderno, progresista y actual que el Derecho Internacional americano, incluso que la Convención de Caracas de las Naciones Unidas, de 1951, para calificar el concepto de refugiado tiene en cuenta la persecución en sí misma, pero también el temor fundado de una persona a ser perseguida por las razones o causales que la Convención enumera.

En el Derecho Internacional Americano, el concepto de refugiado, establecido por las convenciones interamericanas o por otros tratados latinoamericanos al respecto, es el mismo que el de asilado territorial. En cambio, este concepto no coincide totalmente, aunque tenga elementos análogos con el de refugiado, según la Convención de 1951. Es por ello que cuando se usa el término "refugiado", es necesario precisar si se le está utilizando según la terminología de las convenciones interamericanas, en las cuales —repetimos— es sinónimo de asilo territorial, o según la terminología de la Convención de 1951.

En cuanto al asilo diplomático, llamado a veces político, es una institución típicamente latinoamericana, que sólo está convencionalmente regulada en nuestro continente. Como dije en el trabajo antes recordado

Pero en lo que se refiere al asilo diplomático, el instituto no está reconocido y reglamentado por el Derecho Internacional positivo en ninguna otra región fuera de la América Latina, en nuestra época, en ciertas ocasiones, sobre la base de principios generales o por razones circunstanciales, se ha aplicado y reconocido *de facto*, el asilo diplomático.

El asilo diplomático en América Latina tiene diferentes fuentes:

Convención sobre Asilo, adoptada en la VI Conferencia Internacional Americana La Habana, 1928. En la sexta Conferencia Interamericana se adoptó también la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos, que se refiere a la entrega de los perseguidos o condenados por delito común refugiados en la misión (artículo 17) y la Convención sobre Agentes Consulares, que obliga a éstos a entregar a los acusados o condenados que se refugian en el consulado (artículo 19)

Convención sobre Asilo Político, adoptada en la VII Conferencia Internacional Americana, Montevideo, 1933.

Convención sobre Asilo Diplomático, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Caracas, 1954

Convención sobre Derecho Penal Internacional, Montevideo, 1889, título II, artículo 17

Tratado General de Paz y Amistad Centroamericana, de 1907

Convención Bolivariana de 1911, artículo 18.

Convención sobre Asilo y Refugio Políticos, Montevideo, 1939, capítulo I

A éstos hay que agregar, en lo pertinente, el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Aunque las diferencias entre las instituciones del asilo diplomático y el refugio son obvias, no hay que olvidar que pueden estar relacionadas. En efecto, un asilado diplomático, luego de abandonar el territorio del país en el que buscó asilo en una embajada, puede, llegado a otro país, solicitar el asilo territorial o el estatuto de refugiado

Por lo demás, hay que tener en cuenta que el sistema tradicional sobre asilo territorial en América Latina fue pensado y concebido para hacer frente a una situación de hecho distinta de la actual. Esta inadecuación lo transforma en incompleto e incapaz para encarar, por sí sólo, los requeri-

mientos de hoy. Es, en cierta forma, una consecuencia de la anterior, expuesta en el informe que presenté a la Mesa Redonda de San Remo (mayo de 1978), de la siguiente manera.

En un excelente estudio preparado hace varios años por la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lamentablemente no ha tenido respuesta ni eco, se dice que la organización, aunque ha estado claramente al tanto del problema de los refugiados políticos y prestado cuidadosa atención a ciertos aspectos de este problema, en particular a la cuestión de adquirir la condición de refugiados, no ha considerado todavía la situación de los refugiados después de haberles otorgado el asilo, y de las necesidades económicas y materiales que, por lo general, son consecuencia del creciente problema de los refugiados.

Del examen de los antecedentes y demás datos que obran en el presente informe, puede concluirse que las características salientes de los problemas que plantean los refugiados políticos americanos presentan particularidades propias, por lo que se impone la adopción de soluciones regionales a los mismos.

Por otra parte, la creciente gravedad y trascendencia de estos problemas de los últimos tiempos, con el advenimiento de grandes masas de refugiados políticos en América, demandan la adopción de medidas cuya aplicación deberá realizarse en forma urgente.

El problema de los refugiados políticos americanos ha cambiado fundamentalmente en los últimos años. Ya no se trata de los refugiados de antaño, los que por lo general eran pocos en número y constituidos principalmente por dirigentes que gozaban de medios de fortuna. En la actualidad, el problema radica en que, como resultado de los movimientos políticos acaecidos en la mayoría de los países americanos y la falta de estabilidad democrática en alguno de ellos, gran cantidad de personas, la mayoría de ellas sin bienes de ninguna especie, se trasladan al territorio de otras repúblicas americanas a causa de las persecuciones de que son objeto.

Aunque la situación es hoy distinta de cuando escribí estos párrafos, en 1980 y en 1978, la raíz de la cuestión subsiste.

Es necesario actualizar, coordinar, distinguir y complementar las instituciones del asilo territorial latinoamericano y del refugio con base en la acción del Alto Comisionado, para lograr un régimen eficaz y humano, protector de la persona humana, en función de las realidades actuales.

Las dificultades terminológicas y la diversidad de los regímenes jurídicos del asilo y del refugio no puede hacer olvidar sus fundamentos comunes y la necesidad de interpretarlos y aplicarlos, armónica y sistemáticamente, en función de su objeto o fin común.

Esto es fundamental, se basa en los criterios interpretativos de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, y debe ser recordado en todo documento actual que se elabore en América Latina en esta materia

III

El subtema siguiente a analizar es el relativo al comportamiento del régimen internacional sobre asilo y refugio en América Latina y las grandes líneas de la legislación interna en la materia.

En 1980 dije:

Las difíciles cuestiones que se plantean en el Derecho Internacional como consecuencia de que todos los Estados Americanos son Parte en los Convenios sobre Asilo Territorial o que se refieren al asilo territorial, las diferencias existentes entre éstos, tanto respecto de su contenido como en cuanto a las ratificaciones o adhesiones de que ha sido objeto y los problemas que resultan de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, también derivados de que no han sido firmados y ratificados o no se han adherido a ellos todos los países latinoamericanos y las interrogantes que surgen de la interpretación de algunas de sus disposiciones, muestran claramente la necesidad de que el tema de los refugiados se encare también por el Derecho Interno de los Estados latinoamericanos

La verdad es que la legislación de los países latinoamericanos sobre extranjeros, residencia, asilo y refugio, es, en general, antigua. En muchísimos casos ni siquiera prevé de manera especial el status jurídico del asilado territorial ni del refugiado. Puede afirmarse que, salvo raras excepciones, esta legislación no encara la solución de los problemas vinculados al asilo y el refugio políticos, y, en los pocos casos en que ello ocurre, no lo hace con un criterio sistemático y actualizado con base en los principios que hoy se reconocen como necesarios. En el Informe que presentamos a la Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario celebrada en San Remo, en mayo de 1978, dijimos al respecto.

En resumen, puede afirmarse que entre los principales problemas que atentan a los refugiados americanos se encuentra la ausencia de leyes internas que reconozcan y definan en forma clara la condición de refugiado político, desde el punto de vista de su situación jurídica.

La legislación aplicable a este tipo de personas en cuanto a su capacidad civil varía en los distintos Estados americanos, aunque la mayoría se inclina por la aplicación de la ley de domicilio. Sería deseable la existencia de uniformidad de esta materia, pues inclusive el concepto legal corriente de domicilio se hace de difícil aplicación al crear rozamientos con otras naciones

Hoy la situación ha mejorado algo. Se han hecho esfuerzos plausibles por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la OEA. La experiencia de las acciones cumplidas en Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala, por ejemplo, ha permitido comprender mejor y actualizar la cuestión. Pero es aún mucho lo que resta por hacer.

Sin duda hay que insistir en que el Derecho Interno latinoamericano, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada país, sus tradiciones y precedentes jurídicos, su estructura administrativa y las situaciones y problemas económicos, sociales y culturales existentes, debe proceder a elaborar leyes sobre asilo territorial y refugio, modernas y actualizadas.

Estas leyes deben inspirarse en los principios de la Convención de 1951, del Protocolo de 1967 y de la Declaración de Cartagena, tener en cuenta la riquísima experiencia en materia de refugio y recoger lo que resulta de la práctica del ACNUR y, en especial, de las decisiones del Comité Ejecutivo.

Pero, además, comprendiendo la relación entre asilo territorial y refugio, pero sabiendo de la relación de ambas instituciones en razón de tener las dos un fin común y ser parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir de una consideración *lato sensu*, deben tener en cuenta lo que resulta para el Derecho Interno, de la institución jurídica del asilo territorial, en especial, recogiendo los criterios de los Tratados de Montevideo, de la Convención de Caracas y del Pacto de San José.

Pero, además, en lo que se refiere al régimen interno, no puede olvidarse que el Derecho Internacional de los Refugiados especialmente de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, se aplica directa e indirectamente en el Derecho Interno de los Estados latinoamericanos.

Esta aplicación, directa e inmediata, se hace en algunos países, incluso, con jerarquía superior a la ley ordinaria (Argentina —por su jurisprudencia más reciente—, Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Perú, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, etcétera), y en los restantes con un nivel normativo igual al de la ley, resuelve muchos problemas existentes. El concepto debe ser asimilado y difundido.

He estudiado ampliamente el tema, en todas sus variantes, en mi trabajo "Los Tratados sobre Derechos Humanos y Derecho Humanitario y su aplicación interna en la América Latina".

Todo lo antedicho no significa reconocer la utilidad práctica de dictar normas de Derecho Interno que faciliten la aplicación de las normas internacionales —de por sí obligatorias—, en materia de refugiados

IV

Corresponde ahora decir algo sobre la Declaración de Cartagena y su significación actual

Es del caso recordar que esta Declaración fue adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 22 de noviembre de 1984, como resultado de un Coloquio sobre los Problemas Jurídicos y Humanitarios de la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá. Este Coloquio, auspiciado por el gobierno de Colombia, fue copatrocinado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena de Indias, el Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Su integración fue múltiple. Por un lado, delegados gubernamentales de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela, por otro, funcionarios de la ACNUR y, por último, expertos, invitados a título personal (Sergio Aguayo, Andrés Aguilar, Yolanda Frías, Reynaldo Galindo Pohl, Carlos García Bauer, Diego Garria Sayan, Héctor Gros Espiell, Odilón Méndez, Gerardo Monray Cabra, Michel Majlis, César Sepúlveda, Leo Valladares, Edmundo Vargas Carreño, Pedro Rubiano Sáenz y Álex Dalfiaz).

El Coloquio adoptó una "Declaración". Esta Declaración consta de una parte preambular (I); otra parte que reitera y reafirma los compromisos en materia de refugiados contenidos en el Acta de Contactos para la Paz y Cooperación en Centro América (II), una tercera parte, la más importante, que contiene las conclusiones del Coloquio, y que puede considerarse como Declaración propiamente dicha, y, por último, unas recomendaciones finales (IV).

La Declaración de Cartagena repensó y actualizó el Derecho aplicable en América Central, México, Panamá y Perú, y la realidad es que encaró la cuestión con un enfoque general, globalizante, latinoamericano

Lo esencial de la Declaración se encuentra en los párrafos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de la parte III

No es objeto de estas páginas estudiar el contenido de la Declaración

Sólo cabe ahora destacar su general proyección latinoamericana y analizar especialmente la cuestión de su naturaleza y fuerza jurídicas. La Declaración de Cartagena no es un tratado, no posee pues la fuerza convencional que resulta de la primera y más formal de las fuentes de Derecho Internacional

No es tampoco una resolución de una organización internacional que podría extraer su validez de las competencias de esa organización internacional y de la voluntad de los Estados que la integran.

No es, por último, en su integridad, una traducción de principios generales que resultan de los grandes sistemas jurídicos de la humanidad.

¿Qué es entonces? ¿Por qué se le cita en los hechos y se aplica en los ámbitos internacional e interno?

No hay duda, política y sociológicamente, que la Declaración de Cartagena existe como hecho jurídico, se reconoce con validez y se aplica como tal

He reflexionado mucho sobre este caso de la Declaración de Cartagena. Creo que es uno de los mejores ejemplos de ese fenómeno que ha sido designado como de "formación espontánea" —por oposición a formal u orgánica— del Derecho Internacional.

La Declaración de Cartagena no es fuente de Derecho por razón convencional —no es un tratado—, ni por su origen, ni en virtud de la forma como fue adoptada.

Es una fuente espontánea y atípica del Derecho, porque constituye una costumbre salvaje, de carácter regional. Expliquemos estos calificativos: costumbre *sauvage*, o salvaje, en vez de costumbre *sage*, es decir, en una mala traducción, prudente o cuerda.

¿Por qué? Porque la costumbre tradicional requería los dos elementos clásicos, el material o *consuetudo*, constituido por la repetición estable de una práctica, durante un periodo considerable de tiempo y el psicológico, la *opinio iuris*, es decir, la aceptación de la práctica con la convicción de que es jurídicamente obligatoria, dicho en términos latinos, la *opinio iuris sive necessitatis*. Pero, además, imponía que el elemento material precediera cronológicamente al elemento psicológico, ya que era considerado la culminación de la acumulación de precedentes. La práctica contemporánea y una parte importante de la más moderna doctrina reconocen en la *opinio iuris* el punto de partida del proceso consuetudinario: a las costumbres *sages* del pasado se

sumarían así las costumbres *sauvages*, a partir de “tendencias” progresivamente cristalizadas.

Pero esta costumbre relativa a la Declaración de Cartagena es una costumbre regional. La costumbre deriva de una práctica “general”, que no tiene por qué ser “unánime”, —lo que sería irrealizable e irrealista, como lo reconoce, por lo demás, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta práctica no tiene por qué ser universal, puede ser regional, subregional, e incluso bilateral. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y la casi unanimidad de la doctrina aceptan por ello la posibilidad de costumbres regionales.

En virtud de todo lo que antecede, es por lo que considero que la Declaración de Cartagena, acto jurídico atípico y *sui generis*, ha llegado en virtud de haber logrado el carácter de una costumbre regional latinoamericana.

V

Finalmente, algunas palabras sobre las perspectivas del asilo en América Latina.

La cuestión puede, y debe, encararse en dos planos: el fáctico y el jurídico. En el enfoque fáctico resulta del análisis de la necesidad política, económica, social y cultural de América Latina y su evolución previsible, en cuanto esas realidades determinan los fenómenos humanos de búsqueda de asilo o de refugio y de existencia de asilados y refugiados.

El enfoque jurídico está constituido por el estudio del *status* actual que el Derecho atribuye al asilo y al refugio, y de si es necesario encarar su actualización o reforma ante la situación de hecho existente hoy y que presumiblemente se dé en el mañana.

VI

La situación interna e internacional de América Latina, en lo que se refiere a las materias vinculadas con el asilo y el refugio, es hoy muy particular. El fin de los conflictos bélicos que ensangrentaron a la región centroamericana, el término de los gobiernos autoritarios y mili-

taristas que ensombrecieron el continente y la expansión general de la democracia, han traído como consecuencia una radical disminución de los fenómenos humanos y demográficos que generan los movimientos individuales y colectivos que provocan el asilo y el refugio. Si esta positiva realidad se consolida, América Latina no será mañana como lo es hoy: un problema grave en lo que se refiere al refugio y al asilo.

Pero esta visión optimista debe ser matizada y relativizada.

En primer lugar, hay situaciones concretas de innegable gravedad. Ante todo, el caso de Haití, trágico, desesperante, con un futuro incierto y no esperanzador. Luego, fenómenos de violencia interna y de terrorismo bestial, como en el Perú. Asimismo, el caso residual —frente a otros ya resueltos—, en el que pueda haber una solución, como es el de Guatemala, en donde aún no ha culminado el necesario proceso de paz.

En segundo lugar, la convicción de que si la realidad democrática es la mejor garantía de que no se repetirán las causas generadoras del asilo y del refugio, no es menos cierto que hay que tener conciencia de que la democracia es siempre frágil si no hay participación, si no hay confianza en la política y en los políticos y, sobre todo, si no hay mejoramiento de la situación económica, de los niveles de vida, de salud, de la vivienda y de la educación.

La crisis en la democracia es consustancial con su propia naturaleza. Pero para que la crisis sea un motor de mejoramiento y superación, y no de ruptura, se requiere participación, confianza en el sistema y mejoramiento humano. Sin esto, puede haber quiebras en la democracia, las cuales generarán ineludiblemente problemas en cuanto al asilo y al refugio, como los que existieron en los años negros ya, en general, felizmente superados.

América Latina presenta hoy una situación de privilegio, pese a los casos negativos preindicados. Nuestros problemas son hoy infinitamente menos preocupantes que los que se dan en Europa, como consecuencia de la situación en la ex Yugoslavia, en Europa Oriental y Central, de la presión migratoria de poblaciones árabes y africanas, de la situación en el Cercano y Mediano Oriente, y de la que se da en África.

Pero esta situación relativamente positiva que existe en términos globales en América Latina, no puede hacer olvidar que hay que asegurar la paz interna e internacional y afirmar el desarrollo democrático, económico, social y cultural. Sin ello, *de facto*, la situación puede volver a ser negativa.

Por eso, la voluntad política de resolver humana y jurídicamente los problemas del asilo y del refugio, debe mantenerse sin falla, acompañando el proceso de mejoramiento político, económico y social y, además, seguir prestando preferente atención a los que ya nos hemos referido.

VII

¿Cómo debe incidir esta realidad en la regulación normativa del asilo y del refugio, en la América Latina de hoy, y ante las perspectivas de evolución de esta realidad en los años del fin de siglo y del fin del milenio?

Sobre la base de principios generales comunes, es preciso encarar la cuestión en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional.

Subrayamos, sobre la base de principios generales comunes, porque tales principios informan, y deben informar aún más profundamente, con mayor fuerza, precisión y sentido práctico, el Derecho Nacional y el Derecho de Gentes

Principios comunes, sí ¿pero cuáles son estos principios?

Estos principios que son los principios fundamentales del Derecho de los Derechos Humanos, que están en la base del Derecho Humanitario y que informan y dan basamento y sentido al derecho de los refugiados, existen tanto en el Derecho Internacional general como en el regional latinoamericano. No se contraponen. Tampoco se superponen, como consecuencia de una identidad absoluta, siendo, sin embargo, coincidentes en lo esencial y recíprocamente complementarios

La Declaración de Cartagena los enunció y cristalizó jurídicamente. Veamos cuáles son

1. En primer lugar, es preciso comprender que los principios generales de los Derechos Humanos (que resultan de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de 1948, de los Pactos Internacionales y de la Carta de la OEA, de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y de la Declaración de Santiago de 1991), forman parte del Derecho de los refugiados y que ningún problema relativo al asilo y al refugio puede encararse sin tener en cuenta esos principios

2 En segundo lugar, es necesario aceptar que el derecho regional americano en materia de asilo —culminado en las Convenciones de Caracas de 1954—, incide e impregna el Derecho Internacional de los

refugiados, de carácter universal —emanado de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, así como de la acción del Alto Comisionado de las Naciones Unidas—, que no puede aplicarse en América Latina sin tener en cuenta el derecho de validez espacial regional.

3 En tercer lugar, hay que tener en cuenta que hoy el Derecho de los refugiados debe aplicarse en forma coordinada y paralela con el Derecho Internacional Humanitario. Sin esta aplicación coordinada, armónica y complementaria de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 —así como de todo el sistema jurídico dirigido a encarar la cuestión de los refugiados—, con las Convenciones de Ginebra de 1949 y con los Protocolos de 1977, el Derecho de los refugiados resultaría hoy insuficiente y parcial para hacer frente a los problemas que deben encararse

4 En cuarto lugar, los principios especialmente enunciados en la Declaración de Cartagena

a) La naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria de la concesión del asilo o del reconocimiento de la condición de refugiado,

b) Que la concesión del asilo o el reconocimiento del refugiado no puede ser interpretado como un acto inamistoso hacia el país de origen de los asilados o refugiados,

c) Que el principio de no devolución, que constituye hoy uno de los casos de *ius cogens*, es la piedra angular de la protección internacional de los refugiados e incluye la prohibición de rechazo en las fronteras,

d) Que la asistencia y protección de los refugiados, para su subsistencia material y su defensa contra todo ataque, es un derecho que debe ser respetado y adecuadamente regulado,

e) El carácter voluntario e individual de repatriación y la necesidad de que ésta se produzca en condiciones de completa seguridad, preferentemente en el lugar de residencia del refugiado en su país de origen,

f) Que la reunificación de las familias constituye un principio fundamental en materia de refugiados, con incidencia en el tratamiento humanitario de la familia en el país de asilo o de refugio y en caso de repatriación

5. En quinto lugar, es preciso tener hoy plena conciencia, luego de la dolorosa experiencia de los nueve años transcurridos desde Cartagena, que es preciso continuar aplicando el concepto de refugiado ampliado, "teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las carac-

terísticas de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2), y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" De este modo, la definición o concepto de refugiado, recomendable para su utilización en la región, es aquella que, además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

6 En sexto y último lugar, es preciso tener en cuenta la cuestión de las personas desplazadas en su propio país. Este asunto fue considerado en la conclusión 9a. de la Declaración de Cartagena. Hoy, mucho más que ayer, puede decirse que, sin la consideración de este tema, el Derecho de los refugiados resulta incompleto

VIII

Ahora bien ¿implica todo lo anteriormente dicho que es preciso iniciar un proceso de codificación, tanto a nivel universal como regional?

Hace muchos años estudié esta cuestión.

Con dudas, pero como resultado de mi experiencia política práctica, pienso que no es útil iniciar un intento de proceso codificadorio internacional ni regional

No es pensable hoy —y con mayores razones que en la década de los ochenta—, modificar la Convención sobre asilo territorial en el ámbito de las Naciones Unidas

No es tampoco posible encarar la elaboración de una Convención regional americana sobre refugiados, ni actualizar las Convenciones de Caracas sobre asilo diplomático y territorial.

Lo que puede y debe hacerse es desarrollar por la vía de la acción normativa de los organismos internacionales —de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, así como de la coordinación del ACNUR con el Comité Internacional de la Cruz Roja—, el Derecho Internacional de los refugiados.

Hoy, el Derecho Internacional tiene una capacidad evolutiva y creadora respecto a su base normativa, con fundamento en la utilización actualizada en las fuentes no convencionales, que debe ser plenamente aprovechada para actualizar el Derecho Internacional de los refugiados y hacer más efectiva y eficaz su aplicación

Pero mi conclusión no es la misma en lo que se refiere al Derecho Interno en materia de asilo y de refugio.

Aquí, sí estimo que las normas internas, el Derecho Nacional, en materia de asilo y de refugio —tanto a nivel de la ley como en el ámbito reglamentario—, debe ser actualizado, recogiendo las grandes líneas derivadas del Derecho y la práctica internacionales. Esta modernización —que debe respetar los principios fundamentales que antes he recordado— debe hacerse de manera tal que haya en los países de América Latina una legislación coordinada y armónica, que evite conflictos y soluciones contradictorias. La elaboración técnica de eventuales modelos de la legislación uniforme, que luego se deberán adaptar a las condiciones particulares de cada país, puede constituir un aporte significativo

BIBLIOGRAFÍA

Ante la imposibilidad de enumerar la bibliografía básica relativa a los temas tratados, he optado por citar sólo algunos de mis trabajos en la materia, en los que se recoge la totalidad de la bibliografía por mí utilizada

Héctor Gros Espiell, *El Derecho Internacional de los Refugiados y el Artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Instituto Internacional de Derecho Humanitario, núm 6, San Remo También en *Estudios sobre Derechos Humanos*, II, Madrid, 1988

———, “Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados”, en *Études et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Ginebra-La Haya, 1984

———, “El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados”, *Asilo y Protección*

Internacional de refugiados en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

———, "Repatriación de Refugiados", en *La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá*, Cartagena de Indias, 1993.

———, "Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Internacional", en *Estudios de Derechos Humanos*, II, Madrid, 1988.

———, "Human Rights and International Humanitarian Law", en *Bulletin of Human Rights*, Nueva York, Ginebra, 1992.

GENÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

La cuestión de la relación de la genética —que es la ciencia biológica relativa a los mecanismos de la reproducción que aseguran el mantenimiento de la vida y su transmisión de una generación a otra— con los Derechos Humanos es un tema de creciente y determinante interés e importancia

Los recientes progresos en el campo genético, las investigaciones realizadas y los resultados obtenidos, los adelantos científicos en la materia y su aplicación, por medio de una tecnología cada día más perfeccionada y más audaz, plantean grandes problemas de innegable incidencia sobre la naturaleza y el destino del hombre y de la humanidad.

Pocas veces, como hoy, el tema de la neutralidad ética de la ciencia —de su capacidad de ser un instrumento al servicio del bien y del desarrollo, en la más amplia y justa acepción del concepto, o, por el contrario, de sus posibilidades de utilización para el mal y para la degradación humana, individual y colectiva— se nos presenta con mayor proximidad.

Es por eso que es preciso insistir en la incidencia condicionante de la ética sobre la ciencia, no para limitar o desacelerar la investigación, sino para impedir que la aplicación de la ciencia vaya en detrimento de la esencia de la naturaleza humana, de la dignidad del hombre y, natural y consiguientemente, de la humanidad

La revalorización de la ética en su relación con la ciencia es un fenómeno actual de carácter universal, que se encuentra en todas las civilizaciones, culturas y religiones. Es el resultado del temor y la preocupación general ante las posibilidades, cada día más reales, de que la aplicación de la ciencia y la tecnología pierda sus ataduras y condicionantes humanas y pueda llevar a consecuencias aberrantes y a manipulaciones alucinantes.

El hecho de que hoy se haya impuesto el vocablo "bioética", está ya demostrando que se acepta, incluso en la terminología corriente, que existe un nexo necesario, ineludible y entrañable, entre la genética y la ética. Este extremo —dada la relación de la ética con el Derecho y la

concepción actual de los Derechos Humanos— sirve de fundamento a todo análisis del tema de la genética y de los Derechos Humanos.

Al Derecho se le plantean nuevos y difíciles problemas ante los progresos de la genética. Estos problemas son análogos y están directamente vinculados con los que enfrenta la ética en su relación con la ciencia genética.

La proyección revolucionaria del progreso científico y tecnológico sobre un derecho que había sido construido sobre una realidad en la que no había ninguna de las posibilidades de incidir en el proceso de la reproducción humana existentes hoy, ha generado la necesidad de un cambio jurídico profundo, que debe ser prudente, reflexivo y cauteloso. Este cambio ya ha sido encarado por la doctrina, así como por la jurisprudencia, y se encuentra en proceso inicial de elaboración normativa en el Derecho Positivo de diferentes Estados.

Pero este cambio no debe llevar a la invasión por el derecho del ámbito reservado a la conciencia ética individual ni puede hacerse en detrimento o en violación de tradicionales principios ético-jurídicos, nacidos de la consideración de la dignidad humana.

Es un cambio que —ante la realidad de los progresos de la ciencia y de la tecnología en lo que se refiere a la genética humana— confirma que el derecho requiere indispensablemente un *minimum* ético.

Un derecho que no incluya este núcleo ético y que no esté dirigido a lograr un orden de justicia, es sólo un mandato imperativo caracterizado por la coerción puesta al servicio de su aplicación, pero carece de toda legitimidad.

La relación de la genética con los Derechos Humanos no es independiente de la existente entre la genética y la ética. No sólo por el necesario contenido moral del derecho, sino porque hoy es imposible concebir una ética que no se base en la aceptación de la dignidad y de los consiguientes derechos de todos los hombres.

El respeto de la dignidad, individualidad e integridad de cada ser humano, y como consecuencia de su patrimonio genético, es el criterio determinante que fija inflexiblemente el límite de las aplicaciones de la ciencia en el campo genético.

La Declaración de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, que puede considerarse hoy como el último pronunciamiento de la comunidad internacional en materia de Derechos Humanos, encara la cuestión de progreso científico, especialmente en el campo biomédico, en su relación con los Derechos Humanos.

El párrafo 11 de esta Declaración, luego de afirmar que todos tienen el derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, destaca que

ciertos adelantos especialmente en la biomédica y en las ciencias de la vida, así como en la información tecnológica, pueden potencialmente tener consecuencias adversas para la integridad, la dignidad y los Derechos Humanos del individuo, y apela a la cooperación internacional para asegurar que los Derechos Humanos y la dignidad sean plenamente respetados en esta área

Las palabras pronunciadas por Juan Pablo II, el 20 de noviembre de 1993, con motivo de la reunión del Grupo de Trabajo sobre el Genoma Humano, auspiciado por la Academia Pontificia de Ciencias, reiterando anteriores pronunciamientos, constituyen, asimismo, un adecuado recuerdo del peligro potencial para los Derechos Humanos de ciertas aplicaciones de los progresos científicos en el campo genético.

Los adelantos en la genética nos enfrentan a la perspectiva de violaciones de Derechos Humanos de nuevo tipo, cuyo origen puede estar, tanto en una actividad emanada de un hacer o de un mandato estatal, directo o indirecto, como en conductas ajenas o que escapan a la decisión o al control gubernamental

Es útil enumerar algunos ejemplos de situaciones que se presentan hoy, con relación a los progresos de la genética que comportan un peligro concreto de posibles violaciones de los Derechos Humanos

El caso de la llamada medicina predictiva constituye una de esas situaciones. La medicina predictiva, que puede llegar a permitir que se descubra en un embrión humano la predisposición a determinadas enfermedades, presenta, junto a positivos elementos de gran interés para el futuro de la medicina y la salvaguardia de la vida humana, aspectos muy graves, en cuanto que se puede llegar a afectar la existencia y la salud de un individuo, como consecuencia del conocimiento de lo que puede ser su vida, amenazada por una enfermedad que no es actualmente curable. Puede llevar, asimismo, a la estigmatización discriminatoria de individuos o grupos humanos. El diagnóstico preimplantatorio y la terapia genética plantean problemas análogos.

A todas estas cuestiones va unido el tema del consentimiento respecto de la investigación genética y de los límites y condicionantes del secreto médico en la materia

La simple referencia a estos complejos asuntos muestra que hoy la medicina predictiva, el diagnóstico preimplantatorio y la terapia gené-

tica constituyen, en una de sus vertientes, ya que existe una faz eventualmente positiva, un peligro potencial para los Derechos Humanos, en especial para el derecho a la vida, a la intimidad, al bienestar, a la constitución de la familia y a la reproducción.

La investigación genética puede llegar a conculcar estos Derechos Humanos. La obligatoriedad de los *tests* individuales o colectivos, por ejemplo, en ciertas condiciones y circunstancias, es, asimismo, capaz de lesionar derechos esenciales de la persona humana.

La clonación de embriones humanos, es decir, la manipulación de estos embriones para producir seres humanos idénticos, de acuerdo a una selección basada en la elección de características preestablecidas, constituye un gravísimo atentado a la dignidad y, por ende, a los Derechos Humanos. La clonación es un desdoblamiento de la personalidad. Y la individualidad propia e irreproducible de cada ser humano es el fundamento de los derechos de todos los seres humanos.

La actitud que debe adoptar el derecho frente a las situaciones enumeradas, y ante otras muchas análogas que puedan existir, plantea situaciones polémicas, sumamente complejas. Esta actitud respecto de la cual existen muchos desacuerdos, debería resultar de la aplicación de los principios generales éticos y jurídicos que hemos indicado.

El cuerpo humano no es, ni antes ni después de la muerte, un mero objeto, y el embrión humano es un sujeto de derecho. Por ende, no es posible su manipulación con la sola finalidad de la investigación científica o la experimentación, ni con el único propósito de provocar cambios genéticos.

Todo ser humano posee un patrimonio genético que es parte de su ser, un elemento constitutivo de su derecho a la vida y de su derecho a vivir y a tener un desarrollo integral. Por eso, todo lo relativo al genoma humano y al posible establecimiento de una carta genética, roza, y eventualmente puede llegar a violar derechos fundamentales de la persona humana.

Los potenciales peligros para los Derechos Humanos de ciertas actividades prácticas basadas en los progresos de la biología y la genética, era un tema inexistente cuando, a nivel internacional, se redactaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana de Derechos y Deberes del Hombre (1981). Era, asimismo, naturalmente, un asunto ignorado, que ni

siquiera podía vislumbrarse cuando se elaboraron los grandes textos que están en el origen de la protección interna o nacional de los Derechos Humanos, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776), de las 10 primeras enmiendas de la Constitución de Estados Unidos y de todos los instrumentos que en los siglos XIX y XX desarrollaron y estructuraron la protección constitucional de la libertad y de los derechos fundamentales.

Hoy todo ha cambiado. El Derecho, tanto el Interno como el Internacional, debe encarar y hacer frente a la nueva situación existente, a inéditos problemas y cuestiones absolutamente inconcebibles hace apenas unas décadas. Pero debe hacerlo fundado en los mismos principios que, en el curso de los siglos, han ido permitiendo edificar el sistema de la protección y garantía jurídica de la libertad y los derechos de todos los seres humanos, fuera de toda forma de discriminación ilegítima.

La importancia del tema que nos ocupa aumentará en los próximos años, y los peligros existentes crecerán en gravedad y en hondura.

Ello explica el interés y la atención que le conceden la normativa jurídica, tanto interna como internacional, así como la jurisprudencia y la doctrina. Imposible, en la brevedad de este artículo, reseñar las normas legislativas y los textos internacionales que han comenzado a surgir o a proyectarse, las diferentes y contrapuestas posiciones que adoptan; mostrar los atisbos jurisprudenciales, y citar los estudios, ensayos y libros que han empezado a aparecer en el ámbito doctrinario. Es necesario, en cambio, destacar que todos estos aportes interesan no sólo a los jueces, a los legisladores y a los juristas, sino también a los políticos, los sociólogos, los filósofos, los moralistas y a todos los que piensan en el hombre y en su destino; interesan asimismo a la opinión pública en general y, en última instancia, a todo hombre, porque en el tema de sus derechos ante el desarrollo de la genética se juega el futuro de la vida, de la dignidad y de la natural diversidad y autonomía de cada individuo de la especie humana.

El Derecho, en su constante y nunca agotable proceso de creación —en el marco de una historia que no tiene fin—, ha de encarar la protección y la garantía de los Derechos Humanos ante los posibles peligros que plantea el desarrollo de la genética. Esta protección y garantía ha de surgir del Derecho Interno y del Derecho Internacional, tanto a nivel universal como regional, armónica y coordinadamente relacionados.

La creación de este nuevo derecho plantea grandes dudas y dificultades. Desde la inicial que resulta del peligro de invadir ámbitos que deben quedar reservados al libre albedrío individual y al campo de la ética, hasta la dificultad de entrar en una materia sobre la que existen ideas contrapuestas, muchas veces resultado de criterios filosóficos, culturales, religiosos y tradicionales, así como costumbres muy diferentes.

El tema constituye, es preciso reconocerlo, uno de los más grandes y difíciles desafíos que enfrenta hoy el derecho, el cual debe encararlos con humildad, cautela y prudencia.

Hacer frente a este desafío, respetando y estimulando el progreso científico y tecnológico, teniendo presente los imperativos éticos, la dignidad, la integridad y la diversidad de todos los seres humanos, así como la igualdad jurídica de éstos y los derechos que los hombres poseen por el hecho de ser hombres, tomando en consideración el futuro de la especie humana, es una de las mayores empresas que hoy tenemos ante nosotros.

Esta obra se terminó de imprimir
en el mes de septiembre de 1995, en
AMANUENSE S.A. de C.V., Av San
Lorenzo núm. 899, Col San Nicolás
Tolentino, C.P. 09850, y consta
de 2 000 ejemplares

La edición estuvo al cuidado
de la Dirección de Publicaciones de la
Comisión Nacional de Derechos Humanos

